

**Rażąco niska cena – ciężar dowodu,
rozgraniczenia pomiędzy ofertą atrakcyjną
a ofertą z rażąco niską ceną**

Agnieszka Adach

Zasady prowadzenia postępowania - **zmieniony** **art. 7 PZP**

Art. 7 PZP (po zmianie)

- Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz **zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości**.
- Zamawiający, w zakresie określonym w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i w innych umowach międzynarodowych, których stroną jest UE, zapewnia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z UE oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z UE.
- Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.
- Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami PZP.

Najkorzystniejsza oferta (art. 2 pkt 5 po zmianie PZP)

- Oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans **ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia** publicznego, w szczególności w przypadku zamówienia w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała.

albo

- Oferta z najniższą ceną lub kosztem, gdyż jednym kryterium oceny jest cena lub koszt.

Rażąco niska cena - definicja

- UZP: *"ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej"*
- Sąd Okręgowy w Katowicach: *"cena "rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że 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 efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu". Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt XIX Ga 175/10, niepubl.*

Rażąco niska cena - definicja

P.Banasik zdefiniował rażąco niską cenę jako kwotę, która nie pozwoli na utrzymanie rentowności wykonawcy z punktu widzenia realizowanego zamówienia (P. Banasik, Kryteria oceny ofert, Wrocław 2011, s. 28)

W. Dzierżanowski stwierdził, że cena rażąco niska to wartość niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych (W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji ..., Warszawa 2012, s.279)

L.Bogacz za cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia uznaje cenę, którą nie można pokryć wszystkich kosztów związanych z należytyym wykonaniem zamówienia (L.Bogacz (w:) L.Bogacz, M.Łempicka, G.Pyliński, Prawo zamówień publicznych..., Bydgoszcz - Warszawa 2006, s.313)

Rażąco niska cena – definicja

Ugruntowana linia orzecznicza Zespołu Arbitrów oraz KIO wskazuje, iż rażąco niską ceną będzie taka cena, która:

- nie gwarantuje - przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych - realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony,
- nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należycie i w sposób założony przez zamawiającego,
- przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym, ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy.

Za rażąco niską należy uznać cenę nierealną, nie pozwalającą na wykonanie zamówienia z należytą starannością, wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalającą na uzyskanie przez wykonawcę zysku.

Rażąco niska cena – definicja

KIO w wyroku z dnia 16 stycznia 2017r., sygn. akt 2465/16:

„[...] cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc”

Rażąco niska cena – przed zmianą

Orzeczenia, w których cena była niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT i okoliczność ta stanowiła wystarczającą przesłankę do wszczęcia procedury mającej na celu ustalenie zaoferowania rażąco niskiej ceny o około: 40%, 30%, 25%, 20% - od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach.

Rozbieżności pomiędzy przedstawionymi powyżej wartościami powodują, iż konieczna jest dokładna analiza konkretnego przypadku.

40% - Wyrok ZA z dnia 25 stycznia 2005r., sygn. akt 69/05, Wyrok ZA z dnia 22 lipca 2005r., sygn. akt 1820/05

30% - Wyrok ZA z dnia 21 stycznia 2005r., sygn. akt 48/05

25% - Wyrok ZA z dnia 13 kwietnia 2005r., sygn. akt 656/05

20% - Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2011r., sygn. akt 1320/11r., wyrok ZA z dnia 4 kwietnia 2005r., sygn. akt 560/05

Rażąco niska cena – nowe podejście

- cena lub koszt, lub **ich istotne części** składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwość co do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami
- zasada: cena jest niższa co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia + VAT lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert
wyjątek: rozbieżności wynikają z „oczywistych oczywistości”
- cena jest niższa co najmniej 30% od wartości zamówienia + VAT, zaktualizowanej w związku z okolicznościami, które nastąpiły po wszczęciu postępowania

Rażąco niska cena – nowe podejście

- cena lub koszt, lub **ich istotne części** składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwość co do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami
- zasada: cena jest niższa co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia + VAT lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert
wyjątek: rozbieżności wynikają z „oczywistych oczywistości”
- cena jest niższa co najmniej 30% od wartości zamówienia + VAT, zaktualizowanej w związku z okolicznościami, które nastąpiły po wszczęciu postępowania

Rażąco niska cena – dodatkowy zakres wyjaśnień

1. Przepisy prawa pracy
2. Przepisy o zabezpieczeniu społecznym
3. Przepisy o ochronie środowiska
4. Informacje o podwykonawcach

Rażąco niska cena – treść wezwania do wyjaśnień

Zamawiający jest zobowiązany do wskazania konkretnych wątpliwości, jakie posiada do ustalonej przez wykonawcę ceny.

KIO w wyroku z dnia 21 października 2016r., sygn. akt 1833/16, 1839/16:

*„Zamawiający powinien wskazać wykonawcy, w jakim kierunku wyjaśnienia powinny być poprowadzone i na jakie okoliczności powinien on przedstawić dowody, czyli **co w jego ofercie budzi wątpliwości zamawiającego, nie pozostawiając tego jedynie domysłem wykonawcy**”*

KIO w wyroku z dnia 16 stycznia 2016r., sygn. akt 2465/16:

*„W ocenie Izby brak jest podstaw do ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, **odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał**”*

Rażąco niska cena – dowody

KIO w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016r., sygn. akt 1571/16:

„Przez dowody, o jakich mowa w art. 90 Ustawy nie należy rozumieć wyłącznie dowodu w znaczeniu dowodu procesowego, ale każdy dokument potwierdzający okoliczności, na jakie powołuje się wykonawca”.

KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2016r., sygn. akt 1145/16:

*„Przepisy p.z.p., co do zasady, do decyzji wykonawcy pozostawiają formę i zakres składanych wyjaśnień, a także kwestie dowodowe (art. 90 ust. 3 p.z.p.). **Istotna jest zawartość merytoryczna wyjaśnień, a nie ich forma**”.*

Rażąco niska cena – brak dowodów

KIO w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016r., sygn. akt 1571/16: „*brak załączenia dowodów do wyjaśnień, nie może stanowić samoistnej podstawy do stwierdzenia, że wyjaśnienia wskazują na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Nie zawsze możliwe jest złożenie dowodów potwierdzających oświadczenia wykonawcy, co nie może z góry oznaczać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wskazują na zaoferowanie ceny z rażąco niską ceną*”

KIO w wyroku z dnia 1 lutego 2016r., sygn. akt 44/16, 46/16: „*Mając na uwadze charakter wyjaśniający postępowania prowadzonego w trybie art. 90 p.z.p., brak dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., nie może automatycznie prowadzić do stwierdzenia, że wyjaśnienia złożone zamawiającemu uzasadniały uznanie, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska*”

KIO w wyroku z dnia 14 marca 2016r., sygn. akt 266/16: „*[..] istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być - stosownie do potrzeb i możliwości w danym postępowaniu - dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów. [..] Tymczasem dla przekonania, że cena została poprawnie skalkulowana nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków*”

Rażąco niska cena – uzasadnienie odrzucenia

KIO w wyroku z dnia 13 lutego 2017r., sygn. akt 193/17:

„Zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

*Nałożony tym przepisem na wykonawcę ciężar dowodu **nie zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia dokonanej oceny wyjaśnień.***

Wskazać należy na treść art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z przywołanym wyżej przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Przedstawiane przez Zamawiającego uzasadnienie czynności odrzucenia ma więc doniosłe znaczenie, a obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykazania prawidłowości ceny nie zwalnia z konieczności uzasadnienia, z jakich powodów i na jakich podstawach Zamawiający uznaje wyjaśnienia za niewystarczające.”