

WYROK
z dnia 4 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2019 r. przez **Wykonawcę – Generali Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15b (02-676 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Miasta Tychy**, Al. Niepodległości 49 (43-100 Tychy)

przy udziale

Wykonawcy – Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 22A (02-675 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 **Oddala odwołanie.**

2 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S. A. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Gminę Miasto Tychy, na *kompleksowe ubezpieczenie Urzędu oraz jednostek organizacyjnych Miasta Tychy* (nr postępowania: PZP.271.75.2018.KK), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5.10.2018 r., 2018/S 192-434270, wobec czynności dotyczących zadania nr 1 i polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu jej odrzucenia, Wykonawca Generali TU S.A. z/s w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 11 lutego 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 241/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Gothaer TU S.A. z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Gothaer TU S.A. pomimo niewystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny złożonych ofert, odrzucenie oferty Gothaer TU SA i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania w zakresie zadania nr 1 w dniu 1 lutego 2019 r. drogą mailową. Oferta Gothaer TU SA uzyskała łącznie 91 pkt, w tym w kryterium „cena” 90 pkt oraz 1 pkt w kryterium „warunki fakultatywne (klauzule dodatkowe)”.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący w uzasadnieniu opisał przebieg czynności, jakie podejmował Zamawiający w postępowaniu wobec oferty Gothaer w zakresie badania, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, w tym podlegające później unieważnieniu - ocenę wyjaśnień z dnia 12 grudnia 2018 r., która doprowadziła do wyboru tej oferty. Podstawa zarzutu dotyczy powtórzonych czynności i złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 25 stycznia 2019 r. W ocenie Odwołującego Wykonawca nie wykazał dlaczego oferowana cena odbiega od cen rynkowych podobnych zamówień, a złożone wyjaśnienia podsumował jako ogólne zawierające błędnie wyliczoną szkodowość, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp. Wykonawca miał posłużyć się pismem

przygotowanym na potrzeby innego postępowania, w treści pisma nie przedstawił żadnej kalkulacji mającej na celu uzasadnienie zaoferowania ceny niższej, niż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia. Wskazał jedynie, że kalkulacja ceny opiera się na „arkuszu rentowności”, czyli wewnętrznym narzędziu pozwalającym ocenić, czy towarzystwo ubezpieczeń jest w stanie przy zaproponowanej cenie za udzieloną ochronę zapewnić sobie dodatni wynik techniczny, przy uwzględnieniu określonych elementów wpływających na składkę. W piśmie brakuje wskazania kwotowego, opisującego zysk Wykonawcy. Odwołujący zakwestionował poprawność wyliczenia szkodowości, na co wpłynął brak aktualizacji danych historycznych szkodowości zadeklarowanej do programu 2016-2018 (przetarg 2015 r.). Ubezpieczyciel uwzględnia w wyliczeniu ceny brak możliwości uzyskania zaktualizowanej informacji o rzeczywistej szkodowości dla okresów o zamkniętym terminie zgłoszenia roszczeń. Ustalenie ceny każdorazowo powinno być poprzedzone oceną underwritingową ryzyka, na którą składają się konkretne czynności i okoliczności pozwalające ocenić jakość, rodzaj ryzyka, poziom możliwego zaangażowania. Zamawiający w załączniku 4c do siwz podał dane dotyczące szkodowości na stan „koniec sierpnia 2018r.”, a zatem za okres 2 lat i 8 miesięcy. Tymczasem w wyjaśnieniach Wykonawca miał dokonać wyliczenia ceny na podstawie informacji z ostatnich 3 lat historii szkodowej. Podobnie dokonał błędnego wyliczenia wartości średnich rocznych dzieląc wartość z 2 lat i 8 miesięcy przez 3 lata. Świadczyć ma to o braku profesjonalizmu i doświadczenia. W ocenie Odwołującego nie było podstaw do wyłączenia z kalkulacji szkody o wartości 176.053 PLN, którą Wykonawca uznał za incydentalną (uderzenie pioruna). W ocenie Odwołującego szkody naturalne spowodowane zjawiskami naturalnymi powinny być uwzględnione, jako występujące statystycznie co najmniej raz na 10 lat. Prawdopodobieństwo wystąpienia takiej szkody w okresie trwania umowy wymaga uwzględnienia tzw. „rezerwy na dużą szkodę”. Zamawiający nie przewiduje ograniczenia w zakresie zagrożenia ryzykiem powodzi, w tym ryzyka podtopień w związku z powodzią, czy też skutek obfitych opadów deszczu – zniesiona całkowicie franszyza oraz brak akceptacji dla limitu odpowiedzialności podnosi wagę. Dane o szkodliwości są kluczowe (ale nie jedyne) przy ustaleniu poziomu ryzyka związanego z zawarciem umowy ubezpieczenia, tj. jakie jest prawdopodobieństwo zajścia zdarzenia ubezpieczeniowego i jaka jest wysokość szkód z nich wynikających. Składka powinna być ustalona w takiej wysokości, aby pokryła przyszłe wypłaty z umowy ubezpieczenia oraz koszty działalności ubezpieczeniowej, gdyż tylko tak ustalona składka daje możliwość osiągnięcia zysku oraz wymaga tego art. 33 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 10 listopada 2015 r., zgodnie z którą „ubezpieczyciel zobowiązany jest ustalić składkę ubezpieczeniową w wysokości, która zapewnia co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń.” Wykonawca nie

uwzględnił w rachunku trendów i wzrostu ilości szkód (prognozuje się, że w ubezpieczeniach mienia w okresie 2016-2018 zrealizuje się ok. 82% wartości szkód wykazanych dla okresu 2010-2015). Kalkulując cenę oferty na okres 36 miesięcy należy założyć trend wzrostu szkodowości w sposób zapewniający realną możliwość wykonania umowy w sposób należyty. Powinno być to wykazane w uzasadnieniu sposobu obliczenia ceny. W odniesieniu do ubezpieczenia OC w kalkulacji nie powinna być brana pod uwagę zadeklarowana szkodowość za rok 2018 ponieważ byłoby to sztucznym zaniżaniem średniej rocznej (z reguły zgłoszenie szkody następuje z dużym opóźnieniem).

Wyjaśnienia nie pozwalały na uznanie, iż cena oferty nie jest rażąco niska, a zatem oferta podlegała odrzuceniu. Zamawiający nie dopełnił obowiązku rzetelnej oceny oferty, wybierając ofertę na podstawie ogólnych, lakonicznych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił w dniu 12 lutego 2019 r. po stronie Zamawiającego Wykonawca – Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwany Przystępującym lub Uczestnikiem).

Zamawiający w piśmie z dnia 28.02.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Ponieważ następstwem decyzji o wyborze oferty Przystępującego w zadaniu nr 1 jest utrata możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego, wniesienie odwołania stanowiło jedyną drogę do wzruszenia niekorzystnego wyniku postępowania, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Przystępującego, a także jego wyjaśnień i dokumentów złożonych

w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umów ubezpieczenia na rzecz 72 jednostek wskazanych w załączniku 4a do siwz (tabela). Usługa świadczona ma być w terminie od 01.01.2019 r. (lub od dnia podpisania umowy w przypadku jej zawarcia po tej dacie) do 31.12.2021 r.

Zadanie nr 1 obejmuje ubezpieczenie mienia od wszystkich ryzyk, ubezpieczenie szyb od stłuczenia, ubezpieczenie sprzętu elektronicznego od wszystkich ryzyk, ubezpieczenie maszyn od uszkodzeń, ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Zakres ubezpieczenia w tym limity odpowiedzialności zostały opisane szczegółowo w załączniku nr 4 do siwz – *opis przedmiotu zamówienia – warunki i zakres ubezpieczenia*. Zamawiający wskazał na klauzule obligatoryjne (od 1 do 38) oraz klauzule fakultatywne (od 39 do 45). Z pominięciem klauzul nr 39, 40 i 43 w pozostałych klauzulach wprowadzone zostały dodatkowe limity odpowiedzialności. W załączniku nr 1a *Zbiorcze zestawienie kosztów – zadanie nr 1* zawiera odrębną tabelę do wypełnienia w przypadku akceptacji klauzul fakultatywnych, w której należało wskazać wysokość składki rocznej oraz za okres 36 miesięcy, lub zaznaczyć „bezskładkowo” – w razie bezskładkowego włączenia danego składnika majątkowego lub ryzyka. Łączna kwota zwiększonej sumy ubezpieczenia, w przypadku akceptacji wszystkich dodatkowych klauzul, wyniosłaby ok. 63 mln 800 tys zł.

W pkt 16 siwz Zamawiający określił kryteria oceny ofert, ustalając ich wagi odpowiednio na poziomie 90% - cena oraz 10% - warunki fakultatywne (klauzule dodatkowe). Wymienionym klauzulom dodatkowym przyznanych mogło być od 5 do 30 pkt, które podstawione do wzoru stanowiły podstawę do ustalenia ilości uzyskanych punktów w kryterium oceny ofert. Akceptując wszystkie dodatkowe klauzule oferta mogła otrzymać 10 pkt za „warunki fakultatywne”.

Udzielając odpowiedzi na pytania dotyczące zapisów siwz, Zamawiający między innymi w piśmie z dnia 19 listopada 2018 r. odniósł się do szkody z 2018 r. (MZUiM), na którą została utworzona rezerwa w kwocie 176.053,28 zł wskazując, że *szkoda została zamknięta i wypłacona. Odszkodowanie zostało wypłacone w wysokości 176.053,28 zł. Opis szkody: uszkodzenie sterowników sygnalizacji świetlnych na terenie Miasta Tychy wskutek uderzenia pioruna*. W tym samym piśmie w odpowiedzi na pytanie nr 168 Zamawiający poproszony o przekazanie informacji o przebiegu szkodowym za okres ostatnich 5 lat poinformował, że *szkodowość została sporządzona na koniec sierpnia 2018 r. Zamawiający informuje, że z uwagi na długi okres oczekiwania na dokumenty szkodowe, szkodowość proszę przyjąć zgodnie z danymi przekazanymi w postępowaniu przetargowym*. W odpowiedzi na pytanie nr

117 z dnia 22 listopada 2018 r. dotyczące wskazania dnia na jaki została sporządzona szkodowość i możliwości uaktualnienia informacji na dzień 30.09.2018 r. Zamawiający powtórzył odpowiedź na pytanie nr 168 wskazując, iż *szkodowość została sporządzona na koniec sierpnia 2018 r. Zamawiający informuje, że z uwagi na długi okres oczekiwania na dokumenty szkodowe, szkodowość proszę przyjąć zgodnie z danymi przekazanymi w postępowaniu przetargowym.*

Zamawiający ustalił wartość zamówienia w podziale na części, przyjmując dla zadania nr 1 kwotę 3.060.000,00 zł, uwzględniającą wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 Ustawy, tj. 420.000,00 zł – w zadaniu nr 1.

Na zadanie nr 1 złożonych zostało 5 ofert z cenami brutto: 2.213.559,00 zł (TUIR WARTA SA), 2.651.805,00 zł. (Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A.), 2.191.110,30 zł. (COMPENSA TU SA Vienna Insurance Group), 1.392.861,67 zł (Gothaer TU SA), 2.081.808,00 zł (Generali TU SA).

Odwołujący w ofercie zaakceptował wyłącznie klauzulę nr 37 – kompensacji sum ubezpieczenia, którą przewidział do włączenia „bezskładkowo”. Klauzula ta nie zwiększała sumy ubezpieczenia objętej zadaniem nr 1. Zgodnie z opisem klauzuli w OPZ ustala się, że *w przypadku gdy suma ubezpieczenia niektórych pozycji jest wyższa niż ich wartość (tzw. nadubezpieczenie), nadwyżka ta zostanie zaliczona na pozycje, co do których występuje niedoubezpieczenie. Wyrównanie sum ubezpieczenia odbywa się w ramach mienia, w którym wystąpiła szkoda.*

Zgodnie ze streszczeniem oceny i porównania ofert złożonych na zadanie nr 1 oferta wskazana jako najkorzystniejsza (Przystępującego) uzyskała w kryterium pozacenowym 1 pkt, a oferta Odwołującego – 6,5 pkt (za cztery dodatkowe klauzule, w tym klauzule nr 40 i 41, zwiększające sumę ubezpieczenia). Kolejnym ofertom Zamawiający przyznał odpowiednio 5, 3 i 0 pkt w kryterium „warunki fakultatywne”.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował Gothaer TU SA o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych w zadaniu nr 1 wynikających ze zmienionej stawki z „0,28%” na „0,028%” i prawidłowego przeliczenia wartości oferty ubezpieczenia mienia od wszystkich ryzyk, ubezpieczenia sprzętu elektronicznego od wszystkich ryzyk, ubezpieczenia maszyn od uszkodzeń, ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W następstwie powyższych zmian Zamawiający poprawił całkowitą cenę oferty brutto z 1.392.861,61 zł na 1.392.888,00 zł. W tym samym piśmie Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy do złożenia pisemnych wyjaśnień w tym przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał na wartość zamówienia określoną w

kwocie 2.550.00,00 zł oraz średnią arytmetyczną 2.106.042,06 zł., które spowodowały powzięcie wątpliwości co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę 1.392.888,00 zł (niższa o 33,86% od średniej wszystkich złożonych ofert oraz o 45,38% od wartości zamówienia).

Wykonawca złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 12.12.2018 r. Na skutek odwołania wniesionego wobec decyzji o przyjęciu tych wyjaśnień za wystarczające do uznania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający unieważnił podjęte czynności i pismem z dnia 22.01.2019 r. ponownie wezwał Gothaer TU SA do wykazania zasadności kalkulacji ceny oferty z treścią art. 33 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej – pod kątem wykazania, że ustalenia wysokości składek dokonano po przeprowadzeniu oceny ryzyka ubezpieczeniowego. W związku z tym wykonawca został wezwany do *wskazania jaka metoda przyjęta została do kalkulacji ryzyka, z wykazaniem, czy przy ustaleniu ceny za usługę wzięto pod uwagę średnioroczną szkodliwość, uśrednione koszty pośrednictwa powiększone o koszty likwidacji szkód i koszty administracyjne oraz czy uwzględniono potencjalny wynik finansowy. W celu wykazania powyższego wzywa się wykonawcę do uwzględnienia w swoich wyjaśnieniach wszystkich istotnych elementów ceny oferty mających wpływ na jej wysokość (składniki cenotwórcze) i wskazania konkretnych wartości przyjętych do obliczenia poszczególnych istotnych składników cenotwórczych. Zamawiający wezwał do wykazania, jakie dane wyjściowe zostały przyjęte do kalkulacji ryzyka – w taki sposób, aby została wykazana łączna wysokość przyjętych wyjściowo zobowiązań, kosztów oraz dodatkowych rezerw za okres ubezpieczenia – w relacji do zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu składki za ubezpieczenie poszczególnych ryzyk – w sposób, który uzasadnia, że zaoferowana składka pokrywa owe potencjalne zobowiązania wynikające z umów ubezpieczenia, koszty oraz dodatkowe rezerwy i ponadto umożliwia wykonawcy osiągnięcie potencjalnego dodatniego wyniku technicznego. Jednocześnie informujemy, iż wyjaśnienia wykonawcy w kierunku uzasadnienia braku rażąco niskiej ceny powinny być złożone z uwzględnieniem prognozowanej ekspozycji ustalonej na bazie przebiegu historycznych, potencjału szkodowego określonego na bazie wnioskowanego zakresu ubezpieczenia w powiązaniu z przedmiotem ubezpieczenia.*

W wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2019 r. Przystępujący, jako metodę przyjętą do wyliczenia składki ubezpieczeniowej wskazał na ekspercką kalkulację ryzyka opartą o analizę historycznej szkodowości przedmiotu ubezpieczenia za lata 2016-2018. Składka, zgodnie z art. 33 ust. 2 i 3 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej stanowi ekwiwalent wynagrodzenia za gotowość ponoszenia ryzyka oraz kosztów ponoszonych przez zakład ubezpieczeń w związku z prowadzoną działalnością. Dane jakie uwzględnił

Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczyły szkodowości (lit. A) oraz kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej (lit. B). Wykonawca przyjął na podstawie informacji od Zamawiającego o szkodowości w latach 2016-2018 (prezentowanej w siwz), wysokość wypłaconych odszkodowań (szkody frekwencyjne na kwotę 422.821,50 zł + szkody OC 228.711,83 zł), wysokość rezerw za okres 3 lat, które wynoszą 180.797,49 zł. (w tym wykonawca uznał jedną szkodę za incydentalną – na kwotę 176.053 zł.) oraz 60.462,06 zł (dla OC). Ponadto, Wykonawca na podstawie ilości szkód (144 + 100) wyliczył średnią roczną (48 szkód i 33 szkody z tytułu OC) i średnią wartość szkody (2.936 zł – bez uwzględnienia szkody incydentalnej oraz 2.892 zł dla szkody OC). *Uznanie 1 szkody za szkodę incydentalną oznacza, że nie została ona przyjęta do skalkulowania wskaźnika szkodowości. Na podstawie powyższych danych Gothaer TU S.A. przyjął prognozowaną szkodowość na poziomie 53% (49% dla OC). Zaoferowana w tym zakresie składka za okres ubezpieczenia 2019-2021 na poziomie 807 861,68 (585.000 zł dla OC), po uwzględnieniu kosztów wskazanych w pkt B (poniżej) daje prognozowany wynik techniczny dla ww. ryzyk wynoszący +19.860 zł. oraz 20.608 zł dla OC, co daje rentowność wykonawcy na poziomie 7,4% i 10,57 % dla OC.* Odnośnie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej Wykonawca wskazał, iż zostały one skalkulowane odrębnie dla ryzyk związanych z ubezpieczeniem mienia (pkt 1-3 zadania nr 1) oraz ryzyka odpowiedzialności cywilnej (pkt 4 zadania nr 1) i wynoszą odpowiednio 39,8 % i 40%.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadniczą dla rozstrzygnięcia w przedmiocie postawionych zarzutów pozostawała ocena wyjaśnień złożonych przez Gothaer Zamawiającemu w piśmie z dnia 25.01.2019 r., które stanowiły podstawę wniosków prezentowanych w odwołaniu o rażąco niskiej cenie. Odwołujący w oparciu o wskazane w wyjaśnieniach okoliczności mające uzasadniać wysokość składki ubezpieczeniowej, w tym dotyczące szkodowości, podważał prawidłowość kalkulacji indywidualnej tego Wykonawcy. Kwestią o istotnym znaczeniu miało być pominięcie pełnych danych dotyczących szkodowości, co miało wpłynąć na zniżenie wysokości składki ubezpieczeniowej. Budzącym zastrzeżenie Odwołującego było pominięcie szkody uznanej za incydentalną, jak również uwzględnienie niepełnej historii szkodowości Zamawiającego, co miało być spowodowane brakiem uwzględnienia danych za okres pełnych 3 lat (36 miesięcy). W ocenie Odwołującego dane o szkodliwości miały kluczowe znaczenie przy ustalaniu poziomu ryzyka związanego z zawarciem umowy ubezpieczenia, tj. jakie jest prawdopodobieństwo zajścia zdarzenia ubezpieczeniowego i jaka jest wysokość szkód z nich wynikających. Składka powinna być ustalona w takiej wysokości, aby pokryła przyszłe wypłaty z umowy ubezpieczenia oraz koszty działalności ubezpieczeniowej, gdyż

tylko tak ustalona składka daje możliwość osiągnięcia zysku oraz wymaga tego art. 33 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 10 listopada 2015 r., zgodnie z którą „ubezpieczyciel zobowiązany jest ustalić składkę ubezpieczeniową w wysokości, która zapewnia co najmniej wykonanie wszystkich zobowiązań z umów ubezpieczenia i pokrycie kosztów wykonywania działalności ubezpieczeniowej zakładu ubezpieczeń.”

Odnosząc się do tak określonej podstawy zarzutu wadliwej oceny wyjaśnień oraz zaniechania odrzucenia oferty Gothaer (Przystępującego) ocenie Izby podlegały wyjaśnienia Wykonawcy, w kontekście ustalenia, czy Zamawiający miał podstawy przyjąć je za wystarczające do usunięcia wątpliwości dotyczących wysokości składki ubezpieczeniowej. W niniejszej sprawie należało uwzględnić zarówno zakres wezwania, na które odpowiedzią były wyjaśnienia Wykonawcy z 25.01.2019 r. jak i specyfikę przedmiotu zamówienia, determinującą sposób obliczenia ceny oferty. Ponieważ ustalenie wysokości składki ubezpieczeniowej podyktowane jest indywidualnym sposobem oceny ryzyka przez towarzystwo ubezpieczeń, samo odnoszenie się czy to do wartości szacunkowej zamówienia, czy też pozostałych złożonych w postępowaniu ofert, nie stanowi metody właściwej do wyznaczenia poziomu rynkowości zaoferowanej ceny.

Oddalając odwołanie, Izba odniosła się zatem do zasadniczej kwestii podniesionej w odwołaniu, mającej podważać kalkulację Wykonawcy, tj. błędów, jakie miał popełnić Wykonawca przy wyliczeniu składki ubezpieczenia (cena oferty). Dotyczyć miały one wyliczenia szkodowości, dla której Wykonawca nie uwzględnił szkody „incydentalnej” (na kwotę 176.053 zł) oraz przyjęcia niepełnych danych za okres 2018 r., co miało przełożenie między innymi na wyliczenie wartości wypłaconych szkód i ich ilość (średnio zaniżone o 33,21 zł). Wskazując na te błędy Odwołujący podważał możliwość uwzględnienia w kalkulacji kosztów na wskazanym poziomie (39,8 % i 40%) przy założonej szkodowości (53% i 49%). Na tej podstawie Odwołujący wykazywał, iż nie jest możliwe aby cena uwzględniała wszystkie koszty i pozwalała Wykonawcy osiągnąć dodatni wynik techniczny, co miało czynić wyliczenia błędnymi.

W ocenie Izby prezentowana w odwołaniu i na rozprawie analiza założeń wskazanych w wyjaśnieniach nie była wystarczająca dla uznania, iż Wykonawca Gothaer w sposób błędny wyliczył składkę ustaloną dla zadania nr 1 na poziomie 1.392.888,00 zł. netto (w skali 3 lat). Na wstępie należy zauważyć, iż sama analiza wyjaśnień nie uwzględnia istotnej kwestii, dotyczącej zakresu klauzul fakultatywnych, które generowały istotny element kosztowy, tj. zwiększały zakres ochrony i sumę ubezpieczenia, dla której dokonywano wyliczenia składki ubezpieczeniowej (ceny oferty) w zadaniu nr 1. Pośród złożonych ofert na zadanie nr 1 oferta Przystępującego uzyskała 1 pkt na 10 możliwych (co wynikało z akceptacji tylko jednej

dotychczasowej klauzuli, dla której nie przewidziano w OPZ zwiększenia sumy ubezpieczenia). Pozostali trzej wykonawcy, w tym również Odwołujący, zadeklarowali szerszy zakres klauzul fakultatywnych (co zwiększałoby zakres i wartość świadczenia podlegającego wycenieniu). W ocenie Izby ten element w sposób istotny wpływa na ocenę ofert i możliwości ich porównywania ze sobą. Uwzględniając specyfikę wyliczania składki (o czym dalej), a także różny możliwy do zaoferowania zakres świadczenia, porównanie cen z ofert nie pozwalało na postawienie jednoznacznych wniosków co do zaoferowania przez Gothaer rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się natomiast do wyjaśnień, ich oceny należało dokonać przy uwzględnieniu specyfiki umów ubezpieczenia, która zakłada możliwość różnego podejścia do kalkulacji ryzyka wystąpienia zdarzeń objętych ubezpieczeniem. Jak wskazał sam Odwołujący w odwołaniu, kluczowe znaczenie dla ustalenia składki ma ocena ryzyka, dla której przyjmuje się między innymi dane o szkodowości. Argumentacja Odwołującego w zasadzie wskazywałaby, iż wysokość składki powinna uwzględniać wszystkie możliwe ryzyka oraz wysokość wypłaconych odszkodowań, objętych historią szkodowości za okres ostatnich trzech lat (36 miesięcy). Nie ma to jednak umocowania, ani w zapisach siwz, ani w przepisach art. 33 ust. 1 i 2 Ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej.

Odnosząc się do zapisów siwz i udzielonych odpowiedzi Zamawiający wprost wskazał, iż do analizy ryzyka należało przyjąć dane o szkodowości przekazane wykonawcom, czyli nieuwzględniające pełnej historii szkód za 2018 r. Prezentowane na rozprawie dane obejmujące cały okres 2018 r., nie były znane w momencie kalkulowania ceny, a tym samym nie mogły stanowić właściwej perspektywy dla oceny okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach. Ponadto, Odwołujący sugerował, iż składka powinna pozwolić na zrekompensowanie ewentualnych wypłat dokonanych z tytułu zawartej umowy ubezpieczenia, co jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym, które wskazuje, iż wypłata odszkodowań następuje z zasobów towarzystwa ubezpieczeń, jakie generuje działalność ubezpieczeniowa. Na przykładzie ubezpieczenia OC pojazdów można przyjąć, iż wypłata odszkodowania nie powoduje wzrostu składki w kolejnym okresie ubezpieczenia do wysokości, która odpowiadałaby wypłaconemu świadczeniu pieniężnemu. W przypadku kalkulacji kosztów świadczenia usługi ubezpieczenia należy mieć na uwadze szerszą perspektywę, gdyż każdy ubezpieczyciel uwzględnia posiadany portfel umów, które pozwalają ustalić na jakim poziomie jest w stanie przenieść na siebie ryzyko wystąpienia zdarzeń objętych polisą ubezpieczenia, czy też wyliczyć koszty prowadzenia działalności ubezpieczeniowej. Jak to określił Przystępujący, o cenie decyduje „apetyt na ryzyko”, który jest indywidualną cechą każdego z ubezpieczycieli. Powyższe czyniło z zasady niewłaściwą

argumentację, która ograniczała się wyłącznie do podważenia kalkulacji matematycznej, która co istotne nie była oparta na ustandaryzowanym mechanizmie wyliczenia kosztów.

Wysokość składek ubezpieczeniowych ustala zakład ubezpieczeń na podstawie oceny ryzyka ubezpieczeniowego, stanowiącej element indywidualnego systemu zarządzania ryzykiem. Wypełnienie obowiązku zapewnienia ustalania składki w wysokości zapewniającej wykonanie wszystkich zobowiązań z umowy ubezpieczenia i pokrycia kosztów działalności ubezpieczeniowej odbywać może się różnie w zależności od rodzaju ubezpieczeń. Poprzez doliczanie odpowiedniej proporcji tych kosztów do każdej składki ubezpieczeniowej – tak w przypadku ubezpieczeń majątkowych oraz w ubezpieczeniach, które nie są związane z UFK (Ubezpieczeniowy Fundusz Kapitałowy). W przypadku umów krótkoterminowych, które zazwyczaj nie podlegają wcześniejszemu rozwiązaniu (np. ubezpieczenie samochodowe OC lub AC albo tzw. terminowe ubezpieczenia na życie), zakład ubezpieczeń pokrywa wszystkie koszty związane z prowadzoną działalnością, ponieważ inkasuje pełną składkę ubezpieczeniową. Z kolei, w umowach ubezpieczenia na życie związanych z UFK i zawieranych bezterminowo lub na wiele lat, pokrywanie kosztów działalności ubezpieczeniowej dokonywane jest poprzez stopniowe ich potrącanie, np. w cyklach miesięcznych, w odpowiedniej proporcji, ze środków zainwestowanych przez ubezpieczającego. *Dokonywanie pomiarów ryzyka metodą miary ryzyka wskazaną w ust. 1 pkt 20 komentowanego artykułu jest jednym z elementów systemu zarządzania ryzykiem. W ramach systemu zarządzania ryzykiem zakład ubezpieczeń i zakład reasekuracji przeprowadzają własną ocenę ryzyka i wypłacalności, która obejmuje m.in. ogólne potrzeby w zakresie wypłacalności przy uwzględnieniu specyficznego profilu ryzyka, zatwierdzonych limitów tolerancji ryzyka oraz strategii działalności zakładu. W tym celu zakład ubezpieczeń i zakład reasekuracji posiadają procedury odpowiednie do charakteru, skali i złożoności ryzyk właściwych dla jego działalności, umożliwiające im właściwe określenie i ocenę ryzyk napotykanym w perspektywie krótkoterminowej i długoterminowej, na jakie są lub mogą być narażone. W takim przypadku jeżeli stosowany jest model wewnętrzny, ocenę przeprowadza się wraz z przekalibrowaniem przekształcającym wewnętrzne dane dotyczące ryzyka i kalibrację kapitałowego wymogu wypłacalności.* (komentarz do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, rok 2016, red. Piotr Czublun).

Zacytowany fragment z komentarza odnosi się do istotnego elementu, który nie był szeroko opisany w wyjaśnieniach Gothaer, a dotyczącego „miary ryzyka”, gdyż Wykonawca w tym zakresie wskazał na ekspercką kalkulację ryzyka opartą o analizę historycznej szkodowości przedmiotu ubezpieczenia za lata 2016-2018. Ponieważ to założenia dotyczące wyliczenia szkodowości stanowiły punkt wyjścia do postawionych w odwołaniu tez Izba uznała, iż opis procedur przyjętych przez zakład ubezpieczeń miał znaczenie wtórne i jego brak nie czynił

niemożliwym przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy do analizy i oceny. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego, iż wyłączenie szkody incydentalnej w wyliczeniu szkodowości czynić miało kalkulację składki błędną. W ocenie Izby wyłączenie szkody incydentalnej stanowiło element oceny ryzyka, leżący w gestii Wykonawcy, dokonującego wyliczenia składki ubezpieczeniowej. Wykonawca wskazał na taki sposób oszacowania ryzyka wystąpienia zdarzenia, które spowodowało konieczność wypłaty odszkodowania (ocenione jako „incydentalne”), co nie czyni jeszcze jego wyliczeń wadliwymi. Również Odwołujący zakładał, iż zdarzenie, które spowodowało wypłatę odszkodowania – szkody naturalne spowodowane zjawiskami naturalnymi, powinny być uwzględnione, jako występujące statystycznie co najmniej raz na 10 lat. Skoro szkoda opisana przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania do siwz, jako: *uszkodzenie sterowników sygnalizacji świetlnych na terenie Miasta Tychy wskutek uderzenia pioruna*, spowodowana została zjawiskiem naturalnym w 2018 r., to Wykonawca mógł ocenić ryzyko zaistnienia tego zdarzenia w perspektywie 3 lat, jako nieistotne dla wyliczenia składki ubezpieczenia od wszelkich ryzyk. Ponadto, Odwołujący nie kwestionował współczynników przyjętych przez Wykonawcę, jako nierynkowych, a jedynym uzasadnieniem dla podważenia ich prawidłowości był braku uwzględnienia pełnej szkodowości i powodowany tym błąd kalkulacji kosztów, z czym Izba się nie zgodziła.

Podsumowując, Izba uznała argumentację Odwołującego za nieprzekonującą, a tym samym zarzuty oparte na wskazanych błędach, jakie miał popełnić Gothaer przy wyliczeniu składki ubezpieczenia, Izba oddaliła.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: