

Warszawa, dnia 05 stycznia 2024 roku

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek - Bujak

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych 14 grudnia 2023 roku (pismem z dnia 11 grudnia 2023 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: Gminę Zgierz (ul. Łęczycka 4, 95-100 Zgierz)

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 28 listopada 2023 roku (znak: KND/169/22/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wyłapywanie i dostarczanie do schroniska lub hotelu bezdomnych zwierząt z terenu gminy Zgierz oraz ich utrzymywanie i leczenie w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r., wraz z bezpiecznymi psami i kotami odłowionymi z terenu gminy Zgierz w latach 2010 - 2021”

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Zgierz zgłoszone 14 grudnia 2023 roku (pismem z 11 grudnia 2023 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 28 listopada 2023 roku nr KND/169/22/DKZP

nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną nr KND/169/22/DKZP postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było „Wyłapywanie i dostarczanie do schroniska lub hotelu bezdomnych zwierząt z terenu gminy Zgierz oraz ich utrzymywanie i leczenie w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r., wraz z bezpiecznymi psami i kotami odłowionymi z terenu gminy Zgierz w latach 2010 -2021.”

Postępowanie przeprowadzone zostało przez Zamawiającego Gminą Zgierz, w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaoferowana przez ww. Wykonawcę cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

6 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanych w art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zaoferowana przez ww. Wykonawcę cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

8 grudnia 2021 r. Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku udzielił wyjaśnień dotyczących elementów zaoferowanej ceny, które jednocześnie zostały zastrzeżone na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca konkretnie i wyczerpująco wykazał wszelkie czynniki mające wpływ na cenę. Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż wyjaśnienia w pełni uzasadniają wysokość ceny podanej w ofercie i brak jest przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art.224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej za jaką uznał ofertę Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-

Adopcyjne w spadku.

Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnienia Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku złożone pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. ograniczają się do ogólnikowych stwierdzeń, jak odwołanie się do infrastruktury schroniska, zaplecza weterynaryjnego czy przyjętych rozwiązań logistycznych i administracyjnych. W wyjaśnieniach nie przedstawiono żadnych kalkulacji cenotwórczych, w tym informacji o ilości personelu i kosztach pracowniczych, dokładnych wyliczeniach związanych ze stanem magazynowym niezbędnego do realizacji zamówienia asortymentu i szczegółów związanych z możliwością uzyskania rabatów u dostawców artykułów zoologicznych – w wyjaśnieniach podano jedynie orientacyjny procent stanów magazynowych oraz możliwość uzyskania rabatów na zakup artykułów do wysokości określonej w procentach. Ponadto, Wykonawca nie określił precyzyjnie nawet uwzględnionej w cenie marży. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca zobligowany jest do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, zawierających uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Z wyjaśnień i dołączonych dowodów muszą wynikać podstawy kalkulacji ceny, w szczególności ceny materiałów, konkretna wysokość uzyskanych upustów czy rabatów, bądź też inne koszty prowadzonej działalności. Wykonawca nie przedstawił chociażby konkretnego wyliczenia wysokości marży ani żadnych dowodów dotyczących zatrudnienia pracowników (listy płac, deklaracje ZUS), posiadanych pojazdów i urządzeń (faktury zakupu, umowy leasingu), kosztów zakupu materiałów. Ponadto Wykonawca zażądał od Zamawiającego, w przypadku gdyby podane informacje nie były wystarczające, wskazania dokumentów, które Zamawiający uzna za potrzebne do potwierdzenia okoliczności wskazanych w treści wyjaśnień z dnia 8 grudnia 2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zatem wszelkie próby przerzucenia ciężaru dowodu na Zamawiającego, w tym poprzez żądanie by to Zamawiający wskazał listę dowodów, które są niezbędne do wykazania realności zaoferowanej ceny, należy uznać za niedopuszczalne.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że udzielając wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca obowiązany był do bardziej szczegółowego wykazania, o jakie kwoty wykonawca mógł obniżyć cenę oferty dzięki powyższym możliwościom, w tym poprzez przekazanie odpowiedniej kalkulacji cenowej oraz dowodów potwierdzających możliwość obniżenia ceny w sposób wskazany w treści wyjaśnień, np. poprzez udostępnienie umów z dostawcami lub spisu stanów magazynowych asortymentu. Ponadto podanie informacji dotyczącej charakteru działalności wykonawcy, w

tym przyjętych rozwiązań techniczno-organizacyjnych, powinno być poparte opisem wpływu takiej informacji na kalkulację ceny oraz wskazaniem orientacyjnej kwoty (procentu) upustu w oferowanej cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jak zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyjaśnieniach Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku brak jest tego rodzaju konkretnych informacji, podane wyjaśnienia są ogólne i niepoparte odpowiednimi dowodami.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W kontrolowanej sprawie Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaznaczył, że w informacji o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego np. „Utrzymanie i zapewnienie opieki weterynaryjnej bezdomnym zwierzętom odłowionym z terenu Gminy Sieradz” (znak kontroli: KND/172/22) wskazano, iż przedłożone w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia przez Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku (wyjaśnienia o tożsamej treści, jak te złożone w kontrolowanym postępowaniu) są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku, który poprzez złożenie pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wyjaśnień w zakresie czynników cenotwórczych nie wykazał, iż zaoferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyników kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu wskazał na błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych polegające na stwierdzeniu, że w ocenie Prezesa UZP wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę w ramach wezwania wystosowanego przez zamawiającego do złożenia

wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny „ograniczały się do ogólnikowych stwierdzeń, jak odwołanie się do infrastruktury schroniska, zaplecza weterynaryjnego czy przyjętych rozwiązań logistycznych i administracyjnych” oraz, że „w wyjaśnieniach nie przedstawiono żadnych kalkulacji cenotwórczych, w tym informacji o ilości personelu i kosztach pracowniczych, dokładnych wyliczeniach związanych ze stanem magazynowym niezbędnego do realizacji zamówienia

asortymentu i szczegółów związanych z możliwością uzyskania rabatów u dostawców zoologicznych)" pomijając jednocześnie przy ocenie złożonych wyjaśnień treść i charakter wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień w szczególności jego zakres oraz nie uwzględniając okoliczności sprawy w tym informacji znajdujących się w posiadaniu zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania, iż przepisy obowiązywały w takiej sytuacji zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy w przetargu.

Zamawiający wskazał, że zasadniczym celem wyjaśnień dla Zamawiającego jest ustalenie realnej możliwości realizacji zamówienia przez Wykonawcę przy przyjęciu zaproponowanej ceny usługi. Zwrócił uwagę na fakt, że Wykonawca przed złożeniem oferty przez wiele lat wykonywał dla Zamawiającego przedmiotową usługę za cenę porównywalną z ceną zaproponowaną w ofercie. Kontrole doraźne, jak i planowane przez Zamawiającego w ramach realizacji zamówienia w poprzednich latach oraz dokumenty uzyskiwane w ramach wykonanych umów świadczyły dobitnie, iż cena ta jest ceną realną gwarantującą wykonanie usługi również w roku 2022. W tym zakresie nie podjęto żadnych czynności weryfikujących w realiach niniejszej sprawy, zaś mając powyższe na uwadze zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były na tyle wyczerpujące i nie budziły wątpliwości, iż nie było potrzeby do wzywania do złożenia dodatkowych dokumentów. Zamawiający był przekonany o możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zamawiający przywołał wyrok TSUE z 22.06.1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SPA v. Comune di Milano*, EU:C:1989:256, zgodnie z którym niedopuszczalne — jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych — jest odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium powodującego uznanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna.

Zamawiający zwrócił także uwagę na aspekt samego wezwania do złożenia wyjaśnień. W tym zakresie Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Zamawiającego, celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta

podlega odrzuceniu. Zamawiający wskazał ponownie, że w oparciu o posiadane wyjaśnienia i wiedzę, w tym konkretnym przypadku, nie stwierdził przesłanek do odrzucenia oferty. Zamawiający zauważył również, że nie można automatycznie przesądzać, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. W tym zakresie Zamawiający powołał się na stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10):

„Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej,” a nie ceny „niskiej.” Te dwa pojęcia nie są tożsame”.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku, który poprzez złożenie pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wyjaśnień w zakresie czynników cenotwórczych nie wykazał, iż zaoferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej, wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie powołał się na art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień Publicznych, z którego wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wskazał, że w treści wyjaśnień złożonych 8 grudnia 2021 r., Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku wskazał, iż w zaoferowanej cenie uwzględniono również pozytywną dotychczasową stałą współpracę, zatem za niezrozumiały należy uznać zarzut pominięcia tego aspektu w ocenie stanu faktycznego sprawy.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że w wyniku kontroli stwierdzono, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe i niewyczerpujące, nie zawierają również żadnych kalkulacji cenotwórczych. Powyższe braki nie mogą być ignorowane przez Zamawiającego jedynie z uwagi na wcześniejszą współpracę z danym Wykonawcą, bowiem ciężar udowodnienia, czy zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej spoczywa na Wykonawcy i w każdym przypadku wystosowania wezwania w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien on złożyć wyczerpujące, zindywidualizowane wyjaśnienia uwzględniające wymagania postawione w danym postępowaniu. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że w niniejszym przypadku, wyjaśnienia złożone pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. mają charakter blankietowy, nie

zawierają nawet podstawowej kalkulacji cenowej sporządzonej na potrzeby kontrolowanego postępowania. Nadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że z informacji posiadanych przez Urząd wynika, że treść ww. wyjaśnień była również wykorzystywana przez Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co jedynie potwierdza jej uniwersalny i ogólny charakter.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał także, że w kontrolowanym postępowaniu ww. Wykonawca wycenił opiekę nad 1 zwierzęciem w kwocie o ok. 12% niższej niż w postępowaniu realizowanym rok wcześniej, co przy rosnącej inflacji powinno budzić pewne wątpliwości Zamawiającego.

W odniesieniu do przywołanego przez Zamawiającego wyroku TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli*

Costanzo SPA v. Comune di Milano, EU:C:1989:256, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgodził się, iż odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium powodującego uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna – jest niedopuszczalne. Dlatego w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający jest zobowiązany, przed odrzuceniem oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny, co w niniejszym przypadku Zamawiający uczynił pismem z dnia 6 grudnia 2021 r., o treści:

„Wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny

Zamawiający informuje, że zaoferowana przez Państwa cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 poz.1129 ze zmianami), zwanej dalej ustawą, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Wobec powyższego Zamawiający wzywa do złożenia wyżej wyjaśnień w terminie do dnia 9 grudnia 2021 r.”

Jak wskazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, analizując treść powyższego wezwania, Zamawiający wprost wskazał, iż oczekuje wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. powinny dotyczyć m.in.:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług

albo związanych z realizacją robót budowlanych;

- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach

dotyczących pomocy publicznej;

- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia

podwykonawcy.

Zamawiający poinformował, iż ciężar udowodnienia, iż zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej spoczywa na Wykonawcy. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że Zamawiający określił w wezwaniu zakres wyjaśnień przywołując art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zaznaczył, iż żąda przedłożenia dowodów. Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku, w przeciwieństwie do stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, w ogóle nie przedłożył kalkulacji cenotwórczych.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał na niespójność w argumentacji Zamawiającego, który w pierwszej kolejności wskazuje, iż złożone pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wyjaśnienia Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku są wystarczające do uznania, iż zaoferowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej, a następnie kwestionuje poprawność sformułowania własnego wezwania (pismo z dnia 6 grudnia 2021 r.) przywołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczący braku złożenia przez wykonawcę wystarczająco szczegółowych wyjaśnień do uznania, iż zaoferowana cena nie posiada znamion rażąco niskiej, w wyniku źle sformułowanego przez Zamawiającego wezwania, co powoduje u Zamawiającego powstanie obowiązku ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowanej ceny.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zauważył, że w przywołanym przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby

Odwolawczej z dnia 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 82/20, mamy do czynienia z odmiennym stanem faktycznym niż w kontrolowanym postępowaniu, bowiem złożone przez wykonawcę wyjaśnienia zawierały kosztorysy i oferty oraz opis działalności wykonawcy. Wyjaśnienia Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku złożone pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. ograniczają się do ogólnikowych stwierdzeń, nie przedstawiono w nich żadnych kalkulacji cenotwórczych, w tym informacji o ilości personelu i kosztach pracowniczych, dokładnych wyliczeniach związanych ze stanem magazynowym niezbędnego do realizacji zamówienia asortymentu i szczegółów związanych z możliwością uzyskania rabatów u dostawców artykułów zoologicznych – w wyjaśnieniach podano jedynie orientacyjny procent stanów magazynowych oraz możliwość uzyskania rabatów na zakup artykułów do wysokości określonej w procentach. Ponadto, Wykonawca nie określił precyzyjnie nawet uwzględnionej w cenie marży.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ponownie podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, bez względu na skalę prowadzonej przez niego działalności, zobligowany jest do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, zawierających uzasadnienie zaoferowanej ceny, w tym wskazanie okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej, a nie innej ceny oraz przede wszystkim potwierdzające jej realny charakter. Z wyjaśnień i dołączonych dowodów muszą wynikać podstawy kalkulacji ceny, w szczególności ceny materiałów, konkretna wysokość uzyskanych upustów czy rabatów, bądź też inne koszty prowadzonej działalności. Tymczasem Wykonawca nie przedstawił chociażby konkretnego wyliczenia wysokości marży ani żadnych dowodów dotyczących zatrudnienia pracowników (listy płac, deklaracje ZUS), posiadanych pojazdów i urządzeń (faktury zakupu, umowy leasingu), kosztów zakupu materiałów. Ponadto, Wykonawca zażądał od Zamawiającego, w przypadku gdyby podane informacje nie były wystarczające, wskazania dokumentów, które Zamawiający uzna za potrzebne do potwierdzenia okoliczności wskazanych w treści wyjaśnień z dnia 23 listopada 2021 r. Należy podkreślić, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zatem wszelkie próby przerzucenia ciężaru dowodu na Zamawiającego, w tym poprzez żądanie by to Zamawiający wskazał listę dowodów, które są niezbędne do wykazania realności zaoferowanej ceny, należy uznać za niedopuszczalne. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że to z wyjaśnień wykonawcy powinno wynikać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną wiarygodną i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, a realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Wykonawca może

w wyjaśnieniach podać inne niż żądał zamawiający obiektywne czynniki oraz złożyć inne niż żądał zamawiający dowody mające wpływ na cenę oferty.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast, w myśl art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Z powyższego wynika, że każde twierdzenie uzasadniające cenę, wskazane w wyjaśnieniach będących odpowiedzią na wezwanie kierowane na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, koniecznie musi być w sposób należyty uzasadnione i udowodnione. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaznaczył, że w przywołanej wcześniej informacji o wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego np. „Utrzymanie i zapewnienie opieki weterynaryjnej bezdomnym zwierzętom odłowionym z terenu Gminy Sieradz” (znak kontroli: KND/172/22) wskazano, iż przedłożone w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia przez Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku (wyjaśnienia o tożsamej treści, jak te złożone w kontrolowanym postępowaniu) są niewystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej.

Udzielając wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca obowiązany był do bardziej szczegółowego wykazania, o jakie kwoty wykonawca mógł obniżyć cenę oferty, w tym poprzez przekazanie odpowiedniej kalkulacji cenowej oraz dowodów potwierdzających możliwość obniżenia ceny w sposób wskazany w treści wyjaśnień, np. poprzez udostępnienie umów z dostawcami lub spisu stanów magazynowych asortymentu. Ponadto, podanie informacji dotyczącej charakteru działalności wykonawcy, w tym przyjętych rozwiązań techniczno-organizacyjnych, powinno być poparte opisem wpływu takiej informacji na kalkulację ceny oraz wskazaniem orientacyjnej kwoty (procentu) upustu w oferowanej cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku brak jest tego rodzaju konkretnych informacji, podane wyjaśnienia są ogólne i niepoparte odpowiednimi dowodami. Zatem, Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku przedstawił pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Z uwagi na powyższe Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień

publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku, który poprzez złożenie pismem z dnia 8 grudnia 2021 r. wyjaśnień w zakresie czynników cenotwórczych nie wykazał, iż zaoferowana cena nie zawiera znamion rażąco niskiej. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W konsekwencji Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Izba zważyła co następuje:

Zastrzeżenia Zamawiającego Gminy Zgierz zgłoszone 14 grudnia 2023 roku (pismem z 11 grudnia 2023 roku) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 28 listopada 2023 roku nr KND/169/22/DKZP nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym złożone przez Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku wyjaśnienia ograniczają się do ogólnikowych stwierdzeń, nie przedstawiono w nich żadnych kalkulacji cenotwórczych, w tym informacji o ilości personelu i kosztach pracowniczych, dokładnych wyliczeń związanych ze stanem magazynowym, niezbędnego do realizacji zamówienia asortymentu i szczegółów związanych z możliwością uzyskania rabatów u dostawców artykułów zoologicznych – w wyjaśnieniach podano jedynie orientacyjny procent stanów magazynowych oraz możliwość uzyskania rabatów na zakup artykułów do wysokości określonej w procentach. Wykonawca nie określił precyzyjnie uwzględnionej w cenie marży. Złożone wyjaśnienia były gołosłowne, nieoparte obliczeniami, dowodami dotyczącymi obliczenia ceny, zasadniczych kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający nie miał żadnej podstawy, aby stwierdzić, że Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku udowodnił, że zaoferowana przez niego cena realizacji usługi nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej.

Zamawiający w treści zgłoszonych zastrzeżeń powoływał się na konieczność analizy samego wezwania do złożenia wyjaśnień, jakie skierował do wykonawcy. Zamawiający nie wskazał jednak, jakie konkretnie kwestie związane z analizą wezwania mają znaczenie.

Zamawiający powołał się jedynie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, bez wykazania, że stany faktyczne w powołanych przez niego orzeczeniach odpowiadają temu, z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający nie wykazał aby kierowane przez niego wezwanie w przedmiotowej sprawie było nieprawidłowe czy też zbyt ogólne – aby nie wynikało z niego, co powinno stanowić przedmiot wyjaśnień. Treść wezwania do złożenia wyjaśnień była klarowna i jednoznaczna. Zamawiający, zgodnie z treścią wezwania, wprost wskazał, że: „(...) wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie opisanym w art. 224 ust. 3 ustawy.” Oznacza to, że Zamawiający w treści wezwania wprost wskazał, że oczekuje wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących obliczenia ceny zamówienia. Poprzez odniesienie do konkretnego przepisu również wskazał na zakres wyjaśnień. Tymczasem Wykonawca nie przedstawił żadnego obliczenia ceny, odniesienia do kosztów, nie złożył również żadnych dowodów odnoszących się do obliczenia ceny.

Izba podzieliła także stanowisko, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Nie są uzasadnione jakiegokolwiek próby przerzucenia przez wykonawcę ciężaru dowodu na Zamawiającego, w tym poprzez żądanie, by to Zamawiający wskazał listę dowodów, które są niezbędne do wykazania realności zaoferowanej ceny.

Zamawiający w treści zastrzeżeń wskazał, że wyjaśnienia Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku były wyczerpujące i nie budziły jego wątpliwości oraz że Zamawiający był przekonany o możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Takie twierdzenie Zamawiającego jest również ogólnikowe i gołosłowne. Zamawiający nie wskazał, jakie konkretnie okoliczności przedstawione w treści wyjaśnień upewniły go co do tego, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna.

W dalszym ciągu Zamawiający pomija, że ze złożonych wyjaśnień nie wynikają żadne konkretne informacje dotyczące zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia stanowią ogólny opis odnoszący się do działalności Wykonawcy, stanu posiadania, ale Wykonawca nie wskazał, w jaki konkretnie sposób przedstawione okoliczności przekładają się na zaoferowaną cenę, poszczególne koszty realizacji tej usługi, a także możliwość obniżenia ceny. Jak wskazano powyżej, brak jest jakichkolwiek kalkulacji czy dowodów w tym zakresie, pomimo, że Wykonawca wprost został wezwany do ich złożenia. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty, zawierające ogólne stwierdzenia co do infrastruktury schroniska, zaplecza weterynaryjnego, ogólnie określonego stanu posiadania – m.in. terenu, budynków,

nieoparte jakimikolwiek dowodami uniemożliwiają weryfikację, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Nie jest również przekonujący argument podnoszony przez Zamawiającego, odnoszący się do okoliczności, że Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku dotychczas realizował przedmiotową usługę na rzecz Zamawiającego przez wiele lat za cenę porównywalną, co miałoby uzasadniać realność możliwości realizacji usługi przez Wykonawcę za zaoferowaną cenę w tym postępowaniu.

Samo przekonanie Zamawiającego nie jest wystarczające. Wykonawca każdorazowo w konkretnym postępowaniu jest zobowiązany wykazać prawidłowość kalkulacji ceny i realność zaoferowanej ceny. Tymczasem Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku składa te same, blankietowe, ogólnikowe informacje w różnych postępowaniach (na co zwrócił uwagę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych). Już sam ten fakt wskazuje na ogólny charakter wyjaśnień, jak również na fakt, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny,

Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku nie odnoszą się do kalkulacji ceny w tym konkretnym postępowaniu.

Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że Wykonawca w kontrolowanym postępowaniu wycenił opiekę nad jednym zwierzęciem w kwocie o ok. 12% niższej niż w postępowaniu realizowanym rok wcześniej, co przy rosnącej inflacji, również zdaniem Izby, powinno budzić wątpliwości Zamawiającego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skoro zatem Wykonawca Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena realizacji usługi nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej, to złożone przez niego wyjaśnienia nie zasługiwały na uwzględnienie, a oferta powinna zostać odrzucona na podstawie przywołanego przepisu ustawy. Zamawiający nie dokonał takiej czynności.

W konsekwencji należy uznać, że zasadne było stwierdzenie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z

art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Hotel dla Zwierząt i Ptactwa Domowego L.S. Gabinet Weterynaryjny, Schronisko, Centrum Rehabilitacyjno-Szkoleniowo-Adopcyjne w spadku, który w złożonych 8 grudnia 2021 r. wyjaśnieniach w zakresie czynników cenotwórczych nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 610 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie: