

WYROK

z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Renata Tubisz**

Rafał Zadrozny

Protokolant: **Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2017 r.**, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 listopada 2017 r.** przez wykonawcę: **P. Z. U. na Ż. S.A., al. (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **W. S. S. im. M. P., ul. (...)**; przy udziale wykonawcy: **T. U. na Życie "W." S.A., ul. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **P. Z. U. na Ż. S.A., al. (...)**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **P. Z. U. na Ż. S.A., al. (...)**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **P. Z. U. na Ż. S.A., al. (...)** na rzecz zamawiającego: **W. S. S. im. M. P., ul. (...)**: kwotę **3 567,00 zł** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2396/17

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin” (ogłoszenie o zamówieniu z dnia 10 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 110-222307), przy wartości zamówienia większej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w dniu 13 listopada 2017 r. zostało wniesione w postaci pisemnej odwołanie przez wykonawcę: P. Z. U. na Ż. S.A. z siedzibą w W., w kopi przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- a) zaniechania wykluczenia spółki pod firmą T. U. na Ż. „W.” S.A. (dalej, jako: „W. S.A.”), z uwagi na nie wykazanie braku podstaw wykluczenia z postępowania
- b) zaniechanie uznania oferty Warta za odrzuconą,
- c) zaniechania odrzucenia oferty Warta mimo, iż nie odpowiada treści SIWZ
- d) dokonania w dniu 3 listopada 2017 r. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Warta

- o których to czynnościach odwołujący został powiadomiony w dniu 3 listopada 2017 r. drogą elektroniczną.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 listopada 2017 r. pisemne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 16 listopada 2017 r. złożył wykonawca wybrany - T. U. na Ż. „W.” S.A., który powołał się na interes utrzymania w mocy czynności wyboru jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę W. S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp zostały wykazane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wojewódzkiemu Samodzielnemu Szpitalowi im. M. P. w Ł. naruszenie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), tj.:

I. Naruszenie art. 186 ust. 2 Pzp przez dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu odwołującego z dnia 28 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1788/17) uwzględnionym w całości przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2017 r.

II. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy W.S.A., zaniechanie uznania tej oferty za

odrzuconą oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty W. S.A., podczas gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

IV. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów.

V. Naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, (6. inne przepisy wskazane w uzasadnieniu odwołania.)

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawcy W. S.A. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, względnie
- 3) nakazania zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty W. S.A.,
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił także o przyznanie zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów żądań odwołujący motywował swój interes w złożeniu odwołania okolicznością, iż podnoszone zarzuty dotyczą niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechania) zamawiającego w postępowaniu - wykluczenia Warta. SA., zaniechaniu uznania tej oferty za odrzuconą, zaniechaniu odrzucenia oferty Warta mimo, iż niezgodna z treścią SIWZ; dokonania w dniu 03.11.2017 r. wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty tego wykonawcy. W przypadku, gdyby zamawiający zachował się zgodnie z literą prawa, w sposób należyty zbadał ofertę Warta, to oferta odwołującego, zostałaaby wybrana, jako najkorzystniejsza i uzyskałaby on przedmiotowe zamówienie. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym w ślad za opinią pt. „Środki ochrony prawnej” (opublikowaną na stronach www.uzp.pl dnia 17.05.2010r.) odwołujący

zaznaczył, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym podnoszone zarzuty dotyczą czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy W. S.A., zaniechaniu uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, zaniechaniu odrzucenia oferty Warta mimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ, wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty tego wykonawcy, co wskazuje na uszczerbek w interesie prawnym odwołującego. Zatem w przypadku, gdyby zamawiający postąpił zgodnie przepisami, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Tym samym odwołujący przyjął, że doznał konkretnego uszczerbku (szkody) w sferze praw wykonawcy oraz interesu gospodarczego. Ponadto szkoda ta wynika z naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, w szczególności art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 186 ust. 2 Pzp.

Zarzut I naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że odwołaniem z dnia 28 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1788/17), podniósł szereg zarzutów co do czynności zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania; w ramach złożonego odwołania, odwołujący wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 2. nakazanie zamawiającego dokonania wykluczenia wykonawcy Warta oraz uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazania zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty Warta,
 3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
 4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
- przedstawiając szczegółowe uzasadnienie faktyczne oraz prawne w/w żądań.

Odwołujący przedłożył kopię odwołania jw. oraz wnosił i przeprowadzenie dowodu z treści odwołania oraz akt sprawy o sygn. KIO 1788/17 na następujące okoliczności (m.in.):

- treść odwołania, zarzuty, wnioski odwołania oraz uzasadnienie faktyczne oraz prawne zarzutów oraz wniosków;

- wadliwość poszczególnych czynności dokonanych przez zamawiającego, zakres zaskarżenia czynności zamawiającego w ramach postępowania sygn. akt: KIO 1788/17
- uznania odwołania odwołującego przez zamawiającego w całości, co miało miejsce w trakcie posiedzenia niejawnego w ramach postępowania KIO 1788/17, gdzie zamawiający na pytanie przewodniczącej składu KIO na posiedzeniu w dniu 12 września 2017 r. potwierdził, iż zdaje sobie sprawę z konieczności wykonania wszystkich czynności zgodnie z żądaniem odwołującego - gdyż takie są konsekwencje uznania odwołania w całości, a nie w części.

Odwołujący podnosił, iż zamawiający postąpił wbrew dokonanej przez siebie czynności uznania odwołania w całości - mianowicie, wbrew treści żądań, nie dokonał wykluczenia wykonawcy W. S.A. oraz nie uznał jego oferty za odrzuconą, względnie nie odrzucił też oferty W. S. A., lecz naruszając powołane w treści odwołania przepisy ustawy Pzp, po raz kolejny wybrał ofertę tegoż wykonawcy. Wskazał, iż w sytuacji braku zgody zamawiającego na żądania poprzedniego odwołania, zamawiający winien był uznać w części odwołanie, pozostawiając decyzji odwołującego, czy będzie podtrzymywał w tym zakresie odwołanie, czy też nie. Tymczasem zamawiający najpierw uznał w całości odwołanie, a następnie wybiórczo, wg tylko sobie wiadomych przesłanek, procedował dalej z ofertami.

Odwołujący podnosił, że działanie takie stanowi naruszenie m.in. art. 186 ust. 2 Pzp przez dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu odwołującego z dnia 28 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1788/17) uwzględnionego w całości przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2017 r. w sprawie KIO 1788/17.

Odwołujący powtórzył zarzuty, które przedstawił w poprzednim odwołaniu z dnia 28 sierpnia 2017 r.

Zarzut II naruszenia art. art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. Zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę Warta S.A.

Pismem do W. S.A. z dnia 1 sierpnia 2017 r., w trybie określonym w art. 26 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia szeregu dokumentów, w tym m.in. w pkt. 3 wezwania - do przedłożenia dokumentów - informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14, 21 ustawy Pzp, wystawionych nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert i aktualnych na dzień przedłożenia przez wezwanego wykonawcę - wg pisma zamawiającego, dokumenty winny być przesłane najpóźniej do dnia 12 sierpnia 2017 r.

Zdaniem odwołującego wykonawca W. SA., nie wykonał tego wezwania; w szczególności, wezwany przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego oraz

oświadczenia zamienne dla osób, które pełniły funkcję w Zarządzie oraz Radzie Nadzorczej tegoż wykonawcy.

Wykonawca W. S.A. w opinii odwołującego - pomimo jasnego i precyzyjnego wezwania, zaniechał złożenia zaświadczeń z KRK dla swoich prokurentów, których w dacie złożenia oferty (zgodnie z odpisem z KRS W. S.A., w przedsiębiorstwie tegoż wykonawcy funkcjonowało piętnastu).

W aktualnym brzmieniu art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp przewiduje konieczność przedłożenia stosownych zaświadczeń dotyczących także prokurentów; kwestia ta była szeroko uzasadniana i komentowana na etapie prac nowelizacyjnych, które to nowelizacje doprowadziły do następującego brzmienia w/w przepisu: *[wyklucza się]* "14) wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13;"

Zdaniem odwołującego, tym samym wykonawca W. S.A., w sposób świadomy, pomimo niebudzącego wątpliwości interpretacyjnych brzmienia przepisu z art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp, zaniechał realizacji wezwania zamawiającego i obowiązku płynącego wprost z ustawy (obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania). Powinnością zamawiającego było zatem wykluczenie W. S.A. z postępowania i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Za istotne odwołujący uznał, że pismem z dnia 7 września 2017 r. W. S.A. przesłała uzupełnienie dokumentów, które winny być przedstawione przez tegoż wykonawcę do dnia 12 sierpnia 2017 r.

W ocenie odwołującego, pierwotne (z dnia 1 sierpnia 2017 r.) wezwanie zamawiającego połączone z brzmieniem art. 24 ust. 1 Pzp, nie wymagało ponownego wzywania W. S.A. do przedłożenia dodatkowych dokumentów. Treść złożonych przez wykonawcę dokumentów nie budziła wątpliwości zamawiającego, nie wymagała dodatkowych uzupełnień lub wyjaśnień - w zakresie osób objętych tymi wezwaniami, gdyż wykonawca W. S.A. w sposób świadomy i umyślny zaniechał przedłożenia dokumentów, o jakie został wezwany przez zamawiającego.

W tym zakresie, zastosowanie przez zamawiającego wezwania (dodatkowego), w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, lub innym, według odwołującego stanowiło niewłaściwe zastosowanie wskazanego przepisu, w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku prawnego wzywania wykonawcy do przedkładania dokumentów do tzw. „skutku”, tj. aż wzywany wykonawca wykona wezwania zamawiającego w 100%. Takie stosowanie przepisu z art. 26 ust. 3 Pzp, powoduje naruszenie norm z art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp - tj. możliwe (i

częste) byłyby bowiem sytuacje, że dany wykonawca wzywany jest raz, a inny kilka razy w zakresie przedłożenia dokumentów przez zamawiającego, w zależności od np. sympatii rynkowych, przyzwyczajień, wielkości podmiotu, renomy rynkowej, negatywnych doświadczeń zamawiających nie mających uzasadnienia w przepisach Pzp, itp.

Odwołujący zaznaczał, że niezależnie od powyższego, przedłożone przez wykonawcę w tym trybie dokumenty powinny potwierdzać stan rzeczy najpóźniej na ostatni dzień przesłania dokumentów wg pierwotnego wezwania, tj. na dzień 12 sierpnia 2017 r. (w piśmie z dnia 1 sierpnia 2017 r., zamawiający określił termin przesłania dokumentów na 12 sierpnia 2017 r. wskazując przy tym, iż oświadczenia i dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia). Analizując ostatecznie przesłane przez W. S.A. dokumenty, np. zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, to część z nich nosi daty 2017-09-05 (np. dot. P. M., B.; W. T., M.; K. T.; J. S., T.).

Odwołujący z ostrożności podnosił, iż nawet w sytuacji, w której Izba stwierdzi zasadność „ponownego” i „do skutku” wzywania wykonawcy do przedłożenia dokumentów warunkujących udział wykonawcy w postępowaniu, to dokumenty te powinny stwierdzać stan rzeczy na datę pierwotnego wezwania - inaczej wykonawca będzie miał dopuszczoną możliwość wytworzenia takiego dokumentu lub uzyskania określonego statusu na późniejszy termin, niż inni potencjalni wykonawcy biorący udział w postępowaniu - co nie wyklucza ryzyka, że dany wykonawca złoży ofertę pomimo spełnienia przesłanek wykluczenia z założeniem, że te przesłanki stracą ważność (np. zatarcie kary, zapłata podatku, itp.) na miesiąc lub dwa po terminie składania ofert i wezwaniu wykonawcy do wykazania przesłanek warunkujących udział (wykluczenie) z postępowania. Rodzi to ryzyko nierównego traktowania wykonawców przez zamawiających, gdzie w sytuacji, w której zamawiający wie, że wykonawca uzyska zdolność uczestnictwa w przetargu dopiero np. dwa miesiące po terminie składania ofert, będzie wzywał tegoż wykonawcę tak długo, aż ten uzyska możliwość wykazania określonych (żądanych) przez zamawiającego warunków.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp, ustawa ta przewiduje także wykluczenie wykonawcy: „22) wykonawcę, wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.” Zaznaczał, że zamawiający zawarł w treści SIWZ zapis spójny z Pzp, a mianowicie na str. 6, pkt. 3.8. SIWZ, przewidział obowiązek złożenia takowego oświadczenia.

Zdaniem odwołującego wykonawca W. S.A. złożył oświadczenie, lecz o odrębnym brzmieniu niż oczekiwane przez Pzp, czy też SIWZ - wykonawca oświadczył w następujący sposób: „2. Nie orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.”(vide oświadczenie W. z dnia 9 sierpnia 2017 r., podkreślenie własne odwołującego). Treść oświadczenia różni się od wymaganego przez Pzp, czy też

SIWZ. Odwołujący stwierdził, że ustawodawca nie ograniczył rodzaju środków zapobiegawczych do tych wydawanych wyłącznie przez sąd, a także mających charakter wyłącznie orzeczeń prawomocnych. Wykonawca W. S. A., jak zarzucał odwołujący - w sposób świadomy ograniczył zakres złożonego zapewnienia, w sposób naruszający zapisy Pzp oraz SIWZ.

Nadmienił, iż zamawiający nie był w tym wypadku zobowiązany do wzywania W. S.A. do uzupełnienia oświadczenia - albowiem oferta tegoż wykonawcy podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. W tym zakresie, zastosowanie przez zamawiającego wezwania (dodatkowego), w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (jeżeli takowe zostało przesłane przez zamawiającego) - stanowiło niewłaściwe zastosowanie tegoż przepisu przez zamawiającego w tym sensie, że zamawiający nie ma obowiązku prawnego wzywania wykonawcy do przedkładania dokumentów do tzw. „skutku”, tj. aż wzywany wykonawca wykona wezwania zamawiającego w 100%. Takie stosowanie przepisu z art. 26 ust. 3 Pzp, skutkuje równoczesnym naruszeniem norm z art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp - tj. możliwe (i częste) byłyby bowiem sytuacje, że dany wykonawca wzywany jest raz, a inny kilka razy w zakresie przedłożenia dokumentów przez zamawiającego, w zależności od np. sympatii rynkowych, przyzwyczajzeń, wielkości podmiotu, renomy rynkowej, negatywnych doświadczeń zamawiających nie mających uzasadnienia w przepisach Pzp, itp. Niezależnie od powyższego, przedłożone przez wykonawcę w tym trybie dokumenty powinny potwierdzać stan rzeczy najpóźniej na ostatni dzień przesłania dokumentów wg pierwotnego wezwania, tj. na dzień 12 sierpnia 2017 r. (w piśmie z dnia 1 sierpnia 2017r., zamawiający określił termin przesłania dokumentów na 12 sierpnia 2017 r. wskazując przy tym wprost, iż oświadczenia i dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia). Analizując ostatecznie przesłane przez Wartę dokumenty, dodatkowe (uzupełniające) oświadczenie złożone w zakresie pkt. 3.8.SIWZ (str. 6) nie nosi daty - a skoro zostało przesłane wraz z pismem przewodnim z dnia 7 września 2017 r., to należy uznać, iż oświadczenie również pochodzi z tej daty - a zatem w żaden sposób nie odzwierciedla stanu rzeczy na dzień złożenia oferty, czy też na dzień 12 sierpnia 2017 r.

Z ostrożności odwołujący podnosił, iż nawet w sytuacji, w której Izba stwierdzi zasadność „ponownego” i „do skutku” wzywania wykonawcy do przedłożenia dokumentów warunkujących udział wykonawcy w postępowaniu, to dokumenty te powinny stwierdzać stan rzeczy na datę pierwotnego wezwania - inaczej wykonawca będzie miał dopuszczoną możliwość wytworzenia takiego dokumentu lub uzyskania określonego statusu na późniejszy termin niż inni potencjalni wykonawcy biorący udział w postępowaniu - co nie wyklucza ryzyka, że dany wykonawca złoży ofertę pomimo spełnienia przesłanek wykluczenia z założeniem, że te przesłanki stracą ważność (np. zatarcie kary, zapłata podatku, itp.) na miesiąc lub dwa po terminie składania ofert i wezwaniu wykonawcy do wykazania przesłanej

warunkujących udział (wykluczenie) z postępowania. Rodzi to ryzyko nierównego traktowania wykonawców przez zamawiających, gdzie w sytuacji, w której zamawiający wie, że wykonawca uzyska zdolność uczestnictwa w przetargu dopiero np. dwa miesiące po terminie składania ofert, będzie wzywał tegoż wykonawcę tak długo, aż ten uzyska możliwość wykazania określonych (żądanych) przez zamawiającego warunków.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo TSUE w sprawie Esaprojekt C-387/14 i Archus C-131/16, z którego wynika, że: Niedopuszczalne jest uzupełnianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów, które nie zostały przedłożone wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu- a także obecnie na żądanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - tak samo niedopuszczalne jest uzupełnianie w tym trybie próbek albo innych dokumentów, jeżeli prowadziłoby to do modyfikacji oferty („przedstawienia nowej oferty”). Przypadek ten należy odnieść w szczególności do praktyki uzupełniania doświadczenia (wykazu usług, dostaw lub robót budowlanych) oraz wykazu personelu wykonawcy, ale także innych dokumentów jak opinii bankowych, polis ubezpieczeniowych, certyfikatów itp. Tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może zatem prowadzić jedynie do „wyjaśnienia” oferty np. uzupełnienia wykazu doświadczenia lub wykazu osób, w zakresie informacji dotyczących wskazanych już pierwotnie wykonanych zamówień (np. uzupełnienie wartości, dat wykonania, zakresu) lub pierwotnie wskazanych osób (np. uzupełnienie informacji dotyczących stanowiska zajmowanego w danym projekcie itp.). Taka sama zasada dotyczy wszystkich innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Co prawda orzeczenia TSUE zostały wydane na podstawie przepisów dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, to jednak z uwagi na to, że ich podstawą jest zasada równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz transparentności, która obowiązuje jednakowo na gruncie nowych dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, orzeczenia TSUE mają skutek także na gruncie nowych dyrektyw. Ponadto, z uwagi na to, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po nowelizacji z lipca 2016 r. uległ kosmetycznym zmianom, tezy wynikające z orzeczeń TSUE należy stosować także do postępowań o udzielenie zamówienia, do których mają zastosowanie nowe przepisy ustawy Pzp po nowelizacji. TSUE wykluczył możliwość uzupełniania jakichkolwiek dokumentów, które nie były pierwotnie złożone.

Zarzut III naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, niezgodności oferty W. S.A. z treścią SIWZ.

Treść oferty W. S.A. zdaniem odwołującego zawiera zapisy stanowiące o jej niezgodności z treścią SIWZ. Konstrukcja SIWZ zawierała oczekiwania zamawiającego co do brzmienia poszczególnych klauzul w umowie ubezpieczenia, zakresu dopuszczalnych ograniczeń w ogólnych warunkach ubezpieczeń. Jest rzeczą oczywistą, że standardowe

„produkty” ubezpieczeniowe będące w ofercie poszczególnych ubezpieczycieli różnią się; konsekwentnie, podmiot szukający ochrony prawnej, ma prawo określić swoje oczekiwania co do zakupywanego produktu ubezpieczeniowego, zaś wykonawcy startujący w przetargu, jeżeli już zdecydują się na taki krok, mają obowiązek złożyć ofertę zgodną z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ. Odwołujący wywodził, że w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ubezpieczenia grupowego na rzecz osoby trzeciej, pełne zastosowanie znajdują zapisy Pzp dotyczące konieczności zapewnienia przez wykonawcę zgodności treści dokumentów składających się na ofertę z SIWZ, jak ma to miejsce przy innych branżach, np. w złożonych zamówieniach na roboty budowlane z koniecznością przygotowania szczegółowych i wielopozycyjnych kosztorysów ofertowych, na dostawy systemów informatycznych, urządzeń spełniających wyśrubowane i opisane przez zamawiających wymagania, itp. Przepisy Pzp nie wprowadzają odmiennych reguł ich stosowania w zakresie zakupu usług, jak objętych przedmiotem danego postępowania. Oznacza to, że wykonawca składając ofertę, musi dostosować jej brzmienie do treści SIWZ, a nie poprzestać na zaoferowaniu standardowych swoich produktów, które zawierają zapisy sprzeczne z treścią SIWZ.

Odwołujący wyjaśniał, że wykonawcy składali szereg zapytań dotyczących treści SIWZ (wymagań zamawiającego), które to pytania zmierzały do pozyskania zgód zamawiającego na zmiany zapisów SIWZ lub zgód zamawiającego na treść klauzul będących w standardowych produktach. Zamawiający na część propozycji wyraził zgodę; część wniosków wykonawców została rozpoznanych negatywnie - tj. zamawiający podtrzymał treść SIWZ i nakazał zaproponowanie świadczenia zgodnie z treścią SIWZ.

Odwołujący przedstawił analizę części niezgodności treści oferty W. S.A. z SIWZ, wskazując na zapisy SIWZ, gdzie zamawiający oświadczył, iż wykonawcy mają zaproponować świadczenia zgodne z treścią SIWZ; zaznaczał, że nawet pomimo braku takich oświadczeń, obowiązek zaoferowania świadczenia zgodnego z SIWZ określa Pzp, w szczególności art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zaś żaden zamawiający nie może wprowadzić reguł kolizyjnych, które wyłączają lub ograniczają zapisy Pzp skutkujące m.in. koniecznością odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ lub wprowadzającej obowiązek wyjaśnienia treści oferty - ewentualne zapisy modyfikujące lub wyłączające stosowanie tych instytucji przewidzianych ustawie Pzp, gdyż byłoby to pozbawione skuteczności.

Zgodnie z treścią SIWZ, lub wyjaśnień zamawiającego:

- Załącznik nr 1 do SIWZ, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (str. 1), stanowi. „W niniejszym Załączniku opisanego zakres i warunki minimalne. Złożenie oferty zawierającej zapisy dotyczące wprowadzenia warunku zmieniającego zakres nie podlegający zmianom

spowoduje odrzucenie oferty.” Zamawiający powtórzył za Pzp skutki wprowadzenia do oferty zapisów skutkujących niezgodnością jej treści z SIWZ

- Załącznik nr 1 do SIWZ, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (str. 4) stanowi (...) Jeżeli w treści OWU znajdują się zapisy dotyczące szerszego zakresu ochrony niż opisany w Załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ i w złożonej ofercie, to automatycznie zostają one włączone do ochrony ubezpieczeniowej”. Zamawiający dopuścił możliwość zaproponowania lepszego rozwiązania, niż opisane w SIWZ (podobnie jak przy innych zamówieniach, zaproponowanie rozwiązania spełniającego co najmniej opisane oczekiwania zamawiającego skutkuje koniecznością uznania zgodności treści oferty z SIWZ).

- Wyjaśnienia związane z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z dnia 12.07.2017 r. W dokumencie zamawiający rozstrzygał, w jakim zakresie podtrzymuje SIWZ, a w jakim dopuszcza zapisy OWU zaproponowane przez danych wykonawców. Na koniec wyjaśnień, zamawiający oświadczył, iż: „Wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobowiązani są uwzględnić udzielone wyjaśnienia”; w treści wyjaśnień, Zamawiający składa też oświadczenia o treści (m.in.): „Zamawiający nie akceptuje definicji Wykonawcy” (Vide pytanie nr 17) „Zamawiający zaakceptuje definicję zgodną z owu Wykonawcy. ” (vide pytanie np. nr 16,19).

W opinii odwołującego zamawiający przedstawiał wykonawcom, jak należy przygotować ofertę, pomimo, że nie miał takiego obowiązku, albowiem właściwe dla postępowania przepisy Pzp mają zastosowanie niezależnie od woli zamawiających.

Odwołujący podał poniższe zestawienie przykładów niezgodności treści oferty W. S.A. z treścią SIWZ.

A. Klauzule obowiązkowe, wymienione w punktach, str. 1 Załącznika nr 1 do SIWZ:

1. Pkt 6

Wbrew brzmieniu klauzuli obowiązkowej z SIWZ, złożona oferta TUIR W. S.A nie przewiduje wydłużenia odpowiedzialności dla całego zakresu ubezpieczenia po upływie 70 lat w przypadku osób, które są nadal pracownikami, do czasu trwania stosunku prawnego łączącego go z Ubezpieczającym. Ogólne warunki ubezpieczenia wskazują bowiem, że odpowiedzialność Ubezpieczyciela względem ubezpieczonego ustaje w najbliższą rocznicę polisy po ukończeniu 70 lat - vide § 6 ust 4 pkt. 1 d OWU.

2. Pkt 8

Złożona oferta nie spełnia warunków w zakresie zniesienia możliwości wykonywania ankiet medycznych i przeprowadzenia badań co do stanu zdrowia. Zgodnie z § 4 ust. 11 OWU, Ubezpieczyciel może przed zawarciem umowy ubezpieczenia skierować ubezpieczonego na badania lekarskie; koszty takich badań ponosi ubezpieczyciel. Zgodnie z § 4 ust 3 OWU, w

zależności od zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela, sumy ubezpieczenia oraz wieku ubezpieczonych może być wymagane dołączenie do wniosku o zawarcie umowy ubezpieczenia dokumentacji niezbędnej do oceny ryzyka ubezpieczeniowego, uznanej przez ubezpieczyciela za konieczną do zawarcia umowy ubezpieczenia.

3. Pkt 9

Złożona oferta, nie spełnia warunków zamówienia w zakresie możliwości przystąpienia do ubezpieczenia przez osoby przebywające na zwolnieniu lekarskim. Zgodnie z OWU, do ubezpieczenia nie może przystąpić osoba przebywająca na zwolnieniu lekarskim (§ 4 ust. 12: Do umowy ubezpieczenia może przystąpić osoba, która w dacie podpisywania deklaracji uczestnictwa/zmiany nie przebywa na zwolnieniu lekarskim, w szpitalu, w hospicjum lub zakładzie opiekuńczo-leczniczym i w innej podobnej placówce lub nie posiada uprawnień do otrzymywania świadczeń rehabilitacyjnych lub nie jest uznana za całkowicie lub częściowo niezdolną do pracy orzeczeniem właściwego organu według przepisów o ubezpieczeniu społecznym lub zaopatrzeniu społecznymi złoży stosowne oświadczenie).

4. Pkt 14

Złożona oferta, nie spełnia warunków zamówienia również w zakresie karencji i jej wyłączenia w przypadku spełnienia określonych wymogów wskazanych w zamówieniu. Ogólne warunki Ubezpieczenia przewidują karencję, pomimo zapisów SIWZ.

Przykłady:

- OWU EBP/ZUB/2015/02: § 6 ust 1: Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu zgonu ubezpieczonego rozpoczyna się po upływie 6 miesięcy licząc od dnia wskazanego w polisie jako początek okresu ubezpieczenia, a w odniesieniu do osób obejmowanych ochroną ubezpieczeniową w trakcie obowiązywania umowy ubezpieczenia - po upływie 6 miesięcy licząc od dnia ich przystąpienia do ubezpieczenia, pod warunkiem zapłacenia składki przez ubezpieczającego na rzecz danego ubezpieczonego, w terminie wskazanym w § 5 ust 3 i 4, z zastrzeżeniem ust 3 i 12 oraz § 9 ust 3 pkt a).

- OWU EBP/DSU/2015/02: § 6 ust. 5 Jeżeli przyczyną pobytu w szpitalu jest choroba, ochrona ubezpieczeniowa nie obejmuje pobytu ubezpieczonego w szpitalu w ciągu pierwszego miesiąca od daty zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz ubezpieczonego oraz pobytu rozpoczętego w okresie pierwszego miesiąca od daty zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz ubezpieczonego, a kończącego się po tym okresie w zakresie dziennego świadczenia szpitalnego ubezpieczonego, zastrzeżenie ust 6.

- OWU EBP/ZRT/2015/02: § 5 ust 1: Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu zgonu rodzica oraz rodzica małżonka lub rodzica partnera rozpoczyna się po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz danego ubezpieczonego pod

warunkiem zapłacenia składki przez ubezpieczającego na rzecz danego ubezpieczonego, o której mowa w § 4, w terminie wskazanym w § 5 ust 3 albo ust 4 OWU, zastrzeżenie ust 2.

5. Pkt. 19 i 20:

Złożona oferta nie spełnia warunków zamówienia w sytuacji, gdy zajście zdarzenia powoduje powstanie odpowiedzialności Wykonawcy w stosunku do ubezpieczonego z więcej niż jednego zdarzenia objętego ubezpieczeniem, świadczenie ze wszystkich ryzyk zostanie wypłacone w pełnej wysokości bez zastosowania jakichkolwiek potrąceń.

Ubezpieczyciel przewiduje swoją odpowiedzialność od dnia przystąpienia do ubezpieczenia.

Zgodnie z treścią § 4 ust 7 OWU, umowa ubezpieczenia jest zawarta w dniu oznaczonym w polisie jako początek okresu ubezpieczenia (Zgodnie z OWU EBP/DSP/2015/02) § 51 Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu dodatkowej umowy ubezpieczenia rozpoczyna się w dniu zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz danego ubezpieczonego, pod warunkiem zapłacenia składki przez ubezpieczającego na rzecz danego ubezpieczonego, o której mowa w § 4, w terminie wskazanym w § 5 ust. 3 albo ust. 4 OWU, z zastrzeżeniem ust 2.

W ogólnych warunkach ubezpieczenia brak zapisu umożliwiającego przyjęcia odpowiedzialności za zdarzenie powstałe przed zawarciem umowy.

6. Pkt 21

Złożona oferta nie spełnia warunków zamówienia w zakresie uznania odpowiedzialności za pierwszy pobyt w szpitalu w związku z rehabilitacją mającą na celu usunięcie bezpośrednich następstw nieszczęśliwego wypadku albo choroby, jeżeli pobyt ten rozpoczął się w okresie 6 miesięcy od pobytu ubezpieczonego w szpitalu, związanego - odpowiednio - z tym samym nieszczęśliwym wypadkiem albo tą samą chorobą. Ogólne warunki ubezpieczenia przewidują rehabilitację jedynie bezpośrednio po pobycie w szpitalu. Zgodnie z OWUEBP/DSP/2015/02, rehabilitacja poszpitalna (rekonwalescencja) - trwający nieprzerwanie, bezpośrednio po pobycie w szpitalu kończącym się w trakcie trwania odpowiedzialności ubezpieczyciela, pobyt na zwolnieniu lekarskim wydanym przez ten szpital.

B: Definicje przyjęte w SIWZ (str. 6 i nast. Załącznika nr 1 do SIWZ oraz odpowiedzi na pytania do postępowania)

1. OIOM. Definicja wymagana wg SIWZ: OIOM/OIT - specjalistyczny oddział szpitalny przeznaczony dla chorych wymagających intensywnego leczenia, opieki i stałego nadzoru. Za OIOM uznaje się także oddziały intensywnej opieki kardiologicznej i neurologicznej. Świadczenie wypłacane jednorazowo lub za każdy dzień pobytu (minimalnie za 5 dni).

Złożona oferta W. S.A. - OWU EBP/DSU/2015/02: OIOM - oddział intensywnej opieki medycznej - wydzielony oddział szpitalny, w którym przebywają chorzy w stanie zagrożenia życia objęci intensywnym leczeniem specjalistycznym, ciągłą pielęgnacją i nadzorem, zaopatrzone w specjalistyczny sprzęt umożliwiający ciągłe monitorowanie czynności życiowych chorych, pozwalające uchwycić lub przewidzieć moment zagrożenia życia (za OIOM uważa się również OIOK - oddział intensywnej opieki kardiologicznej, OIT - oddział intensywnej terapii). Odwołujący podał, że w zakresie tej definicji pojawiło się pytanie na etapie prowadzonego postępowania i zamawiający wskazał, iż nie akceptuje propozycji definicji autorstwa wykonawcy, lecz oczekuje klauzuli zgodnej s treścią SIWZ, nie wyrażając zgody na klauzulę z OWU wykonawcy. Definicja zawarta w OWU Ubezpieczyciela W. S.A. nie została zaakceptowana przez zamawiającego. Zgodnie z wytycznymi zamawiającego (odpowiedzi na pytania). Wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobowiązani byli do uwzględnienia wyjaśnień udzielonych na poszczególne pytania.

2. Pełnoletnie dziecko. Zgodnie z OWU EBP/ZUB/2015/02: pełnoletnie dziecko pracownika - dziecko własne pracownika lub dziecko przysposobione przez pracownika (w pełni lub częściowo), które w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia na jego rzecz miało ukończony 18 rok życia. Definicja w SIWZ: pełnoletnie dziecko - dziecko własne, przysposobione lub pasierb Ubezpieczonego pracownika (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba), które w dniu przystąpienia do ubezpieczenia ukończyło 18 rok życia.

Definicja przyjęta w OWU nie obejmuje pasierba, które zgodnie z SIWZ powinien być również objęty odpowiedzialnością Z. U..

3. Dziecko - zgodnie z treścią SIWZ:

a. własne, przysposobione lub pasierb (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba) - bez względu na wiek dziecka - (dotyczy świadczenia z tytułu śmierci dziecka oraz śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku, pod warunkiem zaakceptowania klauzuli fakultatywnej);

b. własne, przysposobione lub pasierb (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba) do 18 roku życia lub do 25 roku życia pod warunkiem, że uczęszcza do szkoły lub bez względu na wiek w przypadku jego całkowitej niezdolności do pracy (dotyczy świadczenia z tytułu osierocenia dziecka); Tymczasem OWU pomijają w definicji pasierba.

4. Wypadek komunikacyjny. Zgodnie z OWU EBP/TUK/2015/02: wypadek komunikacyjny - powstały w okresie trwania odpowiedzialności ubezpieczyciela wypadek zgłoszony na policję lub potwierdzony w dokumentacji prowadzonej przez straż miejską, sąd, prokuraturę w związku z ruchem:

- a) lądowym pojazdów silnikowych, rowerzystów, motorowerzystów, w którym ubezpieczony brał udział jako uczestnik ruchu bądź kierowca w rozumieniu przepisów o ruchu drogowym, pojazdów szynowych (w tym również tramwaju, pociągu, metra, kolei linowej i linowo-szynowej) w którym ubezpieczony brał udział jako osoba kierującą lub pasażer lub pieszy wywołany;
- działaniem siły mechanicznej w momencie zetknięcia się pojazdu z osobami, przedmiotami, zwierzętami, lub
 - wywróceniem się pojazdu, lub
 - pożarem, wybuchem spowodowanym działaniem czynnika termicznego i/lub chemicznego,
- b) wodnym pojazdów pływających, z udziałem statku wodnego, w którym ubezpieczony poruszał się jako osoba kierująca lub pasażer,
- c) lotniczym statków powietrznych, w którym to statku ubezpieczony podróżował jako pasażer lub członek załogi.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z treścią SIWZ, wypadek komunikacyjny - nieszczęśliwy wypadek, w którym ubezpieczony uczestniczył jako kierowca lub pasażer środka lokomocji, w którym uległ wypadkowi w związku z ruchem drogowym, wodnym lub powietrznym a także w związku z ruchem pojazdu szynowego. Za uczestników wypadku komunikacyjnego uznaje się również ubezpieczonego występującego w charakterze rowerzysty lub pieszego. Zaznaczał, że OWU wymagają potwierdzenia przez policję, straż miejską, sąd prokuraturę powstania wypadku komunikacyjnego, co znacznie zawężyła definicję przyjętą w SIWZ.

5. Wypadek przy pracy. Zgodnie z OWU EBP/TUP/2015/02: wypadek przy pracy - wypadek zakwalifikowany jako wypadek przy pracy w protokole powypadkowym BHP, który nastąpił w związku z pracą:

- a) podczas lub w związku z wykonywaniem przez ubezpieczonego obowiązków wynikających z umowy o pracę albo poleceń przełożonych,
- b) podczas lub w związku z wykonywaniem przez ubezpieczonego czynności w interesie zakładu pracy, nawet bez polecenia,
- c) w czasie pozostawania w dyspozycji zakładu pracy w drodze między siedzibą zakładu pracy, a miejscem wykonywania obowiązku wynikającego z umowy o pracę; na równi z wypadkiem przy pracy traktuje się - w zakresie uprawnień do świadczeń - wypadek, któremu ubezpieczony uległ w czasie trwania podróży służbowej w okolicznościach innych niż określone wyżej, chyba że wypadek został spowodowany postępowaniem ubezpieczonego, które nie pozostawało w związku z wykonywaniem powierzonych mu zadań.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z SIWZ: wypadek przy pracy to - nieszczęśliwy wypadek; który nastąpił podczas lub w związku z wykonywaniem przez ubezpieczonego

zwykłych czynności albo poleceń przełożonych w ramach stosunku pracy albo stosunku cywilnoprawnego, z tytułu którego opłacana jest składka na ubezpieczenie wypadkowe w rozumieniu przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych. Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego na etapie postępowania, dopuścił on możliwość potwierdzenia wypadku przy pracy dokumentacją bhp, ZUS i KRUS.

Odwołujący stwierdził, że definicja zawarta w OWU ubezpieczenia zawęża krąg podmiotów mogących potwierdzić powstanie wypadku przy pracy, co sprawia, że zapis OWU jest sprzeczny z wytycznymi zamawiającego.

6. Choroba. Zgodnie z treścią OWU EBP/DSU/2015/02: choroba - stwierdzony przez lekarza stan organizmu niezależny od woli ubezpieczonego, wymagający leczenia szpitalnego polegający na nieprawidłowej reakcji układów lub narządów na bodźce środowiska zewnętrznego lub wewnętrznego.

Zgodnie natomiast z treścią SIWZ: choroba - reakcja organizmu na działanie czynnika chorobotwórczego, prowadząca do zaburzeń czynnościowych, zmian w tkankach, narządach, układach lub całym ustroju.

Odwołujący zaznaczał, że OWU wprowadzają różne definicje choroby, uzależnione od wariantu ubezpieczenia i ubezpieczeń dodatkowych. Przykładowo, w zakresie ubezpieczenia obejmującego leczenie szpitalne, zawęża definicję do choroby która wymaga leczenia szpitalnego.

7. Operacja chirurgiczna. OWU EBP /OPU/2015/02: operacja - zabieg chirurgiczny wykonany w szpitalu przez zespół lekarzy i pielęgniarek w celu przywrócenia prawidłowych czynności chorego narządu lub układu, usunięcia chorej tkanki, narządu lub jego części, usunięcia przyczyny choroby, ogniska chorobowego, dokonania przeszczepu, powiązany z koniecznością przecięcia skóry i innych tkanek, OWU EBP/OPU_Z/2015/02: operacja - zabieg chirurgiczny; wykonany w placówce medycznej w warunkach bloku operacyjnego, przez zespół lekarzy/lekarza o specjalności zabiegowej, niezbędny z medycznego punktu widzenia w celu przywrócenia prawidłowych czynności chorego narządu lub układu: usunięcia chorej tkanki, narządu lub jego części, usunięcia przyczyny choroby, ogniska chorobowego, dokonania przeszczepu, wymieniony w katalogu operacji stanowiący załącznik do niniejszej umowy dodatkowej Wyróżnia się następujące rodzaje operacji:

a) operacja wykonana metodą endoskopową - operacja z użyciem urządzenia umożliwiającego doprowadzenie światła, optyki, odpowiednich narzędzi chirurgicznych do wnętrza narządu i jam ciała;

- b) operacja metodą otwartą - operacja polegająca na otwarciu jam ciała, zamkniętych przestrzeni lub światła narządów wewnętrznych połączony z czynnościami określonymi w terminologii medycznej jako rękoczyny wewnątrz ww. struktur;
- c) operacja metodą zamkniętą - operacja bez otwierania jam ciała, zamkniętych przestrzeni lub światła narządów wewnętrznych (zabiegi przezskórne, przeznaczyńowe), z użyciem endoskopu.

Odwołujący podnosił, że jeżeli w katalogu operacji nie jest sprecyzowane, jaką metodą dana operacja jest wykonana, T. W. S.A. ponosi odpowiedzialność za operację wykonaną metodą otwartą lub endoskopową.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią SIWZ: operacja chirurgiczna - zabieg chirurgiczny wykonany w placówce medycznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej metodą endoskopową, laparoskopową, otwartą lub zamkniętą przez wykwalifikowanego lekarza o specjalności zabiegowej, w znieczuleniu ogólnym, przewodowym lub miejscowym, niezbędny z medycznego punktu widzenia w celu wyleczenia lub zmniejszenia objawów choroby lub urazu. Ustalenie wysokości świadczenia dotyczącego konkretnej operacji będzie odbywało się zgodnie z postanowieniami OWU Wykonawcy. Zakres katalogu operacji chirurgicznych obejmował będzie co najmniej 500 przypadków operacji. Dopuszcza się również zastosowanie otwartego katalogu operacji zgodnego z Międzynarodową Klasyfikacją Procedur Medycznych ICD9. Zamawiający dopuszcza podział na minimum trzy klasy przy czym do klasy trzeciej należą najprostsze operacje; jeżeli ogólne warunki ubezpieczenia Wykonawcy przewidują podział operacji chirurgicznych na więcej niż 3 klasy, świadczenia z tytułu operacji chirurgicznych przyporządkowanych do klas niższych nie mogą być mniejsze niż 10% świadczenia określonego w pkt 30. Wykonawca nie może wymagać do wypłaty świadczenia z tytułu operacji chirurgicznych minimalnego okresu pobytu w szpitalu w związku z przebytą operacją.

Odwołujący podnosił, że OWU wprowadzają różne definicje w zależności od wyboru wariantu ubezpieczenia. Nie mniej jednak ubezpieczenie podstawowe (OWU EBP /OPU/2015/02) wprowadza znacznie zawężoną definicję operacji, jednocześnie wymagając, aby operacja ta była przeprowadzona w szpitalu przez zespół lekarzy i pielęgniarek. Ma to znaczenie w tym zakresie, że OWU rozróżnia definicję szpitala oraz placówki medycznej. Ponadto, ubezpieczenie podstawowe, wprowadza ograniczenie odpowiedzialności w przypadku przeprowadzenia operacji w związku z: operacjami przeprowadzanymi w celach diagnostycznych (np.: biopsja, punkcja, pobranie wycinków, zabiegi endoskopowe i inne), jak również drobnymi zabiegami chirurgicznymi nie wymagającymi hospitalizacji (np.: szycie ran powierzchniowych, usunięcie ciał obcych i inne - np. § 5 ust. 8 pkt. 15 OWU EBP /OPU/2015/02).

Podsumowując, stwierdził, że wybór przez Ubezpieczonego wyższego wariantu ubezpieczenia, spełni definicję operacji chirurgicznej zawartej w SIWZ.

8. Poważne zachorowanie. Zapis SIWZ: poważne zachorowanie Ubezpieczonego - zakres ubezpieczenia obejmuje wystąpienie co najmniej następujących chorób: zawał serca, udar mózgu, chirurgiczne leczenie choroby wieńcowej by-pass, nowotwór złośliwy, niewydolność nerek, zakażenie wirusem HIV w następstwie transfuzji krwi, zakażenie wirusem HIV w trakcie wykonywania obowiązków zawodowych, anemia aplastyczna, przewlekłe zapalenie wątroby, oparzenia, utrata wzroku, sepsa, choroba Parkinsona, przeszczep narządów, tężec, oponiak, utrata słuchu, stwardnienie rozsiane, wada serca, borelioza, wścieklizna, utrata kończyn, ropień mózgu, bakteryjne zapalenie wsierdza, bakteryjne zapalenie mózgu lub opon- mózgowo-rdzeniowych, gruźlica, bąblowiec mózgu, masowy zator tętnicy płucnej leczony operacyjnie, odkleszczowe wirusowe zapalenie mózgu, choroba aorty brzusznej, choroba aorty piersiowej, choroba neuronu ruchowego, choroba Huntingtona, zakażona martwica trzustki.

Zgodnie z OWU EBP/PZU/2015/02: W. S.A. poważne zachorowanie - rodzaj poważnego zachorowania wymieniony i zdefiniowany w katalogu poważnych zachorowań podstawowym, w katalogu poważnych zachorowań rozszerzonym lub w katalogu poważnych zachorowań rozszerzonym plus, zdiagnozowany lub leczony w czasie trwania odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu dodatkowej umowy ubezpieczenia, OWU przewiduje 3 katalogi poważnych zachorowań: podstawowy, rozszerzony oraz rozszerzony PLUS.

Odwołujący podnosił, że wymagane przez zamawiającego jednostki chorobowe znajdują się w różnych katalogach, w katalogu podstawowym brak wszystkich chorób, które zamawiający określił jako jednostki, za które Zakład Ubezpieczeń powinien co najmniej ponosić odpowiedzialność. Ponadto, w ogólnych warunkach ubezpieczenia, niezależnie od wyboru wariantu odpowiedzialności, pośród tzw. poważnych zachorowań, brak takich jednostek chorobowych jak: wada serca, borelioza, oponiak, choroba aorty piersiowej, choroba aorty brzusznej, a w przypadku oparzeń odpowiedzialność obejmuje jedynie oparzenia ciężkie.

C. Klauzule fakultatywne, str. 7 i nast. Załącznika nr 1 do SIWZ, które podlegały dodatkowej ocenie, jeżeli zostały przez wykonawcę zaoferowane:

1. Klauzula fakultatywna nr 10. Zapis z SIWZ: Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku - w przypadku śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku Wykonawca wypłaci świadczenie w podwójnej wysokości jak za śmierć naturalną dziecka. Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (jeżeli nie żyje ojciec lub matka pasierba) - bez względu na wiek dziecka - 2 pkt.

Zapis OWU: Warta posiada dwa ubezpieczenia z tytułu zgonu dziecka (z tyt. wypadku i zgonu) § 51 OWU: Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu zgonu dziecka rozpoczyna się po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz danego ubezpieczonego pod warunkiem zapłacenia składki przez ubezpieczającego na rzecz danego ubezpieczonego, o której mowa w § 4, w terminie wskazanym w § 5 ust. 3 albo ust. 4 OWU, z zastrzeżeniem ustępów poniższych. Odpowiedzialność na podstawie OWU nr EBP/ZDU/2015/02, zgodnie z § 2 pkt. 1: „dziecko - dziecko własne ubezpieczonego lub dziecko przysposobione przez ubezpieczonego (w pełni lub częściowo)”.

Odwołujący stwierdził, że Ogólne warunki ubezpieczenia pomijają w swojej definicji pasierba, jednocześnie wprowadzając karencję.

2. Klauzula fakultatywna nr 9. Zapis SIWZ: Klauzula rozszerzająca ochronę Ubezpieczyciela w przypadku świadczenia z tytułu osierocenia dziecka - polega na przyznaniu przez ubezpieczyciela jednorazowego świadczenia dla każdego dziecka ubezpieczonego w przypadku zgonu ubezpieczonego mającego miejsce w okresie ochrony ubezpieczyciela. Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba), do 25 roku życia lub bez względu na wiek w przypadku jego całkowitej niezdolności do pracy - 1 pkt.

Zapis OWU EBP/ODU/2015/02: dziecko - dziecko własne ubezpieczonego lub dziecko przysposobione przez ubezpieczonego (w pełni lub częściowo), Karencja: § 51. Odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu osierocenia dziecka przez ubezpieczonego rozpoczyna się po upływie 6 miesięcy od daty zawarcia dodatkowej umowy ubezpieczenia na rzecz danego ubezpieczonego pod warunkiem zapłacenia składki przez ubezpieczającego na rzecz danego ubezpieczonego, o której mowa w § 4, w terminie wskazanym w § 5 ust. 3 albo ust. 4 OWU, z zastrzeżeniem ustępów poniższych.

Zdaniem odwołującego Ogólne warunki ubezpieczenia W. S.A. pomijają w swojej definicji pasierba, jednocześnie wprowadzając karencję. Według odwołującego w zakresie klauzul fakultatywnych, zachodzi niezgodność treści zaproponowanych klauzul z treścią SIWZ, co oznacza, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ; Zamawiający winien to stwierdzić i w zakresie klauzul fakultatywnych odrzucić ofertę bądź nie przyznać z tego tytułu punktów, skoro treść punktowanej dodatkowo klauzuli jest niezgodna z wymogami SIWZ.

Powyższe zarzuty wskazują zdaniem odwołującego na fakt, iż produkty W. S.A. nie spełniają wymogów stawianych przez zamawiającego, tym samym jego oferta jest w tym zakresie niezgodna z postanowieniami SIWZ. Przychylając się do stanowiska wyrażonego w doktrynie oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie,

niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów (Komentarz Prawo zamówień publicznych, Jerzy Pirog, komentarz do art. 89).

W przedmiotowej sprawie zdaniem odwołującego niezgodność z SIWZ dotyczy treści oferty, która zawiera szereg odstępstw prowadzących do jej niezgodności z SIWZ, w tym w szczególności dotyczące oferowanego przedmiotu zamówienia, który nie spełnia wymagań i norm stawianych przez zamawiającego. Podobne stanowisko w tej kwestii prezentowane jest w orzecznictwie KIO m.in. w wyroku z 6 kwietnia 2010 (KIO/UZP 360/10), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż „Treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyr. ZA z 18.1.2005r., UZP/ZO/0-4/05; wyr. z 11.3.2005 r., UZP/ZO/0-416/05). W ślad za orzecznictwem sądowym dotyczącym zamówień publicznych oraz doktryną (m.in. G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, str. 447) - odwołujący podnosił, iż powszechnie przyjmowana jest rygorystyczna wykładnia eksponująca formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wynikająca z niego konieczność bezwzględnego obowiązku odrzucania oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 28 września 2005 r. (II Ca 29/05) stwierdził, iż formalizm stosowany przy zamówieniach publicznych uzasadnia stosowanie rygorów w przypadku ofert niespełniających wymogów specyfikacji. Dlatego Zamawiający nie może oceniać ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji (G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, str. 447). Również J. Pirog w Komentarzu do art. 89 Ustawy stwierdził, *„iż odrzucenie oferty jest elementem czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert. W zakres tej oceny, skutkującej odrzuceniem oferty, wchodzi badanie spełniania przez wykonawcę warunków określonych na podstawie art. 22 ust. 1 oraz badanie, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2. Następnie do zakresu oceny wchodzi badanie zgodności treści oferty z treścią siwz (art. 82 ust. 3). To ostatnie odnosi się zarówno do formalnej strony oferty, jak i do jej merytorycznej zawartości.”* Odwołujący za reprezentatywny uznał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 29 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 804/11, gdzie Izba orzekła, iż: *„W ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wymagał skonkretyzowania w ofercie zakresu oferowanego świadczenia ubezpieczeniowego, zatem*

sprzeczność treści oświadczenia woli ukształtowanego i złożonego przez Przystępującego z treścią wymagań s.i.w.z. zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, nie mogą być, co do zasady, sanowane wyłącznie przez złożone jednocześnie ogólne oświadczenie wykonawcy, iż w razie wystąpienia takich sprzeczności, pierwszeństwo mają wymagania Zamawiającego. Zdaniem składu orzekającego Izby przyjęcie odmiennego założenia prowadziłoby w konsekwencji do uznania, iż złożona oferta, wyłącznie na mocy tej swoistej generalnej klauzuli derogującej wszelkie sprzeczne z wymaganiami s.i.w.z. merytorycznie sprecyzowane postanowienia oferty, nigdy nie mogłaby być uznana za nieodpowiadającą treści s.i.w.z. Zamawiający zostałby w ten sposób zupełnie zwolniony od badania oferty pod względem zgodności jej merytorycznej treści z odpowiednimi postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia, nie musiałby nawet ustalać czy w ofercie w ogóle występują i jaki mają charakter potencjalne niezgodności, gdyż z góry podlegałyby one działaniu owej klauzuli generalnej rozwiązującej wszelkie problemy w tym zakresie. Ewentualne problemy związane z istnieniem i ujawnieniem się tych niezgodności zostałyby w ten sposób przesunięte dopiero na etap wykonania umowy, której projekt również zawiera taką klauzulę. Zdaniem składu orzekającego Izby rozwiązanie takie, choć niewątpliwie znacznie ułatwiłoby Zamawiającemu gładkie przeprowadzenie postępowania, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy PZP. Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 3 pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod rygorem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty jeżeli jest odmiennie, z zastrzeżeniem wyjątku wynikającego z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Ten ostatni przepis dozwala i nakazuje bowiem wyjątkowo zamawiającemu na poprawienie w ofercie innych niż oczywiste omyłki pisarskie lub rachunkowe omyłek polegających na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Otóż paradoksalnie klauzula generalna zapisana przez Zamawiającego na wstępie formularza ofertowego, którą swoim podpisem potwierdził Przystępujący, wyłączałaby jakakolwiek możliwość zastosowania tego przepisu. Skoro bowiem z mocy tej klauzuli wszelkie ewentualne niezgodności treści oferty Przystępującego z założenia należy uznać za zastąpione „odpowiednimi” postanowieniami załącznika nr 1 do s.i.w.z., nie mogą wystąpić żadne omyłki, co do których zachodzi konieczność ustalenia czy podlegają poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Zbędna byłaby także przy takim rozwiązaniu instytucja wyjaśnień treści oferty przewidziana w przepisie art. 87 ust. 1 pzp, a w razie prowadzenia takowych, nie występowałoby w ogóle ryzyko prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty a także ryzyko dokonania niedozwolonych zmian w jej treści. Do takiego przekonania musiał najwyraźniej dojść Zamawiający, skoro pomimo sugerowanej przez powołanych w postępowaniu biegłych w piśmie z 29 marca 2011 r. konieczności wyjaśnienia budzących

wątpliwości elementów treści oferty P., odstąpił od skorzystania z instytucji przewidzianej w przepisie art. 87 ust. 1 pzp.”

Powyższe rozważania doprowadziły odwołującego do stwierdzenia, iż oferta W. S.A. jest niezgodna z SIWZ, wobec czego zgodnie z dyspozycją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2. art. 82 ust. 3 Pzp obowiązkiem zamawiającego było jej odrzucenie.

Zarzut IV i V naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, materializuje się on według odwołującego - przez dokonanie wyboru oferty W. S.A., jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności wykluczenia tego wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą, zaniechanie odrzucenia oferty W. S.A. Zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zamówienie winno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa. Zgodnie natomiast z treścią art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie oferty Warta, w punktach przyznanym temu wykonawcy, zamawiający uwzględnił świadczenia, co do których wykonawca zaproponował ich spełnienie w sposób niezgodny z treścią SIWZ, co uznał za wykazane w analizie zawartej w zarzucie pkt. III niniejszego odwołania. Rekapitulując, odwołujący podtrzymał zgłoszone żądania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 listopada 2017 r. podał, że:

1. Nie uznał za zasadny - zarzut automatycznego procedowania przedmiotowego postępowania zgodnie z uwzględnionymi w całości żądaniami odwołującego zgłoszonymi w sprawie odwoławczej Sygn. akt: KIO 1788/17, bez ponownego badania ofert i bez względu na to czy stan faktyczny sprawy w wyniku ujawnienia nowych wyjaśnień, dokumentów i okoliczności nie pozwala na podjęcie czynności, których żądał odwołujący. Zamawiający przytoczył tezy z orzeczeń Izby, popierające jego stanowisko.
2. Zarzut niezgodności oferty wykonawcy TUnŻ W. S.A. z treścią SIWZ - zamawiający uznał za bezzasadny. Zamawiający podał, że sprecyzował w sposób dość obszerny i jednoznaczny warunki umowy, na których mu szczególnie zależy. Zostały one określone w Załączniku nr 1 do SIWZ jako ZAKRES MINIMALNY (obligatoryjny). Wykonawca TUnŻ W. S.A. jednoznacznie potwierdził w Formularzu ofertowym, że oferuje usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin zgodnie z warunkami opisanymi w Załączniku nr 1 do SIWZ, jako

ZAKRES MINIMALNY oraz dodatkowo w zakresie preferowanym zgodnie z Załącznikiem nr 4. Z art. 385 § 1 Kodeksu cywilnego, wynika że postanowienia wzorca umowy, stojące w sprzeczności z treścią umowy nie wiążą stron. Ogólne warunki ubezpieczenia są bezsprzeczne takim właśnie wzorcem umowy. Zamawiający uważał za bezcelowe sprawdzanie każdego postanowienia warunków ubezpieczenia, skoro z mocy prawa postanowienie sprzeczne z umową jest nieważne. Zamawiający przygotowując postępowanie zdawał sobie sprawę, że wzorce umowy wykonawców w zakresie usługi ubezpieczenia na życie liczą po kilkaset stron drobnym drukiem. W opinii zamawiającego zastosowanie sugerowanego przez odwołującego sposobu oceny zgodności oferty z treścią SIWZ (tj. badanie każdego postanowienia wzoru umowy liczącego kilkaset stron) prowadziłoby do subiektywizmu w ocenie i narażania się na liczne zarzuty wykonawców (tym razem zasadne). Czasem brak w zdaniu jednego przecinka powoduje, że zdanie można inaczej interpretować. Zamawiający nie oceniał ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki jaki podał w SIWZ. Zamawiający określił, iż postanowienia SIWZ i Formularza ofertowego mają pierwszeństwo nad postanowieniami ogólnych warunków ubezpieczenia. Dla zamawiającego ogólne warunki ubezpieczenia stanowią jedynie uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w SIWZ i Formularzu oferty. Zamawiający nie czuł się zwolniony od badania oferty pod względem jej merytorycznej zgodności z treścią opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał sprawdzenia czy do oferty nie wprowadzono postanowień sprzecznych z SIWZ, które nie są częścią wzoru umowy wykonawców. Wykonawca TUnŻ W. S.A. nie wprowadził do oferty żadnego postanowienia, które nie było częścią wzoru umowy, a które byłoby sprzeczne z treścią SIWZ.

Odnosząc się do przywołanego przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2011 r. Sygn. akt: KIO/UZP 804/11, zamawiający zaznaczał, że należy zauważyć, że dotyczy on innego stanu faktycznego, Jak wynika z wyroku: „w ofercie P. znajdują się również postanowienia powodujące niezgodności tej oferty z SIWZ. Wykonawca załączył do oferty postanowienia (Specyfikacja Polisy nr 1 - dalej również w skrócie Specyfikacja- niebędące ani Ogólnymi Warunkami Ubezpieczenia, ani Szczególnymi Warunkami, a modyfikującymi ofertę, powodując tym samym jej niezgodność z SIWZ.”

Zamawiający powołał się natomiast na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2017 r. sygn. akt KIO 482/17, który zapadł w stanie faktycznym bardziej zbliżonym do sytuacji istniejącej w przedmiotowym postępowaniu. Izba orzekła, że: „Zamawiający ma prawo rozstrzygnąć w SIWZ, że pierwszorzędne znaczenie będą miały właśnie postanowienia SIWZ, zaś OWU znajdą zastosowanie dopiero wtedy, gdy jakaś materia w SIWZ nie zostanie uregulowana.” Zgodnie z wyrokiem: „Oznacza to, że treść stosunku obligacyjnego, który ma połączyć strony, kształtowana jest co do zasady na podstawie postanowień SIWZ, w tym wzoru umowy, a OWU będą miały jedynie znaczenie

uzupełniająca. Subsydiarny charakter OWU powoduje, że tylko w przedmiocie, który nie został przez Zamawiającego określony (uregulowany) zastosowanie znajdują OWU." Dalej Izba orzekła: „Niezależnie od podanych w SIWZ rozwiązań, nie sposób nie wskazać, że sporna materia wprost podpada pod przepis art. 385 § 1 k.c. Przepis art. 385 § 1 k.c., wskazując na odrębność wzorca umowy i samej umowy, określa relację między nimi na wypadek sprzeczności między treścią umowy i wzorca. Przepis ten jest wyrazem preferencji ustawodawcy dla tych treści stosunku obligacyjnego, które są objęte konsensem stron. Rozstrzyga on konflikt na rzecz umowy, której przyznaje prymat nad wzorcem, a więc oświadczeniem proponenta, pozostającym poza zgodną wolą stron umowy. Przepis art. 385 §1 k.c. stanowi, że w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy strony są związane umową." Izba stwierdziła ponadto: „sięganie do regulacji zawartych w Rozdziale 12 pkt 12.1 OWU nie jest w ogóle konieczne. Zatem przywoływane przez Zamawiającego na tle powołanego Rozdziału wątpliwości nie mają żadnego znaczenia i z tego względu w ogóle nie podlegają ocenie. Zamawiający nie musi się bowiem zastanawiać, w jaki sposób do umowy ubezpieczenia mogą zostać wprowadzone dodatkowe czy też odmienne postanowienia od tych zawartych w OWU, co zostało wyżej stwierdzone ma drugorzędne znaczenie i znajduje zastosowanie jedynie w zakresie w jakim strony na podstawie zawartej umowy danej materii nie uregulowały.”

3. Nie uznał za zasadny - zarzut w związku z rzekomym brakiem złożenia przez TUnŻ W. S.A. prawidłowo sformułowanego oświadczenia w związku z treścią art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp, gdyż skutkiem wystosowanego wezwania wykonawca ten w wyznaczonym terminie złożył oświadczenie o treści wskazanej przez zamawiającego.

4. Nie uznał za zasadny - zarzut w zakresie braku wykluczenia z postępowania wykonawcy TUnŻ W. S.A. z uwagi na nieprawidłowe uzupełnienie informacji z KRK dla prokurentów W. S.A. Zamawiający powołał się na zmiany dokonane nowelizacją ustawy Pzp dnia 22.06.2016 roku, oraz wytyczne dyrektywy 2014/24/UE, w której motywie 85 stwierdzono, że istotne są decyzje instytucji zamawiającej, które opierały się na aktualnych informacjach w szczególności jeżeli chodzi o podstawę wykluczenia z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby że dany wykonawca staje się nie odpowiedni lub przeciwnie, z racji spłacenia zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, w związku z tym jest pożądaną by w miarę możliwości, instytucje Zamawiające weryfikowały takie informacje za pomocą dostępu do stosownych baz danych które powinny mieć charakter państwowy.

Zdaniem zamawiającego istotą zamówienia publicznego jest ocena czy dany wykonawca jest uprawniony do otrzymania jego realizacji - decydujący jest stan w momencie, w którym z wykonawcą podpisuje się umowę. Z tej tezy zamawiający wywodził, iż

dlatego też ustawodawca zrezygnował w art. 26 ust 3 Pzp z postanowienia, że uzupełnione dokumenty mają potwierdzać stan na datę złożenia ofert. Jeżeliby zamiarem ustawodawcy było żeby dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 Pzp odpowiadały wskazaniom art. 26 ust 1 Pzp i były sporządzone nie później niż z datą oznaczoną w wezwaniu do ich złożenia, to ustawodawca taki wymóg zdaniem zamawiającego, zamieścił by w treści 26 ust 3 Pzp. Zamawiający powołał się na wyroki Izby gdzie w odpowiedzi na odwołanie przytoczył sygnatury i tezy z nich wynikające, np. Sygn. akt: KIO 785/17.

5. Nie uznał za zasadny - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż obie złożone oferty w postępowaniu zostały sprawdzone z zastosowaniem tych samych metod i środków określonych w SIWZ i zgodnych z Pzp, a odwołujący próbuje doprowadzić do tego, aby zamawiający stosował podwójne standardy, gdy chodzi o ocenę OWU w zakresie w jakim odbiegają od postanowień załącznika nr 1 do SIWZ, z tym zastrzeżeniem, że klauzula kolizyjna dotyczyć powinna jedynie oferty odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wykonawcy W. S.A., korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami, akt sprawy odwoławczej Sygn. akt: KIO 1788/17.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiot zamówienia obejmuje usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin.

Rozdział VI SIWZ Podstawy wykluczenia

1. W postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozdział VII SIWZ wymagane oświadczenia i dokumenty

1. Oferta winna zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1.1 Wypełniony formularz ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ.

1.4 Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 5 pkt 1 oraz o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wypełnione na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wg informacji Załącznika nr 5 do SIWZ (...)

3. Oświadczenia zawarte w Załączniku nr 5 do SIWZ (...) stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów: (...)

3.5. informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, Prawo zamówień publicznych wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

3.8. Oświadczenie Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.

Rozdział XI SIWZ. Sposób przygotowania oferty.

Oferta winna zawierać oświadczenia i dokumenty wskazane w pkt 1 Rozdziału VII SIWZ.

Rozdział XII SIWZ. Termin składania ofert: 24.07.2017 r.

Rozdział XVI SIWZ. Kryteria oceny ofert.

Cena -60%

Klauzule fakultatywne - 40%.

Kryterium Klauzule fakultatywne - ocena polega na przyznaniu punktów za zastosowanie w ofercie dodatkowych klauzul rozszerzających ochronę ubezpieczeniową wg następujących zasad:

- rozszerzających ochronę o klauzule nr 1, 9,11 - zostanie przyznanych po 1 pkt za każdą klauzulę
- rozszerzających ochronę o klauzule nr 3,8,10,17,18,19 - zostanie przyznanych po 2 pkt za każdą klauzulę
- rozszerzających ochronę o klauzule nr 2,4,5,6,12 - zostanie przyznanych po 3 pkt za każdą klauzulę
- rozszerzających ochronę o klauzule nr 7,13,14,15,16 - zostanie przyznanych po 4 pkt za każdą klauzulę
- maksymalnie 50 pkt.

Zamawiający podał treść Klauzule fakultatywnych, wykonawca natomiast potwierdzał ich oferowanie w Formularzu ofertowym.

Rozdział XVI SIWZ. Informacje dotyczące oceny ofert, oraz ogłoszenia wyników przetargu.

Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta:

8.1. jest zgodna z przepisami ustawy Pzp, w zakresie niniejszego postępowania

8.2. odpowiada wszystkim wymaganiom SIWZ

8.3. została uznana za najkorzystniejszą w oparciu o przyjęte kryteria wyboru.

Załącznik nr 1 do SIWZ - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

W niniejszym Załączniku opisano zakres i warunki minimalne. Złożenie oferty zawierającej zapisy dotyczące wprowadzenia warunku zmieniającego zakres nie podlegający zmianom spowoduje odrzucenie oferty.

W opisie zawarto również warunki fakultatywne, których zastosowanie w ofercie podlegać będzie ocenie.

[pełny Załącznik nr 1 do SIWZ - SZCZEGÓŁOWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA został zamieszczony w protokole postępowania]

KLAUZULE FAKULTATYWNE (PODLEGAJĄCE OCENIE)

1. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność terytorialną ubezpieczyciela za świadczenie z tytułu pobytu Ubezpieczonego w szpitalu - polega na rozszerzeniu zakresu terytorialnego świadczenia z tytułu pobytu ubezpieczonego w szpitalu na terytorium całego świata - 1 pkt.

2. Klauzula dotycząca wypłaty świadczenia z tytułu ciężkiej choroby - Wykonawca zagwarantuje wypłatę świadczenia za wystąpienie każdej ciężkiej choroby u danego ubezpieczonego wymienionej w ramach zakresu obligatoryjnego, która wystąpi w trakcie trwania umowy ubezpieczenia bez względu na związek przyczynowo-skutkowy. Po wystąpieniu danej choroby odpowiedzialność towarzystwa wygasa w zakresie tej choroby - 3 pkt.

3. Klauzula rozszerzająca zakres poważnych zachorowań ubezpieczonego o dodatkowe jednostki chorobowe: paraliż, choroba Alzheimera, śpiączka, łagodny guz mózgu, utrata mowy - Zamawiający dopuszcza definicje zgodnie z OWU Wykonawcy - 2 pkt.

4. Klauzula dotycząca skrócenia okresu wyłączenia odpowiedzialności z tytułu samobójstwa - Wykonawca skróci okres wyłączenia odpowiedzialności z tytułu zgonu ubezpieczonego w wyniku samobójstwa do 6 miesięcy - 3 pkt.

5. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w sanatorium - Wykonawca uzna swą odpowiedzialność i przyzna świadczenie w przypadku otrzymania przez Ubezpieczonego skierowania na leczenie sanatoryjne potwierdzone przez

Narodowy Fundusz Zdrowia, Zakład Ubezpieczeń Społecznych lub Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Świadczenie przyznane będzie jeden raz w każdym okresie kolejnych 12 miesięcy liczonych od daty zawarcia umowy w wysokości 500zł. Towarzystwo wypłaci Ubezpieczonemu tylko jedno świadczenie z tytułu pobytu Ubezpieczonego w sanatorium związanego – odpowiednio - z tym samym nieszczęśliwym wypadkiem albo tą samą chorobą. Kwota świadczenia to 500,00 zł - 3 pkt.

6. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w szpitalu o pobyt w związku z leczeniem depresji i nerwicy - Ubezpieczyciel przyzna świadczenie w przypadku ubiegania się o wypłatę świadczenia w związku z leczeniem depresji lub nerwicy, których podłożem jest praca zawodowa. Ubezpieczyciel wypłaci świadczenia za maksymalnie 30 dni pobytu w szpitalu w każdym okresie kolejnych 12 miesięcy liczonych od daty zawarcia umowy - 3 pkt.

7. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w szpitalu w związku z chorobą za pobyty krótkotrwałe - świadczenie za pobyt w szpitalu winno być wypłacone za pobyt trwający co najmniej 2 dni w przypadku pobytu w związku z chorobą - pobyt liczony jako data przyjęcia i data wypisu ze szpitala - 4 pkt.

8. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność terytorialną ubezpieczyciela za świadczenie z tytułu operacji chirurgicznych - polega na uznaniu przez ubezpieczyciela odpowiedzialności za operacje chirurgiczne przeprowadzone w placówce medycznej zlokalizowanej na terytorium krajów UE - 2 pkt.

9. Klauzula rozszerzająca ochronę Ubezpieczyciela w przypadku świadczenia z tytułu osierocenia dziecka - polega na przyznaniu przez Ubezpieczyciela jednorazowego świadczenia dla każdego dziecka ubezpieczonego w przypadku zgonu ubezpieczonego mającego miejsce w okresie ochrony Ubezpieczyciela. Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba) do 25 roku życia lub bez względu na wiek w przypadku jego całkowitej niezdolności do pracy - 1 pkt.

10. Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku - w przypadku śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku Wykonawca wypłaci świadczenie w podwójnej wysokości jak za śmierć naturalną dziecka. Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (jeżeli nie żyje ojciec lub matka pasierba), pod warunkiem, że nie ukończyło 25 roku życia, a w przypadku akceptacji klauzuli nr 7 - bez względu na wiek dziecka - 2 pkt.

Odwołujący kwestionował, iż wykonawca W. S.A. w sposób nie uprawniony zadeklarował spełnienie klauzuli 9 i 10, gdyż treść złożonych Ogólnych Warunków Ubezpieczenia nie potwierdza, że według tych warunków ochrona taka jest oferowana.

11. Klauzula rozszerzająca definicję małżonka - Wykonawca uzna następującą definicję małżonka - osoba pozostająca z ubezpieczonym w związku małżeńskim, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa bez względu na fakt pozostawania w separacji - 1 pkt.

12. Klauzula rozszerzająca definicję rekonwalescencji - Wykonawca uzna odpowiedzialność za pobyt na zwolnieniu lekarskim wydanym przez oddział szpitalny, w którym odbywało się leczenie szpitalne, bezpośrednio po pobycie w szpitalu, pod warunkiem że pobyt w szpitalu trwał minimum 10 dni - 3 pkt.

13. Klauzula zastosowania definicji „zawału serca” określonej jako wystąpienie martwicy ograniczonego obszaru mięśnia sercowego jako skutek ostrego niedokrwienia, rozpoznane na podstawie typowego dla zawału serca bólu, nowych zmian w zapisie EKG potwierdzających wystąpienie świeżego zawału serca i znaczącego podwyższenia stężeń enzymów sercowych we krwi. Powyższa definicja odnosi się również do następujących świadczeń:

- Śmierć ubezpieczonego w wyniku zawału serca lub udaru mózgu,
 - Trwały uszczerbek na zdrowiu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu,
 - Pobyt Ubezpieczonego w szpitalu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu do 14 dni
 - Pobyt Ubezpieczonego w szpitalu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu powyżej 14 dni.
- 4 pkt.

14. Klauzula zastosowania definicji „udar mózgu” określonej jako nagłe, w efekcie trwałe uszkodzenie tkanki mózgowej na skutek ostrego niedokrwienia lub krwotoku śródczaszkowego, zaburzenie czynności mózgu prowadzące do trwałych ubytków neurologicznych wywołane wyłącznie przyczynami naczyniowymi – zamknięcie światła lub przerwanie ciągłości ściany naczynia mózgowego. Trwały deficyt neurologiczny musi zostać potwierdzony przez lekarza specjalistę neurologa. Za udar nie są uważane epizody przejściowego niedokrwienia ośrodkowego układu nerwowego, udar nie pozostawiający trwałego ubytku, a także uszkodzenia pourazowe. Powyższa definicja odnosi się również do następujących świadczeń:

- Śmierć ubezpieczonego w wyniku zawału serca lub udaru mózgu,
 - Trwały uszczerbek na zdrowiu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu,
 - Pobyt Ubezpieczonego w szpitalu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu do 14 dni
 - Pobyt Ubezpieczonego w szpitalu w wyniku zawału serca lub udaru mózgu powyżej 14 dni.
- 4 pkt.

15. Klauzula zastosowania definicji „nowotworu złośliwego” określonej jako Nowotwór złośliwy - rozrost i rozprzestrzenianie się w organizmie w sposób niekontrolowany komórek nowotworowych wykazujących cechy inwazji i destrukcji tkanek otaczających. Do nowotworów złośliwych zaliczane są także: chłoniaki, ziarnica złośliwa, białaczki, czerniak.

Za nowotwór złośliwy nie uważa się: nowotworów łagodnych, nowotworów skóry, nowotworów przedinwazyjnych in situ, nowotworów współistniejących z infekcją HIV oraz nowotworów nieinwazyjnych - 4 pkt.

16. Klauzula udostępnienia systemu do obsługi programu ubezpieczeniowego – Wykonawca udostępni w dniu zawarcia umowy system do obsługi programu ubezpieczeniowego umożliwiający dokonywanie w drodze elektronicznej przynajmniej niżej wymienionych czynności:

- prowadzenie ewidencji osób objętych programem ubezpieczenia,
- ewidencjonowanie osób przystępujących do programu ubezpieczenia,
- ewidencjonowanie osób występujących z programu ubezpieczenia,
- rozliczenie składek miesięcznych
- generowanie wniosku o wypłatę świadczeń z możliwością zgłaszania świadczeń poprzez łącza internetowe,
- generowanie wniosku o przejście na indywidualną kontynuację umożliwiające jego późniejsze wydrukowanie,
- ewidencjonowanie zmian danych osobowych osób objętych programem Ubezpieczenia,
- generowanie wniosku o wypłatę świadczeń umożliwiające jego późniejsze wydrukowanie.

Warunkiem udostępnienia systemu do obsługi programu ubezpieczeniowego w dniu zawarcia jest otrzymanie przez Towarzystwo odpowiednio wcześniej dokumentów umożliwiających wystawienie polisy i nadanie uprawnień do systemu - 4 pkt.

17. Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu poważnego zachorowania małżonka Ubezpieczonego – minimalny zakres chorób to: zawał serca, udar mózgu, chirurgiczne leczenie choroby wieńcowej by-pass, nowotwór złośliwy, niewydolność nerek, zakażenie wirusem HIV w następstwie transfuzji krwi, zakażenie wirusem HIV w trakcie wykonywania obowiązków zawodowych, anemia aplastyczna, oparzenia, utrata wzroku, sepsa, choroba Parkinsona, przeszczep dużych narządów, tężec, oponiak, ropień mózgu, odkleszczowe wirusowe zapalenie mózgu, za które Wykonawca wypłaci Ubezpieczonemu świadczenie w wysokości określonej w tabeli świadczeń. Zamawiający dopuszcza definicje w/w chorób zgodnie z OWU Wykonawcy. Zamawiający dopuszcza definicje zgodnie OWU Wykonawcy. Kwota świadczenia to 5 000,00 zł i dotyczy Wariantu I i Wariantu II - 2 pkt.

18. Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność o zdarzenia wypadkowe w związku z amatorskim uprawianiem sportów - Wykonawca uzna odpowiedzialność w związku nieszczęśliwym wypadkiem spowodowanym amatorskim uprawianiem sportów nie mającym ryzykownego charakteru lub udziałem ubezpieczonego w zajęciach sportowych lub

rekreacyjnych nie mającym ryzykownego charakteru, przy czym za takie uważa się w szczególności narciarstwo i snowboarding (z wyłączeniem ekstremalnego), turystyczne spływy kajakowe, nurkowanie bez specjalistycznego sprzętu umożliwiającego oddychanie pod wodą, jazdę gokartami, jazdę quadami, uczestnictwo w rywalizacjach sportowych bez użycia pojazdów kołowych, łodzi, koni lub nart wodnych - 2 pkt.

19. Klauzula uprawniająca do zniżek marketingowych w wybranych ubezpieczeniach majątkowych - Ubezpieczyciel przyzna prawo do zniżek w ubezpieczeniach majątkowych, komunikacyjnych i osobowych osobom, które przystąpią do ubezpieczenia grupowego w wysokości 10% - 2 pkt.

OKRES UBEZPIECZENIA, WARUNKI PŁATNOŚCI ZAMÓWIENIA

Przewidywany termin realizacji zamówienia: 01-10-2017 r. – 30.09.2019 r.

Przez pojęcie „termin realizacji zamówienia” rozumie się przedział czasowy, w którym udzielona jest ochrona ubezpieczeniowa zgodnie z zawartą umową ubezpieczenia.

POSTANOWIENIA WSPÓLNE

Załącznik nr 4 do SIWZ stanowi dokument wymagany w ofercie zgodnie z punktem VII SIWZ, zaś przyjęty w ofercie zakres zostanie oceniony zgodnie z kryteriami opisanymi w punkcie XVI SIWZ.

Postanowienia SIWZ oraz wypełnionego przez Wykonawcę formularza (Załącznik nr 4 do SIWZ - Formularz Ofertowy) mają pierwszeństwo nad postanowieniami Ogólnych /szczególnych Warunków Ubezpieczenia danego Wykonawcy, które stanowią uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w wyżej wymienionych dokumentach.

Jeżeli w treści OWU znajdują się zapisy dotyczące szerszego zakresu ochrony niż opisany w Załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ i w złożonej ofercie, to automatycznie zostają one włączone do ochrony ubezpieczeniowej.

Przyjęcie warunków przetargu jest jednoznaczne z przyjęciem wzoru umowy zawartym w Załączniku nr 3 do niniejszej SIWZ.

Zał. nr 3 do SIWZ Wzór umowy

§ 1. 1. Przedmiotem umowy jest świadczenie przez Wykonawcę usługi polegającej na grupowym ubezpieczeniu na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. Pirogowa w Łodzi oraz członków ich rodzin.

2. Zakres ubezpieczenia dla Wariantu I oraz dla Wariantu II został określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwana też „Specyfikacją”) i Formularzu ofertowym złożonym w dniu ... r. (zwanym dalej „Oferta Wykonawcy”), stanowiących integralną część niniejszej Umowy.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać przedmiot Umowy zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji oraz złożonej Ofercie Wykonawcy.

§ 3. 1. Dokumentem świadczenia usługi opisanej w § 1 będą polisy ubezpieczeniowe na następujący okres.....r. dor.

2. Wykonawca zobowiązany jest do wystawienia i doręczenia Zamawiającemu certyfikatów ubezpieczenia dla każdego Ubezpiezonego objętego ochroną ubezpieczeniową lub Wykonawca umożliwi wydruk certyfikatów dla każdego Ubezpiezonego objętego ochroną ubezpieczeniową potwierdzających objęcie ubezpieczeniem, poprzez system informatyczny do obsługi ubezpieczenia.

§ 7.1. W sprawach nieuregulowanych postanowieniami niniejszej umowy mają zastosowanie ogólne/szczególne warunki ubezpieczeń Wykonawcy, przepisy ustawy z dnia 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. 2015 r. poz. 1844), a także odpowiednie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2017 r. poz. 459) oraz ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).

Załącznik nr 4 do SIWZ Formularz ofertowy ma następującą treść:

2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z warunkami udzielenia zamówienia publicznego na usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin, zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosimy do nich zastrzeżeń.

3. Postanowienia SIWZ oraz niniejszego formularza mają pierwszeństwo nad postanowieniami (ogólnych) warunków ubezpieczenia, które stanowią uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w wymienionych dokumentach.

4. Jeżeli w treści (ogólnych) warunków ubezpieczenia znajdują się postanowienia dotyczące szerszego zakresu ochrony niż opisany w SIWZ i w złożonej ofercie, to automatycznie zostają one włączone do ochrony ubezpieczeniowej.

5. Składki, zakres ubezpieczenia oraz wysokości świadczeń określone w ofercie pozostaną bez zmian przez okres obowiązywania umowy ubezpieczenia.

6. Wykonawca oświadcza, że jest związany niniejszą ofertą w okresie wskazanym w SIWZ.

7. Akceptujemy treść wzoru umowy - Załącznik nr 3 do SIWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wygrania przetargu, do zawarcia umowy ubezpieczenia w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

8. Oferujemy usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin zgodnie z warunkami opisanymi w Załączniku nr 1 do SIWZ jako ZAKRES MINIMALNY (obligatoryjny) oraz

dotatkowo w zakresie preferowanym (fakultatywnym) zgodnie z niniejszym Załącznikiem nr 4 do SIWZ (pkt 11).

10. Cena zamówienia (...).

11. Klauzule fakultatywne

Lp. Nazwa klauzuli; Liczba punktów za przyjęcie klauzuli; Prosimy wpisać „tak” lub „nie”

1 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność terytorialną ubezpieczyciela za świadczenie z tytułu pobytu Ubezpieczonego w szpitalu - 1 punkt ...

2 Klauzula dotycząca wypłaty świadczenia z tytułu ciężkiej choroby -3 punkty ...

3 Klauzula rozszerzająca zakres poważnych zachorowań ubezpieczonego o dodatkowe jednostki chorobowe - 2 punkty

4 Klauzula dotycząca skrócenia okresu wyłączenia odpowiedzialności z tytułu samobójstwa - 3 punkty

5 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w sanatorium - 3 punkty

6 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w szpitalu o pobyt w związku z leczeniem depresji i nerwicy- 3 punkty

7 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność ubezpieczyciela z tytułu pobytu w szpitalu w związku z chorobą za pobyty krótkotrwałe - 4 punkty

8 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność terytorialną ubezpieczyciela za świadczenie z tytułu operacji chirurgicznych - 2 punkty

9 Klauzula rozszerzająca ochronę Ubezpieczyciela w przypadku świadczenia z tytułu osierocenia dziecka - 1 punkt

10 Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku - 2 punkty.....

11 Klauzula rozszerzająca definicje małżonka - 1 punkt

12 Klauzula rozszerzająca definicję rekonwalescencji- 3 punkty

13 Klauzula zastosowania definicji „zawału serca” - 4 punkty

14 Klauzula zastosowania definicji „udar mózgu” - 4 punkty

15 Klauzula zastosowania definicji „nowotworu złośliwego” - 4 punkty

16 Klauzula udostępnienia systemu do obsługi programu ubezpieczeniowego - 4 punkty.

17 Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu ciężkiego zachorowania małżonka Ubezpieczonego - 2 punkty

18 Klauzula rozszerzająca odpowiedzialność o zdarzenia wypadkowe w związku z amatorskim uprawianiem sportów - 2 punkty

19 Klauzula uprawniająca do zniżek marketingowych w wybranych ubezpieczeniach majątkowych - 2 punkty

W kwestiach powyżej nieuregulowanych do umowy mają zastosowanie następujące ogólne warunki ubezpieczenia:

Od a. do e.

Zamawiający udzielał wyjaśnień do SIWZ pismem z dnia 12 lipca 2017 r. doprecyzował:

- definicję choroby (...)
- brzmienie klauzuli fakultatywnej nr 10
- podział operacji chirurgicznych na 5 klas
- definicję OIOM/OIT

W odpowiedzi na pytanie nr 8 zamawiający podał, że akceptuje stosowanie innych tożsamyh nazw poszczególnych ryzyk.

Do wyznaczonego terminu 24.07.2017 r. Oferty złożyło 2 wykonawców

1. Odwołujący: Powszechny Z. U. na Ż. S.A., cena brutto - 2 180 400 zł,

1. Przystępujący: T. U. na Ż. "W." S.A., cena brutto - 2 196 400 zł.

Przystępujący: T.U. na Ż. "W." S.A., złożył wypełniony Formularz oferty, zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ (pkt 11).

Przystępujący podał że: W kwestiach powyżej uregulowanych do umowy mają zastosowanie ogólne warunki ubezpieczenia: EBP/ZUB/2015/02

Wykonawca W. S.A. złożył Ogólne warunki ubezpieczenia – G. U. na Ż. W. Ekstrabiznes Plus.

Wykonawca mógł podać jedynie oznaczenie ogólnych warunków. Od wykonawcy zażądało czy je załączył do oferty. Zamawiający tego nie wymagał wprost.

Wykonawca W. S.A. oznaczył w Formularzu ofertowym oferowane Klauzule fakultatywne, które podlegały dodatkowej ocenie w kryterium, w tym kwestionowane przez odwołującego klauzule nr 9 i 10.

1. Klauzula fakultatywna nr 10. Zapis z SIWZ: Klauzula rozszerzająca ochronę ubezpieczeniową o wypłatę świadczenia z tytułu śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku - w przypadku śmierci dziecka w wyniku nieszczęśliwego wypadku Wykonawca wypłaci świadczenie w podwójnej wysokości jak za śmierć naturalną dziecka. Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (jeżeli nie żyje ojciec lub matka pasierba) - bez względu na wiek dziecka - 2 pkt. „TAK”

2. Klauzula fakultatywna nr 9. Zapis SIWZ: Klauzula rozszerzająca ochronę Ubezpieczyciela w przypadku świadczenia z tytułu osierocenia dziecka - polega na przyznaniu przez ubezpieczyciela jednorazowego świadczenia dla każdego dziecka ubezpieczonego w przypadku zgonu ubezpieczonego mającego miejsce w okresie ochrony ubezpieczyciela.

Dotyczy dziecka własnego, przysposobionego lub pasierba (pod warunkiem, że nie żyje matka lub ojciec pasierba), do 25 roku życia lub bez względu na wiek w przypadku jego całkowitej niezdolności do pracy - 1 pkt. „TAK”

Wykonawca T. U. na Ż. "W." S.A. załączył do oferty aktualne na dzień składania ofert (...) oświadczenie w formie jednolitego dokumentu JEDZ (Cz. III Podstawy wykluczenia), zawierające jego zapewnienie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2017 r. zamawiający wezwał Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie W. S.A. w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jako że ta oferta została najwyżej oceniona w kryteriach do złożenia w terminie do 12 sierpnia 2017r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności [między innymi]:

II. 3. Informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13,14,21 ustawy Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

5. Oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne - art. 24 ust. 1 pkt 22 Pzp.

Przy piśmie z 10 sierpnia 2017 r. wykonawca W. S.A. uzupełnił między innymi Informacje z KRK (i odpowiedniki dla osób mających miejsce zamieszkania za granicą) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13,14, ustawy Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla członków zarządu i organu nadzorczego.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że wykonawca W. S.A. nie złożył na powyższe wezwanie dokumentów potwierdzających niekaralność prokurentów spółki, których zgodnie z załączonym odpisem KRS jest 15-tu.

Złożył oświadczenie, że wobec T. U. na Ż. "W." S.A. nie orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2017 r. powiadomił wykonawców, że wybrał ofertę T. U. na Ż. "W." S.A., której ogółem przydzielił 73,97 pkt.

Oferta odwołującego otrzymała 63,20 pkt

W dniu 28 sierpnia 2017 r. P. Z. U. na Ż. S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia, zaniechanie uznania oferty za odrzuconą oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T. U. na Ż. „W.” S.A., podczas gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu,
5. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania wykluczenia wykonawcy T. U. na Ż. „W.” S.A. oraz uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazania Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty tego wykonawcy,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił prawie identyczne uzasadnienie zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia przystępującego z postępowania i podstaw dla odrzucenia jego oferty.

Dnia 1 września 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca T. U. na Ż. „W.” S.A.

Zamawiający pismem z 8 września 2017 r. w odpowiedzi na odwołanie, podał że uwzględni odwołanie w części odnoszącej się do braku podstaw na obecnym etapie postępowania do wyboru oferty W. S.A. w związku z brakiem złożenia przez tego wykonawcę kompletnych dokumentów (w tym oświadczeń) podmiotowych wymaganych w SIWZ jak i wskazanych w wezwaniu zamawiającego z dnia 1 sierpnia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (dotyczy zarzutu I. pkt 1.1.-1.4 i 1.6.-1.7.).

W związku z powyższym zamawiający unieważnił pismo z dnia 18 sierpnia 2017 r. - wybór oferty W. S.A. (o czym odrębnie zawiadomił wykonawców) i zapowiedział, że dokona ponownego badania i oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp i SIWZ.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w sprawie sygn. akt KIO 1788/17 w dniu 12 września 2017 r. złożył oświadczenie, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący – T. U. na Ż. „W.” S.A. nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia odwołania.

Postanowieniem z dnia 12 września 2017 r. w sprawie Sygn. akt: KIO 1788/17 Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający dnia 31 sierpnia 2017 r. przesłał do wykonawców pismo, że unieważnia wybór oferty T. U. na Ż. „W.” S.A. z dnia 18 sierpnia 2018 r. i dokona ponownej oceny ofert.

Zamawiający przesłał do wykonawcy W. S.A. w dniu 1 września 2017 r. pismo następującej treści. „Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa TUnŻ Warta S.A., którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w terminie do 07.09.2017r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wymaganych w pkt 3 Rozdziału VII SIWZ., tj.:

- 1) *Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14,i 21 wystawionych nie wcześniej niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert. W załączonych dokumentach w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.08.2017 r. brak informacji z KRK dla osób pełniących funkcje prokurentów,*
- 2) *oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. W załączonym oświadczeniu Wykonawca sformułował odmiennie treść oświadczenia od zapisów ppkt 3.8.*

- wyznaczając dla tej czynności termin do 7 września 2017 r.

Dnia 7 września 2017 r. wykonawca W. S.A. przesłał zamawiającemu dokumenty: Informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla osób pełniących funkcje prokurentów, część z zaświadczeń nosi daty 5 września 2017 (dot.: P. M.; W. T.; K. T.; J. S.) i potwierdza że osoby te nie figurują w Kartotece Karnej KRK dnia 5 września 2017 r., Informacje te mieszczą się w okresie 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Dla pozostałych prokurentów: Ś. A.; D. M., M. R.; R. T.; K. W.; P. P.; G. B.; Ł. M. K. Bartosz; S. R.; M. P. - Informacje z KRK o niekaralności zostały wystawione w dniu 8 czerwca 2017 r., mieszczą się w dacie wyznaczonej wezwaniem z dnia z dnia 1 sierpnia 2017 r. tj. do 12 sierpnia 2017r. „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów”, mieszczą się również w terminie nie dłuższym niż 6 m-cy przed datą składania ofert - 24.07.2017 r.

Zamawiający wzywał odwołującego oraz przystępującego pismem z dnia 4 października 2017 r. do wyjaśnień treści ich ofert na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wykonawcy udzielili żądanych wyjaśnień.

W swoich wyjaśnieniach z dnia 9 października 2017 r. odwołujący zawarł stwierdzenie: „Z daleko posuniętej ostrożności, wykonawca w zakresie całości złożonej oferty powołuje się na złożone przez siebie oświadczenie zawarte w postanowieniu dodatkowym z dnia 21 lipca 2017 roku, zgodnie, z którymi w przypadku braku zgodności OWU z SIWZ obowiązują

nadrzędne nad OWU postanowienia SIWZ; samych zapisów SIWZ wykonawca nie cytuje gdyż są one znane Zamawiającemu”.

Pismem z dnia 3 listopada 2017 r. przesłanym drogą elektroniczną zamawiający powiadomił, że ponownie wybrał ofertę wykonawcy W. S.A.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że wybór oferty wykonawcy T. U. na Ż. "W." S.A. nastąpił z naruszeniem ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażało odwołującego na poniesienie szkody.

Ad zarzut I naruszenia przez zamawiającego art. 186 ust. 2 Pzp przez dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu odwołującego z dnia 28 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1788/17) uwzględnionym w całości przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2017 r.

Faktem jest, że zamawiający w pisemnej odpowiedzi na to odwołanie, podał, że: „uwzględnia odwołanie wniesione przez P. Z. U. na Ż. S.A. w sprawie sygn. akt: KIO 1788/17 w części odnoszącej się do braku podstaw na obecnym etapie postępowania do wyboru oferty W. S.A. w związku z brakiem złożenia przez tego wykonawcę kompletnych dokumentów (w tym oświadczeń) podmiotowych wymaganych w SIWZ, jak i wskazanych w wezwaniu zamawiającego z dnia 1 sierpnia w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (dotyczy zarzutu I.pkt 1.1.-1.4 i 1.6.-1.7.).” Następnie zaś, w trakcie posiedzenia Izby z udziałem stron w dniu 12 września 2017 r.- finalnie uwzględnił rzeczone odwołanie w całości, w związku z czym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że rzeczywistym zamiarem zamawiającego nie było wykonanie w całości żądań odwołującego - wykluczenia wykonawcy W. S.A. z przetargu i odrzucenia jego oferty, lecz powtórzenie czynności badania ofert i doprowadzenie do uzupełnienia stwierdzonych braków oferty W. S.A., o czym zamawiający powiadomił wykonawców odrębnie pismem z dnia 31 sierpnia 2017 r. informując, że: „unieważnia wybór oferty T. U. na Ż. „W.” S.A. z dnia 18 sierpnia 2018 r., i że dokona ponownej oceny ofert.” Działanie takie było jednak zgodne z żądaniem odwołującego w jego odwołaniu z dnia 28 sierpnia 2017 r., w którym wnosił - pkt 3. „o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.”

Wykonawca wnoszący odwołanie winien mieć świadomość, że wnioskowane przez niego powtórzenie czynności badania i oceny ofert - mogło doprowadzić do odmiennych rezultatów, niż postulował w odwołaniu, zwłaszcza odnoszących się do żądania wykluczenia wykonawcy W. S.A. z postępowania i odrzucenia złożonej oferty.

Ustawodawca w art. 186 ust. 3a Pzp przewidział możliwość uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z konsekwencją rozpatrzenia przez Izbę pozostałych zarzutów, jeżeli nie zostaną wycofane przez odwołującego. Z kolei przepisy ustawy Pzp w art. 186 ust. 4 wyznaczają przystępującemu po stronie zamawiającego wykonawcy - czynny udział w obronie własnej oferty, poprzez wniesienie sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości lub w części przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący W. S.A. z tej możliwości nie skorzystał.

Co do zasady, Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby sygn. akt: KIO 2083/12, że: *„zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu (...) winien rozważyć zasadność zgłoszonych żądań. Jeżeli zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą.”*

Art. 186 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniesie sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze, a zamawiający wykonuje, powtarza, lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis art. 186 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter proceduralny, jednakże konsekwencje zastosowania tej normy dotyczą postępowania przetargowego - nakazu wykonania, powtórzenia lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uwzględnienie przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, z góry podjętym zamiarem lub obiektywną niemożliwością respektowania żądań wykonawcy, pozostaje w kolizji z zasadami wynikającymi z Dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L. 335/31 z 20.12.2007) - w szczególności skuteczności i efektywności tych procedur.

Z tych też względów, działania zamawiającego po uwzględnieniu odwołania - nie mogą mieć charakteru pozornego - dotyczącego powtórzenia czynności bez realnej ku temu potrzeby.

Izba uwzględniła jednak, że zamawiający nie mógł zadośćuczynić żądaniom zawartym w odwołaniu P. Z. U. na Ż. S.A. wniesionym dnia 28 sierpnia 2017 r. rozpatrywanym pod sygn. akt: KIO 1788/17 - i wykluczyć wykonawcy W. S.A. z postępowania, skoro nie wyczerpał obligatoryjnych procedur naprawczych wobec oferty

skarżonego wykonawcy, zwłaszcza nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem umożliwienia przystępującemu uzupełnienia brakujących dokumentów - informacji z KRK dla prokurentów spółki, lub innych oświadczeń.

Zamawiający nie powinien podejmować działań - uzasadniających jedynie decyzję o uwzględnieniu odwołania, bez względu na możliwy rezultat. Zamawiający spodziewał się, że zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy W. S.A. z treścią SIWZ - nie zasługiwał na uwzględnienie i dlatego w piśmie z dnia 8 września 2017 r. nie uwzględnił tego zarzutu. Jednakże czynności zamawiającego - wezwanie odwołującego oraz przystępującego pismami z dnia 4 października 2017 r. do wyjaśnień treści ich ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp miały również swój sens. Uświadomiły wykonawcy PZU, że również z oczywistych względów między OWU przedstawionymi przez niego a szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w zał. nr 1 do SIWZ występują rozbieżności, co do których w obawie o los własnej oferty - odwołujący zajął stanowisko zgodne z postanowieniami SIWZ, że: „Z daleko posuniętej ostrożności, wykonawca w zakresie całości złożonej oferty powołuje się na złożone przez siebie oświadczenie zawarte w postanowieniu dodatkowym z dnia 21 lipca 2017 roku, zgodnie, z którymi w przypadku braku zgodności OWU z SIWZ obowiązują nadrzędne nad OWU postanowienia SIWZ; samych zapisów SIWZ wykonawca nie cytuje gdyż są one znane Zamawiającemu”.

Działania zamawiającego, podjęte po wniesieniu odwołania z dnia 28 sierpnia 2017 r. są nowymi i powtórzonymi czynnościami, na które przysługiwało złożenie nowego środka ochrony prawnej, z czego odwołujący skorzystał.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Ad zarzut II naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Warta S.A., zaniechanie uznania tej oferty za odrzuconą oraz wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia.

Przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- a) nie podlegają wykluczeniu
- b) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego (...).

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających - pkt 3) brak podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp do oferty (wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (...)) oświadczenie [w tym przypadku w formie jednolitego dokumentu JEDZ w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w SIWZ]. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca T. U. na Ż. "W." S.A. załączył do oferty aktualne na dzień składania ofert (...) oświadczenie w formie jednolitego dokumentu JEDZ, (w tym cz. III Podstawy wykluczenia), zawierające jego zapewnienie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu - stanowiące wstępne potwierdzenie tych faktów.

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie oświadczeń lub dokumentów aktualnych na dzień złożenia potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zatem zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy odnoszonych również do braku podstaw do wykluczenia. Treść powyższego przepisu wyznacza obecnie, tzn. po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. z o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) - rutynowy element procedury przetargowej.

Z poczynionych przez Izbę ustaleń dowodowych wynikają bezsporne fakty, że na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 1 sierpnia 2017 r. - bowiem oferta przystępującego W. S.A. została najwyżej oceniona w kryteriach - do złożenia w terminie do 12 sierpnia 2017r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności [między innymi]:

II.3. Informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 13, 14, 21 ustawy Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

5. Oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne

- wykonawca W. S.A. przy odpowiedzi z dnia 10 sierpnia 2017 r. nie przedstawił zaświadczeń dla 15-tu prokurentów ujawnionych w tym charakterze w przedstawionym odpisie z KRS. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego (...) lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13 Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych - stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z brzmienia wskazanego wyżej przepisu wynika, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest obowiązkiem zamawiającego.

Realizując powyższy obowiązek zamawiający wezwał wykonawcę W. S.A. pismem z dnia 1 września 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia [uzupełnienia] w terminie do 7 września 2017 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymaganych w rozdziale VII pkt 3 SIWZ:

- 1) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 Pzp, wystawionych nie wcześniej niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert dla osób pełniących funkcje prokurentów, gdyż w załączonych dokumentach w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1.08.2017 brak informacji z KRK dla prokurentów.
- 2) Oświadczenia Wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. W załączonym oświadczeniu Wykonawca sformułował odmiennie treść oświadczenia od zapisów pkt 3.8 Rozdziału VII SIWZ

- wyznaczając dla tej czynności termin do 7 września 2017 r.

Dnia 7 września 2017 r. wykonawca W. S.A. przesłał zamawiającemu dokumenty informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla osób pełniących funkcje prokurentów, część z zaświadczeń nosi daty 5 września 2017 (dot.: P. M.; W. T.; K. T.; J. S.), mieszczących się w terminie nie dłuższym niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert, tj. - 24 lipca 2017 r..

Dla pozostałych prokurentów: Ś. A.; D. M., M. R.; R. T.; K. W.; P. P.; G. B.; Ł. M. K. B.; S. R. ; M. P. - zaświadczenia z KRK o niekaralności zostały wystawione w dniu 8 czerwca 2017 i mieszczą się w dacie wyznaczonej wezwaniem z dnia z dnia 1 sierpnia 2017 r. tj. do 12 sierpnia 2017r. „aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów”, i jednocześnie mieszczących się w terminie nie dłuższym niż 6 m-cy przed upływem terminu składania ofert, tj. - 24 lipca 2017 r.

W ocenie Izby, przedstawione przez W. S.A. informacje z KRK z daty 5 września 2017 r. w odniesieniu do prokurentów w osobach: P. M.; W. T. ; K. T.; J. S., poświadczające niekaralność tych osób w wymienionej dacie - nie odpowiadały wprost wskazaniu wezwania z dnia 1 sierpnia 2017 r., gdyż powinny one być wydane na datę nie późniejszą niż do 12 sierpnia 2017r., jaką zamawiający wyznaczył w wezwaniu pierwotnym z dnia 1 sierpnia 2017 r., kiedy wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia w terminie do 12 sierpnia 2017r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Jeżeli zamawiający korzysta z procedury wyznaczonej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnione przez wykonawcę dokumenty winny poświadczać brak podstaw do wykluczenia w oznaczonej dacie z wezwania w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp. W tym przypadku potwierdzając stan rzeczy deklarowany w ofercie wykonawcy W. S.A. - brak podstaw do wykluczenia - nie później niż 12 sierpnia 2017 r. i nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Nie oznacza to jednak, że przedstawione przez W. S.A. informacje z KRK z daty 5 września 2017 r. w odniesieniu do prokurentów w osobach: P. M.; W. T.; K. T.; . S., poświadczające niekaralność tych osób w tej samej dacie, dawałyby samo przez się podstawę do wykluczenia wykonawcy W. S.A. z postępowania. Przystępujący w swojej ofercie w JEDZ złożył oświadczenie (zapewnienie), że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a informacją z KRK odnośnie prokurentów z dnia 5 września 2017 r. o ich niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp - to zapewnienie podtrzymał.

Przepis art. 25a ust. 1 Pzp, mówiący, że do oferty (wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert (...)) oświadczenie w formie jednolitego dokumentu JEDZ w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu lub w SIWZ przesądza, że na ten moment wykonawca W. S.A. prawidłowo potwierdził wstępnie brak podstaw do wykluczenia z postępowania, które to oświadczenie zastępuje odnośne dokumenty, na tym etapie postępowania, gdyż ustawodawca uznał za celowe odformalizowanie postępowania i żądanie przedstawienia dokumentów jedynie od wykonawcy, który uzyskuje zamówienie.

Brak było przesłanek, aby kwestionować, że od daty złożenia oferty wykonawcy W. S.A. zaszły jakieś zmiany w powyższym zakresie, a odwołujący oprócz teoretycznych sugestii i przypuszczeń - nie dostarczył żadnego dowodu, że przedstawiony stan rzeczy w ofercie W. S.A. - wraz z dokumentami uzupełnionymi nie odpowiadał faktom.

Rozstrzygając przedmiotowy zarzut należało odpowiedzieć na pytanie, czy informacja z KRK wystawiona z datą 5 września 2017 r., poświadczająca niekaralność prokurentów w

osobach: P. M.; W. T.; K. T.; J. S., może być uznana za zaprzeczającą składanym przez W. S.A. oświadczeniom w JEDZ o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania?

Odpowiedź na tak postawione pytanie daje orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 11 maja 2017r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama (...), w którym odnosząc się także do regulacji krajowych, stwierdzono (pkt 37), że: „*W każdym razie mogące ciążyć na instytucji zamawiającej na podstawie prawa krajowego zobowiązanie do wezwania oferentów do dostarczenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, których nie przedstawili oni w terminie składania ofert, lub do poprawienia tych oświadczeń i dokumentów w przypadku błędów można dopuścić wyłącznie jeżeli poczynione uzupełnienia lub poprawki pierwotnej oferty nie doprowadzą do jej istotnej zmiany. Z pkt 40 wyroku z dnia 29 marca 2012 r., SAG ELV Slovensko i in. (C-599/10) wynika bowiem, że pierwotną ofertę można poprawić w celu usunięcia oczywistych omyłek tylko w wyjątkowych przypadkach i tylko jeżeli zmiana nie doprowadzi do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.*” Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE nie różnicuje przy tym strony przedmiotowej i podmiotowej oferty, stosując do odnoszących się dokumentów na wykazanie braku podstaw do wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu te same standardy, co do treści oferty *stricte*.

Zdaniem Izby przez przedłożenie informacji z KRK dla części prokurentów z daty 5 września 2017 r. przystępujący nie zmienił treści swojej oferty. Od dawna w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych ugruntowany jest też pogląd, że nie tyle jest istotna data wystawienia określonego dokumentu, przedstawionego dodatkowo na wezwanie zamawiającego, ale treść która potwierdza spełnienie warunku lub brak podstaw do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania.

W niniejszej sprawie zachodziły również inne okoliczności przemawiające za trafnością podjętego rozstrzygnięcia. Jeżeli zamawiający korzysta z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to powinien zastosować go w całości i zgodnie z jego brzmieniem. Przepis ten upoważnia zamawiającego do wyznaczenia daty, do której uzupełniany (brakujący dokument) ma być złożony. Zamawiający natomiast wzywając przystępującego W. S.A. o uzupełnienie brakujących Informacji z KRK dla prokurentów, użył określenia, że wymaga aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, wymaganych w rozdziale VII pkt 3 SIWZ (...). Wykonawca W. S.A. to żądanie spełnił wprost.

Nie można było pominąć, że ustawodawca w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp upoważnił zamawiającego, w przypadku jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub

dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania (...), a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Na podstawie tego przepisu zamawiający może wyznaczyć wykonawcy termin do uzupełnienia dokumentu, jeżeli np. przed zawarciem umowy poweźmie wiadomość, że we władzach podmiotu, którego oferta została najwyżej oceniona, lub wybrana do realizacji zamówienia zaszły zmiany osób, dla których nie przeprowadzono weryfikacji w celu potwierdzenia ich niekaralności. Prowadzi to do tożsamyh skutków jak wykorzystanie procedury określonej normą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co potwierdza między innymi wyrok KIO z dnia 9 maja 2017r. sygn. akt: KIO 785/17.

W każdym razie wykonawca wzywany ma udokumentować swoją ofertę - w kierunku wykazania, że ta oferta od chwili złożenia pozostała niezmienna i nadal potwierdza brak podstaw do wykluczenia. Zdaniem Izby ze względu na tak podkreślaną w orzecznictwie TSUE konieczność przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców i przejrzystości procedur przetargowych (przewidywalności działań zamawiającego dla wykonawców decydujących się na złożenie oferty) - nie mogłoby dochodzić do sytuacji, gdzie wykonawca niespełniający warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia na moment składania oferty - uzyskiwałby takie atrybuty w trakcie prowadzonej procedury i w tej fazie postępowania udowadniałby to przy pomocy uzupełnianych dokumentów.

Izba za całkowicie chybiony uznała zarzut wadliwie złożonego oświadczenia przez W. S A. z dnia z dnia 9 sierpnia 2017 r., że: „W. T. U.na Ż. "W." S.A. nie orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego,” gdyż treść tego oświadczenia może być rozumiana w kontekście dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 22 ustawy Pzp, który przewiduje wykluczenie wykonawcy: „wobec którego orzeczono tytułem środka zapobiegawczego zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne.”

Ponadto przedmiotowe oświadczenie zostało uzupełnione 7 września 2017 r. - w treści wprost wymaganej przez zamawiającego (rozdział VII pkt 3.8 SIWZ,) stanowiącej jedynie powtórzenie dyspozycji normy prawnej.

Zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego może być zastosowany jako środek zapobiegawczy wobec osoby fizycznej - oskarżonego (art. 276 Kpk). Zakaz powinien być stwierdzony prawomocnym orzeczeniem, tj. wyrokiem lub postanowieniem. Przywołany przez odwołującego na rozprawie art. 250 § 4 Kpk, że omawiany zakaz może być wydany przez prokuratora, nie dotyczy tej materii. Zdaniem Izby, oświadczenie że: „W. T. U. na Ż. "W." S.A. nie orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakazu ubiegania się o

udzielenie zamówienia publicznego” - zostało prawidłowo sformułowane i nawet nie zachodziły podstawy do żądania jego uzupełnienia.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Ad zarzut III naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, niezgodności oferty W. S.A. z treścią SIWZ.

Niewątpliwie zamawiający uregulował w SIWZ zagadnienia odnoszące się do treści oferty w sposób jednoznaczny, postanawiając.

Załącznik nr 4 do SIWZ stanowi dokument wymagany w ofercie zgodnie z punktem VII SIWZ, zaś przyjęty w ofercie zakres zostanie oceniony zgodnie z kryteriami opisanymi w punkcie XVI SIWZ.

Postanowienia SIWZ oraz wypełnionego przez Wykonawcę formularza (Załącznik nr 4 do SIWZ - Formularz Ofertowy) mają pierwszeństwo nad postanowieniami Ogólnych /szczególnych Warunków Ubezpieczenia danego Wykonawcy, które stanowią uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w wyżej wymienionych dokumentach.

Jeżeli w treści OWU znajdują się zapisy dotyczące szerszego zakresu ochrony niż opisany w Załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ i w złożonej ofercie, to automatycznie zostają one włączone do ochrony ubezpieczeniowej.

Przyjęcie warunków przetargu jest jednoznaczne z przyjęciem wzoru umowy zawartym w Załączniku nr 3 do niniejszej SIWZ.

Zał. nr 3 do SIWZ Wzór umowy podaje.

§ 2. Zakres ubezpieczenia dla Wariantu I oraz dla Wariantu II został określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwaną też „Specyfikacją”) i Formularzu ofertowym złożonym w dniu ... r. (zwanym dalej „Ofertą Wykonawcy”), stanowiących integralną część niniejszej Umowy.

3. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać przedmiot Umowy zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji oraz złożonej Ofercie Wykonawcy.

§ 7.1. W sprawach nieuregulowanych postanowieniami niniejszej umowy mają zastosowanie ogólne/szczególne warunki ubezpieczeń Wykonawcy, przepisy ustawy z dnia 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. 2015 r. poz. 1844), a także odpowiednie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. 2017 r. poz. 459) oraz ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164).

Zał. nr 4 do SIWZ Formularz ofertowy ma następującą treść:

2. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z warunkami udzielenia zamówienia publicznego na usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego

Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin, zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i nie wnosimy do nich zastrzeżeń.

3. Postanowienia SIWZ oraz niniejszego formularza mają pierwszeństwo nad postanowieniami (ogólnych) warunków ubezpieczenia, które stanowią uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w wymienionych dokumentach.

4. Jeżeli w treści (ogólnych) warunków ubezpieczenia znajdują się postanowienia dotyczące szerszego zakresu ochrony niż opisany w SIWZ i w złożonej ofercie, to automatycznie zostają one włączone do ochrony ubezpieczeniowej.

8. Oferujemy usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. M. P. w Ł. oraz członków ich rodzin zgodnie z warunkami opisanymi w Załączniku nr 1 do SIWZ jako ZAKRES MINIMALNY (obligatoryjny) oraz dodatkowo w zakresie preferowanym (fakultatywnym) zgodnie z niniejszym Załącznikiem nr 4 do SIWZ (pkt 11).

Zarzut niezgodności oferty wykonawcy W. S.A. z treścią SIWZ - należało uznać za bezzasadny. Przystępujący W. S.A. jednoznacznie potwierdził w Formularzu ofertowym, że oferuje usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Pirogowa w Ł. oraz członków ich rodzin zgodnie z warunkami opisanymi w Załączniku nr 1 do SIWZ, jako ZAKRES MINIMALNY oraz dodatkowo w zakresie preferowanym zgodnie z Załącznikiem nr 4.

Bezczelowym zabiegiem było wykazywanie przez odwołującego rozbieżności w postanowieniach OWU złożonych przez wykonawcę W. S.A. w stosunku do warunków opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ i przyjętych przez wybranego wykonawcę postanowień umownych. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Ustawodawca w art. 140 ust. 1 tej normy nakazał, aby zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy był tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie podjęte w ofercie W. S.A. całkowicie odpowiada przytaczanym wyżej wskazaniom SIWZ. Liczy się zaoferowane świadczenie przez W. S.A., określone szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 do SIWZ, oraz dodatkowo w zakresie preferowanym, objętym klauzulami dodatkowymi, w tym klauzulą 9 i 10 - zgodnie z ofertą - Załącznikiem nr 4, które to zobowiązanie podlega realizacji zgodnie z umową stron.

Nawet stosując przepis art. 385 § 1 Kodeksu cywilnego, należy mieć na uwadze, że postanowienia wzorca umowy, stojące w sprzeczności z treścią umowy nie wiążą stron. Ogólne warunki ubezpieczenia są bezsprzeczne takim właśnie wzorcem umowy. Wzorce umowy wykonawców w zakresie usługi ubezpieczenia na życie są dokumentami obszernymi

i ogólnie dedykowanymi dla określonych grup ubezpieczonych, w żadnym zaś stopniu nie wyłączają możliwości zawarcia umowy przez ubezpieczyciela na warunkach od nich odbiegających, indywidualnie negocjowanych z klientem. Postanowienia SIWZ nie zostały zaskarżone przez wykonawców zainteresowanych przedmiotowym zamówieniem i na obecnym etapie postępowania brak jest podstaw do rewidowania ich treści.

Zamawiający nie oceniał więc ofert w sposób dowolny, ale tylko w taki jaki został podany w SIWZ. Określił, iż postanowienia SIWZ i Formularza ofertowego mają pierwszeństwo przed postanowieniami ogólnych warunków ubezpieczenia każdego z wykonawców. W opisie tego zamówienia - ogólne warunki ubezpieczenia stanowią jedynie uzupełnienie oferty i regulują kwestie nieokreślone w SIWZ i Formularzu oferty. Wykonawca W. S.A. nie wprowadził do oferty żadnego postanowienia, które nie było częścią wzoru umowy, a które byłoby sprzeczne z treścią SIWZ. Wyjaśnienie z dnia 9 października 2017 r., w którym odwołujący zawarł stwierdzenie: „Z daleko posuniętej ostrożności, wykonawca w zakresie całości złożonej oferty powołuje się na złożone przez siebie oświadczenie zawarte w postanowieniu dodatkowym z dnia 21 lipca 2017 roku, zgodnie, z którymi w przypadku braku zgodności OWU z SIWZ obowiązują nadrzędne nad OWU postanowienia SIWZ; samych zapisów SIWZ wykonawca nie cytuje gdyż są one znane Zamawiającemu” - wskazuje jednoznacznie, że odwołujący względem oceny swojej oferty rozumiał dyspozycje zawarte w SIWZ zgodnie z ich rzeczywistym znaczeniem, natomiast odmawiał tego konkurentowi - dążąc do bezzasadnego odrzucenia oferty W. S.A. W treści orzeczenia C-223/16 z dn. 14.09.2017 r. TSUE wskazał, że: *„Z jednej strony zasady równego traktowania i niedyskryminacji wymagają, by wszyscy oferenci mieli takie same szansę przy formułowaniu ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane takim samym warunkom. Z drugiej strony obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tak by, po pierwsze umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia”*. Zamawiający tak interpretowanym obowiązkiem sprostał. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad zarzut IV naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem obowiązujących przepisów.

Jak uzasadniono wyżej, zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy W. S.A. zgodnie z postanowieniami SIWZ, oraz w oparciu o wyznaczone kryteria wyboru ofert. Wykonawca W. S.A. zadeklarował realizację klauzul dodatkowych nr 9 i 10.

Ad zarzut V naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

W konsekwencji nieutrzymania się zarzutów odwołującego dotyczących: naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12, 13, pkt 14, pkt 22 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp; art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, art. 82 ust. 3 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp; art. 91 ust. 1 Pzp - nie doszło też do naruszenia podstawowych zasad rządzących postępowaniem określonych w art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. prowadzenia postępowania z równym traktowaniem wykonawców i zapewnieniem między nimi uczciwej konkurencji. W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....