

GWW



Marta Lipińska

Radca prawny w GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp.p. Na co dzień zajmuje się obsługą projektów infrastrukturalnych oraz doradztwem prawnym z zakresu prawa zamówień publicznych.

### Obowiązek zamawiającego

**A**rt. 224 ust. 1 nowego Pzp przewiduje w jakich przypadkach należy badać rażąco niską cenę. Przepis ten stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycięcia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepis ten stanowi zatem o zobowiązaniu zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny w określonych w nim przypadkach, tj.:

- jeśli cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie lub
- budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Zauważyć należy, że w przeciwieństwie do obecnie obowiązującego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się spójnikiem „lub”

Badanie wystąpienia rażąco niskiej ceny jest jednym z kluczowych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instrument ten chroni zamawiających przed koniecznością wyboru oferty, której cena jest niewspółmiernie (rażąco) niska, zaś wykonawcę przed odrzuceniem jego oferty bez uprzedniej procedury wyjaśniającej. Wstępna analiza art. 224 nowego Pzp, który reguluje kwestie rażąco niskiej ceny może prowadzić do wniosku, że ustawodawca wprowadził tylko nieznaczne zmiany kosmetyczne. W dalszej części niniejszego artykułu wskazane zostaną różnice w brzmieniu przepisów, które zobowiązywać będą zamawiających do szerszego spojrzenia na tę instytucję.

## Rażąco niska cena w nowym prawie zamówień publicznych

a nie jak dotychczas „i”. Tym samym, wystarczy, że cena lub koszt wydawać się będą rażąco niskie lub będą budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego postanowieniami aby zabawiający był zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Do tej pory, obowiązek zamawiającego powstawał w przypadku spełnienia obu wymienionych przesłanek.

### Matematyczne wyznaczniki badania rażąco niskiej ceny

Ustawodawca przewidział także sytuacje, w których zamawiający został nijako zmuszony do powzięcia wątpliwości. Jak bowiem stanowi art. 224 ust. 1 pkt 1 nowego Pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10 nowego Pzp, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W przepisie tym podobnie jak dotychczas, ustawodawca przewidział obligatoryjność wezwania w przypadku różnicy cenowej wynoszącej co najmniej 30%.

W przeciwieństwie do obowiązujących przepisów przepis ten doprecyzowuje, że do porównania cen ofertowych nie bierzemy ofert niepodlegających odrzuceniu z uwagi na:

- złożenie oferty po terminie składania ofert;
- niezgodność treści oferty z treścią jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- zawieranie błędów w zakresie obliczenia ceny lub koszty.

A contrario, oferty odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2-4, 5-9 oraz 11 – 18 brane są pod uwagę przy badaniu rażąco niskiej ceny.

### Okoliczności oczywiste – wyjątek od reguły

Podobnie jak do tej pory przewidziano także możliwość odstąpienia od tej procedury jeśli rozbieżność cenowa wynikałaby z „oczywistych okoliczności”. Zamawiający może bowiem odstąpić od badania rażąco niskiej ceny jeśli stwierdzi, że rozbieżność w cenach wynikałaby z oczywistych okoliczności. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzenie przez zamawiającego wystąpienia oczywistych okoliczności powinno znaleźć odpowiednie potwierdzenie w dokumentacji przetargowej. Przykładowo, w wyroku z dnia 11.09.2020 r., sygn. KIO 1666/20, Izba uznała, że komisja przetargowa powinna na te okoliczność sporządzić stosowną notatkę. Z uwagi na pozostawienie tej regulacji w nowym Pzp, dotychczas wypracowane orzecznictwo wydaje się być aktualne. Za oczywistą okoliczność, zdaniem Izby można zaś uznać przykładowo sytuację, „gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została ustalona na znacząco wyższym poziomie (przeszacowana) niż wynikałoby to z realiów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację” (tak: KIO 1968/18 z dn. 10.10.2018 r.).

### Rażąco niska cena a zaktualizowana wartość zamówienia

Kolejną sytuacją, w której zamawiający zobowiązany jest do wszczęcia procedury wyjaśniającej jest co najmniej 30% różnica w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Zamawiający może rozpocząć procedurę wyjaśniającą w szczególności w przypadku istotnej zmiany cen rynkowych.

Zauważyć należy, że w artykule tym ustawodawca nie przewiduje obowiązku lecz uprawnienie zamawiającego. Zachodzi zatem w tym przypadku istotna różnica z punktem pierwszym tego przepisu, w którym ustawodawca zobowiązał zamawiających do wszczynania procedury

wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Sytuacja taka zachodzi również w obowiązującym Pzp.

### Co zawierają wyjaśnienia?

Ustawodawca wyjaśnił także, podobnie jak w obowiązujących przepisach co powinno znaleźć się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W przeciwieństwie jednak do obecnego Pzp przewidział, że w zamówieniach na usługi lub roboty budowlane wyjaśnienia muszą dotyczyć:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niż-

sza 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.



Można zatem dojść do wniosku, że na pierwszym miejscu postawione zostały prawa pracownicze. Zamawiający nie może bowiem akceptować żeby realizowane na jego zlecenie zamówienia publiczne były niezgodne z przepisami chroniącymi pracowników.

Art. 224 ust. 3 nowego Pzp przewiduje ponadto szerszy katalog przykładów czego mogą dotyczyć wyjaśnienia, i poza wspomnianymi wyżej przykładami są to:

- zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

- wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związane z realizacją robót budowlanych;
- oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- zgodność z przepisami dotyczącymi zakresu ochrony środowiska;

- wypełnianie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

### Ciężar dowodu

W nowym Pzp, analogicznie jak dotychczas, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Kwestia ta została rozwinięta w art. 537 oraz 586 nowego Pzp gdzie przewidziano, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest przystępującym (w postępowaniu odwoławczym)/stroną postępowania albo interwenientem (w postępowaniu skargowym);
- zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie przystępującym (w postępowaniu odwoławczym)/stroną postępowania albo interwenientem (w postępowaniu skargowym).

Nie można jednak zapominać, że wskazane wyżej reguły dotyczą ciężaru dowodu w zakresie wykazania niewystępowania rażąco niskiej ceny. Przepisy te nie dotyczą zaś sytuacji, w której konieczne byłoby udowodnienie zaistnienia przesłanek do wszczęcia procedury wyjaśniającej. W takim przypadku znajdzie bowiem zastosowanie klasyczny rozkład ciężaru dowodu wynikający z art. 6 kodeksu cywilnego (tak: KIO 2127/20 z dnia 20.10.2020 r.).

### Odrzucenie oferty

Jeśli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu to oferta taka podlega odrzuceniu.

Zwrócić dodatkowo należy na treść ostatniego ustępu art. 224 nowego Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa UZP 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. ■

