

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 maja 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 kwietnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego, którym jest:

**Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Resko, Nadleśnictwo Kliniska, Nadleśnictwo Chojna, Nadleśnictwo Barlinek, Nadleśnictwo Skwierzyna, Nadleśnictwo Międzychód reprezentowane przez:
Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, ul. Słowackiego 2**

dotyczących Informacji o wynikach kontroli doraźnej z dnia 8 kwietnia 2016 r., znak: KD/26/2016/DKUE w przedmiocie zamówienia na „**Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Resko, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Kliniska, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Chojna, część zamówienia nr IV – w Nadleśnictwie Barlinek, część zamówienia nr V – w Nadleśnictwie Skwierzyna, część zamówienia nr VI – w Nadleśnictwie Międzychód**” w trybie przetargu nieograniczonego

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

**Członkowie: Justyna Tomkowska
Barbara Bettman**

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Kliniska zgłoszonych dnia 19 kwietnia 2016r.r. do stwierdzonych naruszeń przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wymienionych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 kwietnia 2016r. r., znak: KD/26/2016/DKUE.

Uzasadnienie

W dniu 29 lutego 2016r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej kontrolujący lub Prezes UZP) wszczął na wniosek kontrolę doraźną zamówienia publicznego Jak ustalono na podstawie dokumentacji, zamówienie na Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Resko, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Kliniska, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Chojna, część zamówienia nr IV – w Nadleśnictwie Barlinek, część zamówienia nr V – w Nadleśnictwie Skwierzyna, część zamówienia nr VI – w Nadleśnictwie Międzychód, będące przedmiotem opiniowanej kontroli jest elementem projektu pn.: „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Celem projektu jest przywrócenie zdegradowanym terenom powojkowym wartości przyrodniczych i użytkowych. Beneficjentem projektu jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe (dalej PGL LP). Za realizację projektu odpowiada Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (dalej CKPŚ), które jest jednostką PGL LP. Jednym z zadań wykonywanych w ramach niniejszego projektu jest oczyszczenie saperskie terenów w obrębie 57 nadleśnictw, leżących w 15 Regionalnych Dyrekcjach Lasów Państwowych. Konstrukcja projektu zakładała, że zadania te realizowane są przez cywilne firmy saperskie wyłonione w drodze postępowań przetargowych przeprowadzanych przez poszczególne nadleśnictwa (dalej także jako: „postępowania wykonawcze”). Odbiory i nadzór nad wykonywanymi pracami saperskimi sprawuje Jednostka Nadzorująca Prawidłowość Wykonywanych Prac (dalej JNPWP), która jest odrębnym podmiotem, wyłonionym w osobnym przetargu przez CKPŚ, na mocy pełnomocnictw od poszczególnych nadleśnictw.

Kontrolujący ustalił, że równoległe do toczącego się postępowania – Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie JRP3/2710/013-1/12 na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu. Termin otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu przypadał na dzień 29.05.2012 r., natomiast wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 12.07.2012 r. W dniu 01.08.2012 r. została zawarta umowa nr 2710/013-1-1/12 z wykonawcą SPEC-MAJ L. M. na kwotę 2 631 116,37 zł . Termin realizacji umowy określono „do dnia 01.10.2015 r.”

Przedmiotem ww. umowy było wykonywanie przez wykonawcę zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w projekcie „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP”. Prace miały być prowadzone na terenie 48 nadleśnictw, w tym na terenie Nadleśnictwa Kliniska. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, do zadań wykonawcy należało:

- 1) weryfikacja przygotowanych przez CFS (cywilne firmy saperskie) Metodyk prac saperskich,
- 2) udział w udostępnieniu terenu CFS w każdym z 48 nadleśnictw,
- 3) prowadzenie kontroli doraźnych na zlecenie zamawiającego,
- 4) udział w odbiorach częściowych i końcowych prac saperskich - kontroli podlega całość dokumentacji prowadzonej przez CFS oraz uporządkowanie terenu i miejsc detonacji przez CFS; wykonawca prowadzi kontrolę jakościową 10% powierzchni obszarów oczyszczonych przez CFS lub większej, w przypadku powtórzenia kontroli na skutek stwierdzonego nienależytego wykonania umowy przez CFS,
- 5) weryfikacja miejsca detonacji, osób i urządzeń wykorzystywanych przez CFS w przypadku, gdy w trakcie prowadzenia prac przez CFS zaistnieje konieczność ich zmiany w stosunku do określonych w umowie między nadleśnictwem a CFS,
- 6) udzielanie wsparcia merytorycznego nadleśnictwom i zamawiającemu, w przypadku konieczności podjęcia decyzji o detonacji znalezionych przez CFS przedmiotów w miejscu odkrycia (bez podejmowania) oraz natrafienia na stanowisko archeologiczne – na żądanie nadleśnictwa/zamawiającego,
- 7) raportowanie i przekazywanie dokumentów do zamawiającego i nadleśnictw.

Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy był Pan Lesław Majewski.

W kontrolowanym postępowaniu wykonawczym w zakresie części II zamówienia – tj. w Nadleśnictwie Kliniska ofertę złożył wykonawca E. O. – M. działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. Oferta złożona przez ww. wykonawcę została wybrana jako najkorzystniejsza (pismem z dnia 18.09.2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ww. oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia) spośród pięciu ofert złożonych na tę część zamówienia i w dniu 29.10.2012 r. pomiędzy Nadleśnictwem Kliniska a niniejszym wykonawcą podpisano umowę nr S-2710-16/12 w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Zgodnie z § 15 ust. 1 umowy nr S-2710-16/12: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego za realizację umowy w osobie: Mariusza Ratajczaka”,

W § 15 ust. 2 umowy wskazano: „zamawiający ustanawia (...) nadzór JNPWP, zgodnie z § 11 ust. 3 niniejszej umowy” [tj. do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie nadzoru nad realizacją usługi, którą sprawować będzie JNPWP],

Zgodnie z § 17 ust. 1 umowy, „wykonawca po zakończeniu prac (tj. całkowitym zakończeniu, ale także zakończeniu części prac, za który zamierza wystawić faktury) zgłasza gotowość do przeprowadzenia na danym terenie weryfikacji jakości przeprowadzonych prac, pisemnie do zamawiającego oraz do wiadomości Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych

Prac [w przypadku ustanowienia JNPWP] na adres: ul. Sempołowskiej 29, 51-660 Wrocław, tel. +48 602 123 337, +48 71 345 30 40, fax +48 71 345 24 00, e-mail: biuro@spec-maj.pl (...).”

Z § 17 ust. 2 umowy wynika, że JNPWP po zakończeniu całości prac wykonawczych (lub ich części, za które zostanie wystawiona faktura) rozpoczyna kontrolę jakościową na minimalnej powierzchni 10% obszarów oczyszczonych przez wykonawcę. Kontrola ta obejmować będzie obszary wybrane przez zamawiającego i JNPWP.

Zgodnie z § 17 ust. 3 umowy, kontroli przez JNPWP w czasie odbioru podlega także całość dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę, w tym także dokumentacja prowadzona przez archeologa.

W § 10 ust. 1 umowy wprowadzono obowiązek wykonawcy poddania się kontroli „przed przystąpieniem do prac, w ich trakcie oraz także po zakończeniu” m.in. ze strony podmiotu nadzorującego, tj. Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego.

Ponadto, zgodnie z § 5 ust. 1 umowy, wykonawca w ciągu 14 dni od podpisania umowy przedstawia „Metodykę prowadzenia działań rozpoznania i oczyszczania saperskiego...”, w której wskazuje m.in. osoby, które będą wykonywały zadania saperskie.

Kontrolujący ustalił, że na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej (18.09.2012 r.) złożonej przez Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. podmiot nadzorujący był już znany i był nim wykonawca SPEC-MAJ L. M. – umowę na nadzór podpisano w dniu 01.08.2012 r.

Kontrolujący ustalił, że z informacji przekazanych m.in. przez podmiot wnioskujący o kontrolę, tj. Ministerstwo Środowiska wynika, że ww. przedsiębiorcy są prywatnie małżonkami.

Uwzględniając okoliczność, że przedsiębiorca nadzorujący i nadzorowany są ze sobą powiązani kontrolujący uznał, że należy na wstępie określić zakres tego związku, a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych – dalej ustawy – tj. z uwagi na taką okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Kontrolujący ustalił, co następuje:

- występuje wskazane powiązanie osobowe pomiędzy oboma podmiotami. Przedsiębiorca E. O. – M. jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczy usługę nadzoru nad przedmiotowym zadaniem. Kontrolujący zauważył, że ustawa Prawo zamówień publicznych, ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami. Tym bardziej zatem nie ma takiego zakazu w sytuacji, gdy oferty złożono na różne postępowania. Każdorazowo, w razie złożenia ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, w ocenie kontrolującego należy

jednak poddać analizie, czy złożenie przez nich ofert nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „ustawą znk”. Kontrolujący przyjął tezę, że wykonawca - przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, zaś jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemyślanych, i celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. Niewątpliwie zatem wykonawcy - małżonkowie, prywatnie stanowiąc jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowanie, sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwieniu w realizacji kontraktu. W obrocie gospodarczym sprowadza się to w szczególności do jednej niebudzącej wątpliwości okoliczności - wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.

- powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozzerwanie związanych ze sobą postępowaniach: wykonawstwa i nadzoru. Konieczność nadzoru w jakichkolwiek specjalistycznych postępowaniach wynika z tego, że zamawiający mający interes w należyтым wykonaniu zamówienia nie dysponuje narzędziami zapewniającymi merytoryczną ocenę prawidłowości jego wykonania, co wynika wprost z oczywistych braków kompetencji. Podmiot nadzorujący jest więc merytorycznym doradcą zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi-zamawiającym. W tej sytuacji winny się rysować następujące relacje: relacja zaufania pomiędzy zamawiającym i podmiotem nadzorującym oraz zasada ograniczonego zaufania pomiędzy nadzorem a wykonawstwem. Zamawiający rozstrzygając przedmiotowe postępowanie wykonawcze w części nr II zamówienia na korzyść firmy pani O. – M., a więc poddając efekt jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża (w momencie wyboru oferty na wykonawstwo obowiązywała już umowa na nadzór, który pełnić miała firma małżonka wykonawcy), zdaniem kontrolującego w istocie podważył sensowność nadzoru i pozostał osamotniony w kontaktach z podmiotem profesjonalnym, tj. firmą Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. Truizmem jest bowiem dla kontrolującego stwierdzenie, że najlepszą gwarancją należytego wykonania zamówienia jest realne nadzorowanie działań przez zamawiającego, a jeżeli przedmiot zamówienia jest specjalistyczny - faktyczna bezstronność i niezależność zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Prezesa UZP, nie została zapewniona.

Kontrolujący podniósł, że z racji powiązań osobistych firma wykonawcza (żona) mogła z łatwością uzyskać informację, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą (męża). Mąż przedsiębiorcy, E. O. – M. osobiście w dniach 24.07.2014 r. i 10.10.2014 r. podpisywał protokoły zdawczo – odbiorcze części terenu oczyszczonego przez firmę swojej

żony.

- występują powiązania faktyczne pomiędzy nie tylko przedsiębiorcami, ale także przedsiębiorstwami. Jak wynika z dokumentacji postępowania osoby przewidziane w ofercie do wykonywania czynności kierowniczych w niniejszym postępowaniu są jednocześnie osobami, które zostały zgłoszone do wykonywania czynności kierowniczych w nadzorze.

W zakresie postępowania w części nr II Kliniska (zakończonym zawarciem umowy nr S-2710-16/12, której integralną część stanowiła oferta wykonawcy BOI E. O. – M.), w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, załączonym do oferty ww. wykonawcy (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), na stanowisko kierownika prac saperskich przewidziano p. M. R. i wskazano, że ma on doświadczenie tj. „7 lat nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Pan M. R. został wyznaczony także w § 15 ust. 1 umowy wykonawczej nr S-2710-16/12 jako pracownik odpowiedzialny za realizację tej umowy. Jednocześnie, ww. osoba wskazana została w aneksie nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r., jako kierownik nadzoru prac (a zatem z ramienia podmiotu nadzorującego). Innymi słowy, kierownik prac saperskich występował w tej funkcji zarówno w postępowaniu wykonawczym i nadzorującym. Reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym kontrolującemu uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest wątpliwa. W szczególności zwrócił uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm.

- ściśle powiązanie firm ujawnia się także w tożsamości niektórych danych teleadresowych. Jak bowiem wynika z treści ofert złożonych przez oboje małżonków w ww. postępowaniach (na nadzór i wykonawstwo), identyczne są numery telefonów i numery faksów obu ww. wykonawców. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

Na podstawie powyższych ustaleń kontrolujący dokonał oceny, czy w ustalonym stanie faktycznym mogło dojść do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Kontrolujący wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis artykułu wprost odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaistnienie zatem zdarzenia mającego charakter czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk pociąga za sobą sankcję w postaci nakazu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi taki czyn.

Podmiotem, który może dopuszczać się czynów nieuczciwej konkurencji jest przedsiębiorca. Z treści art. 2 ustawy znk wynika, że przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy znk, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które

prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestnicząc w działalności gospodarczej. Chociaż bowiem prawodawca nie zawsze stanowi o tym wprost w poszczególnych przepisach traktujących o poszczególnych czynach nieuczciwej konkurencji oraz nie wspomina o tym bezpośrednio w klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji, to jednak z kontekstu tych przepisów bez żadnej wątpliwości wynika, że jedynie przedsiębiorcy mogą dopuszczać się zakazanych przez ustawę czynów nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca ustanowił otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji.

Uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, będzie stanowił to podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Ze względu na specyfikę systemu prawa zamówień publicznych istotne jest skupienie się na samym pojęciu „czyn nieuczciwej konkurencji” jako klauzuli generalnej, ze względu na fakt, że czyny utrudniające konkurencję, które występują w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą mieć różną postać, odbiegającą od czynów nazwanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Już w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (druk nr 278 z dnia 18 maja 1992 r.) wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej, w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów.

Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3).

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. V ACa 371/07) zwrócono uwagę na znaczenie przesłanki „naruszenia dobrych obyczajów” i wskazano, że „fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały

naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”.

Ustawa znk nie definiuje także pojęć "interes" ani "zagrożenie". Pojęcie "interesu" może dotyczyć zarówno przedsiębiorcy (wykonawcy) lub klienta (zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych albo tylko oczekiwanych. Interesem zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie.

Istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy znk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. I CSK 796/10) zauważono, że „zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi, doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia jak i osoby naruszciciela. Chodzi zatem o zespół faktów, który cechuje się tym, że pociąga za sobą zwiększone niebezpieczeństwo powstania szkody. Powstaje pytanie, w jaki sposób w procesie można wykazać istnienie zagrożenia interesu. Pojęcie zagrożenia występuje także w art. 439 k.c., można się zatem odwołać do kryteriów w nim określonych, jakkolwiek istnieje wyraźna różnica, bowiem w art. 439 k.c. chodzi o bezpośrednie zagrożenie nastąpienia szkody, zaś w art. 3 i 18 u.z.n.k. o bezpośredniość zagrożenia nie ma mowy. Niebezpieczeństwo nie może być jednak, jak wspomniano, tylko ewentualne, ale też nie jest wymagane wykazanie pewności jego wystąpienia. (...)”

Biorąc powyższe ramy prawne pod uwagę kontrolujący uznał, że powiązania pomiędzy wykonawcą wykonującym prace saperskie, a wykonawcą nadzorującym te prace, są na tyle silne, że nie można uznać, że są zgodne z dobrymi obyczajami nakazującymi zachowanie niezależności pomiędzy nadzorowanym i nadzorującym. Sytuacja zaistniała w przedmiotowej

sprawie jest oparta na swoistych więziach i zależnościach pomiędzy podmiotami nadzorującymi i wykonującymi prace saperskie, w tym także pomiędzy pracownikami (współpracownikami) tych firm, i dodatkowo jest wzmocniona poprzez zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, które umożliwiają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób realizacji świadczenia przez wykonawcę. W ocenie kontrolującego, co zostało wcześniej podkreślone – nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu naturalna w prawidłowych relacjach wykonawstwo-nadzór bariera informacyjna pomiędzy podmiotami i bezstronność formalna. Świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej, na ile małżonek może działać zachowując bezstronność, w sytuacji gdy działanie (lub zaniechanie) byłoby niekorzystne lub chociażby uciążliwe (finansowo, organizacyjnie) dla partnera (a w konsekwencji i dla niego także), ale również inne przejawy powiązań przedsiębiorstw. Niemożliwa do zbagatelizowania jest dla kontrolującego okoliczność, że niektóre dane teleadresowe firm, tj. faks i telefon są tożsame. Uprawdopodobnia to istnienie jednego wspólnego biura obu firm lub co najmniej wspólnego pracownika, który odbiera jednocześnie dokumenty dotyczące przedmiotowego projektu w imieniu wykonawcy i nadzoru. Choćby z tego tylko względu ewentualne faksy i telefony kierowane przez zamawiającego do podmiotu nadzorującego w przedmiocie chociażby kontroli wykonawcy są, z najdalej posuniętym prawdopodobieństwem, natychmiast znane podmiotowi wykonawczemu. Powiązania między obiema ww. firmami godzą w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagrażają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Ww. powiązania między obiema firmami, w świetle faktu, że jedna z nich miała pełnić nadzór nad zadaniem wykonywanym przez drugą, są sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi, aby podmiot nadzorujący był w pełni niezależny i obiektywny w stosunku do podmiotu nadzorowanego. Brak tej niezależności i obiektywizmu zagraża z kolei interesowi zamawiającego, gdyż naraża go na nienależyte wykonanie zamówienia.

Uwzględniając przywołany stan faktyczny, treść ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz interpretację występujących w niej terminów kontrolujący w dniu 8 kwietnia 2016r. uznał, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biura Obsługi Inwestycji E. O.– M. w części II zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy znk zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów. Złożenie ww. oferty przez ww. wykonawcę stanowi bowiem czyn nieuczciwej konkurencji sprzeczny z dobrymi obyczajami, który zagrażał interesowi klienta jakim jest zamawiający.

W dniu 19 kwietnia 2016r. zamawiający zgłosił zastrzeżenia do wyników kontroli doraźnej następczej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego” w zakresie zarzutu naruszenia w części nr II -Nadleśnictwo Kliniska art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw.

z art. 3 ust. 1 ustawy znk i wniósł o ich uwzględnienie w całości.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami kontrolującego i pragnie podkreślić, że przygotował i prowadził przedmiotowe postępowanie zgodnie z przepisami, a wybrana przez niego oferta w części II zamówienia dotyczącego wykonania rozpoznania i oczyszczania saperskiego dla Nadleśnictwa Kliniska spełniała wszystkie wymagane warunki udziału w postępowaniu, jak również była zgodna z określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogami oraz nie podlegała odrzuceniu na podstawie przepisów.

Zamawiający przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i zauważył, iż kontrolujący zarzucając mu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez p. E. O. – M. odwołał się do art. 3 ust. 1 ustawy znk i również podstawy zastosowania tego przepisu przywołał. W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, gdy zarzut budowany w oparciu o naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy znk powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości. Zamawiający podniósł, że aby mógł przyjąć wyniki kontroli, to kontrolujący musiałby najpierw wykazać (udowodnić), że złożenie przez p. Olczak – Majewską oferty w części II zamówienia na wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego dla Nadleśnictwa Kliniska, w sytuacji, gdy równolegle w tym samym czasie jej mąż Lesław Majewski składał ofertę na nadzór tych prac, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji sprzeczny z dobrymi obyczajami, który zagrażał interesowi zamawiającego, czego jednak nie uczynił.

Zdaniem zamawiającego kontrolujący nie uzasadnił w sposób realny, że oferta złożona przez p. Elżbietę Olczak - Majewską stanowi naruszenie dobrych obyczajów i nie podjął jakiegokolwiek próby wykazania, że w ogóle istnieje obyczaj zakazujący startowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez małżonków będących przedsiębiorcami. Wskazał, że pojęcie „dobre obyczaje” jest pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. Przytoczył w tym zakresie komentarz Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010) oraz odwołał się do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. sygn. akt V ACa 371/07.

W Informacji o wynikach kontroli kontrolujący wskazał, że powiązania pomiędzy wykonawcą wykonującym prace rozpoznania i oczyszczania saperskiego a wykonawcą nadzorującym te prace są sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi zachowanie niezależności pomiędzy nadzorowanym i nadzorującym. Kontrolujący w żaden sposób nie udowodnił, że złożenie przez p. Elżbietę Olczak-Majewskiej oferty na wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego spowoduje, że nie zostanie zachowana zasada niezależności pomiędzy nią a p. Lesławem Majewskim, który w tym samym czasie złożył ofertę i będzie wykonywał nadzór nad wykonywanymi przez p. Elżbietę Olczak - Majewską pracami oraz, że

czynności realizowanych przez nich umów nie będą wykonywane bezstronnie.

Zamawiający pragnie wskazać, iż złożenie przez p. E. O. –M. oferty tylko z tego względu, że jest małżonką L. M. nie może zostać uznane. Podkreślił, iż p. E. O. –M. oraz p. L. M. złożyli oferty w dwóch różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których termin składania ofert upływał w tym samym dniu tj. 29 maja 2012 r. Fakt, iż występują powiązania prawnorodzinne pomiędzy w/w podmiotami tj. p. E. O. – M. jest prywatnie małżonką p. L. M. nie może stanowić podstawy do twierdzenia o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk. Wskazał, co zresztą podniósł sam kontrolujący, że zarówno , jak i inne przepisy prawa nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami, a tym bardziej nie ma takiego zakazu w sytuacji, gdy oferty złożono w różnych postępowaniach. Z kolei zamawiający nie mógł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzić zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy są powiązani z wykonawcami ubiegającymi się udzielenie zamówienia na wykonanie nadzoru nad tymi pracami bądź wykonującymi ten nadzór, gdyż stanowiłoby to ograniczenie konkurencji. Podniósł, że trudno założyć, że p. E. O. – M. miała wiedzę, że uzyska zamówienie jak również, że zamówienie na nadzór tych prac uzyska jej mąż. Co w konsekwencji powoduje, że nie mieli oni uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych wykonawców i nie to miało wpływu na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Jak również zamawiający wątpi, że składając ją p. E. O.-M. była świadoma swojej przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami mogącymi wziąć w nim udział, ani że w ogóle wiedziała, że jej mąż będzie składał ofertę w postępowaniu na wykonywanie zadań JNPWP. Zarówno p. E. O. – M., jak również p. L. M., aby uzyskać zamówienie, o które się ubiegali, musieli wykazać się, na równi z innymi wykonawcami, spełnieniem określonych warunków oraz przyjąć zobowiązanie do ich wykonania za określone w założonych ofertach wynagrodzenie. Zamawiający zauważył, iż oboje są przedsiębiorcami i żeby utrzymać się na rynku składają oferty w różnych postępowaniach prowadzonych przez różnych zamawiających oraz nie muszą siebie nawzajem informować o podjętych działaniach w związku z prowadzoną przez siebie działalnością. Każdy z nich, w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, działa we własnym imieniu i na własny rachunek, a tym samym w związku z występującymi pomiędzy nimi powiązaniami nie można z góry założyć, że prace dotyczące rozpoznania i oczyszczania saperskiego wykonywane przez p. E. O. – M. i nadzór nad tymi pracami wykonywany przez p. L. M. nie będą wykonywane obiektywnie, bezstronnie i nie zagwarantują zamawiającemu należytego wykonania zamówienia. Takie działanie w świetle przyjętych reguł jest dopuszczalne i nie narusza dobrych obyczajów.

Wskazał na wyrok Sądu Administracyjnego w Katowicach z dnia 22 listopada 2000 r. (sygn.

akt IA Ca 688/00). Podniósł, że kontrolujący nie tylko nie wykazał, że złożenie oferty przez p. E. O. – M. nie było sprzeczne z dobrymi obyczajami, ale w treści informacji o wyniku kontroli nie udowodnił również zagrożenia dla interesów zamawiającego. Zgodnie z przytoczonym przez kontrolującego wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 (sygn. I CSK 796/10) „zagrożenie jest niebezpieczeństwem wystąpienia szkody, które jest skonkretyzowane co do realności wystąpienia jak i osoby naruszcyciela. (...) Ponieważ wystąpienia zagrożenia nie sposób udowodnić tak ściśle, jak w wypadku wystąpienia szkody, za wystarczające należy uznać przedstawienie faktów i dowodów, które stanowią o naruszeniu zasad konkurencji (...).W ocenie zamawiającego kontrolujący nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które stanowią zagrożeniu interesów zamawiającego. Podkreślił, że E. O. – M. oraz L. M. wykonują dwa odrębne zamówienia na podstawie odrębnych umów i ponoszą indywidualnie odpowiedzialność w stosunku do zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową. Brak jest dowodu, aby można było bezsprzecznie stwierdzić, iż powiązania faktyczne lub prawne między w/w podmiotami wpłyną na prawidłowość wykonywanych przez nich zamówień.

Wskazał, że w podobnym stanie faktycznym został wydany wyrok z dnia z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki koniecznej do uznania czynu przystępującego za czyn nieuczciwej konkurencji tj. nie wykazał realnego zagrożenia interesów zamawiającego w sytuacji, gdy przystępujący będzie wykonywał funkcje kontrolne nad prawidłowością prac wykonywanych przez jego małżonkę. Co do ustaleń kontrolującego, to zamawiający podniósł, że nie zgadza się, że podmiot nadzorujący jest w stosunkach z wykonawcą quasi zamawiającym. Przywołane przez kontrolującego określenie „quasi zamawiający” nie jest znane ani w powszechnie obowiązujących przepisach prawa ani orzecznictwie. Poza tym podmiot nadzorujący nigdy nie otrzymał od zamawiającego jakiegokolwiek pełnomocnictwa do wykonywania w jego imieniu jakichkolwiek czynności. Podmiot ten ma być jedynie merytorycznym wsparciem dla zamawiającego przy realizacji umowy dotyczącej rozpoznania i oczyszczania saperskiego. Ponadto jakość prac wykonawczych nie jest oceniana jedynie przez podmiot nadzorujący, ale również przez przedstawiciela zamawiającego, który ma możliwość wpływu na podejmowane decyzje. Protokoły odbioru podpisywane były przez pracownika zamawiającego oraz podmiot nadzorujący. Pracownicy zamawiającego prac ukończyli przeprowadzone przez Wojskowy Instytut Techniczny Uzbrojenia w Zielonce szkolenie pn. „Organizacja i prowadzenie czynności kontrolnych nad jakością prac z zakresu oczyszczania terenów z materiałów wybuchowych z aspektami bezpieczeństwa prowadzenia tych czynności”. Zamawiający uważa, że był w stanie dokonać odbioru niezależnie od stanowiska podmiotu nadzorującego. Poza tym nie zgodził się ze stwierdzeniem, że podmiot wykonujący prace rozpoznania i oczyszczania saperskiego mógł z łatwością uzyskać

informacje, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą. Zauważył, iż na to, jaki teren ma zostać poddany kontroli decydujący wpływ ma zamawiający. Zamawiający uważa, że wobec powyższego została zapewniona przez niego niezależność podmiotu nadzorującego nad podmiotem wykonującym nadzorowane przez niego prace, gwarantująca należyte wykonanie zamówienia. Kontrolujący przypisuje w tym przypadku działanie zagrażające interesom zamawiającego podmiotowi nadzorującemu tj. L. M. chociaż podmiotem, który z treści całokształtu informacji o wyniku kontroli miał się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, jest jego zdaniem E. O. – M.

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż w podobnym stanie faktycznym wypowiedział się Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej (dalej NFOŚiGW) w informacji pokontrolnej z kontroli na miejscu przeprowadzonej w dniach 10.03.2014 - 14.03.2014 r. w Nadleśnictwach Przemków i Jedwabno (w których wykonawcą prac saperskich była firma p. E. O. – M.) stwierdził m.in. że nie doszło do wystąpienia nieprawidłowości w zakresie wskazanym w informacji pokontrolnej. NFOŚiGW w w/w. informacji pokontrolnej stwierdził: „A/a podstawie przeprowadzonych czynności kontrolnych, kontrolujący nie znajdują dowodów, ani konkretnych argumentów na stawiane w skargach wykonawców prac saperskich zarzuty dotyczące niewłaściwego nadzoru i odbioru prac oraz uprzywilejowania niektórych firm wykonujących rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu”. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt 1468/14) powyższą okoliczność uznała za obiektywny czynnik wskazujący na brak realnego zagrożenia interesów zamawiającego.

Zamawiający nie zgodził się z tym, że p. E. O. M. oraz L. M. stanowią jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowania sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym, ułatwienia w realizacji kontraktu, i wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami. Kontrolujący w ocenie zamawiającego w żaden sposób nie udowodnił powyższego stwierdzenia. Zdaniem zamawiającego p. E. O.-M. wykonująca prace saperskie oraz p. L. M. sprawujący nadzór nad tymi pracami są osobami fizycznymi prowadzącymi jednoosobowe działalności gospodarcze na podstawie wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (odrębne numery NIP i REGON), a więc są odrębnymi, niezależnymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Każde z nich jako przedsiębiorca prowadzi odrębną działalność gospodarczą we własnym imieniu, co oznacza, że każde z nich prowadzi tę działalność na własny rachunek (dodatkowo w ramach rozdzielności majątkowej), czego konsekwencją jest to, że prawa i obowiązki z nią związane przechodzą na podmiot, który ją prowadzi.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 149/13).

Zamawiający podkreślił, że każdy z tych wykonawców zawierając umowę na realizację danego zamówienia zobowiązał się do przestrzegania jej postanowień i odpowiada za należyte jej wykonanie. Wykonawca nadzorujący wykonanie prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego nie może więc pomagać w realizacji kontraktu p. E. O.-M., jeżeli będzie miało to wpływ na wykonywanie przez niego obowiązków w sposób uczciwy i bezstronny. Co do powiązań pracowniczych wskazywanych przez kontrolującego zamawiający podniósł, że p. E. O. –M. w celu wykazania spełnienia opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przedłożyła wraz z ofertą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym na stanowisko kierownika prac saperskich wskazała p. M. R. Zamawiający zauważył, iż na etapie oceny ofert wykonawca nie dokonuje zmian w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, chyba że zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 wezwie go do ich uzupełnienia. Poza tym zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania nie ma możliwości decydowania o składzie personalnym wykonawcy, gdy ten wykazał dysponowanie odpowiednią ilością specjalistów i spełnił warunki udziału w postępowania. W przedmiotowym stanie faktycznym taka powinność istnieje jedynie przy ustaleniu, czy dana osoba nie jest jednocześnie nadzorującym i nadzorowanym. Zgodnie bowiem z postanowieniami zawartymi w umowie zawartej na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Prac rozpoznawania i oczyszczania saperskiego terenu wykonawca p. L. M. zobowiązany został do złożenia „pisemnego oświadczenia, że nie jest podmiotem wykonującym zadania Rozpoznania i oczyszczania saperskiego w ramach Projektu „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzających przez PGL LP na terenie nadleśnictw,(...) oraz że nie będzie ubiegał się o uzyskanie zamówienia na Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego w ramach w/w Projektu. Zamawiający podkreślił, iż p. L. M. składając ofertę w postępowaniu na wykonywanie nadzoru nie wskazał p. M. R. Osoba ta została przez niego zgłoszona dopiero po podpisaniu umowy tj. 28 sierpnia 2012 r. Poza tym w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do jednoczesnego sprawowania przez p. M. R. funkcji kierowniczych w nadzorze nad pracami saperskimi i wykonywania prac saperskich w ramach umów wykonawczych. W trakcie wykonywania rozpoznania i oczyszczania saperskiego przez p. E. O.-M. funkcję kierownika prac saperskich pełnił p. R. K. Co do tożsamości danych teleadresowych zamawiający podniósł, że w umowie na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac w rozdziale VII „Osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia” § 9 ust. 1 wskazano, że „Wykonawca przyjmuje na siebie obowiązek nadzoru nad pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego za realizację Umowy w osobie p. L. M. Z powyższego wynika, że zamawiający na podstawie w/w umowy

będzie kontaktował się za pomocą telefonu komórkowego oraz maila, a tym samym nie ma obawy, że dokumenty np. w przedmiocie kontroli prac wykonywanych przez p. E.O.-M. zostaną jej przekazane.

Zamawiający wskazał, iż zamówienie jest elementem projektu pn. „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). W trakcie realizacji w/w projektu kierowane były pisma do szeregu podmiotów (kompetentnych organów np. UOKiK, KIO) w celu ustalenia kwestii, czy mogło dojść do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, gdy zamawiający dokonuje wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu na wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego oferty p. E. O.- M., podczas, gdy nadzór nad tymi pracami sprawować będzie wybrany w oddzielnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego p. L. M., który prywatnie jest mężem p. E. O.-M.

Przykładowo, w tożsamej sprawie dotyczącej rozminowania w Nadleśnictwie Opoczno było prowadzone przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie postępowanie wyjaśniające (znak sprawy RPS-170/15, KR-663/15) nadzorowane przez Prokuraturę Rejonową w Opocznie w sprawie, gdzie przedmiotem wniosku o wszczęcie dochodzenia był zarzut naruszenia art 23 ust. 2 ustawy znk tj. dokonanie przez Nadleśnictwo Opoczno wyboru oferty Elżbiety Olczak- Majewskiej jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy nadzór na pracami sprawuje Lesław Majewski, którzy to właściciele obu firm pozostają w związku małżeńskim oraz o ujawnienie w związku z tym tajemnicy przedsiębiorstwa. Komenda Powiatowa Policji w Opocznie odmówiła wszczęcia postępowania z uwagi na wystąpienie negatywnych przesłanek procesowych, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu „Nie mniej jednak warto zaznaczyć, iż penalizując treść zebranych w toku postępowania materiałów, nawet w przypadku, gdyby złożono wniosek o ściganie karne, na tym etapie postępowania brak by było podstaw prawnych do prowadzenia postępowania w oparciu o przepisy karne jak i ustaw szczególnych”. Z kolei w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Regionalną Dyрекcyję Lasów Państwowych we Wrocławiu sprawa wyboru oferty p. L. M. jako najkorzystniejszej na wykonywanie czynności nadzorczych i kontrolnych w stosunku do wykonawcy prac saperskich w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów, gdzie wykonawcą tych prac była p. E. O.-M., była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1468/14.

Ponadto, w dniu 28 czerwca 2015 r. zostało zakończone przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania przedsiębiorców biorących udział w przetargach na „Rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów - część I i II” (znak: ZP-2710-03/14) oraz na „Wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznawania i oczyszczania saperskiego terenu (JNWP)” (znak: ZP

2710-05/14) dla Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu mogą naruszać przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184), a w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 zakazującego porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, przez m.in. uzgodnienie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W piśmie przesłanym do Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu w dniu 30 czerwca 2015 r. (znak sprawy: RWR 400-1/15/ZR/4) w/w sprawie Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu stwierdził, że dokonana przez organ antymonopolowy analiza zebranego materiału dowodowego, nie wskazuje na możliwość naruszenia powołanej wyżej ustawy i związku z tym nie przewiduje wszczęcia postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie.

Podsumowując zamawiający stanął na stanowisku, że Prezes UZP nie udowodnił, że złożenie przez E. O. – M. oferty czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, gdyż nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, które zgodnie z tym przepisem powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie można stwierdzić, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty p. E. O. – M. Prezes UZP, zdaniem zamawiającego nieprawidłowo również ustalił zakres powiązań pomiędzy podmiotem nadzorującym a wykonawczym oraz przy ocenie stanu faktycznego nie wziął pod uwagę ustaleń poczynionych w przedmiotowym Projekcie przez wiele instytucji, jak wyrok KIO, opinię UOKiK, czy postępowanie prowadzone przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie pod nadzorem Prokuratora Rejonowego w Opocznie.

W dniu 5 maja 2016r. Prezes UZP odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy znk. Ustosunkowując się do zastrzeżeń kontrolujący podniósł, że zamawiający błędnie interpretuje art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 3 ust. 1 ustawy znk. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy wskazuje wprost, że czynem jaki poddany zostanie analizie pod kątem przepisów ustawy znk, jest złożenie oferty. Ustawa przesądza zatem bezpośrednio, o jaki czyn chodzi i jednoznacznie go nazywa. Złożenie oferty jest działaniem ze strony wykonawcy, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy znk, niezłożenie oferty oznacza zaś brak działania i nieziszczenie się czynu. Oczywiście, aby uznać to działanie za naruszające uczciwą konkurencję należy ocenić zaistnienie pozostałych przesłanek wskazanych w treści art. 3 ust. 1 ustawy . Podsumowując kontrolujący podkreślił, że czynem nieuczciwej konkurencji jest już okoliczność złożenia oferty przez wykonawcę po spełnieniu dodatkowych przesłanek, tj. w przedmiotowym stanie faktycznym sprzeczności złożenia oferty z dobrymi obyczajami i zagrożeniu jakie niesie złożenie oferty dla klienta.

Kontrolujący nie zgadza się z tezą zamawiającego, że aby móc mu zarzucić naruszenie ustawy trzeba odszukać jeszcze inny autonomiczny czyn po stronie wykonawcy, który wypełniałby samodzielnie dyspozycję „art. 3 ust. 1-2 ustawy znk oraz art. 5 - 17 d ustawy znk”. Kontrolujący podniósł, że przesłanki z art. 3 ustawy znk są samodzielne i nie muszą zostać ziszczone łącznie z przesłankami z art. 5 - 17 d ustawy znk. Gdyby podzielić tok rozumowania zamawiającego kontrolujący podniósł, że należałoby każdorazowo wypełnić dwa znamiona takich czynów. Powyższa interpretacja nie wynika jednak z przepisów prawa, w szczególności nie wynika z łącznej interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy i art. 3 ust. 1 ustawy znk, które są podstawą prawną stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia. Odnosząc się do kolejnych zastrzeżeń kontrolujący podkreślił, że w toku ustalania stanu faktycznego wyodrębnił cztery okoliczności uzasadniające postawienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy . Dopiero łączna analiza kilku wzajemnie przenikających się okoliczności może stanowić podstawę do postawienia zarzutu naruszenia ww. przepisu ustawy, nie zaś wybiórcze odnoszenie się do każdego z nich. Pierwszą dostrzeżoną okolicznością było istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami. Drugą - wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, co było dodatkowo wzmocnione szerokimi w ocenie Urzędu kompetencjami podmiotu nadzorującego nad nadzorowanym. Trzecią dostrzeżoną okolicznością były zależności między zasobami osobowymi obu podmiotów, które przejawiały się zarówno we wzajemnych występowaniu tych samych osób na stanowiskach kierowniczych i wykonawczych (saperskich) u obu podmiotów, jak też powiązania krzyżowe, tj. sytuacje, w których kierownik prac saperskich występował w jednym postępowaniu jako szef zespołu wykonawczego, w innym zaś jako szef nadzorującego. Czwartą okolicznością były niektóre wspólne dane teleadresowe firm.

Wszystkie okoliczności niniejszej sprawy zaistniały najpóźniej na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie podpisania umowy z wykonawcą BOI E. O. –M., a zatem Zamawiający o nich wiedział lub z łatwością mógł się dowiedzieć. Kontrolujący podkreślił, że wybór oferty najkorzystniejszej w części II Kliniska nastąpił w dniu 19.09.2012 r., podczas gdy ten sam wybór odnośnie postępowania na nadzór miał miejsce w dniu 12.07.2012 r., a umowa na nadzór z wykonawcą SPEC-MAJ została zawarta w dniu 01.08.2012 r. Obaj wykonawcy składając oferty zarówno w postępowaniu na nadzór, jak i na wykonawstwo, musieli liczyć się z tym, że ich oferty zostaną uznane za najkorzystniejsze, po to składa się oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i trudno przypuszczać, żeby wykonawca składając ofertę miał inny cel niż uzyskanie zamówienia. Tym samym, p. E. O. – M. wiedząc, że ofertę na nadzór składa jej mąż i wiedząc, że udzielono mu tego zamówienia, była świadoma, że w razie wyboru jej oferty w postępowaniu na wykonawstwo, podmiotem nadzorującym jej prace, będzie jej własny mąż. Świadomość tego posiadał także

zamawiający, skoro umowę z firmą nadzorującą zawarto 01.08.2012 r., a wyboru firmy mającej wykonywać prace saperskie dokonano 19.09.2012 r. W tym stanie rzeczy w ocenie kontrolującego obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty wykonawcy BOI E. O. – M., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamiast uznanie jej za najkorzystniejszą.

W ocenie kontrolującego okoliczności faktyczne wskazują na wnioski przeciwne do wyciągniętych przez zamawiającego - pojawienie się bowiem w postępowaniu wykonawcy p. O. –M. zagroziło nie tylko interesowi zamawiającego (poprzez chociażby wypaczenie istoty relacji nadzór -wykonawstwo), ale także wprowadziło lub mogło wprowadzić nierównowagę w wycenie ofert innych wykonawców (naturalnie odmienna wycena ryzyka przez przedsiębiorcę powiązanego). Ponadto Prezes UZP nie stwierdził, że zamawiający powinien był wprowadzić w siwz zakaz ubiegania się o zamówienie wykonawców powiązanych z podmiotem wykonującym nadzór. Prezes UZP stwierdził natomiast, że zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy powiązanego z podmiotem nadzorującym w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i zagrażający interesowi tegoż zamawiającego. Zamawiający winien więc zastosować art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, a zaniechanie jego zastosowania jest naruszeniem ustawy mającym wpływ na wynik postępowania.

Kontrolujący podkreślił, że sam fakt pozostawiania wykonawców w związku małżeńskim nie był rozstrzygający dla wyniku kontroli. Istotę zagadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym można wyjaśnić jedynie przez łączne odczytywanie przesłanek. O ile zatem sama okoliczność zaistnienia małżeństwa pomiędzy przedsiębiorcami "o niczym nie świadczy", o tyle w świetle wystąpienia wszystkich czterech okoliczności opisanych w Informacji o wyniku kontroli, świadczy o relacjach tak bliskich między firmą nadzorującą i nadzorowaną, że jest to sprzeczne z dobrymi obyczajami, w tym m.in. skutkuje brakiem bariery informacyjnej między oboma podmiotami. Wspólny numer faksu obu firm, których właściciele są dodatkowo małżonkami, pozwala z najdalej idącym prawdopodobieństwem uznać, że bariera informacyjna pomiędzy podmiotami nie istniała. Nie potrzeba, zdaniem kontrolującego na tę okoliczność specjalnego dowodu, trudno też sobie wyobrazić jakiego dowodu zamawiający oczekuje i jak na gruncie ustawy taki dowód powinien wyglądać - wystarczające w ocenie Prezesa UZP są reguły doświadczenia życiowego i analiza zaistniałego stanu faktycznego. Co do argumentacji zamawiającego dotyczącej danych teleadresowych kontrolujący podkreślił, że nie jest istotne, w jaki sposób zamawiający będzie się kontaktował z podmiotem nadzorującym (może np. w ogóle nie wykorzystywać faksu i spotykać się z kierownikiem nadzoru osobiście). Nie wpływa to na fakt, że małżonkowie i tak mogą przekazywać sobie informacje np. o tym, które z 10% obszaru będzie objęte nadzorem, drogą nieoficjalną, czyli ustnie. Zwrócił uwagę, że powiązanie danych teleadresowych firm nadzorującej i nadzorowanej jest zjawiskiem jednoznacznie nagannym w relacjach nadzór - wykonawstwo i podważa sens takiej relacji. Istotą nadzoru jest bowiem

formalna i faktyczna bezstronność, która dopiero gwarantuje właściwe zachowania po stronie podmiotu nadzorowanego. Prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że podmiot profesjonalny będzie wykonywał swoje zadania rzetelnie osiągnąć można wówczas, gdy całkowicie od niego niezależny inny podmiot profesjonalny będzie nadzorował jego prace. Brak zatem faktycznej bezstronności w zamówieniu o charakterze specjalistycznym zagraża interesowi zamawiającego, który profesjonalnym podmiotem w zakresie usług oczyszczania saperskiego nie jest. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 05.12.2014 r. (sygn. akt KIO 2463/14). Okoliczność prowadzenia przez p. L. M. odrębnej działalności gospodarczej od p. E. O. – M. ma znaczenie formalne i zdaniem kontrolującego nie może wprost uchylać ustaleń poczynionych przez Prezesa UZP w Informacji o wyniku kontroli. Prezesowi UZP jest znana ustawa o swobodzie działalności gospodarczej i nie kwestionuje on zapisu z art. 4 tej ustawy, który stanowi o wykonywaniu działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własną rzecz. Kontrolujący podkreślił, że nie stanowi o faktycznej niezależności obu przedsiębiorstw, których powiązania zostały już opisane w Informacji o wyniku kontroli. Dodatkowo kontrolujący zauważył, że na skutek informacji uzyskanej od zamawiających: Nadleśnictwo Opoczno i Nadleśnictwo Brzeziny Prezes Urzędu powziął wiadomość, że co najmniej do 2013 r. p. L. M. był zatrudniony w firmie własnej żony i odpowiadał za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W świetle Kodeksu cywilnego brak jest odrębności prawnej pomiędzy osobą fizyczną p. L. M., a tą samą osobą fizyczną działającą pod firmą. Kontrolujący podkreślił, że istotą zarzutu Prezesa UZP było badanie rozległości powiązań pomiędzy podmiotami, ich sprzeczności z dobrymi obyczajami, co miało miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji - wynikającymi z tego zagrożeniami dla realizacji zamówienia.

Kontrolujący stwierdził, że ma świadomość, że podmiotem formalnie odpowiedzialnym za odbiór jest zamawiający, będący stroną umowy wykonawczej. Istotą odbioru jest jednak nie tylko formalne, ale i merytoryczne potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie miał przy tym kompetencji do merytorycznej oceny efektów pracy podmiotu wykonawczego (stąd też słuszna koncepcja udzielenia zamówienia na podmiot nadzorujący). Prezes UZP podtrzymał stwierdzenie, że w przypadku zamówienia specjalistycznego (a zamówienie na oczyszczanie saperskie ma taki właśnie charakter), rola specjalistycznego podmiotu trzeciego (i to niezależnie od przyjętej terminologii określanego jako: nadzorca, doradca, podmiot biorący udział, czy kwestionowany termin - pełnomocnik) wspierającego podmiot nieposiadający w danej materii wystarczającej kompetencji (zamawiającego) polega w istocie na wyręczeniu zamawiającego w działaniach, które wymagają wykazania się umiejętnościami specjalistycznymi. Bez względu zatem na nazewnictwo kontrolujący potwierdził, że podmiot nadzorujący działa na rzecz zamawiającego w stosunkach z

wykonawcą nadzorowanym i zgodnie z umową współdecydował z zamawiającym o zakresie nadzoru, m.in. o tym, które 10% obszaru zostanie skontrolowane. Powiązania między podmiotami nadzorującym i wykonawczym, co podkreślono w Informacji o wyniku kontroli, godzą w istotę relacji zamawiający - nadzór - wykonawstwo. Nie ma przy tym dla kontrolującego znaczenia, czy zamawiający był w stanie przy pomocy własnego personelu dokonać odbiorów, skoro wybrał podmiot odrębny, który w praktyce wykonywał wszystkie merytoryczne zadania za zamawiającego.

Kontrolujący odniósł się do przywołanego w zastrzeżeniach orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14) podnosząc, że stan faktyczny wbrew twierdzeniom zamawiającego nie jest analogiczny, gdyż ocenie składu orzekającego poddane zostało postępowanie na nadzór, a zatem zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy dotyczył oferty należącej do SPEC-MAJ L. M., a nie wykonawcy BOI E. O. - M. Zarzuty odwołującego ograniczone były w zasadzie tylko do małżeńskich powiązań pomiędzy podmiotami, brak było odniesień do innych okoliczności faktycznych wskazujących na dalej idącą sieć powiązań ujawnionych w toku kontroli. Odwołujący upatrywał realnego zagrożenia interesów zamawiającego w możliwości odmowy złożenia zeznań oraz w okoliczności, iż obowiązek zapłaty kary umownej może mieć wpływ na sytuację rodzinną państwa Majewskich oraz w tym, iż doświadczenie życiowe nakazuje domniemywać, że w razie konfliktu przystępujący (SPEC-MAJ L. M.) zawsze będzie działał w interesie swojej rodziny. Prezes UZP nie stawiał takich zarzutów w treści Informacji o wyniku kontroli. Izba w uzasadnieniu stwierdziła co prawda niedostatecznie udokumentowaną przesłankę zagrożenia interesów zamawiającego, ale jednocześnie odstąpiła od badania przesłanki sprzeczności działań podmiotu nadzorującego z dobrymi obyczajami, nie wykluczając ich (s. 29 orzeczenia).

Kontrolujący nie przyjął argumentacji zamawiającego dotyczącej powiązań pracowniczych. Zdaniem kontrolującego jeżeli dana osoba w jednym nadleśnictwie pracuje dla firmy wykonawczej, a w drugim nadleśnictwie pracuje w firmie nadzorującej wykonując usługi nadzoru nad pracami wykonanymi przez ww. firmę wykonawczą, to naturalne jest, że może starać się wykonywać nadzór tak, aby zachować dobre relacje ze swoim pierwszym pracodawcą, tj. firmą wykonawczą. Decyduje o tym, zdaniem kontrolującego, prosty rachunek ekonomiczny dodatkowo wzmocniony tym, że właściciele obu firm są małżonkami i właściciel firmy nadzorującej (jego drugi pracodawca) również ma lub może mieć osobisty interes w tym, żeby nadzór ocenił prace firmy wykonawczej jak najlepiej. Zatem to, że dana osoba wykonywała raz prace saperskie, drugi raz w nadzorze, w innych nadleśnictwach, nie zmienia faktu, że osoba ta pracując dla obu firm jednocześnie nie jest niezależna w sprawowaniu nadzoru i wręcz ma interes w zachowaniu dobrych relacji zarówno z firmą nadzorowaną, jak i z firmą nadzorującą. Co więcej, osoba ta ma naturalny i bezpośredni

interes względem innych osób (które np. naprzemiennie nadzoruje i jest przez nich nadzorowana) we wzajemnym uznawaniu wykonywanych przez siebie zadań za wykonane należycie. Taka sytuacja jest natomiast sprzeczna z dobrymi obyczajami nakazującymi pełną niezależność i obiektywizm pomiędzy firmą nadzorowaną i nadzorującą, jak też zagraża interesowi zamawiającego, tj. właściwemu wykonaniu zamówienia. Kontrolujący podkreślił, że art. 3 ust. 1 ustawy znk nie wymaga, aby działanie danej firmy faktycznie naruszyło interes klienta. Wystarczające jest bowiem, żeby interes klienta był zagrożony, co w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce, skoro pracownik obu firm wykonywał prace: raz - wykonawcze, raz - nadzorcze i niewątpliwie musiało zależeć mu na tym, żeby być dobrze ocenianym zarówno przez pracodawcę z firmy nadzorowanej, jak i przez pracodawcę z firmy nadzorującej, którzy to pracodawcy byli dodatkowo małżonkami. Przy czym oczywistym jest, że skutek polegający na byciu dobrze ocenianym przez obu pracodawców, mógł być osiągnięty wyłącznie przez wydanie jak najlepszej oceny przez firmę nadzorującą firmie nadzorowanej (bez względu na to, w którym miało to miejsce nadleśnictwie).

Okoliczność, że p. M. R. został ujawniony (po stronie nadzoru) dopiero na etapie aneksu do umowy na nadzór pozostaje dla kontrolującego bez znaczenia dla stanu faktycznego niniejszej sprawy, gdyż na dzień podpisania umowy wykonawczej, zamawiający miał już wiedzę o zaistnieniu takiej sytuacji (aneks do umowy na nadzór został zawarty wcześniej niż umowa o wykonawstwo).

Stwierdzenie zamawiającego o niedopuszczalności zastosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest prawdziwe niemniej jednak dla kontrolującego bezprzedmiotowe, gdyż wykazana sytuacja zagrażająca interesowi zamawiającemu (wystąpienie ww. osoby na stanowiskach funkcyjnych u obu podmiotów) nie jest tożsama ze spełnianiem warunków udziału w postępowaniu (czego Prezes UZP nie kwestionował).

Żądanie w ocenie kontrolującego dowodów na konkretne działanie jest w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy znk niekonieczne. Zamawiający posiadając informacje o wieloaspektowych powiązaniach między firmą nadzorującą i nadzorowaną (co zostało wykazane powyżej) powinien brać pod uwagę zagrożenie swojego interesu i odrzucić ofertę BOI E. O. – M., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy .

Prezes UZP w przedmiotowym stanie faktycznym poddał analizie całość okoliczności towarzyszących obu zamówieniom i uznał, że kluczowym celem zamawiającego jest należyte świadczenie usługi oczyszczania saperskiego. Środkiem do należytego zrealizowania tego celu jest usługa nadzoru. Z powyższego wynika, że oba zamówienia nie są względem siebie niezależne (gdyby tak było naruszenie nie zostałoby stwierdzone), ale ściśle oddziałują na siebie. Dla kontrolującego jest więc oczywiste, że wszystkie okoliczności, które wypaczają istotę nadzoru (czyli wprost oznaczają, że nad przedsiębiorstwem BOI, w przeciwieństwie do innych przedsiębiorców niepowiązanych,

nadzór przedsiębiorstwa SPEC-MAJ może być tylko teoretyczny) i przy okazji mogą mieć wpływ, np. na inną wycenę oferty przedsiębiorcy powiązanego niż u innych wykonawców (wielokrotnie podnoszona kwestia wyceny ryzyka), mają charakter okoliczności naruszających „dobre obyczaje” w obrocie gospodarczym.

Ponadto kontrolujący podniósł, nie jest prawdziwe stwierdzenie, że prowadzone postępowania kontrolne pominęło dokumenty i ustalenia innych organów przywołane przez zamawiającego.

Odnosząc się do opinii Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu z dnia 30.06.2015 r., zauważył, że została ona wydana w oparciu o analizę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ustawy znk. W treści pisma stwierdzono, że UOKiK zakończył postępowanie wyjaśniające w sprawie ustalenia, czy działania obu podmiotów (SPEC-MAJ L. M. i BOI E. O. – M.) mogą naruszać przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności art. 6 ust. 1 pkt 7 zakazującego porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczanie lub naruszenie w inny sposób konkurencji, poprzez m.in. uzgadniania przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu pracy lub ceny. „Dokonana przez organ antymonopolowy analiza zabranego materiału dowodowego, nie wskazuje na możliwość naruszenia powołanej wyżej ustawy.”

Tym samym, argument zamawiającego, że złożenie oferty przez BOI E. O. – M. nie stanowi naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie ma znaczenia, gdyż nie niezgodność z tą ustawą, a ustawą znk była przedmiotem naruszenia.

Odnosząc się zaś do ustaleń poczynionych przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie w toku postępowania wyjaśniającego skutkujących wydaniem Postanowienia z dnia 22.07.2015 r. o odmowie wszczęcia dochodzenia, kontrolujący zauważył, że również one nie są argumentem uzasadniającym niewystąpienie w przedmiotowym stanie faktycznym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Po pierwsze, wniosek o ściganie nie podlegał rozpoznaniu z przyczyn formalnych - został bowiem zgłoszony przez podmiot nieuprawniony, a organ prowadzący postępowanie stwierdził brak wymaganego wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, tj. Nadleśnictwa Opoczno. Po drugie, postępowanie skutkujące odmową wszczęcia dochodzenia prowadzone było jedynie w kierunku naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy znk, który stanowi, że kto uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Treść art. 23 ust. 2 ustawy znk statuuje przepis karny i ziszczenie się wskazanych w nim przesłanek odnosi się jedynie do możliwości postawienia zarzutów karnych określonym osobom. Nie występuje tożsamość pomiędzy przesłankami z art. 23 ust.

2 i art. 3 ust. 1 ustawy znk. Okoliczność niewystąpienia znamion przestępstwa (i to niezależnie od zaistnienia przesłanek negatywnych niweczących możliwość wszczęcia dochodzenia) nie oznacza, że nie ziszczyły się przesłanki wskazane w treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, wystarczające do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Co było już bowiem wielokrotnie podkreślane, czyn nieuczciwej konkurencji może nastąpić nie tylko na skutek naruszenia przepisów prawa, ale także na skutek naruszenia dobrych obyczajów. Po trzecie, Komenda Policji analizowała stan faktyczny jaki zaistniał w Nadleśnictwie Opoczno, a nie w Nadleśnictwie Kliniska.

Bez znaczenia dla sprawy pozostają także w ocenie kontrolującego ustalenia Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wyrażone w informacji pokontrolnej z kontroli przeprowadzonej na miejscu w dniach 10.03.2014 r. - 14.03.2014 r. Jak bowiem wynika z pkt 5 zakresu kontroli, przedmiotowa kontrola dotyczyła "weryfikacji zasadności stawianych w skargach wykonawców prac saperskich zarzutów dotyczących niewłaściwego nadzoru i odbiorów prac prowadzonych przez firmę SPEC-MAJ L. M. w aspekcie formalnym, organizacyjnym i rzeczowym". Już z powyższego wynika, że treścią kontroli nie były objęte sensu stricto postępowania wykonawcze, a forma sprawowania nadzoru i to jedynie w wybranych nadleśnictwach i Nadleśnictwo Kliniska nie było objęte zakresem rzeczowym kontroli NFOŚiGW. Istotnie, w ustaleniach dokonanych przez NFOŚiGW w zakresie objętym kontrolą nie znaleziono dowodów na stawiane w skargach wykonawców zarzuty dotyczące niewłaściwego nadzoru i odbioru prac, niemniej jednak w "dbałości o transparentność i przestrzeganie dobrych obyczajów" (s. 15 informacji pokontrolnej) zalecono przeprowadzić dodatkowe badanie jakości wykonanych prac. Trudno powyższe stwierdzenie zdaniem kontrolującego uznać za dowód na niebudzące wątpliwości należyte wykonywanie prac przez przedsiębiorców powiązanych, a praktykę jednoczesnego wykonawstwa i nadzoru przez podmioty powiązane za przykład wysokich standardów i dobrych obyczajów.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy , w związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa UZP zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej, zostały one przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a sporna była jedynie ocena tego stanu faktycznego pod normę art. 3 ust. 1 ustawy znk i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Przepisy te zarówno przez kontrolującego jak i zamawiającego były przytaczane w ich stanowiskach.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na

uwzględnienie. Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że kontrolujący nie wykazał istnienia dobrych obyczajów, z którymi byłoby niezgodne składanie ofert przez małżonków w dwóch różnych postępowaniach. W ocenie Izby jak słusznie podnosił kontrolujący kluczowy w niniejszej sprawie jest zakres przedmiotowy obu postępowań, w których małżonkowie ubiegali się o zamówienia oraz to, że zakres przedmiotowy jednego z zamówień oddziałuje na sposób wykonywania drugiego z zamówień. Tym samym obyczaj, który miałby być naruszony, musi wiązać się właśnie ze specyfiką obu zamówień publicznych. W tym znaczeniu dobrym obyczajem, który w ocenie kontrolującego został naruszony przez złożenie oferty jest zakaz istnienia takich powiązań pomiędzy nadzorującym, a wykonawcą, które budziłyby wątpliwości, co do bezstronnego i rzetelnego wykonywania czynności nadzoru. Ten obyczaj reguluje prawidłowe funkcjonowanie czynności nadzorczych, co więcej sam zamawiający dał jemu wyraz w umowie zawartej z Lesławem Majewskim zobowiązując L. M. do złożenia *„pisemnego oświadczenia, że nie jest podmiotem wykonującym zadania Rozpoznania i oczyszczania saperskiego w ramach Projektu „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzających przez PGL LP na terenie nadleśnictw,(...) oraz że nie będzie ubiegał się o uzyskanie zamówienia na Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego w ramach w/w Projektu (..J.)”* Zatem sam zamawiający dostrzegał etyczną sprzeczność w łączeniu funkcji nadzoru i wykonawstwa. Tym bardziej w ocenie Izby powinien wnikliwie badać istnienie powiązań pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniach wykonawczych, a wykonawcą, z którym została podpisana umowa o nadzór. Tak, aby nie dopuścić do formalnego obejścia ustanowionego przez siebie zakazu, który w ocenie Izby był właśnie wyrazem istniejącego dobrego obyczaju. Zakaz ten przejawia się z różnych przepisach prawa jak choćby w art. 24 ustawy Prawo budowlane, gdzie niedopuszczalna jest sytuacja łączenia funkcji kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego. Podobne uregulowania zawiera art. 214 ksh stanowiącym, że członek zarządu, prokurent, likwidator, kierownik oddziału lub zakładu oraz zatrudniony w spółce główny księgowy, radca prawny lub adwokat nie może być jednocześnie członkiem rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej. Istnienie tego obyczaju potwierdzają zarówno zakazy dotyczące sędziów i ich małżonków adwokatów lub radców prawnych, kontrolerów NIK, pracowników organów kontroli skarbowej, czy nawet członków Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie się w tym miejscu do stosunków państwo – obywatel ma jedynie na celu wykazanie, że powszechnie nieakceptowana jest sytuacja, w której dany podmiot może wpływać na sposób podejmowania decyzji we własnej sprawie czy sprawie swojego bliskiego czy małżonka. Złożenie oferty przez p. O. – M., w sytuacji, gdy ofertę na

nadzór złożył jej małżonek mogło rodzić obawę, o to czy p. O. – M. nie będzie wpływać na swojego małżonka przy przeprowadzaniu odbiorów i rekomendowaniu zamawiającemu odbioru jej pracy. A zatem czy z uwagi na zawarty związek małżeński nie zaistniała sytuacja, która może zagrażać zasadzie transparentności w trakcie realizacji usług wykonawczych. O ile Izba w całości podziela stanowisko i kontrolującego i zamawiającego, że nie jest wystarczającą przesłanką do stwierdzenia, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, sam fakt pozostawiania dwóch wykonawców w związku małżeńskim, o tyle podziela stanowisko kontrolującego, że taki fakt w powiązaniu z przedmiotami obu zamówień powinien wzbudzić po stronie zamawiającego konieczność badania możliwości popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający jednak nie przeanalizował pod tym kątem ofert złożonych w obu postępowaniach, a także nie wykorzystał informacji, które uzyskał przed wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wykonawczym. Jak zostało ustalone w wyniku kontroli na podstawie złożonych w obu postępowaniach ofert zamawiający mógł ustalić zbieżność nazwisk wykonawców składających oferty „M.” i „O.– M.”. Na podstawie ofert mógł ustalić, że posiadają wspólne dane teleadresowe, jak również na podstawie aneksu do umowy nadzoru ustalić, że istnieją pomiędzy wykonawcami powiązania pracownicze w postaci wspólnego pracownika M.R.. Nadto zamawiający nie negował, że znany jest mu fakt, że L. M.i i Elżbieta O. – M. są małżonkami. Stosunki pomiędzy tymi osobami musiały być dobrze znane zamawiającemu, skoro znał fakt ustanowienia rozdzielności majątkowej małżeńskiej, który nie był okolicznością ustaloną w toku kontroli. Zamawiający na podstawie tych danych mógł uzyskać wiedzę, że powiązania pomiędzy małżonkami nie ograniczają się do powiązań osobowych, ale wkraczają także na grunt prowadzonej przez nich działalności zawodowej. W świetle europejskiego orzecznictwa, kluczowe dla określenia, czy z pozoru niezależni przedsiębiorcy stanowią "jeden organizm gospodarczy" jest zbadanie okoliczności behawioralnych tzn. czy przedsiębiorcy zachowują się na rynku jak jeden podmiot [Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 15.09.2009r. w sprawie T-325/01 Daimler Chrysler AG v. Komisji, <http://eur-lex.europa.eu>]. Co prawda Komisji Europejskiej nie zdarzyło się do tej pory zastosować tej koncepcji do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, jednak Europejski Trybunał Sprawiedliwości wprost wskazał, iż koncepcja ta dotyczy tak osób prawnych jak i fizycznych. W polskiej doktrynie przyjmuje się też, że koncepcja "jednego organizmu gospodarczego" ma zastosowanie właśnie do porozumień pomiędzy przystępującymi do przetargu wykonawcami [P. Semeniuk, "Polskie zminy przetargowe", internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1(2), www.ikar.wz.uw.edu.pl]. Zamawiający dokonując badania obu ofert powinien być porównać dane wynikające z CEIDG obu wykonawców, co do zakresów prowadzonych przez nich działalności gospodarczych. W sytuacji, gdy z aneksu złożonego przez L. M.dowiedział się o

istnieniu powiązań pracowniczych, tym bardziej powinien badać ofertę E. O. – M. pod kątem możliwości popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z wiedzy pozyskanej przez Izbę z urzędu z uchwał sygn. akt KIO/KD 27/16 i KIO/KD 28/16 możliwy do ustalenia był także fakt, że co najmniej do 2013 r. p. L. M. był zatrudniony w firmie własnej żony i odpowiadał za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, o czym świadczy decyzja Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r., którą udzielono p. E. O.-M.- właścicielce firmy pn. Biuro Obsługi Inwestycji zgody na nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W treści tej decyzji Wojewoda wskazał p. L. M. jako osobę odpowiedzialną za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami, co wskazuje na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym obu firm. Również na podstawie wiedzy pozyskanej przez Izbę z urzędu możliwe były do ustalenia dalsze powiązania pracownicze pomiędzy firmami, które nie ograniczają się do jednej osoby, gdyż jak wynika to z ustaleń kontroli prowadzonych równoległe z badanym postępowaniem kontrolnym również R. K. w innym postępowaniu był wskazywany przez oboje małżonków.

Oczywiście Izba nie czyni zamawiającemu zarzutów na podstawie innych postępowań, które ujawniły dalsze powiązania zawodowe pomiędzy małżonkami. Niemniej jednak wskazuje, że brak dbałości zamawiającego o transparentność prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia wykonawczego doprowadziło do utrwalenia nieprawidłowej praktyki po stronie wykonawcy BOI p. O.– M..

Zamawiający na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zamówienia wykonawczego dysponował wiedzą o powiązaniach osobowych, które w realny sposób mogą wpłynąć na wykonywanie usług nadzoru, jak również na jakość uzyskanych usług wykonawczych, wiedział także o dodatkowych okolicznościach świadczących o tym, że obie prowadzone działalności są ze sobą powiązane ściślej niż jedynie przez związek małżeński. W świetle powyższego zamawiający powinien był rozważyć możliwość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, w tym zakresie mógł także skorzystać z procedury art. 87 ust. 1 ustawy. Skoro tej procedury zaniechał, to w ocenie Izby ze zgromadzonego w toku kontroli materiału dowodowego, że było podstaw do przyjęcia, że nie doszło do naruszenia dobrego obyczaju w postaci zakazu istnienia wzajemnych powiązań pomiędzy nadzorującym i nadzorowanym, które pozwoliłyby na korzystny dla nadzorowanego wynik nadzoru. Co do zagrożenia interesu zamawiającego, to Izba podziela stanowisko kontrolującego, że takie zagrożenie realnie zaistniało w chwili wyboru oferty p. O. – M., gdyż zamawiający przez wybór tej oferty nie uzyskiwał pewności, że otrzyma usługę należytej jakości. W ocenie Izby istnienie ścisłych

powiązań pomiędzy nadzorującym i nadzorowanym mogło prowadzić do sytuacji, w której E. O. – M. uzyskała możliwość oddziaływania na decyzje zamawiającego przy ocenie jej prac w ramach dokonywanych odbiorów za pośrednictwem wsparcia merytorycznego zamawiającego, które wykonywał jej mąż. Dla zaistnienia przesłanki zagrożenia interesu klienta – zamawiającego w ocenie Izby wystarczające jest wyłącznie uzyskanie takiej możliwości, a nie to czy ta możliwość została przez wykonawcę wykorzystana. W ocenie Izby nie jest istotne również to czy sam zamawiający był zdolny do oceny prac E. O.-M. za pomocą swoich pracowników. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest bowiem, że L.M. i jego pracownicy uczestniczyli w czynnościach nadzoru i wykonywali odbiory, do czego upoważnił ich zamawiający zawierając umowę o nadzór. Co do załączonych do zastrzeżeń dowodów, to Izba podziela w całości ich ocenę dokonaną przez kontrolującego i stwierdza iż z uwagi na treść tych dokumentów, nie mają one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nie miała podstaw, w przedstawionym stanie faktycznym i prawnym do uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń i na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy i wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....