

WYROK

z dnia 1 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 lipca 2014 r.** przez wykonawcę **P.P.H. Telkaz Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonanych Prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów*

prowadzonym przez zamawiającego Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy SPEC – MAJ L..... M..... zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **P.P.H. Telkaz Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego P.P.H. Telkaz Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od odwołującego P.P.H. Telkaz Sp. z o.o. na rzecz zamawiającego Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 18 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy P.P.H. Telkaz sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę SPEC - MAJ L..... M..... pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. Art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) oraz art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę SPEC - MAJ L..... M..... z siedzibą w Oławie w sytuacji w której jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
3. Art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania firmę SPEC - MAJ L..... M..... w sytuacji w której wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowania dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia;
4. Art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień firmy SPEC - MAJ L..... M..... w sprawie „rażąco niskiej ceny” pomimo, że nie mogły one w całości zostać uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (ii) odrzucenia oferty złożonej przez firmę SPEC - MAJ L..... M..... oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania; (iii) odtajnienie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny udzielonych przez firmę SPEC – MAJ L..... M..... w części w której nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa; (iv) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 10 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku przedmiotowego postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez Pana L..... M..... prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą SPEC-MAJ L..... M..... (dalej: „Pan M.....”), a oferta Odwołującego sklasyfikowana została na drugim miejscu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.298.523,55 zł (kwota odczytana przed otwarciem ofert). Złożonych zostało 6 ofert z następującymi cenami:

- 1) Inżynierska Agencja Techniczna PIROline A..... J.... - cena oferty: 1.175.063,25 zł;
- 2) „GISAP” K..... G..... - cena oferty: 1.134.864,00 zł;
- 3) SAREGO MANAGMENT sp. z o.o, - cena oferty: 875.022,00 zł;
- 4) Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DIKAR” D..... K..... - cena oferty: 214.020,00 zł;
- 5) SPEC-MAJ L..... M.....- cena oferty: 97.469,70 zł;
- 6) P.P.H. TELKAZ sp. z o.o. - cena oferty: 210.822,00 zł.

Z powyższego wynika, że oferty trzech wykonawców (poz. 4, 5 i 6) były znacząco niższe od budżetu Zamawiającego, co w pełni uzasadniało skorzystanie przez Zamawiającego z dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp tj. wezwania wykonawców do udzielania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Po dokonaniu analizy złożonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia złożonych ofert, w tym oferty Pana M.....

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze cenę oferty Pana M..... stanowiącą jedynie 7,51% budżetu Zamawiającego i niższą od oferty Odwołującego (drugiej w kolejności) o ponad 100% Odwołujący stwierdza, że cena tej oferty jest rażąco niska, a Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny wyjaśnień udzielonych przez tego wykonawcę, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego zarzut zaferowania przez Pana M..... ceny rażąco niskiej znajduje potwierdzenie w sporządzonej przez Odwołującego kalkulacji kosztów wykonania zamówienia zawartej w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny jakie skierował on do Zamawiającego. Jak wynika z tych kalkulacji koszt wykonania zamówienia, przy uwzględnieniu wymagań SIWZ, wynosi 167.498,40 zł brutto.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób wadliwy, nierzetelny, ocenił wyjaśnienia udzielone przez Pana M....., a w ten sposób zmierza do powierzenia wykonania zamówienia wykonawcy, który uzyskuje zamówienie poprzez działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut ten jest szczególnie uzasadniony w świetle kolejnego zarzutu, opisanego poniżej.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Odwołujący wskazał, że istotą przedmiotowego zamówienia jest sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów wykonywanych przez cywilną firmę saperską (dalej „**WCFS**”). Odwołujący wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) do podstawowych obowiązków Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (dalej: „**JNPWP**”) tj. wykonawcy przedmiotowego zamówienia należy m.in.: (i) prowadzenie kontroli doraźnych na zlecenie Zamawiającego; (ii) udział w odbiorach częściowych i końcowych prac saperskich; (iii) kontrola dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu oraz kontrola jakościowa powierzchni oczyszczonej sapersko; (iv) przekazywanie raportów dot. realizacji umowy do Zamawiającego.

Już z samej istoty czynności kontrolnych wynika, że obowiązkiem prowadzącego kontrolę jest zachowanie bezstronności, obiektywizmu oraz unikanie konfliktu interesu. Wymagania te, w sposób oczywisty odnoszą się również do wykonawcy przedmiotowego zamówienia. Obowiązkiem JNPWP jest bowiem egzekwowanie od CFS wymagań związanych z realizacją zamówienia na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie. Podkreślić należy, że czynności wykonywane przez JNPWP, w sposób bezpośredni oddziaływać będą na sferę praw i obowiązków CFS, m.in. w zakresie: (i) możliwości otrzymania wynagrodzenia (odmowa odbioru wykonanych prac przez JNPWP skutkuje odmową wypłaty wynagrodzenia); (ii) konieczności ponownego oczyszczenia terenu (odmowa odbioru prac przez JNPWP skutkuje koniecznością ponownego oczyszczenia terenu); (iii) naliczania kar umownych; (iv) dotrzymania terminu wykonania zamówienia; (v) możliwości zrealizowania umowy (odmowy odbioru wykonanych prac skutkować mogą odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego). Odwołujący wskazał, że podmiotem w stosunku do którego wykonawca przedmiotowego zamówienia ma sprawować funkcje kontrolne jest Pani E..... O..... - M....., żona Pana L..... Ma....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji (zwana dalej „**Panią M.....**”), której oferta uznana została za

najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanym przez Zamawiającego w przedmiocie: „Rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów”.

W ocenie Odwołującego, powyższe oznacza, że aktualne działania Zamawiającego zmierzają do zlecenia Panu M..... prowadzenia kontroli prawidłowości prac realizowanych przez Panią M..... . Odwołujący stwierdza, że sytuacja ta jest niedopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „**uzna**”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W odniesieniu do działalności, której przedmiotem jest nadzór nad prawidłowością prac wykonywanych przez innego przedsiębiorcę uzasadnione jest stwierdzenie istnienia normy moralne i zwyczajowej, której treścią jest zagwarantowanie bezstronności podmiotu sprawującego nadzór.

Istotą tej normy jest nakaz unikania sytuacji w której pomiędzy kontrolującym, a kontrolowanym istnieją powiązania rodzinne, faktyczne, zarobkowe itp., które rodzą uzasadnione wątpliwości co do bezstronności podmiotu kontrolującego. Ponadto, zasadnicze znaczenie w przypadku sprawowania w interesie Zamawiającego czynności kontrolnych nad działaniami podmiotu kontrolowanego ma unikanie konfliktu interesów rozumianego jako kolizja interesu prywatnego i publicznego.

W ocenie Odwołującego nie może być mowy o uczciwej konkurencji w sytuacji w której Pan M..... dopuszczony jest do przetargu na kontrolę prawidłowości prac realizowanych przez swoją żonę tj. Panią M..... . W sposób oczywisty pojawia się tutaj zarzut, że działania Pana M..... nie będą cechowały się bezstronnością i obiektywizmem. Ponadto, działania JNPWP mają być podejmowane w interesie Zamawiającego tj. w interesie publicznym, a interes Zamawiającego może być w sposób naturalny w konflikcie z interesem wykonawcy zajmującego się rozpoznaniem i oczyszczeniem saperskim terenu. Skoro działania JNPWP mogą uderzyć w interes CFS, to oczywistym jest, w ocenie Odwołującego, wniosek o konflikcie poniższych interesów Pana M..... (JNPWP) tj.: (i) prywatnego, przejawiającego się tym, że w jego interesie, jako męża Pani M....., leży bezproblemowe wykonanie przez nią usług rozpoznania i oczyszczenia saperskiego, w tym:

maksymalne obniżenie przez nią kosztów wykonania zamówienia oraz uniknięcie zapłaty przez nią na rzecz Zamawiającego kar umownych z tytułu nienależytej realizacji zamówienia, z interesem; (ii) publicznym, przejawiającego się w tym, że jako jednostka nadzorująca prawidłowość wykonywanych prac zobowiązany jest on w imieniu Zamawiającego w sposób rzetelny i bezstronny kontrolować Panią M..... i egzekwować od niej wszelkie zobowiązania, które rodzić mogą po jej stronie straty finansowe wynikające m.in. z konieczności powtórzenia oczyszczenia saperskiego terenu, zapłaty kar umownych, odstąpienia od umowy.

W ocenie Odwołującego istnienie wskazywanych wyżej dobrych obyczajów obowiązujących w działalności gospodarczej obejmującej świadczenie usług nadzorczych nad prawidłowością prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego nie powinno być kwestionowane przez Zamawiającego, stąd zobowiązany jest on do przeciwdziałania sytuacji w której w prowadzonym przez niego postępowaniu jeden z wykonawców podejmuje działania (złożenie oferty) zagrażające innym konkurentom, a które są sprzeczne z dobrymi obyczajami.

W ocenie Odwołującego, potwierdzeniem istnienia tych norm w praktyce gospodarczej jest choćby treść notatki służbowej z dnia 11 grudnia 2013 r. ze spotkania podmiotów zaangażowanych w realizację projektu pn. „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych; popoligonowych i powojсковych zarządzanych przez PGL LP”, w tym Dyrektora Regionalnej Dyrekcji lasów Państwowych we Wrocławiu. Jak wynika z treści ww. notatki, w trakcie spotkania uzgodniono (pkt 4), że: „CKPŚ poinformuje firmę Spec-Maj L..... M..... o wyłączeniu tej firmy z nadzoru poprawności wykonywanych prac w sytuacjach, gdzie wykonawcą będzie firma jego żony”.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że o realizacji przez Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (w skrócie: „CKPŚ”) zaleceń wynikających z ww. notatki świadczy m.in. pismo CKPŚ z dnia 19 grudnia 2013 r. skierowane do Nadleśnictwa Borne Sulinowo w którym wskazano m.in. (pkt 6): „W obecnej chwili Nadleśnictwo Borne Sulinowo jest związane umową na Jednostkę Nadzorującą Prawidłowość Wykonania Prac z wykonawcą Spec-Maj L..... M..... . Zgodnie z informacją wynikającą z notatki służbowej ze spotkania w DGLP w dniu 11.12.2013 r. wykonawca ten będzie podlegał wyłączeniu z nadzoru poprawności wykonywanych prac w sytuacjach, gdzie wykonawcą prac będzie firma Jego żony. W takiej sytuacji koniecznym będzie wyłonienie innego wykonawcy zadania JNPWP”.

Niezależnie od tej okoliczności, odnosząc się do ewentualnego argumentu Zamawiającego o niezależności obu tych podmiotów Odwołujący, pragnie wykazać, że w okolicznościach faktycznych, wynikającej z dotychczasowej praktyki gospodarczej tych podmiotów, niezależność ta jest całkowicie fikcyjna.

Z dokumentu „lista obecności”, w trakcie otwarcia ofert w organizowanym przez tego samego Zamawiającego przetargu na „Rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów”, numer postępowania: ZP-2710-03/14, wynika, że uczestniczyli w nim razem Państwo M..... . Z kolei, w innym postępowaniu „wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów w Nadleśnictwie Okonek” (otwarcia ofert: 04.07.2014 r.), gdzie ofertę złożyła Pani M....., podczas otwarcia ofert obecny był Pan M....., co oznacza, że w tym przypadku reprezentował on firmę swojej żony.

Odwołujący wskazał również na praktykę, w której Państwo M..... korzystają z tym samych saperów, raz wykonujących czynności JNPWP, a raz CFS. Przykładem w tym zakresie jest osoba Pana J..... K....., który, w ramach tego samego Projektu, w Nadleśnictwie Borne Sulinowo wykonywał czynności sapera po stronie JNPWP (Pan M.....), a w Nadleśnictwie Przemków wykonywał czynności sapera po stronie CFS (Pani M.....).

Dodatkowym dowodem na brak rozdziału działalności wykonywanej przez Państwa M..... jest okoliczność w której Pan G..... M....., kolejny z saperów Pana M....., znajdujących się na liście Nadleśnictwa Borne Sulinowo, w trakcie otwarcia ofert na CFS w Nadleśnictwie Drygały, wprost wskazał, że reprezentuje Panią M.....

W ocenie Odwołującego, w świetle powyższych okoliczności złożenie oferty przez Pana M..... było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami. O kwalifikacji tego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji przesądza z kolei okoliczność w której bezpośrednio naruszyło ono interes innego przedsiębiorcy, w tym Odwołującego (porównaj: art. 3 ust. 1 u.z.n.k.), poprzez zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W okolicznościach faktycznych sprawy istnieje bowiem uzasadnione podejrzenie, że złożenie oferty przez Pana M..... w postępowaniu na JNPWP było skorelowane ze złożeniem oferty przez Panią M..... w postępowaniu na CFS, co umożliwiło zaoferowanie Panu M..... ceny rażąco niskiej, a tym samym wykluczenie konkurencji.

Uzasadniając powyższe, zauważyć należy, że w postępowaniu na CFS, Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia następujące kwoty:

- 2.170.471,45 zł - zadanie nr I;
- 2.266.308,56 zł - zadanie nr II.

Cena oferty Pani M....., w odniesieniu do ww. zadań wynosiła z kolei:

- 3.895.705,80 zł - zadanie nr I;
- 4.067.733,60 zł - zadanie nr III.

Z powyższego wynika, że cena oferty Pani M....., w obu zadaniach, była wyższa od szacunków Zamawiającego dokładnie o 79% (Zamawiający dokonał stosownych przesunięć budżetowych, a tym samym przekroczenie o 79% budżetu zamówienia nie stanowiło przeszkody do udzielenia zamówienia). Tymczasem, całkowicie odwrotna sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, gdzie z kolei cena oferty Pana M..... była aż o 92,49% niższa od budżetu Zamawiającego. Podkreślić należy, iż zakres usług wykonywanych przez JNPWP oraz CFS jest bardzo podobny, gdyż ich zasadniczym elementem jest praca sapera sprawdzającego teren za pomocą tych samych urządzeń. W tych okolicznościach zdziwienie budzi tak różny sposób kalkulacji kosztów usługi przez podmioty ściśle ze sobą powiązane. Uzasadnione jest zatem podejrzenie, że w okolicznościach w których oferta Pani M..... z ceną wyższą od szacunków Zamawiającego aż o 79% była najkorzystniejsza Pan M..... mógł pozwolić sobie na złożenie oferty z ceną znacznie niższą od minimalnych kosztów wykonania zamówienia.

Ponownie należy zatem stwierdzić, iż istnieje uzasadnione podejrzenie, że opisana powyżej sytuacja możliwa była na skutek nielegalnego porozumienia zawartego w tym zakresie przez Państwa M....., które polegało na skorelowaniu przez nich cen złożonych w odrębnych zamówieniach, jednak ściśle ze sobą powiązanych. Porozumienie to umożliwiło zaoferowanie bardzo niskiej ceny w przetargu na JNPWP, czego skutkiem było wyeliminowanie ofert konkurencyjnych wykonawców.

Zaoferowanie tak niskiej ceny, w połączeniu z wykazanim powyżej, ścisłym powiązaniem działalności prowadzonej przez Państwa M....., jest okolicznością tak niewiarygodną, że może być wyjaśniona jedynie faktem zawarcia nielegalnego, anty - konkurencyjnego porozumienia.

W okolicznościach sprawy, uzasadnione jest zatem przyjęcie domniemania faktycznego istnienia pomiędzy Państwem M..... nielegalnego porozumienia, którego celem było ograniczenie konkurencji.

Z uwagi na powyższe, zasadne jest przyjęcie, że złożenie oferty przez Pana M....., jako działanie sprzeczne z prawem, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty było bowiem sprzeczne z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z którego wynika, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Dodatkowo, w nawiązaniu do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, należy wskazać, że niewątpliwie okoliczność w której czynności nadzorcze Pan M..... ma realizować w stosunku do firmy Pani M..... stanowiła okoliczność uzasadniająca tak radykalne obniżenie ceny oferty, ale powstaje zasadnicze pytanie, czy ta okoliczność miała charakter obiektywny i czy tym samym uchylała zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnione zatem jest stwierdzenie, że uzyskanie zamówienia przez Panią M..... pozwoliło Panu M..... na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, co postawiło innych konkurencyjnych przedsiębiorców w nieporównywalnie gorszej sytuacji.

Oczywistym było, iż dopuszczenie do przedmiotowego przetargu Pana M..... spowoduje wykorzystanie przez niego sytuacji związanej ze ścisłym powiązaniem z CFS, co znalazło potwierdzenie w wynikach tego przetargu. Należy zatem stwierdzić, iż złożenie oferty przez Pana M..... było działaniem sprzecznym zarówno z prawem jak i z dobrymi obyczajami, które poprzez zaoferowanie ceny rażąco niskiej doprowadziło do naruszenia interesu innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że stosownie do SIWZ (pkt 1.2.2) Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji co najmniej 3 usług polegających na rozpoznaniu lub oczyszczeniu saperskim o łącznej powierzchni minimum 200 ha, z czego co najmniej 1 usługa wykonana została na powierzchni minimum 20ha.

Jak wynika z oferty Pana M..... wskazał on w swoim wykazie doświadczenia 4 usługi wykonane na rzecz różnych Nadleśnictw. Usługi te realizowane były jednakże w ramach 1 umowy zawartej z CKPŚ w przedmiocie wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego. Okoliczność ta

oznacza, że wykonawca wykazał się realizacją tylko 1 usługi, zamiast 3 usług wymaganych w warunku.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego, nie sposób przyjąć, aby treść wyjaśnień Pana M..... w całości stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy podejrzewać, że zawarte są w nich ogóle informacji dotyczące doświadczenia wykonawcy oraz zapewnienia o braku rażąco niskiej ceny. Tego rodzaju informacje nie mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S 092-161814 z dnia 14 maja 2014 r. (dalej „**Ogłoszenie o zamówieniu**”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) protokół z otwarcia ofert z dnia 23 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia wykonawców składających oferty w postępowaniu; (iv) protokół z badania ofert z dnia 24 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia braków w ofertach złożonych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie; (v) wezwanie do złożenia wyjaśnień przesłane do firmy SPEC – MAJ L..... M..... z dnia 25 maja 2014 r. oraz wyjaśnienia firmy SPEC – MAJ L..... M..... z dnia 1 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania do złożenia wyjaśnień oraz złożonych wyjaśnień; (vi) protokół z posiedzenia komisji w sprawie oceny wyjaśnień przedłożonych przez wykonawców i wybory oferty najkorzystniejszej z dnia 9 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (vii) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia wyborów oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego; (viii) protokół z postępowania z dnia 22 lipca 2014 r. na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (ix) formularz ofert złożony przez SPEC – MAJ L..... M..... na wykonanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu nr referencyjny JRP3/2710/013-1/12 na okoliczność wykazania cen jakie SPEC – MAJ L..... M..... oferowali w analogicznych postępowaniach oraz wykazania rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu; (x) wariant porównawczy ofert SPEC – MAJ L..... M..... dotyczący przetargów na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej prawidłowość wykonywanych prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu na

okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xi) protokół z otwarcia ofert z dnia 29 maja 2012 r. na wykonanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu nr referencyjny JRP3/2710/013-1/12 na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xii) opis przedmiotu zamówienia dotyczący postępowania pn. „Sprawdzanie i oczyszczanie terenu z przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych” wykonywanych w ramach Projektu LIKE12 NAT/PL/000031 na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xiii) ogłoszenie o unieważnienie przetargu pn. „Wykonywanie zadań Inspektora Nadzoru Prawidłowości Wykonywanych Prac Sprawdzania i Oczyszczania terenu z przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych” w projekcie LIFE12 NAT/PL/000031 na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xiv) formularz ofertowy E..... O..... – M..... w postępowaniu pn. Rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xv) zestawienie ofert złożonych przez E..... O..... –M..... na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xvi) protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla części zamówienia nr I w Nadleśnictwie Jedwabne, części zamówienia nr II – w Nadleśnictwie Przasnysz, części zamówienia nr III – w Nadleśnictwie Wipsowo – na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xvii) formularz oferty E.....O..... – M..... w postępowaniu pn. „Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla części zamówienia nr 1 – Nadleśnictwo Jedwabne” na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xviii) informacje pokontrolne w różnych postępowaniach na okoliczność wykazania czasu niezbędnego do wykonania kontroli; (xix) kalkulację kosztów wykonania zamówienia sporządzoną przez Odwołującego na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xx) opinię kancelarii prawnej S....., K..... & S..... z dnia 29 lipca 2014 r. na okoliczność wykazania, że złożenie oferty przez SPEC – MAJ L..... M..... stanowi czyn nieuczciwej konkurencji; (xxi) protokół otwarcia ofert z dnia 5 czerwca 2014 r. dotyczący postępowania pn. „Rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenów Nadleśnictwa Bolesławiec i Świątoszów” na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny; (xxii) pismo z dnia 5 sierpnia 2013 r. z Nadleśnictwa Borne Sulinowo na okoliczność wykazania SPEC – Maj L..... M..... nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia; (xxiii) informacje z Polskiego Centrum Certyfikacji na okoliczność wykazania, że SPEC – Maj L..... M..... oraz pani E..... O..... - M..... są powiązani organizacyjnie; (xxiv) opinię Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych z dnia 31 grudnia 2013 r., opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 lutego 2014 r., opinię Grupy Doradczej Sienna z grudnia 2013 r. na okoliczność wykazania braku podstaw do odrzucenia oferty SPEC – Maj L..... M..... jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji; (xxv) umowę z dnia 1 sierpnia 2012 r. zawartą pomiędzy Centrum Koordynacji

Projektów Środowiskowych oraz panem L..... M..... na okoliczność wykazania spełnienia przez pana L..... M..... warunków udziału w postępowaniu; (xxvi) Informację Pokontrolną z kontroli przeprowadzonej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej na okoliczność wykazania braku istnienia konfliktu interesów pomiędzy panem L..... M..... a panią E..... O..... – M.....

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieorganicznego postępowanie pn. „Wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywania Prac rozpoznawania i oczyszczania saperskich terenów w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świętoszów”. (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu)

Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 092-161814 w dniu 14 maja 2014 r. (dowód: Ogłoszenie o zamówieniu)

Zgodnie z Rozdziałem VIII, pkt II, ppkt 1 cena stanowiła jedynie kryterium oceny złożonych ofert, zaś ppkt 3 Zamawiający wskazał, że oferta zawierająca najniższą cenę brutto otrzyma 100 punktów (dowód: SIWZ).

Zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1.2.2 o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w realizacji co najmniej 3 usług polegających na rozpoznaniu lub oczyszczaniu saperskim terenu o łącznej powierzchni minimum 200 ha, z czego co najmniej 1 usługa wykonana została na powierzchni minimum 20 ha (dowód: SIWZ).

Zamawiający określił wysokość środków (wartość brutto) jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na kwotę 1.298.523,55 złotych (dowód: protokół z otwarcia oferta z dnia 23 czerwca 2014 r.)

W terminie składania oferta wpłynęło 6 ofert:

- a) Inżynierska Agencja Techniczna PIROline A..... J..... - cena oferty: 1.175.063,25 zł;
- b) „GISAP” K..... G..... - cena oferty: 1.134.864,00 zł;
- c) SAREGO MANAGMENT sp. z o.o, - cena oferty: 875.022,00 zł;

- d) Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „DIKAR” D..... K..... - cena oferty: 214.020,00 zł;
- e) SPEC-MAJ L..... M..... - cena oferty: 97.469,70 zł;
- f) P.P.H. TELKAZ sp. z o.o. - cena oferty: 210.822,00 zł.

(dowód: protokół z otwarcia oferta z dnia 23 czerwca 2014 r.).

Pismem z dnia 25 czerwca Zamawiający wystąpił do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 25 czerwca 2014 r.). Zamawiający otrzymał wyjaśnienia Przystępującego w dniu 2 lipca 2014 r. Treść wyjaśnień została utajniona przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. (dowód: pismo Przystępującego z dnia 1 lipca 2014 r.)

W dniu 9 lipca 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta Przystępującego była ofertą najtańszą i otrzymała 100 punktów. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim. Zamawiający uznała, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny były wiarygodne i nie budziły zastrzeżeń komisji przetargowej (dowód: protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 9 lipca 2014 r.)

Zamawiający w dniu 10 lipca 2014 r. poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty o wynikach postępowania (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 10 lipca 2014 r.).

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 21 lipca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę SPEC – MAJ L..... M..... (dalej „Przystępujący”). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.298.523,55 złotych brutto. Odwołujący zaoferował cenę najniższą za wykonanie zamówienia tj. 97.469,70 zł., zaś wykonawca Inżynierska Agencja Techniczna PIROline A..... J..... zaoferował cenę najwyższą za wykonanie zamówienia tj. 1.175.063,25 zł. Odwołujący zaoferował cenę 210.822,00 zł. Słusznie było więc wezwanie Zamawiającego wystosowane zarówno do Odwołującego jaki i Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zarówno bowiem cena Przystępującego jak i Odwołującego znacząco odbiegało od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Istota sporu sprowadzała się więc do rozstrzygnięcia przez Izbę czy w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego zostały wskazane obiektywne czynniki, które uzasadniały zaoferowanie ceny znacznie poniżej budżetu Zamawiającego.

Niewątpliwie w niniejszym postępowaniu odstępstwa procentowe ceny zaoferowanej przez Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia oraz do cen pozostałych ofert są znaczące. Cena zaoferowana przez Przystępującego stanowiła zaledwie 7.51% budżetu Zamawiającego i był niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego o 100%. Izba zauważa jednak, że to nie określone procentowo odstępstwo od szacunkowej wartości zamówienia czy też od średniej ceny złożonych ofert decyduje o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. Istotne jest bowiem ustalenie czy zaoferowana cena jest ceną nierealistyczną, za którą niemożliwe jest wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar

realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalających na wygenerowanie przez niego zysku. Odstępstwa procentowa mogą być jednym z czynników analizowanych w kontekście rażąco niskiej ceny lecz nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do przyjęcia, iż dany wykonawca zaoferował rażąco niską cenę.

W ocenie Izby, pomimo powyższych znaczących różnic procentowych, Przystępujący w sposób wiarygodny wskazał na obiektywne czynniki, które wpłynęły na wartość zaoferowanej przez niego ceny. Odwołujący zaś nie wykazał, że obiektywne czynniki przywołane przez Przystępującego są nierealistyczne lub nie są dostępne Przystępującemu.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia o charakterze usługowym, w którym znaczącą, jeśli nie przeważającą część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej, koszty dojazdu na miejsce wykonywania zamówienia oraz ewentualne koszty związane z nabyciem lub wynajęciem specjalistycznego sprzętu do wykonania zamówienia. Na okoliczności wskazał sam Zamawiający, który podkreślił, że z uwagi na fakt, iż zakres prac objętych zamówieniem jest bardzo specyficzny, to ich wycena jest mocno subiektywna i zależna od możliwości danego wykonawcy, które mogą się znacząco różnić w związku z posiadaniem doświadczeniem czy też posiadaniem narzędziami. Należy dalej zauważyć, że niewątpliwie do wykonania zamówienia wykonawcy muszą dysponować określonym specjalistycznym sprzętem. Jednakże nieuprawnione byłoby założenie, że każdy z wykonawców na potrzeby realizacji zamówienia będzie zmuszony do poniesienia kosztu nabycia lub wynajęcia sprzętu. Część wykonawców posiada zapewne w swoim zapleczu technicznym niezbędny sprzęt, a część będzie zmuszona bądź to do jego zakupu lub wynajmu, co w konsekwencji będzie zwiększać koszty oferty. Co do kosztów pracy, należy zauważyć, że koszt pracy człowieka zależy w relatywnie dużym stopniu od wykonawcy, przykładowo od rodzaju relacji łączących wykonawcę z pracownikami, usługodawcami, łatwiej też tutaj o większą swobodę w ustaleniu zróżnicowanych stawek wynagrodzenia. Koszt ten w znacznej mierze może więc być poddany optymalizacji, przez takie czy inne rozwiązania o charakterze organizacyjnym.

Po drugie należy stwierdzić, że zarówno oferta Przystępującego, jak i Odwołującego została wyceniona znacznie poniżej budżetu Zamawiającego. Jednakże, Izba wielokrotnie podkreślała, że sam fakt, iż cena zaoferowana przez wykonawcę odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia nie stanowi samodzielnej przesłanki do uznania, że jest one rażąco niska.

W zakresie relacji ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia, podzielić należy pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że *„Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest - z perspektywy wykonawcy - konkurowanie ceną. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców”*.

Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Szczególne może być to widoczne w szacowaniu przedmiotu zamówienia, które obejmuje swoim zakresem usługi składające się z pracy ludzkiej i kosztów dojazdu czy też kosztów związanych z posiadaniem odpowiednich narzędzi. Wysokość tych koszty jest pochodną indywidualnych możliwości danego wykonawcy, posiadanego zaplecza technicznego, doświadczenia, posiadanych kontaktów z odpowiednimi pracownikami i przebiegiem dotychczasowej współpracy. Koszt wyceny takich element cechuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Wyceniając przedmiot zamówienia, Zamawiający winien mieć na uwadze tę okoliczność. Zamawiający nie zna bowiem indywidualnych możliwości wykonawców i szacując wartość przedmiotu zamówienia musi uwzględnić wszystkie koszty składające się na wykonanie usługi, mimo, iż niektórzy wykonawcy nie będą ich ponosić ze względu na swoje indywidualne możliwości.

W związku z powyższym, w ocenie Izby fakt, iż oferta Przystępującego odbiegała znacząco od wartości szacunkowej zamówienia nie może stanowić podstawy do uznania, iż Przystępujący zaoferował rażąco niską cenę, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są usługi, których wycena przez poszczególnych wykonawców ma charakter bardzo subiektywny.

Drugim czynnikiem istotnym przy analizie rażąco niskiej ceny są ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. W tym zakresie, Przystępujący I Odwołujący wskazali, że zasadnicza różnica w cenach zaoferowanych przez Odwołującego i Przystępującego wynika z

odmiennych założeń przyjętych przez powyższych wykonawców przy obliczeniu ceny za wykonanie zamówienia tj.: (i) wydajności pracy sapera przy kontroli jakościowej na powierzchni obszarów oczyszczonych; oraz (ii) formy zatrudnienia osób wykonujących zamówienia.

Co do wydajności pracy sapera, Przystępujący wskazał, że przyjęty przez niego poziom wydajności pracy sapera tj. 1 saper x 1 dzień = 2 ha jest poziomem realistycznym. Przystępujący wskazał również, że przy poprzednich kontrolach sam Odwołujący osiągał wydajność na powyższym poziomie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył i nie przedstawił dowodów na wykazanie, że przyjęte przez Przystępującego założenie jest nierealne. Odwołujący wskazał co prawda, że przy przyjętym przez Przystępującego założeniu saper byłby zobowiązany do pracy 11h dziennie, co w jego ocenie jest nierealistyczne, lecz poza gołosłownymi twierdzeniami nie wykazał dlaczego taki wymóg jest nierealistyczny. Odwołujący podnosił jedynie, że saper nie jest w stanie przez 11 godzin chodzić po terenie leśnym ze specjalistycznym sprzętem. Jednakże jest to tylko subiektywna opinia Odwołującego niepoparta żadnymi dowodami. Odwołujący nie wskazał na jakieś specyficzne regulacje prawne, które regulowałyby czas pracy saperów podczas wykonywania funkcji kontrolnych czy też specyficzne wymagania Zamawiającego określone w SIWZ limitujące dzienny czas pracy saperów. Ponadto, skoro jak wskazał Przystępujący, pracownicy Odwołującego również osiągał wydajność 2 ha, to bezprzedmiotowym jest argument o nierealność przyjętego przez Przystępującego założenia.

Co do drugiego z założeń mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny tj. formy przyjętej współpracy z osobami wykonującymi zamówienia w imieniu Przystępującego, Odwołujący wskazywał, że ponieważ Przystępujący korzysta w umowy o dzieło, to w ten sposób jego oferta jest 40% tańsza, gdyż nie uwzględnia ona kosztów związanych z ZUS.

W tym zakresie należy w pierwszej kolejności wskazać, że w SIWZ Zamawiający nie wymagał podania przez wykonawców informacji o podstawie prawnej zatrudnienia pracowników z pomocą których będzie realizował zamówienie. Powyższe daje podstawy do twierdzenia, iż skoro Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku podania w ofercie informacji w przedmiocie podstawy zatrudnienia pracowników, oznacza to, iż w tym zakresie nie zamierzał weryfikować oferty, co tym samym prowadzi do wniosku, że pozostawił wykonawcom swobodę w przedmiotowym zakresie. Zdaniem Izby, brak sformułowania w SIWZ obowiązku w przedmiocie podstawy zatrudnienia przesądza, iż wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę czy też umowę zlecenia z treści SIWZ nie da się wywieść. W konsekwencji fakt, iż Przystępujący będzie wykonywał przedmiot zamówienia z pomocą osób z którymi zawarł umowę o dzieło, nie zaś umowę o pracę czy zlecenia pozostaje bez znaczenia dla ustalenia rażąco niskiej ceny. Umowa o dzieło jest dopuszczalną formą

współpracy w polskim systemie prawnym. To Przystępujący ponosi ryzyko, iż stosowana przez niego forma współpracy z osobami wykonującymi zamówienia może być zakwestionowana przez odpowiednie organy. Izba nie jest organem powołanym do badania legalności zatrudnienia osób u Przystępującego lecz do ocenienia wymagań treści SIWZ w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny. Skoro SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych regulacji, nie określała wymaganej formy współpracy pomiędzy wykonawcą, a jego pracownikami, to nieuprawnionym byłby na obecnym etapie postępowania wyciąganie wobec Przystępującego negatywnych konsekwencji z przyjętej przez niego formy współpracy z osobami wykonującymi zamówienie.

W konsekwencji Izba uznała, że powyższe założenia przyjęte przez Przystępującego nie były sprzeczne z treścią SIWZ ani też z przepisami ustawy Pzp i stanowiły obiektywne czynniki wpływające na wysokość zaoferowanej ceny przez Przystępującego.

W dalszej kolejności Izba zauważa, że Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do pozostałych czynników, które zostały wskazane przez Przystępującego w treści wyjaśnień z dnia 1 lipca 2014 r. mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał jedynie, że w wyjaśnieniach brak jest uwzględnienia kosztów amortyzacji. Przystępujący wyjaśnił jednak, że nie ma czego amortyzować, gdyż urządzenia z pomocą których realizuje zamówienia są jego własnością. Odwołujący wskazał ponadto, że w przedstawionych wyjaśnieniach brak jest odniesienia do pkt 6, 7, oraz 8 zawartych w jego kalkulacji. Jednakże, Odwołujący pomija zupełnie, że część tych zadań będzie wykonywał sam Przystępujący, a jego wynagrodzeniem za wykonanie tych usług będzie zysk z realizacji zamówienia. Po drugie, w ocenie Izby w treści wyjaśnień nie ma konieczności odnoszenia się do każdego indywidualnego wymagania określonego w treści SIWZ. Celem wyjaśnień jest wskazanie na elementy oferty mających wpływ na wysokość ceny tj. wskazanie istotnych okoliczności, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przystępujący na takie okoliczności wskazał. Poza wyżej omówionymi założeniami jakie były podstawą kalkulacji ceny Przystępującego, wskazał on dodatkowe czynniki wpływające na jego cenę: (i) jest już w posiadaniu niezbędnego sprzętu więc nie ponosi kosztu związanego z jego zakupem lub wynajmem; (ii) przyjęta wydajność pracy saperskiej jest realistyczna i pozwala na szybszą i bardziej wydajną realizację zamówienia; (iii) bliskość lokalizacji siedziby Przystępującego do terenu objętego nadzorem co obniża koszty; (iv) własne doświadczenie i wykonywanie części prac osobiście przez Przystępującego co redukuje koszty związane z koniecznością zatrudnienia dodatkowych specjalistów do wykonywania poszczególnych elementów zamówienia; (v) specyfika terenu objętego nadzorem oraz obecnie wykonywane zadania na rzecz nadleśnictwa umożliwiają Przystępującemu wykonanie podczas jednego wyjazdu kilku różnych czynności, co redukuje koszty. Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację

wynagrodzenia poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia, które to wynagrodzenie jest wyższe od oferowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby, okoliczności wskazane przez Przystępującego oraz obliczenia zawarte w wyjaśnieniach potwierdziły, że cena przez niego zaoferowane nie może być uznana za rażąco niską. Odwołujący zaś poza argumentami dotyczącymi nierealności założeń co do wydajności pracy saperów oraz przyjętej formy współpracy nie negował ani nie przedstawił żadnych dowodów i argumentacji na wykazanie, że czynniki wskazane przez Przystępującego nie uzasadniają ceny przez niego zaoferowanej.

W ocenie Izby, dowody przedłożone przez Odwołującego podczas rozprawy nie potwierdzają rażąco niskiej ceny. O powyższym nie świadczy dowód z dokumentów w postaci protokołu z otwarcia ofert w postępowaniu pn. „Rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów” oraz protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dotyczącego wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu dla Nadleśnictwa Przasnysz, Jedwabno i Wipsowo. Już sam fakt, iż przedmiot zamówienia w powyższych postępowaniach nie pokrywa się z przedmiotem postępowania ogłoszonego przez Zamawiającego powoduje, iż wartość dowodowa przedłożonych dokumentów jest ograniczona. Postępowania, na które powoływał się Odwołujący dotyczyły bowiem usługi rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów, nie zaś wykonywania zadań jednostki nadzorującej prawidłowość wykonywanych prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu. Odwołujący argumentował, że wykonywanie czynności nadzorczych, których dotyczy przedmiotowe postępowanie jest również wykonywane przez saperów, a więc wycena przyjęta za usługi saperskie w postępowaniach na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenów ma również zastosowanie do usługi nadzoru wykonywanych przez saperów. W ocenie Izby brak jest podstaw do zastosowania powyższej analogii. Odwołujący nie wykazał Izbie w żaden sposób, że charakter i zakres czynności wykonywanych przez saperów podczas nadzoru oraz podczas rozpoznania i oczyszczenia jest identyczny, co mogłoby uzasadniać przyjęcie podobnej ceny za usługi. Ponadto, już z samego nazewnictwa stosowanego przez Zamawiającego wynika, że usługi te są inne. O ile w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga jedynie wykonywania czynności nadzorczych, o tyle w postępowaniach, na które powołał się Odwołujący saper zobowiązany jest do wykonania rozpoznania terenu i oczyszczenia. Oczywistym jest, że zakres usług wpływa na przyjętą cenę za ich wykonanie. Skoro już z samego nazewnictwa wynika, że zakres usług jest inny, nie ma w ocenie Izby podstaw do stosowania jakiegokolwiek analogii co do ich wyceny. Dalej wskazać należy, że Odwołujący nie przedstawił Izbie opisu przedmiotu zamówienia dla powyższych postępowań na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenów, na podstawie których Izba mogłaby dokonać szczegółowej analizy zakresu świadczonych usług i porówna

je z zakresem usług jakie Zamawiający wymaga w przedmiotowym postępowaniu. Wobec braku całości dokumentacji oraz z uwagi na odmienny przedmiot zamówienia realizowany w ramach postępowań przywołanych przez Odwołującego, Izba uznała, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają zarzut Odwołującego.

Co do dowodu z dokumentów w postaci formularza ofert złożonego przez Przystępującego na wykonanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu nr referencyjny JRP3/2710/013-1/12 oraz protokołu z otwarcia ofert dla postępowania nr referencyjny JRP3/2710/013-1/12, Izba uznała, że dokumenty te również nie potwierdzają zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności, Izba zauważa, że Odwołujący nie przedłożył Izbie opisu przedmiotu zamówienia dla powyższego zamówienia, na podstawie którego Izba mogłaby ustalić na jakich zasadach winno być ono zrealizowane przez wykonawcę. Odwołujący złożył bowiem opis przedmiotu zamówienia na dla postępowania realizowanego w ramach Projektu LIFE12 NAT/PL/000031 oraz opis przedmiotu zamówienia na wykonanie prac rozpoznania i oczyszczana teren w nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów. Złożenie samego formularza oferty i protokołu jest wyrwaniem dokumentów z całego postępowania przetargowego i nie może stanowić podstawy do przyjęcia przez Izbę argumentacji Odwołującego, że skoro w innym postępowaniu Przystępujący zaoferował cenę znacznie wyższą, to uzasadnia to zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej w przedmiotowym postępowaniu. Wobec braku pełnej dokumentacji, Izba nie ma informacji o wymaganiach Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia oraz możliwości analizy ich wpływu na zaoferowaną przez Przystępującego cenę. Przystępujący wskazał podczas rozprawy, że różnice cenowe wynikały z faktu, iż postępowaniu przywołanym przez Odwołującego Zamawiający wymagał specjalistycznego sprzętu, który Przystępujący musiał wynająć, a w związku tym ponieść dodatkowe koszty, które zostały uwzględnione w cenie. Odwołujący zaś nie przedstawił dowodu przeciwnego. W konsekwencji, Izba uznała, iż powyższy dowód nie potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny. Podobnie dowód w postaci dokumentu sporządzonego przez Odwołującego – Wariant Porównawczy Ofert SPEC - Maj L..... M..... nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzut rażąco niskiej ceny. Kalkulacja ta stanowi wyłącznie zestawienie określonych cen, które wyrwane z całego kontekstu postępowania, jego warunków, w tym w szczególności wymagań Zamawiającego co do sposobu realizacji zamówienia, kadry, sprzętu nie może stanowić wiarygodnego dowodu na wykazanie nierealności ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Co do dowodu w postaci ogłoszenia o unieważnienie przetargu pn. „Wykonywanie zadań Inspektora Nadzoru Prawidłowości Wykonywanych Prac Sprawdzania i oczyszczania terenu z przedmiotów wybuchowych i niebezpiecznych” w projekcie LIFE12 NAT/PL/000031 oraz

opisu przedmiotu zamówienia dla powyższego zamówienia, Izba również uznała, że dokumenty te nie potwierdzają zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący złożył Izbie powyższe dokumenty argumentując, że w analogicznym postępowaniu Przystępujący zaoferował cenę o wiele wyższą niż w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność ta jest bezsporna. Jedną sam fakt zaoferowania cenny innej niż w obecnym postępowaniu nie potwierdza rażąco niskiej ceny. Odwołujący pomija zupełnie okoliczność, że cena zaoferowana przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu była niższa z powodu konkretnych okoliczności, na które wskazał Przystępujący w treści swoich wyjaśnień. Być może czynniki te nie mają zastosowania w postępowaniu przywołanym przez Odwołującego co znalazło odzwierciedlenie w wyższej cenie zaproponowanej przez Przystępującego. Niezasadnym byłoby przyjęcie przez Izbę tezy Odwołującego, że o rażąco niskiej cenie świadczy fakt, iż w innym postępowaniu Przystępujący zaoferował cenę o wiele wyższą za analogiczne usługi. Odwołujący nie wykazał bowiem w żaden sposób, że warunki wykonania obu zamówień są identyczne oraz że Przystępujący korzystał z tym samych sprzyjających okoliczności na które powoływał się w obecnym postępowaniu.

Przedłożony przez Odwołującego dowód w postaci szacunkowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia może być wyłącznie traktowany jako subiektywna opinia Odwołującego dotycząca wyceny poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia, nie zaś jako wiarygodny dowód na wykazanie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wskazał na żadne dane źródłowe, które stanowiły podstawę do wyceny poszczególnych elementów składających się na realizację zamówienia. Co więcej jak zostało wyżej wskazane przez Izbę, wycena prac objętych przedmiotowym zamówieniem ma charakter bardzo subiektywny z uwagi, iż składają się na nią w zasadniczej części koszty pracy ludzkiej oraz koszty dojazdu. Różnice cenowe w tym zakresie mogą być znaczące z uwagi na fakt, iż każdemu z wykonawców Zamawiający zezwolił na pełną swobodę doboru formy współpracy. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów, które pozwalałyby Izbie na przyjęcia, iż przedstawiana przez Odwołującego kalkulacja jest właściwa i poprawna, a przyjętą przez Przystępującego wycenę zaproponowaną w ofercie oraz w wyjaśnieniach z dnia 1 lipca 2014 r. należy uznać za niewłaściwą i uzasadniającą zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Pozostałe dowody przedłożone przez Odwołującego na potwierdzenie zarzutu rażąco niskiej ceny Izba uznała za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Zmowa przetargowa

W ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił istnienia zmowy przetargowej pomiędzy Przystępującym a panią E..... O..... – M..... . Odwołujący argumentował, iż zmowa przetargowa winna być uznana na podstawie domniemania faktycznego, którego podstawą stanowią następujące okoliczności: dotychczas stosowane ceny przez Przystępującego, ceny rynkowe oraz powiązania rodzinne i organizacyjne. Odwołujący argumentował również, że istniało porozumienie pomiędzy Przystępującym a panią E..... O..... – M..... . Małżeństwo to miałyby bowiem ustalić, że pani E..... O..... – M..... złoży w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczanie saperskich terenów w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów ofertę, której wartość w znacznym stopniu przekroczyła wartość budżetu Zamawiającego, co umożliwiło panu L..... M..... złożenie w przedmiotowym postępowaniu oferty o 92,49% niższej od budżetu Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „**ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**”).

Art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców i przedsiębiorców będących organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie prac i ceny („**zmowa przetargowa**”). Działanie takie mieści się, w ocenie Izby, w dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stanowi tym samym czyn nieuczciwej konkurencji stanowiący podstawę do odrzucenia oferty.

Wykazanie zmowy przetargowej jest niezmiernie trudne pod względem dowodowym. Oczywistym jest, że przedsiębiorcy dopuszczający się zmowy przetargowej mając pełną świadomość nielegalności takich działań, czynią to w sposób dyskrecjonalny, z reguły nie tworząc żadnych pisemnych dokumentów. Dlatego też istnienie zmowy przetargowej winno być oceniane przez pryzmat szerszego spojrzenia, oceniając całość towarzyszących okoliczności. Zamawiający przed odrzuceniem oferty winien w pierwszej kolejności

odpowiedzieć na pytanie czy z całokształtu okoliczności towarzyszących złożonej ofercie zachowanie danego wykonawcy może uprawdopodobniać istnienia zmywy przetargowej. Należy jednocześnie zaznaczyć, że niezasadne jest stanowisko Przystępującego o braku możliwości istnienia zmywy przetargowej, w sytuacji, gdy Państwo M..... złożyli oferty w dwóch różnych postępowaniach. W ocenie Izby, o zmywie przetargowej pomiędzy określonymi przedsiębiorcami można mówić również w przypadku, gdy wykonawcy zawierają pomiędzy sobą nieoficjalne porozumienie, w którym uzgadniają, że każdy z nich będzie brał udział w określonych przetargach lub też w przypadku uzgodnień pomiędzy wykonawcami, że w przetargach, w których będą składać oferty nie zejną poniżej ustalonych między nimi cenami.

W ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił, że pomiędzy Państwem M..... istniało porozumienie (czy to w zakresie cen oferowanych w poszczególnych przetargach, czy też uzgodnienia kto będzie brał udział w jakich przetargach i na jakich zasadach). Uznając brak istnienia zmywy przetargowej pomiędzy panem L..... M..... a panią E..... O..... – M....., Izba uznała po pierwsze, że sam fakt, iż Państwo M..... pozostają ze sobą w związku małżeńskim nie stanowi dowodu istnienia porozumienia anty-konkurencyjnego. Słusznie w tym zakresie jest stanowisko Przystępującego oraz Zamawiającego, że żaden z przepisów nie zabrania swobodnego i nieskrępowanego prowadzenia działalności gospodarczej i składania ofert w postępowaniach przetargowych przez małżonków. Zasada swobody działalności gospodarczej ma źródło już w Konstytucji (art. 22), jej ograniczenia wynikać mogą jedynie z ustawy i tylko z uwagi na ważny interes publiczny. Zgodnie zaś z art. 6 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1809 z późn. zm.) podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami. Ustawa Pzp nie zakazuje składania ofert przez małżonków w dwóch różnych postępowaniach przetargowych.

Po drugie, okoliczność złożenie oferty przez panią M..... w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczanie terenów saperskich z ceną znaczenie przewyższającą budżet Zamawiającego, aby w ten sposób umożliwić panu M..... zaoferowanie ceny o wiele niższej niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia na usługi nadzorcze również w ocenie Izby nie stanowi podstawy do przyjęcia zmywy przetargowej pomiędzy Państwem M..... . Odwołujący nie wskazał bowiem ani nie przedstawił żadnych dowodów, z których wynikałoby, że pani M..... posiadała w momencie składania swojej oferty informację, że Zamawiający zwiększył kwotę budżetu na realizację zamówienia. Zasadnym jest zatem przyjęcie, że składając ofertę liczyła się z ryzykiem

unieważnienia postępowania przez Zamawiającego i brakiem możliwości uzyskania zamówienia. Izba nie widzi więc podstaw do przyjęcia, że na etapie pierwszego postępowania istniała już zмова przetargowa pomiędzy małżonkami, w której uzgodnili oni ceny jakie zaoferują w postępowaniu na usługę rozpoznania i oczyszczania terenu oraz na usługę nadzoru. W celu wykazania istnienia zmowy przetargowej Odwołujący musiałby uprawdopodobnić, że Zamawiający również był uczestnikiem porozumienia z Państwem M..... i przekazał im informację o możliwości zwiększenia budżetu na realizację zamówienia na rozpoznani i oczyszczenia saperskie terenów. Tylko w takiej sytuacji Państwo M..... mogliby uzgodnić ceny w przetargach. Znając ostateczne kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu, Pani M..... miałaby możliwość wygórowanie ceny w swojej ofercie, aby umożliwić, na co wskazywał Odwołujący, złożenie oferty z niższą ceną swojemu małżonkowi.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia istnienia zmowy przetargowej pomiędzy Państwem M..... na podstawie domniemania faktycznego, na które wskazał Odwołujący. Podstawą domniemania faktycznego wskazaną przez Odwołującego miały być fakt istnienia powiązań rodzinnych, fakt skorelowania cen pomiędzy małżonkami w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenów oraz na usługę nadzoru, fakt dotychczas oferowanych cen przez Przystępującego w innych postępowaniach oraz cen rynkowych oraz fakt istnienia ścisłych powiązań organizacyjnych pomiędzy Przystępującym a jego małżonką. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Izba może oprzeć swoje rozstrzygnięcie w oparciu o domniemanie faktyczne tylko wówczas, gdy domniemanie stanowi wniosek logiczny wynikający z prawidłowo ustalonych faktów stanowiących jego przesłanki. Innymi słowy, na podstawie ustalenia jednych faktów, Izba może wnioskować o istnieniu innych faktów. Jednakże należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał prawdziwości faktów stanowiących podstawę domniemania faktycznego. Po pierwsze, jak zostało wskazane powyższej nie została udowodniona okoliczność skorelowania cen pomiędzy małżonkami w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenów oraz na usługę nadzór. Były to dwa odrębne postępowania. Składając ofertę w postępowaniu na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenów pani O..... – M..... nie miała żadnej gwarancji, że Zamawiający zwiększy swój budżet na realizację zamówienia do kwoty oferowanej przez nią w ofercie, zaś Odwołujący nie zarzucił, że uczestnikiem zmowy przetargowej był również Zamawiający, który mógłby przekazał Pani O..... - M..... taką informację przed złożeniem oferty. Po drugie, kolejna okoliczność stanowiąca podstawę domniemania faktycznego tj. dotychczas oferowane ceny przez Przystępującego w innych postępowaniach oraz ceny rynkowych nie może stanowić w ocenie Izby podstawy do

przyjęcia istnienia zmywy przetargowej. Do istnienia zmywy przetargowej konieczne jest wykazanie istnienia porozumienia pomiędzy co najmniej dwoma przedsiębiorcami. Sam fakt oferowania przez Przystępującego w innym postępowaniach cen różniących się od cen zaofertowanych w przedmiotowym postępowaniu nie może stanowić podstawy do przyjęcia domniemania faktycznego o istnieniu zmywy przetargowej. Co najwyżej, okoliczność ta może być analizowana w kontekście rażąco niskiej ceny. Po trzecie, Odwołujący wskazał na ściśle powiązani organizacyjne. Na tę okoliczność przedstawił dowód w postaci informacji z Polskiego Centrum Certyfikacji PCC – CERT Sp. z o.o. z dnia 18.07.2014 r. oraz protokół z zebrania Zarządu Stowarzyszenia Cywilnych Saperów z dnia 22 sierpnia 2008 r. oraz 17 grudnia 2010 r., w którym uczestniczyli Państwo M..... . W ocenie Izby powyższe dowody nie potwierdzają w żaden sposób istnienia ścisłych powiązań organizacyjnych pomiędzy Państwem M..... . Fakt wspólnego uczestnictwa w zebraniach jest naturalną konsekwencją tego, iż małżonkowie prowadzą podobną działalność. Kierując się logiką Odwołującego należałoby uznać, że fakt uczestnictwa dwóch przedsiębiorców w zebraniu danej organizacji świadczy o istnieniu pomiędzy nimi ścisłych powiązań organizacyjnych. Co do drugiego dowodu, również nie potwierdza on ścisłych powiązań organizacyjnych. W treści przedłożonego pisma wynika, że małżonkowie mają wydane odrębne certyfikaty. Stwierdzenie, że certyfikacja została przeprowadzona na podstawie porozumienia może jedynie świadczyć o współpracy pomiędzy Państwem M..... . Współpraca taka jest powszechna w obrocie gospodarczym, ułatwia przedsiębiorcom działalność, obniża koszty, a wywodzenie przez Odwołującego z tej okoliczności istnienia ścisłych powiązań organizacyjnych jest nieuprawnione. Ponadto należy zauważyć, że fakt istnienia powiązań organizacyjnych nie uzasadnia w ocenie Izby przyjęcia domniemania faktycznego o istnieniu zmywy przetargowej. Współpraca przedsiębiorców z określonej branży gospodarczej jest rzeczą naturalną. Tym bardziej współpraca małżonków prowadzących działalność gospodarczą w tej samej branży jest czym oczywistym i naturalnym, jednakże nie świadczy ona o istnieniu zmywy przetargowej.

Po czwarte, fakt istnienia powiązań rodzinnych był okolicznością bezsporną pomiędzy stronami. Jednakże Izba nie widzi podstaw do przyjęcia domniemania faktycznego o zmywie przetargowej pomiędzy Państwem M..... tylko na podstawie faktu, że pozostają oni w związku małżeńskim. Pozostawałoby to w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Podobne stanowisko wyraził Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w opinii przedłożonej przez Zamawiającego z dnia 14 lutego 2014 r., gdzie zostało stwierdzone, że sam fakt, iż w dwóch odrębnych przedmiotowo postępowaniach wygrali przedsiębiorcy ze sobą powiązani samo w sobie nie stanowi dowodu istnienia porozumienia anty-konkurencyjnego.

Wobec powyższego, w ocenie Izby zarzut zмовы przetargowej nie potwierdził się.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Izba nie znalazł również podstaw do przyjęcia, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący argumentował, że Przystępujący będzie wykonywał funkcje kontrolne wobec swojej małżonki, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Odwołującego uzasadnione jest stwierdzenie istnienia normy moralnej, zwyczajowej, której treścią jest zagwarantowanie bezstronności podmiotu sprawującego nadzór. Odwołujący przedłożył opinię kancelarii S....., K..... & S..... z dnia 29 lipca 2014 r. na poparcie swojego zarzut. W opinii tej zawarty jest wniosek, że złożenie przez oferenta oferty na sprawowanie nadzoru nad prawidłowością wykonywanych prac przez małżonka tego oferenta jest bezprawne i sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innych przedsiębiorców i stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności, Izba zauważa, że Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zadaniem Izby było więc ustalenie czy w okolicznościach faktycznych wskazanych przez Odwołującego słuszne jest przyjęcie naruszenia przez Zamawiającego powyższych przepisów. Należy w pierwszej kolejności zauważyć, że art. 3 ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jedną z przesłanek koniecznych do zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest więc wykazanie, iż istnieje zagrożenie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy. Co istotne, podkreśla się w literaturze przedmiotu, iż zagrożenie to 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 takiej dokonuje Izba, stosując kryteria obiektywne.

W niniejszym postępowaniu Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanki koniecznej do uznania czynu Przystępującego za czyn nieuczciwej konkurencji tj. nie wykazał realnego zagrożenia interesów Zamawiającego w sytuacji, gdy Przystępujący będzie wykonywał funkcje kontrolne nad prawidłowością prac wykonywanych przez jego małżonkę. Należy bowiem zauważyć, że zarówno Przystępujący jak i jego małżonką będą

wykonywać swoje funkcje na podstawie dwóch różnych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Każde z nich ponosi indywidualną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową. Z tytułu niewłaściwego wykonania prac, oboje ponoszą indywidualne ryzyko zapłaty kar umownych. To Zamawiający decyduje o wypłacie wynagrodzenia za prawidłowe wykonanie prac objętych umowami, osobno w stosunku do każdego z małżonków. Umowa o zamówienie publiczne reguluje w tym zakresie szczegółowo zakres praw i obowiązków zarówno Przystępującego jak i jego małżonki.

W ocenie Izby rozważania zawarte w przedłożonej przez Odwołującego opinii prawnej oraz wskazanie w treści odwołania mają czysto teoretyczny charakter i sprowadzają się do interpretacji mogących mieć zastosowanie przepisów prawa. Realne zagrożenia interesów Zamawiającego Odwołujący upatruje w możliwości odmowy złożenia zeznań oraz w okoliczności, iż obowiązek zapłaty kary umownej może mieć wpływ na sytuację rodzinną Państwa M..... oraz w tym, iż doświadczenie życiowe nakazuje domniemywać, że w razie konfliktu Przystępujący zawsze będzie działał w interesie swojej rodziny. Odwołujący wskazał również, że zagrożenie interesów Zamawiającego upatruje w tym, iż z powodu istniejących relacji rodzinnych pomiędzy Państwem M....., Przystępujący nie wykona swoich obowiązków w sposób rzetelny i bezstronny. W ocenie Izby przywołane okoliczności nie dają Izbie podstawy do przyjęcia, iż istnieje realne ryzyko zagrożenia interesów Zamawiającego. Wskazane przez Odwołującego ryzyka mają czysto teoretyczny charakter. Jak słusznie wskazał Przystępujący zeznania stron postępowania to dowód ostateczny na wykazanie nienależytego spełnienia świadczenia, a Zamawiający ma prawo korzystać ze wszelkich dostępnych środków dowodowych. Podobnie trudno mówić o ryzyku odmowy zapłacenia kary umownej z powodu negatywnego wpływu na sytuację rodzinną. Odwołujący nie znając sytuacji rodzinnej Przystępującego nie może realnie określić ryzyka związanego z zapłatą kar umownych. Poza tym, przyjmowanie a priori, iż Przystępujący niewykonana należycie zamówienia, co uzasadnia realne zagrożenie interesów Zamawiającego nie jest w ocenie Izby zasadne. Jak wskazał Przystępujący i potwierdził również Zamawiający składając Informację Pokontrolną z kontroli przeprowadzonej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska Gospodarki Wodnej, wszystkie prace nadzorcze wykonane dotychczas przez Przystępującego wobec małżonki zostały wykonane prawidłowo i należycie. Jest to obiektywny czynnik wskazujący na brak istnienia realnego zagrożenia interesów Zamawiającego. Ponadto, Izba uznała za słuszne stanowisko przedstawione w przedłożonej przez Zamawiającego opinii Grupy Doradczej Sienna (grudzień 2013 r.) stwierdzające, iż stawianie tezy o czynie nieuczciwej konkurencji polegającym na ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawczego nad którym nadzór pełniła będzie osoba pozostająca w

stosunkach prawnych i faktycznych, które mogą budzić wątpliwości co do jej bezstronności, jest tezą stawianą „na wyrost”. Powodowałby to, że sama obawa o niezachowanie zasad bezstronności, bez dowodów na potwierdzenie tych okoliczności, byłaby wystarczająca do uniemożliwienia podmiotom występującym na rynku do ubiegania się o zamówienie. Działanie takie stanowiłoby nieuprawnione ograniczenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec uznania przez Izbę braku wykazania realnego zagrożenia interesów Zamawiającego jako przesłani koniecznej do uznania złożenia oferty Przystępującego za czyn nieuczciwej konkurencji, bezcelowym w ocenie Izby jest dokonywanie analizy czy złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło naruszenie prawa oraz dobrych obyczajów, gdyż nawet przyjmując, że takie naruszenie prawa oraz dobrych obyczajów miało miejsce, Izba nie będzie miała podstaw do przyjęcia naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp

Dla rozstrzygnięcia powyższego zarzutu Odwołującego kluczowe znaczenie miała czynność Przystępującego dokonana podczas rozprawy. Przystępujący udostępnił bowiem Odwołującemu treść wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych Zamawiającemu

Powyższa sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym. Dysponentem tajemnicy przedsiębiorstwa jest przedsiębiorca. Skoro poprzez swoje działanie udostępnia dokument poprzednio zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, to należy uznać, że dokument ten utracił walor tajnego i nie jest uznawany przez przedsiębiorcę za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Orzekanie w zakresie już nieistniejącego przedmiotu sporu byłoby, w ocenie Izby, naruszeniem ratio legis ustawy Pzp i stałoby w sprzeczności z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Pzp. Izba dokonuje bowiem oceny mając na uwadze stan sprawy istniejący w chwili orzekania czyli istniejące w chwili orzekania okoliczności faktyczne i prawne. W ocenie Izby, w przypadku odtajnienia przez Przystępującego treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, okoliczność sporna straciła przymiot sporności i stała się okolicznością bezsporną. W związku z tym bezprzedmiotowe stało się rozpatrzenie zarzutu podniesionego przez Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale IV, pkt 1.2.2 tj. nie wykazał, iż legitymuje się doświadczeniem w realizacji co najmniej 3 usług polegających na rozpoznaniu lub oczyszczaniu saperskim terenu o łącznej powierzchni minimum 200 ha, z czego co najmniej 1 usługa wykonana została na powierzchni minimum 20 ha. W ocenie Odwołującego usługi wskazane przez Przystępującego wykonane zostały w ramach jednej umowy, co oznacza, że Przystępujący wykonał jedną usługę w ramach powyższej umowy, która obejmowała obszar 48 nadleśnictw.

W pierwszej kolejności Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego wskazujący, iż 1 usługa winna być utożsamiana z 1 umową. Przystępujący winien więc wykazać się realizacją trzech umów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba zauważa jednak, że SIWZ w sposób jednoznaczny określa, że wykonawcy mają wykazać się doświadczeniem w realizacji 3 usług polegających na rozpoznaniu lub oczyszczaniu saperskim terenu o łącznej powierzchni minimum 200 ha, z czego co najmniej 1 usługa wykonana została na powierzchni minimum 20 ha. Okoliczność czy usługi te zostały wykonane w ramach jednej umowy czy w ramach 3 odrębnych umów jest bez znaczenia na rozstrzygnięcia zarzutu. W SIWZ brak jest bowiem jakichkolwiek zapisów co do formy w jakiej wykonawcy winni wykonać usługi. Zamawiający nie wskazał, iż wymaga, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w realizacji co najmniej 3 umów, które swoim zakresem obejmowały usługę rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu.

Po drugie, z umowy przedłożonej przez Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2012 r., wynika co prawda, że stroną umowy jest Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych, jednakże centrum to działa w imieniu i na rzecz Płatników czyli 48 nadleśnictw czyli występuje jako pełnomocnik nadleśnictw. Co więcej, zgodnie z postanowieniami w/w umowy, dla każdego z 48 nadleśnictw Przystępujący był zobowiązany przygotować indywidualną metodykę prac saperskich, data rozpoczęcia usługi była indywidualnie wskazywana przez każde z nadleśnictw, wybór powierzchni podlegający kontroli był określony indywidualnie przez każde z nadleśnictw, każde z nadleśnictw indywidualnie odbierało pracę wykonane przez Przystępującego i to każde z nadleśnictw dokonywało indywidualne płatności za wykonanie usługi. W ocenie Izby powyższe okoliczności świadczą o tym, że choć Przystępujący podpisał jedną umowę z Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych, to w ramach umowy wykonane były 48 odrębne usługi na rzecz każdego nadleśnictwa. Gdyby strony

umowy traktowały działania Przystępującego w ramach powyższej umowy, jako jedną usługę, to nie byłoby potrzeby przygotowania żadnych indywidualnej dokumentacji dla poszczególnych nadleśnictw.

Po trzecie, Odwołujący podnosił, że jedynie w §10 umowy strony posłużyły się określeniem „protokół odbioru usługi”, czego nie czynią w pozostałej części umowy. Wskazuje to w ocenie Odwołującego, że przedmiotem umowy były wykonanie jednej usługi. Izba nie popiera stanowiska Odwołującego. Wskazać bowiem należy, że §4 umowy określał zakres obowiązków Przystępującego. Z paragrafu tego wynika, że obowiązki te winny być wykonane w każdym z 48 nadleśnictw, jednakże w każdym z tych nadleśnictw podjęcie czynności przez Przystępującego było poprzedzone przygotowaniem przez niego metodyki prowadzenia działań rozpoznania i oczyszczania saperskiego. Uzasadnia to więc stanowisko Przystępującego, iż w każdym w nadleśnictw została wykonana odrębna usługa, na podstawie odrębnej metodyki. Posłużenie się przez strony w §10 umowy pojęciem indywidualnej usługi potwierdza jedynie w ocenie Izby, że strony traktowały realizację zadań wynikających z umowy jako 48 odrębnych usług. Fakt, że obowiązek ich wykonania przez Przystępującego wynikał z jednej umowy jest w ocenie Izby bez znaczenia w świetle postanowień SIWZ.

Dowód przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma Nadleśnictwa Borne Sulinowo z dnia 5 sierpnia 2013 r. na potwierdzenie powyższego zarzut nie potwierdza go i nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia Izby. Informacje jakie zwarte są w przywołanym piśmie wynikają z samej umowy przedłożonej przez Zamawiającego tj. że stroną umowy było Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych oraz, że nadleśnictwa były płatnikami. Okoliczność, że tylko stronom umowy przysługuje prawo jej zmiany znajduje również odzwierciedlenie w treści umowy. Jednakże w ocenie Izby okoliczność ta nie zaprzecza tezie, iż na podstawie umowy zostały wykonane odrębne usługi na rzecz każdego z nadleśnictw. Izba podkreśla jeszcze raz, iż wykonawca miał wykazać się doświadczeniem w realizacji trzech usług, nie zaś trzech umów. W ocenie Izby, w powodów wyżej wskazanych, w ramach kwestionowanej umowy Przystępujący wykonał odrębne usługi na rzecz każdego z nadleśnictw.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: