

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 czerwca 2016 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 16.05. 2016 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Państwowe Gospodarstwo Leśne „Lasy Państwowe”

Nadleśnictwo Świętoszów

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 11 maja 2016 r. w przedmiocie zamówienia na: wykonanie „rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwie Świętoszów: część I – Świętoszów 1; część 2 - Świętoszów 2”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Grzegorz Matejczuk

Aneta Młacka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli podano, że zamówienie cyt.: (...) na rozpoznanie i oczyszczanie saperskie terenu w Nadleśnictwie Świętoszów: część I - Świętoszów 1, część II - Świętoszów 2, będące przedmiotem niniejszej kontroli jest elementem projektu pn.: „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popolygonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP” (nr projektu: POIS.02.02.00-00-001/10). Celem projektu jest przywrócenie zdegradowanym terenom powojkowym wartości przyrodniczych i użytkowych. Beneficjentem projektu jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe (dalej PGL LP). Za realizację projektu odpowiada Centrum Koordynacji Projektów Środowiskowych (dalej CKPŚ), które jest jednostką PGL LP. Jednym z zadań wykonywanych w ramach niniejszego projektu jest oczyszczenie saperskie terenów w obrębie 57 nadleśnictw, leżących w 15 Regionalnych Dyrekcjach Lasów Państwowych. Konstrukcja projektu zakładała, że zadania te realizowane są przez cywilne firmy saperskie wyłonione w drodze postępowań przetargowych przeprowadzanych przez poszczególne nadleśnictwa (dalej także, jako: „postępowania wykonawcze”). Nadzór nad wykonywanymi pracami saperskimi sprawuje Jednostka Nadzorująca Prawidłowość Wykonywanych Prac (dalej JNPWP), która jest odrębnym podmiotem, wyłonionym w osobnym przetargu”. Kontrolujący zwrócił uwagę, że (...) Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych we Wrocławiu przeprowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie ZP-2710-05/14 na wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac (JNPWP) rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świętoszów. Termin otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu przypadał na dzień 23.06.2014 r., natomiast wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 10.07.2014 r. W dniu 16.10.2014 r. została zawarta umowa nr 51/2014 z wykonawcą xxxxx na kwotę 97.469,70 zł brutto. Termin realizacji umowy określono „do dnia 31.08.2015 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, popolygonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP”. Prace miały być prowadzone dla nadleśnictw Bolesławiec i Świętoszów. 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 każdej z 5 części w każdym z 2 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, pracownikami odpowiedzialnymi za realizację umowy ze strony wykonawcy był Pan qqqq i wwwww. Integralną częścią umowy była oferta ww. wykonawcy". Dalej wskazano, że „W kontrolowanym postępowaniu wykonawczym w zakresie części I zamówienia oferta złożona przez wykonawcę yyyyy została wybrana, jako najkorzystniejsza (pismo z dnia 18.09.2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej) i w dniu 21.10.2014 r. pomiędzy Nadleśnictwem Świętoszów a niniejszym wykonawcą podpisano umowę nr JZX/165/2014 w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z § 15 ust. 1 umowy nr JZX/165/2014: „wykonawca przyjmuje na siebie obowiązki kierowania pracami i ustanawia pracownika odpowiedzialnego za realizację umowy w osobie: rrrrr". 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. 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. Zdaniem Kontrolującego (...) Z powyższego wynika, że zarówno na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej w części I (tj. 18.09.2014 r.) oraz podpisywania umowy o zamówienie w zakresie części I (tj. 21.10.2014 r.) z yyyyy było już

wiadomo, który podmiot złożył najkorzystniejszą ofertę oraz będzie realizował zamówienie na nadzór (wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na nadzór miał miejsce w dniu 10.07.2014 r., podpisanie z nim umowy: 16.10.2014 r.), i że będzie nim wykonawca xxxxx. Z informacji przekazanych m.in. przez podmiot wnoszący o kontrolę, tj. Ministerstwo Środowiska wynika, że ww. przedsiębiorcy są prywatnie małżonkami. Uwzględniając okoliczność, że przedsiębiorca nadzorujący i nadzorowany są ze sobą powiązani należy na wstępie określić zakres tego związku, a następnie ocenić, czy może on skutkować koniecznością odrzucenia oferty yyyyy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - tj. z uwagi na taką okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

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

Po drugie, w przedmiotowym stanie faktycznym powiązani osobowo przedsiębiorcy występują co prawda w odrębnych, ale nierozzerwanie związanych ze sobą postępowaniach; wykonawstwa i nadzoru. Konieczność nadzoru w jakichkolwiek specjalistycznych postępowaniach wynika z tego, że zamawiający mający interes w należyтым wykonaniu zamówienia nie dysponuje narzędziami zapewniającymi merytoryczną ocenę prawidłowości jego wykonania, co wynika wprost z oczywistych braków kompetencji. Podmiot nadzorujący jest więc merytorycznym doradcą zamawiającego. 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 I zamówienia na korzyść firmy pani yyyyy, a więc poddając efekt jej pracy audytowi dokonywanemu przez firmę jej męża (w momencie zawierania umowy na wykonawstwo wiadomym było, że oferta małżonka w postępowaniu na nadzór została oceniona, jako najkorzystniejsza), w istocie podważył sensowność nadzoru i pozostał osamotniony w kontaktach z podmiotem profesjonalnym, tj. firmą yyyyy. Truizmem jest bowiem stwierdzenie, że najlepszą gwarancją należytego wykonania zamówienia jest realne nadzorowanie działań przez zamawiającego, a jeżeli przedmiot zamówienia jest specjalistyczny - faktyczna bezstronność i niezależność zewnętrznego podmiotu nadzorującego. Taka niezależność w zaistniałym stanie faktycznym, w ocenie Urzędu, nie została zapewniona. Zwrócić należy przy tym uwagę na szeroki zakres nadzoru nad wykonawstwem opisany powyżej, co w ocenie Urzędu może mieć realne przełożenie na wykonywanie zamówienia przez wykonawcę. Podmiot nadzorujący współdecydował bowiem z zamawiającym, jaki teren poddany zostanie ponownej (kontrolnej) weryfikacji pod kątem występowania materiałów niebezpiecznych. 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).

Po trzecie, ściśle 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. wykonawców². Powyższe świadczy o braku rozdzielania informacji dochodzących do każdej z firm.

Po czwarte, jak wynika z akt równolegle prowadzonej kontroli doraźnej postępowania (KD/23/16/DKUE) 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 przeprowadzonego również przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu, 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. 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 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". Mając na uwadze powyższe okoliczności Kontrolujący stwierdził, że (...) Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten wprost odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaistnienie zatem zdarzenia mającego charakter czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy znk pociąga za sobą sankcję w postaci nakazu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi taki czyn. Podmiotem, który może dopuszczać się czynów nieuczciwej konkurencji jest przedsiębiorca. Z treści art. 2 ustawy znk wynika, że przedsiębiorcami, w rozumieniu ustawy znk, są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, które prowadząc, chociażby ubocznie, działalność zarobkową lub zawodową uczestniczą w działalności gospodarczej. Chociaż bowiem prawodawca nie zawsze stanowi o tym wprost w poszczególnych przepisach traktujących o poszczególnych czynach nieuczciwej konkurencji oraz nie wspomina o tym bezpośrednio w klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji, to jednak z kontekstu tych przepisów bez żadnej wątpliwości wynika, że jedynie przedsiębiorcy mogą dopuszczać się zakazanych przez ustawę czynów nieuczciwej konkurencji. Stosownie do treści art. 3 ust. 1 ustawy znk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 tejże ustawy ustawodawca ustanowił otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Uznanie określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga jednoczesnego wypełnienia znamienia działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami oraz ustalenia, iż działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W konsekwencji, jeżeli złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, będzie stanowił to podstawę do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp". Stwierdzono także, że (...) Ze względu na specyfikę systemu prawa zamówień publicznych istotne jest skupienie się na samym pojęciu „czyn nieuczciwej konkurencji" jako klauzuli generalnej, ze względu na fakt, że czyny utrudniające konkurencję, które występują w toku postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego mogą mieć różną postać, odbiegającą od czynów nazwanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Już w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (druk nr 278 z dnia 18 maja 1992 r.) wskazano, że wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter przykładowy, ponieważ nie jest możliwe ustalenie wyczerpującej i zamkniętej listy czynów nieuczciwej konkurencji. Wciąż bowiem ujawniają się w działalności gospodarczej, w toku rywalizacji przedsiębiorców, nowe postacie czynów sprzecznych z prawem lub uczciwością, a godzących w interes ogólnospołeczny, przedsiębiorców lub klientów. Aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek: działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą (1), działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami (2), doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta (3). W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. (sygn. V ACa 371/07) zwrócono uwagę na znaczenie przesłanki „naruszenia dobrych obyczajów” i wskazano, że „fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”. Ustawa znk nie definiuje także pojęć "interes" ani "zagrożenie". Pojęcie "interesu" może dotyczyć zarówno przedsiębiorcy (wykonawcy) lub klienta (zamawiającego, na rzecz którego jest świadczona usługa) i należy rozumieć je szeroko. Interes klienta można interpretować, jako określony stan korzystnie już ukształtowany albo taki, który w przyszłości może dla zamawiającego stanowić źródło korzyści rzeczywistych albo tylko oczekiwanych. Interesem zamawiającego jest rzetelne wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie i w terminie wskazanym w umowie. Istnienie interesu w dochodzeniu ochrony przed czynami nieuczciwej konkurencji w świetle przepisów ustawy znk nie jest wystarczające do dochodzenia przewidzianej w niej ochrony, należy jeszcze wykazać naruszenie albo zagrożenie tego interesu. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. I CSK 796/10) zauważono, że „zagrożenie powszechnie określa się w doktrynie jako fakt, zjawisko, zaistniałe w świecie zewnętrznym, które w dalszym toku wydarzeń może, choć nie musi,

doprowadzić do wystąpienia szkody. Nie może być to tylko stan hipotetyczny, niebezpieczeństwo powstania szkody musi być bowiem skonkretyzowane co do realności wystąpienia jak i osoby naruszydciela. Chodzi zatem o zespół faktów, który cechuje się tym, że pociąga za sobą zwiększone niebezpieczeństwo powstania szkody. Powstaje pytanie, w jaki sposób w procesie można wykazać istnienie zagrożenia interesu. Pojęcie zagrożenia występuje także w art. 439 k.c, można się zatem odwołać do kryteriów w nim określonych, jakkolwiek istnieje wyraźna różnica, bowiem w art. 439 k.c. chodzi o bezpośrednie zagrożenie nastąpienia szkody, zaś w art. 3 i 18 u.z.n.k. o bezpośredniości zagrożenia nie ma mowy. Niebezpieczeństwo nie może być jednak, jak wspomniano, tylko ewentualne, ale też nie jest wymagane wykazanie pewności jego wystąpienia. (...)." Reasumując, wyżej przedstawione powiązania pomiędzy wykonawcą wykonującym prace saperskie, a wykonawcą nadzorującym te prace, są na tyle silne, Kontrolujący stwierdził, 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 i dodatkowo jest wzmocniona poprzez zapisy umów na wykonawstwo i nadzór, które umożliwiają podmiotowi nadzorującemu silne narzędzie ingerencji w sposób realizacji świadczenia przez wykonawcę". W ocenie Kontrolującego (...) nie wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu naturalna w prawidłowych relacjach wykonawstwo - nadzór bariera informacyjna pomiędzy podmiotami i bezstronność formalna. Świadczy o tym nie tylko związek małżeński pomiędzy podmiotami wykonawczym i nadzorującym, który już sam w sobie budzi wątpliwości natury faktycznej, na ile małżonek może działać zachowując bezstronność, w sytuacji gdy działanie (lub zaniechanie) byłoby niekorzystne lub chociażby uciążliwe (finansowo, organizacyjnie) dla partnera (a w konsekwencji i dla niego także), ale również inne przejawy powiązań przedsiębiorstw. Niemożliwa do zbagatelizowania jest okoliczność, że niektóre dane teledadresowe firm, tj, faks i telefon są tożsame. Uprawdopodobnia to istnienie jednego wspólnego biura obu firm lub co najmniej wspólnego pracownika, który odbiera jednocześnie dokumenty dotyczące przedmiotowego projektu w imieniu wykonawcy i nadzoru. Choćby z tego tylko względu ewentualne faksy i telefony kierowane przez zamawiającego do podmiotu nadzorującego w przedmiocie chociażby kontroli wykonawcy są, z najdalej posuniętym prawdopodobieństwem, natychmiast znane podmiotowi wykonawczemu. Powiązania między obiema ww. firmami godzą w zaufanie zamawiającego do nadzoru i w konsekwencji zagrażają należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. Za szczególną należy uznać okoliczność, że wymieniony z imienia i nazwiska pan xxxxx w decyzji Wojewody Dolnośląskiego z dnia 31 maja 2007 r. skierowanej do pani yyyyy, właścicielki firmy Biuro Obsługi Inwestycji - jego żony - jest wymieniony jako osoba odpowiedzialna za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu

materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami. Co więcej w trakcie prowadzenia własnej działalności gospodarczej pozostaje zatrudniony w firmie swojej żony, którą nadzoruje w ramach niniejszego zamówienia. Ww. powiązania między obiema firmami, w świetle faktu, że jedna z nich miała pełnić nadzór nad zadaniem wykonywanym przez drugą, są sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi, aby podmiot nadzorujący był w pełni niezależny i obiektywny w stosunku do podmiotu nadzorowanego. Brak tej niezależności i obiektywizmu zagraża z kolei interesowi zamawiającego, gdyż naraża go na nienależyte wykonanie zamówienia". W konkluzji stwierdzono, że (...) 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 yyyyyy w części nr I zamówienia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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".

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

Odnosząc się do treści informacji o wyniku kontroli, stwierdził, że (...) w rozpatrywanym stanie faktycznym nie zostały spełnione łącznie przesłanki, które zgodnie z art. 3 ust 1 ww. ustawy powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Aby zachowanie przedsiębiorcy można było uznać za czyn nieuczciwej konkurencji muszą zaistnieć następujące przesłanki: musi to być działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami; musi to być działanie zagrażające lub naruszające interes Przedsiębiorcy i Klienta". Następnie powołał się na postępowanie przetargowe pn.: „Wykonywanie zadań Jednostki Nadzorującej Prawidłowość Wykonywanych Prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów" (postępowanie nr ZP-2710-05/14) oraz argumentację z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1.08.2014 r., w którym w pkt. 2 Uzasadnienia (str. 3 wyroku) był analizowany m.in. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę xxxxx w sytuacji, w której jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji". Krajowa Izba stwierdziła, że cyt. (...) „Odwołujący (P.P.H TELKAZ sp. z o.o. - przyp. aut.) wskazał, że istotą przedmiotowego zamówienia jest sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prac rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów wykonywanych przez cywilną firmę saperską (dalej „WCFS"). Odwołujący wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia

(załącznik nr 1 do SIWZ) do podstawowych obowiązków Jednostki Nadzorującej - Prawdliwość Wykonywanych Prac (dalej: „JNPWP”) tj. wykonawcy przedmiotowego zamówienia należy m.in.: (i) prowadzenie kontroli doraźnych na zlecenie Zamawiającego; (ii) udział w odbiorach częściowych i końcowych prac saperskich; (iii) kontrola dokumentacji prowadzonej przez wykonawcę rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu oraz kontrola jakościowa powierzchni oczyszczonej sapersko; (iv) przekazanie raportów dot. Realizacji umowy do Zamawiającego.” Dalej Krajowa Izba Odwoławcza pisze: „Już z samej istoty czynności kontrolnych wynika, że obowiązkiem prowadzącego kontrolę jest zachowanie bezstronności, obiektywizmu oraz unikanie konfliktu interesu. Wymagania te, w sposób oczywisty odnoszą się również do wykonawcy przedmiotowego zamówienia. Obowiązkiem JNPWP jest bowiem egzekwowanie od CFS wymagań związanych z realizacją zamówienia na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie. Podkreślić należy, że czynności wykonywane przez JNPWP, w sposób bezpośredni oddziaływać będą na sferę praw i obowiązków CFS, m.in. w zakresie: (i) możliwości otrzymania wynagrodzenia (odmowa odbioru wykonywanych prac przez JNPWP skutkuje odmową wypłaty wynagrodzenia); (ii) konieczności ponownego oczyszczenia terenu (odmowa odbioru prac przez JNPWP skutkuje koniecznością ponownego oczyszczenia terenu) (przyj. aut. - w powyższym postępowaniu spisany został jeden „Protokół nienależytego wykonania prac” przez Wykonawcę BOI yyyyy); (iii) naliczania kar umownych; (iv) dotrzymania terminu wykonania zamówienia; (v) możliwości zrealizowania umowy (odmowy odbioru wykonanych prac skutkować mogą odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego). Odwołujący (TELKAZ - przyp. aut.) wskazał, że podmiotem w stosunku do którego wykonawca przedmiotowego zamówienia ma sprawować funkcje kontrolne jest Pani yyyyy, żona Pana xxxxx, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Biuro Obsługi Inwestycji (zwana dalej „Panią yyyyy”), której oferta uznana została za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego organizowanym przez Zamawiającego w przedmiocie: „Rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów” W ocenie Odwołującego (TELKAZ - przyp. aut) powyższe oznacza, że aktualne działania Zamawiającego zmierzają do zlecenia Panu xxxxx prowadzenia kontroli prawidłowości prac realizowanych przez Panią yyyyy. Odwołujący stwierdza, że sytuacja ta jest niedopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa. Stosownie do treści art. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uzna”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W odniesieniu do działalności, której przedmiotem jest nadzór nad prawidłowością prac wykonywanych przez innego przedsiębiorcę uzasadnione jest stwierdzenie istnienia normy moralnej i zwyczajowej, której treścią jest zagwarantowanie bezstronności podmiotu sprawującego nadzór...” (str. 5-6 wyroku KIO). Na stronie 27-29 cytowanego wyroku „...Izba uznała, że Odwołujący (TELKAZ -przyp.

aut.) nie wykazał spełnienia przesłanki koniecznej do uznania czynu Przystępującego (Firmy SPEC~Maj ~ przyp. aut) za czyn nieuczciwej konkurencji tj. nie wykazał realnego zagrożenia interesów Zamawiającego w sytuacji, gdy Przystępujący będzie wykonywał funkcje kontrolne nad prawidłowością prac wykonywanych przez jego małżonkę. Należy bowiem zauważyć, że zarówno Przystępujący jak i jego małżonka będą wykonywać swoje funkcje na podstawie dwóch różnych umów o udzielenie zamówienia publicznego. Każde z nich ponosi indywidualną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego za prawidłowe wykonanie prac objętych umową. Z tytułu niewłaściwego wykonania prac, oboje ponoszą indywidualne ryzyko zapłaty kar umownych. To Zamawiający decyduje o wypłacie wynagrodzenia za prawidłowe wykonanie prac objętych umowami, osobno w stosunku do każdego z małżonków. Umowa o zamówienie publiczne reguluje w tym zakresie szczegółowo zakres praw i obowiązków zarówno Przystępującego jak i jego małżonki. W ocenie Izby rozważania zawarte w przedłożonej przez Odwołującego (firmy TELKAZ - przyp. aut.) opinii prawnej oraz wskazanie w treści odwołania mają czysto teoretyczny charakter".... W dalszej części wyroku Izba odnosi się do kontroli przeprowadzonej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, pisząc (str. 28, akapit 2 wiersz 22) ..."wszystkie prace nadzorcze wykonane dotychczas przez Przystępującego (SPEC-MAJ - przyp. aut.) wobec małżonki zostały wykonane prawidłowo i należyście. Jest to obiektywny czynnik wskazujący na brak istnienia realnego zagrożenia interesów Zamawiającego. Ponadto, Izba uznała za słuszne stanowisko przedstawione w przedłożonej przez Zamawiającego opinii Grupy Doradczej Sienna (grudzień 2013 r.) stwierdzające, iż stawianie tezy o czynie nieuczciwej konkurencji polegającym na ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawczego nad którym nadzór pełniła będzie osoba pozostająca w stosunkach prawnych i faktycznych, które mogą budzić wątpliwości co do jej bezstronności, jest tezą stawianą „na wyrost”. Powodowałoby to, że sama obawa o niezachowanie zasad bezstronności, bez dowodów na potwierdzenie tych okoliczności, byłaby wystarczająca do uniemożliwienia podmiotom występującym na rynku do ubiegania się o zamówienie. Działanie takie stanowiłoby nieuprawnione ograniczenie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec uznania przez izbę braku wykazania realnego zagrożenia interesów Zamawiającego jako przesłanki koniecznej do uznania złożenia oferty Przystępującego za czyn nieuczciwej konkurencji, bezcelowym w ocenie Izby jest dokonywanie analizy czy złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło naruszenie prawa oraz dobrych obyczajów, gdyż nawet przyjmując, że takie naruszenie prawa oraz dobrych obyczajów miało miejsce, Izba nie będzie miała podstaw do przyjęcia naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." Zdaniem Zamawiającego (...) cytowany wyrok wskazał w sposób jasny dla Odwołującego postępowanie przy wyborze, zarówno JNPWP w przetargu na nadzór prac saperskich w Nadleśnictwie Bolesławiec i Świątoszów, jak i CFS w zamówieniu publicznym, prowadzonym w Nadleśnictwie Świątoszów.

Kontrolujący podnosi kwestię wykonawstwa i nadzoru, kwestionując bezstronność i niezależność dwóch odrębnych podmiotów gospodarczych, odpowiedzialnych pod względem prawa, zobowiązanych do czynności gwarancyjnych w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości. Zdaniem Odwołującego w opisywanym przypadku nie istniało ryzyko udzielenia zamówienia na poziomie nieosiągalnym dla innych wykonawców". W odniesieniu do stwierdzenia Kontrolującego, że firma żony mogła z łatwością uzyskać informacje, jaki teren zostanie poddany kontroli przez firmę nadzorującą stwierdził, że powierzchownie przewidziane do kontroli były typowane przez Zamawiającego - Nadleśnictwo Świątoszów i okazywane firmie nadzorującej w postaci dokumentu pn. „Protokół udostępnienia terenu do kontroli" oraz na gruncie. Kontrole terenowe Służby Leśnej nie stwierdziły przypadków prób podejmowania prac przez CFS na powierzchniach przewidzianych do kontroli przez JNPWP, w trakcie trwania tej kontroli. Przeprowadzane natomiast prace JNPWP były dodatkowo weryfikowane przez Nadleśnictwo. Sposobem na to była metoda pana Nadleśniczego, który zlecał swoim pracownikom podkładanie elementów metalowych, z udokumentowaną lokalizacją. Należy nadmienić, że oba podłożone elementy zostały zlokalizowane przez JNPWP podczas kontroli, co wskazuje niezbicie na prawidłowe jej przeprowadzenie. Odnośnie zarzutu ścisłego powiązania obu firm, wynikającego z posiadania identycznych faktów podał, że powszechnym i niezabronionym zwyczajem wśród funkcjonujących firm na rynku polskim jest posiadanie siedziby w miejscu poza adresem zamieszkania oraz prowadzeniem faktycznej działalności w warunkach domowych, gdzie odbiór wiadomości jest niemalże natychmiastowy. Mając na uwadze analizowany przypadek, ponownie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1.08.2014 r., mówiący o braku zarzutów w powyższej sprawie, odnoszących się pośrednio do kwestii „wyłączenia swoistej blokady informacyjnej pomiędzy takimi podmiotami". Przywołuje też zapisy powyżej o sposobie wyznaczania powierzchni do kontroli przez JNPWP. Odnośnie argumentacji dotyczącej decyzji Wojewody Dolnośląskiego ZK.-7014/1/888/07 z dnia 31 maja 2007"7, wydanej 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 podniósł, że „Z treści tej decyzji wynika, że Wojewoda wskazał osobę odpowiedzialną za nabywanie, przechowywanie i wykonywanie wszelkich prac przy użyciu materiałów wybuchowych, zapalających i środków strzałowych oraz nadzór nad gospodarką wymienionymi materiałami był nim pan xxxxx. Kontrolujący dodaje, że na podstawie informacji pozyskanych od innych zamawiających (Nadleśnictwa Opoczno i Brzeziny) wynika, że pan xxxxx, co najmniej do 2013 r. był pracownikiem firmy własnej żony i to niezależnie od prowadzenia własnej działalności gospodarczej". Stwierdził również, że (...) Wykonawca BOI yyyyy posiada pozwolenie z 2013 r., gdzie w treści pozwolenia widnieje już pani yyyyy. Odnośnie zarzutu, który został opisany na podstawie badania dokumentacji w Nadleśnictwach Opoczno i Brzeziny Odwołujący informuje, że w momencie dokonywania wyboru oferty Wykonawcy BOI yyyyy, nie posiadał

powyższej wiedzy. Odwołujący, jak i zapewne Kontrolujący, nie posiadają także wiedzy, czy pan xxxxx był zatrudniony w Firmie yyyyy w momencie toczących się przetargów na JNPWP i CFS w Nadleśnictwach Bolesławiec i Świątoszów”. Stwierdził także, że (...) prawo Rzeczypospolitej Polskiej nie zabrania zatrudnienia w kilku miejscach jednocześnie. Kontrolujący przywołuje zapis art. 3 ust. 1 ustawy znk wskazując na konieczność skupienia się na samym pojęciu „czyn nieuczciwej konkurencji” oraz przypomina, że aby uznać określone zachowanie przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie przesłanek, zawartych w tym artykule. W informacji o wynikach kontroli nie wykazano również na czym polegało naruszenie lub zagrożenie interesu przedsiębiorców biorących udział w postępowaniu objętym kontrolą. Określenie tego naruszenia bądź zagrożenia jest konieczne do przyjęcia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Autor informacji ograniczył się jedynie do przytoczenia wyroku SN próbującego definiować pojęcie zagrożenia na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzegający, mimo wnikliwej analizy relacji rodzinnej, popartej zresztą wyrokami KI03_ppinjamLGrupy Doradczej Sienna, UOKIK-u, kontrolą NFOŚiGW oraz UOKIKU (C - Delegatura we Wrocławiu, szeroką analizą prawną przeprowadzoną przez prawników Lasów Państwowych, uznał, że realizacja ww. zamówienia na rozpoznanie i oczyszczenie saperskie terenu, nie naruszyła jego interesu, ani też interesu Skarbu Państwa, czy też Funduszu Spójności. Realizacja natomiast zadania rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenu, która była tylko możliwa, ze względu na dostępne na ten cel fundusze europejskie, przyczyniła się w sposób wysoce istotny do poprawy bezpieczeństwa prac prowadzonej na tym terenie gospodarki leśnej oraz bezpieczeństwa obywateli, korzystających z ogólnodostępnych Lasów Państwowych. Firma BOI yyyyy dała się poznać na terenie Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych we Wrocławiu od najlepszej strony - od dziesięcioleci małżonkowie zzzzz świadczą usługi rozpoznania i oczyszczania saperskiego terenów naszej dyrekcji, wykonując prace w sposób sumienny, z pełnym profesjonalizmem”. Reasumując stwierdził, że (...) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie udowodnił, że złożenie oferty przez Wykonawcę BOI yyyyy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie wykazał spełnienia przesłanek, które zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy znk powodują uznanie zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, Odwołujący nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgodził się z Zamawiającym, że samo zaistnienie związku małżeńskiego pomiędzy podmiotami nie może wprost świadczyć o istnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Gdyby bowiem okoliczność faktyczna o pozostawaniu w związku małżeńskim przez dwóch przedsiębiorców była jedyną okolicznością świadczącą o powiązaniach - w ocenie Prezesa

Urzędu byłaby to okoliczność niewystarczająca do stwierdzenia naruszenia ustawy. Istotę zagadnienia w przedmiotowym stanie faktycznym można wyjaśnić jedynie poprzez łączne odczytywanie okoliczności wystąpienia związku małżeńskiego i innych okoliczności. Przypomnieć należy za Informacją o wyniku kontroli, że Urząd Zamówień Publicznych poddał analizie przedmiotowy stan faktyczny i wyodrębnił trzy inne okoliczności uzasadniające postawienie zarzutu, tj. a) 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, b) wystąpienie niektórych wspólnych danych teleadresowych obu firm, oraz c) ujawnienie w toku kontroli szczególnych kompetencji małżonka przedsiębiorcy w odniesieniu do ogólnego zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do jego żony, nałożone decyzją administracyjną wojewody. Okoliczności te łącznie dowodziły bardzo bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co było sprzeczne z dobrymi obyczajami nakazującymi faktyczną, a nie tylko formalną niezależność pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną i w konsekwencji zagrażało interesowi klienta, czyli zamawiającego, tj. zagrażało należytej realizacji zamówienia. Niemożliwe do zaakceptowania jest stwierdzenie, że niezależność podmiotu nadzorującego gwarantują rygory i sankcje karne, o jakich mowa w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Abstrahując od faktu, że nieakceptowalne jest założenie, że sam przepis prawny gwarantuje ziszczenie się normy w nim wyrażonej to podkreślić należy, że Prezes Urzędu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy znk nie stwierdził naruszenia przepisów obowiązującego prawa przez oba podmioty gospodarcze, a naruszenie dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym. Naruszenie dobrych obyczajów, w świetle art. 3 ust. 1 ustawy znk, jest zaś jedną z przesłanek wskazujących na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. 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. Prezesowi Urzędu jest znana ustawa o swobodzie działalności gospodarczej i nie kwestionuje on zapisu z art. 4 tej ustawy, który stanowi o wykonywaniu działalności gospodarczej we własnym imieniu i na własną rzecz. Należy jednak podkreślić, że nie stanowi to o faktycznej niezależności obu przedsiębiorstw, których powiązania zostały już opisane w Informacji o wyniku kontroli. W niniejszej sprawie, 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 należyście 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. W przytoczonym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14), Izba faktycznie oddaliła odwołanie w przedmiocie m.in. dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Wyrok nie został jednak wydany przy analogicznym stanie faktycznym. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że 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 to, 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. Nie jest przy tym zasadne stanowisko Zamawiającego wyrażone w zastrzeżeniach, że powyższy wyrok można odczytywać analogicznie względem podmiotu wykonawczego, a nie nadzorującego. 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 zzzzz 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. Najważniejsza jest jednak 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. KIO istotnie w wyroku 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 podtrzymał stanowisko, że (...) istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy ma specyficzna relacja jaka wystąpiła pomiędzy obydwoma podmiotami, tj. relacja nadzoru i wykonawstwa. Okoliczność, że jeden z przedsiębiorców -małżonków miał wykonywać określone prace, a drugi nadzorować ich wykonanie, jest już sprzeczna z dobrymi

obyczajami, zgodnie z którymi podmiot nadzorujący powinien być w pełni niezależny od podmiotu nadzorowanego. Bliskie relacje pomiędzy obiema firmami potwierdzają też inne 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. 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. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza oceniając podobną relację w wyroku z dnia 05.12.2014 r. (sygn. akt KIO 2463/14) stwierdzając, że „natura czynności nadzoru oznacza, że powinny one być wykonywane przez podmiot zewnętrzny, bezstronny a w każdym razie niezainteresowany rezultatem tego nadzoru. Istotą nadzoru jest bowiem określona recenzja przedmiotu tego nadzoru i danie wytycznych co do usunięcia dostrzeżonych nieciągłości. (...). Złożenie oferty, w następstwie której zawarcie umowy niweczyłoby sens zamówienia prowadząc 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 (...).”

Prezes Urzędu podniósł także, że „Stwierdzenie Zamawiającego, że "powierzchnie przewidziane do kontroli były typowane przez Zamawiającego - Nadleśnictwo Świętoszów i okazywane firmie nadzorującej w postaci dokumentu (...) oraz na gruncie" 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. W toku prowadzenia kontroli ujawniono także decyzję administracyjną 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. Jednocześnie, w tym samym czasie, p. xxxxx 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 nie jest zasadne. Nadmienić jeszcze należy, że istotą zarzutu Prezesa Urzędu 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. W tym miejscu raz jeszcze wskazać należy, że swoista 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. Przypomnieć przy tym należy, że w świetle Kodeksu cywilnego brak jest odrębności prawnej pomiędzy osobą fizyczną p. xxxxx, a tą samą osobą fizyczną działającą pod firmą. Twierdzenie Zamawiającego o formalnej bezstronności podmiotów sprowadza się w istocie zatem do niedopuszczalnego stwierdzenia, że okoliczność, iż pan xxxxx jest nie tylko małżonkiem, ale także pracownikiem w firmie małżonki (i jednocześnie nadzoruje jej prace w niniejszym postępowaniu) pozostaje bez znaczenia dla decyzji biznesowych podejmowanych przez tego samego pana xxxxx, ale działającego jako przedsiębiorca. 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. Nie jest przy tym prawdziwe stwierdzenie, że Zamawiający nie wiedział o istnieniu powyższej decyzji. Powyższa decyzja została bowiem ujawniona nie tylko w dokumentacji kontroli postępowania dla Nadleśnictwa Opoczno i Brzeziny, ale także w dokumentacji postępowania 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" przeprowadzonego w 2012 r. na zlecenie Nadleśnictwa Przemków, również przez Regionalną Dyрекcję Lasów Państwowych we Wrocławiu, i to na dwa lata przed wszczęciem przedmiotowego postępowania".

Odnosząc się do znajdujących się w dokumentacji i przywołanych – zdaniem Prezesa Urzędu - lakonicznie przez Zamawiającego w zastrzeżeniach: opinii Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu i wyniku kontroli prowadzonej przez

Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej podkreślił, że (...) tezy zawarte w tych dokumentach nie znajdują bezpośredniego oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Opinia UOKiK została wydana w oparciu o analizę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ustawy znk. Wynik kontroli NFOŚiGW dotyczył zaś "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", a nie BOI yyyyy. Prezes Urzędu nie jest także związany opiniami wydawanymi przez firmy doradcze".

Prezes Urzędu podał także, że (...) nie kwestionuje stwierdzenia zamawiającego, że ma on jak najlepsze doświadczenia z wieloletniej współpracy z wykonawcami BOI yyyyy oraz SPEC-MAJ xxxxx. Powyższe nie oznacza jednak, że do udzielenia zamówienia podmiotom, o których można powiedzieć, że są podmiotami rzetelnymi -przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych można stosować wybiórczo lub nie stosować ich wcale. Podkreślenia wymaga, 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 do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia od wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie zasługują na uwzględnienie. Izba, mając na uwadze stan faktyczny sprawy, podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zaniechanie odrzucenia oferty Biura Obsługi Inwestycji yyyyy w części nr I zamówienia, skutkowało naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie bowiem oferty przez ww. wykonawcę stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji sprzeczny z dobrymi obyczajami, który zagrażał interesowi zamawiającego.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 zatem niezależnie przesłankę sprzeczności (naruszenia) z prawem oraz przesłankę sprzeczności z dobrymi obyczajami. Podkreślenia wymaga, że art. 3 ust. 1 ustawy znk nie wymaga, aby działanie danej firmy faktycznie naruszyło interes klienta, a wystarczające jest, żeby interes klienta był zagrożony. Ustawa znk nie zawiera legalnej definicji terminu „dobre obyczaje” i tym samym ustalenie zakresu tego pojęcia w istocie powinno nastąpić w oparciu o kompleksową ocenę stanu faktycznego. Na powyższe wskazuje również wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach powołany przez zamawiającego w Zastrzeżeniach: *„(...) 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 niezafalszowane współzawodnictwo.”*

Zdaniem Izby w toku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu dokonał stosownej oceny i, jak wskazał, w przedmiotowym stanie faktycznym istota zagadnienia naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 uoznk ustalona została łącznie w oparciu o cztery okoliczności, a mianowicie wystąpienia: (a) związku małżeńskiego osób prowadzących działalność gospodarczą, którym zlecono wykonanie zamówień, z których jedno dotyczyło wykonania, a drugie kontroli wykonania jego rzetelności oraz (b) układu zależności pomiędzy podmiotami, z których jeden wystąpił w roli podmiotu nadzorującego, a drugi nadzorowanego, (c) niektórych wspólnych danych teleadresowych obu firm, oraz (d) ujawnienia w toku kontroli szczególnych kompetencji małżonka przedsiębiorcy w odniesieniu do ogólnego zarządzania materiałami niebezpiecznymi w firmie należącej do jego żony, nałożone decyzją administracyjną wojewody. Okoliczności te łącznie odczytywane dowodzą bliskich relacji między firmą wykonawczą i firmą nadzorującą, co jest sprzeczne z dobrymi obyczajami wymagającymi przede wszystkim faktycznej, a nie tylko formalnej niezależności pomiędzy firmą nadzorującą i nadzorowaną dla bezstronnej obiektywnej oceny należytej realizacji zamówienia. Izba podkreśla, że naruszenie dobrych obyczajów, w świetle art. 3 ust. 1 ustawy znk, jest jedną z niezależnych przesłanek wskazujących na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwie p. xxxxx – na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej - prowadzi w znaczeniu formalnym [art. 4 tej ustawy] odrębną działalność od działalności gospodarczej p. yyyyy, jednakże – w stanie faktycznym sprawy – nie stanowi to o faktycznej

niezależności przedsiębiorców. Przede wszystkim, w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją, w której każdy przedsiębiorca działa wyłącznie w swoim interesie, ale z sytuacją odwrotną, w której interes jednego przedsiębiorcy jest zbieżny z interesem drugiego (obydwu zależy na tym, żeby prace saperskie zostały uznane za należycie wykonane, co pozwoli otrzymać należne wynagrodzenie). Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, aby jeden z tych przedsiębiorców nadzorował prace drugiego, narusza ona bowiem dobre obyczaje i zagraża potencjalnie należytemu wykonaniu zamówienia, co jest z kolei sprzeczne z interesem zamawiającego, występującego w tym przypadku, jako odbiorca usługi, w roli klienta. W przytoczonym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1468/14), Izba - tak jak zauważył Prezes Urzędu - faktycznie oddaliła odwołanie, nie uwzględniając m.in. zarzutu dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże wyrok ten nie został wydany w analogicznym stanie faktycznym, aczkolwiek w postępowaniu ocenionym przez KIO brały udział te same podmioty, co w postępowaniu objętym kontrolą Prezesa Urzędu i w tych samych funkcjach, [firma SPEC-MAJ xxxxx, jako nadzorowana oraz firma BOI yyyyy, jako nadzorująca]. Podkreślić należy, że ocenie składu orzekającego poddane zostało postępowanie na nadzór, a nie wykonawstwo objęte kontrolą Prezesa UZP, a zatem zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dotyczył oferty należącej do wykonawcy SPEC-MAJ xxxxx, a nie wykonawcy BOI yyyyy. Ponadto, jak podniósł Prezes Urzędu zarzuty odwołującego rozpoznawane przez KIO ograniczone były w zasadzie [zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp] 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 zzzzz 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. W sprawie KIO sygn. akt KIO 1468/14 Izba – jak wskazano w uzasadnieniu wyroku - 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. KIO istotnie w wyroku 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. Izba zgodziła się z Prezesem Urzędu, że dla przedmiotowej sprawy istotne znaczenie ma specyficzna relacja, jaka wystąpiła pomiędzy obydwojma podmiotami, tj. relacja nadzoru i wykonawstwa. Okoliczność, że jeden z przedsiębiorców - małżonków miał wykonywać określone prace, a drugi nadzorować ich wykonanie, jest ze swej natury sprzeczna z dobrymi obyczajami, zgodnie z którymi podmiot nadzorujący powinien być w pełni niezależny od podmiotu nadzorowanego. W niniejszej sprawie, tożsame dane teleadresowe obu firm dowodzą braku bariery informacyjnej między oboma podmiotami, co z kolei świadczy również dodatkowo o bliskich relacjach pomiędzy przedsiębiorcami. Wspólny numer faksu obu firm, których właściciele są małżonkami, pozwala z najdalej idącym prawdopodobieństwem uznać, że bariera informacyjna pomiędzy podmiotami nie istniała. Takie powiązanie danych teleadresowych firmy nadzorującej z nadzorowaną nie może być kwalifikowany za obojętne dla ich zawodowych relacji. Istotą nadzoru jest niewątpliwie 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, szczególnie jak w tym przypadku, o charakterze specjalistycznym zagraża interesowi Zamawiającego, który nie jest profesjonalnym podmiotem w zakresie usług oczyszczania saperskiego. Jak wskazał Prezes Urzędu, [powołując się na wyrok KIO z dnia 05.12.2014 r. (sygn. akt KIO 2463/14)] natura czynności nadzoru oznacza, że powinny one być wykonywane przez podmiot zewnętrzny, bezstronny a w każdym razie niezainteresowany rezultatem tego nadzoru. Istotą nadzoru jest bowiem określona recenzja przedmiotu tego nadzoru i danie wytycznych, co do usunięcia dostrzeżonych nieprawidłowości. 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 (...)." Stwierdzenie Zamawiającego, że "powierzchnie przewidziane do kontroli były typowane przez Zamawiającego - Nadleśnictwo Świętoszów i okazywane firmie nadzorującej w postaci dokumentu (...) oraz na gruncie" 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. W toku prowadzenia kontroli ujawniono także decyzję administracyjną 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. Jednocześnie, w tym samym czasie, p. xxxxx 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 nie jest zasadne. Niewątpliwie istota zarzutu Prezesa Urzędu była oparta o wynik badania 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. Swoista podwójna aktywność zawodowa p. xxxxx, jako pracownika firmy żony i autonomicznego przedsiębiorcy, jak wskazywał Prezes Urzędu, pozostaje w sprzeczności z dobrymi obyczajami w obrocie i wypełnia przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy znk. W świetle Kodeksu cywilnego – na co również wskazywał Prezes Urzędu - brak jest odrębności prawnej pomiędzy osobą fizyczną p. xxxxx, a tą samą osobą fizyczną działającą pod firmą. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że w tym stanie faktycznym relacje osobiste pomiędzy przedsiębiorcami pozostają bez znaczenia dla podejmowanych przez nich decyzji biznesowych. Reguły doświadczenia życiowego pozwalają również w niniejszym stanie faktycznym na wnioskowanie nie zachowania obiektywnych reguł bezstronności wskazanych podmiotów.

Odnosząc się do przywołanych opinii Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu i wyniku kontroli prowadzonej przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, Izba stwierdza, że opinia UOKiK została wydana w oparciu o analizę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie zaś ustawy znk. Wynik kontroli NFOŚiGW dotyczył zaś "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", a nie BOI yyyyy. Z kolei wskazywane opinie firm doradczych są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia. Podobnie bezprzedmiotowe są twierdzenia Zamawiającego, o najlepszych doświadczeniach z wieloletniej współpracy z wykonawcami BOI yyyyy oraz SPEC-MAJ xxxxx.

W konkluzji Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego nie są uzasadnione i tym samym 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:

.....

.....