

WYROK
z dnia 5 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Park-M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. oraz Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Park-M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Park-M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu na rzecz zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Tauron Dystrybucja S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający” oraz „Tauron”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „135 Wykonanie usługi wycinki i przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych nN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Jeleniej Górze, Wałbrzychu, Częstochowie i Bielsku-Białej” (Numer referencyjny PZP/TD-CN/08357/2022, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 036-106796.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

16 czerwca 2023 r. wykonawca Park-M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu (dalej: „Odwołujący” oraz „Park-M Poland”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp zaniechań i czynności Zamawiającego poczynionych w Postępowaniu, polegających na:

- a) wyborze w zakresie zadania Nr 3 i zadania Nr 5 jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. oraz Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim (dalej: „Konsorcjum Elitelas”);
- b) zaniechaniu wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w zakresie zaofertowanej ceny, która po myśli art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp objęta jest domniemaniem rażąco niskiej ceny;
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Elitelas na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp, albowiem umowa regulująca współpracę tychże wykonawców jest nieważna z mocy prawa jako zawarta z naruszeniem przepisu art. 108 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm., dalej: „k.c.”) i tym samym niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zakresie zadań Nr 3 i Nr 5;
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Elitelas w zadaniach Nr 3 i Nr 5, w sytuacji gdy został on dokonany z naruszeniem procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i tym samym naruszono podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Elitelas dla zadań Nr 3 i Nr 5, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów prawa.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum Elitelas w odniesieniu do zadania Nr 3 i zadania Nr 5;
- 2) odrzucenia oferty Konsorcjum Elitelas w odniesieniu do zadania Nr 3 i zadania Nr 5;
- 3) na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła żądania zawartego w pkt 2 powyżej, nakazanie Zamawiającemu ponownego badania ofert i jednocześnie wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zadania Nr 3 i zadania Nr 5.

W uzasadnieniu dla stawianych zarzutów odwołania Park-M Poland wskazał, że w Postępowaniu odnośnie zadań Nr 3 i Nr 5 oferty złożyły dwa wykonawców tj. Odwołujący oraz Konsorcjum Elitelas. Zestawienie tych ofert prezentuje się następująco: zadanie Nr 3 – Park-M Poland (3 456,00 zł), Konsorcjum Elitelas (1 726,92 zł); zadanie Nr 5 – Park-M Poland (3 456,00 zł), Konsorcjum Elitelas (1 726,92 zł). Odwołujący podkreślił, że podane ceny brutto odpowiadają postawionemu przez Zamawiającego wymogowi sporządzenia oferty w pkt 4.5.1 SWZ tj. cena wykonania wycinki 1 km bieżącego linii napowietrznej nN. Mając zatem na względzie regułę wyrażoną w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp średnia arytmetyczna ofert (żadna oferta nie została odrzucona) złożonych w odniesieniu do zadań Nr 3 i Nr 5 wynosi 2 591,46 zł. Odpowiednio pomniejszona o 30% w odniesieniu do zadań Nr 3 i Nr 5 daje kwotę 1 814,02 zł. Park-M Poland podniósł, że wobec tego, iż wartość oferty Konsorcjum Elitelas wynosi dla zadań Nr 3 i Nr 5 łącznie 1 726,92 zł, w przedmiotowym przypadku zachodzi po stronie Konsorcjum Elitelas domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający ani nie uznał występowania okoliczności o charakterze oczywistym, ani też nie wystosował do Konsorcjum Elitelas wezwania do wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, a w dniu 6 czerwca 2023 r. w odniesieniu do zadania Nr 3 i zadania Nr 5 uznał ofertę Konsorcjum Elitelas za najkorzystniejszą. W ocenie Odwołującego w tym stanie rzeczy zasadne wydaje się unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania ofert, w tym wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w oparciu o treść przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Park-M Poland wyjaśnił, że Konsorcjum Elitelas jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia po myśli art. 59 ustawy Pzp w zw. z pkt 3.9.4 i 3.9.6 SWZ zobligowani zostali do przedłożenia Zamawiającemu umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Odwołujący podniósł, że doniosłość tego dokumentu na gruncie choćby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz nie tylko, każe przyjąć, iż taka umowa winna być w szczególności ważna w świetle ogólnie obowiązujących przepisów prawa. W przedmiotowym przypadku wspólnie o udzielenie zamówienia ubiega się dwóch wykonawców działających w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Park-M Poland zwrócił uwagę, że umowa konsorcjum została podpisana wyłącznie przez Pana K. M. działającego jako Prezes Zarządu zarówno imieniem Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim jak też Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim Tym samym – w ocenie Odwołującego – postąpiono wbrew regule wyrażonej przepisem art. 108 k.c., gdzie jasno wskazano, że „Pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo ze względu na treść czynności prawnej wyłączone jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy (...)”. Park-M Poland wyjaśnił, że uchwała siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1990 r. o sygn. akt III CZP 8/90 dopuszcza możliwość stosowania przepisów o pełnomocnictwie w odniesieniu do czynności podejmowanych w charakterze organu osoby prawnej. Również w wyroku z dnia 24 lipca 2009 r. o sygn. akt II CSK 41/09 Sąd Najwyższy wskazał, że „(...) nie można wykluczyć zastosowania art. 108 k.c. w sytuacji, w której dochodzi do czynności prawnej pomiędzy dwoma jednoosobowymi spółkami z o.o., których jedynym wspólnikiem jest ta sama osoba fizyczna, reprezentowanymi przez tego samego wspólnika, będącego zarazem jedynym członkiem zarządu obu spółek. W takiej sytuacji łatwo może dojść do kolizji interesów spółek i ewentualnych wierzycieli, a dokonywane czynności prawne mogą pozostać poza jakąkolwiek kontrolą (...)”. Ponadto Odwołujący wskazał, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 stycznia 2016 r. o sygn. akt II CSK 231/14 po raz kolejny podkreślił nieważność umowy zawartej z samym sobą akcentując niedopuszczalną tożsamość osoby jako podwójnej strony czynności prawnej. Zdaniem Park-M Poland przyjąć należy, iż w przedmiotowym Postępowaniu przedłożono Zamawiającemu nieważną umowę regulującą zasady współpracy pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Tym samym – wobec nieważności umowy pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia – brak jest możliwości, by ofertę Konsorcjum Elitelas uznać za zgodną z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w treści SWZ. Otóż pkt 3.9.4 SWZ jednoznacznie wskazuje, iż taka umowa musi zawierać zapis wskazujący który z wykonawców będzie wystawiał faktury z tytułu realizacji umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący podniósł, że w braku ważności całej umowy o wspólne ubieganie się i realizację zamówienia publicznego brak jest podstaw by przyjmować, iż zawiera ona jakkolwiek zapis skoro dotknięta jest ową nieważnością w całości. Mając na uwadze powyższe – w ocenie Park-M Poland – oferta Konsorcjum Elitelas jest nieważna na podstawie odrębnie obowiązujących przepisów oraz niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem winna podlegać odrzuceniu na podstawie art 226 ust. 1 pkt 4 oraz pkt 5 ustawy Pzp.

28 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. oraz Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z pkt 2.1.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi wycinki i przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych nN na obszarze działania TAURON Dystrybucja S.A. Oddziały w Jeleniej Górze, Wałbrzychu, Częstochowie i Bielsku-Białej.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 18 zadań, w tym zadanie Nr 3 pod nazwą: „Wycinka w liniach nN Oddział w Jeleniej Górze Region Luban” oraz zadanie Nr 5 pod nazwą: „Wycinka w liniach nN Oddział w Wałbrzychu Region Dzierżonów” (pkt 2.2.2 SWZ).

Z pkt 1.1 Opisu Przedmiotu Umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy (dalej: „OPU”) wynika, że całkowita kwota planowana netto jaką Zamawiający przeznacza na wykonanie Przedmiotu Umowy wynosi: dla zadania Nr 3 –

1 300 000,00 zł, dla zadania Nr 5 – 1 000 000,00 zł. W pkt 1.2 OPU Tauron określił z kolei całkowitą szacunkową długość sieci napowietrznej nN (wraz z przyłączami) na obszarze objętym zadaniem [km]: dla zadania Nr 3 – 1 593, dla zadania Nr 5 – 1 233.

W myśl pkt 4.5.1 SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie każdego zadania Zamawiający kierować się będzie kryterium „Cena wykonania wycinki 1 km bieżącego linii napowietrznej nN (liczonej wraz z przyłączami) niezależnie od stopnia jej zadrzewienia [PLN]”.

Stosownie do treści protokołu postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosi: dla zadania Nr 3 – 1 300 000,00 zł, dla zadania Nr 5 – 1 000 000,00 zł.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 28 marca 2023 r., Izba ustaliła, że w odniesieniu do zadania Nr 3 i zadania Nr 5 zostały złożone dwie oferty:

1) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. oraz Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim za cenę brutto 1 726,92 zł (zarówno dla zadania Nr 3 jak i zadania Nr 5);

2) oferta wykonawcy Park-M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu za cenę brutto 3 456,00 zł (zarówno dla zadania Nr 3 jak i zadania Nr 5).

Z rzeczoności pisma wynika również, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosi: dla zadania Nr 3 – 1 836,00 zł brutto, dla zadania Nr 5 – 2 052,00 zł brutto.

W ramach zadania Nr 3 i zadania Nr 5 Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty. Średnia arytmetyczna ofert złożonych w odniesieniu do wyżej wymienionych zadań wynosi w obu przypadkach 2 591,46 zł. Cena brutto oferty złożonej przez Konsorcjum Elitelas zarówno na zadanie Nr 3 jak i zadanie Nr 5 jest niższa o 33,37 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 3.9.1 SWZ wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 58 ustawy Pzp. Wówczas wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w Postępowaniu albo do reprezentowania ich w Postępowaniu oraz zawarcia umowy (pkt 3.9.2 SWZ). Umowa zawarta pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się wspólnie o zamówienie będzie zawierać zapis wskazujący, który z wykonawców będzie wystawiał faktury z tytułu realizacji umowy (pkt 3.9.4 SWZ). Stosownie do brzmienia pkt 3.9.6 SWZ „W przypadku wyboru oferty Wykonawców występujących wspólnie, przed zawarciem Umowy, Zamawiający może zażądać kopii umowy regulującej współpracę tych Wykonawców”.

W pkt 4.2.1 SWZ Zamawiający wskazał, iż oferta musi zawierać: wypełniony Formularz oferty w formie elektronicznej na Platformie Zakupowej Grupy TAURON; wypełnione i podpisane oświadczenie (wg Załącznika nr 1 do SWZ); oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (wg Załącznika nr 6 do SWZ); dowód potwierdzający, że realizując zamówienie wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów; pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia; pełnomocnictwo do podpisania oferty (w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio z właściwego rejestru); pełnomocnictwo dla osoby posiadającej konto użytkownika na Platformie Zakupowej Grupy TAURON do złożenia oferty w formie elektronicznej w imieniu wykonawcy (o ile nie wynika z innych dokumentów załączonych przez wykonawcę); dowód wniesienia wadium oraz JEDZ.

Przedłożona przez Przystępującego umowa konsorcjum została podpisana przez Pana K. M., który zgodnie z informacjami odpowiadającymi odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącymi spółek wchodzących w skład konsorcjum tj.: Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim oraz Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim, jest Prezesem Zarządu obu spółek – jedynym członkiem zarządu w tych spółkach, uprawnionym do samodzielnej reprezentacji. W informacjach odpowiadających odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców w przypadku każdej ze spółek znajdują się dane dotyczące dwóch wspólników. W § 3 ust. 7 umowy konsorcjum wskazano, że faktury dla Zamawiającego z tytułu realizacji kontraktu będzie wystawiał Lider Konsorcjum.

Pismem z dnia 6 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze ofert najkorzystniejszych w zadaniach Nr 1-18.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów; 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)”.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp „1. Jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycieszenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...)”.

Stosownie do brzmienia art. 239 ustawy Pzp „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

W myśl art. 108 k.c. „Pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączone jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ramach zadania Nr 3 i zadania Nr 5. Izba zauważa, że Odwołujący nie kwestionował tego, że w niniejszym Postępowaniu wystąpiły okoliczności oczywiste niewymagające wyjaśnień, które umożliwiają odstąpienie od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Park-M Poland w toku postępowania

odwoławczego przyznał, że mógł się domyślać z jakich przyczyn Zamawiający odstąpił od wezwania Przystępującego do wyjaśnień zaofertowanej ceny, jednak mimo wszystko, nie próbował z tym polemizować. Tymczasem Zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy w sposób wystarczający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i wyjaśnił z jakich powodów zaniechał wezwania Konsorcjum Elitelas do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Tym samym Tauron wykazał wystąpienie oczywistych okoliczności pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień. Zamawiający słusznie podniósł, że zarzut sformułowany przez Odwołującego jest chybyony, gdyż mając na uwadze kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (dla zadań Nr 3 i Nr 5), a także wartość oferty Konsorcjum Elitelas dla każdego z tych zadań, oczywistym jest wniosek, że to oferta Park-M Poland jest znacznie zawyżona, a nie oferta Przystępującego rażąco zaniżona. Zamawiający powołał również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wydane w tożsamym stanie faktycznym tj. w postępowaniach, w których złożono dwie oferty i cena drugiej, dużo wyższej od ceny zaofertowanej przez konkurenta i zarazem od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, przesądza o wysokiej średniej arytmetycznej złożonych ofert (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1570/22 oraz z dnia 14 grudnia 2018 r. o sygn. akt KIO 2499/18). Izba podziela stanowiska wyrażone w przywołanych wyrokach i wskazuje, że w niniejszym Postępowaniu cena brutto zaofertowana przez Przystępującego w zadaniu Nr 3 i zadaniu Nr 5 – 1 726,92 zł jest bliższa szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i udostępnionej przed otwarciem ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w częściach objętych zarzutami odwołania. Ponadto należy zauważyć, że Odwołujący nie kwestionował szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Tauron, a zatem – wobec braku wątpliwości po stronie Odwołującego co do prawidłowości szacowania wartości zamówienia – nie było podstaw do uznania, iż kwota ta nie została doszacowana. Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy – w ocenie Izby – Zamawiający słusznie uznał, że rozbieżności w zaofertowanych cenach w zakresie zadań Nr 3 i Nr 5, które wystąpiły pomiędzy średnią arytmetyczną cen złożonych ofert, a ceną oferty złożonej przez Konsorcjum Elitelas wynikają z oczywistych okoliczności, niewymagających wyjaśniania tj. ze znaczącego zawyżenia ceny oferty złożonej przez Odwołującego. Wobec powyższego zaistniała przesłanka do odstąpienia od obowiązku wzywania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art 16 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Elitelas w zadaniach Nr 3 i Nr 5, w sytuacji gdy został on dokonany z naruszeniem procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, który ma charakter wynikowy.

Przechodząc natomiast do rozpoznawania zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 w zw. z art. 16 ustawy Pzp Izba wskazuje, że podlegał on oddaleniu. Należy zauważyć, że w uzasadnieniu faktycznym przedmiotowego zarzutu Park M-Poland podniósł, że – w jego ocenie – w przedmiotowym Postępowaniu przedłożono Zamawiającemu nieważną umowę regulującą zasady współpracy pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, wobec czego oferta Konsorcjum Elitelas jest nieważna na podstawie odrębnie obowiązujących przepisów oraz niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 3.9.4 SWZ. Odwołujący upatruje nieważność umowy konsorcjum w okoliczności podpisania rzeczony umowy wyłącznie przez Pana K. M. działającego jako Prezes Zarządu zarówno imieniem Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim oraz Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o.o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim. Tym samym – zdaniem Park-M Poland – postąpiono wbrew regule wyrażonej przepisem art. 108 k.c.

W pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że ustawodawca w art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zawarł zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty, co oznacza, że tylko wystąpienie okoliczności wskazanych w wyżej wymienionym przepisie nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (pkt 4), a także gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5). W niniejszym Postępowaniu Zamawiający w pkt 4.2.1 SWZ określił dokumenty, jakie musi zawierać oferta. Wśród wymienionych dokumentów brak jest wskazania na umowę konsorcjum, gdyż – jak wynika z pkt 3.9.6 SWZ – Zamawiający może zażądać kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w przypadku wyboru oferty wykonawców występujących wspólnie, przed zawarciem umowy. Przytoczone postanowienie SWZ jest tożsame z treścią przepisu art. 59 ustawy Pzp, w którym ustawodawca określił uprawnienie zamawiającego do żądania przedłożenia mu umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jeżeli oferta tych wykonawców została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykładnia przepisu art. 59 ustawy Pzp wskazuje po pierwsze, że Zamawiający nie musi skorzystać z przysługującego mu uprawnienia, a ponadto, iż żądanie przedłożenia umowy konsorcjum możliwe jest dopiero przed zawarciem umowy. W doktrynie podkreśla się, że zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przed wyborem oferty takich wykonawców jako najkorzystniejszej czy też żądania jej zawarcia jeszcze przed upływem terminu składania ofert (tak: E. Wiktorowska [w:] Gawrońska-Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2023). Nieuzasadnione będzie zatem żądanie złożenia umowy konsorcjum wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zob. M. Stachowiak [w:] Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, LEX). Należy bowiem podkreślić, że żądanie kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia służy przede wszystkim weryfikacji, czy podział zadań pomiędzy tymi wykonawcami zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez każdego z nich zasobów i gwarantuje należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 251). Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, że cel i moment, w którym zamawiający może zażądać kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przesądza o tym, że umowa taka nie stanowi treści oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest wskazanie, że Zamawiający dokonał oceny złożonej oferty tj. wszystkich dokumentów, które wykonawca zobowiązany był przedłożyć zgodnie z postanowieniami pkt 4.2.1 SWZ, a Odwołujący ich nie kwestionował. Przede wszystkim Park-M Poland nie stawiał zarzutów ani w odniesieniu do złożonego podpisu na formularzu oferty ani wobec pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym do podpisania i złożenia w imieniu wykonawców oferty w Postępowaniu, udzielonego zgodnie z postanowieniami 3.9.2 i 3.9.3 SWZ oraz na podstawie art. 58 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego zasadnym było przyjęcie, że Odwołujący zgodził się z czynnością podjętą przez Zamawiającego w zakresie oceny dokumentów stanowiących zawartość oferty. Jedyne zarzut odnosił się natomiast do przedłożonej przez Przystępującego umowy konsorcjum, która – zdaniem Odwołującego – dotknięta jest nieważnością, a zatem do dokumentu, który nie stanowi treści oferty. W okolicznościach faktycznych i prawnych rozpoznawanej sprawy

Park-M Poland błędnie więc przyjął, że art. 108 k.c. mógłby stanowić podstawę prawną do uwzględnienia zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż umowa konsorcjum nie stanowi treści oferty. Tym samym rozważania dotyczące kwestii ewentualnej nieważności umowy zawartej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia są irrelewantne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Niemniej jednak, jedynie na marginesie, Izba wskazuje, że w powoływanej w odwołaniu uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1990 r. o sygn. akt. III CZP 8/90 dopuszczono możliwość stosowania w drodze analogii przepisów o pełnomocnictwie do czynności podejmowanych w charakterze organu osoby prawnej, ale co istotne wyrażono w niej pogląd, że osoba fizyczna działająca jako organ osoby prawnej nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu tego podmiotu, chyba że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów. Kolejno w przywołanym przez Odwołującego wyroku z dnia 24 lipca 2009 r. o sygn. akt II CSK 41/09 Sąd Najwyższy wprost wskazał, że stosowanie przepisu art. 108 k.c. do osób prawnych jest sporne w doktrynie. W uzasadnieniu rzeczowego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że: „(...) nie można wykluczyć zastosowania art. 108 KC w sytuacji, w której dochodzi do czynności prawnej pomiędzy dwoma jednoosobowymi spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością, których jedynym wspólnikiem jest ta sama osoba fizyczna, reprezentowanymi przez tego samego wspólnika, będącego zarazem jedynym członkiem zarządu obu spółek. W takiej sytuacji łatwo może dojść do kolizji interesów spółek i ewentualnych wierzycieli, a dokonywane czynności prawne mogą pozostać poza jakąkolwiek kontrolą (...). Nie ma podstaw, aby rozciągać stosowanie art. 108 KC na każdą sytuację, w której w składzie organów reprezentujących spółki pojawia się ta sama osoba fizyczna (...)”. Podobnie uznał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 r. o sygn. akt V CSK 425/17: „(...) Stosowanie art. 108 KC w drodze analogii powinno być jednak poprzedzone analizą konkretnego stanu faktycznego, nie ma bowiem podstaw by stosowanie art. 108 KC rozciągać automatycznie na każdą sytuację, w której w składzie organów reprezentujących spółki występuje ta sama osoba fizyczna (...) Osoba, która jako członek zarządu reprezentuje obie osoby prawne, będące stroną tej samej czynności prawnej, powinna zapewnić, aby spełniona była przynajmniej jedna z przesłanek wskazanych w art. 108 KC, uzasadniających dokonanie czynności „z samym sobą” (...)”. Ponadto w wyżej wymienionych wyrokach Sąd Najwyższy wyraźnie podkreślił, że zgodnie z przyjętą wykładnią art. 108 k.c. czynność prawna dokonana sprzecznie z treścią tego przepisu nie jest bezwzględnie nieważna, lecz niepełna. Oznacza to, że jej ważność zależy od potwierdzenia przez osobę, w której imieniu została dokonana.

Z kolei Konsorcjum Elitelas w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego (pismo z dnia 21 czerwca 2023 r.) przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2002 r. o sygn. akt II CKN 1003/00, w którym Sąd Najwyższy odmówił zastosowania art. 108 k.c. w sytuacji, gdy ta sama osoba fizyczna występowała w składach organów dwóch spółek dokonujących określonej czynności prawnej. W uzasadnieniu rzeczowego wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że „(...) W. S. prezes Spółki S. GmbH w L. jest - jak wynika z załączonego rejestru handlowego - zawsze uprawniony do jednoosobowej reprezentacji oraz do reprezentowania spółki w przypadku czynności prawnych z samym z sobą (...). Wymieniony jest organem osoby prawnej a nie jej przedstawicielem, wchodzi bowiem w skład struktury organizacyjnej tej osoby i urzeczywistnia jej wolę. Wskutek tego działanie organu osoby prawnej jest tożsame z działaniem samej osoby prawnej. Prezes W. S. nie występował jednocześnie w obu rolach tj. organu osoby prawnej i osoby fizycznej, nie doszło bowiem do zawarcia umowy między osobą będącą organem osoby prawnej a reprezentowaną przez nią osobę prawną (...)”.

Mając na uwadze powyższe należy podkreślić, że Odwołujący podniósł podczas rozprawy, że ma świadomość, iż w orzecznictwie pojawiają się różne stanowiska dotyczące spornej kwestii. Niemniej jednak Park-M Poland konsekwentnie prezentował jeden pogląd, powołując się przy tym na wyroki Sądu Najwyższego, które zostały wydane w odmiennych stanach faktycznych niż ten zaistniały w rozpoznawanej sprawie. Wymaga zauważania, że w niniejszej sprawie wchodzącej w skład Konsorcjum Elitelas spółki nie są spółkami jednoosobowymi, natomiast Pan K. M. działający jako Prezes Zarządu zarówno imieniem Usługi Leśne i Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim jak też Usługi Ogrodnicze Elitelas sp. z o. o. z siedzibą w Baranowie Sandomierskim jest jedynym członkiem zarządu w tych spółkach, uprawnionym do samodzielnej reprezentacji (zgodnie z informacjami odpowiadającymi odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczącymi spółek wchodzących w skład Konsorcjum Elitelas). Ponadto sama umowa konsorcjum została zawarta w celu realizacji określonego wspólnego przedsięwzięcia, a tym samym nieuzasadnione jest arbitralne przyjęcie, że narusza ona wzajemne interesy jej stron. Analizując treść umowy konsorcjum można bowiem dojść do wniosku, że wątpliwe jest wystąpienie konfliktu interesów pomiędzy spółkami tworzącymi Konsorcjum Elitelas, które wspólnie są zainteresowane realizacją zamówienia. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, że w analizowanej sytuacji może dojść do kolizji interesów spółek i ewentualnych wierzycieli, a dokonywane czynności prawne mogą pozostać poza jakąkolwiek kontrolą.

Biorąc pod uwagę okoliczności rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest chybiony. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, którego uzasadnienie opierało się na tych samych okolicznościach faktycznych jak w przypadku zarzutu art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu równocześnie wymaga przypomnienia, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat precyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt: KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22)W związku z powyższym Izba wskazuje, że wszelkie nowe okoliczności konkretyzowane przez Odwołującego dopiero na rozprawie, nie mogły być przedmiotem rozpoznania w tej sprawie.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrującą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: