

WYROK

z dnia 7 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.

Vienna Insurance Group

Al. Jerozolimskie 162, 02-342 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A.

ul. 1-go Maja 63, 97-400 Bełchatów

protestu z dnia 5 listopada 2010 r.

przy udziale **Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń na Życie S.A. Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. 1-Maja 63, 97 – 400 Bełchatów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. ul. 1-Maja 63, 97 – 400 Bełchatów** na rzecz **COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa** tytułem zwrotu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A. Vienna Insurance Group Al. Jerozolimskie 162, 02 – 342 Warszawa.**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „grupowe ubezpieczenie na życie pracowników spółek PGE GWW” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 3 października 2009 r. pod numerem 2009/S 191–275344, zatem do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed nowelizacjami wprowadzonymi ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

W postępowaniu złożono 3 oferty: COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A., zwana dalej także „Odwołującym”, na kwotę 30.087.333,60 zł, TU ALLIANZ Życie Polska S.A. na kwotę 33.725.483,73 zł oraz Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., zwany dalej także „Przystępującym” na kwotę 37.669.603,20 zł.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej 15 lipca 2010 r., za którą uznał ofertę złożoną przez Odwołującego. Na tę czynność protest złożył Przystępujący, który Zamawiający uwzględnił częściowo – w zakresie niezgodności treści złożonej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie „tabeli norm oceny procentowej uszczerbku na zdrowiu” i zobowiązał się do dokonania ponownej oceny ofert w tym zakresie. Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu wniesione zostały odwołania – przez Odwołującego i Przystępującego odpowiednio w zakresie uwzględnionej i oddalonej części.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie złożone przez Przystępującego oraz wydała wyrok z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1780/10 oddalający odwołanie Odwołującego.

27 października 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Przystępującego, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona, zgodnie z powyższym wyrokiem Izby, bowiem nie załączono do niej tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu. (Oferta TU ALLIANZ Życie Polska S.A również została odrzucona w toku postępowania).

5 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie szeregu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z obowiązującymi uregulowaniami prawnymi zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jej jako najkorzystniejszej w toku

postępowania, w tym art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 listopada 2010 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, zatem, zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest uznaje się za oddalony.

Od tego rozstrzygnięcia 15 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oczywiście niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez Przystępującego,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie wielu przepisów, w tym w szczególności wskazanych powyżej, prowadzących do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, która to oferta, jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu,
4. „oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania”

i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na oddaleniu protestu z 5 listopada 2010 r.,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego analiza treści oferty złożonej przez Przystępującego wskazuje, iż nie załączono do niej „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu”, zatem, nie przedstawiając przedmiotowej tabeli, Przystępujący, jak samo, jak uprzednio twierdził w odniesieniu do oferty Odwołującego, w ogóle nie zaproponował świadczenia z tytułu trwałego uszczerbku na zdrowiu i dokonał tym samym niedopuszczalnej modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia.

Natomiast Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta Przystępującego były obarczone tą samą wadą. Zastrzeżenia budzi odrzucenie tylko jednej oferty przy jednoczesnym wyborze drugiej jako najkorzystniejszej, pomimo, iż jej treść w tożsamym zakresie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, zatem Zamawiający dopuścił się również rażącego naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie.

Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego stanowi rażące naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto naruszenie wskazanych przepisów przejawia się również w fakcie, iż za najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Przystępującego, która zawiera takie samo uchybienie jak oferta uprzednio przez niego odrzucona, a do tego oferty droższej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że istotą poprzedniego wyroku nie było to, czy tabela jest fizycznie dołączona do oferty, lecz czy stanowi integralną część ogólnych warunków umowy. W warunkach zaproponowanych przez Odwołującego, Zamawiający mógł wybrać jedną

spośród dwóch tabel, które będą obowiązywać w dniu zawarcia umowy (wyjaśnił, iż Odwołujący ma jedną tabelę procentową, a drugą kwotową, a Zamawiający wymagał procentowej). Natomiast Przystępujący powołał się na tabele stanowiące integralną część ogólnych warunków umowy.

Przystępujący stwierdził, iż w wyroku KIO/UZP 1780/10 Izba nie odnosiła się do braku tabeli w ofercie, lecz, że ogólne warunki umowy były sprzeczne ze specyfikacją, ponieważ nie były wskazane uszczerbki ani mechanizm ich weryfikowania. Natomiast oferta Przystępującego różni się tym, że odnosi się do tabel obecnych, wskazanych w ofercie – w wykazie ogólnych warunków umowy kodami, a nie przyszłych. Poza tym Izba Odwoławcza w ww. wyroku zwróciła uwagę, iż w ofercie Przystępującego ubezpieczeniu podlega każdy uszczerbek na zdrowiu, natomiast u Odwołującego każdy uszczerbek wskazany w tabeli, której nie było.

Odwołujący wskazał na pkt 7.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na który powoływał się Zamawiający w poprzednim postępowaniu przed Izba oraz str. 10 wyroku, gdzie wyraźnie stwierdzono, że tabela musi być załączona. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu ogólne warunki umowy w postaci wydrukowanej broszury a nie spisu (listy) warunków, zatem również w jego przypadku Zamawiający wiedział, jakie są ogólne warunki umowy, w ofercie zadeklarowano, że jeżeli ogólne warunki umowy są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pierwszeństwo ma specyfikacja. Zamawiający w ofercie nie oceniał innych elementów niż cena, zatem trudno mówić, że oferty są nieporównywalne.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, uzasadnienie zostało podane podczas posiedzenia.

Izba zgodziła się z przedstawioną argumentacją Odwołującego, iż posiada on interes prawny we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w niniejszym stanie faktycznym należy jednak upatrywać nie w samej kontroli postępowania, ale odnieść też do zaistniałej sytuacji, w której podnoszone nierówne traktowanie wykonawców bezpośrednio wpłynęło na jego interes w uzyskaniu zamówienia.

Ze względu na to, że niniejsze postępowanie odwoławcze bezpośrednio odnosi się do postępowania o sygnaturze akt KIO/UZP 1780/10, Izba przeprowadziła dowód z wyroku oraz protokołu rozprawy w tej sprawie i ustaliła, co następuje.

Z protokołu rozprawy wynika, że Odwołujący wskazywał, iż załączenie spornej tabeli wymagane było na etapie oferty wstępnej, natomiast brak było takiego wymogu na etapie złożenia oferty.

Z kolei Zamawiający wywodził, że: „wymóg dołączenia do formularza ofertowego m.in. tabeli oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu wynika z punktu 7.7.2 SIWZ, zgodnie z którym na dokumenty oferty składają się wszystkie dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu, sposobu, warunków i zasad ubezpieczenia, które należało złożyć wraz z formularzem ofertowym. Zamawiający oświadcza, iż w ofercie Odwołującego brak jest powyższej tabeli, co zostało przez Odwołującego przyznane, a powoływanie się na praktykę ubezpieczeniową, nie może mieć w niniejszej sprawie zastosowania. Zamawiający oświadcza, iż zgodnie z ogólnymi warunkami ubezpieczenia ma być stosowana tabela A lub B, w zależności od wyboru ubezpieczającego, na co wskazuje strona 21 ogólnych warunków ubezpieczenia § 2 ust. I pkt I) lit. b. Ponadto powołuje się na zapis, iż zastosowanie będą miały tabele obowiązujące w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia. Nie dołączenie powyższych tabel do oferty powoduje, iż Zamawiający nie ma wiedzy na temat, jakie będą te tabele w dniu zawarcia umowy, gdyż Zamawiający nie ma wpływu na treść tabel, które przyjmowane są uchwałą zarządu wykonawcy.”

Wg powyższego protokołu stanowisko Przystępującego było następujące: „do oferty należało dołączyć ogólne warunki ubezpieczenia, a formularz oferty był precyzyjny i wskazywał, iż ogólne warunki mają być załączone do oferty, a nie oferty wstępnej. Przystępujący stwierdza, iż wykonawcy zobowiązani są do złożenia oferty kompletnej, a w ofercie Odwołującego brak jest tabeli oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu, co stanowi o wadliwości oferty. Przystępujący stwierdza, iż Odwołujący załączył do oferty ogólne warunki ubezpieczenia, jednak są one niekompletne, wobec tego nie można mówić, iż ogólne warunki ubezpieczenia zostały do oferty załączone.”

Na podstawie m.in. przytoczonych powyżej stanowisk Izba wydała następujące rozstrzygnięcie: „Izba zwraca uwagę, że skoro zamawiający zastrzegł w załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, iż przy ustalaniu stopnia (procentu) trwałego uszczerbku na zdrowiu stosuje się tabelę norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu, stanowiącą integralną część OWU to uwzględniając zasadę wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy p.z.p. tabela ta winna być bezwzględnie dołączona do oferty. Ponadto to, co zostanie uznane za trwały uszczerbek na zdrowiu uzależnione zostało w ofercie odwołującego od łącznego spełnienia dwóch przesłanek w tym wymienienia danego stanu w obowiązującej w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia tabeli, której w ofercie odwołującego bezspornie brak. Dodatkowo należy przypomnieć, iż definiując pojęcie trwałego uszczerbku na zdrowiu, zamawiający nie uzależnił uznania danego stanu za trwały uszczerbek na zdrowiu od określenia takiego stanu w jakiegokolwiek tabeli tego czy innego ubezpieczyciela. Izba nie znalazła również podstaw do zastosowania w niniejszej sprawie dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., gdyż wyjaśnienie złożonej ofert, w tym stanie sprawy prowadziłyby do jej nieuprawnionego uzupełnienia.”

W efekcie Izba nakazała odrzucenie oferty COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.

Przywoływany pkt 7.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywał, że oferta ostateczna ma obejmować: 1) wypełniony formularz

oferty, 2) wszystkie dodatkowe informacje dotyczące przedmiotu, sposobu, warunków i zasad ubezpieczenia należy przedstawić na dodatkowych załącznikach do formularza oferty, o ile nie można ich wskazać w formularzu ofertowym, 3) ogólne warunki ubezpieczenia lub inne wzorce umowne, które będą miały zastosowanie do poszczególnych ubezpieczeń objętych ofertą.

Ze względu na zasadę, iż Izba nie rozstrzyga dwa razy tego samego sporu, wynikającą m.in. z art. 187 ust. 4 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie rozstrzyga ponownie, czy, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, konieczne było przedstawienie w ofercie „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu”, przyjmując rozstrzygnięcie w tym zakresie wydane w wyroku KIO/UZP 1780/10.

Zdaniem Izby, z powyżej przytoczonych cytatów wynika, iż Zamawiający w trakcie rozprawy w sprawie KIO/UZP 1780/10 przedstawiał odmienne stanowisko niż podczas rozprawy w niniejszej sprawie, tj. iż załączenie „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu” jest koniecznym elementem oferty, a obowiązek jej przedstawienia w ofercie wywodził z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wskazany pkt 7.7.), a nie wyłącznie postanowień zawartych w ofercie Odwołującego. Konsekwencją tego było odrzucenie oferty Odwołującego. Takie też było rozstrzygnięcie Izby – w opinii Izby powyżej przytoczony fragment uzasadnienia wskazuje wyraźnie, że brak w ofercie ostatecznej „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu” stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast pojawiający się wątek postanowienia zawartego w § 2 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków umowy przedstawionych przez Odwołującego, odnoszący się do wskazania rodzajów uszczerbków dopiero w przedmiotowej tabeli, jest argumentem odrębnym, dodatkowo potwierdzającym potrzebę załączenia tabeli jako niezbędnego składnika ogólnych warunków umowy (stwierdzenie „ponadto”): „...tabela ta winna być bezwzględnie dołączona do oferty. Ponadto

to, co zostanie uznane za trwały uszczerbek na zdrowiu uzależnione zostało...”.

Zatem wymóg ten nie dotyczył tylko oferty COMPENSA Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie S.A.

Z uzasadnienia wyroku KIO/UZP 1780/10 nie wynika także, że Izba wskazywała, iż wystarczająca jest możliwość odnalezienia potrzebnej tabeli u ubezpieczyciela w późniejszym czasie (zwłaszcza, skoro uznała za niewystarczające przedstawienie jej w ofercie wstępnej) , poza tym, pomimo niewskazania w ogólnych warunkach umowy Przystępującego analogicznego zastrzeżenia jak w § 2 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków umowy Odwołującego nie jest wykluczone, że, pomimo ogólnego odniesienia do zakresu uszczerbku, warunki umowy nie obejmują wcale szerszego zakresu uszczerbków niż tabela Odwołującego, a przynajmniej niewiadomy jest ich rozmiar (procent uszczerbku, który zostanie ustalony).

Zatem widoczne jest, że Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, w nierówny sposób potraktował obu wykonawców, co miało wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....