

WYROK

Warszawa, dnia 30 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 30 czerwca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 czerwca 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **Dariusza Żmurko prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. „Mamut” D.Ż.**, ul. Łowiecka 3, 58-573 Piechowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu**, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika **Usługi Ogrodnicze Elitelas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Durdy 141, 39-450 Baranów Sandomierski

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych) wpisu

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2244/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, w trybie przetargu nieograniczonego na *wycinka samosiejek drzew z pasa drogowego dróg wojewódzkich z podziałem na zadania* (nr postępowania: NI.2720.44.2025), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 09.04.2025r., 2025/BZP 00183495, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1 i zaniechaniu jej odrzucenia, wniesione zostało 02.06.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy – D.Ż. – F.H.U. „Mamut” D.Ż., Piechowice (KIO 2244/25).

Zamawiający poinformował o zakończeniu badania, ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej 26.05.2025 r.

Odwołujący wskazał na naruszenia w zakresie:

1. wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jako niezgodnej z treścią pkt 3.3. SWZ, bowiem z jego treści wynika, iż zamawiający wymagał aby wykonawca złożył ofertę tylko na jedno przez siebie zadania, podczas gdy ofertę na zadania 1-3 złożył ten sam wykonawca występujący jako trzy odrębne podmioty gospodarcze, które jednak są ze sobą zbieżne pod względem osobowym, kapitałowym oraz zakresem prowadzonej działalności co wprost stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. zaniechania obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. na podstawie na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) p.z.p., pomimo istnienia wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1616) podczas, gdy z zebranego w postępowaniu materiału dowodowego wynika, że wykonawcy USŁUGI LEŚNE I OGRODNICZE ELITELAS Sp. z o.o. i ELITELAS Sp. z o.o. są połączeni względem osobowości kapitałowej oraz zakresem prowadzonej działalności;
3. zaniechania obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy USŁUGI LEŚNE I OGRODNICZE ELITELAS Sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) p.z.p., pomimo istnienia wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U.

z 2024 r. poz. 1616) podczas, gdy z zebranego w postępowaniu materiału dowodowego wynika, że wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. i ELITELAS Sp. z o.o. są połączeni względem osobowym, kapitałowym oraz zakresem prowadzonej działalności;

4. zaniechania obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy ELITELAS Sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) p.z.p., pomimo istnienia wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1616) podczas, gdy z zebranego w postępowaniu materiału dowodowego wynika, że wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. i USŁUGI LEŚNE I OGRODNICZE ELITELAS Sp. z o.o. są połączeni względem osobowym kapitałowym oraz zakresem prowadzonej działalności.

Odwolujący wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p., wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) p.z.p. wykonawców: Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o., Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o., ELITELAS Sp. z o.o., ponowne badanie ofert.

Zamawiający wprowadził ograniczenie co do możliwości złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie (pkt 3.3. swz). Na trzy zadania złożone zostały oferty wykonawców posiadające wspólny człon nazwy „ELITELAS Sp. z o.o.” z tą samą siedzibą, co ma wskazywać na podmioty powiązane. Wszystkie trzy spółki mają tych samych wspólników (powiązania osobowe i kapitałowe) oraz świadczą dokładnie ten sam zakres usług. W wyjaśnieniach spółki wskazywały na dogodne warunki współpracy ze spółką Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. sp.k. Ponadto wykonawca ELITELAS Sp. z o.o. załączył protokół potwierdzający wykonanie wymaganych usług z podpisem Usługi Leśne i Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o.

W tych okolicznościach wybór oferty najkorzystniejszej we wszystkich trzech zadaniach jest czynem nieuczciwej konkurencji (art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2 uznk).

Na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie. W ocenie odwołującego w postępowaniu doszło do sytuacji, w której ten sam wykonawca działający za pośrednictwem różnych podmiotów gospodarczych złożył oferty na wszystkie zadania, pomimo zakazu wynikającego z treści pkt 3.3 swz. Takie działanie stanowi czyn mający na celu obejście zasady konkurencji i ograniczenie udziału, a tym samym narusza równość i uczciwość rywalizacji w postępowaniu.

Oferta wykonawcy Usługi Ogrodnicze ELITELAS Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z pkt 3.3 swz.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.), dalej jako „Ustawa”.

Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający dokonał podziału przedmiotu zamówienia na trzy zadania. Przedmiot zamówienia obejmuje wycinkę samosiejek z pasa drogowego dróg wojewódzkich. W pkt 3.3 swz zamawiający zastrzegł możliwość złożenia oferty wyłącznie na jedno wybrane zadanie.

Zgodnie z pkt 7.4 swz wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 Ustawy jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnia łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

W postępowaniu złożonych zostało łącznie na wszystkie zadania 11 ofert, w tym na zadanie nr 1 – oferta Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141), na zadanie nr 2 – oferta Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141), na zadanie nr 3 – oferta Elitelas Sp. z o.o. (Durdy 141). Na zadanie nr 1 złożone zostały trzy oferty.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 274 Ustawy wykonawców najwyżej ocenionych do złożenia podmiotowych środków dowodowych, kierując w zakresie zadania nr 1 wezwanie do Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o., do złożenia, m.in. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (wezwanie z 22.05.2025 r.). W odpowiedzi wykonawca złożył oświadczenia i dokumenty, w tym objęte załącznikiem nr 5 oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Zamawiający wezwał dwóch wykonawców w zadaniu nr 1 do złożenia wyjaśnień w związku z podejrzeniem zaferowania rażąco niskiej ceny, tj. wykonawcę Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „M&M” s.c. M.Z., R.Z.. Ponieważ drugi ze wskazanych powyżej wykonawców nie złożył wyjaśnień, zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy.,

W zawiadomieniu z 26.05.2025 r. zamawiający poinformował o wyborze w zadaniu nr 1 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie, odnosząc się do wniosku uczestnika o odrzucenie odwołania z uwagi na brak interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadań 2 i 3, których dotyczą żądania sformułowane w środku ochrony prawnej, skład orzekający uznał, że ewentualny brak interesu w uzyskaniu zamówienia oceniany powinien być w zakresie zarzutów, które dotyczą czynności wyboru i zaniechania odrzucenia oferty na zadanie nr 1 złożonej przez Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Odwołujący złożył ofertę na zadanie nr 1, stąd zarzuty związane z ofertą wybraną w zadaniu nr 1 determinują ocenę interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia objętego zadaniem nr 1. Skład orzekający dostrzega szerszy kontekst żądań i zarzutów, w tym argumentację, w której odwołujący wprost wskazuje na podstawę odrzucenia ofert wszystkich trzech podmiotów powiązanych. Powyższe nie pozbawia jednak odwołującego interesu we wniesieniu odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1. Tym samym chociaż słusznie uczestnik wskazywał na dalej idące żądania odwołania, to nie zmieniły one zakresu zarzutów i okoliczności podnoszonych w celu wykazania podstawy do uchylenia wyniku postępowania na zadanie nr 1. Podsumowując, Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego zadaniem nr 1, którego ochronie służy wniesiony środek odwoławczy.

Izba na rozprawie zwróciła uwagę stronom na zakres zaskarżenia, którym objęte zostały czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, co nie spotkało się z żadnym komentarzem ze strony odwołującego. Jednocześnie zarzuty nie związane z czynnością oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie nr 1 (zarzuty nr 3 i 4) Izba oddaliła, jako nie związane z oceną oferty wybranej na zadanie nr 1, tj. oferty Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Z uwagi na brak wpływu oceny ofert złożonych na zadania nr 2 i 3 na interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, odwołanie w tym zakresie nie mogło odnieść skutku w postaci uwzględnienia zarzutów 3 i 4. Izba nie rozstrzygała o słuszności tych zarzutów uznając, że w tej części odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia.

Odnosząc się zatem do zasadniczej części odwołania podlegającej rozpoznaniu, Izba uznała, że nie zachodziła żadna z podstaw prowadzących do odrzucenia oferty Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. w zadaniu nr 1 podniesiona w zarzutach nr 1 i 2 odwołania, tj. z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 7) Ustawy w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w uzasadnieniu wskazywał na złożenie przez Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. więcej niż jednej oferty na wybrane zadanie.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, że w postępowaniu nie doszło do złożenia przez Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. więcej niż jednej oferty na wybrane zadanie. Podmiot ten złożył ofertę wyłącznie na zadanie nr 1, co odpowiada wprowadzonemu w swz ograniczeniu. Nie było podstaw do stwierdzenia, że spółki mające powiązania osobowe stanowią faktycznie jeden podmiot prawa identyfikowany w obrocie prawnym jako Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. Powiązania osobowe, czy nawet kapitałowe, nie prowadziły zatem do uznania za zasadnego twierdzenia na jakim odwołujący opierał zarzuty, tj. faktycznego działania jednego podmiotu w ramach trzech spółek kapitałowych. Odwołujący wskazywał bowiem, że to Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. faktycznie miała złożyć oferty na pozostałe dwa zadania jako Elitelas Sp. z o.o. i Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. W każdym zadaniu oferty złożyły odrębne osoby prawne co podważa zasadność oceny prezentowanej w odwołaniu o złożeniu oferty przez Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. na więcej niż jedno zadanie.

W odniesieniu natomiast do podstawy wykluczenia wybranego wykonawcy wskazanej w zarzutach dotyczących porozumienia mającego stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust 2 pkt 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk), skład orzekający uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek czynu

określonego przepisami uznk. W szczególności w odwołaniu brak jest wykazania na czym miałyby polegać działania wskazujące na porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w prowadzonym postępowaniu przetargowym. Odwołujący nie kwestionował również prawidłowości oświadczenia wykonawcy Usługi Ogrodnicze Elitelas Sp. z o.o. o braku przynależności do grupy kapitałowej, jak również nie przedstawił żadnych argumentów w celu wykazania potrzeby oceny ofert wykonawców, którzy mieliby należeć do jednej grupy kapitałowej. Formułował wnioski wyłącznie w oparciu o stwierdzone na podstawie danych rejestrowych spółek powiązania, że miało dojść do zakłócenia konkurencji w postępowaniu przez złożenie ofert na więcej niż jedno zadanie.

Warto wskazać za wyrokiem Sądu zamówień Publicznych z 7.11.2024 r., sygn. XXIII Zs 105/24, iż nie jest prawidłową interpretacją przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, że w przypadku złożenia oferty przez dwa podmioty, które należą do tej samej grupy kapitałowej, wprowadza to domniemanie prawne istnienia, tzw. zmywy przetargowej. Sama treść przepisu do takiego wniosku nie prowadzi. W przepisie mowa jest o wiarygodnych przesłankach, na podstawie których zamawiający może stwierdzić zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Nie wystarczy zatem sama okoliczność złożenia ofert/wniosków przez podmioty należące do grupy kapitałowej, muszą wystąpić dodatkowe okoliczności, które by na to wskazywały.

Stanowisko to w części odpowiada na zarzuty w odwołaniu, w którym jedyną okolicznością mającą wskazywać na czyn nieuczciwej konkurencji jest ustalenie istnienia powiązań, które wprowadzicie nie są wystarczające dla potwierdzenia istnienia grupy kapitałowej, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy, ale miałyby jednocześnie być wystarczające dla uznania, że złożenie ofert na trzy zadania przez spółki powiązane prowadzi do naruszenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się zatem do tak sformułowanego zarzutu Izba uznała, że w odwołaniu brak jest odniesienia do innych dodatkowych okoliczności, które wykazywałyby na fakt zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję w postępowaniu przetargowym. Tym samym nie było podstaw do stwierdzenia, aby działania odrębnych podmiotów gospodarczych stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji. Samo złożenie oferty w jednym postępowaniu, ale na różne części zamówienia nie daje podstaw do uznania, że działalność podmiotów uzależniona jest od narzuconej decyzji co do udziału i zakresu tego udziału w przetargu, prowadzi do ograniczenia konkurencji i utrudnienia innym wykonawcom uzyskanie zamówienia. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób złożenie ofert na różne części zamówienia miałyby naruszać warunki konkurencji, w sytuacji gdy na zadanie nr 1 złożone zostały trzy oferty. To pomiędzy podmiotami, które złożyły oferty w danej części zamówienia miała miejsce konkurencja. Oferty składane na inne zadania nie miały żadnego wpływu na możliwość złożenia ofert przez zainteresowanych uczestników rynku i uzyskanie zamówienia w zadaniu nr 1.

Nie ma również podstaw do przyjęcia jako wystarczającej dla wykazania istnienia zmywy przetargowej tezy, że złożenie ofert przez trzy spółki powiązanie zwiększało szansę na uzyskanie zamówienia, co przysporzyć miało benefity tym samym osobom (wspólnikom). O czynie nieuczciwej konkurencji można mówić dopiero wtedy, gdy na skutek zachowań opisanych w przepisach uznk dojdzie do utrudnienia dostępu do rynku. Sprzeczne z istotą konkurencji jest dopiero takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, to jest głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.11.2024 r., sygn. XXIII Zs 139/24). Odnosząc zatem powyższe do stanu sprawy, nawet przyjęcie, że złożenie ofert przez spółki powiązane osobowo zwiększać mogło szanse na uzyskanie przychodu z wykonania więcej niż jednego zadania, to nie odbywałoby się to kosztem innych podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Przede wszystkim należy podkreślić, że żadna ze spółek nie konkurowała o to samą część zamówienia ze spółką powiązaną osobowo, co mogłoby rodzić pewne wątpliwości, czy nie doszło do wcześniejszego uzgodnienia warunków składanych ofert. Odwołujący nie wykazał żadnej okoliczności, która mogłaby wskazywać na działanie zmierzające do utrudnienia innym podmiotom złożenia konkurencyjnej oferty. Nie mogły mieć znaczenia oferty składane w różnych częściach na możliwość złożenia oferty przez inne zainteresowane podmioty prowadzące działalność objętą zamówieniem.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis.

Przewodnicząca:.....