Sebastian Pietrzyk
Adwokat, ekspert prawa zamówień publicznych

Cena 0 złotych za realizację zamówienia publicznego – tak czy nie?

Temat możliwości zaoferowania przez wykonawcę w ofercie wynagrodzenia na poziomie 0 złotych był już przedmiotem wielu komentarzy i analiz. Wciąż jednak osobiście podczas konferencji czy seminariów dotyczących zamówień publicznych zadaje uczestnikom jedno proste pytanie: „czy można złożyć ofertę z ceną 0 złotych"?. Odpowiedzi są różne, ale z przewagą na stanowczą odpowiedź, że tak nie można. Ale czy na pewno?

Argumenty, które wskazują udzielający odpowiedzi to najczęściej:

1. Umowa o zamówienie publiczne jest umową odpłatną, tak przecież wskazują przepisy zarówno dyrektyw, jak i Prawa zamówień publicznych;
2. Nie można wpisać wynagrodzenia na poziomie 0 złotych do umowy o zamówienie publiczne i wystawić tym samym takiej faktury za świadczenie wykonawcy – ten argument wydaje się być dość osobliwy, ale faktycznie i takie odpowiedzi spotykałem;
3. Nie ma możliwości porównania złożonych ofert, bo de facto, cena 0 złotych w kryterium ceny będzie musiała zostać przedzielona przez 0, a jak wiadomo „nie dzieli się przez 0" – aczkolwiek można znaleźć w Internecie ciekawe filmy ilustrujące, że jednak takie działalnie może być teoretycznie wykonane;
4. Cena 0 złotych stanowi sama w sobie lub rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie wyeliminowania konkurencji w przetargu – w tym miejscu można postawić kontrargument – czy zatem cena przykładowo 1 lub 5 złotych nie będzie już rażąco niska i będzie uczciwa?
5. Finalnie pada argument, że zamawiający wyraźnie zastrzegają w dokumentacji

przetargowej, iż w przypadku złożenia oferty z ceną na poziomie 0 złotych, będą podejmowali decyzję o odrzuceniu takich ofert. Czy więc oferty z ceną 0,1 złotych już tą sankcję nie będą objęte?

W podsumowaniu niniejszego artykułu znajdziecie moje odpowiedzi na te argumenty, z uwzględnieniem poniższego Wyroku Trybunału oraz opinii Rzecznika.

Na te pytania i wątpliwości w zasadzie udziela odpowiedzi wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia z 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 TSUE („Wyrok Trybunału"). Wyrok Trybunału opowiadał na pytanie prejudycjalne słoweńskiego sądu. Konieczność zajęcia stanowiska przez Trybunał powstała w związku ze sporem, jaki zaistniał w przetargu na dostęp do systemu informacji prawnej zorganizowany przez słoweńskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych. Jeden z wykonawców ubiegających się o zamówienie zaoferował taki dostęp za cenę 0 euro. W wyjaśnieniach na żądanie zmawiającego wykonawca ten tłumaczył, iż taka cena nie oznacza, że umowa z zamawiającym nie przyniesie mu korzyści. Zyska bowiem referencje, a przede wszystkim dostęp do nowego rynku i nowych użytkowników. Zatem z realizacji zamówienie będzie miał korzyści, choć nie finansowe Zamawiający jednak nie zaakceptował takich wyjaśnień. Wskazał, że przy cenie 0 euro nie sposób mówić o jakimkolwiek wynagrodzeniu, a zamówieniem publicznym może być wyłącznie umowa o charakterze odpłatnym.

Zanim jednak sięgniemy do treści samego Wyroku Trybunału oraz wniosków płynących z tego orzeczenia, warto moim zdaniem zapoznać się z opinią Rzecznika Generalnego Michala Bobeka z dnia 28 maja 2020 roku do sprawy C-367/19 („Opinia Rzecznika").

Co wynika z opinii Rzecznika?

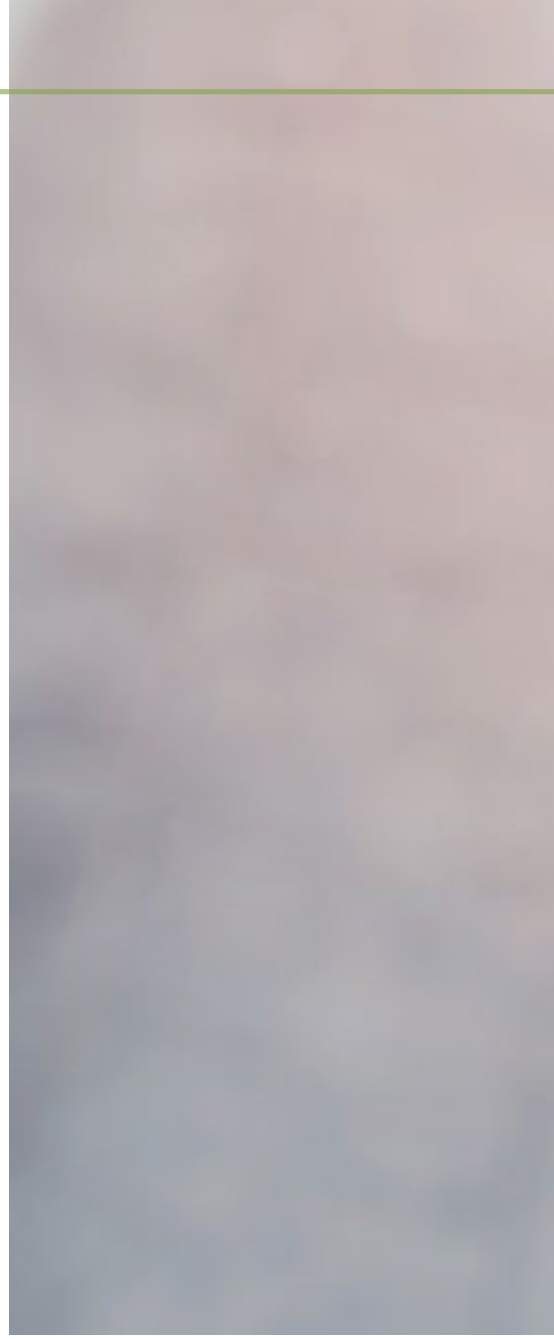
W pierwszej kolejności Rzecznik rozważa, że w ogóle jest możliwe uznanie cyfry 0 za rażąco niską liczbę. Rzecznik rozpoczyna swoją opinię od bardzo ciekawego spostrzeżenia, a mianowicie, iż „pozostawiając na boku pasjonującą debatę, jaką charakter liczby zero mógłby wywołać w dziedzinie matematyki [1] – jest prawdopodobne, że takie pytanie zadane z prawnego punktu widzenia laikowi wywołałoby u niego pełne zdumienia spojrzenia w kierunku prawników, do jakiego prawnicy ci są przyzwyczajeni, gdy zamierzają wyjaśnić swój zawód. Podobnie zachowa się laik, gdy można będzie zauważyć nie bez sarkazmu, że tylko prawnicy będą mogli wypowiadać się o niczym (dosłownie) na niekończących się stronach.

W ocenie Rzecznika, nie zmienia to faktu, że w dziedzinie zamówień publicznych, podobnie jak w matematyce, zero wydaje się być szczególną liczbą, którą trudno umiejscowić w istniejących już ramach ocen. Czy oferent proponujący towary lub usługi po cenie nominalnej równej 0 EUR przedstawia rażąco niską ofertę? Czy też dochodzi do automatycznego wyłączenia tego oferenta z zakresu prawa o zamówieniach publicznych poprzez wpisanie magicznej cyfry „zero" w ofercie zamiast innej kwoty nominalnej znacznie niższej niż rzeczywiste koszty zamówienia (takiej jak np. 1,5 EUR lub 101 EUR), a uzasadnieniem tego jest to, że w odróżnieniu od wszystkich liczb naturalnych „0" nie może znajdować się w umowie o udzielenie zamówienia publicznego?

Główne ramy prawne, w obrębie których została wydana Opinia Rzecznika, jak również Wyrok Trybunału to zasadniczo tytuł I dyrektywy 2014/24, zatytułowany „Zakres stosowania, definicje i zasady ogólne", w szczególności art. 1 ust. 1 i 2, który stanowi:

> „1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.
>
> 2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – […] usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy […] usługi przeznaczone są do celów publicznych".

[1] W celu zrozumiałego wprowadzenia (ubogiego w obliczenia i bogatego w historię kulturową) zob. na przykład R. Kaplan,The Nothing that Is: A Natural History of Zero, Oxford University Press, Oxford, 1999.



Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 definiuje „zamówienia publiczne" natomiast jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług".

Czy umowa z zerowym wynagrodzeniem to jeszcze umowa odpłatna i jest umową o zamówienie publiczne, czy może to jakiś rodzaj umowy nieodpłatnej przypominającej na przykład umowę darowizny?

O ile głównym celem prawa zamówień publicznych powinno być uregulowanie

nabywania towarów lub usług przez organy administracji publicznej, to jednak systematyka i cel dyrektywy 2014/24 rzeczywiście nie pozwalają na określenie cech charakterystycznych warunku odpłatności, do którego odnosi się art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy. Pojęcie „nabycia" jest wystarczająco szerokie, aby zająć agnostyczne stanowisko co do sposobów tego **nabycia**, ponieważ istotne jest to, że towary lub usługi zostają ostatecznie pozyskane przez instytucje zamawiające. Tymczasem towary i usługi mogą być nabywane zgodnie z prawem w różny sposób.

Tym samym – w ocenie Rzecznika – zwykła wykładnia językowa i systemowa nie wystarcza do zrozumienia znaczenia „umowy o charakterze odpłatnym", a w szczególności kluczowego pojęcia „świadczenia wzajemnego", które kryje się za samą koncepcją umowy: jaki konkretnie ma charakter świadczenie wzajemne, które ma spełnić instytucja zamawiająca, aby dane zamówienie publiczne można było uznać za ważne?

W celu wyjaśnienia pojęcia „odpłatności umowy" Rzecznik wskazuje na szereg orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, w tym te, w których Trybunał orzekł, że zgodnie ze zwykłym prawnym znaczeniem pojęcia „umowy o charakterze odpłatnym", zastosowanym dla celów zdefiniowania zamówień publicznych, pojęcie to oznacza umowę, przez którą każda ze stron zobowiązuje się do świadczenia w zamian za inne świadczenie[2]. Istnienie „wynagrodzenia" lub „świadczenia wzajemnego", do którego zobowiązana jest instytucja zamawiająca, a zatem stosunku wzajemności, stanowi dla Trybunału decydujący element przy ocenie istnienia umowy zawartej odpłatnie[3].

Reasumując kwestię „odpłatności umowy o zamówienie publiczne" Rzecznik wskazuje na następujące argumenty:

1. Po pierwsze, charakter świadczenia wzajemnego, nierozerwalnie związany z warunkiem odpłatności, które to świadczenie

[2] Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 18 stycznia 2007 r., Auroux i in., (C-220/05, EU:C:2007:31, pkt 45); z dnia 18 października 2018 r., IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, pkt 28)

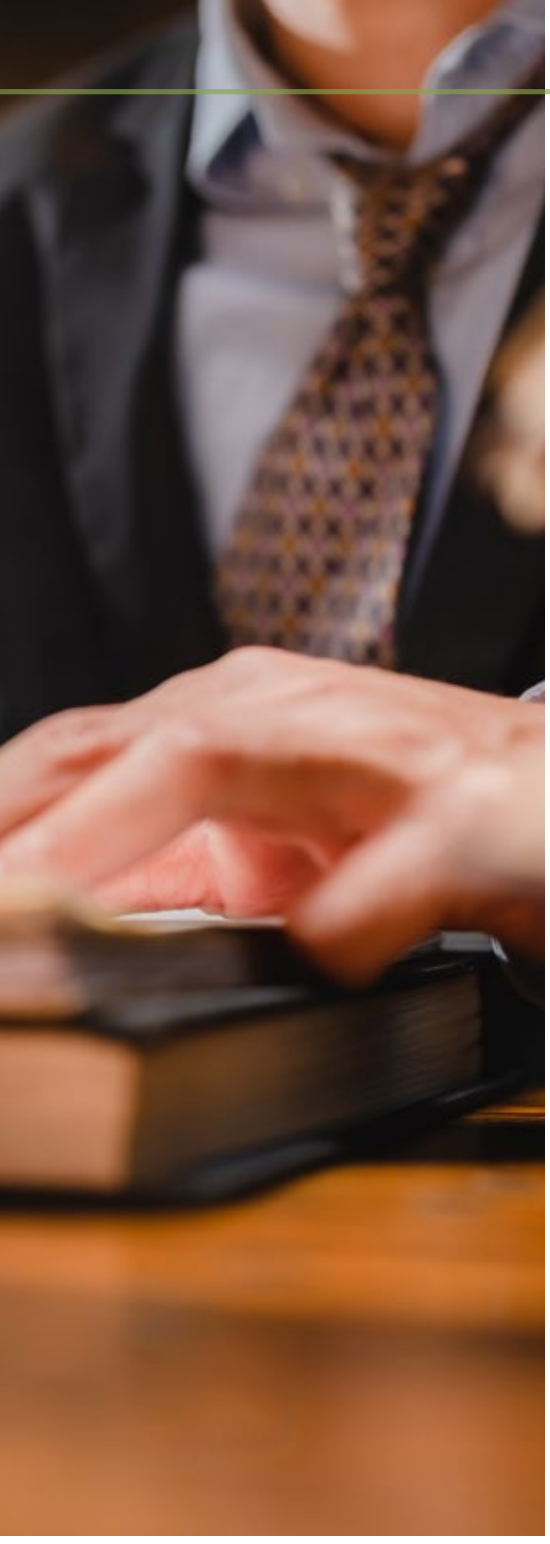
[3] Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo), dotyczący wykładni pojęcia „zamówienia publicznego", o którym mowa w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18.

wzajemne jest udzielane przez instytucję zamawiającą, może przybierać inną formę niż cena płacona w pieniądzu. Nie ma zatem konieczności przeniesienia własności środków pieniężnych. Możliwe są inne rodzaje zapłaty, w tym o charakterze niepieniężnym.

2. Po drugie, wynagrodzenie powinno mieć pewną wartość gospodarczą, nie musi jednak odpowiadać dokładnie wartości dostarczanych towarów lub usług. Instytucja zamawiająca i oferent mogą zatem uzgodnić możliwość dokonania płatności w różnych formach, pod warunkiem że mają one oczywistą wartość ekonomiczną.

3. Po trzecie, charakter i treść wynagrodzenia, które musi zapłacić instytucja zamawiająca, musi wynikać z umowy jako bezpośrednie i wykonalne zobowiązanie prawne wynikające z tej umowy.

4. Dla celów ustalenia, czy umowa zawiera świadczenie wzajemne (a w konsekwencji czy został spełniony przewidziany w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 warunek odpłatności), centralnym punktem analizy nie jest dokładna kwota pieniężna wpisana w umowie. Chodzi raczej o ustalenie, czy na podstawie tej umowy umawiające się strony pozostają w stosunku wzajemnych zobowiązań prawnych, które każda z nich może wyegzekwować od drugiej i w ramach których instytucja zamawiająca zapewnia co najmniej jasne i precyzyjne świadczenie wzajemne o charakterze gospodarczym.



Czy ofertą z ceną 0 może być uznana automatycznie jako oferta z rażąco niską cenę podlegającą odrzuceniu bez badania przez zamawiającego i wyjaśnień ze strony wykonawcy?

W odpowiedzi na takie pytanie Rzecznik udziela bardzo trafnej odpowiedzi, w której stwierdza, iż nie można przy tym pominąć paradoksu kota Schrödingera. Dopóki pudło nie zostanie otwarte i nie zostanie zbadana jego zawartość, nie można wykluczyć, że znajdujący się w środku kot jest żywy. Podobnie dopóki instytucja zamawiająca nie da oferentowi na podstawie art. 69 dyrektywy 2014/24 możliwości wyjaśnienia logiki i struktury kosztów przyświecających jego ofercie, nie można będzie wykluczyć, że dana oferta może prowadzić do udzielenia zamówienia publicznego, bez uszczerbku dla ostatecznego odrzucenia oferty przez instytucję zamawiającą. Jednakże takie odrzucenie nie może jedynie i wyłącznie opierać się na fakcie, że nominalna cena oferty 0 EUR nie spełnia warunku odpłatności przewidzianego w art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy.

Po drugie, należy stwierdzić, że dyrektywa 2014/24 nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej oferty" ani nie określa cyfrowo kwoty, jaką ono obejmuje.

Z uwagi na te elementy wydaje się zatem, że nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby pojęcie „rażąco niskiej oferty" mogło obejmować ofertę w wysokości 0 EUR. Prawdą jest, że kwota „0 EUR" wydaje się pewnego rodzaju barierą psychologiczną. Niemniej jednak z ekonomicznego punktu widzenia nic nie uzasadnia odróżnienia jej od oferty w kwocie 10 EUR lub 100 EUR, gdy wszystkie te oferty są niższe od kosztów zamówienia.

Tym samym każda oferta, również taka, gdzie wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za kwotę 0 złotych czy 0 euro powinna podlegać badaniu pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny.

W świetle powyższych rozważań Wyrok Trybunału wyraźnie stwierdza, iż art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stanowi on podstawy prawnej odrzucenia oferty złożonej przez oferenta w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie ze względu na to, że zaproponowana w ofercie cena wynosi 0 EUR.

Realia polskie:

Zdarzały się postępowania, w których wykonawcy na rynku polskim składali ofertę wskazującą 0 złotych za realizację całości przedmiotu zamówienia. Niemniej są to postępowania rzadkie. Jednym z ostatnich było postępowanie na płatności mobilne w Strefach Niestrzeżonego Płatnego Parkowania w Warszawie. W ramach tego postępowania jeden z wykonawców zaoferował w jednej z części wynagrodzenie na poziomie 0 złotych, a w drugiej na poziomie „minus". W tym przypadku wykonawca posiłkował się w swoich wyjaśnieniach Wyrokiem Trybunału oraz argumentami, że jego aplikacja mobilna do dokonywania płatności ma tyle funkcjonalności, iż de facto korzyścią dla wykonawcy nie będzie sam fakt zawarcia umowy z zamawiającym, a pozyskanie nowych użytkowników tej aplikacji i tym samym pobieranie korzyści z tych dodatkowych funkcjonalności. Sprawa zakończyła się przegraną wykonawcy, ale tylko dlatego, że w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca ten nie wykazał i nie dowiódł w sposób wystarczający, iż taka cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Większość postępowań w Polsce jednak to takie, w których nie tyle cena za cały przedmiot zamówienia jest określana na poziomie „0", ale cena zero jednostkowa, względnie za określony element zamówienia. W takiej sytuacji często pojawia się zarzut, że wykonawca w ogóle nie zaoferował tego zakresu zamówienia, który wycenił w swojej ofercie na zero. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie ceny zerowej za określony element zamówienia (np. w jednej z pozycji kosztorysu) nie powoduje bowiem, że nie mamy do czynienia z wyceną danej usługi. Potwierdza to m.in. wyrok KIO 1302/14: „Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty 0 zł jest jej wyceną. 0 jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi 0 przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty 0 zł stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiejkolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę 0 zł wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest – mówiąc potocznie – bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba 0 przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje."

Analogicznie w wyroku KIO 1902/13, w którym Izba stwierdziła m.in., że: „Podanie w pozycji 319 kosztorysu ofertowego

W przypadku ceny zerowej za określony element przedmiotu zamówienia często pojawia się również zarzut działania nieuczciwego – a konkretnie złożenie takiej oferty uważane jest za czyn nieuczciwej konkurencji, którym jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

wartości 0 zł nie świadczy o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej pozycji i nie wywiąże się z jej realizacji. Jak słusznie wskazał przystępujący złożona przez niego oferta obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym również dostawę programatorów naściennych oraz serwera webowego w ilości wymaganej przez zamawiającego."

W przypadku ceny zerowej za określony element przedmiotu zamówienia często pojawia się również zarzut działania nieuczciwego – a konkretnie złożenie takiej oferty uważane jest za czyn nieuczciwej konkurencji, którym jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W wyroku KIO/UZP 496/10 Izba rozpatrywała taki przypadek, wskazując, że: „fakt, iż jeden z elementów składowych swojej oferty wycenił na 0 zł (co jest niewątpliwie wartością znacznie niższą niż realne koszty jego wytworzenia czy świadczenia) nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia – wykonawca nie sprzedaje tu bowiem oddzielnie poszczególnych dostaw, usług i robót składających się na dane zamówienie. Przeciwnie, oferuje kompleksowe wykonanie złożonej inwestycji za cenę ryczałtową. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części. Istotne w takim przypadku jest, iż cena ryczałtowa, a więc cena globalna, obejmująca całość przedmiotu zamówienia – jest ceną realną, nie odbiegającą swoją wartością od cen innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Wybrany wykonawca oferuje więc swoje świadczenie (pełne świadczenie) za świadczenie pieniężne o adekwatnej wysokości, w stosunku do którego brak jakichkolwiek poszlak dla stwierdzenia, iż zostało zaniżone w stosunku do jego rzeczywistych kosztów.

Podsumowanie

Odpowiadając na argumenty przedstawione w początkowym fragmencie artykułu:

1. Umowa o zamówienie publiczne jest umową odpłatną, tak przecież wskazują przepisy zarówno dyrektyw, jak i Prawa zamówień publicznych – tak, odpłatność może zachodzić również wtedy, gdy zaoferowana cena wynosi 0 złotych a wykonawca odniesie korzyść z realizacji zamówienia;

2. Nie można wpisać wynagrodzenia na poziomie 0 złotych do umowy o zamówienie publiczne i wystawić tym samym takiej faktury za świadczenie wykonawcy – ten argument wydaje się być dość osobliwy, ale faktycznie i takie odpowiedzi spotykałem – wydaje się, iż odpowiedź udzielona jest już w punkcie 1 powyżej. To nie kwestia wynagrodzenia i wpisywania 0 złotych w odpowiedniej części umowy, decyduje czy mamy do czynienia z umową o zamówienie publiczne i wzajemnością świadczeń obydwu stron.

3. Nie ma możliwości porównania złożonych ofert, bo de facto, cena 0 złotych w kryterium ceny będzie musiała zostać przedzielona przez 0, a jak wiadomo „nie dzieli się przez 0" – aczkolwiek można znaleźć w Internecie ciekawe filmy ilustrujące, że jednak takie działalnie może być teoretycznie wykonane – moim zdaniem wystarczające będzie, jeśli zamawiający będą zawierali w dokumentach przetargowych postanowienie, zgodnie z którym będą dopuszczali oferty z 0 cenami za całość przedmiotu zamówienia, co oczywiście nie zwalnia ich z konieczności badania takiej ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru.

4. Cena 0 złotych stanowi sama w sobie lub rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie wyeliminowania konkurencji w przetargu – w tym miejscu można postawić kontrargument – czy zatem cena przykładowo 1 lub 5 złotych nie będzie już rażąco niska i będzie uczciwa? – w każdym przypadku należy zwrócić się do wykonawcy z żądaniem złożenia stosownych wyjaśnień, sposobu kalkulacji takiej ceny i przyjętych założeń.

5. Finalnie pada argument, że zamawiający wyraźnie zastrzegają w dokumentacji przetargowej, iż w przypadku złożenia oferty z ceną na poziomie 0 złotych, będą podejmowali decyzję o odrzuceniu takich ofert. Czy więc oferty z ceną 0,1 złotych już tą sankcję nie będą objęte? – wydaje się, że takie postanowienie nie do końca współgra z przedstawionym w niniejszym artykule Wyrokiem TSUE, który odrzucił taką możliwość, jak „automatyzm" odrzucania ofert, tylko i wyłącznie z powodu zaoferowania ceny na poziomie „0" złotych. ■