



adwokat dr Rafał Morek

K&L GATES

adwokat Tomasz Sychowicz



ZASADY I KONSEKWENCJE WYCENY WARTOŚCI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO W ŚWIELE ORZECZNICTWA

I. Wprowadzenie

Przepisy o zamówieniach publicznych są podstawą wydatkowania około 150 mld złotych rocznie.¹⁾ Ich wysoka jakość, a zwłaszcza to jak są stosowane, jest istotne z jednej strony dla sektora finansów publicznych, który na ich podstawie dokonuje wydatków, z drugiej zaś dla przedsiębiorców, dla których powinny stanowić gwarancję uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówień.

Do szczególnie istotnych i dyżurnych tematów prawa zamówień publicznych należą zagadnienia dotyczące wyceny wartości zamówienia publicznego, w tym ograniczenia stosowania wyłącznie kryterium cenowego oraz zasad ustalania rażąco niskiej ceny jako przesłanki odrzucenia oferty.²⁾ Zmiany w tym zakresie stały się jednym z głównych motywów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych.³⁾ Nowela jest nie pierwszą i zapewne też nie ostatnią próbą udoskonalenia systemu zamówień publicznych przez zrationalizowanie zasad udzielania zamówień publicznych. Czas pokaże, na ile ta próba okazała się skuteczna.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie problematyki wyceny wartości zamówienia publicznego w świetle aktualnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz innych organów orzeczniczych. Analiza rzeczywistych problemów i przypadków postępowań zamówieniowych pozwala najlepiej dostrzec wady i zalety dotychczas obowiązujących regulacji.

¹⁾ Druk sejmowy nr 1653 z 10 lipca 2013 r., Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Uzasadnienie, s. 1.

²⁾ Zob. charakterystykę zmian przewidzianych w noweli w informacji opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych: www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;3010.

³⁾ Nowela została uchwalona na posiedzeniu Sejmu nr 73 dnia 29 sierpnia 2014 r. Do dnia oddania niniejszego tekstu do druku nie została opublikowana w Dzienniku Ustaw.

II. Uwagi ogólne

a. Znaczenie prawidłowego ustalenia wartości zamówienia publicznego

Ustalenie wartości zamówienia stanowi, obok opisu przedmiotu zamówienia, jedną z kluczowych czynności zamawiającego w toku przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”).⁴⁾ Czynność ta ma jednocześnie daleko idące skutki dla całego postępowania, a pośrednio również dla wykonania zamówienia publicznego. Prawidłowe ustalenie wartości zamówienia publicznego jest istotne już z tego tylko powodu, że wartość ta:

- (i) stanowi, zgodnie z art. 4 pkt 8) Pzp, jedno z **kryteriów zastosowania przepisów Pzp**;
- (ii) determinuje, czy **zamówienie ma wymiar krajowy czy „wspólnotowy”** – zgodnie z art. 11 ust. 8 Pzp w zw. z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej⁵⁾; a jednocześnie
- (iii) ma znaczenie dla określenia, w jakim **trybie dane zamówienie publiczne może zostać udzielone przez zamawiającego** (zob. art. 55 ust. 1 pkt 5), art. 70 oraz art. 74 ust. 2 Pzp).

Dodatkowo, wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego odgrywa rolę przy **ocenie złożonych w postępowaniu ofert** w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp, tj. przy ocenie, czy dana oferta nie zawiera **ceny rażąco niskiej** w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nakazywałoby zamawiającemu jej odrzucenie.

Podzielić dlatego należy pogląd wyrażony przez Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych, że **bez ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia zamawiający w ogóle nie mógłby rozpocząć postępowania o udzielenie zamówienia**.⁶⁾

b. Regulacja ustawowa

Reguły ustalania wartości zamówienia zostały określone w przepisach art. 32-35 Pzp oraz w przepisach wykonawczych wydanych na ich podstawie. Analiza tych przepisów pozwala na sformułowanie dwóch generalnych zasad, do których stosowania zamawiający jest zobowiązany w świetle Pzp:

⁴⁾ Dz. U. z 2013 r., poz. 907, tekst jednolity, z późniejszymi zmianami.

⁵⁾ Dz. U. z 2013 r. 1735.

⁶⁾ Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 18 sierpnia 2005 r., UZP/ZO/0-2187/05, LEX nr 1068017.

Po pierwsze, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest **całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością** (art. 32 ust. 1 Pzp). Zasada ta ma szczególne znaczenie przy zamówieniach, których realizacja może skutkować udzieleniem zamówień uzupełniających (art. 32 ust. 3 Pzp), jak i w postępowaniach, w których dopuszcza się złożenie ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, lub które mogą skutkować zawarciem umowy ramowej (odpowiednio art. 32 ust. 4 i 7 Pzp).

Po drugie, zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 Pzp wycena wartości zamówienia winna być **aktualna na moment wszczęcia postępowania**, co może w określonych przypadkach powodować konieczność powtórnego oszacowania wartości zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania.⁷⁾

Należy dodać, że w art. 33 Pzp (oraz w wydanych na jego podstawie przepisach wykonawczych)⁸⁾ ustawodawca sprecyzował sposób ustalania wartości **zamówień na roboty budowlane**, wprowadzając wymóg ustalenia jej w oparciu o:

- (i) **kosztorys inwestorski** – w przypadku zamówień na wykonanie robót budowlanych;
- (ii) **planowane koszty prac projektowych oraz planowane koszty robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym** – w przypadkach, gdy przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych.

W dalszej części niniejszego opracowania zostaną przedstawione przykłady z praktyki stosowania przytoczonych powyżej przepisów Pzp, zaczerpnięte z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „**KIO**”) oraz Zespołów Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych. Orzecznictwo na tle tych przepisów pozwala na zrekonstruowanie pewnych ogólnych zasad obowiązujących zamawiających przy ustalaniu wartości zamówienia na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie Pzp.

⁷⁾ Zgodnie z przywołanymi przepisami, ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, oraz nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

⁸⁾ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. 2004.130.1389).

III. Obowiązki Zamawiającego w zakresie dokonywania wyceny zamówienia

a. Standard należytej staranności

W art. 32 ust. 1 Pzp ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek ustalenia wartości zamówienia „z *należyłą starannością*”. Zważywszy na wspomniane już powyżej doniosłe skutki tej czynności dla postępowania i udzielenia zamówienia, istotne jawi się pytanie o zakres i praktyczny wymiar wymaganej od zamawiających staranności.

Odpowiedzi na to pytanie można poszukiwać w wyroku KIO z dnia 19 listopada 2008 r., zgodnie z którym *„uwzględniając różnice, wynikające z charakteru prowadzonej działalności gospodarczej i jej celu, należy stosować do zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ustalenia wartości zamówienia, taką samą miarę należytej staranności, jakiej oczekuje się od wykonawcy umowy w sprawie zamówienia publicznego (staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności gospodarczej)”, zaś „miarą staranności zamawiającego (...) jest skorzystanie z możliwości zwrócenia się do podmiotów dysponujących specyficzną wiedzą i doświadczeniem o opracowanie istotnych przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia kwestii”*.⁹⁾ Przykładając tak ustalony wzorzec należytej staranności do oceny postępowania zamawiającego w postępowaniu, którego dotyczyło omawiane orzeczenie (dotyczącym zamówienia usług związanych z utrzymaniem porządku na drogach administrowanych przez zamawiającego), KIO stwierdziła, że zamawiający nie uwzględnił przy szacowaniu wartości zamówienia zachowań rynku (spadku cen) i oparł się wyłącznie na nieaktualnych danych dotyczących podobnych zamówień w przeszłości, a nadto, pominął różnice między zakresem planowanego zamówienia, a zakresami wcześniejszych, podobnych zamówień. W ocenie KIO świadczyło to o tym, że zamawiający nie dokonał prawidłowego ustalenia wartości zamówienia, co z kolei **uniemożliwiało ocenę, czy wybrana przez zamawiającego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny**. Z tych względów postępowanie zostało unieważnione.

b. Zasada ostrożnej wyceny

Kolejne zagadnienie istotne dla prawidłowej wyceny zamówienia publicznego to zakres, w jakim zamawiający winien uwzględnić warunki panujące na rynku, a w szczególności **koszty oraz zysk**, jakie planować mogą poszczególni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia.

⁹⁾ KIO/UZP 1267/08, LEX nr 479216, z odwołaniem do Komentarza do Pzp pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2007.

Przypomnieć należy, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamawiający jest zobowiązany uwzględnić w kosztorysie inwestorskim, w ramach kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych, także zysk kalkulacyjny, określony według publicznie dostępnych danych rynkowych lub własnej, indywidualnej analizy na potrzeby postępowania.¹⁰⁾ Powstaje jednak pytanie, jakie założenia winien czynić w tym zakresie zamawiający i jak, co za tym idzie, winien następnie oceniać różnice pomiędzy ustaloną w oparciu o te założenia wartością zamówienia, a ofertami wykonawców.

W orzeczeniach KIO podkreśla się, że zamawiający winien kierować się zasadą „ostrożnej wyceny”. Praktyczne skutki zastosowania tej zasady w zamówieniach dotyczących robót budowlanych ilustruje wyrok KIO z 1 kwietnia 2011 r., w którym KIO podkreśliła, że: *„Kosztorys inwestorski stanowi względnie miarodajny wyznacznik wartości prac, materiałów, sprzętu opracowany z uwzględnieniem statystycznie funkcjonujących cen oraz ilości zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, na podstawie kosztorysowych norm nakładów rzeczowych i katalogów nakładów rzeczowych, który jednak może odbiegać od cen rynkowych, choćby z uwagi na przyjęcie uśrednionych i założonych z uwzględnieniem tzw. ostrożnej wyceny wartości wyjściowych.”*¹¹⁾ Sporządzony w ten sposób kosztorys inwestorski stanowić będzie odpowiednie narzędzie do oceny realności ofert złożonych w postępowaniu. I tak, dla przykładu, w przytoczonym orzeczeniu KIO zważyła m.in., że pracochłonność wykonania zamówienia (przebudowy sieci wodno-kanalizacyjnej), a co za tym idzie również koszt robocizny, określony został przez odwołującego na poziomie sześciokrotnie niższym niż w kosztorysie inwestorskim, co miało naturalnie istotne znaczenie dla wysokości ceny ofertowej zaproponowanej przez odwołującego. KIO stanęła w związku z tym na stanowisku, że nawet jeśli w ramach kosztorysu inwestorskiego koszty robocizny zostały „z ostrożności, w ramach zasady tzw. ostrożnej wyceny w pewnym stopniu zawyżone, to nie sposób wytłumaczyć tak znaczącej różnicy.” Z tego i innych podobnych powodów KIO uznała, że odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, jako zawierającej cenę rażąco niską, było uzasadnione.

Uwzględnienie zasady „ostrożnej wyceny” uzasadniać będzie ustalanie wartości zamówienia na poziomie wyższym, niż spodziewane oferty. Jak bowiem wyjaśniła KIO w wyroku z 27 września 2013 r., dzieląc pogląd wyrażony już wcześniej w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. (KIO 1007/13, 1021/13, 1050/13, 1054/13): *Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach*

¹⁰⁾ Zob. par. 2-5 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.

¹¹⁾ KIO 586/11, LEX nr 789109.

konkurencji. Oczywiście i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego – ta konkurencja jest wręcz wkomponowana w postępowanie o zamówienie publiczne, którego istotą, przy kryterium stanowiącym cenę, jest – z perspektywy wykonawcy – konkurowanie ceną. Oczywiście jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców.”¹²⁾

Podobny pogląd wyrażony został również we wcześniejszym orzeczeniu z 7 sierpnia 2013 r., w którym KIO podkreśliła, że: *„Ustalenie wartości zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, opiera się na relatywnie stabilnych założeniach, ujętych w kosztorysie inwestorskim. Nie sposób przy tym zgodzić się, by zamawiający obowiązany był przyjmować z góry, że wykonawcy złożą oferty z cenami niższymi niż oszacowana wartość zamówienia. Przeciwnie – te założenia powinny być jak najbardziej realne, dokonywane w warunkach tzw. „ostrożnej wyceny”, bazujące na uśrednionych cenach na rynku, nie zaś w oparciu o odgadywane zachowania wykonawców i niepewne przesłanki.”¹³⁾*

Stosowanie zasady „ostrożnej wyceny” tłumaczą zatem występujące w praktyce przetargowej różnice, często znaczące, między wyceną inwestycji przez zamawiającego, a cenami oferowanymi następnie przez podmioty zainteresowane pozyskaniem zamówienia. Jak zauważyła KIO w wyroku z dnia 11 października 2010 r. cena oferowana przez wykonawcę *„jest pochodną własnej kalkulacji wykonawcy – ponoszonych indywidualnie kosztów i nakładów, dokonywanych optymalizacji metod zarządzania oraz procesu technologicznego. Wykonawca samodzielnie szacuje w ramach własnej działalności cenę w taki sposób, by przyniosła mu ona założony zysk”*, podczas gdy *„wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń Zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania.”¹⁴⁾*

Można zatem uznać za prawidłowe w świetle art. 32 i następnych Pzp ustalenie wartości zamówienia wyższej niż wynikająca z porównania ofert złożonych następnie w postępowaniu. Jednakże, z tego samego powodu szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego może mieć tylko ograniczone znaczenie dla oceny czy przedłożone oferty zawierają ceny rażąco niskie, o czym mowa będzie poniżej.

¹²⁾ KIO 2181/13, LEX nr 1378163.

¹³⁾ KIO 1812/13, LEX nr 1400113.

¹⁴⁾ KIO/UZP 2127/10, LEX nr 658058.

c. Odpowiedzialność zamawiającego za wycenę zamówienia

Z obowiązkiem dokonania wyceny zamówienia z należytą starannością skorelowana jest odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowość tej wyceny. Potwierdza to m.in. wyrok KIO z 16 października 2013 r., w którym wskazano również na dwie praktyczne konsekwencje przyjęcia tej odpowiedzialności. Po pierwsze, w ocenie KIO, art. 32 ust. 1 Pzp stwarza **domniemanie, że zamawiający dokonał szacunku w sposób należyty**. Po drugie zaś, **nieprawidłowości w dokonanym szacunku nie mogą obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu**. W postępowaniu, którego dotyczyło przytoczone orzeczenie, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę w porównaniu do jego własnego szacunku. KIO stwierdziła jednak, że wycena zamawiającego była w sposób istotny przeszacowana. Izba nie uwzględniła przy tym argumentacji zamawiającego, iż przeszacował on wartość zamówienia opierając się wyłącznie na kwotach, które zostały mu narzucone przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych, stwierdzając, że w świetle wynikającego z art. 32 ust. 1 Pzp obowiązku starannego ustalenia wartości zamówienia okoliczności przywołane przez zamawiającego nie usprawiedliwiały jego postępowania.¹⁵⁾

Opisanej odpowiedzialności zamawiającego **nie ogranicza** przy tym **skorzystanie przy dokonywaniu ustalenia wartości zamówienia z usług świadczonych przez osoby trzecie**.¹⁶⁾

Na zamawiającym spoczywa również odpowiedzialność za określenie **kwoty, jaką decyduje się przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia** (tzw. „kwota zamiarów”) i która, zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp, jest **odczytywana podczas sesji otwarcia ofert przetargowych bezpośrednio przed ich otwarciem**. Informacja o wysokości tej kwoty jest ważna dla wszystkich stron postępowania, gdyż determinuje możliwość unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną ją przewyższa, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Nie należy jednakże tej kwoty utożsamiać z wartością szacunkową zamówienia, o której mowa w art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Kwoty tej nie należy, jak podkreśliła KIO w wyroku z 8 lipca 2010 r., utożsamiać z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Izba wskazała, że **kwota przeznaczona na sfinansowanie może być równa, mniejsza, albo większa od wartości szacunkowej zamówienia**, zaś ryzyko błędnej decyzji w tym zakresie obciąża zamawiającego.¹⁷⁾

¹⁵⁾ KIO 2291/13, LEX nr 1413395,

¹⁶⁾ Wyrok KIO z 19 czerwca 2012 r. KIO 1167/12, LEX nr 1211611.

¹⁷⁾ KIO/UZP 1339/10, LEX nr 598086.

III. Wycena zamówień uzupełniających i zamówień częściowych

Zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp, w przypadkach, kiedy zamawiający przewiduje udzielenie w przyszłości zamówień uzupełniających (w trybie określonym w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 Pzp), **przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających**. W art. 32 ust. 4 Pzp nakazuje się analogiczny sposób dokonania wyceny inwestycji w postępowaniach, w których zamawiający dopuszcza możliwość składania **ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach**. Przepisy te służą realizacji normy zawartej w art. 32 ust. 2 Pzp, który **zakazuje dzielenia i zaniżania wartości zamówienia w celu uniknięcia zastosowania przepisów Pzp**.

W praktyce oznacza to dla zamawiającego obowiązek ustalenia **łącznej wartości całego zadania**, z pominięciem jego ewentualnego podziału na części, czy też podziału na roboty podstawowe i uzupełniające. Jakkolwiek szczegółowe omówienie tematyki dopuszczalności podziału zamówień na części, jak i dopuszczalności udzielania zamówień uzupełniających, przekracza ramy niniejszego opracowania, zasadne wydaje się wskazanie przykładu zastosowania przytoczonych przepisów w orzecznictwie KIO, który dowodzi jakie znaczenie mają omawiane zasady w przypadku dużych projektów infrastrukturalnych.

Taką praktyczną ilustrację zastosowania omawianych przepisów stanowi uchwała KIO z 21 października 2010 r., wydana na skutek zastrzeżeń zgłoszonych przez zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W toku kontroli stwierdzono m.in. nieprawidłowość oszacowania wartości udzielonych przez zamawiającego – operatora gazociągów sieciowych – zamówień na wykonawstwo generalne Gazociągu Włocławek – Gdynia na terenie dwóch gmin, przez które przebiegać miał gazociąg. Zamawiający oszacował te dwa zamówienia osobno, na skutek czego, wobec nieprzekroczenia obowiązującego wówczas progu wynikającego z przepisów wykonawczych, zaniechał zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu w publikatorze wspólnotowym. Uniknął również konieczności zastosowania procedury przewidzianej w Pzp dla zamówień sektorowych. Mając to na uwadze, w wydanej opinii KIO podzieliła zastrzeżenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując, że *„niedopuszczalne jest udzielanie zamówień bez łącznego szacowania ich wartości w sytuacji, gdy obiekty spełniają kryteria odnoszące się do tożsamości przedmiotowej i czasowej zamówienia (roboty tego samego rodzaju udzielane w tym samym czasie), a zamówienia udzielane są przez jednego zamawiającego i nie spełniają samoistnie funkcji gospodarczej i technicznej*. Przesłankę dla oceny, czy dane zamówienie nie zostało **sztucznie podzielone na części w celu ominięcia sto-**

sowania przepisów Pzp¹⁸⁾, stanowi także bliskość terytorialna przedmiotu zamówień oraz funkcja, jaką ma spełnić całe przedsięwzięcie.” Izba nie uwzględniła również wyjaśnień zamawiającego, stając na stanowisku, że „przyczynami oddzielnego szacowania wartości nie mogą być w szczególności zmiany organizacyjne po stronie zamawiającego (następstwo podmiotów, przejęcie inwestycji), jak również decyzje i inne rozstrzygnięcia organów administracyjnych (w tym przypadki m.in. pozwolenia na budowę – przyp. wł.).”¹⁹⁾

Z tych samych względów za **niedopuszczalne uznaje się zaniechanie na etapie udzielania zamówienia częściowego dokonania wyceny kolejnej części zamówienia, która udzielona ma zostać w przyszłości**. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych podkreślił w wyroku z 17 lipca 2006 r., że takie zaniechanie oznacza „istotne ryzyko obejścia przepisów ustawy”, a jednocześnie podważa prawidłowość dokonanego przez zamawiającego podziału zamówienia.²⁰⁾

W innym orzeczeniu Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych zaznaczył, że w świetle regulacji art. 33 Pzp oraz przepisów wykonawczych, które przewidują ustalenie wartości zamówienia na podstawie kosztorysu inwestorskiego, **nie jest dopuszczalne umieszczenie w kosztorysie ślepym zamieszczonym w SIWZ pozycji „rezerwa na roboty nieprzewidziane w wysokości 5% zsumowanych wartości elementów scalonych brutto”** i określenie w ten tylko sposób szacunku ewentualnych zamówień uzupełniających. Zespół podkreślił w uzasadnieniu wyroku, że „dokumentacja projektowa powinna określać dokładnie, co ma być wykonane” oraz że „nie można jednak wymagać od oferentów, by na etapie składania ofert określali oni stały procent na roboty nieprzewidziane.”²¹⁾

IV. Znaczenie wyceny zamówienia przez zamawiającego

Przytoczone orzeczenie KIO dotyczące Gazociągu Włocławek – Gdynia wskazuje na wagę poprawnego ustalenia wartości zamówienia dla prawidłowości całego postępowania o udzielenie zamówienia. Jak już bowiem zaznaczono na wstępie tego opracowania, wartość ta determinuje stosowanie do danego postępowania szeregu istotnych przepisów Pzp.

¹⁸⁾ Podobnym kryterium posługuje się m.in. opinia zamieszczona na stronie www.uzp.gov.pl pt. „Szacowanie wartości i udzielanie zamówień, w tym zamówień objętych projektem współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej” (z dnia 31.12.2013 r.): „nie jest zakazany sam podział jednego zamówienia na części, ale jest zakazany taki podział, który zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.”

¹⁹⁾ KIO/KD 73/10, LEX nr 736812.

²⁰⁾ UZP/ZO/0-2003/06, LEX nr 1107316.

²¹⁾ Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 30 maja 2005 r., UZP/ZO/0-1110/05, LEX nr 176511.

Wycena zamówienia przez zamawiającego ma również znaczenie dla oceny złożonych w postępowaniu ofert pod kątem ich **realności**, a więc **w świetle art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp**. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że wartość zamówienia ustalona z zachowaniem opisanych powyżej zasad może stanowić **przyczynę do badania ofert w tym kontekście**.²²⁾

Odniesienie wartości szacunkowej zamówienia do wysokości oferty **nie może jednak stanowić wyłącznego argumentu dla stwierdzenia, że istnieje zagrożenie, że cena ofertowa jest rażąco niska**.²³⁾ Jak już bowiem wskazano powyżej szacunkowa wartość zamówienia jest ustalana przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych.²⁴⁾

Jak wiadomo, sytuacje takie mają często miejsce w praktyce. Dla przykładu, w postępowaniu którego dotyczył wyrok KIO z 20 października 2011 r., a w którym przedmiotem zamówienia była rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 401, etap I, wartość zamówienia określona na podstawie cen Sekocenbudu oraz cen lokalnych, obowiązujących w drugim kwartale 2011 r. wyniosła wg kosztorysu inwestorskiego z dnia 4 maja 2011 r. 60.195.248,79 zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia 32.072.000 zł. Natomiast oferty jakie wpłynęły do zamawiającego opiewały na kwoty od ok. 30 milionów złotych (oferta została wybrana przez zamawiającego) do ok. 44 milionów złotych. Odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty wniósł jeden z uczestników, zarzucając zamawiającemu m.in. nieodrzućcenie najniższej oferty, zawierającej zdaniem odwołującego cenę rażąco niską. Rozpatrując odwołanie Izba stwierdziła, że: *„ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia publicznego na kwotę ponad 60 milionów złotych, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, jest wartością zawyżoną i nie może być punktem odniesienia do stwierdzenia czy zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. O zawyżeniu wartości szacunkowej zamówienia świadczy dodatkowo fakt, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wyliczona w oparciu o ceny rynkowe podobnych robót budowlanych są znacznie niższe od wartości szacunkowej zamówienia”*. Natomiast porównanie złożonych ofert wskazywało, że *ceny w nich wskazane nie odbiegają od siebie w sposób rażący. W związku z tym KIO nie uwzględniła zarzutów odwołującego i oddaliła odwołanie*.²⁵⁾

Mając na uwadze omówiony powyżej charakter wyceny inwestycji, w orzecznictwie KIO podkreśla się konsekwentnie, zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88 w sprawie *Constanzo*, że **niedopuszczalne**

²²⁾ Tak m.in. w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2013 r. KIO 76/13; KIO 77/13, LEX nr 1277626.

²³⁾ Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2013 r., KIO 238/13; KIO 251/13, LEX nr 1293523.

²⁴⁾ Tak również w wyroku KIO z dnia 20 października 2011 r. KIO 2192/11, LEX nr 1001225.

²⁵⁾ Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. KIO 2192/11, LEX nr 1001225.

jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego porównania ich z wyceną inwestora i odrzucanie ofert poniżej pewnego poziomu.²⁶⁾

W każdym przypadku konieczne jest bowiem dokładne zbadanie indywidualnych okoliczności postępowania.²⁷⁾ Sprawdzić należy również prawidłowość wyceny dokonanej przez zamawiającego. Jak zauważył Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z 23 sierpnia 2006 r.: *„Sam fakt, że cena podana w ofercie stanowi ok. 52% wartości przedmiotu zamówienia nie może samo w sobie stanowić o tym, że cena jest ceną rażąco niską. Może się bowiem okazać, że kalkulacja ceny jest prawidłowa, ale takim nie było oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia.”*²⁸⁾

Jeszcze dalej idący pogląd przedstawiła KIO w wyroku z 3 czerwca 2014 r., wskazując, że **czynność oszacowania wartości zamówienia jest odrębną czynnością w postępowaniu niemogącą w ogóle wpływać na ocenę, czy cena przedstawiona w ofercie nosi znamiona ceny rażąco niskiej.**²⁹⁾ Pogląd ten może się jednak wydawać wątpliwy.

Podsumowując, znaczenie wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego na potrzeby postępowania dla oceny ofert złożonych przez uczestników postępowania powinno być, zgodnie z orzecznictwem KIO, ograniczone.

V. Uwagi końcowe

Prawidłowe ustalenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia publicznego jest niezbędne, by zamawiający mógł rozpocząć i należycie przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia. Od tego zależy m.in., czy zamówienie ma wymiar krajowy czy „wspólnotowy” i w jakim trybie dane zamówienie publiczne może zostać udzielone. Efektywność systemu zamówień publicznych zależy od tego, czy sprzyja on wybieraniu ofert, które są rzeczywiście najlepsze, a nie tylko najtańsze. Pomimo iż szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego nie ma znaczenia rozstrzygającego dla uznania ceny za rażąco niską i zdyskwalifikowania na tej podstawie danej oferty, wycena zamawiającego nieuchronnie ma pewne znaczenie i w tym zakresie. O ile bowiem jednym z najbardziej nośnych haseł nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 29 sierpnia 2014 r. jest popularyzacja pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz ograniczenie stosowania wyłącznie kryterium cenowego, nie ulega wątpliwości, że cena jest i pozostanie podstawowym kryterium wyboru oferty.

²⁶⁾ Tak np. w wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 765/08, LEX nr 443043.

²⁷⁾ Wyrok KIO z dnia 15 lipca 2013 r. KIO 1567/13, LEX nr 1381115.

²⁸⁾ UZP/ZO/0-2329/06, LEX nr 1107401.

²⁹⁾ KIO 981/14, LEX nr 1477567.

Skuteczne mechanizmy eliminowania ofert zawierających ceny rażąco niskie pozostają dlatego kluczowym czynnikiem, od którego zależy efektywność całego systemu zamówień publicznych.

Rafał MOREK – adwokat, współpracuje z międzynarodową kancelarią K&L Gates. Posiada bogate doświadczenie w praktyce rozstrzygania sporów budowlanych reprezentując klientów zarówno przed sądami państwowymi jak i trybunałami arbitrażowymi. Jako arbiter prowadził ok. czterdziestu postępowań zgodnie z regulaminami arbitrażowymi m.in. ICC, UNCITRAL, SA KIG, SA SIDIR i SA Lewiatan.

Występuje także w charakterze negocjatora i mediatora. Jest pracownikiem naukowym (adiunktem) Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz autorem wielu publikacji dotyczących rozstrzygania sporów i prawa prywatnego. W 2013 r. został powołany do Zespołu przy Ministrze Gospodarki ds. systemowych rozwiązań w zakresie polubownych metod rozwiązywania sporów gospodarczych ułatwiających wykonywanie działalności gospodarczej.

Tomasz SYCHOWICZ – adwokat współpracujący z warszawskim biurem kancelarii K&L Gates. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

W 2014 uzyskał tytuł master of laws (LL.M.) na King's College London. Zajmuje się głównie sprawami spornymi przed sądami powszechnymi jak i polubownymi. Posiada doświadczenie w sprawach związanych z inwestycjami infrastrukturalnymi, w szczególności związanych z realizacją zamówień publicznych w oparciu o warunki FIDIC. Reprezentuje również klientów w sprawach karnych. Jego praktyka obejmuje także spory związane z inwestycjami zagranicznymi rozstrzygane w drodze arbitrażu inwestycyjnego. Interesuje się arbitrażem międzynarodowym w sporach handlowych, i inwestycyjnych, a także sportowych.