



Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Badanie rażąco niskiej ceny

Jacek Jerka

Warszawa, 7 listopada 2017 r.



Rażąco niska cena (koszt) jako przesłanka odrzucenia oferty w PZP

- Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP).
- Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy PZP).



Rażąco niska cena (koszt) jako przesłanka odrzucenia oferty w dyrektywie 2014/24/UE

- Instytucja zamawiająca (Zamawiający) może odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2 (art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE).
- Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli stwierdzi, że jest ona rażąco niska, ponieważ jest niezgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2 (art. 69 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE).



Rażąco niska cena (koszt) – brak definicji

- W wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23.04.2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09 – LEX nr 552013) zwrócono uwagę, że *pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu źródła tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.*



Rażąco niska cena (koszt) – brak definicji

- Podobnie wcześniej w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28.04.2008 r. podkreślono, że przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP

- Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, **zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień**, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP

- **W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od:**
 - 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, **zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień**, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, **zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.**

(Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp).



Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd Zamówień Publicznych

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP

- W wyroku ETS (TSUE) z dnia 27.11.2001 r. (C-285/99 LombardiniSpA - Impresa Generale di Costruzioni v. ANAS - Ente nazionale per le strade i SocietaItaliana per Condotted'AcquaSpA i Impresa Ing. Mantovani SpA v. ANAS - Ente nazionale) stwierdzono, że **artykuł 30 ust. 4 dyrektywy 93/37 dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane musi być interpretowany jako wykluczający ustawodawstwo i praktykę administracyjną Państwa Członkowskiego, które, po pierwsze, zezwalają instytucji zamawiającej odrzucać oferty proponujące upust większy niż próg przyjęty jako wyjątkowo niski, biorąc pod uwagę jedynie te wyjaśnienia dotyczące proponowanych cen, obejmujące co najmniej 75% podstawowej wartości zamówienia wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu, które oferenci mieli obowiązek załączyć do swojej oferty, bez umożliwienia tym oferentom przedstawienia - już po otwarciu kopert - ich stanowiska o tych elementach proponowanych cen, które wzbudziły wątpliwości oraz, po drugie, które wymagają od instytucji zamawiających uwzględnienia dla potrzeb badania wyjątkowo niskich ofert wyłącznie wyjaśnień opartych na rentowności danej metody budowy, wybranych rozwiązaniach technicznych lub wyjątkowo korzystnych warunkach dostępnych dla tego oferenta, ale nie wyjaśnień dotyczących wszystkich tych elementów, dla których wartości minimalne są ustanowione przepisami ustawodawczymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, lub które mogą być zaczerpnięte z oficjalnych danych.**



Fundusze
Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP

- Również w wyroku ETS (TSUE) z dnia 15.05.2008 r. (C-147/06 –SECAP SpA i SantorsoSoc. Coop.art v. Comune di Torino podkreślono, że *podstawowe zasady traktatu dotyczące swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług oraz ogólna zasada niedyskryminacji **sprzeciwiają się przepisom krajowym, które w zakresie zamówień o wartości niższej od progu** określonego w art. 6 ust. 1 lit. a) dyrektywy 93/37, zmienionej dyrektywą 97/52, i stanowiących niewątpliwie przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym **nakładają na instytucje zamawiające bezwzględny obowiązek automatycznego wykluczenia ofert uznanych zgodnie z przewidzianym w tych przepisach kryterium matematycznym za nienormalnie niskie w stosunku do świadczenia, w przypadku gdy liczba ważnych ofert jest wyższa niż pięć, nie pozostawiając tym instytucjom zamawiającym jakiegokolwiek możliwości weryfikacji elementów składowych tych ofert poprzez zwrócenie się do danych oferentów o podanie szczegółów dotyczących tych elementów.***
- *Nie ma to zastosowania w przypadku, gdy w związku z nadzwyczaj dużą ilością ofert mogącą skutkować koniecznością przeprowadzenia przez instytucję zamawiającą kontradiktoryjnych postępowań sprawdzających obejmujących tak dużą liczbę ofert, że przekraczałoby to jej możliwości administracyjne lub zagroziłoby realizacji projektu ze względu na opóźnienie spowodowane tymi postępowaniami, przepisy krajowe, lokalne lub sama instytucja zamawiająca określą rozsądny próg, powyżej którego zastosowanie będzie miało automatyczne wykluczenie ofert nienormalnie niskich.*



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP – elementy cenotwórcze

Badanie rażąco niskiej ceny, kosztu lub cen jednostkowych obejmuje w szczególności:

- 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);**
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;**



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP – elementy cenotwórcze

- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.



Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ustawia PZP – elementy cenotwórcze

- W wyroku KIO z dnia 14.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1074/17- LEX nr 2324459) podkreślono, że uzasadnione jest zastosowanie wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 u.s.u.s. finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę nr 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę nr 2004/18/WE, a cohaerentia i a completudine uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 p.z.p.



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w dyrektywie 2014/24 – elementy cenotwórcze

- Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą w szczególności dotyczyć (art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE):
 - a) ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy;
 - b) wybranych rozwiązań technicznych lub dostępnych dla oferenta wyjątkowo korzystnych warunków dostawy produktów lub usług bądź realizacji obiektu budowlanego;
 - c) oryginalności obiektu budowlanego, dostaw lub usług, proponowanych przez oferenta;
 - d) zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2;
 - e) zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 71;
 - f) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - elementy cenotwórcze

- W wyroku Sądu Okręgowego z dnia 21.06.2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10- LEX nr 1713310) wskazano, 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. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.*



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – elementy cenotwórcze

- W wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 08.11.2007 r. (sygn. akt X Ga 294/06- LEX nr 1713225) wskazano, że posiadanie na terenie W. dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno-organizacyjno-logistycznym, dysponowaniem kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, **nie stanowią obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty.** Racjonalnie rzecz biorąc wymienione wyżej czynniki powinny być uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu.



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – elementy cenotwórcze

- W wyroku KIO z dnia 06.12.2016 r. (sygn. akt 2196/16) Izba nie znalazła także podstaw do uznania naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez brak wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że oferta firmy (...) nie zawiera ceny rażąco niskiej. Złożone w dniu 24 października 2016 r. przez firmę (...) wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, potwierdzają rzetelność kalkulacji i wykazują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.



Obligatoryjna procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – elementy cenotwórcze

- C.d. uzasadnienia wyroku KIO 2196/16:

Jak zwróciła uwagę Izba Wykonawca podał szczegółowe wyliczenie kosztów pracy inspektorów branżowych a także wyliczenie kosztów oferty (załącznik nr 1) z uwzględnieniem 3% zysku. Wskazał także na pewne sprzyjające okoliczności, które pozwalają na obniżenie ceny oferty tj. kluczowi eksperci – Inżynier jest współnikiem spółki, specjaliści zespołu Inżyniera Kontraktu są mieszkańcami (...), co pozwala na zminimalizowanie kosztów pośrednich związanych z zarządzaniem nadzoru, kosztów delegacji i zakwaterowania pracowników. Podane w złożonych przez firmę (...) wyjaśnieniach okoliczności a także szczegółowa kalkulacja ceny oferty, pozwalają na uznanie, że wykonawca sprostaf wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
- Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- 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 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.



Fundusze Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd Zamówień Publicznych

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- W wyroku KIO z dnia 28.07.2017 r. (sygn. akt KIO 1413/17) wskazano, że *ponowienie wezwania nie może stanowić "ratowania" oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.*



Fundusze
Europejskie

Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska

Europejski Fundusz Społeczny



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- Z kolei w wyroku z dnia 27.07.2017 (sygn. akt KIO 1336/17) podkreślono, że wyjaśnienia kierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. nie są li tylko formalnym aspektem procedury udzielania zamówienia publicznego - a zatem powinny one zmierzać do uzyskania realnych wyników tej procedury. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś "wciągnięcie" wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 p.z.p.) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia.



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia istotnym jest, aby koszty prac, w tym koszty zakupu materiałów, sprzętu, robocizny były ujęte w odpowiednich adekwatnych dla nich pozycjach kosztorysu ofertowego lub w pozycjach ściśle z nimi związanych. Związanie to może mieć charakter technologiczny, funkcjonalny etc. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie (wyrok KIO z dnia 24.07.2017 r. sygn. akt KIO 1379/17).



Obowiązki wykonawcy w toku wyjaśniania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny

- W wyroku KIO z dnia 08.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1021/17 – LEX nr 2323664) zwrócono uwagę, że celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 p.z.p., jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów. **Wprawdzie zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 p.z.p. ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak złożone w postępowaniu odwoławczym wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli inny wykonawca ma wiedzę, że podana przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, cena jest rażąco niska i zawiera rażąco niskie koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.**



Fundusze Europejskie
Wiedza Edukacja Rozwój



Urząd
Zamówień
Publicznych

Unia Europejska
Europejski Fundusz Społeczny



Dziękuję za uwagę

Jacek Jerka