

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 15 czerwca 2016 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 maja 2016 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Bolesławiec, Nadleśnictwo Świętoszów, reprezentowane przez Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 maja 2016 r., (znak: KD/21/16/DKUE) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

***rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świętoszów: część I – Bolesławiec 1, część II – Bolesławiec 2, część III – Bolesławiec 3, część IV – Świętoszów 1, część V – Świętoszów 2***

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Andrzej Niwicki
	Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadziła na wniosek Ministerstwa Środowiska kontrolę doraźną następczą postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie „rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świętoszów: część I – Bolesławiec 1, część II – Bolesławiec 2, część III – Bolesławiec 3, część IV – Świętoszów 1, część V – Świętoszów 2”, stanowiące

element realizowanego projektu pn.: „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Jednym z zadań wykonywanych w ramach 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. Równoległe do toczącego się postępowania Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (odpowiedzialne za realizację projektu, dalej jako CKPŚ), prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego (sygn. ZP-2710-05.14) postępowanie na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów. Termin otwarcia ofert przypadał na 23.06.2014 r., natomiast wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 10.07.2014 r. W dniu 16.10.2014 r. została zawarta umowa z wykonawcą SPEC-MAJ xxxxx na kwotę 97.469,70 zł. brutto. Termin realizacji umowy określono „do dnia 31.08.2015 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”.

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 każdej z 5 części w każdym z 2 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 ze strony wykonawcy był Pan qqqq i wwwww.

W kontrolowanym postępowaniu, ogłoszonym w dniu 23.04.2014 r., w zakresie części I i III zamówienia jedyną ofertę złożyła yyyyy prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy, wybraną jako najkorzystniejsza w dniu 13.06.2014 r. przez Zamawiającego. W dniu 25.09.2014 r. pomiędzy Nadleśnictwem Bolesławiec, a wybranym wykonawcą podpisano umowę nr ZG-3364-081/14/RIOST i ZG-3364-083/14/RIOST.

Zgodnie z § 15 ust. 1 umowy nr ZH-2710-8/12: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego za realizację umowy w osobie: rrrrr i vvvvv”,

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 na adres: plac Piłsudskiego 3/6, 55-200 Oława, tel. (071) 345 30 40, fax (071) 345 24 00, (...)”.

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.

Powyższe wskazuje, iż na dzień podpisywania umów o zamówienie w zakresie części I i III

(tj. 25.09.2014 r.) z Biurem Obsługi Inwestycji yyyyy było już wiadomo, który podmiot będzie realizował zamówienie na nadzór (wybór oferty najkorzystniejszej w zamówieniu na nadzór miał miejsce w dniu 10.07.2014 r.), i że będzie nim wykonawca SPEC-MAJ xxxxx. Z informacji przekazanych kontrolującemu m.in. przez podmiot wnioskujący o kontrolę wyniku, że ww. przedsiębiorcy są prywatnie małżonkami.

W ocenie kontrolującego zachodziła konieczność oceny, czy powiązania pomiędzy przedsiębiorcą nadzorującym i nadzorowanym skutkowały koniecznością odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu stanowiska kontrolującego, zasadniczo prezentowana argumentacja skupiała się wokół znaczenia i zakresu istniejących powiązań rodzinnych pomiędzy dwoma podmiotami mającymi realizować dwie umowy w ramach projektu, dla oceny wypełnienia 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.). W ocenie Prezes UZP „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”. Ponadto, z uwagi na zaangażowanie małżonków w czynności wykonawstwa i nadzoru dochodzi do zachwiania relacji jakie powinny istnieć pomiędzy zamawiającym, a jego doradcą wynikające z zaufania do podmiotu nadzorującego oraz pomiędzy wykonawcą i nadzorującym charakteryzujące się ograniczonym zaufaniem. W ocenie Prezes UZP, rozstrzygając postępowanie wykonawcze dla części I i III zamówienia na korzyść Pani yyyyy (w momencie zawarcia umowy wiadomym było, że oferta małżonka została oceniona, jako najkorzystniejsza w postępowaniu na nadzór), Zamawiający podważył sensowność nadzoru, który miałby sprawować podmiot zewnętrzny, niezależny i bezstronny. Zakres czynności nadzoru może mieć realne przełożenie na wykonywanie zamówienia wykonawczego. Podmiot nadzorujący współdecydował bowiem o tym, jaki teren poddany zostanie ponownej (kontrolnej) weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. Bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. W szczególności żona mogła z łatwością uzyskać informacje, jaki teren zostanie poddany kontroli przez męża.

Dodatkowym wzmocnieniem argumentacji Prezes UZP były wyniki równoległe prowadzonej

kontroli doraźnej postępowania prowadzonego przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu (KD/23/16/DKUE) na wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów Nadleśnictwa Chocianów, Jawor, Kamienna Góra, Przemków, Złotoryja.

Zgodnie z 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. yyyyy - 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. xxxxx”. Z informacji pozyskanej natomiast od innych zamawiających (Nadleśnictwa Opoczno i Brzeziny) wynika ponadto, że pan xxxxx, co najmniej do 2013 r. był pracownikiem firmy własnej żony i to niezależnie od prowadzenia własnej działalności gospodarczej. Zatem p. xxxxx pozostając pracownikiem firmy żony, z jednej strony odpowiadał za nadzór nad materiałami niebezpiecznymi w jej firmie (warunkując w ocenie Prezes Urzędu należyte funkcjonowanie firmy własnej małżonki), z drugiej zaś strony był jej bezpośrednio podporządkowany na zasadzie podległości służbowej wynikającej z prawa pracy. Jednocześnie miał pełnić w przedmiotowym postępowaniu rolę podmiotu nadzorującego. Wskazuje to na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym, gdyż osoba fizyczna (będąca jednocześnie przedsiębiorcą nadzorującym) jest pracownikiem odpowiedzialnym za postępowanie z materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony.

W świetle tych okoliczności Prezes UZP stwierdziła, iż działania przedsiębiorców wyczerpały przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 3 ust. 1 ustawy znk, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, stanowi to podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp.

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.

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 powinny 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 niezafalszowane 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 (...). ”.

Reasumując, przedstawione 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 Prezesa Urzędu, 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. Prezes Urzędu zwróciła uwagę na fakt, że niektóre dane teleadresowe firm, tj. faks i telefon są tożsame, co uprawdopodobnia 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 zdaniem Prezesa UZP sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi, aby podmiot nadzorujący był w pełni niezależny i obiektywny w stosunku do podmiotu nadzorowanego. Brak 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 należy uznać, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biura Obsługi Inwestycji yyyyy w części nr I i III zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 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.

### **Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.**

W piśmie z dnia 16.05.2016r. Zamawiający odniósł się do omawianej szeroko relacji rodzinnej pomiędzy przedsiębiorcami i wskazał, iż funkcję kontrolną pełni niezależny, gospodarczy podmiot (SPEC-MAJ xxxxx), podlegający wszelkim rygorom odpowiedzialności karnej za niewłaściwą realizację swych zadań, wykonywanych w toku wygranych postępowań przetargowych, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zamawiający (mylnie opisując siebie jako Odwołujący) nie obawiał się możliwości niewłaściwej realizacji zamówienia na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu. Ponieważ oferta wybrana była jedyną złożoną w postępowaniu, nie zachodziła sytuacja, w której powstałyby przesłanki nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, iż w dniu złożenia oferty (05.06.2014 r.) nieznanym był jeszcze wynik przeprowadzonego równoległe przetargu na wyłonienie JNPWP, gdyż otwarcie ofert nastąpiło dopiero w dniu 23.06.2014 r. (złożonych zostało 6 ofert).

Zamawiający, wspierając się stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14) stwierdził, iż nie zostały spełnione łącznie przesłanki z art. 3 ust. 1 ustawy znk, do tego aby można było uznać działanie przedsiębiorców jako popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Nie zostało bowiem wykazane realne zagrożenie interesów Zamawiającego w sytuacji, gdy obaj przedsiębiorcy (małżonkowie) będą wykonywać swoje funkcje na podstawie dwóch różnych umów, za których prawidłową realizację odpowiadają przed Zamawiającym. Niwelującym ryzyko możliwości uzyskania informacji o tym, jaki teren miałby być poddany kontroli przez firmę nadzorującą, mają być zapisy określające, iż powierzchownie przewidziane do kontroli były typowane przez Zamawiającego (Nadleśnictwo Bolesławiec). Kontrole terenowe służby leśnej nie stwierdziły przypadków prób podejmowania prac na powierzchniach przewidzianych do kontroli przez JNPWP, w trakcie trwania tej kontroli.

Zamawiający odniósł się również do pozwolenia, jakie posiada yyyyy z 2013 r., w którym wskazana jest jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami.

Ponadto, Zamawiający wskazał, iż w informacji o wyniku kontroli nie wykazano również na czym polegało naruszenie lub zagrożenie interesu przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu objętym kontrolą.

Reasumując, przy braku udowodnienia przez Prezesa UZP, że złożenie oferty przez Panią yyyyy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy znk, Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

**Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymała stanowisko dotyczące**



### **naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp.**

Pismem z dnia 01.06.2016 r. znak: UZP/DKUE/W2/421/21(10)/16/KK dot. KD/21/16/DKUE Prezes UZP podtrzymała stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli o stwierdzonym naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 29.12.2014 r. o trybie postępowania w sprawie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji złożonej na część I postępowania.

Prezes UZP odniósł się do tezy, jaką postawił Zamawiający, jakoby odrębność gospodarcza podmiotów pozostających w relacjach małżeńskich gwarantować ma ich pełną niezależność. Przyznając, iż samo istnienie małżeństwa pomiędzy podmiotami nie może świadczyć o istnieniu czynu nieuczciwej konkurencji i nie byłoby wystarczającym do stwierdzenia naruszenia ustawy, Prezes UZP wskazała na konieczność uwzględnienia dalszych okoliczności omówionych w informacji o wyniku kontroli, dowodzących bardzo bliskich relacji, które prowadzą do naruszenia dobrych obyczajów nakazujących faktyczną, a nie tylko formalną niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i w konsekwencji zagrażało interesowi klienta (zagrażało należytej realizacji zamówienia). W ocenie Prezes UZP w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z sytuacją, w której każdy przedsiębiorca działa wyłącznie w swoim interesie, wręcz przeciwnie, interes jednego przedsiębiorcy jest zbieżny z interesem drugiego (obydwu zależy na tym, żeby prace saperskie zostały uznane za należyte wykonane, co pozwoli otrzymać należne wynagrodzenie).

Odnosząc się do wyroku Izby z 01.08.2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14), Prezes UZP zwróciła uwagę na różnicę wynikającą z braku stwierdzenia przesłanki naruszenia obowiązujących przepisów, a nie naruszenia dobrych obyczajów, a także znaczenie, jakie nadała Izba braku wykazania zagrożenia interesom zamawiającego.

Istotnym w niniejszej sprawie pozostaje specyficzna relacja, jaka wystąpiła pomiędzy obydwoh podmiotami, tj. realizacja nadzoru i wykonawstwa (brak bariery informacyjnej), wskazująca na naruszenie dobrych obyczajów, zgodnie z którymi podmiot nadzorujący powinien być w pełni niezależny od podmiotu nadzorowanego. Na poparcie tego stanowiska przywołany został fragment uzasadnienia z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.12.2014 r. (sygn. akt KIO 2463/14), w którym stwierdzono, że „natura czynności nadzoru oznacza, że powinny one być wykonywane przez podmiot zewnętrzny, bezstronny a w każdym razie niezainteresowany rezultatem tego nadzoru. Istotą nadzoru jest bowiem określona recenzja przedmiotu tego nadzoru i danie wytycznych co do usunięcia dostrzeżonych nieciągłości (...). Złożenie oferty, w następstwie której zawarcie umowy niweczyłoby sens zamówienia sprowadzając nadzór nad czynnościami do nadzoru nad samym sobą, jak również stawiając podmiot kontrolujący i kontrolowany w dogodnej,

sprzecznej z istotą nadzoru pozycji, może i powinno być rozpatrywane przez pryzmat regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...).”

**Izba zważyła, co następuje:**

Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie

Zagadnieniem istotnym z punktu widzenia stawianego Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., było odniesienie się do stwierdzenia Prezes UZP, iż złożenie oferty przez Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy w postępowaniu na wykonanie usługi rozminowania saperskiego wypełniało przesłanki do uznania je, jako działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes klienta (Zamawiającego).

Na wstępie Izba uznała, iż wskazane w odpowiedzi na zastrzeżenia stanowisko Prezes UZP należało odnieść, jako wspólne dla naruszenia przepisów związanego z wyborem oferty najkorzystniejszej na część I i III przedmiotu zamówienia. Wskazanie w piśmie z dnia 01.06.2016 r., na podtrzymane stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli na część I przedmiotu zamówienia (z pominięciem części III), Izba uznała za oczywistą omyłkę pisarską, polegającą na niedokładności opisu naruszenia stwierdzonego w wyniku przeprowadzonej kontroli. Z uwagi na analogiczną argumentację, jak i wspólne ustalenia faktyczne, nie budzi wątpliwości Izby, iż Prezes UZP podtrzymała w całości zasadność naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy, złożonej na część I i III przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do oceny zasadności zastrzeżeń Zamawiającego, Izba uznała, iż przedmiotem badania kontrolującego nie było ustalenie, czy na skutek złożenia oferty na wykonawstwo doszło do zachwiania zasad uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami ubiegającymi się o zamówienie, co wynikało z braku konkurencyjnych ofert na część I i III przedmiotu zamówienia. Nie było również objęte ustaleniami Prezes UZP, czy złożenie oferty było sprzeczne z prawem. Dlatego też argumenty dotyczące przesłanek objętych normą art. 3 ust. 1 u.z.n.k., których wystąpienie nie zostało stwierdzone w informacji o wyniku kontroli, nie miały znaczenia dla wydania niniejszej opinii. Dotyczy to tej części argumentów, w których Zamawiający wskazywał na brak ograniczeń normatywnych do tego, aby niezależni przedsiębiorcy mogli w ramach prowadzonej działalności składać niezależne oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Również z tej przyczyny Izba pominęła stanowisko Zamawiającego, w którym odwoływał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z

01.08.2016 r. (sygn. akt KIO 1468/14), w którym rozważania Izby dotyczyły badania innych przesłanek mających wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Przywoływane stanowisko Izby odnosiło się bowiem do stawianego zarzutu zmowy przetargowej, do jakiej miało dojść w postępowaniu na nadzór saperski. Przedmiotem wniesionych zastrzeżeń jest natomiast inny czyn, identyfikowany przez pryzmat naruszenia dobrych obyczajów, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3. 1 u.z.n.k.).

Odnosząc się do tak zakreślonego przedmiotu rozstrzygnięcia, istotną w ocenie Izby pozostawała kwestia rozważenia, czy powiązania personalne przedsiębiorców, wynikające z faktu pozostawania w związku małżeńskim, ale również organizacyjne (wspólne siedziby, biura), w kontekście udziału obu małżonków w projekcie, jako podmiotów: wykonującego prace rozminowania oraz nadzorującego ich prawidłowość, prowadzić może do naruszenia dobrych obyczajów, zagrażając prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia (interesowi klienta).

W świetle tak wyznaczonego zakresu badania, rozważania Izby dotyczyły przesłanek identyfikujących tzw. klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji. Z uwagi na użyte pojęcia „dobre obyczaje”, czy też „interes klienta”, wymagały one skonkretyzowania w świetle okoliczności ustalonych w toku kontroli Prezes UZP.

Wykładni „dobrych obyczajów” należy poszukiwać w orzecznictwie i w tym zakresie przywołane w stanowisku Prezes UZP orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28.06.2007 r. (sygn. V ACa 371/07) może być pomocne, gdyż wskazuje na sposób oceny określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje, określanych jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie przypisano tam oceną zorientowanym na „zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług”. Co istotne, w orzecznictwie klauzula „dobrych obyczajów” stanowi wystarczającą podstawę do zakwalifikowania działania, jako czynu nieuczciwej konkurencji (tak SN w wyroku z 9.1.2008 r., sygn. II CK 4/07), a zatem nie zawsze koniecznym jest wykazanie, że działanie narusza przepisy aktów prawnych. Należy również wskazać, w ślad za stanowiskiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.11.2001 r. (sygn. I ACa 688/00), iż *dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie potrzeba, aby towarzyszył mu zamiar, hipotezą tego przepisu objęte są bowiem tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, przy czym nie należy zapominać o tym, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej (art. 1 ZwaNKonU), co oznacza, iż przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie między*

*konkurującymi ze sobą na rynku przedsiębiorcami.*

Zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 02.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. nr 173, poz. 1807) przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów. Dokonując oceny działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami istotne znaczenie ma sposób rywalizacji pomiędzy konkurentami, podlegający weryfikacji w konkretnych okolicznościach przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych (vide wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 24.5.2007 r., V ACa 328/07). Naganność postępowania wykonawcy w przedmiotowym stanie faktycznym identyfikowana jest poprzez udział na etapie nadzoru nad wykonanymi pracami małżonka, pełniącego funkcję JNPWP, co ma zaprzeczać idei obiektywnej weryfikacji i sprawdzeniu przez niezależny podmiot zewnętrzny. W ocenie Prezes UZP, Zamawiający w momencie podpisywania umowy (udzielenia zamówienia) z przedsiębiorcą – yyyyy powinien był wziąć pod uwagę, iż nadzór nad prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia sprawować będzie wyłoniony w równoległe prowadzonym postępowaniu przetargowym – mąż.

Odnosząc się do przesłanki naruszenia dobrych obyczajów, weryfikacji należało poddać stwierdzenie Prezes UZP, iż w momencie zawarcia umowy z wykonawcą usługi rozminowania Zamawiający wiedział, iż podmiotem, który będzie pełnił nadzór nad czynnościami rozminowania, jest mąż składającej ofertę na część I, III przedmiotu zamówienia – yyyyy. W ocenie Izby tak postawiona teza była zbyt daleko idącą, gdyż opierała się na założeniu stałości i pewności rozstrzygnięcia wyniku postępowania, iż zamówienie zostanie udzielone wybranemu w postępowaniu wykonawcy, co nastąpiło czynnością z dnia 10.07.2014 r. Przyjęcie tej tezy oznaczałoby, iż w postępowaniu na wybór pełniącego nadzór, w okresie od wyboru oferty najkorzystniejszej do udzielenia wybranemu wykonawcy zamówienia (tj. 31.08.2014 r., kiedy doszło do zawarcia umowy) nie mogło dojść do zmiany wyniku postępowania. W ocenie Izby, pozostaje to w sprzeczności z rzeczywistym przebiegiem postępowania, gdyż na wybór oferty najkorzystniejszej złożone zostało odwołanie, merytorycznie rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 01.08.2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14). Ponadto, na orzeczenie Izby wniesiona została skarga do Sądu Okręgowego we Wrocławiu (sygn. X Ga 460/14), której braków formalnych strona nie uzupełniła. Faktycznie zatem, dopiero od dnia ogłoszenia wyroku oddalającego odwołanie Zamawiający mógł przyjąć, iż wybraną w postępowaniu na nadzór pozostawała oferta SPEC-MAJ xxxxx, jak również, że z tym wykonawcą zostanie zawarta umowa (w zw. a art. 183 ust. 1 Ustawy Pzp). W mniejszej sprawie nie wpływało to jednak na stwierdzenie, że w dniu udzielenia zamówienia yyyyy (25.09.2014 r.), jej mąż związany był już umową na

świadczenie nadzoru również nad pracami, jakie miała ona wykonywać. Stąd, Izba uznała w ślad za kontrolującym, iż udzielając zamówienia w dniu 25.09.2014 r., Zamawiający mógł stwierdzić, iż doszło do naruszenia dobrych obyczajów poprzez złożenie oferty w celu uzyskania zamówienia na wykonanie usługi rozminowania, która miałaby być świadczona pod nadzorem podmiotu blisko związanego rodzinnie, jak i gospodarczo. W ocenie Izby, słuszne są zastrzeżenia Prezes UZP co do zachowania relacji, jakie powinny towarzyszyć wykonywaniu usługi rozminowania pomiędzy wykonawcą, a nadzorującym, które mogły zakłócać jakość oferowanej usługi. Fakt, iż oferta została złożona w innym postępowaniu, jak również brak konkurencyjnych ofert na części I i III przedmiotu zamówienia, nie zmienia tego stanu faktycznego, jaki towarzyszył świadczeniu usługi rozminowania. W ocenie Izby, do ziszczenia się przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji (naruszenia dobrych obyczajów) mogło dojść zarówno w momencie złożenia oferty, jak i w toku postępowania przetargowego (przed udzieleniem zamówienia), kiedy okazała się być pewna okoliczność istotna, a dotycząca ustalenia udziału w projekcie, jako nadzorującego męża wybranej yyyyy.

W dalszej kolejności wykazania wymagało, iż na skutek złożenia oferty wykonawczej doszło do naruszenia interesu klienta, tu Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5.10.2006 r. (sygn. I ACa 1103/06) *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*. Naruszenie interesu Zamawiającego dotyczyć ma zachwiania relacji pomiędzy podmiotami, którym zleca wykonanie prac, tj. wykonawcy i nadzorującego, wypaczających cel nadzoru nad wykonawcą.

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 należycie wykonane, co skutkuje otrzymaniem wynagrodzenia, jak również uniknięciem ewentualnej odpowiedzialności kontraktowej. Dość swobodną jest postawa Zamawiającego, który zdaje się nie dostrzegać zagrożeń, jakie mogły dla zakładanego rezultatu prac rozminowania, nieść powiązania osobowe obu podmiotów. W ocenie Izby, zasadnie wskazano w informacji o wyniku kontroli, że bliskie powiązania, również organizacyjne obu przedsiębiorców (wspólne dane korespondencyjne i teleadresowe), czynić mogły iluzoryczny nadzór, który z założenia powinien mieć charakter niezależny, a przez to gwarantujący rzeczywisty ogląd sprawy. Nie było przekonującym wyjaśnienie Zamawiającego, jakoby brak zauważonego już po wytypowaniu obszaru podlegającego kontrolnemu sprawdzeniu, działania pracowników wykonujących rozminowanie, miała świadczyć o braku zagrożenia dla interesu

Zamawiającego. W ocenie Izby, stan zagrożenia interesów Zamawiającego istniał przez cały okres świadczenia usługi, gdyż każda kontrola rozminowanego obszaru prowadzona była w konsultacji i z udziałem małżeństwa odpowiedzialnego w ramach prowadzonej aktywności zawodowej za inny obszar, łącznie składający się na efekt końcowy prac. Jak wynika z wcześniej przywołanych orzeczeń SA w Katowicach, spełniającą przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji jest już stan zagrożenia interesom klienta, co oznacza, iż nie musi faktycznie dojść do jego naruszenia, aby móc stwierdzić delikt w postaci dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogło uzasadniać utrzymania wyboru, jako najkorzystniejszej oferty yyyyy, brak konkurencyjnych ofert na część I i III przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdyż w momencie udzielania zamówienia (zawarcia umowy) pewnym było, iż wykonanie usługi rozminowania z udziałem innego przedsiębiorcy blisko powiązanego, naruszać będzie istotę kontroli, stanowiącej konieczny element wykonywanych prac rozminowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały

**Przewodniczący:** .....

.....

.....