

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 01 czerwca 2016 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 29 kwietnia 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”**  
**Nadleśnictwo Chocianów, Nadleśnictwo Jawor, Nadleśnictwo**  
**Kamienna Góra, Nadleśnictwo Przemków, Nadleśnictwo**  
**Złotoryja**

*reprezentowane przez:*

**Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”**  
**Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych we Wrocławiu**  
**ul. Grunwaldzka 90**  
**50 - 357 Wrocław**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej (znak: KD/23/16/DKUE) z dnia 26 kwietnia 2016 r. w przedmiocie zamówienia na: wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów: część zamówienia nr I - w Nadleśnictwie Chocianów, część zamówienia nr II -w Nadleśnictwie Jawor, część zamówienia nr III -w Nadleśnictwie Kamienna Góra, część zamówienia nr IV-w Nadleśnictwie Przemków, część zamówienia nr V - w Nadleśnictwie Złotoryja

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący: Aneta Młacka  
Członkowie: Izabela Niedziałek - Bujak  
Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 26 kwietnia 2016 r. przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia pn. „wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów: część zamówienia nr I- w Nadleśnictwie Chocianów, część zamówienia nr II-w Nadleśnictwie Jawor, część zamówienia nr III - w Nadleśnictwie Kamienna Góra, część zamówienia nr IV-w Nadleśnictwie Przemków, część zamówienia nr V- w Nadleśnictwie Złotoryja."

Zamówienie będące przedmiotem kontroli jest elementem projektu pn.: „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojсковych zarządzanych przez PGL LP" (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Jednym z zadań wykonywanych w ramach 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. Równolegle do toczącego się postępowania Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych prowadziło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu. W dniu 01.08.2012 r. została zawarta umowa z wykonawcą SPEC-MAJ xxxxx z siedzibą w Oławie na kwotę 2 631 116,37 zł. Termin realizacji umowy określono „do dnia 01.10.2015 r." Przedmiotem ww. umowy było wykonywanie przez wykonawcę zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w projekcie „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojсковych zarządzanych przez PGL LP". Prace miały być prowadzone na terenie 48 nadleśnictw, w tym na terenie nadleśnictw Chocianów i Przemków. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy, do zadań wykonawcy należało:

- 1) weryfikacja przygotowanych przez CFS (cywilne firmy saperskie) Metodyk prac saperskich,
- 2) udział w udostępnieniu terenu CFS w każdym z 48 nadleśnictw,
- 3) prowadzenie kontroli doraźnych na zlecenie zamawiającego,
- 4) udział w odbiorach częściowych i końcowych prac saperskich - kontroli podlega całość dokumentacji prowadzonej przez CFS oraz uporządkowanie terenu i miejsc detonacji przez CFS; wykonawca prowadzi kontrolę jakościową 10% powierzchni obszarów oczyszczonych przez CFS lub większej, w przypadku powtórzenia kontroli na skutek stwierdzonego nienależytego wykonania umowy przez CFS,
- 5) weryfikacja miejsca detonacji, osób i urządzeń wykorzystywanych przez CFS w przypadku, gdy w trakcie prowadzenia prac przez CFS zaistnieje konieczność ich zmiany w

stosunku do określonych w umowie między nadleśnictwem a CFS,

6) udzielanie wsparcia merytorycznego nadleśnictwom i zamawiającemu, w przypadku konieczności podjęcia decyzji o detonacji znalezionych przez CFS przedmiotów w miejscu odkrycia (bez podejmowania) oraz natrafienia na stanowisko archeologiczne - na żądanie nadleśnictwa/zamawiającego,

7) raportowanie i przekazywanie dokumentów do zamawiającego i nadleśnictw. Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy, pracownikiem odpowiedzialnym za realizację umowy był Pan xxxxx.

W kontrolowanym postępowaniu wykonawczym w zakresie części I i IV zamówienia - tj. w nadleśnictwach Chocianów i Przemków ofertę złożył wykonawca yyyyy działający pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. Oferta w części IV została wybrana jako najkorzystniejsza na tę część zamówienia i w dniu 27.09.2012 r. pomiędzy Nadleśnictwem Przemków a z niniejszym wykonawcą podpisano umowę.

Zgodnie z § 15 ust. 1 umowy nr ZH-2710-8/12: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego za realizację umowy w osobie: bbbbb i tttt”,

W § 15 ust. 2 umowy wskazano: „zamawiający ustanawia (...) nadzór JNPWP, zgodnie z § 11 ust. 3 niniejszej umowy” [tj. do obowiązków zamawiającego należy zapewnienie nadzoru nad realizacją usługi, którą sprawować będzie JNPWP], Zgodnie z § 17 ust. 1 umowy, „wykonawca po zakończeniu prac (tj. całkowitym zakończeniu, ale także zakończeniu części prac, za który zamierza wystawić faktury) zgłasza gotowość do przeprowadzenia na danym terenie weryfikacji jakości przeprowadzonych prac, pisemnie do zamawiającego oraz do wiadomości Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac na adres: SPEC-MAJ xxxxx, ul. xxxxx, 51-660 Wrocław, tel. xxxxx, (...)”.

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

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

W § 10 ust. 1 umowy wprowadzono 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.

Ponadto, zgodnie z § 5 ust. 1 umowy, wykonawca w ciągu 14 dni od podpisania umowy przedstawia „Metodykę prowadzenia działań rozpoznania i oczyszczania saperskiego...”, w

której wskazuje m.in. osoby, które będą wykonywały zadania saperskie.

Aneksami (od nr 1/2012 do nr 4/2013) z dnia 22.10.2012 r., 08.11.2012 r., 19.03.2013 r. i 13.05.2013 r. do ww. umowy strony modyfikowały zapisy harmonogramu rzeczowego (zał. nr 3 do umowy) poprzez przyspieszenie terminu realizacji poszczególnych etapów zamówienia. dwa pierwsze aneksy podpisywał ze strony podmiotu wykonawczego p. bbbbb.

Na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej (17.07.2012 r.) złożonej przez Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy było już wiadomo, który podmiot będzie realizował zamówienie na nadzór (wybór oferty najkorzystniejszej w zamówieniu na nadzór- 12.07.2012 r.), i że będzie nim wykonawca SPEC-MAJ xxxxx. W dacie zawierania umowy z wykonawcą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy (27.09.2012 r.), umowa na nadzór była już zawarta (w dniu 01.08.2012 r. z wykonawcą SPEC-MAJ xxxxx).

Prezes Urzędu zwróciła uwagę na występujące powiązanie osobowe pomiędzy dwoma podmiotami. Przedsiębiorca yyyyy jest prywatnie małżonką przedsiębiorcy, który świadczy usługę nadzoru nad przedmiotowym zadaniem. Prezes UZP wskazała, że: „Ustawa Prawo zamówień publicznych, ani inne przepisy nie wyłączają możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców będących małżonkami. Tym bardziej zatem nie ma takiego zakazu w sytuacji, gdy oferty złożono na różne postępowania. Każdorazowo, w razie złożenia ofert przez wykonawców powiązanych osobowo, należy jednak poddać analizie, czy złożenie przez nich ofert nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „ustawą znk”. Należy przy tym już na wstępie przyjąć tezę, że wykonawca - przedsiębiorca działa racjonalnie w znaczeniu gospodarczym, zaś jego działania nie mają charakteru przypadkowych i nieprzemyślanych i celem tych działań jest maksymalizacja zysku przy poniesieniu minimalnych kosztów. Niewątpliwie zatem wykonawcy - małżonkowie, prywatnie stanowiąc jeden byt prawny - małżeństwo, dublują w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowanie, sprowadzające się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwieniu w realizacji kontraktu. W obrocie gospodarczym sprowadza się to w szczególności do jednej niebudzącej wątpliwości okoliczności - wyłączenia naturalnej dla niezależnych od siebie przedsiębiorców swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami.”

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwróciła uwagę, że powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozzerwanie związanych ze sobą postępowaniach: wykonawstwa i nadzoru. Konieczność nadzoru w jakichkolwiek specjalistycznych postępowaniach wynika z tego, że zamawiający mający interes w

należytem wykonaniu zamówienia nie dysponuje narzędziami zapewniającymi merytoryczną ocenę prawidłowości jego wykonania, co wynika wprost z oczywistych braków kompetencji. Podmiot nadzorujący jest więc merytorycznym doradcą zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi-zamawiającym. W tej sytuacji winny się rysować następujące relacje: relacja zaufania pomiędzy zamawiającym i podmiotem nadzorującym oraz zasada ograniczonego zaufania pomiędzy nadzorem a wykonawstwem. Zamawiający rozstrzygając przedmiotowe postępowanie wykonawcze w części nr IV zamówienia na korzyść firmy pani yyyyy, a więc poddając efekt jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża (w momencie zawierania umowy na wykonawstwo obowiązywała już umowa na nadzór, który pełnić miała firma małżonka wykonawcy), w istocie podważył sensowność nadzoru i pozostał osamotniony w kontaktach z podmiotem profesjonalnym, tj. firmą Biuro Obsługi Inwestycji yyyyy. Truizmem jest bowiem stwierdzenie, że najlepszą gwarancją należytego wykonania zamówienia jest realne nadzorowanie działań przez zamawiającego, a jeżeli przedmiot zamówienia jest specjalistyczny - faktyczna bezstronność i niezależność zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Urzędu, nie została zapewniona.

Szeroki zakres nadzoru nad wykonawstwem, w ocenie Urzędu może mieć realne przełożenie na wykonywanie zamówienia przez wykonawcę. Podmiot nadzorujący współdecydował bowiem z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej (kontrolnej) weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. W takich okolicznościach bliskość podmiotów nadzorującego i wykonawczego, mogła umożliwić firmie nadzorowanej (wykonawczej) ocenę ryzyka zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców. W szczególności firma wykonawcza (żona) mogła z łatwością uzyskać informację, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą (męża).

Dodatkowo Prezes UZP zwrócił uwagę, że mąż przedsiębiorcy, yyyyy osobiście w dniach 23.11.2012 r., 21.12.2012 r., 15.05.2013 r., 11.06.2013 r. i 03.01.2014 r. podpisywał protokoły zdawczo - odbiorcze części terenu oczyszczonego przez firmę swojej żony.

Nadto Prezes UZP zauważył występujące faktyczne powiązania nie tylko między przedsiębiorcami, ale także przedsiębiorstwami. Jak wynika z dokumentacji postępowania osoby przewidziane w ofercie do wykonywania czynności kierowniczych w niniejszym postępowaniu są jednocześnie osobami, które zostały zgłoszone do wykonywania czynności kierowniczych w nadzorze. W zakresie postępowania w części nr IV Przemków (zakończonego zawarciem umowy nr ZH-2710-8/12, której integralną część stanowiła oferta wykonawcy BOI yyyyy), w *Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*, załączonym do oferty ww. wykonawcy (dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa), na stanowisko kierowników prac saperskich przewidziano m.in. p. nnnnn i

p. bbbbb. W odniesieniu do p. nnnnn wskazano, że ma on doświadczenie tj. „7 lat nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Jednocześnie, ww. osoba wskazana została w aneksie nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r., jako kierownik nadzoru prac (a zatem z ramienia podmiotu nadzorującego). W odniesieniu do p. bbbbb wskazano, że ma on doświadczenie tj. „8 lat nadzór nad pracami oczyszczania terenów oraz niszczenia przedmiotów wybuchowych przy użyciu materiałów wybuchowych do użytku cywilnego w firmie BOI”. Pan bbbbb został wyznaczony także w § 15 ust. 1 umowy wykonawczej nr ZH-2710-8/12 jako pracownik odpowiedzialny za realizację tej umowy. Pomocniczo wskazano, że był on także pełnomocnikiem firmy wykonawczej i podpisywał dwa aneksy do umowy wykonawczej modyfikujące przyjęty harmonogram wykonywania prac. Jednocześnie, p. bbbbb został wskazany w aneksie nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r., jako kierownik nadzoru prac (a zatem z ramienia podmiotu nadzorującego). Innymi słowy, kierownicy prac saperskich występowali w tej funkcji zarówno w postępowaniu wykonawczym i nadzorującym. Ponadto pan ttttt, wyznaczony w § 15 ust. 1 umowy wykonawczej nr ZH-2710-8/12 jako pracownik odpowiedzialny za realizację tej umowy, został wymieniony w *Wykazie osób* w ofercie na nadzór.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że reguły doświadczenia życiowego nakazują uznać, że realność i rzetelność nadzoru jest wątpliwa. Zwrócił uwagę na ryzyko dotyczące rzetelności i obiektywizmu w wykonywaniu zadań przez osoby, które wykonują je na rzecz obu firm. Aneks nr 1 z dnia 28.08.2012 r. do umowy na nadzór z dnia 01.08.2012 r. został zawarty zanim doszło do podpisania umowy na wykonawstwo. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, Nadleśnictwo Przemków będący także współzamawiającym w postępowaniu na nadzór mógł się o tej okoliczności faktycznej z łatwością dowiedzieć.

Jako czwartą okoliczność Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał ścisłe powiązanie firm w tożsamości niektórych danych teleadresowych. Jak bowiem wynika z treści ofert złożonych przez oboje małżonków w ww. postępowaniach (na nadzór i wykonawstwo), identyczne są numery telefonów i numery faksów obu ww. wykonawców. Powyższe świadczy o braku rozdzielenia informacji dochodzących do każdej z firm.

Pomocniczo zauważono, że jak wynika z akt równolegle prowadzonych kontroli doraźnych podobnych postępowań (np. postępowania objętego kontrolą doraźną -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 MI - w Nadleśnictwie Wipsowo przeprowadzonego przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych w Olsztynie) decyzją Wojewody Dolnośląskiego ZK-7014/1/888/07 z

dnia 31 maja 2007 r. wydaną na podstawie art. 9 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, udzielono p. yyyyy - właścicielce firmy pn. Biuro Obsługi Inwestycji zgody na nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego. W treści tej samej decyzji Wojewoda wskazał, że „odpowiedzialnym za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami jest p. xxxxx”. Z informacji pozyskanej natomiast od innych zamawiających (Nadleśnictwa Opoczno i Brzeziny) wynika ponadto, że pan xxxxx, co najmniej do 2013 r. (a zatem także na dzień składania ofert w niniejszym postępowaniu) był pracownikiem firmy własnej żony i to niezależnie od prowadzenia własnej działalności gospodarczej. 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. Jednocześnie miał pełnić w przedmiotowym postępowaniu rolę podmiotu nadzorującego. Wskazuje to na silne powiązanie o charakterze merytorycznym i osobowym, gdyż osoba fizyczna (będąca jednocześnie przedsiębiorcą nadzorującym) jest pracownikiem odpowiedzialnym za postępowanie z materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do żony. W takich okolicznościach faktycznych i prawnych twierdzenie o bezstronności i niezależności obu podmiotów (przede wszystkim w kontekście dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym) zdaniem Prezesa UZP nie jest zasadne.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwróciła uwagę na następujące okoliczności:

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca ustanowił otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji.

Uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, będzie stanowił to podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreśliła, że w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (druk nr 278 z dnia 18 maja 1992 r.) wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej, w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów.

Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3).

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

Prezes UZP podkreśliła, że przedstawione powiązania pomiędzy wykonawcą wykonującym prace saperskie, a wykonawcą nadzorującym te prace, są na tyle silne, że nie można uznać, że są zgodne z dobrymi obyczajami nakazującymi zachowanie niezależności pomiędzy nadzorowanym i nadzorującym. Sytuacja zaistniała w przedmiotowej sprawie jest oparta na swoistych więziach i zależnościach pomiędzy podmiotami nadzorującymi i wykonującymi prace saperskie, w tym także pomiędzy pracownikami (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. Prezes Urzędu zwróciła uwagę na fakt, że niektóre dane teleadresowe firm, tj. faks i telefon są tożsame, co uprawdopodobnia istnienie



jednego wspólnego biura obu firm lub co najmniej wspólnego pracownika, który odbiera jednocześnie dokumenty dotyczące przedmiotowego projektu w imieniu wykonawcy i nadzoru. Choćby z tego tylko względu ewentualne fakсы i telefony kierowane przez zamawiającego do podmiotu nadzorującego w przedmiocie chociażby kontroli wykonawcy są, z najdalej posuniętym prawdopodobieństwem, natychmiast znane podmiotowi wykonawczemu. Powiązania między obiema ww. firmami godzą w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagrażają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Ww. powiązania między obiema firmami, w świetle faktu, że jedna z nich miała pełnić nadzór nad zadaniem wykonywanym przez drugą, są zdaniem Prezesa UZP sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi, aby podmiot nadzorujący był w pełni niezależny i obiektywny w stosunku do podmiotu nadzorowanego. Brak niezależności i obiektywizmu zagraża z kolei interesowi zamawiającego, gdyż naraża go na nienależyte wykonanie zamówienia. W ocenie Prezesa Urzędu także podjęcie przez zamawiającego decyzji o poddaniu efektu pracy firmy wykonawczej niezależnej kontroli merytorycznej (firmy RAD-MIN), o czym świadczy wystawiony w dniu 27.03.2014 r. Protokół Końcowy z Rekontroli, było efektem dostrzeżenia zagrożenia w postaci nienależytego wykonania zamówienia. Zamawiający był w pełni świadomy tego zagrożenia, w przeciwnym razie nie byłoby potrzeby występować do "podmiotu czwartego" w celu skontrolowania działań wykonawcy. Tym samym zamawiający był świadomy zagrożenia swojego interesu, o czym mowa w ustawie znk.

Uwzględniając przywołany stan faktyczny, treść ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz interpretację występujących w niej terminów należy uznać, iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Biura Obsługi Inwestycji yyyyy w części nr I i IV zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy znk zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów. Złożenie ww. oferty przez ww. wykonawcę stanowi bowiem czyn nieuczciwej konkurencji sprzeczny z dobrymi obyczajami, który zagrażał interesowi klienta jakim jest zamawiający.

W konkluzji Prezes UZP stwierdził, że zamawiający zobowiązany był unieważnić postępowanie w zakresie części IV zamówienia tj. w Nadleśnictwie Przemków na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak ważnych ofert w postępowaniu.

### **Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.**

Zamawiający stwierdził, że „kontrolujący pominął w swojej opinii przedłożone przez Zamawiającego pisma, które w trakcie realizacji ww. Projektu były kierowane do szeregu

podmiotów (kompetentnych organów - KIO, UOKiK) i miały na celu ustalenie przedmiotowej kwestii".

Zamawiający stwierdził, także, że „kontrolujący nie uzasadnił w sposób realny zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów”, a „relacja pomiędzy podmiotami SPEC-MAJ xxxxx, a BOI yyyyy w przedmiotowym Projekcie była już przedmiotem analizy w orzecznictwie dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 1 sierpnia 2004 r. (tożsamy stan faktyczny). (...) KIO stwierdziła (...), że złożenie oferty przez firmę SPEC-MAJ w postępowaniu na JNPWP w RDLP we Wrocławiu, 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 o udzielenie zamówienia publicznego. Każde z nich bowiem ponosi indywidualną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową".

W ocenie Zamawiającego „w związku z sentencją ww. wyroku, przewagi konkurencyjnej nie można opierać, jak wskazuje Kontrolujący, na więziach i zależnościach polegających m. in. na pozostawaniu w związku małżeńskim. (...). Zdaniem Odwołującego przewagi konkurencyjnej nie można również opierać, jak wskazuje Kontrolujący, na więziach i zależnościach pomiędzy pracownikami i współpracownikami obu firm". Zamawiający zarzucił „podanie nieprawdziwych informacji przez Kontrolującego w treści informacji o wyniku kontroli, jakoby podmiot nadzorujący był odpowiedzialny za odbiór terenów oczyszczanych przez firmę saperską. Podmiotem odpowiedzialnym za odbiór terenów oczyszczanych sapersko przez Wykonawcę tych prac, warunkującym wypłatę wynagrodzenia i wystawienia protokołów odbioru za każdym razem było Nadleśnictwo - strona umowy z firmą BOI, co wynika z treści umowy na wykonawstwo. Tym bardziej, że sam Kontrolujący wskazał w treści informacji o wyniku kontroli obowiązki podmiotu nadzorującego i nie wskazał wśród nich obowiązku odbioru terenów oczyszczonych. Istotne znaczenie ma też fakt, że Kontrolujący przypisuje w tym przypadku działanie zagrażające interesom Zamawiającego podmiotowi SPEC-MAJ chociaż podmiotem, który z treści całości kształtu informacji o wyniku kontroli miał się dopuścić czynu nieuczciwej konkurencji, jest jego zdaniem firma BOI yyyyy".

Zdaniem Zamawiającego, „Prezes UZP w treści informacji o wyniku kontroli nie udowodnił również zagrożenia dla interesów Zamawiającego. Kontrolujący nie przedstawił ani faktów, ani tym bardziej dowodów, które stanowią o takim naruszeniu. Zdaniem Odwołującego, wskazywany przez Kontrolującego fakt, iż poddał on efekt prac wykonawcy kontroli jeszcze innemu podmiotowi (firmie RAD-MIN) nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nastąpiło to na etapie realizacji umowy

wykonawczej". Zamawiający zakwestionował również wszystkie okoliczności przywołane w Informacji o wyniku kontroli jako przejawy powiązań pomiędzy ww. podmiotami, wskazując w szczególności, że „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. (...). Zdaniem Odwołującego, oceniając działania przedsiębiorców poprzez pryzmat prowadzonych przez nich działalności, każdorazowo za podstawę do rozważań należy przyjąć przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o *swobodzie działalności gospodarczej*. (...). Biorąc pod uwagę, że zarówno yyyyy, jak i xxxxx prowadzą zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dwie niezależne działalności gospodarcze (na podstawie odrębnych numerów NIP i REGON), uznać należy, zgodnie z przepisami ww. ustawy, że każde z nich prowadzi tę działalność na własny rachunek (dodatkowo w ramach rozdzielności majątkowej). W związku z powyższym, twierdzenie kontrolującego, że małżeństwo, jako jeden byt prawny, *dubluje w ramach prowadzonej przez każdego z nich działalności zachowania sprowadzającego się do uzyskania konkretnego kontraktu lub w przedmiotowym stanie faktycznym ułatwienia realizacji kontraktu jest bezzasadne*. (...). Nie można zgodzić się z twierdzeniem Kontrolującego, że podmiot nadzorujący współdecydował z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. Zgodnie z zawartą umową o odbiorze prac decydował każdorazowo Zamawiający, a jak sam wskazał Prezes UZP, JNPWP udzielał jedynie wsparcia merytorycznego Nadleśnictwom. (...). Należy również wskazać na nieprawdziwą informację wskazaną w wyniku kontroli przez Kontrolującego, jakoby firma nadzorcza jest merytorycznym pełnomocnikiem Zamawiającego i w stosunkach z wykonawcą jest quasi - zamawiającym. Firma Nadzorcza, nigdy nie otrzymała od Zamawiającego pełnomocnictwa do wykonywania w jego imieniu jakichkolwiek czynności, a jedynie jest stroną umowy o zamówienie publiczne. (...)"

Zamawiający odniósł się także do zarzutów z Informacji o wyniku kontroli dotyczących powiązań osobowych pomiędzy pracownikami działającymi w nadzorze i wykonawstwie stwierdzając, że „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. Zamawiający zakwestionował także wnioski jakie wywiódł Prezes Urzędu na podstawie okoliczności, że „xxxxx został wskazany jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego” w firmie należącej do żony. „Ze względów bezpieczeństwa krąg pracowników danego

podmiotu jest ograniczany w treści samego pozwolenia. Wskazanie w 2007 r. p. xxxxx jako osoby odpowiedzialnej w ww. zakresie jest w świetle przepisów prawa dopuszczalne. xxxxx mógł bowiem jako pracownik być odpowiedzialny w 2007 r. za nabywanie, przechowywanie i używanie materiałów wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, a w 2013 i 2014 r. (w chwili prowadzenia postępowania w Nadleśnictwie Przemków) prowadzić odrębną działalność gospodarczą. Ponadto, firma BOI yyyyy posiada ww. pozwolenie z 2013 r., gdzie w treści pozwolenia widnieje już yyyyy".

Konkludując Zamawiający podkreślił, że nie zaistniały przesłanki pozwalające na uznanie, że złożenie oferty przez p. yyyyy było czynem nieuczciwej konkurencji. Ponadto, Zamawiający poinformował Prezesa Urzędu, że pan xxxxx wniósł pozew cywilny do Sądu Okręgowego w Poznaniu przeciwko wykonawcy BET-MIN rrrrr wnosząc o zobowiązanie pozwanego do złożenia przed szeregami Instytucji oświadczenia o odwołaniu wszystkich zarzutów (dotyczących szeroko rozumianej działalności antykonkurencyjnej), 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.”

**Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że:**

Nie jest zasadne twierdzenie, że Prezes Urzędu stwierdzając naruszenie ustawy Pzp nie uzasadnił w sposób należyty realnego zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów oraz zagrożenia interesu zamawiającego. Nie jest też zgodne ze stanem faktycznym stwierdzenie, że wskazując naruszenie, Prezes Urzędu nie poddał analizie załączonych do akt kontroli pism właściwych instytucji.

Przytoczony przez zamawiającego wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14) zawiera stanowisko niezgodne z postawioną przez niego tezą, jakoby wyrok oddalał możliwość postawienia naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W wyroku Izba oddaliła odwołanie w przedmiocie m.in. dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Wyrok nie został jednak wydany przy analogicznym stanie faktycznym. Choć w postępowaniu ocenionym przez KIO biorą 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, to jednak ocenie składu orzekającego poddane zostało postępowanie na nadzór, a kontroli Prezesa UZP postępowanie na wykonawstwo. Oznacza że zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczył oferty należącej do SPEC-MAJ xxxxx, a nie wykonawcy BOI yyyyy. Po drugie, zarzuty odwołującego 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. Po trzecie, 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 Majewskich 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 faktyczne nie stanowiły podstawy zarzutów stawianych przez Prezesa Urzędu w treści Informacji o wyniku kontroli. Zdaniem Prezesa UZP, najważniejsza jest okoliczność, że Izba w uzasadnieniu stwierdziła co prawda niedostatecznie udokumentowaną przesłankę zagrożenia interesów zamawiającego, ale jednocześnie odstąpiła od badania przesłanki sprzeczności działań podmiotu nadzorującego z dobrymi obyczajami, nie wykluczając naruszenia dobrych obyczajów (s. 29 orzeczenia). Izba uznała przesłankę naruszenia dobrych obyczajów za uprawdopodobnioną i realną, ale nie badała jej na skutek nie ziszczenia się przesłanki zagrożenia interesu zamawiającego.

Zdaniem Prezesa UZP nie jest także zasadne stanowisko zamawiającego, będące kompilacją powyższego orzeczenia i wyroku z dnia 4 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 143/13), że skoro każdy z podmiotów (na wykonawstwo i nadzór) podpisał odrębną umowę z zamawiającym i ponosi indywidualną odpowiedzialność przed zamawiającym to niedopuszczalne jest stawianie zarzutów dotyczących przewagi konkurencyjnej w oparciu o więzi i zależności między tymi podmiotami. KIO istotnie nadała duże znaczenie okoliczności zawarcia odrębnych umów, jednak ewentualne skutki rozpatrywane były w kontekście ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która faktycznie nie przewiduje prawnych ograniczeń takich czynności. W przedmiotowym stanie faktycznym Prezes Urzędu nie powiązał jednak wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji z naruszeniem obowiązującego prawa, w tym powyższej ustawy. Prezes Urzędu wskazywał natomiast, że okoliczność składania oferty na inne postępowanie pozostaje bez znaczenia w świetle niewątpliwego wpływu rozstrzygnięcia postępowania na nadzór - na postępowanie wykonawcze. Podkreślić należy po raz kolejny, że są to postępowania pozostające względem siebie w specyficznej relacji nadzór - wykonawstwo. Zatem dowodzenie, że oferty przedsiębiorców powiązanych złożono na inne postępowania, mogło by mieć znaczenie gdyby zarzutem Prezesa Urzędu był np. zarzut zмовы przetargowej między podmiotami w celu uzyskania zamówienia, a nie zarzut wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez naruszenie dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym (a nie naruszenia prawa), który zagraża interesowi klienta. Biorąc pod uwagę ww. okoliczności, nie można uznać, że Krajowa Izba Odwoławcza wydała ww. wyrok

w identycznym stanie faktycznym i wyrok ten może być przesłanką uznania, że w kontrolowanym postępowaniu nie doszło do zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności w kontekście naruszenia dobrych obyczajów, co wskazuje zamawiający.

Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzenie, że podstawą do oceny czy dany czyn można określić jako czyn nieuczciwej konkurencji wymaga zbadania okoliczności towarzyszących. W przedmiotowym stanie faktycznym Prezes Urzędu ujawnił cztery takie okoliczności. Pierwszą dostrzeżoną okolicznością było istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami. Drugą - wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, co było dodatkowo wzmocnione szerokimi w ocenie Urzędu kompetencjami podmiotu nadzorującego nad nadzorowanym. Trzecią dostrzeżoną okolicznością były zależności między zasobami osobowymi obu podmiotów, które przejawiały się zarówno we wzajemnych występowaniu tych samych osób na stanowiskach kierowniczych i wykonawczych (saperskich) u obu podmiotów, jak też powiązania krzyżowe, tj. sytuacje, w których kierownik prac saperskich występował w jednym postępowaniu jako szef zespołu wykonawczego, w innym zaś jako szef zespołu nadzorującego. Czwartą okolicznością były niektóre wspólne dane teleadresowe firm. Pomocniczo, bazując na informacjach ujawnionych w toku innych prowadzonych kontroli (w Nadleśnictwie Opoczno i Brzeziny) stwierdzono, że p. xxxxx był zatrudniony w firmie własnej żony jako pracownik, zgodnie z decyzją administracyjną wojewody i odpowiedzialny za ogólne zarządzanie materiałami niebezpiecznymi. Wszystkie te okoliczności, zdaniem Prezesa UZP dowodzą bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i co w konsekwencji zagraża interesowi klienta, czyli zamawiającego, tj. zagraża należytej realizacji zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził także, że zgodne ze stanem faktycznym jest stwierdzenie Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli, że „Podmiot nadzorujący współdecydował z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej (kontrolnej) weryfikacji (...)”. Z § 17 ust. 2 umowy wykonawczej wynika, że JNPWP po zakończeniu całości prac wykonawczych (lub ich części, za które zostanie wystawiona faktura) rozpoczyna kontrolę jakościową na minimalnej powierzchni 10% obszarów oczyszczonych przez wykonawcę. Kontrola ta obejmować będzie obszary wybrane przez zamawiającego i JNPWP. Treść zapisu nie pozostawia wątpliwości, że mowa jest tu o porozumieniu obu podmiotów, a nie wydawaniu przez zamawiającego wiążących poleceń podmiotowi nadzorującemu. W tym też kontekście stwierdzenie Zamawiającego, że "teren poddawany kontroli przez JNPWP był każdorazowo typowany przez pracownika

Zamawiającego i przekazywany firmie nadzorującej (...)." jest bezprzedmiotowe. Po pierwsze, nie wynika z umowy, tylko bliżej nieokreślonej praktyki, której nie sposób potwierdzić na etapie kontroli. Po drugie, jeśli taka praktyka rzeczywiście wystąpiła na etapie realizacji to nie była znana na dzień oceny ofert i pozostaje bez wpływu na treść naruszenia.

Prezes za niezasadne uznał stwierdzenie Zamawiającego, że "sam fakt prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego potwierdza funkcjonowanie konkurencji i niezafałszowane współzawodnictwo". Wyjaśnił, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie z natury rzeczy otwartym i konkurencyjnym, również może dochodzić do nieuprawnionych praktyk, w tym w szczególności stwierdzenia, że złożona w postępowaniu oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co zostało ustalone w niniejszym postępowaniu w wyniku kontroli Prezesa UZP.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko, że Zamawiający ostatecznie zlecił dodatkowo usługi nadzoru innej firmie, bowiem był świadomy zagrożenia swojego interesu, czyli należytego wykonania zamówienia w świetle powiązań między firmą nadzorowaną i nadzorującą lub też został w tym zakresie uświadomiony przez instytucje kontrolujące (NFOŚiGW). 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. nie mogą być jednak przeniesione wprost do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Jak 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". Już z powyższego wynika, że treścią kontroli nie były objęte sensu stricto postępowania wykonawcze, a forma sprawowania nadzoru. 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. Trudno powyższe stwierdzenie uznać za dowód na niebudzące wątpliwości należyte wykonywanie prac przez przedsiębiorców powiązanych, a praktykę jednoczesnego wykonawstwa i nadzoru przez podmioty powiązane za przykład wysokich standardów i dobrych obyczajów. Prezes UZP ponownie podkreślił, że prawidłowym rozwiązaniem było odrzucenie oferty BOI yyyyy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i wybranie w kolejnym postępowaniu oferty innego wykonawcy, niepowiązanego z firmą nadzorującą, nie zaś wydatkowanie dodatkowych środków publicznych na sfinansowanie drugiej usługi nadzoru -wykonywanej obok nadzoru firmy SPEC-MAJ xxxxx.

Zamawiający odnosząc się do poszczególnych okoliczności stwierdził w

zastrzeżeniach, że „samo pozostawanie w więzi faktycznej lub prawnej, w tym przypadku małżeństwa nie może stanowić podstaw do twierdzenia o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji”. Prezes wyjaśnił, że w Informacji o wyniku kontroli podobnie wskazano, że samo zaistnienie związku małżeńskiego pomiędzy podmiotami nie może wprost świadczyć o istnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. 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 pozostałe trzy okoliczności opisane w Informacji o wyniku kontroli, w tym 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. Nie potrzeba na tę okoliczność specjalnego dowodu, trudno też sobie wyobrazić jakiego dowodu Zamawiający oczekuje i jak na gruncie Prawa zamówień publicznych taki dowód powinien wyglądać - wystarczające w ocenie Prezesa są reguły doświadczenia życiowego i analiza zaistniałego stanu faktycznego. Powiązanie danych teleadresowych firm nadzorującej i nadzorowanej jest zjawiskiem jednoznacznie nagannym w relacjach nadzór - wykonawstwo i podważa sens takiej relacji. Istotą nadzoru jest bowiem formalna i faktyczna bezstronność, która dopiero gwarantuje właściwe zachowania po stronie podmiotu nadzorowanego. Prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że podmiot profesjonalny będzie wykonywał swoje zadania rzetelnie osiągnąć można wówczas, gdy całkowicie od niego niezależny inny podmiot profesjonalny będzie nadzorował jego prace. Brak zatem faktycznej bezstronności w zamówieniu o charakterze specjalistycznym zagraża interesowi zamawiającego, który nie jest profesjonalnym podmiotem w zakresie usług oczyszczania saperskiego. Złożenie oferty, w następstwie której zawarcie umowy niweczyłoby sens zamówienia sprowadzając nadzór nad czynnościami do nadzoru nad samym sobą, jak również stawiając podmiot kontrolujący i kontrolowany w dogodnej, sprzecznej z istotą nadzoru pozycji, może i powinno być rozpatrywane przez pryzmat regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...)."

Odnosząc się do opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14.02.2014 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że została ona wydana w oparciu o analizę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ustawy znk. UOKiK wprost wskazuje w treści opinii, że „Prezes UOKiK nie jest właściwy do oceny zgodności działań przedsiębiorców z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o



*zwalczeniu nieuczciwej konkurencji*, czy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych*. Z tego też względu analiza przedstawionego przez Państwa stanu faktycznego ograniczona będzie jedynie do oceny zgodności opisanych działań z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów". Tym samym, zdaniem Prezesa UZP, stanowisko UOKiK nie może być argumentem kwestionującym zasadność opisanego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia. Prezes UZP wskazał także, że UOKiK przeanalizował stan faktyczny pod kątem istnienia porozumień ograniczających konkurencję (w szczególności zmów przetargowych) oraz nadużywania pozycji dominującej, co nie oddaje istoty sprawy, gdyż przedmiotem naruszenia wykazywanego przez Prezesa Urzędu nie są ani zmywy przetargowe, ani zagadnienie monopolu i oligopolu na rynku usług saperskich. Ponadto treść zapytania skierowanego do UOKiK dotyczyła tylko okoliczności zaistnienia związku małżeńskiego pomiędzy podmiotami, bez analizy okoliczności towarzyszących, ujawnionych na skutek kontroli. W tym też kontekście stwierdzenie UOKiKu, że okoliczność, że *każdy z dwóch odrębnych przedmiotowo przetargów wygrali przedsiębiorcy ze sobą powiązani, samo w sobie nie stanowi dowodu istnienia porozumienia antykonkurencyjnego* jest także zgodne z ustaleniami Urzędu, który wprost wskazał, że samo zawarcie małżeństwa pomiędzy przedsiębiorcami nie przesądza o podstawie do odrzucenia oferty jednego z nich w myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, okoliczność prowadzenia przez p. xxxxx odrębnej działalności gospodarczej od p. yyyyy, ma znaczenie formalne i nie może wprost uchylać ustaleń poczynionych przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli. W ocenie Prezesa Urzędu, nie mamy do czynienia z sytuacją, w której każdy przedsiębiorca działa wyłącznie w swoim interesie, ale mamy do czynienia z sytuacją odwrotną, w której interes jednego przedsiębiorcy jest zbieżny z interesem drugiego (obydwu zależy na tym, żeby prace saperskie zostały uznane za należyte wykonane, co pozwoli otrzymać należne wynagrodzenie). Biorąc pod uwagę, że jeden z przedsiębiorców nadzoruje prace drugiego, jest to sytuacja niedopuszczalna, która narusza dobre obyczaje i zagraża interesowi Zamawiającego, tj. zagraża należytemu wykonaniu zamówienia.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że istotą zarzutu było badanie rozległości powiązań pomiędzy podmiotami, ich sprzeczności z dobrymi obyczajami, co miało miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji - wynikającymi z tego zagrożeniami dla realizacji zamówienia. Prezes zauważył, że podwójna aktywność zawodowa p. xxxxx jako pracownika firmy żony i autonomicznego przedsiębiorcy nie jest sprzeczna z prawem i Prezes Urzędu takiej sprzeczności nie zarzuca, pozostaje natomiast sprzeczna z dobrymi obyczajami w obrocie i wypełnia przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy znk. W świetle Kodeksu cywilnego brak jest odrębności prawnej pomiędzy osobą fizyczną p. xxxxx, 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 bezzasadne.

W ocenie Prezesa Urzędu nie można przyjąć argumentacji zawartej w zastrzeżeniach wskazującej na brak wpływu powiązań pomiędzy osobami wyznaczonymi do pełnienia funkcji w wykonawstwie i nadzorze, gdyż „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”. Po pierwsze, Prezes Urzędu nie stwierdził, że 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. Po drugie, nawet jeśli osoby wskazane w ofertach i umowach obu firm faktycznie nie nadzorowały wykonywanych przez siebie prac, to sam fakt, że osoby te (jak wynika z ofert i umów) 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. Jeżeli bowiem dana osoba w jednym nadleśnictwie pracuje dla firmy wykonawczej, a w drugim nadleśnictwie pracuje w firmie nadzorującej wykonując usługi nadzoru nad pracami wykonanymi przez ww. firmę wykonawczą, to naturalne jest, że może starać się wykonywać nadzór tak, aby zachować dobre relacje ze swoim pierwszym pracodawcą, tj. firmą wykonawczą.

Prezes Urzędu stwierdził, że nie dostrzega bezpośredniego związku pomiędzy faktem postawienia naruszenia z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy znk i okolicznościami przesądzającymi o tym naruszeniu, a faktem, że w przedmiotowym postępowaniu oraz innych postępowaniach prowadzonych w Nadleśnictwie Przemków w latach 2004 - 2007 wycena robocizny na 1 hektar w ofercie BOI jest podobna.

Prezes Urzędu podkreślił, że w analogicznym stanie faktycznym w odniesieniu do postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych przez Nadleśnictwo Opoczno, Nadleśnictwo Brzeziny, Nadleśnictwo Jedwabno i Nadleśnictwo Przasnysz Krajowa Izba Odwoławcza uznała w Uchwałach wydanych na skutek przekazania nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyniku kontroli (uchwały KIO: 1. z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 27/16, 2. z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 28/16, 3. z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 33/16), że złożenie oferty przez wykonawcę BOI yyyyy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp,

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je w dniu 17 maja 2016 r. do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Izba 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 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych co do zasadności stwierdzonego naruszenia.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi, że Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ustawy znk), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 3 ust. 1 ustawy znk rozróżnia przesłankę sprzeczności (naruszenia) z prawem oraz z dobrymi obyczajami. Co także istotne, art. 3 ust. 1 ustawy znk nie wymaga, aby działanie danej firmy faktycznie naruszyło interes klienta, a wystarczające jest, żeby interes klienta był zagrożony

Zdaniem Zamawiającego, Kontrolujący nie uzasadnił w sposób realny zaistnienia naruszenia dobrych obyczajów. Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach, zgodnie z którym „(...) *Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.*”

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że brak jest legalnej definicji terminu: „dobre obyczaje” i ustalenie zakresu tego pojęcia powinno nastąpić po kompleksowej ocenie stanu faktycznego. Po drugie, z zacytowanego fragmentu wyroku Sądu Apelacyjnego wynika, że skoro ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona została orzecznictwu, to oznacza to, że taka ocena dokonywana jest w toku procesu stosowania prawa, gdyż przedmiotem orzecznictwa jest ocena określonego stanu faktycznego. Taka ocena dokonana została również w toku kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu. Po trzecie, przy dokonywaniu oceny naruszenia dobrych obyczajów należy przede wszystkim określić, jakie dobre obyczaje potencjalnie mogłyby zostać naruszone oraz jakie działania lub zaniechania mogły naruszać te obyczaje.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu stwierdził, że sprzeczne z dobrymi obyczajami są na tyle bliskie relacje między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą (w tym także powiązania osobowe, wspólne dane teleadresowe), że zagraża to interesowi Zamawiającego. Pożądana jest sytuacja, gdy podmiot kontrolujący jest niezależny od podmiotu kontrolowanego, co gwarantować ma niezależność podmiotu kontrolującego i rzetelność przeprowadzonej kontroli. W ocenie Izby, przyjęcie odmiennego stanowiska zaprzeczyłoby samej istocie kontroli, polegającej na sprawdzeniu działań lub zaniechań innego podmiotu i mogłoby prowadzić do uzyskania nieobiektywnych wyników kontroli – a więc wyników z punktu widzenia podmiotu zlecającego przeprowadzenie kontroli bezwartościowych.

Etapem oceny, czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, powinno być ustalenie, jakie działania lub zaniechania naruszyły lub mogły naruszyć dobre obyczaje. Podstawą do oceny, czy dany czyn (działanie lub zaniechanie) można określić jako czyn nieuczciwej konkurencji jest więc zbadanie okoliczności towarzyszących. W przedmiotowym stanie faktycznym Prezes Urzędu ujawnił cztery takie okoliczności. Pierwszą dostrzeżoną okolicznością było istnienie związku małżeńskiego między przedsiębiorcami. Drugą - wystąpienie układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, co było dodatkowo wzmocnione szerokimi w ocenie Urzędu kompetencjami podmiotu nadzorującego nad nadzorowanym. Trzecią dostrzeżoną okolicznością były zależności między zasobami osobowymi obu podmiotów, które przejawiały się zarówno we wzajemnym występowaniu tych samych osób na stanowiskach kierowniczych i wykonawczych (saperskich) u obu podmiotów, jak też powiązania krzyżowe, tj. sytuacje, w których kierownik prac saperskich występował w jednym postępowaniu jako szef zespołu wykonawczego, w innym zaś jako szef zespołu nadzorującego. Czwartą okolicznością były niektóre wspólne dane teleadresowe firm (adres siedziby i numer faksu), co wskazuje na brak bariery informacyjnej pomiędzy dwoma formalnie odrębnymi podmiotami. Pomocniczo, bazując na informacjach ujawnionych w toku innych prowadzonych kontroli (w Nadleśnictwie Opoczno i Brzeziny) stwierdzono, że p. Lesław Majewski był zatrudniony w firmie własnej żony jako pracownik, zgodnie z decyzją administracyjną wojewody i odpowiedzialny za ogólne zarządzanie materiałami niebezpiecznymi. Wszystkie wymienione okoliczności dowodzą bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i co w konsekwencji zagraża interesowi klienta, czyli zamawiającego, tj. zagraża należytej realizacji zamówienia. Ujawnione i wskazane powyżej okoliczności dowodzą wystąpienie ryzyka, 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.

Nie ulega wątpliwości, iż w stanie faktycznym ustalonym w toku kontroli, interesy obu przedsiębiorców są ze sobą zbieżne – zarówno podmiot nadzorowany, jak i podmiot nadzorujący mają interes w tym, aby prace saperskie zostały uznane za należycie wykonane, co skutkuje otrzymaniem wynagrodzenia. A skoro tak, to nadzór nad wykonawstwem zostanie przeprowadzony w sposób nieobiektywny, co stanowi zagrożenie podstawowych interesów Zamawiającego. Celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Ustawa za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje nie tylko naruszenie interesów innego przedsiębiorcy, ale również zagrożenie tych interesów. Zagrożenie zatem interesu Zamawiającego, wykazane powyżej, stanowi podstawę do stwierdzenia, że złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy znk.

Zamawiający w treści pisma zawierającego zastrzeżenia do przeprowadzonej kontroli stwierdził także, że 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 z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt 1468/14) (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.

Należy zauważyć, że przedmiotem oceny przez Izbę było postępowanie dotyczące nadzoru nad wykonawstwem, zaś Prezes Urzędu dokonał kontroli postępowania dotyczącego wykonania prac saperskich. Ponadto, podstawą do stwierdzenia naruszenia przez Prezesa Urzędu nie był sam fakt pozostawiania przedsiębiorcy wykonującego prace i nadzorującego te prace w związku małżeńskim, lecz także inne niż pozostawanie w związku małżeńskim okoliczności wskazujące na powiązania pomiędzy podmiotami. Prezes UZP jednoznacznie stwierdził, że 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.

Izba podziela także twierdzenie Prezesa UZP, zgodnie z którym fakt prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego nie oznacza, że nie doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Również w przetargu nieograniczonym może

zostać złożona oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Samo zastosowanie przez Zamawiającego procedury przetargowej nie zapobiegnie czynom nieuczciwej konkurencji zastosowanym przez wykonawców. Rolą Zamawiającego jest każdorazowa weryfikacja ofert pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty, a więc także weryfikacja, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, „wskazywany przez Kontrolującego fakt, iż poddał on efekt prac wykonawcy kontroli jeszcze innemu podmiotowi (firmie RAD-MIN) nie ma znaczenia dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż nastąpiło to na etapie realizacji umowy wykonawczej. Ponadto u podstaw podjęcia takiej rekontroli było uzyskanie pewności, że w trakcie realizacji umowy nie doszło do naruszenia przepisów i faktów mogących skutkować nienależytym wykonaniem usługi rozpoznania i oczyszczenia saperskiego. Miało też służyć zachowaniu transparentności i przejrzystości oraz obaleniu pogłosek o naruszeniu dobrych obyczajów. Prawo, bowiem stanowi jasno, że czyn naruszenia musi zostać poparty faktami.”

Zdaniem Izby, z powyższych stwierdzeń Zamawiającego wynika, że w świetle istniejących powiązań między kontrolowanym a nadzorującym, Zamawiający nie miał pewności co do obiektywności kontroli dokonanej przez podmiot nadzorujący. Gdyby Zamawiający taką pewność posiadał, nie byłoby potrzeby zlecenia kontroli zrealizowanych prac jeszcze jednemu podmiotowi.

Ponadto bez znaczenia w niniejszej sprawie jest korespondencja, jaką Zamawiający prowadził z departamentem Ochrony Konkurencji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jak trafnie wskazał Prezes Urzędu, ocena stanu faktycznego niniejszej sprawy dokonana przez Departament Ochrony UOKiK dotyczyła wyłącznie kwestii ewentualnego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. UOKiK nie dokonał natomiast oceny pod kątem ewentualnego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o znk i pzp. Nadto UOKiK dokonał analizy stanu faktycznego wyłącznie pod kątem istnienia porozumień ograniczających konkurencję i nadużywania pozycji dominującej, a te kwestie nie były podnoszone przez Prezesa Urzędu w wynikach kontroli. Ponadto, jak wskazał Prezes UZP, treść zapytania skierowanego do UOKiK dotyczyła tylko okoliczności zaistnienia związku małżeńskiego pomiędzy podmiotami, bez analizy okoliczności towarzyszących, ujawnionych na skutek kontroli.

Bez znaczenia pozostają także wywody Zamawiającego dotyczące przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, gdyż oceny, czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji dokonuje się na podstawie ustawy znk.

Podobnie bez znaczenia w ocenie Izby, pozostają wywody Zamawiającego dotyczące

oceny realizacji umów przez wykonawcę BOI yyyyy, oferowanej w innych postępowaniach ceny, jak również stwierdzenia Zamawiającego podważające staranność realizacji umówi przez niektóre inne – niewymienione przez Zamawiającego – cywilne firmy saperskie.

Izba podziela także stanowisko Prezesa UZP, zgodnie z którym występowanie tych samych osób w firmie nadzorującej i nadzorowanej wskazuje na utratę obiektywizmu przy realizacji kontroli. 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 (jak wynika z ofert i umów) 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. Ponownie należy zauważyć, że taka sytuacja jest sprzeczna z dobrymi obyczajami nakazującymi pełną niezależność i obiektywizm pomiędzy firmą nadzorowaną i nadzorującą. Przede wszystkim jednak zagraża interesowi zamawiającego, tj. właściwemu wykonaniu zamówienia. Skoro zatem art. 3 ust. 1 ustawy znk nie wymaga, aby działanie danej firmy faktycznie naruszyło interes klienta, a wystarczające jest, żeby interes klienta był zagrożony, co w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce, to oznacza, że spełniona została przesłanka skutkująca uznaniem, że złożenie oferty przez p. yyyyy było czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. artykułu.

Izba stwierdziła zatem, 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. Oznacza to, że zachodziła przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało uznać, że zastrzeżenia Zamawiającego nie są uzasadnione i nie polegają uwzględnieniu.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....