

WYROK
z dnia 18 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie (02-676), ul. Postępu 15B oraz AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. w Warszawie (00-867), ul. Chłodna 51** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Gminie Wrocław** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części pierwszej zamówienia, a następnie, w ramach tej części, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) oferty złożonej przez wykonawcę: **Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” w Warszawie**, jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie oraz AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
-
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Wrocław** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie oraz AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Ubezpieczenie mienia Gminy Wrocław, ubezpieczenie cywilnej jednostek w związku odpowiedzialności organizacyjnych Gminy Wrocław z prowadzoną działalnością oraz posiadanym mieniem oraz ubezpieczenia komunikacyjne*”

OC, AC, ASS i NNW kierowców oraz pasażerów pojazdów Gminy Wrocław” zostało wszczęte przez Gminę Wrocław, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 30 grudnia 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 173-315115) w dniu 8 września 2015 r.

W dniu 28 grudnia 2015 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Warszawie oraz AXA Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. w Warszawie, zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego w zakresie części pierwszej zamówienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” w Warszawie, zwanego dalej TUW, co stanowić miało naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nadto Odwołujący, z ostrożności, zarzucał Zamawiającemu również:

1. „Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem postępowania udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem fundamentalnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania.
2. Naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.
3. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy tj. Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW”.

Odwołujący stał na stanowisku, że TUW złożyło wyjaśnienia, które „w żaden sposób nie dają możliwości zweryfikowania ceny”, nadto nie przedłożyło Zamawiającemu żadnych dowodów, choć było do tego przez Zamawiającego wzywane. Zdaniem Odwołującego powołane

wyjaśnienia były ogólnikowe, lakoniczne, odwoływały się do powszechnie znanych argumentów, a w szczególności TUW nie wykazało, w jaki sposób i przy jakich czynnikach skalkulowało ryzyko, a tym samym cenę swojej oferty.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o:

1. „Uwzględnienie odwołania;
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Powtórzenie czynności oceny złożonych wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oferty Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW”;
4. Odrzucenie oferty firmy Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW”;
5. Wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego”

W dniu 5 stycznia 2016 r. zostało doręczone Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu TUW (Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” w Warszawie).

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie

Powołane zgłoszenie, dokonane w imieniu TUW, doręczono Prezesowi Izby w formie pisemnej, a podpis pod nim złożyła U. W.-K., zgodnie z pieczęcią opisującą jej podpis, sprawującej funkcję Dyrektora. Wraz ze zgłoszeniem przystąpienia nie zostały złożone żadne dokumenty, które miałyby potwierdzać umocowanie tej osoby do reprezentowania TUW. Tym samym nie zostało wykazane, aby zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania

wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15: „ustawodawca *nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia*. [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] *Stąd też należy wywieść,*

2

że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania – do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)
braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz –
interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, –
a także
nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, –
nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.” Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

Nadto, jak wskazano w samym zgłoszeniu, treść odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 28 grudnia 2015 r. Informacja ta znajduje swe potwierdzenie w piśmie Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2015 r. Tym samym termin 3 dni na dokonanie zgłoszenia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął z dniem 31 grudnia 2015 r. W terminie tym zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z powołanym przepisem winno być doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W rozpoznawanym przypadku, zgłoszenie, w odpowiedniej wymaganej prawem formie, zostało doręczone Prezesowi Izby po upływie ustawowego terminu. Zaznaczyć przy tym należy, że w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia w ustawie Pzp brak regulacji, jaką wprowadzono w odniesieniu do skargi do sądu (zgodnie z art. 198b ust. 2 ustawy Pzp złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem do sądu), tym samym nie jest możliwym przyjęcie, że dzień złożenia zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, jest dniem doręczenia tegoż zgłoszenia Prezesowi Izby.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonego w imieniu TUW przystąpienia nie można było uznać za skuteczne, a tym samym wykonawca ten nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

3

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego poświadczoną za zgodność z oryginałem dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby, a także te, które złożył on w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zamówienie zostało podzielone na siedem części, z których pierwsza obejmowała ubezpieczenie mienia Gminy Wrocław, którym dysponują jednostki organizacyjne, z wyłączeniem mienia jednostek oświatowych, kultury, jednostek ochrony zdrowia i pomocy społecznej oraz mienia komunalnego. Na końcu rozdziału III SIWZ Zamawiający zawarł następującą uwagę: *„W przypadku Wykonawcy działającego w formie towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych zawarcie umów ubezpieczenia nie będzie się wiązało z uzyskaniem przez Zamawiającego członkostwa w TUW, a w szczególności – ze zobowiązaniem Zamawiającego do udziału w pokrywaniu straty towarzystwa na rzecz Zamawiającego z tytułu ubezpieczeń.”*

Zgodnie z pkt XVI.3 SIWZ *„ceną oferty jest wysokość składki ubezpieczeniowej, obejmującej koszt realizacji całości przedmiotu zamówienia, w tym: całość ochrony ubezpieczeniowej zaoferowanej przez Wykonawcę, wszystkie składniki cenotwórcze oraz wszelkiego innego rodzaju opłaty i podatki”*. Dalej, w pkt XVI.4 SIWZ Zamawiający zapisał: *„Cena oferty musi obejmować całość zamówienia i uwzględniać wszystkie koszty, jakie Wykonawca poniesie w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Całość zamówienia rozumiana jest jako zakres obligatoryjny, nie podlegający żadnym zmianom.”*

Zgodnie z pkt VI SIWZ zadanie pierwsze miało być realizowane przez okres 24 miesięcy począwszy od dnia 1 lutego 2016 r.

Zgodnie z treścią załącznika nr 9 do SIWZ – formularza cenowego – cena ofertowa stanowić miała sumę kwot określonych w pkt 3 części A, B i C załącznika nr 1 do formularza

4

ofertowego, gdzie podane miały być odpowiednie ceny równe składce należnej za okres 24 miesięcy (*„2-krotność składki za 12-miesięczny okres rozliczeniowy”*). Tym samym cena ofertowa odpowiadała wysokości składki za pełen okres ubezpieczenia, tj. 24 miesiące.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający przedstawił wykonawcom dane na temat szkodowości w odniesieniu do części pierwszej zamówienia za lata 2011-2015 (dane te zostały przywołane w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w trybie art. 90 ustawy Pzp, a Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą wprost potwierdził, że ujawnione tam wartości zaczerpnięte zostały z informacji przekazanych wykonawcom w toku postępowania przez Zamawiającego). Zgodnie z tymi informacjami w roku 2011 wypłacone zostały odszkodowania na łączną kwotę 138 109,39 zł, i dalej odpowiednio: w roku 2012 – 318 020,34 zł, w roku 2013 – 42 568,76 zł, w roku 2014 – 202 545,69 zł, zaś w roku 2015 – 658 569,25 zł, a nadto zabezpieczono na rezerwie kwotę 135 473,58 zł.

Wartość zamówienia, zgodnie z pkt 2 pismego protokołu, została ustalona przez Zamawiającego dla części pierwszej zamówienia na kwotę 1 300 000,00 zł. Zgodnie z notatką (załącznikiem nr 8 do wniosku o wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 28 sierpnia 2015 r.) – pismem z dnia 10 sierpnia 2015 r. wartość ta została ustalona *„na podstawie dotychczasowych wydatków ponoszonych przez Gminę Wrocław na ochronę ubezpieczeniową z uwzględnieniem zmian wartości majątku, wysokości wypłaconych odszkodowań z obecnego programu ubezpieczenia oraz aktualnych tendencji rynkowych”*. W piśmie tym wskazano również, że *„w szacowaniu wartości uwzględniono progresję składek związaną ze wzrostem majątku Gminy Wrocław, w szacowaniu założono roczny wzrost składki wynikający ze wzrostu wartości mienia skutkujący koniecznością aktualizacji sum ubezpieczenia oraz rozliczenia klauzul obejmujących mienie automatyczną ochroną po ok. 5% w odniesieniu do mienia jednostek edukacji oraz mienia Urzędu Miejskiego Wrocławia”*.

Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7.2 pismego protokołu postępowania, upłynął w dniu 12 listopada 2015 r. Zamawiający ogłosił, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

części pierwszej zamówienia kwotę 1 300 000,00 zł. Zamawiającemu złożono w ramach tego zadania cztery oferty. Najtańszą była oferta TUV – zaoferowało ono realizację przedmiotu zamówienia za cenę 278 000,00 zł. Kolejne oferty złożyli odpowiednio: Odwołujący (796 116,68 zł), konsorcjum: Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska S.A., Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Warta S.A., Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. i Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. (1 036 296,28 zł) oraz konsorcjum: InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. i Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (1 179 709,72 zł).

5

Pismem z dnia 26 listopada 2015 r. Zamawiający, uznając, że pierwotny zapis ceny w ofercie TUV jest efektem poczynienia przez tego wykonawcę oczywistych omyłek rachunkowych, skorygował tenże zapis i ustalił cenę oferty na kwotę 278 801,50 zł. Tym samym pismem, odwołując się do przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał on też TUV do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazał on przy tym, że zaoferowana przez TUV cena budzi jego uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, albowiem „*stanowi ona zaledwie 21,45% wartości szacunkowej zamówienia*” (cena „*jest niższa o 78,55% od wartości szacunkowej*”). Zamawiający wezwał TUV do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Pouczył też TUV o spoczywającym na nim zgodnie z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także o regulacji zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W piśmie z dnia 27 listopada 2015 r. TUV zawarło swe wyjaśnienia. Oświadczyło, że oferta została sporządzona po oszacowaniu ryzyka, stosownie do oczekiwanego zakresu ochrony, w oparciu o obowiązujące w TUV stawki i wskaźniki, z uwzględnieniem faktu, że kładzie ono szczególny nacisk na kompleksowe ubezpieczanie mienia i odpowiedzialności cywilnej jednostek samorządu terytorialnego, którym udziela szczególnych zniżek i rabatów. Wyjaśniło też, że uwzględniło przebieg ubezpieczenia Zamawiającego, jak i innych porównywalnych podmiotów. TUV zaznaczyło również to, że na terenie województwa dolnośląskiego ubezpiecza dużą liczbę podmiotów samorządu terytorialnego, co pozwoliło mu zaoferować cenę, której nie uważa za zaniżoną. Zwracało również na charakter wzajemnościowy towarzystwa i zasadę non-profit, co służyć ma zapewnieniu wszechstronnej i stosunkowo taniej ochrony ubezpieczeniowej. Nadto TUV zapewniło Zamawiającego, że zaoferowane mu stawki są rzetelne i odpowiadają warunkom rynkowym.

Zamawiający, w toku badania złożonych mu ofert, ocenił tak przedstawione mu wyjaśnienia za wystarczające i uznał w ramach części pierwszej zamówienia ofertę złożoną przez TUV za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł

6

do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości

zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); (2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający 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. Tym samym to wykonawca, będąc do tego wezwanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, w tym poprzez złożenie odpowiednich dowodów, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Izba podziela przy tym stanowisko wyrażone w sprawie KIO 1410/15, zgodnie z którym: „przywołany przepis ustawy P.z.p. (art. 90 ust. 1) w brzmieniu obowiązującym dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r., pozwala na przyjęcie tezy, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnorodny charakter. Art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. w nowym brzmieniu stanowi bowiem, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi

7

w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z pochodzące udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów."

Istotnym w rozpoznawanej sprawie jest to, że Zamawiający w treści wezwania wyraźnie poinformował TUW, że to składając wyjaśnienia powinno wykazać, że zaoferowana przez nie cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem

zamówienia. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał na jego podstawę prawną, tj. na przepis art. 90 ustawy Pzp. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że co do formalnych podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jako profesjonalista, nie mógł i nie powinien mieć jakichkolwiek wątpliwości. Takich też TUV nie miało. Oczywistym zatem powinno dla niego być to, że celem Zamawiającego jest uzyskanie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wskazujących na wszystkie okoliczności uzasadniające, w realiach tej sprawy, zaoferowanie ceny na poziomie wskazanym w ofercie. Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał, w ocenie Izby, przyjąć, że TUV, będąc świadome konsekwencji wynikających

8

z zastosowanej przez Zamawiającego procedury, przedstawiło wyjaśnienia, w których wiarygodnie wyjaśniłoby, w jaki sposób dokonało kalkulacji ryzyka i przy jakich czynnikach skalkulowało to ryzyko.

W rozpoznawanej sprawie szczególnie istotnym było to, że przedmiot zamówienia ma specyficzny charakter – zasadniczą jego wartością jest bowiem wycena prognozy dotyczącej szkodowości w ciągu 24 miesięcy obowiązywania umowy zawartej, jako wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Tak zgodnie z art. 18 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 1348 ze zm.) – składkę ubezpieczeniową ustala się w wysokości, która powinna co najmniej zapewnić wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń – jak i zgodnie z art. 33 ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1844) – składkę ubezpieczeniową ustala się w wysokości, która zapewnia co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń – ustalona przez zakład ubezpieczeń składka winna zostać skalkulowana na odpowiednim, bezpiecznym dla rzetelnej realizacji zaciągniętego zobowiązania, poziomie, a nadto służyć powinna również pokryciu kosztów prowadzonej przez zakład ubezpieczeń działalności. Obie ustawy, tak poprzednia (w art. 18 ust. 3), jak i nowa (w art. 33 ust. 3), nakładają na zakład ubezpieczeń obowiązek gromadzenia odpowiednich danych statystycznych w celu ustalania na ich podstawie m.in. składek ubezpieczeniowych. Stąd też, jak zauważył to sam Zamawiający (i czym kierował się przy ustalaniu wartości szacunkowej zamówienia, co wynika z notatki-pisma z dnia 10 sierpnia 2015 r.), słusznym wydawało się przekonanie, że pod uwagę należało wziąć w tym przypadku „koszty wszystkich objętych umową przyszłych zobowiązań do pokrycia powstałych szkód oraz pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej”. Te zaś możliwe były do oszacowania przy uwzględnieniu wiedzy historycznej – danych o szkodowości właściwych dla części pierwszej zamówienia za lata 2011-2015, które to dane zostały udostępnione wykonawcom przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wysokość ujawnionych przez Zamawiającego odszkodowań wypłacanych w kolejnych latach pozwoliła Izbie ustalić, że kwota zaoferowanej przez TUV składki za okres dwóch lat była bliska kwocie średniej wartości wypłaconych odszkodowań przypadających na jeden rok (blisko 272 tys. zł bez uwzględnienia rezerwy oraz ponad 299 tys. po jej uwzględnieniu). Nawet przyjęcie za punkt odniesienia nie wartości średniej, ale mediany kwot tych odszkodowań, prowadziło do uznania, że ustalona przez TUV wysokość składki rocznej nie zabezpiecza co najmniej wykonania wszystkich zobowiązań

9

z umów ubezpieczenia, a co za tym idzie, nie pokryje ona tym samym również kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej TUV, nie mówiąc już o zapewnieniu osiągnięcia przez TUV jakiegokolwiek zysku. Co szczególnie istotne, w rozpoznawanej sprawie, TUV, będąc zobowiązanym do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach nie udokumentowało należycie tego na jakich czynnikach skalkulowało swoją ofertę. Pisząc o obowiązujących u siebie stawkach i wskaźnikach, nie przywołało ich, nie określiło w sposób wyraźny, jakich to zniżek i rabatów udziela jednostkom samorządu terytorialnego. Nie wskazało, jakie to dane o dotychczasowym

przebiegu ubezpieczenia Zamawiającego wpłynąć miały na wysokość ceny i w jaki sposób. Co do wzajemnościowego charakteru T UW, to zauważenia wymagało to, że zgodnie z SIWZ, Zamawiający wykluczał przystąpienie do T UW, jako jego członek – nie mógł on zatem korzystać z wszelkich „dobrodziejstw” T UW, o jakich traktowało przedstawione przez Zamawiającego opracowanie poświęcone tego rodzaju podmiotom. W kontekście tego właśnie opracowania, dostrzeżenia wymaga to, że zgodnie z jego treścią, to co wpływa na wysokość składki ustalonej przez T UW w zestawieniu z zakładami ubezpieczeń działającymi w formie spółki akcyjnej, to w głównej mierze koszty działania – o 20% niższe w przypadku T UW (str. 16 opracowania). Wysokość odszkodowań w przypadku każdej z tych dwóch form prowadzenia zakładów ubezpieczeń będzie taka sama.

Formułowane przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego twierdzenia o incydentalnym charakterze szkód powstałych w latach 2014-2015 nie zostały w żaden sposób przed Izbą choćby uprawdopodobnione (dostrzeżenia wymaga też to, że informacje takie nie zostały nawet wspomniane w wyjaśnieniach złożonych przez T UW Zamawiającemu). W świetle stanowiska Zamawiającego to te właśnie okoliczności miały przemawiać za zaakceptowaniem niskiej ceny zaoferowanej przez T UW – nie przedstawiono jednak Izbie żadnych dowodów mających potwierdzać zaistnienie tych, jakże dla Zamawiającego, w świetle jego stanowiska, istotnych faktów. Tymczasem, to na Zamawiającym, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, spoczywał ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Niezależnie od powyższego, dostrzeżenia wymagało to, że zgodnie z przedstawionym przez Zamawiającego zestawieniem „analiza szkodowości za 10 miesięcy 2015 r. według OWU” – tylko w jednym przypadku (gr. 9, lp. 16) naliczona przez ten zakład ubezpieczeń składka była niższa od sumy odszkodowań wypłaconych z odpowiedniego tytułu ubezpieczenia. W każdej z pozostałych pozycji wysokość składki przewyższała wartość odszkodowań. Przekładając tę informację na rozpoznawaną sprawę, służyć może ona jedynie wzmocnieniu

10

przekonania, że zaoferowana Zamawiającemu składka winna uwzględniać historyczne dane o szkodowości, tak aby mogła ona zapewnić co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia.

W rozpoznawanej sprawie nie mogła mieć znaczenia dla oceny wyjaśnień złożonych przez T UW ewentualna lakoniczność wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, albowiem każde z nich podlegało indywidualnej ocenie Zamawiającego, zaś badanie wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu przez Odwołującego wykraczało poza ramy tego postępowania odwoławczego.

W toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, że zaproponowana przez T UW cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym, że daje ona rękojmię rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia. Wprost przeciwnie, ustalenia poczynione przez Izbę, uzasadniały przyjęcie, że naliczona przez T UW składka nie zapewnia co najmniej wykonania wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycia kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej tego zakładu ubezpieczeń. Zamawiający nie przedstawił Izbie dowodów, które uzasadniałyby przyjęcie odmiennej tezy, a to na nim, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a pkt 2) ustawy Pzp ciążył ten obowiązek.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się

na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący

11

przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący:

12