

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 maja 2016 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń od wyników kontroli z 4 kwietnia 2016 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Opoczno, ul. Sitowa 15; 26-300 Opoczno, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej zawartej w piśmie z dnia 29 marca 2016 r., (znak: UZP/DKUE/W2/421/27(4)/16/KK(2848) dot. KD/27/16/DKUE) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Opoczno”*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Piotr Kozłowski
	Sylwester Kuchnio

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego dotyczące naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Opoczno, ul. Sitowa 15; 26-300 Opoczno, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było „*Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Opoczno*”.

Jak ustalono na podstawie dokumentacji, zamówienie na *Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Opoczno* 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 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* została zawarta w dniu 01.08.2012 r. umowa nr 2710/013-1-1/12 z wykonawcą SPEC-MAJ L. M. Termin realizacji umowy określono „do dnia 01.10.2015 r.”. Przedmiotem 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.

W kontrolowanym postępowaniu jedyną ofertę złożył wykonawca E.O.M. działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji E.O.M. 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 Prawdliwość Wykonywanych Prac adres: SPEC-MAJ L. M., (...)”.

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, kontrolujący wskazał, że należy na wstępie określić zakres tego związku, a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty Biuro Obsługi Inwestycji E.O.M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy 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 Elżbieta Olczak – Majewska 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 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 - faktycznej bezstronności i niezależności zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie kontrolującego, nie została zapewniona.

Zwrócić należy przy tym uwagę na bardzo szeroki zakres nadzoru nad wykonawstwem opisanym 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. 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. J.K. 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 J.K. przewidziany w ofercie wykonawcy na stanowisko kierownika prac saperskich został także zgłoszony, jako kierownik nadzoru w firmie nadzorującej (tj. aneksem nr 3 z dnia 8.7.2013 r. do umowy z dnia 1.8.2012 r. zwiększono ilość osób, które będą pełniły funkcję kierowników

nadzoru prac m.in. o p. J.K.). 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: M.R.”. Ta sama osoba pełniła funkcję wśród kierowników nadzoru prac (Aneks nr 1 z dnia 28.8.2012 r. do umowy z dnia 1.8.2012 r.). W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej ujawniono także powiązanie odwrotne – p. J.K.(2), który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej protokół odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (tj. Protokół zdawczo-odbiorczy całości terenu nr 1/2015 z dnia 16.6.2015 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 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. 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. Powtarza się bowiem w ofercie wykonawczej i w aneksie nr 2 z dnia 28.2.2013 r. do umowy z dnia 1.8.2012 r. na nadzór pracownik fizyczny – J.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 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. 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.

Ponadto jak wynika z treści dokumentacji kontrolowanego postępowania wykonawczego, firma SPEC-MAJ L. M. przygotowała ekspertyzę na zlecenie zamawiającego, która posłużyła do opisu przedmiotu niniejszego zamówienia i oszacowania jego wartości. Pan L. M. występuje także w protokole postępowania, jako osoba wykonująca czynności opisu przedmiotu zamówieniu i szacująca jego wartość.

Kontrolujący wskazał, iż 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 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 uznane konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. V ACa 371/07) zwrócono uwagę na znaczenie przesłanki „*naruszenia dobrych obyczajów*” i wskazano, że „*fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo*”.

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

zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie. Istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy znk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. I CSK 796/10) zauważono, że *„zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi, doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia jak i osoby naruszciciela. Chodzi zatem o zespół faktów, który cechuje się tym, że pociąga za sobą zwiększone niebezpieczeństwo powstania szkody. Powstaje pytanie, w jaki sposób w procesie można wykazać istnienie zagrożenia interesu. Pojęcie zagrożenia występuje także w art. 439 k.c., można się zatem odwołać do kryteriów w nim określonych, jakkolwiek istnieje wyraźna różnica, bowiem w art. 439 k.c. chodzi o bezpośrednie zagrożenie nastąpienia szkody, zaś w art. 3 i 18 u.z.n.k. o 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, kontrolujący stwierdził, że 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 kontrolującego, 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 fakсы 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 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. W ocenie kontrolującego, 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 21.7.2015 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 E.O.M., 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.

Ze stanowiskiem kontrolującego nie zgodził się zamawiający i pismem z dnia 1 kwietnia 2016 roku (data wpływu pisma 4 kwietnia 2016 r.) wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej.

Zamawiający stwierdził, że kontrolujący 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 przedmiotowej kwestii. Ponadto, w przedmiotowej sprawie było prowadzone przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie postępowanie wyjaśniające 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 tak i ustaw szczególnych”*.

Zdaniem zamawiającego, w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zostały spełnione łącznie przesłanki, które zgodnie z art. 3 ust 1 ww. ustawy powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Z treści informacji o wyniku kontroli wynika, że kontrolujący zarzuca, iż wykonawca BOI E.O.M. dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami poprzez złożenie oferty w kontrolowanym postępowaniu, świadomy swojej przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami mogącymi wziąć w nim udział. Ta przewaga konkurencyjna, zdaniem kontrolującego przejawiała się brakiem naturalnej bariery informacyjnej pomiędzy nim, a podmiotem wykonującym funkcje nadzorcze. Zdaniem kontrolującego przewaga oparta jest na swoistych więziach i zależnościach pomiędzy podmiotami nadzorującym i wykonującym 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. Zdaniem zamawiającego, kontrolujący nie uzasadnił w sposób realny zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów. Relacja pomiędzy podmiotami SPEC-MAJ L.M., a BOI E.O.M. w przedmiotowym Projekcie była już przedmiotem analizy w orzecznictwie dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W postępowaniu prowadzonym przez RDLP Wrocław wybrano, jako najkorzystniejszą, ofertę firmy SPEC-MAJ L.M.. Wykonawca ten, zgodnie z s.i.w.z. 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 odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł jeden z wykonawców. 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 stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W sentencji wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt 1468/14) Krajowa Izba Odwoławcza m.in. nie stwierdziła podstaw do domniemania faktycznego o zмовie przetargowej pomiędzy państwem M., 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 wykonawcą prac saperskich jest firma BOI E. O.M. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z ww. wyrokiem, zdaniem zamawiającego, przewagi konkurencyjnej nie można opierać, jak wskazuje kontrolujący, na więziach i zależnościach polegających m. in. na pozostawaniu w związku małżeńskim. Ponadto, zgodnie z wyrokiem z dnia 4 lutego 2013 r., sygn. akt 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.”

Zdaniem zamawiającego przewagi konkurencyjnej nie można również opierać, jak wskazuje kontrolujący, na więziach i zależnościach pomiędzy pracownikami i współpracownikami obu firm. Zamawiający nie ma możliwości decydowania o składzie personalnym danego wykonawcy, w przypadku, gdy ten wykazał dysponowanie odpowiednią ilością specjalistów spełnił warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym, taka powinność istnieje jedynie przy ustalaniu czy dana osoba nie jest jednocześnie kontrolującym i kontrolowanym. Kontrolujący w żaden sposób nie wskazał, dlaczego zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, dają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób świadczenia przez wykonawcę.

Podmiotem odpowiedzialnym za odbiór terenów oczyszczanych sapersko przez wykonawcę tych prac, warunkującym wypłatę wynagrodzenia i wystawienia protokołów odbioru za każdym razem było Nadleśnictwo - strona umowy z firmą BOI, co wynika z treści umowy na wykonawstwo. Kontrolujący wskazał w treści informacji o wyniku kontroli obowiązki podmiotu nadzorującego i nie wskazał wśród nich obowiązku odbioru terenów oczyszczonych. Istotne znaczenie ma też fakt, że kontrolujący przypisuje w tym przypadku działanie zagrażające interesom zamawiającego podmiotowi SPEC-MAJ chociaż

podmiotem, który z treści całokształtu informacji o wyniku kontroli miał się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, jest jego zdaniem firma BOI E.O.M.

Zdaniem zamawiającego, kontrolujący w treści informacji o wyniku kontroli nie udowodnił zagrożenia dla interesów zamawiającego. Kontrolujący nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które stanowią o takim naruszeniu. Zdaniem zamawiającego, wskazywany przez kontrolującego fakt, iż poddał on efekt prac wykonawcy kontroli jeszcze innemu podmiotowi, nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nastąpiło to na etapie realizacji umowy wykonawczej. 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. Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w informacji pokontrolnej z kontroli na miejscu przeprowadzonej w dniach 10.03.2014 - 14.03.2014 r. w Nadleśnictwach Przemków i Jedwabno (w których wykonawcą prac saperskich była firma p. E.O.M.) stwierdził m.in. że nie doszło do wystąpienia nieprawidłowości w zakresie wskazanym w informacji pokontrolnej. NFOŚiGW w 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”*.

Kontrolujący w informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazał, iż w pierwszej kolejności należy określić zakres powiązań pomiędzy podmiotami SPEC - MAJ L.M., a BOI E.O.M., a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty drugiego z wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niniejszą ocenę kontrolujący przedstawił w postaci pięciu twierdzeń. Odnosząc się kolejno do każdego z nich, zamawiający wskazał, co następuje.

Zdaniem zamawiającego, samo pozostawanie w więzi faktycznej lub prawnej, w tym przypadku małżeństwa, nie może stanowić podstaw do twierdzenia o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, że sam kontrolujący wskazał, że zarówno ustawa Pzp, jak i inne przepisy nie wyłączają możliwości złożenia dwóch ofert przez małżonków w jednym postępowaniu przetargowym. Kontrolujący pominął przekazane przez zamawiającego pisma, jakie kierowane były w trakcie realizacji przedmiotowego projektu do szeregu instytucji, m.in. do Departamentu Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. UOKiK udzielił odpowiedzi (pismem z dnia 14.02.2014 r, znak: DOK2-440- 27/13/DD), iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W odpowiedzi na zapytanie CKPŚ, w sprawie

wzajemnych relacji pomiędzy firmą BOI E.O.M., a firmą SPEC-MAJ L.M. wykonującą czynności JNPWP w przedmiotowym zadaniu w ramach Projektu, UOKIK wskazał, iż w sprawie „*mamy do czynienia z sytuacją, gdy każdy z dwóch odrębnych przedmiotowo przetargów wygrali przedsiębiorcy ze sobą powiązani, co samo w sobie nie stanowi dowodu istnienia porozumienia antykonkurencyjnego.*”.

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 ww. 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 rozdzielnosci majątkowej). W związku z powyższym, 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. Kontrolujący na potwierdzenie swojego stanowiska nie przedstawił żadnych przepisów obowiązującego prawa. Ponadto, gdyby nawet przyjąć zasadność ww. twierdzenia kontrolującego o ułatwianiu przez jednego przedsiębiorcę drugiemu realizacji kontraktu, to Prezes UZP ma w takim przypadku obowiązek niezwłocznego złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa do Prokuratury. Zgodnie z wiedzą zamawiającego, Prezes UZP do tej pory tego nie uczynił. Powodem tego, jest prawdopodobnie przekazana wraz z wyjaśnieniami informacja, że między innymi powiązania pomiędzy małżeństwem M. były już przedmiotem badania przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie i zakończone umorzeniem postępowania sygn. sprawy 59/14.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem kontrolującego, że podmiot nadzorujący współdecydował z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. Zgodnie z zawartą umową o odbiorze prac decydował każdorazowo zamawiający, a jak sam wskazał Prezes UZP, 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 powojсковych zarządzanych przez PGLLP*”. Zamawiający wskazał również na nieprawdziwą informację wskazaną w wyniku kontroli przez kontrolującego, jakoby firma nadzorczą jest merytorycznym pełnomocnikiem zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest *quasi - zamawiającym*. Firma nadzorczą, 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 twierdzeń kontrolującego, że powiązania występują nie tylko pomiędzy przedsiębiorcami, ale również pomiędzy przedsiębiorstwami, zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do jednoczesnego sprawowania przez te same osoby funkcji kierowniczych w nadzorze nad pracami saperskimi i wykonywania prac saperskich w ramach umów wykonawczych w jednym Nadleśnictwie. Co więcej sytuacja taka nie miała miejsca w żadnym z 48 Nadleśnictw. Nadzoru nad pracami saperskimi w Nadleśnictwie Opoczno nie sprawowały wszystkie osoby wskazane przez firmę nadzorczą - SPEC MAJ L.M. w Wykazie Osób. Jeżeli osoby z ww. listy występowały z jakiegoś powodu w Wykazie osób firmy wykonawczej to nie brały fizycznie udziału w takiej kontroli/nadzorze. P. J.K. wskazany w ofercie na nadzór, jako kierownik prac nadzorczych nigdy nie prowadził kontroli z ramienia JNPWP (był wskazany w ofercie, ale nie brał fizycznie udziału w kontroli w Nadleśnictwie Opoczno). P. M.R. kierujący całością prac z ramienia firmy wykonawczej BOI brał udział w kontrolach prowadzonych przez SPEC-MAJ ale w innych Nadleśnictwach na podstawie zawartych z tą firmą umów cywilnoprawnych, co jest dopuszczalne.

P. J.K.(2) prowadzący kontrolę z ramienia firmy SPEC-MAJ współpracował wcześniej z firmą BOI przy realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Przemków, ale ta umowa zakończyła się 3.1.2014 r. Prowadząc kontrolę w Nadleśnictwie Opoczno ww. osoba nie była z firmą BOI związana. Nigdy natomiast nie kontrolował ani nie nadzorował prac prowadzonych przez firmę BOI. P. J.P. nigdy nie pracował ani w firmie BOI ani w SPEC-MAJ (według informacji przekazanych przez Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych w Warszawie). W Aneksie nr 2 do umowy z 1.8.2012 r. na JNPWP wprowadzono, jako sapersa do prowadzenia kontroli p. Z.P., natomiast w ofercie wykonawcy widnieje p. K.P.

Odnosząc się do czwartego z zarzutów, gdzie kontrolujący uznał, iż ścisłe powiązania ww. firm ujawnia się także w tożsamości niektórych danych teleadresowych, należy uznać go za nietrafiony w kontekście spełnienia ustawowych przesłanek dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, a wynikających z art. 3 ust. 1 ustawy znk.

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów kontrolującego dotyczących tego, że L.M. został wskazany, jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, zamawiający wskazał, iż 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.

Wartość szacunkowa zamówienia ustalona została tylko i wyłącznie przez Nadleśnictwo Opoczno i znana była wszystkim potencjalnym wykonawcom, ponieważ została podana w sekcji 11.2.1 ogłoszenia o zamówieniu. Przygotowana ekspertyza opracowana przez firmę SPEC-MAJ L.M., miała za zadanie jedynie doprecyzować pierwotnie przygotowany opis przedmiotu zamówienia ze względu na specyfikę terenu i występujące w nim przedmioty niebezpieczne.

Reasumując, zdaniem zamawiającego, kontrolujący nie udowodnił, że złożenie oferty przez firmę BOI E.O.M. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, które zgodnie z art. 3 ust 1 ww. ustawy powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Prezes UZP nieprawidłowo również ustalił zakres powiązań pomiędzy podmiotami nadzorującym, a wykonawczym, nie opierając swoich ustaleń o przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Przy ocenie stanu faktycznego kontrolujący nie wziął pod uwagę ustaleń poczynionych w przedmiotowym Projekcie przez wiele instytucji, jak wyrok KIO, opinię UOKIK czy postępowanie prowadzone przez Prokuraturę.

Zamawiający nadmienił, iż przyczyną złożenia wniosku o wszczęcie przedmiotowej kontroli przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej były pisma kierowane do tejże instytucji m.in. przez inną firmę. L.M. w dniu 11 czerwca 2014 r. wniósł pozew cywilny do Sądu Okręgowego w Poznaniu przeciwko temu wykonawcy wnosząc o zobowiązanie pozwanego do złożenia przed szeregiem instytucji oświadczenia o odwołaniu wszystkich zarzutów, które ten wykonawca przywoływał w treści pisma z dnia 19.10.2013 r. skierowanego do Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych, jako nieprawdziwych i bezpodstawnych. Sąd Okręgowy w Poznaniu IX Wydział Gospodarczy na

posiedzeniu 22.03.2016 r. wydał wyrok o sygnaturze IX GC 1425/14 uznający ww. roszczenia firmy SPEC-MAJ L.M. wobec (...) za zasadne. Z uwagi jednak, iż rozprawa odbyła się pod koniec marca 2016 r., w chwili obecnej nie ma jeszcze pisemnego uzasadnienia ww. wyroku, w związku z tym zamawiający nie ma możliwości jego przekazania do UZP.

Kontrolujący, w całości, nie uwzględnił zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie. Izba w całości podziela ustalenia i wnioski wypływające z kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając je za własne.

Nadto Izba wskazuje, że całokształt okoliczności ujawnionych w toku prowadzonej kontroli prowadzi do wniosku, iż zamawiający kwestionując prawidłowość treści Informacji o wyniku kontroli, skupia się na analizie wyrywkowo przywołanych zdań z jej treści i pomija podstawową tezę zawartą w Informacji o wyniku kontroli jaką było stwierdzenie, że opisane powiązania między firmą wykonującą prace saperskie a firmą nadzorującą te prace naruszały dobre obyczaje oraz zagrażały interesowi zamawiającego, tj. zagrażały prawidłowemu wykonaniu zamówienia.

Zdaniem Izby, tylko łączna analiza kilku wzajemnie przenikających się okoliczności może stanowić podstawę do postawienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Pierwszą dostrzeżoną okolicznością było istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami. Drugą - wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, co było dodatkowo wzmocnione szerokimi, w ocenie Izby, kompetencjami podmiotu nadzorującego nad nadzorowanym. Trzecią dostrzeżoną okolicznością były zależności między zasobami osobowymi obu podmiotów, które przejawiały się zarówno we wzajemnym występowaniu tych samych osób na stanowiskach kierowniczych i wykonawczych (saperskich) u obu podmiotów, jak też powiązania krzyżowe, tj. sytuacje, w których kierownik prac saperskich występował w jednym postępowaniu, jako szef zespołu wykonawczego, w innym zaś jako szef zespołu nadzorującego. Czwartą okolicznością były niektóre wspólne dane teleadresowe firm. Piątą - szczególne kompetencje małżonka przedsiębiorcy w odniesieniu do ogólnego zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do jego żony, nałożone decyzją administracyjną wojewody. Okoliczności te dowodziły bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co było sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i w konsekwencji zagrażało interesowi klienta, czyli zamawiającego, tj. zagrażało należytej realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia zamawiającego złożone do wyników kontroli, musiała mieć uwadze nakaz zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Z kolei, definicji czynu nieuczciwej konkurencji należało poszukiwać w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z 2003 r., z późn. zm.), dalej zwanej Uznk. Omówienie przepisów wymienionej ustawy zawiera między innymi komentarz red. prof. dr hab. Janusza Szwaja, rok wydania: 2006 Wydawnictwo: C.H. Beck, który przywołuje brzmienie art. 3 ust. 1 tej ustawy, mówiącego, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (...). Ust. 2 stanowi zaś, że czynami nieuczciwej konkurencji jest w szczególności: (...) utrudnianie dostępu do rynku. Cytowany przepis, tj. art. 3 ust. 1 określa się powszechnie - jako klauzulę generalną. Odsyła on bowiem nie tylko do przepisów odrębnych, ale także do systemu ocen i norm pozaprawnych, a mianowicie do "*dobrych obyczajów*" - przerzucając ocenę konkretnego stanu faktycznego na organ rozstrzygający spór. Naruszenie przez przedsiębiorcę obowiązku działania w sposób uczciwy oraz zgodny z prawem - stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Norma zawarta w art. 3 ust. 1 omawianej ustawy, odgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Dzięki temu, wytycza ona granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji, służąc także realizacji celów wyrażonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ocena czynów występujących w działalności gospodarczej niepodpadających pod żaden szczegółowy przepis cytowanej ustawy lub odrębnej ustawy, może i powinna być prowadzona na podstawie art. 3 ust. 1 Uznk. Jeżeli zachodzą podstawy do stwierdzenia, że konkretne zachowanie spełnia przewidziane w nim przesłanki, tym samym oznacza, że jest ono czynem nieuczciwej konkurencji. W przytoczonej ustawie, nie zostały stypizowane bowiem wszystkie zachowania, którym należałoby przeciwdziałać. Pełnienie przez klauzulę generalną funkcji uzupełniającej jest wyraźnie akceptowane przez judykaturę. *„Jeśli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych tym przepisie”* (wyr. SA w Łodzi z 31.7.1995 r., I ACr 308/95, OSA 1995, Nr 7-8, poz. 52, s. 33; OSG 1996, Nr 4, poz. 33, s. 24). Wymienione czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu. *„Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk może być zatem uznane także działanie niewymienione w art. 5-17 tej ustawy, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji”*

(uzasadnienie wyr. SN z 26.11.1998 r., I CKN 904/97, OSP 1999, Nr 5, poz. 91). *„Określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 Uznk, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej zawartych w art. 3 Uznk, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji”* (wyr. SN z 2.2.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz. 137; OSP 2001, Nr 11). Przepis art. 3 ust. 1 Uznk odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami, gdzie działanie z nimi sprzeczne także jest niedozwolone (zakazane). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedno i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje, jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców (...). Obecnie obowiązuje wyraźny przepis - artykuł 17 USwobDziałGosp stanowiący, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów (...). Działaniem w obrocie gospodarczym jest szeroki krąg zachowań, które mogą mieć wpływ na bieżące lub przyszłe wyniki działalności przedsiębiorców lub interes publiczny. Czynami takimi są działania lub zaniechania wywołujące skutki względem osób trzecich. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności, zyskuje przewagę nad swymi konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Czy skutek ten nastąpił, lub mógł nastąpić w konkretnym przypadku - ocenia organ orzekający. Sytuacja jest analogiczna jak przy naruszeniu dobrych obyczajów. Sprzeczne z prawem są czyny: zabronione i zagrożone sankcją karną, czyny zabronione przepisami o charakterze cywilnym (np. art. 56, 211 i 380 Ksh). *„Bezprawność jest taką cechą działania, która polega na jego sprzeczności z normami prawa lub zasadami współżycia społecznego, bez względu na winę, a nawet świadomość sprawcy. Dla ustalenia przeto bezprawności działania wystarczy ustalenie, że określone zachowanie koliduje z przepisami prawa. Brak cech bezprawności winien przeto, w myśl art. 6 K.c. wykazać pozwany”* (wyr. SA w Poznaniu z 24.6.1992 r., I ACr 204/92, Wok. 1993, Nr 2, s. 30). *„Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby, uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy”* (zob. wyr. SN z 1.12.2004 r., III CK 15/04). Pojęciem przedsiębiorcy objęte zostały natomiast wszystkie podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym. Bezprawność zachowania sprawcy, względnie sprzeczność z dobrymi obyczajami jest konieczną przesłanką uznania danego działania lub zaniechania za czyn

nieuczciwej konkurencji. Dla spełnienia hipotezy art. 3 ust. 1 Uznk jest również niezbędne, ażeby zachowanie sprawcy naruszało lub zagrażało interesom wymienionym w art. 1 tej ustawy. Terminu *"dobre obyczaje"* Uznk nie definiuje. *"Dobre obyczaje"* nie będąc normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak *„zasady współżycia społecznego”*, których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Dobre obyczaje są przeto wskazówką postępowania istniejącą obiektywnie w poczuciu tzw. kół kupieckich. Chodzi o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej, tj. oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez zamawiających cechami oferowanych towarów lub usług. Konkurencja powinna być *„przejrzysta”* czytelna dla przedsiębiorców i klientów, a wyniki jej niezafałszowane. Przepisy art. 1, 3 i 19 Uznk oraz przepisy innych ustaw, zwłaszcza UOchrKonkur, dają podstawę do przyjęcia kryterium ekonomiczno-funkcjonalnego *„dobrych obyczajów.”* Nakazują one, aby rozstrzygając spór uwzględnić wszystkie okoliczności faktyczne konkretnego przypadku, w pierwszym rzędzie gospodarcze oraz prawne, a także interes publiczny. W orzecznictwie sądowym wskazuje się, że stwierdzenie zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy jest wyrazem oceny określonej sytuacji i jej konsekwencji, wyrażonej przy uwzględnieniu powszechnie znanych zjawisk gospodarczych. Uznanie takich okoliczności za znane i niewymagające dowodu należy do prerogatyw sądu. Sprzeczność z dobrymi obyczajami podlega ocenie obiektywnej. W razie sporu rozstrzyga o tym organ rozpoznający sprawę dotyczącą nieuczciwej konkurencji. *„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 ZNKU), co oznacza, iż przepisy tej ustawy znajdują zastosowanie między konkurującymi ze sobą na rynku przedsiębiorcami”* (wyr. SA w Katowicach z 22.11.2001 r., I ACa 688/2000, OSA 2001, Nr 5, s. 58). Celem Uznk jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia ich interesów, podejmowanych sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie, co istotne, zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym czy przesłanki są, lub nie są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron. Oceny dokonuje organ rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne. Nawet przy wykonywaniu własnego prawa przedsiębiorca powinien zważać, czy postępując w ten sposób nie narusza interesów innych uczestników obrotu gospodarczego

lub im nie zagraża (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2012 roku, sygn. akt KIO 1287/12).

Za niezasadne Izba uznała również odwoływanie się przez zamawiającego do stanowiska organu ścigania, które niejako pośrednio ma wskazywać na bezzasadność zarzutów kontrolującego. Izba wskazuje, że odmowa wszczęcia postępowania była spowodowana blokerami formalnymi, a nie merytorycznymi. Organ ścigania uzasadniając swoją decyzję o odmowie wszczęcia postępowania podał, iż *„Należy w tym miejscu wskazać, iż obecnie mamy do czynienia z przestępstwem stypizowanym w art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. a zgodnie z treścią art. 27 § 1 cyt. ustawy, ściganie przewidzianych w niniejszej ustawie przestępstw następuje na wniosek pokrzywdzonego. Osoba występująca w charakterze pokrzywdzonego w tej sprawie odmówiła złożenia przedmiotowego wniosku. Artykuł 12 § 1 kpk, w sposób jednoznaczny definiuje, w jakim przypadku postępowanie toczy się z urzędu. Resumując, opisane okoliczności, wskazują, iż wystąpiła negatywna przesłanka procesowa uniemożliwiająca dalsze prowadzenie postępowania, określona w art. 17 § 1 pkt 10 kpk, dla tego też postanawianie o odmowie wszczęcia dochodzenia uważam za uzasadnione.”*

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy są również okoliczności dotyczące prywatnego pozwu skierowanego przez wykonawcę SPEC-MAJ L.M. przeciwko innemu wykonawcy i wydanego przez Sąd Okręgowy w Poznaniu wyroku. Wskazać bowiem należy, że są to zdarzenia występujące po przeprowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a ponadto dotyczą okoliczności nie znanych szczegółowo kontrolującemu.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przedstawione przez zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący

Członkowie

.....