

Sygn. akt: KIO/KD 33/16

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 maja 2016 r.

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”
Nadleśnictwo Jedwabno, Nadleśnictwo Przasnysz, Nadleśnictwo Wipsowo
reprezentowane przez:
Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”
Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Olsztynie
ul. Kościuszki 46/48
10-959 Olsztyn

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej” (znak: KD/24/16/DKUE) z dnia 1 kwietnia 2016 r. w przedmiocie zamówienia na wykonanie „Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Jedwabno, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Przasnysz, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Wipsowo”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata
	Jolanta Markowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 1 kwietnia 2016 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na „Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Jedwabno, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Przasnysz, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Wipsowo”. O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, tj. Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Jedwabno, Nadleśnictwo Przasnysz, Nadleśnictwo Wipsowo pismem z dnia 1 kwietnia 2016 r. [znak: UZP/DKUE/W2/421/24(6)/16/KK(2963)], przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, co następuje:

Na podstawie dokumentacji ustalono, że zamówienie na wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Jedwabno, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Przasnysz, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Wipsowo będące przedmiotem kontroli jest elementem projektu na „Rekultywację na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popolygonowych i powojсковych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Celem projektu jest przywrócenie zdegradowanym terenom powojсковym 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 Prawdliwość Wykonywanych Prac (dalej JNPWP), która jest odrębnym podmiotem, wyłonionym w osobnym przetargu przez CKPŚ, na mocy pełnomocnictw od poszczególnych nadleśnictw.

W wyniku przeprowadzonego przez Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych w trybie przetargu nieograniczonego postępowania JRP3/2710/013-1/12 na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawdliwość Wykonywanych Prac (dalej: „JNPWP”)

rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu (wartość szacunkowa: 7 848 101,25 zł) została zawarta w dniu 1 sierpnia 2012 r. 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 Nadleśnictw Jedwabno i Przasnysz. 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 L.M.

W kontrolowanym postępowaniu wykonawczym w zakresie dwóch z trzech części ofertę złożył wykonawca E. O. – M. działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. W części I Jedwabno (zakończonej zawarciem w dniu 15 lipca 2014 r. umowy nr 2710-01/2014/UE z tym wykonawcą) była to jedyna złożona oferta. W części II Przasnysz (zakończonej zawarciem w dniu 15 lipca 2014 r.

umowy nr SA-2710-UE-1/14 z tym wykonawcą) była to oferta najkorzystniejsza spośród dwóch złożonych ofert.

Zgodnie z § 15 ust. 1 ww. umowy nr 2710-01/2014/UE oraz nr SA-2710-UE-1/14: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego na realizację umowy w osobie: R. K. (dot. umowy nr 2710-01/2014/UE), M.R. (dot. umowy nr SA-2710-UE-1/14)”. W § 15 ust. 2 ww. umów wskazano: „zamawiający ustanawia (...) nadzór Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego (dalej 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 umów, „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 adres: SPEC-MAJ L.M (...)”. Z § 17 ust. 2 ww. umów 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 ww. umów, kontroli przez JNPWP w czasie odbioru podlega także całość dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę, w tym także dokumentacja prowadzona przez archeologa. Z § 17 ust. 4 ww. umów wynika, że prace uważa się za wykonane niezgodnie z umową, jeśli wykryto pomiędzy powierzchnią gruntu a głębokością zawartą w umowie pojedynczy przedmiot, o jakim mowa w OPZ. W § 10 ust. 1 ww. umów wprowadzono obowiązek wykonawcy poddania się kontroli „przed przystąpieniem do prac, w ich trakcie oraz także po zakończeniu” m.in. ze strony podmiotu nadzorującego, tj. JNPWP. Ponadto, zgodnie z § 5 ust. 1 ww. umów, 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. Wreszcie, w § 23 ust. 2 e) niniejszych umów przewidziano możliwość zmiany terminu końcowego wykonania umowy „w przypadku, gdy na dzień podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego z (...) JNPWP lub gdy podmiot będący JNPWP nie złoży oświadczenia o bezstronności wynikającego z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego na JNPWP. W takim wypadku zamawiający dopuszcza możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o liczbę dni, która stanowi różnicę pomiędzy faktycznym dniem podpisania umowy na JNPWP, a dniem podpisania niniejszej

umowy”.

Z informacji przekazanych m.in. przez podmiot wnoszący o kontrolę, tj. Ministerstwo Środowiska wynika, że ww. przedsiębiorcy są prywatnie małżonkami.

Ponadto, w toku kontrolowanego postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawcy zadali zamawiającemu m.in. następujące pytania:

- wykonawca BOI E. O.M. zapytał, czy zamawiający dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu wykonawcy będącego osobą bliską w stosunku do JNPWP, jak też powiązaną biznesowo, gospodarczo (np. poprzez udzielenie doświadczenia w przetargach) lub towarzystwo z osobami sprawującymi kontrolę z ramienia JNPWP. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2014 r. (nr 49 i 51) zamawiający stwierdził: „w postępowaniu mogą brać udział wszystkie podmioty, które spełniają warunki postępowania określone w art. 22 ustawy Pzp i nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy”.

- wykonawca P.P.H. TELKAZ sp. z o.o. zapytał m.in.:

a) „czy decyzje koordynatora prac wyznaczonego ze strony nadleśnictwa, odnośnie niepodjęcia metalowych elementów, których usunięcie mogłoby spowodować nieodwracalną szkodę dla drzewostanu lub ekosystemu (...) może być nieuwzględnione przez JNPWP?”. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2014 r. (nr 18) zamawiający stwierdził: „zamawiający nie przewiduje podejmowania jakichkolwiek decyzji przez koordynatorów prac ze strony nadleśnictw w zakresie ujętym w pytaniu”;

b) „czy zamawiający przewiduje możliwość odwołania się przez wykonawcę od niekorzystnej dla niego decyzji JNPWP?”. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2014 r. (nr 34) zamawiający stwierdził: „pytanie nie pozostaje w związku z treścią siwz”.

c) „czy zamawiający dysponuje wiedzą jaki podmiot gospodarczy będzie pełnił funkcję JNPWP w Nadleśnictwie Jedwabno, Nadleśnictwie Przasnysz oraz w Nadleśnictwie Wipsowo? Wiedza ta jest niezbędna do oceny ryzyka”. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2014 r. (nr 15) zamawiający stwierdził: „pytanie nie pozostaje w związku z treścią siwz”.

d) „czy w Nadleśnictwie Jedwabno, Nadleśnictwie Przasnysz lub w Nadleśnictwie Wipsowo na terenie przeznaczonym do oczyszczania saperskiego znajdował się poligon wojskowy? Jeżeli tak, to czy zamawiający posiada wiedzę dokładnych lokalizacji działań wojskowych, np. stare mapy?”. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2014 r. (nr 1) zamawiający stwierdził: „Poligon znajdował się na terenie nadleśnictw Przasnysz i Jedwabno. Zamawiający nie posiada wiedzy i dokumentacji na temat działań wojskowych”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że z uwagi na okoliczność, że

przedsiębiorca nadzorujący i nadzorowany są ze sobą powiązani, niezbędne jest określenie zakresu tego związku, a następnie ocena, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji E. O.M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – tj. z uwagi na taką okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Kontrolujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 23 lipca 2015 r. wyraził stanowisko, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając, że „w okolicznościach niniejszej sprawy E. O. –M. oraz L.M. uczestniczyli w dwóch przedmiotowo różnych postępowaniach. Każde z małżonków brało udział tylko w jednym z dwóch postępowań, w toku których składali oświadczenia o zachowaniu bezstronności. Ponadto, z wykazu osób uczestniczących w każdym z wyżej wymienionych postępowań nie wynika, aby osoby w realizacji jednego z zadań, uczestniczyły również w drugim. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że z wydruku z CEIDG E. O.-M. nie wynika, aby pozostawał w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej, co uzasadnia przekonanie, iż małżonkowie nie są powiązani finansowo. (...) dla przypisania złożeniu przez wykonawcę E. O.-M. oferty znamion czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne byłoby wykazanie celu tego rodzaju działania, zmierzającego do uzyskania stanu przewagi konkurencyjnej czy wyeliminowania innych wykonawców z rynku. Rezultaty i przebieg postępowania, w którym brała udział E. O.-M. oraz drugiego postępowania, które wygrał L.M. nie prowadzą do wniosku, by działaniami tym przyświecał tego rodzaju cel. Za takim wnioskiem przemawiają następujące okoliczności:

1. E. O.-M., w toku postępowania przetargowego na realizację zadania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na rozpoznaniu i oczyszczaniu saperskim terenu złożyła zapytanie, czy krewny lub powinowaty podmiotu, który uczestniczy w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na wykonywaniu zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego może brać udział w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu. Zamawiający wyraził na powyższe zgodę.
2. Małżonkowie uczestniczyli tylko w jednego rodzaju postępowaniu.
3. Zapisy wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na wykonywaniu zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego wskazywały, że odbiór prac miał następować przy współudziale przedstawiciela danego Nadleśnictwa. Tym samym ewentualna dywersyfikacja czynności odbiorowych została wyłączona, zwłaszcza że pracownicy Nadleśnictw zostali skierowani na stosowne szkolenia.
4. Małżonkowie, przy wykonywaniu powierzonych im zadań, nie posługiwali się tymi

samymi osobami.

5. Z wydruku CEIDG E. O.-M. czy też L. M. nie wynika, aby pozostawali oni w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej, co wyklucza istnienie pomiędzy powiązań finansowych.”

W świetle powyższego Prezes Urzędu zauważył, co następuje.

Po pierwsze, Kontrolujący zwrócił uwagę, że występuje wskazane powiązanie osobowe pomiędzy oboma podmiotami. Przedsiębiorca E. O.M. jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczył usługę nadzoru nad przedmiotowymi zadaniami. Ustawa Pzp, 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, 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”. Należy przy tym już na wstępie przyjąć tezę, że wykonawca - przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, zaś jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemysłanych, 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.

Po drugie, w przedmiotowym stanie faktycznym 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 pełnomocnikiem 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 2 częściach na korzyść firmy pani O. – M., a więc poddając efekt jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża, w istocie podważył sensowność nadzoru i pozostał osamotniony w kontaktach z podmiotem profesjonalnym, tj. firmą Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. Truizmem jest bowiem 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 Urzędu, nie została zapewniona.

Prezes Urzędu zwrócił przy tym uwagę na bardzo szeroki zakres nadzoru nad wykonawstwem opisany powyżej, co w ocenie Kontrolującego może mieć realne przełożenie na wykonywanie zamówienia przez wykonawcę. Podmiot nadzorujący współdecydował bowiem z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej (kontrolnej) weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. Oddanie znacznych kompetencji podmiotowi nadzorującemu potwierdził sam zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 19 maja 2014 r., którego znaczenie sprowadza się do stwierdzenia, że kwestie merytoryczne związane z usuwaniem metalowych elementów i prawna ocena możliwości takiego usunięcia (tj. czy takie usunięcie może spowodować szkody) nie znajdują się w zakresie zainteresowania koordynatorów prac z ramienia Zamawiającego. Zamawiający nie odniósł się także merytorycznie do pytania nr 34 odpowiadając, że kwestie procedury odwoławczej od niekorzystnej dla wykonawcy decyzji jednostki nadzorującej pozostają bez związku z treścią siwz. W takich okolicznościach bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, (wzmocniona kolejną okolicznością występowania poligonu wojskowego na terenach należących do Nadleśnictw Przasnysz i Jedwabno, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 19 maja 2014 r.) mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. Taki też jest kontekst pytania nr 15 dotyczącego specyfikacji istotnych warunków zamówienia skierowanego do zamawiającego przez wykonawcę P.P.H. TELKAZ sp. z o.o., w którym jednoznacznie wskazano na ścisłą zależność wyceny ryzyka w ofercie od konkretnego podmiotu nadzorującego. Przede wszystkim firma wykonawcza (żona) mogła z łatwością uzyskać informację, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą (męża).

Po trzecie, 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 i na odwrót.

W zakresie części nr I Jedwabno (zakończonej zawarciem umowy nr

2710-01/2014/UE) w § 15 ust. 1 ww. umowy ustanowiono pana R. K. pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy. Jednocześnie pan R. K. został także wskazany jako kierownik nadzoru prac w ofercie SPEC-MAJ L.M., stanowiącej załącznik do umowy na nadzór z dnia 1 sierpnia 2012 r. W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej (KD/23/16/DKUE) ujawniono także powiązanie odwrotne - pan J. K., który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej protokoły odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (w szczególności protokoły zdawczo-odbiorcze całości terenu nr 4 i 5 z dnia 7 listopada 2014 r.), w postępowaniu prowadzonym w 2012 r. przez Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu (znak: ZH-2710-07/11) został zgłoszony w ofercie Biura Obsługi Inwestycji E. O.M. jako osoba przewidziana do wykonywania czynności kierowniczych w ramach wykonawstwa. Względem tej osoby w wykazie osób wskazano, że ma on doświadczenie nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI. Innymi słowy, osoba odpowiedzialna za realizację umowy i kierownik prac saperskich w zależności od postępowania, kierowali pracami wykonawczymi po stronie firmy żony, zaś w następnym postępowaniu nadzorowali prace firmy żony z ramienia firmy męża. Reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest co najmniej dyskusyjna. W szczególności należy zwrócić uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm. Ponadto, współzależność, jaka występuje pomiędzy osobami na stanowiskach kierowniczych w wykonawstwie i nadzorze, występuje także pośród osób przewidzianych na stanowiskach saperów - pracowników fizycznych. Powtarzają się bowiem w ofercie wykonawczej złożonej na część I Jedwabno (Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia załączony do oferty został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) i w ofercie na nadzór (SPEC-MAJ L.M.) oraz umowie na nadzór niektórzy pracownicy fizyczni: M. P. i J. Sz. (oba w ofercie wykonawczej i ofercie na nadzór będącej załącznikiem do umowy na nadzór z dnia 1 sierpnia 2012 r.), G. A., Z. N., P. P., M. K. (wszyscy w ofercie wykonawczej i aneksie nr 3 z dnia 8 lipca 2013 r. do umowy z dnia 1 sierpnia 2012 r. na nadzór).

Z kolei w zakresie części nr II Przasnysz (zakończonych zawarciem umowy nr SA-2710-UE-1/14, której integralną część stanowiła oferta wykonawcy BOI E. O.M.), w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia załączonym (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), załączonym do oferty ww. wykonawcy, na stanowisko kierownika prac saperskich przewidziano p. J. B.

i wskazano, że ma on doświadczenie jako „3 lata nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Jednocześnie p. J. B. został także wskazany jako kierownik nadzoru prac w ofercie SPEC-MAJ L.M., stanowiącej załącznik do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r. Podobnie, wskazany w aneksie nr 1 z dnia 28 sierpnia 2012 r. do ww. umowy na nadzór jako kierownik nadzoru prac pan M.R. został wyznaczony w § 15 ust. 1 umowy wykonawczej nr SA-2710-UE-1/14 jako pracownik odpowiedzialny za realizację tej umowy. W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej (KD/23/16/DKUE) ujawniono także powiązanie odwrotne - pan J. K., który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej protokoły odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (tj. protokoły zdawczo-odbiorcze terenu z dnia 30 września i 1 października 2014 r.), w postępowaniu prowadzonym w 2012 r. przez Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu (znak ZH-2710-07/11) został zgłoszony w ofercie Biura Obsługi Inwestycji E. O.M. jako osoba przewidziana do wykonywania czynności kierowniczych w ramach wykonawstwa. Względem tej osoby w wykazie osób wskazano, że ma on doświadczenie nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI. Innymi słowy, kierownicy prac saperskich w zależności od postępowania, kierowali pracami wykonawczymi po stronie firmy żony, zaś w następnym postępowaniu nadzorowali prace firmy żony z ramienia firmy męża i na odwrót. Jak wskazano już wyżej, reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest wątpliwa. W szczególności należy zwrócić uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm. Ponadto, współzależność, jaka występuje pomiędzy osobami na stanowiskach kierowniczych w wykonawstwie i nadzorze, występuje także pośród osób przewidzianych na stanowiskach saperów - pracowników fizycznych. Powtarza się w ofercie wykonawczej i aneksie nr 2 z dnia 28 lutego 2013 r. do umowy z dnia 1 sierpnia 2012 r. na nadzór pracownik fizyczny: Z. P.

Po czwarte, ścisłe 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.

Po piąte, jak wynika z dokumentów przekazanych do kontroli, decyzją Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r. wydaną na podstawie art. 9 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych

przeznaczonych do użytku cywilnego, 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 samej decyzji Wojewoda wskazał, że „odpowiedzialnym za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami jest p. L.M.”. Wskazuje to na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym, gdyż osoba fizyczna (będąca jednocześnie przedsiębiorcą nadzorującym) jest odpowiedzialna za postępowanie z materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu stwierdził, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, że przedsiębiorcami, w rozumieniu tej ustawy są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 Pzp.

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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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). Prezes Urzędu wskazał też na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., w którym Sąd określił znaczenie przesłanki „naruszenia dobrych obyczajów” (sygn. akt V ACa 371/07).

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. akt 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 naruszydciela. 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 bezpośredniości zagrożenia nie ma mowy. Niebezpieczeństwo nie może być jednak, jak wspomniano, tylko ewentualne, ale też nie jest wymagane wykazanie pewności jego wystąpienia. 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 (...).”.

Wyżej przedstawione powiązania pomiędzy wykonawcą wykonującym prace saperskie a wykonawcą nadzorującym te prace są, zdaniem Prezesa Urzędu, 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 i 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 Prezesa Urzędu, 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 okoliczność, że niektóre dane teledadresowe 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. Co więcej, taka bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, a także zaistnienie więzi

towarzyskich, biznesowych i gospodarczych pomiędzy tymi podmiotami wprost wynika z pism Biura Obsługi Inwestycji E. O.M. skierowanych do zamawiającego w trybie zapytań do specyfikacji z dnia 12. i 14. maja 2014 r. Powiązania między obiema ww. firmami godzą w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagrażają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Za szczególną należy uznać okoliczność, że wymieniony z imienia i nazwiska pan L.M. w decyzji Wojewody Dolnośląskiego z dnia 31 maja 2007 r. skierowanej do pani E. O.– M., właścicielki firmy Biuro Obsługi Inwestycji - jego żony - jest wymieniony jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami.

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. Nadmienić przy tym należy, że zamawiający, jak wynika z treści pisma z dnia 23 lipca 2015 r., był świadomy ryzyka zaistnienia nieprawidłowości i zdecydował o wysłaniu własnych pracowników nadleśnictw na „stosowne szkolenia”, które miały posłużyć do rzetelnego dokonywania odbiorów prac od wykonawcy, Biuro Obsługi Inwestycji E. O. – M. Zamawiający uznał zatem, że w jego interesie jest zapewnienie ze swojej strony także elementów nadzoru merytorycznego, a nie tylko formalnego nad realizacją zadania.

Konkludując, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jeszcze raz odniósł się do niektórych argumentów Zamawiającego wskazanych w piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu z dnia 23 lipca 2015 r. Kontrolujący uznał, że nie jest prawdziwe stwierdzenie Zamawiającego o składaniu przez obie strony (wykonawcę prac saperskich i podmiotu nadzorującego) oświadczenia o bezstronności. Niezależnie od okoliczności, że w ocenie Prezesa Urzędu powyższe oświadczenie złożone przez podmiot nadzorujący ma w znacznej mierze fikcyjny charakter, to podkreślić należy, że wykonawca, Biuro Obsługi Inwestycji E. O.M. nie był zobowiązany do składania takiego oświadczenia. Potwierdza to zresztą wprost sam Zamawiający w kolejnym piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 1 lutego 2016 r. Bez znaczenia dla powyższego naruszenia pozostaje także podniesiony przez Zamawiającego argument nie pozostawiania w ustroju wspólności majątkowej przez panią E. O. – M. Zarzuty Prezesa Urzędu nie dotyczą bowiem *expressis verbis* kwestii przepływów finansowych pomiędzy małżonkami i związanej z tym odpowiedzialności każdego z małżonków – dotyczą natomiast zaistnienia tak silnych powiązań między podmiotami, które w szczególności wypaczyły sens podziału zamówień na

wykonawstwo i nadzór, wpłynęły na wycenę ryzyka przez firmę wykonawczą i zagroziły interesowi zamawiającego w należyłym wykonaniu zamówienia.

Uwzględniając przywołany stan faktyczny, treść ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz interpretację występujących w niej terminów Prezes Urzędu uznał, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biura Obsługi Inwestycji E. O. – M., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 związku z powyższym, Zamawiający zobowiązany był unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak ważnych ofert w postępowaniu.

Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający zgłosił zastrzeżenia w dniu 12 kwietnia 2016 r. (pismem z dnia 8 kwietnia 2016 r.). Zamawiający podniósł, że w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zostały spełnione łącznie przesłanki, które zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych błędnie zastosował art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Jak zauważył Zamawiający, kontroli doraźnej następczej podlegało postępowanie składające się z trzech części, tak więc w odniesieniu do części nr I zamówienia w Nadleśnictwie Jedwabno, wobec wpływu tylko jednej oferty uznając za Kontrolującym, iż zaistniały przesłanki odrzucenia tej oferty, postępowanie w efekcie mogłoby zostać unieważnione. Jednakże w przypadku części zamówienia nr II - Nadleśnictwo Przasnysz, gdzie wpłynęły dwie oferty, skutek w postaci unieważnienia postępowania nie mógł nastąpić.

Zamawiający nie zgodził się z wynikami kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazał, że Prezes Urzędu czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą. A zatem zakresem kontroli ze strony tego organu objęty jest cały proces udzielania zamówienia publicznego. Proces ten kończy się z chwilą zawarcia umowy

z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Nie mogą zatem być przedmiotem oceny i kontroli ze strony Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ani zdarzenia zaistniałe po zakończeniu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, związane z realizacją zawartej umowy, ani tym bardziej zdarzenia i okoliczności występujące w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Twierdzenie to znalazło aprobatę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - tytułem przykładu Zamawiający podał z uzasadnienia wyroku KIO: „za wypełniające hipotezę normy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie można uznać działań podejmowanych przez wykonawców przed wszczęciem postępowania oraz po jego zakończeniu, ani działań podejmowanych poza postępowaniem i w oderwaniu od złożonej oferty” (wyrok KIO z 20 września 2011 r. sygn. akt 1924/11).

Zamawiający podkreślił, że w ramach realizacji projektu „Reaktywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, poligonowych i powojkowych zarządzanych przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe” przeprowadzono dwie grupy postępowań, w trybie przetargu nieograniczonego:

1. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na wykonywaniu zadań Jednostki Nadzorującej Prawdliwość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego,
2. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego polegające na rozpoznaniu i oczyszczaniu saperskim terenie.

Postępowania te (każde) zostały przeprowadzone z zachowaniem przepisów ustawy Pzp. Po przeprowadzeniu pierwszego z wyżej wymienionych postępowań jako wykonawcę wyłoniono w trybie przetargu nieograniczonego Lesława Majewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą SPEC-MAJ L.M., z którym w dniu 1 sierpnia 2012 r. Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (Zamawiający) zawarło umowę nr 2710/013-1-1/12. Jak podkreślił Zamawiający, małżonka Lesława Majewskiego nie uczestniczyła w wyżej wymienionym postępowaniu. Oprócz oferty L. M., w postępowaniu złożono jeszcze pięć innych ofert. Na marginesie, informacyjnie Zamawiający podał, SPEC-MAJ L.M. jako Jednostkę Nadzorującą Prawdliwość Wykonanych Prac rozpoznania oczyszczanie saperskiego terenu w Nadleśnictwie Bolesławie i Świętoszów, także wyłoniono w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego RDLP we Wrocławiu (wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO1468/14).

Z kolei podmiotem, który miał realizować drugie z wyżej wymienionych zadań (które jest w efekcie objęte kontrolą doraźną następczą) na terenie Nadleśnictw Przasnysz oraz

Jedwabno, została E. O.-M. (Biuro Obsługi Inwestycji E. O.-M.). Zamawiający zaznaczył przy tym, że na część nr I zamówienia w Nadleśnictwie Jedwabno wpłynęła tylko jedna oferta wyżej wymienionej, natomiast część zamówienia nr II w Nadleśnictwie Przasnysz wpłynęły dwie oferty: wyżej wymienionej E. O.- M. (Biuro Obsługi Inwestycji E. O.-M.) oraz PPH TELKAZ

Sp. z o. o. L.M. nie składał ofert w tych postępowaniach.

Zamawiający wyraził pogląd, że jeżeli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych formułuje pod adresem Zamawiającego zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, to nie może uzasadniać zaistnienia tego czynu okolicznościami, które miały rzekomo miejsce - po rozstrzygnięciu przetargu - w trakcie realizacji prac przez wyłonionego wykonawcę, a także tych które hipotetycznie mogły zaistnieć w innych postępowaniach. Zamawiający ponownie podkreślił, że Zamawiający dokonuje oceny ofert wg wiedzy, którą posiada w dacie otwarcia ofert i procesu oceny. Zatem dla uznania zasadności odrzucenia oferty, konieczne jest, aby już na etapie składania, złożenie jej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp). Natomiast ewentualne nieuczciwe praktyki wykonawcy, mające miejsce w toku realizacji prac, mogą wywoływać konsekwencje wynikające z nienależytego wykonywania umowy. Nie mogą natomiast stanowić podstawy do negatywnej oceny samej oferty.

Odnosząc się dalej do zarzutu powiązań osobowych, najszerszej opisanych przez Kontrolującego, Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż wykonawcy stanowiący jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowania sprowadzającego się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwienia realizacji kontraktu. Zdaniem Zamawiającego, oceniając działania przedsiębiorców poprzez pryzmat prowadzonych przez nich działalności, każdorazowo za podstawę do rozważań należy przyjąć przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 4 ust. 1 wyżej wymienionej ustawy za przedsiębiorcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Biorąc pod uwagę, że zarówno E. O.M., jak i L.M. prowadzą zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dwie niezależne działalności gospodarcze (na podstawie odrębnych numerów NIP i REGON), uznać należy, zgodnie z przepisami ww. ustawy, że każde z nich prowadzi tę działalność na własny rachunek (dodatkowo w ramach rozdzielności majątkowej). W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, twierdzenie Kontrolującego, że małżeństwo jako jeden byt prawny „(...)

dubluje w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowania sprowadzającego się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwienia realizacji kontraktu” jest bezzasadne. Zamawiający zaznaczył, że Kontrolujący na potwierdzenie swojego stanowiska nie przedstawił żadnych przepisów obowiązującego prawa.

Podkreślenia tymczasem wymaga, zdaniem Zamawiającego, fakt, iż zarówno przepisy ustawy Pzp, jak i inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych osobowo, w tym będących małżonkami. A zatem w sytuacji, gdy nie budzi wątpliwości możliwość składania przez małżonków ofert w ramach jednego postępowania, to tym bardziej możliwe jest, by składali oni oferty w dwóch odrębnych postępowaniach. W przytaczanym już wyroku KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r., a także w wyroku z dnia 4 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 149/13) wskazano, iż żadne z przepisów nie zabraniają swobodnego prowadzenia działalności gospodarczej i składania ofert przez małżonków. Zasada swobody działalności gospodarczej ma swoje źródło w Konstytucji (art. 22), a jej ograniczenia mogą wynikać jedynie z ustawy i jedynie z uwagi na ważny interes gospodarczy, co w niniejszym stanie faktycznym nie ma miejsca.

Ponadto, jak stwierdził Zamawiający, gdyby nawet przyjąć zasadność ww. twierdzenia Kontrolującego o ułatwianiu przez jednego przedsiębiorcę drugiemu realizacji kontraktu, to Prezes Urzędu ma w takim przypadku obowiązek niezwłocznego złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa do Prokuratury. Zgodnie z wiedzą Zamawiającego, Prezes Urzędu do tej pory tego nie uczynił. Powodem tego jest prawdopodobnie przekazana wraz wyjaśnieniami informacja, że między innymi powiązania pomiędzy małżeństwem Majewskimi były już przedmiotem badania przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie i zakończone umorzeniem postępowania sygn. sprawy 59/14.

Jak podkreślił Zamawiający, oferta złożona została przez E. O. – M. w zupełnie innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niż oferta złożona przez jej męża. Nie tylko przedmiot zamówienia był inny, inna była też instytucja zamawiająca. Ponadto, umowa na wykonywanie czynności nadzoru zawarta została 1 sierpnia 2012 r., a więc 2 lata przed zawarciem umowy z wykonawcą prac saperskich w osobie Pani E. O.- M. Trudno w tej sytuacji wyjaśnić, w jaki sposób - zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych - złożenie oferty w postępowaniu na oczyszczenie saperskie terenów przez Panią O.-M. miałoby stanowić zagrożenie dla interesów Zamawiającego, bądź innych wykonawców. W ocenie Zamawiającego, zakładanie z góry braku obiektywizmu, które to założenie nie znalazło zresztą potwierdzenia w późniejszym przebiegu czynności kontrolnych wykonywanych przez Jednostkę Nadzorującą na terenie Nadleśnictwa

Jedwabno i Przasnysz, nie może stanowić wystarczającej podstawy do formułowania zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej, iż nieobiektywne, czyli nierzetelne wykonywanie umowy przez Jednostkę Nadzorującą, stanowiłoby naruszenie postanowień umownych i powodowałoby odpowiedzialność kontraktową tej jednostki wobec Zamawiającego. Pamiętać należy, jak podał Zamawiający, iż na zabezpieczenie należytego wykonania umowy L.M. wniósł w formie pieniężnej kwotę 131 555,83 zł. Trudno zatem w tej sytuacji mówić o czynie, który stanowiłby realne zagrożenie dla interesów Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że podążając tym tokiem myślowym można byłoby postawić zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji każdemu z wykonawców składających ofertę, albowiem z uwagi na fakt, iż środowisko saperskie w Polsce jest bardzo małe, właściciele firm startujących w przetargach znajdują się i niejednokrotnie realizowali już wspólnie jakieś zadania, bądź to w ramach konsorcjów, bądź też jako swoi podwykonawcy. Można byłoby zatem uznać, iż także w takiej sytuacji, zachodzi zagrożenie dla obiektywizmu i rzetelności oceny wzajemnych działań.

Niedopuszczalne jest, w przekonaniu Zamawiającego, dokonywanie oceny treści złożonej oferty z powoływaniem się na - nieprawdziwą zresztą - okoliczność udziału w realizacji zamówienia na terenach Nadleśnictwa Jedwabno i Przasnysz tych samych osób, które dokonywały potem kontroli prawidłowości wykonywanych tam prac. Zamawiający podniósł, że pomimo całkowitej bezprzedmiotowości rozważań przez Prezesa Urzędu w tym zakresie, należy wskazać Prezesowi Urzędu błąd w ustaleniach faktycznych będących podstawą tych rozważań. Otóż, w Nadleśnictwie Jedwabno (część zamówienia nr I Jedwabno - zakończonej zawarciem umowy nr 2710-01/2014/UE), gdzie zgodnie z § 15 ust. 1 wyżej wymienionej umowy, ustanowiono Pana R. K. pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy, kierownikiem nadzoru prac z ramienia SPEC-MAJ L.M. - Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego, był J. K., a nie, jak podał Prezes Urzędu, R. K. Podobnie, w Nadleśnictwie Przasnysz (część zamówienia nr II Przasnysz -zakończonej zawarciem umowy nr SA-2710-UE-1/14), gdzie zgodnie z § 15 ust. 1 wyżej wymienionej umowy, ustanowiono Pana M. R., kierownikiem nadzoru prac z ramienia SPEC-MAJ L.M. - Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego, był J. K., a nie jak podał Prezes Urzędu, M.R.. Całkowicie nieuprawniona jest zatem teza, że kierownicy prac saperskich kierowali pracami po stronie żony, a następnie nadzorowali prace z ramienia firmy męża.

Natomiast okoliczność, że te same osoby, w różnych okresach czasu świadczyły swoje usługi zamiennie dla różnych podmiotów, w tym dla firmy Pani O.-M. oraz dla firmy L.

M. w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie stanowi, w opinii Zamawiającego, powodu do uznania złożonej przez E. O. – M. oferty za czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia wymaga, jak zauważył Zamawiający, fakt, iż zarówno logika, jak i doświadczenie życiowe wskazują, iż do wykonywania jednych i drugich czynności potrzebne są te same kompetencje zawodowe. A zatem nie można oczekiwać od osób dysponujących takimi kompetencjami, że będą ograniczały swoją działalność zawodową jedynie do pracy na zlecenie jednego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą i tylko do jednej z ról, które mogą pełnić z racji rozmiaru swoich kompetencji. Analiza dokumentacji przetargowej powinna prowadzić także do wniosku, o którym wspomniano już w pierwszej części niniejszego pisma, iż ustalenie kręgu osób faktycznie uczestniczących w realizacji zadania oczyszczania saperskiego terenu, następowało wiele miesięcy po złożeniu i ocenie ofert, co w sposób oczywisty uniemożliwiało Zamawiającemu weryfikację tej kwestii na etapie oceny ofert.

Niedopuszczalne jest także, w opinii Zamawiającego, dokonywanie oceny treści złożonej oferty z powoływaniem się na tę okoliczność, iż Jednostka Nadzorująca w czasie realizacji czynności kontrolnych w sposób sprzeczny z prawem informowała wykonawcę o terenach, które będą podlegały sprawdzeniu. Po pierwsze, jak zaznaczył Zamawiający, są to założenia hipotetyczne. Po drugie, mogłyby zaistnieć na etapie wykonania umowy i jako takie nie mogły być objęte wiedzą Zamawiającego już na etapie oceny ofert. Po trzecie, wskazanie miejsc przeprowadzenia czynności kontrolnych i same czynności kontrolne następowały po obiorze przez konkretne Nadleśnictwo terenów objętych oczyszczaniem, a więc w momencie kiedy to wykonawca zakończył prace oczyszczania.

Zamawiający podał, że nie polegają na prawdzie twierdzenia, iż Zamawiający oddał znaczne kompetencje podmiotowi nadzorującemu, co rzekomo sam potwierdził w odpowiedziach na pytania 18 i 34 udzielonych w piśmie z dnia 19 maja 2014 r. Odpowiedzi na wskazane pytania są konkretne i nie należy nadawać im znaczenia, którego doszukuje się Kontrolujący. W żadnym przypadku nie oznaczają, jak zaznaczył Zamawiający, oddania kompetencji podmiotowi nadzorującemu, zwłaszcza że wybór terenów do kontroli dokonywany był przez pracowników Nadleśnictwa, a nie przez firmę Pana L. M. Zgodnie z umową na wykonanie zadań Jednostki Nadzorującej z dnia 1 sierpnia 2012 r. wybór powierzchni, która zostanie poddana kontroli będzie dokonywany przez Nadleśnictwo i jednostkę nadzorującą. W praktyce jednak wyboru terenu dokonywało Nadleśnictwo, a informację o tym, która powierzchnia będzie sprawdzona L.M. otrzymywał w dniu rozpoczęcia tej kontroli. Twierdzenia powyższe potwierdzają notatki z przekazania terenu do sprawdzenia w Nadleśnictwie Jedwabno i Nadleśnictwie Przasnysz (notatki i protokoły stanowią załącznik nr 1 do zastrzeżeń). Zgodnie z zawartą umową

o odbiorze prac decydował każdorazowo Zamawiający, a jak sam wskazał Prezes Urzędu, JNPWP udzielał jedynie wsparcia merytorycznego Nadleśnictwom. Wskazać również należy, iż Kontrolujący nie posiada wiedzy nt. opisu przedmiotu zamówienia, jaki był wymagany zgodnie z treścią umowy o dofinansowanie Projektu „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP”. Zamawiający wskazał również na nieprawdziwą informację podaną w wyniku kontroli przez Kontrolującego, jakoby firma nadzorcza jest merytorycznym pełnomocnikiem Zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi - zamawiającym. Firma Nadzorcza nigdy nie otrzymała od Zamawiającego pełnomocnictwa do wykonywania w jego imieniu jakichkolwiek czynności, a jedynie jest stroną umowy o zamówienie publiczne. Ponadto, przywołane określenie *quasi*-Zamawiającego nie jest znane ani w powszechnie obowiązującym prawie, ani orzecznictwie.

Odnosząc się do czwartego z zarzutów, gdzie Kontrolujący uznał, iż ściśle powiązanie ww. firm ujawnia się także w tożsamości niektórych danych teleadresowych, Zamawiający zarzut ten uznał za nietrafiony w kontekście spełnienia ustawowych przesłanek dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, a wynikających z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do piątego z zarzutów dotyczących tego, że L.M. został wskazany jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, Zamawiający poinformował, że przedmiotowe pozwolenie wydawane jest dla podmiotu, a nie na osobę. Ze względów bezpieczeństwa krąg pracowników danego podmiotu jest ograniczany w treści samego pozwolenia. Wskazanie w 2007 r. p. L. M. jako osoby odpowiedzialnej w ww. zakresie jest w świetle przepisów prawa dopuszczalne. L.M. mógł bowiem jako pracownik być odpowiedzialny w 2007 r. za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, a w 2015 r. (w chwili prowadzenia postępowania w Nadleśnictwie Opoczno) prowadzić odrębną działalność gospodarczą. Ponadto, firma BOI E. O. M. posiada ww. pozwolenie z 2013 r., gdzie w treści pozwolenia widnieje już E. O.M..

Wobec powyższego, jak stwierdził Zamawiający, aby uznać złożoną ofertę za czyn nieuczciwej konkurencji na etapie dokonywania oceny ofert, należałoby wykazać - czego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie wykonał - że na etapie złożenia tej oferty zachodziło zagrożenie konkurencji, a działania E. O. – M. w negatywny sposób wpływały na dostęp do zamówienia innych wykonawców, lub też, że na etapie składania ofert Pani O. – M. miała zdecydowanie większą niż pozostali wykonawcy wiedzę o okolicznościach, które miały znaczenie w toku formułowania i składania ofert. Zamawiający zauważył, że

Kontrolujący zarzutów takich nie przedstawił, a swoją negatywną ocenę w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji odnosi do zdarzeń, które mogłyby mieć miejsce na etapie realizacji prac i to niezależnie od tego, jaki wykonawca prace te by wykonywał, choć jak wskazano - Zamawiający w sposób odpowiedzialny i przezorny podjął działania, które wyeliminowały wszelkie potencjalne ryzyka wskazane przez Kontrolującego.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2009 r. (sygn. akt KIO 532/09), z którego wynika, iż celem zwalczania nieuczciwej konkurencji jest ochrona wolnego dostępu do rynku, co stanowi immanentną cechę konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej. Zdaniem KIO „wolny dostęp do rynku oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej i może być ograniczony wyłącznie przez władzę publiczną, ale także przez samych przedsiębiorców korzystających z autonomii prywatnej, w tym z zasady swobody umów (art. 353¹ kc). Z istoty nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku (...) wynika, że wszystkie czyny nieuczciwego utrudniania dostępu do rynku mogą być popełniane tylko świadomie (celowo) z winy umyślnej. Dla skutecznego przedstawienia przedsiębiorcy zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest zatem wykazanie, iż podejmując określone działanie, miał on zamiar utrudnienia dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy.” Jak zauważył Zamawiający, w świetle tego orzeczenia, stwierdzić należy, iż Zamawiający, dokonując oceny ofert nie miał podstaw do przypisania E. O.- M. czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem nie byłby w stanie wykazać istnienia w jej działaniu celu w postaci utrudnienia dostępu do rynku innym podmiotom. Zamiaru tego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych także nie wykazał, koncentrując się na rzekomym zagrożeniu dla prawidłowego wykonania prac objętych umową, ogniskując swoje zastrzeżenia na nieetycznych lub nieuczciwych zachowaniach wykonawcy i Jednostki Nadzorującej, które teoretycznie mogłyby mieć miejsce na etapie wykonywania umowy. Bezsprzecznie zatem, w ocenie Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uprawdopodobnił zaistnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na etapie oceny ofert, a ponadto przekroczył swoje kompetencje, dokonując oceny zdarzeń, które miały miejsce już poza procedurą i poza ramami czasowymi postępowania o udzielanie zamówienia publicznego.

Zamawiający podkreślił, że nawet jeżeli dany czyn narusza dobre obyczaje, to aby mógł zostać uznany za czyn nieuczciwej konkurencji, musi on zagrażać lub naruszać interes przedsiębiorcy (tak np. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 22.11.2000 r., sygn. akt I Aca 688/00). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. akt: I CSK 796/10), przywoływanym też przez Kontrolującego, dla wykazania wystąpienia realnego zagrożenia, należy przedstawić fakty i dowody, które stanowią o naruszeniu zasad

konkurencji. Zdaniem Zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które pozwalałyby uznać złożenie oferty przez Panią O. – M. za czyn naruszający konkurencję.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż Prezes Urzędu pominął w swojej opinii przedłożone przez Zamawiającego pisma, które w trakcie realizacji ww. Projektu były kierowane do szeregu podmiotów (kompetentnych organów - KIO, UOKiK) i miały na celu ustalenie czy złożenie oferty przez Panią O. – M. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Ponadto, w przedmiotowej sprawie było prowadzone przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie postępowanie wyjaśniające Idz. KR-663/15, ROW-170/15 w kierunku art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nadzorowane przez Prokuraturę Rejonową w Opocznie. Przedmiotem wniosku o wszczęcie dochodzenia był zarzut naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. dokonanie przez Nadleśnictwo Opoczno wyboru oferty firmy BOI E. O.M. jako najkorzystniejsza w sytuacji, gdy nadzór nad pracami sprawuje firma SPEC-MAJ L.M., którzy to właściciele obydwu firm pozostają w związku małżeńskim oraz o ujawnienie w związku z tym tajemnicy przedsiębiorstwa. KPP W Opocznie odmówiła wszczęcia postępowania z uwagi na wystąpienie negatywnych przesłanek procesowych, wskazując jednocześnie w podsumowaniu „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”.

Zamawiający stwierdził, że w rozpatrywanym stanie faktycznym wbrew stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie zostały spełnione łącznie przesłanki, które zgodnie z art. 3 ust 1 ww. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przytoczonym przepisem, aby zachowanie przedsiębiorcy można było uznać za czyn nieuczciwej konkurencji muszą zaistnieć następujące przesłanki:

- musi to być działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami;
- musi to być działanie zagrażające lub naruszające interes Zamawiającego.

Z treści informacji o wyniku kontroli wynika, jak stwierdził Zamawiający, że Kontrolujący zarzuca, iż wykonawca BOI E. O.M. dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami poprzez złożenie oferty w niniejszym postępowaniu świadomy swojej przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami mogącymi wziąć w nim udział. Ta przewaga konkurencyjna, zdaniem Prezesa Urzędu przejawiała się brakiem naturalnej bariery informacyjnej pomiędzy nim, a podmiotem wykonującym funkcję nadzorczą. Jego

zdaniem, przewaga oparta jest na swoistych więziach i zależnościach pomiędzy podmiotami nadzorującymi i wykonującymi prace saperskie, a także pomiędzy pracownikami i współpracownikami tych firm i dodatkowo wzmocniona poprzez zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, które umożliwiają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób świadczenia przez wykonawcę. Kontrolujący uzasadnił brak ww. bariery informacyjnej wskazując „(...) świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej (...)”. Zdaniem Zamawiającego, Prezes Urzędu nie uzasadnił w sposób realny zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów. Już sama sentencja wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach przytoczona przez Kontrolującego wskazuje „(...) Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.”. Przedmiotowa kwestia, w bardzo szerokim zakresie relacji pomiędzy podmiotami SPEC-MAJ L.M., a BOI E. O.M. (również w aspekcie istniejącego małżeństwa tych osób), a więc w tożsamym stanie faktycznym była już przedmiotem analizy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W postępowaniu prowadzonym przez RDLP Wrocław wybrano jako najkorzystniejszą ofertę firmy SPEC-MAJ L.M.. Wykonawca ten, zgodnie z SIWZ miał dokonywać czynności nadzorczych i kontrolnych w stosunku do wykonawców prac saperskich w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów. Wykonawcą tych prac była firma BOI E. O. M. Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na JNPWP w RDLP Wrocław, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł jeden z wykonawców - firma TELKAZ Sp. z o.o. Odwołujący zarzucał wówczas Zamawiającemu - RDLP Wrocław, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty firmy SPEC-MAJ L.M., której to złożenie, zdaniem odwołującego w tamtej sprawie, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt 1468/14) KIO m.in. nie stwierdziła podstaw do domniemania faktycznego o zмовie przetargowej pomiędzy państwem Majewskimi, tylko na podstawie faktu, że pozostają oni w związku małżeńskim. KIO stwierdziła również, że złożenie oferty przez firmę SPEC-MAJ w postępowaniu na JNPWP w RDLP Wrocław, gdzie wykonawca prac saperskich jest firma BOI E. O.M. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. KIO uzasadniła swoje stanowisko m.in. uznając, że zarówno SPECMAJ L.M., jak i jego małżonka będą wykonywać swoje funkcje na podstawie dwóch różnych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Każde z nich bowiem ponosi indywidualną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową. W związku z sentencją wskazanego wyżej wyroku, przewagi

konkurencyjnej nie można opierać, jak wskazuje Kontrolujący, na więziach i zależnościach polegających m. in. na pozostawaniu w związku małżeńskim. Ponadto, zgodnie z sentencją wyroku z dnia 4 lutego 2013 r. KIO 149/13 „(...) należy zauważyć, że w obowiązującym porządku prawnym przedsiębiorcy działają na zasadzie swobody gospodarczej, która może doznawać pewnych ograniczeń jedynie w sytuacjach określonych ustawowo.”.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, formułowanie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem Zamawiającego zarzutu dotyczącego nieodrżucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, nie znajduje żadnych podstaw ani faktycznych, ani prawnych. Zamawiający wskazał, iż brak znamion czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku złożenia oferty na oczyszczanie saperskie terenu przez E. O. – M.w sytuacji, gdy czynności Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac wykonywał L.M., potwierdził także Dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu, który w piśmie z dnia 30 czerwca 2015 r. wskazał, iż po zakończeniu postępowania wyjaśniającego w tej sprawie, zebrany materiał dowodowy nie wskazuje na możliwość naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak wskazał Zamawiający, podobne stanowisko w sprawie zajęła Grupa Doradcza SIENNA Sp. z o.o., która w przygotowanej na zlecenie Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych opinii z grudnia 2013 r. wskazała, iż utożsamianie czynu nieuczciwej konkurencji z samą obawą o niezachowanie zasad bezstronności, bez dowodów na potwierdzenie tych okoliczności, stanowiłoby nieuprawnione ograniczenie konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, Prezes Urzędu w treści informacji o wyniku kontroli nie udowodnił również zagrożenia dla interesów Zamawiającego. Zgodnie z przytoczonym przez Kontrolującego wyrokiem Sądu Najwyższego „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, Prezes Urzędu nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które stanowią o takim naruszeniu. Zamawiający stwierdził, że wskazywany przez Kontrolującego fakt, iż poddał on efekt prac wykonawcy kontroli jeszcze innemu podmiotowi (firmie UNI-SAPER) nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nastąpiło to na etapie realizacji umowy wykonawczej. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO „za wypełniające hipotezę normy prawnej z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie można uznać działań podejmowanych przez wykonawców przed wszczęciem postępowania oraz po jego zakończeniu, ani działań

podejmowanych poza postępowaniem i w oderwaniu od złożonej oferty” (wyrok z 20 września 2011 r., sygn. akt 1924/11). Bez względu na powyższe, poddanie efektów pracy firmy wykonawczej kontroli innemu podmiotowi nie wynikało z dostrzeżenia zagrożenia interesów Zamawiającego, a z obowiązku nałożonego na Nadleśnictwo przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, który pełni funkcję Instytucji Wdrażającej w przedmiotowym Projekcie.

Zamawiający zauważył dodatkowo, że Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w informacji pokontrolnej z kontroli na miejscu przeprowadzonej w dniach 10 marca 2014 -14 marca 214 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 ww. informacji pokontrolnej stwierdził: „Na 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”. Krajowa Izba Odwoławcza w sentencji w wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14) uznała to za obiektywny czynnik wskazujący na brak realnego zagrożenia interesów Zamawiającego.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że na etapie dokonywania oceny ofert nie miał podstaw do uznania złożonej przez E. O.-M. oferty za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie miał podstaw do jej odrzucenia. W związku z powyższym, złożenie zastrzeżeń jest w pełni uzasadnione.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2016 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, iż podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 1 kwietnia 2016 r. i nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 28 kwietnia 2016 r. (pismem z dnia 26 kwietnia 2016 r.) do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych co do zasadności stwierdzonego naruszenia.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, iż stwierdzone w toku kontroli okoliczności, takie jak istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami, wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami (nadzorujący-nadzorowany), powiązania osobowe, wspólne dane teleadresowe, jak też kompetencje małżonka przedsiębiorcy w odniesieniu do zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony, dowodzą, iż relacje pomiędzy wykonawcą wykonującym prace saperskie a wykonawcą nadzorującym te prace były na tyle bliskie, że stanowiły o sprzeczności z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy podmiotem nadzorującym a nadzorowanym i w konsekwencji, zagrażały należytej realizacji zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż w stanie faktycznym ustalonym w toku kontroli, interesy obu przedsiębiorców są ze sobą zbieżne – zarówno podmiot nadzorowany, jak i podmiot nadzorujący mają interes w tym, aby prace saperskie zostały uznane za należyte wykonane, co skutkuje otrzymaniem wynagrodzenia. Reguły doświadczenia życiowego wskazują, że ww. okoliczności, w tym kompetencje podmiotu nadzorującego, w szczególności wybór obszaru, na którym będzie odbywała się kontrola, wobec braku bariery informacyjnej pomiędzy podmiotami, świadczą o sprzeczności działania wykonawcy z dobrymi obyczajami i zagrażają interesowi Zamawiającego. Zagrożenie to polega na realnym ryzyku, że w wyniku bliskich powiązań osobowych, organizacyjnych i gospodarczych pomiędzy obiema firmami, prace te mogą nie zostać wykonane w sposób

należyty, tj. przynajmniej na takim poziomie jakościowym, który byłby zapewniony, gdyby nadzór był wykonywany przez wykonawcę, który nie jest w żaden sposób związany z wykonawcą nadzorowanych prac. Co więcej, wiedza, jaką dysponował wykonawca BOI E. O.-M. w momencie składania oferty (tj. wiedza, że firma męża, L. M., będzie prowadziła nadzór prac) mogła nie pozostawać bez znaczenia dla wyceny ryzyka i tym samym korzystniejszej sytuacji tego wykonawcy w postępowaniu. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ogół okoliczności ustalony przez Kontrolującego w ramach przeprowadzonej kontroli, jak i uwzględniając doświadczenie życiowe, stwierdzone przez Prezesa Urzędu ryzyko i zagrożenie dla interesu Zamawiającego, nie budzi wątpliwości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli miała na uwadze dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obligującą zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi klauzulę generalną, definiującą czyn nieuczciwej konkurencji, niesklasyfikowany w sposób odrębny w ww. ustawie. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rozróżnia przesłankę sprzeczności z prawem oraz z dobrymi obyczajami. Przepis art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi m.in., że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów. Termin „dobre obyczaje” nie posiada legalnej definicji. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., „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” (sygn. akt V ACa 371/07). Sprzeczność działań z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy, przy czym jak wskazuje orzecznictwo „dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta,

wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt I ACa 1103/06).

Zważyć należy, że celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ww. ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia tych interesów. Zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym, czy ww. przesłanki są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron, lecz kryteria obiektywne. Wykazanie zagrożenia lub naruszenia interesu klienta – w tym przypadku Zamawiającego – oznacza, że dalsze wykazywanie zagrożenia lub naruszenia interesu przedsiębiorcy jest bezprzedmiotowe. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, utrudnienie dostępu do rynku nie stanowi obligatoryjnej przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego zaistniałego w postępowaniach objętych kontrolą Izba stwierdziła, że Kontrolujący wykazał, że zaistniały przesłanki skutkujące uznaniem, że złożenie oferty przez panią E. O. – M. było czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym, ww. oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której to czynności Zamawiający zaniechał wbrew zaistniałym przesłankom. Dokonana przez Izbę analiza zastrzeżeń Zamawiającego w powyższym zakresie, wobec wyniku kontroli, prowadzi do wniosku, że zastrzeżenia te nie są uzasadnione i nie mogą podlegać uwzględnieniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....