

GDY CENA JEST RAŻĄCO NISKA

Jakie działania powinien podjąć zamawiający w razie podejrzenia, że proponowana cena ma charakter ceny rażąco niskiej?

Choć zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 prawa zamówień publicznych zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, to ustawa nie zawiera jej legalnej definicji.

Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oferta taka niesie ryzyko, że za określeniem rażąco niskiej ceny może tkwić świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, a jedno i drugie grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i racjonalnego wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (tak ZA w wyroku z 5 lutego 2007 r., UZP/ZO/0-98/07, ZA w wyroku z 23 marca 2007 r., UZP/ZO/0-297/07).

BADANIE WSTĘPNE

W pierwszej kolejności zamawiający przeprowadza wewnętrzne badanie wstępne, którego celem jest sprawdzenie, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego ofert, co do których może zająć podejrzenie rażąco niskiej ceny.

Ogólnie przyjmuje się, że różnica w cenach, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśnienia, powinna być znacząca – biorąc pod uwagę konkretny przedmiot zamówienia i sytuację rynkową (wyrok KIO z 9 stycznia 2008, KIO/UZP/1441/07).

W ramach badania wstępnego, przy braku kryteriów ustawowych typowania ofert do postępowania wyjaśniającego, uznać należy, iż za działanie z należytą starannością zamawiającego należy uznać posłużenie się kryterium arytmetycznym, gdzie zakwalifikowane do dalszych wyjaśnień będą oferty poniżej pewnego poziomu cenowego. W tym celu zamawiający może skorzystać z następujących sposobów:

- porównać szacunkową wartość zamówienia powiększoną o VAT z cenami ofert po to, aby ustalić graniczną różnicę cenową między szacunkową wartością zamówienia a ofertą niewymagającą dalszych wyjaśnień – przyjmuje się, że graniczna różnica nie powinna przekraczać 20–25 proc. wartości zamówienia, zatem o tyle podana cena może być niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT,
- ustalić relację między cenami poszczególnych ofert – przyjmuje się wówczas, że cena wymaga dalszych wyjaśnień, jeżeli odbiega o 10 proc. lub więcej od średniej ceny ofert o najbardziej zbliżonych do siebie cenach (zob. G. Wicik, P. Wiśniewski, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Warszawa 2007, s. 467).

Te dwa kryteria na etapie badania wstępnego mogą być pomocne zamawiającemu w selekcjonowaniu ofert podlegających dalszemu postępowaniu wyjaśniającemu. Wyraźnie podkreśla się jednak, że każdą sytuację należy badać ad hoc, ponieważ w pewnych segmentach rynku, przy bardzo sztywnych cenach, nawet mniejsze odstępstwo cenowe niż podane dla tych wskaźni-

ków powinno powodować wszczęcie postępowania wyjaśniającego.

Z punktu widzenia zamawiającego należałoby rekomendować podejmowanie postępowania wyjaśniającego w każdym przypadku powzięcia nawet drobnych wątpliwości co do rażąco niskiej ceny. Takie postępowanie wyjaśniające bowiem nie zagraża wykonawcom – jeśli rzetelnie skalkulowali cenę oferty, będą w stanie złożyć przekonywujące wyjaśnienia, a zamawiający uniknie zarzutu nieprzeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i nieodrzućcia oferty, która się do tego kwalifikowała.



W oparciu o art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 roku (DzU z 2009 r. nr 223, poz. 1778) zamawiający:

1. w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
2. oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
3. 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. [pominięty przez Autora] !!!!!

POSTĘPOWANIE WYJAŚNIAJĄCE

Po badaniu wstępnym, w razie powzięcia podejrzenia co do zaistnienia rażąco niskiej ceny, zamawiający musi rozpocząć postępowanie wyjaśniające, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy. Podjęcie tego postępowania nie jest pozostawione uznaniu zamawiającego. Ustawa wyraźnie obli-guje zamawiającego do wyjaśnienia – z udziałem wykonawcy – czy cena danej oferty nie ma cech ceny rażąco niskiej.

Samodzielne ustalenie zamawiającego, że cena jest w znaczącym stopniu niższa od pozostałych ofert lub wartości przedmiotu zamówienia,



nie może stanowić podstawy do automatycznego uznania danej ceny za rażąco niską. Odrzucenie oferty bez dania oferentowi możliwości wykazania, że jego oferta jest rzetelna nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przesądził tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Constanzo (C-103/88, ECR 1989, s. I-1839).

Prowadząc postępowanie wyjaśniające, zamawiający zwraca się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czyli poszczególnych części cenowych, a dodatkowo wyznacza termin na przedstawienie wyjaśnień przez wykonawcę.

OCENA WYJAŚNIEŃ

Po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny zamawiający przystępuje do ich oceny z uwzględnieniem wszystkich obiektywnych czynników cenotwórczych, a w szczególności tych opisanych ustawą, czyli: 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.

Jakkolwiek zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania wyjaśnienia wykonawcy, to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, gdyż art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia domniemanie prawne zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie (wyrok KIO z 28 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 351/08). I jak wskazuje orzecznictwo:

- wykonawca składając wyjaśnienia, powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przy tym wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co o prawidłowego jej wyliczenia (wyrok ZA z 2 lipca 2007 r. UZP/ZO/0-765/07),
- jeżeli wykonawca w swoich wyjaśnieniach odniósł się tylko do niektórych elementów ceny, których dotyczyło zapytanie, należy uznać, iż nie spełnił warunku z art. 90 ust. 1 ustawy (wyrok ZA z 1 kwietnia 2005 r. UZP/ZO/0-554/05),
- wykonawca powinien posłużyć się nie tylko oświadczeniami, ale i dowodami w rozumieniu art. 90 ust. 3, które wykażą rzetelność kalkulacji ceny (wyrok ZA z 2 lipca 2007 r., UZP/ZO/0-765/07).

Kryteria, którymi w toku oceny przedłożonych wyjaśnień powinien kierować się zamawiający

Na podstawie orzecznictwa można przedstawić następujące kryteria, którymi w toku oceny przedłożonych wyjaśnień powinien kierować się zamawiający:

- oceniając wyjaśnienia, zobowiązany jest zwrócić pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny za poszczególne pozycje lub ceny jednostkowe; ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, a nie poszczególnych pozycji asortymentowych (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 24.03.2005 r., sygn. akt II Ca 425/04; wyrok ZA z 13 września 2005 r., UZP/ZO/0-2509/05; wyrok ZA z 30 czerwca 2005 r. ZUP/ZO/0-1561/05),
- ocenia korzystanie przez wykonawcę ze szczególnie dla niego korzystnych rabatów, co przekłada się na cenę oferty i jest czynnikiem o obiektywnym charakterze zgodnie z art. 90 ust. 2 (wyrok KIO z 9 kwietnia 2008 r., KIO/UZP/257/08),
- bierze pod uwagę inne ceny rynkowe tego samego typu usług, a także uważa, czy nie jest to cena wskazująca na wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia (wyrok ZA z 25 stycznia 2005 r., UZP/ZO/0-69/05),
- bierze pod uwagę, iż rażąco niska cena jest wtedy, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku (wyrok KIO z 29 maja 2008 r., KIO/UZP/466/08).

Gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień w terminie bądź składa wyjaśnienia niewystarczające, obowiązkiem zamawiającego jest odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, bez wzywania wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień (wyrok KIO z 28 stycznia 2010 r., KIO/UZP 1746/09).

Po przeprowadzaniu, na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy, wnikliwej analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień zamawiający bądź odrzuca ofertę wykonawcy – jako zawierającą rażąco niską cenę, bądź uznaje wyjaśnienia wykonawcy za przekonujące i oferta podlega dalszej ocenie w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Gdy zamawiający zdecyduje się na odrzucenie oferty, powinien uzasadnić odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny, a jako podstawę wskazać art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. ■



AGNIESZKA

WOJCIECHOWSKA

radca prawny
wspólnik Forys Wojciechowski
Spółka Komandytowa