

KD/24/16/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 Jedwabno, Nadleśnictwo Przasnysz, Nadleśnictwo Wipsowo <i>reprezentowane przez:</i> Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Olsztynie ul. Kościuszki 46/48 10-959 Olsztyn
Rodzaj zamówienia:	usługa
Przedmiot zamówienia:	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
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	2.369.815,40 PLN (tj. 560.916,33 euro); w tym część I – 1.526.170,00 PLN (tj. 361.232,22 euro), część II – 441.533,40 PLN (tj. 104.507,42 euro), część III – 402.112,00 PLN (tj. 95.176,69 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 powojkowych 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 oczyszczania saperskiego terenów dla: część zamówienia nr I – w Nadleśnictwie Jedwabno, część zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Przasnysz, część zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Wipsowo* będące przedmiotem niniejszej kontroli jest elementem projektu na „Rekultywację na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Celem projektu jest przywrócenie zdegradowanym terenom powojkowym wartości przyrodniczych i użytkowych. Beneficjentem projektu jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe (dalej PGL LP). Za realizację projektu odpowiada Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (dalej CKPŚ), które jest jednostką PGL LP. Jednym z zadań wykonywanych w ramach niniejszego projektu jest oczyszczenie saperskie terenów w obrębie 57 nadleśnictw, leżących w 15 Regionalnych Dyrekcjach Lasów Państwowych. Konstrukcja projektu zakładała, że zadania te realizowane są przez cywilne firmy saperskie wyłonione w drodze postępowań przetargowych przeprowadzanych przez poszczególne nadleśnictwa (dalej także jako: „postępowania wykonawcze”). Odbiory i nadzór nad wykonywanymi pracami saperskimi sprawuje Jednostka Nadzorująca Prawdliwość 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 Prawdliwość 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, 55-200 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 powojkowych zarządzanych przez PGL LP”. Prace miały być prowadzone na terenie 48 nadleśnictw, w tym na terenie Nadleśnictw Jedwabno i Przasnysz. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, do zadań wykonawcy należało:

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

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

W kontrolowanym postępowaniu wykonawczym w zakresie dwóch z trzech części ofertę złożył wykonawca yyyyy działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. W części I Jedwabno (zakończony zawarciem w dniu 15.07.2014 r. umowy nr 2710-01/2014/UE z tym wykonawcą) była to jedyna złożona oferta. W części II Przasnysz (zakończony zawarciem w dniu 15.07.2014 r. umowy nr SA-2710-UE-1/14 z tym wykonawcą) była to oferta najkorzystniejsza spośród dwóch złożonych ofert.

¹ Umowa na nadzór z aneksami stanowi załącznik do Informacji.

Zgodnie z § 15 ust. 1 ww. umowy nr 2710-01/2014/UE oraz nr SA-2710-UE-1/14: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego na realizację umowy w osobie: tttt (dot. umowy nr 2710-01/2014/UE), nnnnn (dot. umowy nr SA-2710-UE-1/14)”.

W § 15 ust. 2 ww. umów wskazano: „zamawiający ustanawia (...) nadzór Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego (dalej JNPWP), zgodnie z § 11 ust. 3 niniejszej umowy” [tj. do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie nadzoru nad realizacją usługi, którą sprawować będzie JNPWP],

Zgodnie z § 17 ust. 1 umów, „wykonawca po zakończeniu prac (tj. całkowitym zakończeniu, ale także zakończeniu części prac, za który zamierza wystawić faktury) zgłasza gotowość do przeprowadzenia na danym terenie weryfikacji jakości przeprowadzonych prac, pisemnie do zamawiającego oraz do wiadomości Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac adres: SPEC-MAJ xxxxx, 55-200 Oława, xxxxx, (...)”.

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

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

Z § 17 ust. 4 ww. umów wynika, że prace uważa się za wykonane niezgodnie z umową, jeśli wykryto pomiędzy powierzchnią gruntu a głębokością zawartą w umowie pojedynczy przedmiot, o jakim mowa w OPZ.

W § 10 ust. 1 ww. umów wprowadzono obowiązek wykonawcy poddania się kontroli „przed przystąpieniem do prac, w ich trakcie oraz także po zakończeniu” m.in. ze strony podmiotu nadzorującego, tj. JNPWP.

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

Wreszcie, w § 23 ust. 2 e) niniejszych umów przewidziano możliwość zmiany terminu końcowego wykonania umowy „w przypadku, gdy na dzień podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego z (...) JNPWP lub gdy podmiot będący JNPWP nie złoży oświadczenia o bezstronności wynikającego z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego na JNPWP. W takim wypadku zamawiający dopuszcza możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o liczbę dni, która stanowi różnicę pomiędzy faktycznym dniem podpisania umowy na JNPWP, a dniem podpisania niniejszej umowy”.

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

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

- wykonawca BOI yyyyy zapytał, czy zamawiający dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu wykonawcy będącego osobą bliską w stosunku do JNPWP jak też powiązaną biznesowo, gospodarczo (np. poprzez udzielenie doświadczenia w przetargach) lub towarzystwo z osobami sprawującymi kontrolę z ramienia JNPWP. W odpowiedzi z dnia 19.05.2014 r. (nr 49 i 51) zamawiający stwierdził: „w postępowaniu mogą brać udział wszystkie podmioty, które spełniają warunki postępowania określone w art. 22 ustawy Pzp i nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy”.

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

a) „czy decyzje koordynatora prac wyznaczonego ze strony nadleśnictwa, odnośnie niepodjęcia metalowych elementów, których usunięcie mogłoby spowodować nieodwracalną szkodę dla drzewostanu lub ekosystemu (...) może być nieuwzględnione przez JNPWP?”. W odpowiedzi z dnia 19.05.2014 r. (nr 18) zamawiający stwierdził: „zamawiający nie przewiduje podejmowania jakichkolwiek decyzji przez koordynatorów prac ze strony nadleśnictw w zakresie ujętym w pytaniu”;

b) „czy zamawiający przewiduje możliwość odwołania się przez wykonawcę od niekorzystnej dla niego decyzji JNPWP?”. W odpowiedzi z dnia 19.05.2014 r. (nr 34) zamawiający stwierdził: „pytanie nie pozostaje w związku z treścią siwz”.

c) „czy zamawiający dysponuje wiedzą jaki podmiot gospodarczy będzie pełnił funkcję JNPWP w Nadleśnictwie Jedwabno, Nadleśnictwie Przasnysz oraz w Nadleśnictwie Wipsowo? Wiedza ta jest niezbędna do oceny ryzyka”. W odpowiedzi z dnia 19.05.2014 r. (nr 15) zamawiający stwierdził: „pytanie nie pozostaje w związku z treścią siwz”.

d) „czy w Nadleśnictwie Jedwabno, Nadleśnictwie Przasnysz lub w Nadleśnictwie Wipsowo na terenie przeznaczonym do oczyszczania saperskiego znajdował się poligon wojskowy? Jeżeli tak, to czy zamawiający posiada wiedzę dokładnych lokalizacji działań wojskowych, np. stare mapy?”. W odpowiedzi z dnia 19.05.2014 r. (nr 1) zamawiający stwierdził: „Poligon znajdował się na terenie nadleśnictw Przasnysz i Jedwabno. Zamawiający nie posiada wiedzy i dokumentacji na temat działań wojskowych”.

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.

Zamawiający w piśmie z dnia 23.07.2015 r. wyraził stanowisko, że w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazuje, że: „w okolicznościach niniejszej sprawy yyyyy oraz xxxxx uczestniczyli w dwóch przedmiotowo różnych postępowaniach. Każde z małżonków brało udział tylko w jednym z dwóch postępowań, w toku których składali oświadczenia o zachowaniu bezstronności. Ponadto, z wykazu osób uczestniczących w każdym z wyżej wymienionych postępowań nie wynika, aby osoby w realizacji jednego z zadań, uczestniczyły również w drugim. Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, że z wydruku z CEIDG yyyyy nie wynika, aby pozostawał w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej, co uzasadnia przekonanie, iż małżonkowie nie są powiązani finansowo. (...). dla przypisania złożeniu przez wykonawcę yyyyy oferty znamion czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne byłoby wykazanie celu tego rodzaju działania, zmierzającego do uzyskania stanu przewagi konkurencyjnej czy wyeliminowania innych wykonawców z rynku. Rezultaty i przebieg postępowania, w którym brała udział yyyyy oraz drugiego postępowania, które wygrał xxxxx nie prowadzą do wniosku, by działaniami tym przyświecał tego rodzaju cel. Za takim wnioskiem przemawiają następujące okoliczności:

1. yyyyy, w toku postępowania przetargowego na realizację zadania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na rozpoznaniu i oczyszczaniu saperskim terenu złożyła zapytanie, czy krewny lub powinowaty podmiotu, który uczestniczy w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na wykonywaniu zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego może brać udział w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu. Zamawiający wyraził na powyższe zgodę.

2. Małżonkowie uczestniczyli tylko w jednego rodzaju postępowaniu.

3. Zapisy wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego na usługi polegające na wykonywaniu zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego wskazywały, że odbiór prac miał następować przy współudziale przedstawiciela danego Nadleśnictwa. Tym samym ewentualna dywersyfikacja czynności odbiorowych została wyłączona, zwłaszcza że pracownicy Nadleśnictw zostali skierowani na stosowne szkolenia.

4. Małżonkowie, przy wykonywaniu powierzonych im zadań, nie posługiwali się tymi samymi osobami.

5. Z wydruku CEIDG yyyyy czy też xxxxx nie wynika, aby pozostawali oni w ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej, co wyklucza istnienie pomiędzy powiązań finansowych.”

W świetle powyższego należy zauważyć, co następuje.

Po pierwsze, zwrócić należy uwagę, że występuje wskazane powiązanie osobowe pomiędzy oboma podmiotami. Przedsiębiorca yyyyy jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczył usługę nadzoru nad przedmiotowymi zadaniami. 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 nieprzemysłanych, i celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. Niewątpliwie zatem wykonawcy - małżonkowie, prywatnie stanowiąc jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowanie, sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwieniu w realizacji kontraktu. W obrocie gospodarczym sprowadza się to w szczególności do jednej niebudzącej wątpliwości okoliczności - wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.

Po drugie, w przedmiotowym stanie faktycznym powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozzerwanie związanych ze sobą postępowaniach: wykonawstwa i nadzoru. Konieczność nadzoru w jakichkolwiek specjalistycznych postępowaniach wynika z tego, że zamawiający mający interes w należyтым wykonaniu zamówienia nie dysponuje narzędziami zapewniającymi merytoryczną ocenę prawidłowości jego wykonania, co wynika wprost z oczywistych braków kompetencji. Podmiot nadzorujący jest więc merytorycznym pełnomocnikiem zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi-zamawiającym. W tej sytuacji winny się rysować następujące relacje: relacja zaufania pomiędzy zamawiającym i podmiotem nadzorującym oraz zasada ograniczonego zaufania pomiędzy nadzorem a wykonawstwem. Zamawiający rozstrzygając przedmiotowe postępowanie wykonawcze w 2 częściach na korzyść firmy pani 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 - faktyczna bezstronność i niezależność 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. Oddanie znacznych kompetencji podmiotowi nadzorującemu potwierdził sam zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 19.05.2014 r., którego znaczenie sprowadza się do stwierdzenia, że kwestie merytoryczne związane z usuwaniem metalowych elementów i prawną ocenę możliwości takiego usunięcia (tj. czy takie usunięcie może spowodować szkody) nie znajduje się w zakresie zainteresowania koordynatorów prac z ramienia zamawiającego. Zamawiający nie odniósł się także merytorycznie do pytania nr 34 odpowiadając, że kwestie procedury odwoławczej od niekorzystnej dla wykonawcy decyzji jednostki nadzorującej pozostają bez związku z treścią siwz. W takich okolicznościach bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, (wzmocniona kolejną okolicznością występowania poligonu wojskowego na terenach należących do Nadleśnictw Przasnysz i Jedwabno, co wynika z odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 19.05.2014 r.) mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. Taki też jest kontekst pytania nr 15 dotyczącego specyfikacji istotnych warunków zamówienia skierowanego do zamawiającego przez wykonawcę P.P.H. TELKAZ sp. z o.o., w którym jednoznacznie wskazano na ścisłą zależność wyceny ryzyka w ofercie od konkretnego podmiotu nadzorującego. Przede wszystkim firma wykonawcza (żona) mogła z łatwością uzyskać informację, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą (męża).

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

W zakresie części nr I Jedwabno (zakończonych zawarciem umowy nr 2710-01/2014/UE) w § 15 ust. 1 ww. umowy, ustanowiono pana tttt pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy. Jednocześnie pan tttt został także wskazany jako kierownik nadzoru prac w ofercie SPEC-MAJ xxxxx, stanowiącej załącznik do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r. W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej (KD/23/16/DKUE) ujawniono także powiązanie odwrotne - pan bbbbb, który podpisywał w imieniu firmy

nadzorującej protokoły odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (w szczególności protokoły zdawczo-odbiorcze całości terenu nr 4 i 5 z dnia 07.11.2014 r.), w postępowaniu prowadzonym w 2012 r. przez Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu (znak ZH-2710-07/11) został zgłoszony w ofercie Biura Obsługi Inwestycji 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, osoba odpowiedzialna za realizację umowy i kierownik prac saperskich w zależności od postępowania, kierowali pracami wykonawczymi po stronie firmy żony, zaś w następnym postępowaniu nadzorowali prace firmy żony z ramienia firmy męża. Reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest co najmniej dyskusyjna. W szczególności należy zwrócić uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm. Ponadto, współzależność, jaka występuje pomiędzy osobami na stanowiskach kierowniczych w wykonawstwie i nadzorze, występuje także pośród osób przewidzianych na stanowiskach saperów - pracowników fizycznych. Powtarzają się bowiem w ofercie wykonawczej złożonej na część I Jedwabno (*Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia* załączony do oferty został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) i w ofercie na nadzór (SPEC-MAJ xxxxx) oraz umowie na nadzór niektórzy pracownicy fizyczni: hhhhh i ppppp (oba w ofercie wykonawczej i ofercie na nadzór będącej załącznikiem do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r.), sssss, ggggg, eeeee, ooooo (wszyscy w ofercie wykonawczej i aneksie nr 3 z dnia 08.07.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. na nadzór).

Z kolei w zakresie części nr II Przasnysz (zakończonych zawarciem umowy nr SA-2710-UE-1/14, której integralną część stanowiła oferta wykonawcy BOI yyyyy), w *Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia* załączonym (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), załączonym do oferty ww. wykonawcy, na stanowisko kierownika prac saperskich przewidziano p. aaaaa i wskazano, że ma on doświadczenie jako „3 lata nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Jednocześnie p. aaaaa został także wskazany jako kierownik nadzoru prac w ofercie SPEC-MAJ xxxxx, stanowiącej załącznik do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r. Podobnie, wskazany w aneksie nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do ww. umowy na nadzór jako kierownik nadzoru prac pan nnnnn został wyznaczony w § 15 ust. 1 umowy wykonawczej nr SA-2710-UE-1/14 jako pracownik odpowiedzialny za realizację tej umowy. W toku prowadzonej

² Wykaz osób złożony w postępowaniu znak ZH-2710-07/11 stanowi załącznik do Informacji.

równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej (KD/23/16/DKUE) ujawniono także powiązanie odwrotne - pan bbbbb, który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej protokoły odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (tj. protokoły zdawczo-odbiorcze terenu z dnia 30.09 i 01.10.2014 r.), w postępowaniu prowadzonym w 2012 r. przez Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu (znak ZH-2710-07/11) został zgłoszony w ofercie Biura Obsługi Inwestycji 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 BOI³. Innymi słowy, kierownicy prac saperskich w zależności od postępowania, kierowali pracami wykonawczymi po stronie firmy żony, zaś w następnym postępowaniu nadzorowali prace firmy żony z ramienia firmy męża i na odwrót. Jak wskazano już wyżej, reguły doświadczenia życiowego nakazują w tym stanie faktycznym uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest wątpliwa. W szczególności należy zwrócić uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm. Ponadto, współzależność, jaka występuje pomiędzy osobami na stanowiskach kierowniczych w wykonawstwie i nadzorze, występuje także pośród osób przewidzianych na stanowiskach saperów - pracowników fizycznych. Powtarza się w ofercie wykonawczej i aneksie nr 2 z dnia 28.02.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. na nadzór pracownik fizyczny: fffff.

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. wykonawców⁴. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

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

³ vide - Wykaz osób złożony w postępowaniu znak ZH-2710-07/11.

⁴ Formularz ofertowy w postępowaniu na nadzór stanowi załącznik do Informacji.

charakterze merytorycznym i osobowym, gdyż osoba fizyczna (będąca jednocześnie przedsiębiorcą nadzorującym) jest odpowiedzialna za postępowanie z materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony.

Mając na uwadze powyższe okoliczności 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 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 zagroza 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 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, wyżej 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 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 Urzędu, co zostało wcześniej podkreślone – nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu naturalna w prawidłowych relacjach wykonawstwo-nadzór bariera informacyjna pomiędzy podmiotami i bezstronność formalna. Świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej, na ile małżonek może działać zachowując bezstronność, w sytuacji gdy działanie (lub zaniechanie) byłoby niekorzystne lub chociażby uciążliwe (finansowo, organizacyjnie) dla partnera (a w konsekwencji i dla niego także), ale również inne przejawy powiązań przedsiębiorstw. Niemożliwa do zbagatelizowania jest okoliczność, że niektóre dane 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. Co więcej, taka bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, a także zaistnienie więzi towarzyskich,

biznesowych i gospodarczych pomiędzy tymi podmiotami wprost wynika z pism Biura Obsługi Inwestycji yyyyy skierowanych do zamawiającego w trybie zapytań do specyfikacji z dnia 12. i 14.05.2014 r. Powiązania między obiema ww. firmami godzą w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagrażają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Za szczególną należy uznać okoliczność, że wymieniony z imienia i nazwiska pan 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. Nadmienić przy tym należy, że zamawiający jak wynika z treści pisma z dnia 23.07.2015 r. był świadomy ryzyka zaistnienia nieprawidłowości i zdecydował o wysłaniu własnych pracowników nadleśnictw na „stosowne szkolenia”, które miały posłużyć do rzetelnego dokonywania odbiorów prac od wykonawcy, Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. Zamawiający uznał zatem, że w jego interesie jest zapewnienie ze swojej strony także elementów nadzoru merytorycznego, a nie tylko formalnego nad realizacją zadania.

Konkludując, należy jeszcze się odnieść do niektórych argumentów zamawiającego wskazanych w piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23.07.2015 r. Nie jest prawdziwe stwierdzenie zamawiającego o składaniu przez obie strony (wykonawcę prac saperskich i podmiotu nadzorującego) oświadczenia o bezstronności. Niezależnie od okoliczności, że w ocenie Urzędu powyższe oświadczenie złożone przez podmiot nadzorujący ma w znacznej mierze fikcyjny charakter, to podkreślić należy, że wykonawca, Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy nie był zobowiązany do składania takiego oświadczenia. Potwierdza to zresztą wprost sam zamawiający w kolejnym piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 01.02.2016 r. Bez znaczenia dla powyższego naruszenia pozostaje także podniesiony przez zamawiającego argument nie pozostawiania w ustroju wspólności majątkowej przez panią yyyyy. Zarzuty Urzędu nie dotyczą bowiem *expressis verbis* kwestii przepływów finansowych pomiędzy małżonkami i związanej z tym odpowiedzialności każdego z małżonków – dotyczą natomiast zaistnienia tak silnych powiązań między podmiotami, które w szczególności wypaczyły sens podziału

zamówień na wykonawstwo i nadzór, wpłynęły na wycenę ryzyka przez firmę wykonawczą i zagraziły interesowi zamawiającego w należyтым wykonaniu 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, 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.