

# Rażąco niska cena w świetle nowelizacji ustawy Pzp

Jednym z kluczowych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest badanie i ocena złożonych przez wykonawców ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający poza oceną, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu (w przypadku postępowań prowadzonych w trybach wieloetapowych, czynność ta dokonywana jest zasadniczo na pierwszym etapie postępowania, gdzie nie występują jeszcze oferty), oraz czy ich oferty odpowiadają treści SIWZ, powinien badać również cenę z punktu widzenia tego, czy nie ma ona znamion ceny rażąco niskiej.



## Grzegorz Bebtowski

Właściciel w firmie Kancelaria Doradztwa Zamówień Publicznych Grzegorz Bebtowski specjalizującej się w kompleksowym doradztwie i obsłudze zamówień publicznych ([www.kdzp.com.pl](http://www.kdzp.com.pl)).

**O**koliczność ta ma doniosłe znaczenie dla właściwego przebiegu dalszego postępowania, ale również, a może przede wszystkim, dla etapu realizacji zamówienia publicznego. Jeżeli wykonawca skalkulował swoją cenę poniżej opłacalności, na etapie realizacji umowy może dojść do komplikacji wyrażającej się np. w roszczeniach wykonawcy o podwyższenie wynagrodzenia, brakiem zapłaty dla podwykonawców, czy nawet nieukończeniem realizacji umowy.

Zaniżona cena niewątpliwie wiąże się z zagadnieniem kryterium oceny ofert, ponieważ przy coraz donioślejszej tendencji wskazywania na cenę jako kryterium o niższym znaczeniu, nie tylko wynikającej z obowiązujących przepisów, ale też z coraz większej świadomości zamawiających, problem rażąco niskiej ceny może nie być aż tak poważny jak do niedawna. Z czego to może wynikać? Przede wszystkim warto zwrócić uwagę na zapisy znowelizowanych regulacji w zakresie kryteriów oceny ofert, gdzie zakłada się, iż kryteriami oceny ofert są cena lub koszt, albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszą-

ce się do przedmiotu zamówienia. Poza tym cena będzie mogła stanowić maksymalnie 60 % wagi kryterium. W konsekwencji może dojść do zjawiska gdzie wykonawcy w oparciu o kryteria określone w SIWZ będą kalkulować ceny racjonalnie, przy zachowaniu standardów rynkowych, lub wkalkulowywać w swoje ceny ewentualne ryzyka wynikające z doboru niewłaściwego kryterium pozacenowego przez zamawiającego, czego wynikiem mogą być zjawiska gdzie cena będzie za wysoka dla zamawiających.

## Zmiany

Zgodnie z planowanym brzmieniem art. 90 ust. 1, jeżeli zaoferowana cena **lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia** i budzą wątpliwość zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności **cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert**, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,

dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.),
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
3. **wynikającym z przepisów prawa pracy, w szczególności o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i przepisów zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,**
4. **wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,**
5. **powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.**

Pogrubił elementy w treści tego przepisu są elementami nowymi, niewystępującymi w dotychczasowej treści ustawy Pzp. Co zatem się zmieniło? Przede wszystkim w ślad za wprowadzeniem nowelizacją kosztu jako kryterium oceny ofert, w ustawie Pzp pojawia się również pojęcie rażąco niskiego

## Dotychczasowe brzmienie art. 90 ustawy Pzp

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:
  1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz .U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.),
  2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

kosztu. Oczywiście tak jak w przypadku braku definicji legalnej rażąco niskiej ceny, tak i tutaj ustawodawca nie zdecydował się do zdefiniowania rażąco niskiego kosztu, czy też samego kosztu. Myślę że rozważania co do tego należy rozpocząć od próby zdefiniowania kosztu. W literaturze jest szereg definicji dla określenia tego pojęcia.

Koszt to wyrażone wartościowo zużycie środków pracy (środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych), przedmiotów pracy, usług obcych i samej pracy oraz pewne wydatki nieodzwoiercedlające zużycia, które są związane z prowadzeniem typowej działalności przez jednostkę gospodarczą w określonym czasie. Koszty ponoszone w ramach zwykłej działalności są zróżnicowane, dlatego dokonuje się ich klasyfikacji według różnych kryteriów<sup>1</sup>. Sądzę, że wnioskując przez analogię co do wytycznych w zakresie rażąco niskiej ceny można wskazać, iż rażąco niskim kosztem można określić koszt niewiarygodnie niski, nierealistyczny w porównaniu do kosztów danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Zapewne szczegółowej analizie tego pojęcia dokona orzecznictwo.

<sup>1</sup> Definicja „kosztu” zgodnie z Encyklopedią zarządzania (<https://mfiles.pl/pl/index.php/Koszt>).

W znowelizowanym przepisie znajdziemy również odwołanie do rażąco niskich istotnych elementów składowych ceny lub kosztu. Pojęcie te jest dość nieostre i pozostawia ocenę istotności tych elementów dla zamawiających. Jest to również dość ciekawe z tego względu, że pomimo tego, iż określony istotny element może być rzeczywiście rażąco niski, to cena całkowita wykonania przedmiotu zamówienia taka już być nie musi. Na przykład może być tak, iż w przypadku postępowania na roboty budowlane, w rozliczeniu ryczałtowym wykonawca złożył ofertę wraz z np. elementami składowymi ceny (nierazko w tego typu zamówieniach wymaganych). Sama cena całkowita nie będzie budziła wątpliwości, natomiast jeden z jej elementów już tak. Jest to tym bardziej kłopotliwe, gdyż ustawodawca w treści przepisu z jednej strony odwołuje się do istotnych rażących części składowych ceny lub kosztu, z drugiej zaś odwołuje się do ceny całkowitej niższej o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Kolejną zmianą jaka wynika z tego przepisu jest uchylene dotychczas obowiązującego obowiązku odwoływania się do ceny oferty niższej o 30% od „wartości zamówienia”. Oczywiście nie trudno zrozumieć rezygnację z tego odwołania, biorąc pod uwagę wskaza-

ne wątpliwości w tym zakresie prezentowane w orzecznictwie. Zastanowić się jednak warto, czy pozostawienie w niezmienionym kształcie odwołania do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest rzeczywiście dobrym rozwiązaniem i czy nie powinien zostać zmieniony?

Założmy, że mam postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę. Wartość szacunkowa 300.000,00 zł netto. W postępowaniu wpływa 7 ofert o cenach:

- 1 – 290.000,00 zł
- 2 – 295.000,00 zł
- 3 – 300.000,00 zł
- 4 – 303.000,00 zł
- 5 – 307.000,00 zł
- 6 – 310.000,00 zł
- 7 – 1.200.000,00 zł

Biorąc pod uwagę treść wskazanego przepisu wychodzi nam, że cena najniższej oferty (1) jest o ok 33% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym, w oparciu wytyczne wnioskujące z przepisów, zamawiający powinien podjąć działania w celu wyjaśnienia tej ceny pod kątem tego, czy jest rażąco niska. Ale czy rzeczywiście jest? Przecież oferta z najniższą ceną jest niewiele poniżej wartości szacunkowej zamówienia, co więcej oceniając

pierwsze sześć ofert można wskazać, że są one porównywalne cenowo i dodatkowo bardzo zbliżone do wartości zamówienia. Tylko jedna oferta tak naprawdę przewróciła nam możliwość racjonalnej oceny oferty z punktu widzenia rażąco niskiej ceny. Nawiasem mówić, powyższy przykład jest zaczerpnięty z życia i doświadczył go jeden z moich klientów w ubiegłym roku, gdzie został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (przykład nie odzwierciedla dokładnych cen z tamtego przypadku, natomiast odzwierciedla skalę).

Kolejną zmianą jest rozszerzenie katalogu przykładowych dowodów jakich może żądać zamawiający w celu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Są to dowody w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy, w szczególności o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i przepisów zabezpieczenia społecznego, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikających z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

### **Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz odrzucenie oferty**

Kiedy już zamawiający podjął wątpliwości co do zaoferowanej ceny czy kosztu, powinien dokonać ich badania poprzez zwrócenie się do wykonawcy o ich wyjaśnienie. Wniosek taki powinien wskazywać elementy oferty, które podlegały badaniu i oceny oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Rzeczą wykonawcy w takiej sytuacji jest udzielić wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny (vide: Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt: V Ga 122/10). Oznacza to, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego powinien w sposób wyczerpujący przedstawić wszystkie okoliczności oraz dowody na ich potwierdzenie wskazujące na to, iż właściwie skalkulował cenę lub koszt.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2015 r. KIO 132/15 wskazała, iż „z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, iż cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej ar-

gumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. O tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny (tak jak w niniejszej sprawie), to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy.”

Warto w tym miejscu przytoczyć również fragment uzasadnienia do projektu nowelizacji ustawy Pzp, w którym projektodawca wskazał, iż „zakres zagadnień, odnośnie których zamawiający będzie mógł domagać się wyjaśnień, ma charakter katalogu otwartego. Zamawiający będzie mógł dostosować żądania do przedmiotu zamówienia i danych zawartych w ofercie, i żądać także innych, w jego ocenie istotnych, choć niewymienionych w projektowanym przepisie informacji w zakresie składowych elementów oferty. Wykonawca będzie zobowiązany przede wszystkim do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym przez zamawiającego, co nie pozbawia wykonawcy prawa do składania dodatkowych informacji (dowodów) w zakresie wykraczającym poza zakres wskazany przez zamawiającego, który w jego ocenie ma wpływ na poziom ceny lub kosztu, podanych w ofercie.”

Kolejną kwestią jest zagadnienie możliwości ponownego wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 maja 2014 r., KIO 785/14 wskazała, iż dopuszczalne jest więcej niż jednokrotne wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – „wyjaśnienia nie muszą być

jednoetapowe, gdyż w miarę uzyskiwania wyjaśnień mogą powstać kolejne pytania.” Zresztą przepis art. 69 ust. 3 Dyrektywy Klasyfikacyjnej wskazuje na ocenę dostarczonych informacji w drodze konsultacji z oferentem. Ustawa Pzp nie reguluje tego zagadnienia. Brak jest również jakichkolwiek kryteriów postępowania jakimi trzeba się kierować przy wystosowaniu kolejnego wezwania, co nie oznacza, że można wyjaśniać ją w nieskończoność. Zamawiający powinien zakończyć proces wyjaśnienia ceny i kosztu do chwili gdy zgromadzone wyjaśnienia i dowody pozwalają mu w sposób obiektywny ocenić te elementy.

Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu wyłącznie w dwóch przypadkach.

Pierwszy to sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień, tzn. zlekceważył wezwanie do wyjaśnienia ceny lub kosztu oferty i w wyznaczonym przez zamawiającego terminie na nie, nie zareaguje. Drugi, to sytuacja, w której z przedłożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów wynika, że oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Czynność ta jest obligatoryjna wyłącznie w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych.

### **Podsumowanie**

W zasadzie można stwierdzić, iż nowelizacja nie przewróciła w jakiś istotny sposób dotychczas obowiązujących przepisów w tym zakresie. Stąd też trudno będzie oczekiwać zasadniczych zmian w praktyce, czy też w linii orzeczniczej powstałej na kanwie sporów wnikających z oceny rażąco niskiej ceny. Niewątpliwie elementem nowym w tym zakresie będzie ocena rażąco niskiego kosztu, dotychczas niewystępującego w polskim porządku prawnym, ale to pokaże już praktyka. ■