

Sygn. akt: KIO/KD 28/16

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 6 maja 2016 r.**

Po rozpoznaniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”
Nadleśnictwo Brzeziny, ul. Główna 3, Kaletnik
95 - 040 Koluszki**

dotyczących „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” (znak: KD/25/16/DKUE) z dnia 28 marca 2016 r. w przedmiocie zamówienia na wykonanie „Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego na terenie Nadleśnictwa Brzeziny”.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Luiza Łamejko
	Lubomira Matczuk-Mazuś

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 28 marca 2016 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedstawione Krajowej Izbie Odwoławczej do zaopiniowania zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone zostały w związku z przeprowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrolą doraźną następczą w przedmiocie zamówienia na „Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego na terenie Nadleśnictwa Brzeziny”.

O wynikach przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, tj. Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe” Nadleśnictwo Brzeziny pismem z dnia 28 marca 2016 r. (znak: KD/25/16/DKUE), przesyłając Informację o wyniku kontroli.

W przesłanej Zamawiającemu Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, co następuje:

Na podstawie dokumentacji ustalono, że zamówienie na *Wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego na terenie Nadleśnictwa Brzeziny* będące przedmiotem 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. 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 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* w dniu 01.08.2012 r. została zawarta umowa nr 2710/013-1- 1/12 z wykonawcą SPEC-MAJ xxxxx z siedzibą w Oławie przy ul. xxxxx. Termin realizacji umowy określono „do dnia 01.10.2015 r.”

W ramach zawartej umowy wykonawca był zobowiązany do wykonywania zadań Jednostki Nadzorującej Prawdliwość 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 Nadleśnictwa Brzeziny. W § 4 ust. 1 ww. umowy zostały określone szczegółowe zadania wykonawcy, w tym m.in. weryfikacja przygotowanych przez CFS (cywilne firmy saperskie) Metodyk prac saperskich, udział w udostępnieniu terenu CFS w każdym z 48 nadleśnictw, prowadzenie kontroli doraźnych na zlecenie zamawiającego, 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, 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, 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, raportowanie i przekazywanie dokumentów do zamawiającego i nadleśnictw. W umowie określono również (§ 9 ust. 1 ww. umowy), że p. xxxxx jest pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy.

Ustalono również, że w kontrolowanym postępowaniu jedyna oferta została złożona przez wykonawcę: yyyyy działająca pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. Umowa na realizację zamówienia została zawarta w dniu 04.12.2014 r. W § 17 ust. 1 ww. umowy wskazano, że „wykonawca po zakończeniu prac (tj. całkowitym zakończeniu, ale także zakończeniu części prac, za który zamierza wystawić faktury) zgłasza gotowość do przeprowadzenia na danym terenie weryfikacji jakości przeprowadzonych prac, pisemnie do zamawiającego oraz do wiadomości Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac adres: SPEC-MAJ xxxxx, 55-200 Oława, ul. xxxxx, (...)”. Z innych postanowień ww. umowy wynika, że:

- § 5 ust. 1: wykonawca w ciągu 14 dni kalendarzowych od podpisania Umowy składa przygotowane opracowanie, zgodnie z zapisami pkt.3.2 Załącznika nr 1 do Umowy - Opis przedmiotu zamówienia zatytułowane „Metodyka prowadzenia działań rozpoznania i oczyszczania saperskiego...”, w której wskazuje m.in. osoby, które będą wykonywały zadania saperskie,
- § 10 ust. 1: obowiązek wykonawcy poddania się kontroli „przed przystąpieniem do prac, w ich trakcie oraz także po zakończeniu” m.in. ze strony podmiotu nadzorującego, tj. Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego (dalej JNPWP), § 15 ust. 2: „zamawiający ustanawia osobę odpowiedzialną za realizację umowy w osobie qqqqq oraz nadzór JNPWP, zgodnie z § 11 ust. 3 niniejszej

umowy” [tj. do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie nadzoru nad realizacją usługi, którą sprawować będzie JNPWP],

- § 17 ust. 3: JNPWP po zakończeniu całości prac wykonawczych (lub ich części, za które zostanie wystawiona faktura) rozpoczyna kontrolę jakościową na minimalnej powierzchni 10% obszarów oczyszczonych przez wykonawcę. Kontrola ta obejmować będzie obszary wybrane przez zamawiającego i zaakceptowane przez JNPWP. W przypadku różnic zdań przy wyborze obszarów do kontroli, ostateczną decyzję podejmuje zamawiający,

- § 17 ust. 4: kontroli przez JNPWP w czasie odbioru podlega także całość dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę, w tym także dokumentacja prowadzona przez archeologa,

- § 17 ust. 5: prace uważa się za wykonane zgodnie z umową jeśli w czasie kontroli nie dojdzie do wykrycia na powierzchni gruntu i do głębokości określonej w umowie żadnego z przedmiotów o jakich mowa w OPZ,

- § 23 ust. 2 pkt 1 g): możliwość zmiany terminu końcowego wykonania umowy „w przypadku, gdy na dzień podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego z (...) JNPWP lub gdy podmiot będący JNPWP nie złoży oświadczenia o bezstronności wynikającego z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego na JNPWP. W takim wypadku zamawiający dopuszcza możliwość przedłużenia terminu wykonania przedmiotu umowy o liczbę dni, która stanowi różnicę pomiędzy faktycznym dniem podpisania umowy na JNPWP, a dniem podpisania niniejszej umowy”.

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

Uwzględniając powyższe okoliczności Prezes UZP zwrócił uwagę, że przedsiębiorca yyyyy wykonująca kontrolowane zamówienie jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczył usługę nadzoru nad przedmiotowym zadaniem. Prawo zamówień publicznych ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami. Tym bardziej nie ma takiego zakazu w przypadku ofert składanych w różnych postępowaniach. Nie można jednak pominąć analizy i oceny powiązań osobowych wykonawców w kontekście 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”. Kontrolujący stwierdził, że należy przy tym przyjąć tezę, że wykonawca - przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemysłanych, a jednocześnie celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. W ocenie Kontrolującego wykonawcy - małżonkowie, w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności podejmują zachowania w celu uzyskania konkretnego kontraktu lub ułatwienia realizacji

kontraktu w ustalonym stanie faktycznym. W obrocie gospodarczym następuje w takiej sytuacji m.in. wyłączenie, naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców, swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.

Prezes UZP wskazał również, że w przedmiotowym stanie faktycznym powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozrywanych ze sobą postępowaniach: wykonawstwa i nadzoru. Podmiot nadzorujący występuje w charakterze merytorycznego pełnomocnika zamawiającego i w stosunkach z nadzorowanym wykonawcą jest quasi-zamawiającym. W tej sytuacji powinna obowiązywać relacja zaufania pomiędzy zamawiającym i podmiotem nadzorującym oraz zasada ograniczonego zaufania pomiędzy nadzorem a wykonawstwem. W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy p. yyyyy, a więc zdecydował o poddaniu efektu jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża, a tym samym podważył sensowność nadzoru, gdyż w zaistniałym stanie faktycznym, nie została zapewniona niezależność i bezstronność zewnętrznego podmiotu nadzorującego, co przy bardzo szerokim zakresie nadzoru nad wykonawstwem może mieć realne przełożenie na wykonywanie zamówienia przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę, że wymogi realizacji zamówienia były niezwykle surowe, np. zgodnie z zapisami umowy już zaistnienie po stronie wykonawczej nieprawidłowości w postaci nieujawnienia ukrytego w ziemi przedmiotu metalowego niemającego charakteru niewybuchu, czy niewypału skutkowało wydaniem świadectwa o nieprawidłowości, bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. Przede wszystkim firma wykonawcza (żona) mogła z łatwością uzyskać informację, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą (męża). Ponadto, bliskie powiązania faktyczne występują także pomiędzy przedsiębiorstwami, gdyż osoby przewidziane w ofercie do wykonywania czynności kierowniczych w kontrolowanym postępowaniu są jednocześnie osobami, które zostały zgłoszone do wykonywania czynności kierowniczych w nadzorze i na odwrót. W wykazie dysponowania osobami załączonym do treści oferty, w odniesieniu do doświadczenia p. tttt wskazano, że ma on „8 lat nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Ta sama osoba, zgodnie z § 15 ust. 1 umowy kontrolowanego zamówienia, ustanowiona została pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy. Jednocześnie pan tttt przewidziany w ofercie wykonawcy na stanowisko kierownika prac saperskich i wskazany w umowie wykonawczej został także zgłoszony jako kierownik nadzoru w firmie nadzorującej (w umowie o zamówienie z dnia 01.08.2012 r.).

W toku prowadzonej równolegle przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej ujawniono także powiązanie odwrotne - pan bbbbb, który podpisywał w imieniu firmy nadzorującej

protokół odbioru prac będących rezultatem kontrolowanego zamówienia (tj. Protokół zdawczo-odbiorczy całości terenu nr 2/06-02/2015 z dnia 25.03.2015 r.), w postępowaniu prowadzonym w 2012 r. przez Dyрекję Lasów Państwowych we Wrocławiu, 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 BOI.

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. Ustalono także, że współzależność 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 i w ofercie na nadzór (SPEC-MAJ) oraz umowie na nadzór niektórzy pracownicy fizyczni: ccccc (oferta wykonawcza i oferta na nadzór), sssss (oferta wykonawcza i aneks nr 3 z dnia 08.07.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. na nadzór) i jjjjj (oferta wykonawcza i aneks nr 2 z dnia 28.02.2013 r. do umowy z dnia 01.08.2012 r. na nadzór). Po czwarte, ścisłe powiązanie firm ujawnia się także w tożsamości niektórych danych teleadresowych. Jak bowiem wynika z treści ofert złożonych przez oboje małżonków w ww. postępowaniach (na nadzór i wykonawstwo), identyczne są numery telefonów i numery faksów obu ww. wykonawców³. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

Jak wynika z akt równolegle prowadzonej kontroli doraźnej postępowania (KD/24/16/DKUE) pn. Wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów dla: część zamówienia nr I - w Nadleśnictwie Jedwabno, część zamówienia nr II - w Nadleśnictwie Przasnysz, część zamówienia nr III - w Nadleśnictwie Wipsowo przeprowadzonego przez Regionalną Dyрекję Lasów Państwowych w Olsztynie, decyzją Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007 r. udzielono p. yyyyy - właścicielce firmy pn. Biuro Obsługi Inwestycji zgody na nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W treści tej decyzji Wojewoda wskazał p. xxxxx jako osobę odpowiedzialną za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami, co wskazuje na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym obu firm.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Prezes Urzędu podniósł, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zaistnienie 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, którym w rozumieniu art. 2 ustawy znk, jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, która prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczy w działalności gospodarczej.

Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca ustanowił otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

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. 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, działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Powołując się na orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. V ACa 371/07) oraz Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. I CSK 796/10) Prezes UZP stwierdził, że istotną z punktu widzenia szeroko rozumianego prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy, jest w niniejszej sprawie okoliczność, iż wykonawca wystąpił w postępowaniu świadomy swojej przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami mogącymi wziąć w nim udział. Powyższa, niewspółmierna przewaga konkurencyjna nie ma przy tym charakteru rynkowego (taki jej charakter byłby dozwolony), ale jest oparta na swoistych więziach i zależnościach pomiędzy podmiotami nadzorującymi i wykonującymi prace saperskie, w tym także pomiędzy pracownikami i współpracownikami tych firm, i dodatkowo jest wzmocniona poprzez zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, które umożliwiają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób realizacji świadczenia przez wykonawcę. W ocenie Urzędu, nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu naturalna w prawidłowych relacjach wykonawstwo-nadzór bariera informacyjna pomiędzy podmiotami i bezstronność formalna.

Świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej, na ile małżonek może działać zachowując bezstronność, w sytuacji gdy działanie (lub zaniechanie) byłoby niekorzystne lub chociażby uciążliwe (finansowo, organizacyjnie) dla partnera (a w konsekwencji i dla niego także), ale również inne przejawy powiązań przedsiębiorstw, w tym fakt, że niektóre dane teled adresowe firm, tj. faks i telefon są tożsame, co uprawdopodobnia istnienie wspólnego biura obu firm lub co najmniej wspólnego pracownika, który odbiera jednocześnie dokumenty dotyczące przedmiotowego projektu w imieniu wykonawcy i nadzoru. Choćby z tego tylko względu ewentualne fakсы i telefony kierowane przez zamawiającego do podmiotu nadzorującego w przedmiocie np. kontroli wykonawcy są, z najdalej posuniętym prawdopodobieństwem, natychmiast znane podmiotowi wykonawczemu. Przy złożoności przedmiotowego zamówienia, oznacza to przewagę konkurencyjną nad innymi potencjalnymi podmiotami, godzi w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Za szczególną, zdaniem Prezesa UZP, należy uznać okoliczność, że p. 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, z których jedna 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 interesowi zamawiającego, gdyż naraża go na nienależyte wykonanie zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu podjęcie przez zamawiającego decyzji o poddaniu efektu pracy firmy wykonawczej niezależnej kontroli merytorycznej (firmy BET-MIN rrrrr), o czym poinformował zamawiający w piśmie z dnia 22.07.2015 r., było efektem dostrzeżenia przez Zamawiającego zagrożenia nienależytego wykonania zamówienia.

Uwzględniając ustalony stan faktyczny, treść ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz interpretację występujących w niej terminów Prezes UZP uznał, że 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, bowiem 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego, że stosownie do treści art. 167 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

Od wyniku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający zgłosił zastrzeżenia w dniu 5 kwietnia 2016 r. (pismem z dnia 4 kwietnia 2016 r.). Zamawiający podniósł, że w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zostały spełnione łącznie przesłanki, które zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy znk powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, Kontrolujący nie uzasadnił w sposób realny zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów. Relacja pomiędzy podmiotami SPEC-MAJ xxxxx, a BOI yyyyy w przedmiotowym Projekcie była już przedmiotem analizy w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (Tożsamy stan faktyczny).

W postępowaniu prowadzonym przez RDLP Wrocław wybrano jako najkorzystniejszą ofertę firmy SPEC-MAJ xxxxx. Wykonawca ten, zgodnie z SIWZ miał dokonywać czynności nadzorczych i kontrolnych w stosunku do wykonawców prac saperskich w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów. Wykonawcą tych prac była firma BOI yyyyy. Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na JNPWP w RDLP Wrocław, odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł jeden z wykonawców- firma TELKAZ sp. z o.o. Odwołujący zarzucał wówczas Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty firmy SPEC-MAJ xxxxx, której to złożenie, zdaniem odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14) Izba m.in. nie stwierdziła podstaw do domniemania faktycznego o zмовie przetargowej pomiędzy państwem uuuuu, tylko na podstawie faktu, że pozostają oni w związku małżeńskim. KIO stwierdziła również, że złożenie oferty przez firmę SPEC-MAJ w postępowaniu na JNPWP w RDLP Wrocław, gdzie wykonawcą prac saperskich jest firma BOI yyyyy nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. KIO uzasadniła swoje stanowisko m.in. uznając, że zarówno SPEC-MAJ xxxxx, jak i jego małżonka będą wykonywać swoje funkcje na podstawie dwóch różnych umów. Każde z nich bowiem ponosi indywidualną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową.

Zdaniem Zamawiającego w związku z sentencją ww. wyroku, przewagi konkurencyjnej danego wykonawcy nie można opierać, jak wskazuje Kontrolujący, na więziach i zależnościach polegających m.in. na pozostawaniu w związku małżeńskim.

Zamawiający powołał się także na wyrok KIO z dnia 4 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 149/13 w którym stwierdzono, że „(...) w obowiązującym porządku prawnym przedsiębiorcy działają na zasadzie swobody gospodarczej, która może doznawać pewnych ograniczeń jedynie w sytuacjach określonych ustawowo.”

Zdaniem Zamawiającego przewagi konkurencyjnej nie można również opierać, jak wskazuje Kontrolujący, na więziach i zależnościach pomiędzy pracownikami obu firm. Zamawiający nie ma możliwości decydowania o składzie personalnym danego Wykonawcy, w przypadku, gdy ten wykazał dysponowanie odpowiednią ilością specjalistów i spełnił warunki udziału w postępowaniu. Kontrolujący nie wskazał, dlaczego zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, dają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób świadczenia usługi przez wykonawcę. Ponadto, nieprawdziwe jest twierdzenie Kontrolującego, jakoby podmiot nadzorujący był odpowiedzialny za odbiór terenów oczyszczanych przez firmę saperską, gdyż podmiotem odpowiedzialnym za odbiór terenów oczyszczanych sapersko przez wykonawcę tych prac, za każdym razem było Nadleśnictwo - strona umowy z firmą BOI, co wynika z treści zawartej umowy. Kontrolujący przypisuje w tym przypadku działanie zagrażające interesom Zamawiającego podmiotowi SPEC-MAJ chociaż podmiotem, który z treści całości kształtu informacji o wyniku kontroli miał się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, jest firma BOI yyyyy. Zamawiający zauważył także, że w postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, co potwierdza funkcjonowanie konkurencji i niezafalszowane współzawodnictwo co do zasady.

Zdaniem Zamawiającego, Prezes UZP w treści informacji o wyniku kontroli nie udowodnił również zagrożenia interesu Zamawiającego. Kontrolujący nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które stanowią o takim naruszeniu. Wskazywany przez Kontrolującego fakt, iż poddał on efekt prac wykonawcy kontroli jeszcze innemu podmiotowi (firmie BET-MIN rrrrr) nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nastąpiło to na etapie realizacji umowy wykonawczej (patrz wyrok KIO z 20 września 2011 r. sygn. akt 1924/11). Poddanie efektów pracy firmy wykonawczej kontroli innemu podmiotowi nie wynikał z dostrzeżenia zagrożenia interesu Zamawiającego, lecz z obowiązku nałożonego na Nadleśnictwo przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, który pełnił funkcję Instytucji Wdrażającej w nn. Projekcie.

Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w informacji pokontrolnej z kontroli przeprowadzonej w dniach 10.03.2014 - 14.03.2014 r. w Nadleśnictwach Przemków i Jedwabno (wykonawcą prac saperskich była firma p. yyyyy) stwierdził m.in., że nie doszło do wystąpienia nieprawidłowości w zakresie wskazanym w informacji pokontrolnej. NFOŚiGW w informacji pokontrolnej stwierdził: „Na podstawie przeprowadzonych czynności kontrolnych, Kontrolujący nie znajdują dowodów, ani

konkretnych argumentów na stawiane w skargach wykonawców prac saperskich zarzuty dotyczące niewłaściwego nadzoru i odbioru prac oraz uprzywilejowania niektórych firm wykonujących rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu”.

Zamawiający wskazał, iż samo pozostawanie w więzi faktycznej lub prawnej, w tym przypadku małżeństwa nie może stanowić podstaw do twierdzenia o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, że sam Kontrolujący wskazał, że zarówno ustawa Pzp, jak i inne przepisy nie wyłączają możliwości złożenia dwóch ofert przez małżonków w jednym postępowaniu przetargowym. Kontrolujący pominął przekazane do UZP pisma, jakie kierowane były w trakcie realizacji przedmiotowego projektu do szeregu instytucji, m.in. do Departamentu Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. UOKIK udzielił odpowiedzi (pismem z dnia 14.02.2014 r.- dokument znajduje się w dyspozycji UZP) iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W odpowiedzi na zapytanie CKPŚ, w sprawie wzajemnych relacji pomiędzy firmą BOI yyyyy, a firmą SPEC-MAJ xxxxx wykonującą czynności JNPWP w przedmiotowym zadaniu w ramach Projektu, UOKIK wskazał, iż w sprawie „*mamy do czynienia z sytuacją, gdy każdy z dwóch odrębnych przedmiotowo przetargów wygrali przedsiębiorcy ze sobą powiązani, co samo w sobie nie stanowi dowodu istnienia porozumienia antykonkurencyjnego.* Nie można też zgodzić się z twierdzeniem, iż wykonawcy stanowiący jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowania sprowadzającego się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwienia realizacji kontraktu. Zdaniem Zamawiającego, oceniając działania przedsiębiorców przez pryzmat prowadzonych przez nich działalności, każdorazowo za podstawę do rozważań należy przyjąć przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Biorąc pod uwagę, że zarówno yyyyy, jak i xxxxx prowadzą w świetle art. 4 ust. 1 ww. ustawy i zgodnie z wpisem do CEiLDG dwie niezależne działalności gospodarcze (na podstawie odrębnych numerów NIP i REGON), uznać należy, że każde z nich prowadzi działalność na własny rachunek (dodatkowo w ramach rozdzielności majątkowej). Kontrolujący na potwierdzenie swojego stanowiska nie przedstawił żadnych przepisów obowiązującego prawa. Ponadto, gdyby nawet przyjąć zasadność twierdzenia Kontrolującego o ułatwianiu przez jednego przedsiębiorcę drugiemu realizacji kontraktu, to Prezes UZP ma w takim przypadku obowiązek niezwłocznego złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, czego do tej pory nie uczynił. Powiązania pomiędzy małżeństwem Majewskimi były już przedmiotem badania przez Prokuraturę Okręgową w Warszawie i zakończone umorzeniem postępowania sygn. sprawy 59/14.

Zamawiający podniósł również, że zgodnie z zawartą umową o odbiorze prac decydował każdorazowo Zamawiający, a JNPWP udzielał jedynie wsparcia merytorycznego.

Wskazał na nieprawdziwą informację, jakoby firma nadzorczą była merytorycznym pełnomocnikiem Zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi - zamawiającym. Firma Nadzorczą, nigdy nie otrzymała od Zamawiającego pełnomocnictwa do wykonywania w jego imieniu jakichkolwiek czynności, a jedynie jest stroną umowy o zamówienie publiczne. Przywołane określenie quasi-zamawiającego nie jest znane w powszechnie obowiązującym prawie ani orzecznictwie.

Zdaniem Zamawiającego, w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do jednoczesnego sprawowania przez te same osoby funkcji kierowniczych w nadzorze nad pracami saperskimi i wykonywania prac saperskich w ramach umów wykonawczych w jednym Nadleśnictwie. Sytuacja taka nie miała miejsca w żadnym z 48 Nadleśnictw. Nadzoru nad pracami saperskimi w Nadleśnictwie Brzeziny nie sprawowały wszystkie osoby wskazane przez firmę nadzorczą - SPEC MAJ xxxxx w Wykazie Osób. Jeżeli osoby z ww. listy występowały z jakiegoś powodu w Wykazie osób firmy wykonawczej to nie brały fizycznie udziału w takiej kontroli/nadzorze. Pan tttt kierujący całością prac z ramienia firmy wykonawczej BOI yyyyy brał udział w kontrolach prowadzonych przez SPEC-MAJ xxxxx ale w innych Nadleśnictwach na podstawie zawartych z tą firmą umów cywilnoprawnych, co jest dopuszczalne. Pan bbbbb prowadzący kontrolę z ramienia firmy SPEC-MAJ xxxxx współpracował wcześniej z firmą BOI yyyyy przy realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Przemków, ale ta umowa zakończyła się 03.01.2014. Prowadząc kontrolę w Nadleśnictwie Brzeziny ww. osoba nie była związana z firmą BOI yyyyy. Nigdy natomiast nie kontrolował ani nie nadzorował prac prowadzonych przez firmę BOI yyyyy.

Argument dotyczący tożsamości niektórych danych teleadresowych obu firm należy uznać za nie trafiony w kontekście ustawowych przesłanek dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, wynikających z art. 3 ust. 1 ustawy znk.

Powołane przez Kontrolującego w Informacji o wyniku kontroli pozwolenie wydawane jest dla podmiotu, a nie na osobę. Wskazanie w 2007 r. p. xxxxx jako osoby odpowiedzialnej za nabywanie przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego jest w świetle przepisów prawa dopuszczalne. xxxxx mógł bowiem jako pracownik być odpowiedzialny w 2007 r. we wskazanym zakresie, a w 2014 r. (w chwili prowadzenia postępowania w Nadleśnictwie Brzeziny) prowadzić odrębną działalność gospodarczą. Ponadto, firma BOI yyyyy posiada ww. pozwolenie z 2013 r., gdzie w treści pozwolenia widnieje już yyyyy.

Zdaniem Zamawiającego, Prezes UZP nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, które zgodnie z art. 3 ust 1 ustawy znk powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Prezes UZP nieprawidłowo ustalił zakres powiązań pomiędzy podmiotami nadzorującym o wykonawczym, nie opierając swoich ustaleń o przepisy prawa powszechnie

obowiązującego. Przy ocenie stanu faktycznego Prezes UZP nie wziął pod uwagę ustaleń poczynionych w przedmiotowym Projekcie przez wiele Instytucji, jak wyrok KIO, opinię UOKIK czy postępowanie prowadzone przez Prokuraturę.

Zamawiający nadmienił, że xxxxx w dniu 11 czerwca 2014 r. wniósł pozew cywilny do Sądu Okręgowego w Poznaniu przeciwko temu wykonawcy BET-MIN rrrrr, wnosząc o zobowiązanie pozwanego do złożenia przed szeregami Instytucji oświadczenia o odwołaniu wszystkich zarzutów, które ten wykonawca przywoływał w treści pisma z dnia 19.10.2013 r. skierowanego do Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych jako nieprawdziwych i bezpodstawnych.

Sąd Okręgowy w Poznaniu IX Wydział Gospodarczy na posiedzeniu 22.03.2016 r. wydał wyrok o sygnaturze IX GC 1425/14 uznający ww. roszczenia firmy SPEC-MAJ xxxxx wobec BET-MIN rrrrr za zasadne. Z uwagi jednak, iż rozprawa, odbyła się pod koniec marca 2016 r. w chwili obecnej nie ma jeszcze pisemnego uzasadnienia ww. wyroku, w związku z tym nie ma możliwości jego przekazania do UZP.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2016 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego, że nie uwzględnia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń. Odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń, Prezes Urzędu wskazał, jak poniżej:

Zamawiający kwestionując prawidłowość treści Informacji o wyniku kontroli, skupił się na analizie wyrywkowo przywołanych zdań z jej treści i pominął milczeniem podstawową tezę zawartą w Informacji o wyniku kontroli jaką jest stwierdzenie, że opisane powiązania między firmą wykonującą prace saperskie a firmą nadzorującą te prace naruszały dobre obyczaje oraz zagrażały interesowi Zamawiającego, w postaci prawidłowego wykonania zamówienia. Prezes UZP ponownie przywołał argumenty z Informacji o wyniku kontroli uzasadniające stwierdzenie naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w ich kontekście odniósł się do zarzutów Zamawiającego zawartych w zastrzeżeniach.

Prezes Urzędu podkreślił, że w Informacji o wyniku kontroli wskazano wyraźnie, że samo zaistnienie związku małżeńskiego pomiędzy podmiotami nie może wprost świadczyć o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Na tej płaszczyźnie nie ma sporu pomiędzy Prezesem Urzędu, a Zamawiającym. W ocenie Prezesa wyłącznie ta okoliczność jest niewystarczająca do stwierdzenia naruszenia ustawy. Istotę zagadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym można wyjaśnić jedynie poprzez łączne odczytywanie przesłanek. O ile zatem sama okoliczność zaistnienia małżeństwa pomiędzy przedsiębiorcami "o niczym nie świadczy", o tyle fakt, że jeden z tych przedsiębiorców miał wykonywać określone prace, a drugi nadzorować ich wykonanie, jest już sprzeczny z dobrymi obyczajami, zgodnie z którymi podmiot nadzorujący powinien być w pełni niezależny od podmiotu nadzorowanego. Bliskie relacje pomiędzy oboma firmami potwierdzają też m.in.

tożsame dane teleadresowe obu firm, które dowodzą braku bariery informacyjnej między oboma podmiotami. Wspólny numer faksu obu firm, których właściciele są dodatkowo małżonkami, pozwala z najdalej idącym prawdopodobieństwem uznać, że bariera informacyjna pomiędzy podmiotami nie istniała, co nie wymaga specjalnego dowodu - wystarczające są reguły doświadczenia życiowego i analiza zaistniałego stanu faktycznego. Jednocześnie brak bariery informacyjnej między obiema firmami pozwalał m.in. na udostępnienie informacji, które 10% obszaru, na którym miały być wykonywane prace saperskie, będzie objęte kontrolą w ramach nadzoru. Informacja taka mogła być przekazana zarówno pomiędzy małżonkami nieoficjalnie, jak też mogła wynikać np. z pisma Zamawiającego skierowanego do firmy nadzorującej, które to pismo przekazywane musiało być na adres będący jednocześnie adresem firmy nadzorowanej. Takie powiązania pomiędzy ww. firmami były sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażały w praktyce interesowi Zamawiającego w zakresie należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w zastrzeżeniach wzmocnił znaczenie przesłanki dotyczącej iluzorycznego charakteru relacji wykonawstwo - nadzór, w zakresie ujawnienia w toku kontroli decyzji administracyjnej z 2007 r., w której wyznaczono p. xxxxx jako osobę odpowiedzialną za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego w firmie należącej do żony p. xxxxx, poprzez wskazanie wprost, że p. xxxxx był w tym okresie pracownikiem firmy żony. Zatem p. xxxxx pozostając pracownikiem firmy żony, z jednej strony odpowiadał za nadzór nad materiałami niebezpiecznymi w jej firmie (warunkując w ocenie Prezesa Urzędu należyte funkcjonowanie firmy własnej małżonki), z drugiej zaś strony był jej bezpośrednio podporządkowany na zasadzie podległości służbowej wynikającej z Prawa pracy, a jednocześnie, w tym samym czasie prowadził od 21.03.1999 r. (dane z CEIDG) działalność gospodarczą pod firmą SPEC-MAJ. Na tle takich właśnie wzajemnych relacji oba podmioty, w tym w szczególności podmiot wykonawczy, od którego bezpośrednio zależy wykonanie przedmiotowego zamówienia, wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu. W takich okolicznościach faktycznych i prawnych twierdzenie o bezstronności i niezależności obu podmiotów (przede wszystkim w kontekście dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym) przy realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Brzeziny, nie jest zasadne.

Bez znaczenia jest przy tym sugestia o braku zagrożenia bezstronności obu podmiotów, skoro w 2014 r. (w chwili prowadzenia postępowania w Nadleśnictwie Brzeziny) p. xxxxx prowadził odrębną działalność gospodarczą, co nie stało na przeszkodzie bycia zatrudnionym w firmie wykonawcy przedmiotowego zamówienia i działania na jego rzecz. Argumenty Zamawiającego o tym, że nie można przypisać wykonawcom jakiegokolwiek intencji ułatwiania sobie wzajemnie realizacji kontraktu, gdyż z treści art. 4 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wynika, że przedsiębiorca wykonuje działalność

gospodarczą we własnym imieniu, są tylko formalnie zgodne ze stanem faktycznym, a swoista podwójna aktywność zawodowa p. xxxxx jako pracownika firmy żony i autonomicznego przedsiębiorcy jednoznacznie to potwierdza. Taka okoliczność nie jest sprzeczna z prawem i Prezes Urzędu takiej sprzeczności nie zarzucił, pozostaje ona natomiast sprzeczna z dobrymi obyczajami w obrocie i wypełnia przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy znk. Kontrolujący wskazał, że w świetle Kodeksu cywilnego brak jest odrębności prawnej pomiędzy osobą fizyczną, a tą samą osobą fizyczną działającą pod firmą. Ujawniony dowód, jakim jest decyzja administracyjna wojewody i reguły doświadczenia życiowego pozwalają na wyciągnięcie oczywistego wniosku, że bezstronność podmiotów w niniejszym stanie faktycznym nie wystąpiła, a twierdzenia Zamawiającego tego dotyczące - są w całości bezzasadne.

Zdaniem Prezesa UZP niezasadne jest w tym świetle stwierdzenie Zamawiającego, że „sam fakt prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego potwierdza funkcjonowanie konkurencji i niezafałszowane współzawodnictwo”. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie z natury rzeczy otwartym i konkurencyjnym, również może dochodzić do nieuprawnionych praktyk, co zostało ustalone w niniejszym postępowaniu w wyniku kontroli Prezesa UZP.

Prezes Urzędu wyjaśni, że nie stwierdził, iż w danym nadleśnictwie te same osoby w praktyce wykonywały prace saperskie, a następnie nadzorowały ich wykonanie, natomiast wskazywał, że te same osoby zostały w ofertach i zawartych umowach obu firm wymienione jako ich pracownicy, którzy będą brać udział w realizacji obu zamówień (wykonawstwa i nadzoru), również na stanowiskach kierowniczych. Nawet jeśli osoby wskazane w ofertach i umowach obu firm faktycznie nie nadzorowały wykonywanych przez siebie prac, to sam fakt, że osoby te pracują jednocześnie dla obu firm (lub choćby współpracują z nimi) poddaje w wątpliwość ich obiektywizm i niezależność w trakcie nadzoru i godzi w należyte wykonawstwo. W takiej sytuacji naturalne jest, że wskazane osoby mogą starać się wykonywać nadzór tak, aby zachować dobre relacje ze swoim pierwszym pracodawcą, tj. firmą wykonawczą. Decyduje o tym prosty rachunek ekonomiczny, dodatkowo wzmocniony tym, że właściciele obu firm są małżonkami i właściciel firmy nadzorującej (drugi pracodawca danej osoby) również ma lub może mieć osobisty interes w tym, żeby nadzór ocenił prace firmy wykonawczej jak najlepiej. Przypadek p. tttt wprost oddaje te okoliczności, które zostały wyrażone powyżej - kierował on całością prac z ramienia wykonawstwa, a w innych postępowaniach był kierownikiem prac po stronie nadzoru. W odniesieniu zaś do osoby p. bbbbb (zgłoszonego w innym postępowaniu jako pracownik firmy BOI yyyyy) w zastrzeżeniach pojawiła się nieprawdziwa informacja, że nigdy nie nadzorował on prac prowadzonych przez firmę BOI. Jak bowiem wynika z treści protokołów odbioru robót dla niniejszego zadania - pan bbbbb był współuczestnikiem odbioru jako przedstawiciel firmy

nadzorującej i występował jako kierownik prac saperskich (w nadzorze).

Prezes Urzędu wskazał, że w Informacji nie znajduje się stwierdzenie, że podmiot nadzorujący był odpowiedzialny za odbiór terenów przez firmę saperską (s. 4 zastrzeżeń). W Informacji o wyniku kontroli rzetelnie przywołano zapis umowy zawartej przez CKPŚ z podmiotem nadzorującym, w której w pkt 4 ust. 1 pkt 4 wskazano, że podmiot nadzorujący bierze udział w odbiorach częściowych i końcowych prac saperskich (s. 3 Informacji). Podmiotem formalnie odpowiedzialnym za odbiory jest zatem Zamawiający, będący stroną umowy wykonawczej. Istotą odbioru jest jednak nie tylko formalne, ale i merytoryczne potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie miał przy tym kompetencji do merytorycznej oceny efektów pracy podmiotu wykonawczego (stąd też słuszna koncepcja udzielenia zamówienia na podmiot nadzorujący), co nie było kwestionowane w zastrzeżeniach i nie powinno budzić wątpliwości. Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzenie, że w przypadku zamówienia specjalistycznego (a zamówienie na oczyszczanie saperskie ma taki właśnie charakter), rola specjalistycznego podmiotu trzeciego (niezależnie od przyjętej terminologii określanego jako: nadzorca, doradca, podmiot biorący udział, czy kwestionowany termin - pełnomocnik) wspierającego podmiot nieposiadający w danej materii wystarczającej kompetencji (Zamawiającego) polega w istocie na wyręczeniu Zamawiającego w działaniach, które wymagają wykazania się umiejętnościami specjalistycznymi. Powiązania między podmiotami nadzorującym i wykonawczym godzą w istotę relacji zamawiający - nadzór - wykonawstwo.

Kontrolujący wbrew twierdzeniom Zamawiającego wskazał również, które zapisy umowy dają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób realizacji świadczenia przez wykonawcę. Taki charakter mają zapisy dotyczące: współdecydowania z Zamawiającym o wyborze 10% powierzchni obszarów objętych kontrolą (art. 4 ust. 1 pkt 4 lit. d umowy dot. nadzoru) oraz wszechstronność kontroli (merytoryczna na miejscu, kontrola „Metodyk...”, kontrola całości dokumentacji wraz z kontrolą uporządkowania terenu i miejsc detonacji).

W ocenie Kontrolującego, nie jest prawdziwe stwierdzenie, że prowadzone postępowania kontrolne pominęło dokumenty i ustalenia innych organów przywołane przez Zamawiającego. W odniesieniu do przywołanego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14), Prezes UZP wskazał, że stan faktyczny - wbrew twierdzeniom Zamawiającego - nie jest analogiczny, pomimo, że biorą w nim udział te same podmioty, co w postępowaniu objętym kontrolą Prezesa Urzędu i w tych samych funkcjach, tj. firma SPEC- MAJ xxxxx oraz firma BOI yyyyy. Ocenie składu orzekającego poddane zostało postępowanie na nadzór, a kontroli Prezesa UZP postępowanie na wykonawstwo, a zarzuty rozpoznawane przez KIO zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, ograniczone były w zasadzie tylko do małżeńskich powiązań pomiędzy podmiotami, brak

było odniesień do innych okoliczności faktycznych wskazujących na dalej idącą sieć powiązań ujawnionych w toku kontroli. Odwołujący upatrywał realnego zagrożenia interesów zamawiającego w możliwości odmowy złożenia zeznań oraz w okoliczności, iż obowiązek zapłaty kary umownej może mieć wpływ na sytuację rodzinną państwa uuuuu oraz w tym, iż doświadczenie życiowe nakazuje domniemywać, że w razie konfliktu przystępujący (SPEC- MAJ xxxxx) zawsze będzie działał w interesie swojej rodziny. Powyższe okoliczności nie stanowiły podstawy zarzutów stawianych w treści Informacji o wyniku kontroli. Ponadto, Izba stwierdziła co prawda niedostatecznie udokumentowaną przesłankę zagrożenia interesów zamawiającego, ale jednocześnie odstąpiła od badania przesłanki sprzeczności działań podmiotu nadzorującego z dobrymi obyczajami, nie wykluczając ich. W tym stanie rzeczy nie można uznać, że wyrok ten może być przesłanką uznania, że w kontrolowanym postępowaniu nie doszło do zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Kontrolujący wskazał także na przesłanki chronologiczne. Zamawiający wszczynając przedmiotowe postępowanie wykonawcze wiedział, że wykonawcą wybranym do prowadzenia nadzoru jest firma SPEC-MAJ xxxxx (firma męża), jak też sam wykonawca BOI yyyyy (żona) miał taką świadomość. Stąd w przetargu na wykonanie prac saperskich złożenie oferty BOI yyyyy naruszało dobre obyczaje wobec braku istnienia niezależności pomiędzy nadzorowanym i nadzorującym.

Opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14.02.2014 r., została wydana w oparciu o analizę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ustawy znk. UOKiK wprost wskazał w treści opinii, że nie jest właściwy do oceny zgodności działań przedsiębiorców z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Tym samym, stanowisko UOKiK nie może być argumentem kwestionującym zasadność opisanego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia.

Bez znaczenia dla sprawy pozostają także ustalenia Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wyrażone w informacji pokontrolnej z kontroli na miejscu w dniach 10.03.2014 r. - 14.03.2014 r. Jak bowiem wynika z pkt 5 zakresu kontroli, przedmiotowa kontrola dotyczyła „weryfikacji zasadności stawianych w skargach wykonawców prac saperskich zarzutów dotyczących niewłaściwego nadzoru i odbiorów prac prowadzonych przez firmę SPEC-MAJ xxxxx w aspekcie formalnym, organizacyjnym i rzeczowym”. Zatem treścią kontroli nie były objęte sensu stricto postępowania wykonawcze, a forma sprawowania nadzoru i to jedynie w wybranych nadleśnictwach. Podkreślić należy, że Nadleśnictwo Brzeziny nie było objęte zakresem rzeczowym kontroli NFOŚiGW. Istotnie, w ustaleniach dokonanych przez NFOŚiGW w zakresie objętym kontrolą nie znaleziono dowodów na stawiane w skargach wykonawców zarzuty dotyczące niewłaściwego nadzoru i

odbioru prac, niemniej jednak w „dbałości o transparentność i przestrzeganie dobrych obyczajów” (s. 15 informacji pokontrolnej) zalecono przeprowadzić dodatkowe badanie jakości wykonanych prac. Zamawiający ostatecznie zlecił dodatkowo usługi nadzoru innej firmie, bowiem sam był świadomy (lub został uświadomiony przez instytucję kontrolującą) zagrożenia dla należytego wykonania zamówienia, jakie niosły za sobą powiązania między wybraną firmą wykonawczą a wybraną firmą nadzorującą. Prezes UZP podkreślił jednak, że prawidłowym wyjściem z zaistniałej sytuacji było odrzucenie oferty BOI yyyyy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, i wybranie w kolejnym postępowaniu oferty innego, niepowiązanego z firmą nadzorującą, wykonawcy, nie zaś wydatkowanie dodatkowych środków publicznych na sfinansowanie drugiej usługi nadzoru, wykonywanej obok nadzoru wykonywanego przez firmę SPEC-MAJ xxxxx.

Odnosząc się do ustaleń poczynionych przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie w toku postępowania wyjaśniającego (l.dz. KR-663/15; ROW-170/15) skutkujących wydaniem Postanowienia z dnia 22.07.2015 r. o odmowie wszczęcia dochodzenia, Prezes Urzędu zauważył, że nie tylko nie są argumentem uzasadniającym niewystąpienie w przedmiotowym stanie faktycznym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ale ponadto nie dotyczą okoliczności związanych z przedmiotowym postępowaniem. Po pierwsze, wniosek o ściganie nie podlegał rozpoznaniu z przyczyn formalnych - został bowiem zgłoszony przez podmiot nieuprawniony, a po drugie, postępowanie skutkujące odmową wszczęcia dochodzenia prowadzone było jedynie w kierunku naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy znk, który stanowi, że kto uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Nie występuje tożsamość pomiędzy przesłankami z art. 23 ust. 2 i art. 3 ust. 1 ustawy znk.

Wszelkie uwagi Zamawiającego kierowane pod adresem Prezesa Urzędu, który stawiając zarzut nieodrzczenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jakoby posiadał wiedzę o sprzecznych z prawem działaniach obu podmiotów i nie podzielił się nimi z prokuraturą są niezasadne, ze względu na stwierdzenie naruszenia dobrych obyczajów, a nie przepisów prawa karnego.

Również okoliczność pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy o naruszenie dóbr osobistych z powództwa pana xxxxx przeciwko pozwanemu firmie BET-MIN rrrrr nie wpływa na ustalenia zawarte w Informacji o wyniku kontroli, ze względu na odmienny charakter prawny tego powództwa, ustalenia sądu dotyczą okoliczności związanych z firmą nadzorującą, a nie czyn nieuczciwej konkurencji, którego dopuściła się firma wykonawcza, a ponadto brak uzasadnienia wyroku uniemożliwia zapoznanie się okolicznościami, które legły u podstaw orzeczenia.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 21 kwietnia 2016 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą (pismem z dnia 19 kwietnia 2016 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby, zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie w zakresie stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co do zasadności stwierdzonego naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając zgłoszone zastrzeżenia, Izba wzięła pod uwagę następujące kwestie:

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego w zastrzeżeniach, że „kontrolujący pominął w swojej opinii przedłożone przez Zamawiającego pisma, które w trakcie realizacji ww. Projektu były kierowane do szeregu podmiotów (kompetentnych organów - KIO, UOKiK) i miały na celu ustalenie przedmiotowej kwestii”. W ocenie Izby, odmowa wszczęcia postępowania przez Komendę Powiatową Policji w Opocznie, która prowadziła postępowanie wyjaśniające w kierunku naruszenia art. 23 ust. 2 ustawy znk nie ma znaczenia w kontekście przesłanek do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy znk. Podobnie, opinia UOKiK z dnia 14.02.2014 r., jako że została wydana w oparciu o przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie ustawy znk, nie może być pomocna dla oceny stanu faktycznego w niniejszej sprawie. Jak wynika z treści tej opinii UOKiK wprost stwierdził swoją niewłaściwość do oceny zgodności działań przedsiębiorców z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W tym zakresie stanowiska Komendy Powiatowej Policji w Opocznie lub Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie mogą być argumentem na rzecz podważenia zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia ww. przepisu ustawy Pzp. Bez znaczenia dla sprawy pozostają także ustalenia Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wyrażone w informacji pokontrolnej z kontroli na miejscu w dniach 10.03.2014 r. - 14.03.2014 r., skoro nie obejmowała ona postępowań wykonawczych, lecz formę sprawowania nadzoru w wybranych nadleśnictwach, wśród których nie było Nadleśnictwa Brzeziny. W wyniku

zaleceń pokontrolnych Zamawiający podjął jednak decyzję o przeprowadzeniu dodatkowego nadzoru przez inną firmę (firma BET-MIN), niezwiązaną z wykonawcą prac, co ewidentnie świadczy o uznaniu przez Zamawiającego, że konieczne było w tym przypadku zapewnienie w ten sposób dodatkowo transparentności i przestrzegania dobrych obyczajów przy badaniu jakości wykonanych prac.

Podniesiona przez Zamawiającego okoliczność, iż „relacja pomiędzy podmiotami SPEC-MAJ xxxxx, a BOI yyyyy w przedmiotowym Projekcie była już przedmiotem analizy w orzecznictwie dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą (tożsamy stan faktyczny), ze względu na zakres zaskarżenia w sprawie odwoławczej nie może być podstawą do uznania braku zasadności stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia. Podkreślić bardzo wyraźnie należy, że podstawą do stwierdzenia naruszenia przez Prezesa Urzędu nie był sam fakt pozostawania przedsiębiorcy wykonującego prace i nadzorującego te prace w związku małżeńskim. W tym zakresie interpretacja treści Informacji o wyniku kontroli dokonana przez Zamawiającego nie znajduje oparcia w treści tego dokumentu. Prezes UZP jednoznacznie stwierdził, że nie sam fakt pozostawania w związku małżeńskim ale ogół okoliczności towarzyszących i sposobu prowadzenia działalności gospodarczych przez małżonków, w tym w szczególności powiązań osobowych, organizacyjnych, teleadresowych oraz dotyczących sposobu szeroko rozumianej współpracy w zakresie realizacji zamówień w przedmiocie wykonawstwa i nadzoru prac saperskich, stanowił uzasadnienie do stwierdzenia naruszenia dobrych obyczajów, co zagrażało interesowi Zamawiającego, jako klienta w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk.

Kontrolujący zatem uzasadnił w sposób realny zaistnienie naruszenia dobrych obyczajów, poprzez złożenie oferty przez firmę BOI yyyyy w zakresie realizacji prac saperskich, które jak wiadomo było już wcześniej, miały być nadzorowane przez firmę SPEC-MAJ prowadzoną przez jej męża xxxxx.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, iż Kontrolujący podał nieprawdziwe informacje w treści informacji o wyniku kontroli, jakoby podmiot nadzorujący był odpowiedzialny za odbiór terenów oczyszczanych przez firmę saperską. Izba ustaliła, że Informacja o wyniku kontroli w żadnym miejscu nie zawiera takiego stwierdzenia. Podmiotem odpowiedzialnym za odbiór terenów oczyszczanych sapersko przez wykonawcę tych prac było Nadleśnictwo – jako strona umowy zawartej z firmą BOI i ten fakt wynika z Informacji Prezesa UZP. Niezależnie od powyższego okoliczność, że podmiot nadzorujący prace wykonawcze, ponosił za Zamawiającego ciężar faktycznej merytorycznej oceny jakości wykonanych prac w ramach odbioru, nie może budzić żadnych wątpliwości w świetle przytoczonych w Informacji o wyniku kontroli postanowień umowy o nadzór.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano jednoznacznie, że to złożenie oferty przez firmę BOI yyyyy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem działanie tej firmy naruszało

dobrze obyczajnie i zagrażało interesowi Zamawiającego, przejawiającemu się w należyтым wykonaniu zamówienia, w szczególności poprzez realną możliwość wykorzystywania informacji, którymi dysponował wykonawca SPEC-MAJ xxxxx, jako podmiot wykonujący nadzór nad pracami saperskimi prowadzonymi przez firmę jego żony. W tym zakresie zastrzeżenie Zamawiającego wynika z błędnej interpretacji wyrwanych z kontekstu stwierdzeń zawartych w Informacji.

Prezes UZP w treści Informacji o wyniku kontroli, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, przedstawił uzasadnienie dla stwierdzenia realnego zagrożenia dla jego interesów w wyniku przyjęcia oferty firmy BOI yyyyy na realizację prac saperskich. Zagrożenie polegało na realnym ryzyku, że w wyniku bliskich powiązań osobowych, organizacyjnych i gospodarczych pomiędzy obiema firmami, prace te mogą nie zostać wykonane w sposób należyty, tj. przynajmniej na takim poziomie jakościowym, który byłby zapewniony, gdyby nadzór był wykonywany przez wykonawcę, który nie jest w żaden sposób związany z wykonawcą nadzorowanych prac. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ogół okoliczności w tym zakresie ustalonych przez Kontrolującego w ramach przeprowadzonej kontroli, jak i uwzględniając doświadczenie życiowe, stwierdzone przez Prezesa Urzędu ryzyko i zagrożenie dla interesu Zamawiającego, nie budzi wątpliwości.

Okoliczność, iż przedsiębiorcy (będący małżonkami) prowadzą działalność na podstawie przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, jako dwie niezależne działalności gospodarcze (na podstawie odrębnych numerów NIP i REGON), i każdy z nich prowadzi działalność na własny rachunek (dodatkowo w ramach rozdzielności majątkowej) nie stanowi zdaniem Izby żadnej przeszkody w wykorzystywaniu sprzyjających okoliczności do ułatwiania sobie nawzajem osiągnięcia celów gospodarczych przez każdego z małżonków oraz łącznie, jako osób pozostających w związku małżeńskim.

Zarzut Zamawiającego, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do jednoczesnego sprawowania przez te same osoby funkcji kierowniczych w nadzorze nad pracami saperskimi i wykonywaniu prac saperskich w ramach umów wykonawczych w jednym Nadleśnictwie, mija się z treścią Informacji o wyniku kontroli, jako, że Kontrolujący nie powoływał się na powyższe okoliczności w uzasadnieniu do stwierdzonego naruszenia. Kontrolujący wskazywał wyraźnie na powiązania pomiędzy pracownikami obu firm, którzy zamiennie, w różnych zamówieniach, pełnili raz funkcje nadzoru, a innym razem wykonawstwa. Powyższe skutkowało wzajemną zależnością i ścisłym związaniem pracowników z obiema firmami, co w konsekwencji musiało być brane pod uwagę przy ocenie ryzyka, na ile takie powiązania mogą wpłynąć na rzetelną ocenę jakości wykonanych prac saperskich przez firmę nadzorującą.

Kontrolujący nie twierdził w Informacji o wyniku kontroli, że wskazanie xxxxx, jako osoby odpowiedzialnej za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych

przeznaczonych do użytku cywilnego w firmie należącej do żony, jest sprzeczne z prawem. Zarzut Zamawiającego w powyższym zakresie nie znajduje oparcia w treści Informacji. W badanym stanie faktycznym istotna jest kwestia iluzorycznego charakteru relacji wykonawstwo - nadzór, w zakresie ujawnienia w toku kontroli decyzji administracyjnej z 2007 r., w której wyznaczono p. xxxxx jako osobę odpowiedzialną za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego w firmie należącej do żony p. xxxxx. Pan xxxxx pozostając pracownikiem firmy żony, posiadał szczególne kompetencje w odniesieniu do ogólnego zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do jego żony, odpowiadał bowiem za nadzór nad materiałami niebezpiecznymi w jej firmie, a z drugiej strony był jej bezpośrednio podporządkowany na zasadzie podległości służbowej wynikającej ze stosunku pracy, przy czym w tym samym czasie prowadził działalność gospodarczą pod firmą SPEC-MAJ. W takich okolicznościach faktycznych i prawnych twierdzenie o bezstronności i niezależności obu podmiotów (przede wszystkim w kontekście dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym) przy realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Brzeziny, nie jest zasadne. Okoliczności te dowodziły bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co było sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną, i w konsekwencji zagrażało interesowi klienta, czyli Zamawiającego, tj. zagrażało należytej realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli, zważyła nakaz zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obligujący zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi klauzulę generalną, definiującą czyn nieuczciwej konkurencji, niesklasyfikowany w sposób odrębny w ww. ustawie. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy znk rozróżnia przesłankę sprzeczności (naruszenie) z prawem oraz z dobrymi obyczajami. Przepis art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi m.in., że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów. Termin „dobre obyczaje” nie posiada legalnej definicji. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., V ACa 371/07 (LEX nr 519282), wskazał, że „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”. Sprzeczność działań z prawem lub dobrymi obyczajami, aby uznać je za czyn nieuczciwej konkurencji, musi naruszać interes innego przedsiębiorcy, przy czym jak wskazuje orzecznictwo „dla ustalenia, że działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, że taka działalność owemu interesowi zagraża (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., I ACa 1103/06, LEX nr 516585). Celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ww. ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia tych interesów. Zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym, czy ww. przesłanki są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron, lecz kryteria obiektywne.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że Kontrolujący wykazał w wyniku przeprowadzonej kontroli, że zaistniały przesłanki skutkujące uznaniem, że złożenie oferty przez p. yyyyy było czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk, a tym samym ww. oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której to czynności Zamawiający zaniechał. Dokonana przez Izbę analiza zastrzeżeń Zamawiającego w powyższym zakresie wobec wyniku kontroli prowadzi do wniosku, że zastrzeżenia te nie są uzasadnione i nie mogą podlegać uwzględnieniu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....