



# Rażąco niska cena w zamówieniach publicznych

Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie jest zdefiniowane w ustawie. Jednak pojawia się ono w licznych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej. W artykule omówiono, w jakich przypadkach na gruncie PZP możemy mówić o podejrzeniu rażąco niskiej ceny złożonych ofert.

19 października 2014 r. weszły w życie zmiany w Ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych („PZP”), wprowadzone nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dotknęły one szeregu kwestii istotnych w praktyce zamówień publicznych, w tym problematycznego zagadnienia, jakim była kwestia rażąco niskiej ceny. Obecnie stoimy u progu kolejnej nowelizacji, bowiem do 18 kwietnia 2016 r. Polska była zobowiązana implementować unijne dyrektywy, które weszły w życie w 2014 r., a mianowicie: dyrektywę klasyczną (2014/24/UE), sektorową (2014/25/UE) i koncesyjną (2014/23/UE), regulujące prawo zamówień publicznych. Wprowadzają one istotne zmiany, wśród których są m.in.: wykluczenie kredytów i pożyczek z reżimu zamówień publicznych, uproszczenie postępowania, większa

innowacyjność, które mają być osiągnięte poprzez wdrożenie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia czy informatyzację usług.

Co ciekawe, procedowany obecnie projekt nowelizacji nie wprowadza rewolucyjnych zmian w aspekcie rażąco niskiej ceny. Być może po części jest to spowodowane faktem, że nowe rozwiązania w ogromnym stopniu odchodzą od prymatu ceny, która co do zasady, wśród kryteriów oceny ofert nie może stanowić więcej niż 40%. Z jednej strony może to spowodować, że wykonawcy w postępowaniach i odwołaniach będą koncentrować się raczej na przyznawaniu punktacji w ramach kryteriów pozacenowych, które jako bardziej subiektywne mogą pozostawiać większe pole do interpretacji zamawiającemu (a następnie do kwestiono-

wania dla odwołujących się wykonawców).

Z drugiej jednak strony rażąco niska cena w dalszym ciągu pozostanie samoistną przesłanką odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy - a do tej pory był to stosunkowo skuteczny zarzut podnoszony w odwołaniach kierowanych do Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, w nowych kryteriach oceny ofert pojawia się kryterium kosztu ekonomicznego zakupu, rozumianego jako nakłady konieczne do poniesienia w związku z m.in. eksploatacją i utylizacją przedmiotu zamówienia. Nie sposób wykluczyć, że na tle tego kryterium również zaistnieją spory co do wiarygodności kosztów określonych przez wykonawców lub wiarygodności przesłanek, w oparciu o które zamawiający ma ustalić koszty ekonomiczne przedmiotu zamówienia. W praktyce zatem może się wykształcić przedmiot sporów przed Krajową Izbą Odwoławczą - rażąco niski koszt.

Niezależnie od powyższego trzeba pamiętać, że zgodnie z projekowanym art. 91 ust. 2a PZP, kryterium ceny będzie mogło mieć wagę powyżej 40% lub stanowić jedyne kryterium oceny ofert tylko wówczas, gdy przedmiot zamówienia ma ustalone standardy jakościowe. W przypadku zamówień publicznych na budowę lub modernizację dróg standardy takie bez wątplenia istnieją i są wyznaczane przez powszechnie obowiązujące przepisy ustanawiające parametry, jakie droga danej kategorii musi spełniać. Dalece ujednolicone są również zasady wzajemnych rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą - poprzez stosowanie wzorów umów. Niewykluczone zatem, że w przypadku zamówień publicznych na budowę lub modernizację dróg w dalszym ciągu decydującym kryterium oceny ofert będzie kryterium ceny, zaś jednym z popularniejszych zarzutów podnoszonych w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej - zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z tego też powodu warto usystematyzować dotychczasową praktykę w tym aspekcie.

## Podejrzenie rażąco niskiej ceny

W pierwszej kolejności pragniemy wskazać, w jakich przypadkach na gruncie PZP możemy mówić o podejrzeniu rażąco niskiej ceny złożonych ofert oraz o zaistnieniu przesłanek do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP.

W świetle aktualnie obowiązującego brzmienia art. 90 ust. 1 PZP zamawiający musi nabrać wątpliwości co do ceny, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub śred-

niej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W przypadku gdy oferowana cena odbiega o 30% od wartości zamówienia, zamawiający nie ma pozostawionego wyboru - musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Należy stwierdzić, że obligatoryjność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień sprawia, że nie każdy przypadek wezwania do złożenia wyjaśnień jest przejawem rzeczywistego przekonania po stronie zamawiającego, że rzeczywiście istnieje ryzyko, iż wykonawca zaferował cenę rażąco niską. Wręcz przeciwnie - wzywający do złożenia wyjaśnień zamawiający w przypadku, gdy do wystosowania takiego wezwania był on zobligowany mocą przepisów PZP, może w rzeczywistości nie mieć wątpliwości, czy też poważniejszych wątpliwości co do ceny. Przyczyny takiego stanu rzeczy - w obliczu zaistnienia znaczącej przeciwieź rozbieżności pomiędzy ceną a wartością zamówienia lub średnią złożonych ofert - mogą być rozmaite, by wspomnieć chociażby świadome przeszacowanie zamówienia przez zamawiających. Możliwe są również sytuacje, w których zaoferowana cena, choć znacząco niższa od cen konkurencji, daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do dróg publicznych warto wskazać przykład przetargu na usługi okresowego utrzymania czystości dróg, w którym najtańsza oferta jest niższa o 30% od szacowanej wartości zamówienia, lub średniej arytmetycznej zaoferowanych cen - a jest ceną zbliżoną do tej, za którą wykonawca już wykonuje taki sam zakres usług, bez uszczerbku dla ich jakości.

## Wyjaśnienia w sprawie rażąco niskich cen

Jak wskazano wyżej, jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych. Na kalkulację mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danej branży, jak również kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Fakt zaoferowania wykonania zamówienia przez kilku wykonawców za zbliżonym wartościowo wynagrodzeniem świadczy o tym, że zaproponowane przez nich ceny są realistyczne i nie mieszczą się w pojęciu „rażąco niskiej ceny” (wyrok KIO 516/12). Nie oznacza to jednak, że w takim przypadku zamawiający nie jest zobligowany do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień - w tym zakresie brzmienie przepisu jest jednoznaczne.

Ponadto w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej podkreśla się fakt, że „Rażąco niską cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 *Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych.” - wyrok KIO z 24 maja 2012 r., sygn. KIO 916/12. Oznacza to, że w ramach całkowitej ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia, która to cena podlega ocenie zamawiającego nie tylko jako kryterium przy wyborze oferty, ale również pod kątem art. 90 ust. 1 PZP, wykonawcy przysługuje swoboda w kształtowaniu poszczególnych elementów składa-

jących się na cenę – w szczególności dopuszczalne jest nawet niedoszacowanie części z nich, o ile będzie to miało pokrycie w kalkulacji pozostałych elementów, dzięki czemu ogólna cena będzie gwarantowała możliwość należytego wykonania zamówienia – takie stanowisko zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z 18 kwietnia 2012 r. (KIO 684/12) stwierdziła wprost: „Kalkulacja ceny jest prawem i jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Fakt, że pewna część oferty czy pewna usługa mogłyby być uznane za cenę rażąco niską, nie skutkuje uznaniem ceny całej oferty za rażąco niską, a tym samym koniecznością odrzucenia takiej oferty jako oferującej cenę rażąco niską”. Co za tym idzie – nawet wyraźne zaniżenie przez jednego z wykonawców ceny za poszczególny element zamówienia nie będzie uzasadniało odrzucenia jego oferty, jeżeli cała kwota nie będzie budziła uzasadnionych wątpliwości zamawiającego, których nie rozwiążą udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia.

W tym kontekście pragnę również zwrócić Państwa uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2013 r., wydany w sprawie rozpoznawanej pod sygnaturą akt KIO 453/13, w którym Izba wskazała, że:

„Samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 *Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) stwarza wrzuszalne domniemanie, że cena złożonej oferty pozostaje rażąco niską. Zadaniem wezwanego wykonawcy jest obalenie rzeczonego domniemanie.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 *Ustawy Prawo zamówień publicznych* uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, itp. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy nie jest wyczerpujący. Ponadto zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach. Ważne są bowiem skala tego zjawiska – dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy – i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty”.

W zależności od tego, jaka była motywacja zamawiającego zwracającego się do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień – czy było to wezwanie motywowane tylko i wyłącznie wymogiem ustawowym, czy też wezwanie było motywowane rzeczywistymi wątpliwościami zamawiającego – różny zakres argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach może być przez zamawiającego uznany za wystarczający. Motywacja zamawiającego najczęściej nie jest jednak znana wykonawcy, zatem ewentualny brak faktycznych wątpliwości zamawiającego co do ceny warto traktować jako dodatkową okoliczność sprzyjającą wykonawcy. Bazowanie na takim

założeniu, skutkujące złożeniem jedynie lakonicznych wyjaśnień co do ceny, może być dla wykonawcy ryzykowne i zakończyć się trudnym postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą czy wręcz odrzuceniem oferty.

Należy przy tym pamiętać, że odpowiadając na takie wezwanie, wykonawca musi nie tylko przedstawić wyjaśnienia, ale również dowody na ich poparcie, dotyczące elementów obniżających koszty wykonawcy. Przepis wskazuje przy tym, że koszty pracy przyjęte za podstawę kalkulacji oferty nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ciężar dowodu spoczywa oczywiście na wykonawcy.

Nieco odmiennie ciężar dowodu rozkłada się z kolei w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą w sytuacji, w której odwołujący zarzuca, że oferta jednego z wykonawców zawiera rażąco niską cenę. Wówczas do wykazania, że cena nie jest rażąco niska zobowiązany jest wykonawca, którego oferty dotyczy zarzut, lub zamawiający, jeżeli wspomniany wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe, rozwiązaniem bezpiecznym dla wykonawcy jest – niezależnie od zasadności wątpliwości zamawiającego – każdorazowe złożenie kompleksowych wyjaśnień dotyczących ceny, popartych rzetelną kalkulacją oraz odpowiednimi dowodami. Należy bowiem pamiętać, że na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca nie ma pełnej wiedzy o relacji zaoferowanej przez siebie ceny do cen zaoferowanych przez innych uczestników postępowania. Nie może zatem mieć pewności, że np. zaoferowana przez niego cena jest zbliżona do cen konkurencji, a wezwanie wynika jedynie z faktu, że jest ona niższa od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia.

Wspomniane wyjaśnienia mogą przy tym dotyczyć kwestii bardzo istotnych dla każdego z wykonawców, ujawniając chociażby źródła zaopatrzenia lub stosowanie określonych rozwiązań technicznych lub organizacyjnych, które dają wykonawcy przewagę kosztową nad konkurencją. Naturalna jest zatem chęć wykonawców do ochrony poufności takich informacji, stanowiących bez wątpienia tajemnicę przedsiębiorstwa o wymiernym znaczeniu gospodarczym. Z tego też powodu warto pamiętać, aby składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, dokonać zastrzeżenia ich poufności na podstawie art. 8 ust. 3 PZP, przy czym zgodnie z tym przepisem wykonawca, wnioskując o nieujawnianie części oferty (lub wyjaśnień) pozostałym wykonawcom, będzie zmuszony jednocześnie wykazać, że ta część oferty obejmuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, należy przyjąć, że do takiego uzasadnienia odnosi się dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wyjaśnień, zgodnie z którym wyjaśnienia muszą być konkretne, odnosić się do konkretnych wiadomości i posługiwać się adekwatnymi dowodami i argumentacją – wyjaśnienia niepełne, ogólnikowe nie mogą być uznane za wystarczające. O zmianie tej należy pamiętać przy składaniu wyjaśnień, a wyjaśnienia co do postulowanego wyłączenia jawności części oferty należy każdorazowo dopasować do danego postępowania, oraz charakteru informacji, których ma dotyczyć zastrzeżenie poufności. □