

Badanie rażąco niskiej ceny oferty po nowelizacji

Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), zwanej dalej: „nowelizacją”. Regulacja prawna zawarta w ww. przepisie została uszczegółowiona oraz, co stanowi konsekwencje zmian w zakresie kryterium oceny ofert o charakterze stricte ekonomicznym, odnosi się obecnie również do kosztu.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaofferowana 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, w szczególności w zakresie:

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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 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;
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.

Należy zauważyć, że z uwagi na wprowadzenie do ustawy Pzp kryterium oceny ofert w postaci kosztu, badanie oferty wykonawcy pod kątem wystąpienia rażąco niskiego kosztu może nastąpić zarówno w przypadku, gdy zamawiający ustalił koszt jako jedno z kryteriów oceny ofert obok ceny, ale także gdy koszt jest jedynym kryterium oceny ofert. W tym też celu zamawiający ma obowiązek określić i opisać to kryterium w sposób umożliwiający jednolitą ocenę ofert, a co za tym idzie również badanie, czy koszt podany w ofercie nie jest rażąco niski.

Natomiast zgodnie art. 90 ust. 1a ustawy 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.

I. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. - ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy.

W świetle znolizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za offerowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególony ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowym).

II. Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny poprzez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis w pkt 1) nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2) istnieje taka możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Ustęp 1a art. 90 ustawy Pzp odnosi się bowiem do szczególnej okoliczności, jaka może świadczyć o rażąco niskiej cenie, tj. gdy:

1. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od 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.

W kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny z przywołanej regulacji wynika wskazówka interpretacyjna dla zamawiającego, który powinien zwrócić uwagę na różnicę na poziomie minimum 30% występującą w cenie całkowitej oferty w stosunku do:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług;
2. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz;
3. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

Ad 1. Jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp. Jest to więc wartość, którą zamawiający przjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. W przypadku jednak, gdy na całkowitą wartość przedmiotu zamówienia składa się również wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6, pkt 7 czy art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp (powtórzenie podobnych usług lub robót budowlanych, dodatkowe dostawy) wartość tych zamówień należy odliczyć od całkowitej wartości przedmiotu zamówienia po to, aby uzyskać wartość zamówienia podstawowego. Oddzielenie wartości tych zamówień od wartości zamówienia podstawowego jest konieczne, ponieważ udzielenie zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 lub pkt 7 czy art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp oraz ich zakres zależą od późniejszej woli zamawiającego, nie dotyczą danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym dokonywana jest ocena ofert również pod kątem rażącego zaniżenia jej wartości. Podobnie, jeżeli oferta dotyczy części podzielonego zamówienia, należy porównać cenę oferty złożonej na daną część zamówienia z wartością tej części zamówienia, nie zaś wartością zsumowaną stosownie do art. 32 ust. 4. Aktualność zachowuje w tym względzie choćby wydany na gruncie powyższej obowiązującej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r. (sygn. akt. KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15) potwierdzający wyżej wskazany sposób interpretacji przywołanego przepisu. Następnie, dla celów porównywalności z ceną ofertową, ustaloną wartość przedmiotu zamówienia należy poddać pod podatek od towarów i usług. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, mając na względzie racjonalność ustawodawcy oraz konieczność uzyskania wymiernych wyników (poprzez porównanie wartości porównywalnych), stało na stanowisku, że do wartości przedmiotu zamówienia należy doliczyć, dla potrzeb porównania z ceną oferty, należny podatek od towarów i usług (por. wyr. KIO z dnia 20 maja 2015 r. sygn. akt KIO 935/15, wyr. KIO z dnia 27 marca 2015 r. sygn. akt KIO 500/15). W wyniku aktualnie wprowadzonych zmian w ustawie Pzp art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 wyraźnie już stanowi, że punktem odniesienia do ceny oferty jest wartość przedmiotu zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług. W tym przypadku aktualnym pozostaje stanowisko wyrażane w orzecznictwie, iż dla porównania wartości zamówienia z ceną ofertową istotna jest faktyczna wartość brutto danego zamówienia.

Ad 2. Odnosząc się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający w tym zakresie powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert. Dla potrzeb tego porównania należy wziąć pod uwagę wszystkie złożone w terminie w postępowaniu oferty, również te, które zostały już przez zamawiającego odrzucone na podstawie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, czy też podlegają takiemu odrzuceniu. Takie stanowisko zostało również przyjęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1647/15), w którym to Izba wskazała, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, by ustawodawca wprowadził możliwość pomijania cen niektórych ofert. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że zamawiający, który, porównując ceny ofert, uwzględnił przy obliczeniach również ofertę odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie naruszył normy wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Rozważania Izby pozostają aktualne na gruncie obowiązującej obecnie regulacji. Natomiast należy wskazać, że uwzględniane przy obliczaniu średniej arytmetycznej cen złożonych ofert są jedynie oferty skutecznie złożone, co oznacza, że pomija się wszelkie oferty złożone po upływie terminu na składanie ofert.

Ad 3. Co do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli – tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, którą zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należny podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego, który zdecydował się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na rynku towarów i usług, czy też powyższe jest wynikiem nagłej zmiany w tym zakresie, nie wynikającej z upływu czasu.

Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, charakteru automatycznego i bezwzględnie do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywistość takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny.

III. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, należy odrzucić automatycznie przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10) stwierdzając, 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 od 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." W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa w zakresie zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

IV. Ciężar dowodu w zakresie wykazania, że cena lub koszt nie są rażąco niskie spoczywa na wykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. W przekazanym wykonawcy wezwaniu z kolei zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Na możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził też Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Jednocześnie, należy zwrócić uwagę na zastrzeżenia poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do możliwości ponownego żądania wyjaśnień. Izba w swoim orzecznictwie (por. wyrok z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15, czy z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1479/15) niejednokrotnie wskazywała, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie”. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiązał jego wątpliwości co do podejrzenia rażąco niskiej ceny i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów. W takiej sytuacji należy bowiem uznać, że wykonawca nie wywiązuje się należycie z ciążącego na nim, stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodu.

V. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Jednocześnie czynniki te mogą (jak np. koszty pracy) stanowić istotną część składową ceny, budzącą wątpliwości zamawiającego ze względu na swoją szczególnie niską wartość. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny lub kosztu oferty, znowelizowany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje w szczególności na:

- oszczędność metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 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) [art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp];
- pomoc publiczną udzieloną na podstawie odrębnych przepisów [art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp];
- okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie [art. 90 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp];
- okoliczności wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska [art. 90 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp];
- okoliczność powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy [art. 90 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp].

Przykładowy charakter wyliczenia oznacza, że zamawiający uprawniony jest również do żądania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty wymienione literalnie w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia dodatkowych informacji, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W przypadku gdy zamawiający ustalił kryterium kosztu szczególnego znaczenia mogą nabrać elementy związane z cyklem życia produktu inne niż sama cena nabycia.

Niewątpliwie istotną częścią składową a zarazem przykładowym elementem oferty mającym wpływ na wysokość ceny lub kosztu, które mogą wydawać się rażąco niskie, mogą w szczególności być koszty pracy. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z dniem 1 września 2016 r. ustawa z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1265) zmieniła brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w ten sposób, że wykonawca udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy nie może wykazywać, że do ustalenia ceny oferty przyjął koszty pracy niższe 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). Przepis ten swoim zakresem objął tym samym również kwestie wynagrodzenia dla osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, że przepisy określające wysokość minimalnej stawki godzinowej wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r.

Szczególnym czynnikiem, który należy wyróżnić obok kosztów pracy, ze względu na możliwą wzajemną relację jest pomoc publiczna. Zamawiający mogą dla przykładu uzyskiwać dofinansowanie wynagrodzenia osób niepełnosprawnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. nr 127 poz. 721, z późn. zm.). W tym kontekście ważne jest podkreślenie, że wykonawca może uzasadnić niskie koszty pracy pomocą publiczną, która została mu przyznana, a nie zamiarem ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest bowiem definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny czy cena lub koszt są rażąco niskie.

Reasumując:

1. Ustawa Prawo zamówień publicznych w jej obecnym brzmieniu umożliwia zamawiającemu badanie nie tylko rażąco niskiej ceny oferty, ale także rażąco niskiego kosztu.
2. Badanie ceny lub kosztu prowadzi zamawiający, jeśli powźmie wątpliwości, czy zaoferowana cena lub koszt lub ich części składowe umożliwiają należyte wykonanie zamówienia, w tym wykonanie zgodne z obowiązującymi przepisami.
3. Szytwna reguła 30% (cena badanej oferty niższa o tę wartość od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert) nakazująca obligatoryjnie badanie oferty zostaje złagodzona. Nowe rozwiązania w tym zakresie wprowadzone art. 90 ust. 1a ustawy Pzp pozwalają zamawiającym każdorazowo na indywidualną ocenę każdego przypadku powzięcia wątpliwości co do rażąco niskiej ceny.
4. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog podstaw do wyjaśnień i przedłożenia ewentualnych dowodów, do które wzywa zamawiający, gdy uzna, że cena lub koszt oferty mogą być rażąco niskie.
5. Rozszerzeniu ulega przykładowy katalog czynników, które zamawiający bierze pod uwagę przy badaniu podstaw rażąco niskiej ceny, w szczególności o okoliczności wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska oraz wynikające z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.