

KD/27/16/DKUE

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej**1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:**

Zamawiający:	Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Opoczno ul. Sitowa 15 26-300 Opoczno
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Opoczno
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	751.200,00 PLN (177.803,02 euro); łączna wartość szacunkowa tożsamyh przedmiotowo zamówień na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenów realizowanych w ramach projektu pn. „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojсковych zarządzanych przez PGL LP”, przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro
Środki UE:	Fundusz Spójności / POIiŚ 2007 – 2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

Jak ustalono na podstawie dokumentacji, zamówienie na *Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Opoczno* będące przedmiotem niniejszej kontroli jest elementem projektu na „Rekultywację na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych 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 Prawidłowość Wykonywanych Prac (dalej JNPWP), która jest odrębnym podmiotem, wyłonionym w osobnym przetargu przez CKPŚ, na mocy pełnomocnictw od poszczególnych nadleśnictw.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w wyniku przeprowadzonego przez Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych w trybie przetargu nieograniczonego postępowania JRP3/2710/013-1/12 na *wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu* (wartość szacunkowa: 7 848 101,25 zł) została zawarta w dniu 01.08.2012 r. umowa nr 2710/013-1-1/12 z wykonawcą SPEC-MAJ xxxxx z siedzibą w Oławie przy ul. xxxxx Oława na kwotę 2 631 116,37 zł¹. 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 powojсковych zarządzanych przez PGL LP”. Prace miały być prowadzone na terenie 48 nadleśnictw, w tym na terenie Nadleśnictwa Opoczno. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, do zadań wykonawcy należało:

- 1) weryfikacja przygotowanych przez CFS (cywilne firmy saperskie) Metodyk prac saperskich,

¹ Umowa na nadzór z aneksami stanowi załącznik do Informacji o wyniku kontroli

- 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 xxxxx.

Z kolei w kontrolowanym postępowaniu wykonawczym jedyną ofertę złożył wykonawca yyyyy działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. Umowa z ww. wykonawcą została zawarta w dniu 17.03.2015 r. (znak: ZG4.271.1.2015). 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 adres: SPEC-MAJ xxxxx, 55-200 Oława, ul. xxxxx, (...)”. Z innych zapisów przedmiotowej umowy wynika, że:

- § 5 ust. 1: 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,
- § 10 ust. 1: 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 (dalej JNPWP),
- § 15 ust. 2: „zamawiający ustanawia osobę odpowiedzialną za realizację umowy w osobie qqqqq oraz nadzór JNPWP, zgodnie z § 11 ust. 3 niniejszej umowy” [tj. do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie nadzoru nad realizacją usługi, którą sprawować będzie JNPWP],

- § 17 ust. 2: 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 zaakceptowane przez JNPWP. W przypadku różnic zdań przy wyborze obszarów do kontroli, ostateczną decyzję podejmuje zamawiający,
- § 17 ust. 3: kontroli przez JNPWP w czasie odbioru podlega także całość dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę, w tym także dokumentacja prowadzona przez archeologa,
- § 17 ust. 4: prace uważa się za wykonane zgodnie z umową jeśli w czasie kontroli nie dojdzie do wykrycia na powierzchni gruntu i do głębokości określonej w umowie żadnego z przedmiotów o jakich mowa w OPZ,
- § 22 ust. 2 f): 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.

Uwzględniając okoliczność, że przedsiębiorca nadzorujący i nadzorowany są ze sobą powiązani należy na wstępie określić zakres tego związku, a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – tj. z uwagi na taką okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że występuje wskazane powiązanie osobowe pomiędzy oboma podmiotami. Przedsiębiorca yyyyy jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczył usługę nadzoru nad przedmiotowym zadaniem. Ustawa Prawo zamówień publicznych, ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami. Tym bardziej zatem nie ma takiego zakazu w sytuacji, gdy oferty złożono na różne postępowania. Każdorazowo, w razie złożenia ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, 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 nieprzemyślanych, i celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. Niewątpliwie zatem wykonawcy - małżonkowie, prywatnie stanowiąc jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowanie, sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwieniu w realizacji kontraktu. W obrocie gospodarczym sprowadza się to w szczególności do jednej niebudzącej wątpliwości okoliczności - wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.

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 na korzyść firmy pani yyyyy, 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 yyyyy. Truizmem jest bowiem stwierdzenie, że najlepszą gwarancją należytego wykonania zamówienia jest realne nadzorowanie działań przez zamawiającego, a jeżeli przedmiot zamówienia jest specjalistyczny - faktycznej bezstronności i niezależności zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Urzędu, nie została zapewniona.

Zwrócić należy przy tym uwagę na bardzo szeroki zakres nadzoru nad wykonawstwem opisany powyżej, co w ocenie Urzędu 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. Nadmienić należy także, że wymogi realizacji zamówienia były niezwykle surowe, np. zgodnie z zapisami umowy już zaistnienie po stronie wykonawczej nieprawidłowości w postaci nieujawnienia ukrytego w ziemi przedmiotu metalowego niemającego charakteru niewybuchu, czy niewypału skutkowało wydaniem

świadectwa o nieprawidłowości. W takiej okoliczności bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. 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 wykazie dysponowania osobami załączonym do treści oferty, w odniesieniu do doświadczenia p. mmmmm wskazano, że ma on „8 lat doświadczenia nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Jednocześnie pan mmmmm przewidziany w ofercie wykonawcy na stanowisko kierownika prac saperskich został także zgłoszony jako kierownik nadzoru w firmie nadzorującej (tj. aneksem nr 3 z dnia 08.07.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. zwiększono ilość osób, które będą pełniły funkcję kierowników nadzoru prac m.in. o mmmmm). Ponadto, zgodnie z § 15 ust. 1 umowy kontrolowanego zamówienia, „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego na realizację umowy w osobie: nnnnn”. Ta sama osoba pełniła funkcję wśród kierowników nadzoru prac (Aneks nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r.). W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej ujawniono także powiązanie odwrotne - pan bbbbb, który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej protokół odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (tj. Protokół zdawczo-odbiorczy całości terenu nr 1/2015 z dnia 16.06.2015 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 yyyyy 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 BOI². 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. 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

² Wykaz osób złożonych w postępowaniu znak ZH-2710-07/11 stanowi załącznik Informacji o wyniku kontroli

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 bowiem w ofercie wykonawczej i w aneksie nr 2 z dnia 28.02.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. na nadzór pracownik fizyczny – zzzzz.

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. wykonawców³. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

Po piąte, jak wynika z akt równolegle prowadzonej kontroli doraźnej postępowania (KD/24/16/DKUE) pn. 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 przeprowadzonego przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w Olsztynie, decyzją Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r.⁴ 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”. 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.

Ponadto jak wynika z treści dokumentacji kontrolowanego postępowania wykonawczego, firma SPEC-MAJ xxxxx przygotowała ekspertyzę na zlecenie zamawiającego, która posłużyła do opisanie przedmiotu niniejszego zamówienia i oszacowania jego wartości. Pan

³ Formularz ofertowy w postępowaniu na nadzór stanowi załącznik do Informacji o wyniku kontroli

⁴ decyzja Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r. stanowi załącznik do Informacji o wyniku kontroli

xxxxx występuje także w protokole postępowania jako osoba wykonująca czynności opisu przedmiotu zamówieniu i szacująca jego wartość.

Mając na uwadze powyższe okoliczności należy zauważyć, 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 artykułu wprost odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaistnienie zatem zdarzenia mającego charakter czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk pociąga za sobą sankcję w postaci nakazu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi taki czyn.

Podmiotem, który może dopuszczać się czynów nieuczciwej konkurencji jest przedsiębiorca. Z treści art. 2 ustawy znk wynika, że przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy znk, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową 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 znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagroza lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 te same 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 stanowiło 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 uznk konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3).

W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. V ACa 371/07) zwrócono uwagę na znaczenie przesłanki „naruszenia dobrych obyczajów” i wskazano, że „fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”.

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

Istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy znk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. I CSK 796/10) zauważono, że „zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi, doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być

bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia jak i osoby naruszcyciela. 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 (...).”

Reasumując, istotną z punktu widzenia szeroko rozumianego prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy, jest w niniejszej sprawie okoliczność, iż wykonawca wystąpił w postępowaniu świadomy swojej przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami mogącymi wziąć w nim udział. Powyższa, niewspółmierna przewaga konkurencyjna nie ma przy tym charakteru rynkowego (taki jej charakter byłby dozwolony), ale 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 prawidłowym 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 teleadresowe firm, tj. faks i telefon są tożsame. Uprawdopodobnia to istnienie jednego wspólnego biura obu firm lub co najmniej wspólnego pracownika, który odbiera jednocześnie dokumenty dotyczące przedmiotowego projektu w imieniu wykonawcy i nadzoru. Choćby z tego tylko względu ewentualne faksy i telefony kierowane przez zamawiającego do podmiotu nadzorującego w przedmiocie chociażby kontroli wykonawcy są, z najdalej posuniętym prawdopodobieństwem, natychmiast znane podmiotowi wykonawczemu. Przy złożoności przedmiotowego zamówienia, oznacza to przewagę konkurencyjną nad innymi potencjalnymi

podmiotami, godzi w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Za szczególną należy uznać okoliczność, że wymieniony z imienia i nazwiska pan xxxxx w decyzji Wojewody Dolnośląskiego z dnia 31 maja 2007 r. skierowanej do pani yyyyy, 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. W ocenie Prezesa Urzędu także podjęcie przez zamawiającego decyzji o poddaniu efektu pracy firmy wykonawczej niezależnej kontroli merytorycznej (firmy PPH TELKAZ Sp. z o.o.), o czym poinformował sam zamawiający w piśmie z dnia 21.07.2015 r., było efektem dostrzeżenia zagrożenia w postaci nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający był w pełni świadomy tego zagrożenia, w przeciwnym razie nie byłoby potrzeby występować do "podmiotu czwartego" w celu skontrolowania działań wykonawcy. Tym samym zamawiający był świadomy zagrożenia swojego interesu, o czym mowa w ustawie znk.

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, 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.

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.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

3. Załączniki do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej:

1. Umowa na nadzór z aneksami;
2. Wykaz osób złożonych w postępowaniu znak ZH-2710-07/11;
3. Formularz ofertowy w postępowaniu na nadzór;
4. Decyzja Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r.