

Sygn. akt: KIO 2642/18

WYROK
z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2018 r. przez wykonawcę **Compensa TU na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 162** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance;**

przy udziale wykonawcy **Generali Życie T.U. S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15B,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Lubelskiemu Węglowi „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance:**
 - **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Generali Życie T.U. S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15B,**
 - **dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone z czynnością odrzucenia oferty wykonawcy Generali Życie T.U. S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15B na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance i:**

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Compensa TU na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 162** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od zamawiającego **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance** na rzecz wykonawcy **Compensa TU na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 162** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. z siedzibą w Bogdance prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Grupowe ubezpieczenie na życie pracowników Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A.”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 14 grudnia 2018 r. Zamawiający za pomocą e-maila zawiadomił wykonawcę Compensa TU na Życie S.A. Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 162 (dalej: „Odwołujący” lub „Compensa”) o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Generali Życie T.U. S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15B (dalej: „Przystępujący” lub „Generali”).

W dniu 24 grudnia 2018 r. wykonawca Compensa wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Generali,
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Generali,
- zaniechaniu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 92 ust. 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Generali,
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady

uczciwej konkurencji, przejawiające się zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Generali z prowadzonego postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Generali,
- odrzucenia oferty wykonawcy Generali,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Compensa twierdził, że oferta wykonawcy Generali nie jest kompletna.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w Rozdziale VI Części I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) „Instrukcja dla Wykonawców wraz z załącznikami” określił katalog „oświadczeń i dokumentów, do złożenia których zobowiązany jest Wykonawca”. Odwołujący dostrzegał, że wprawdzie wśród powyższego katalogu nie wymieniono wprost obowiązku złożenia wraz z umową Ogólnych Warunków Umowy (zwanym dalej: „OWU”), jednakże w jego ocenie nie oznacza to, iż obowiązek taki nie istniał.

Kolejno podnosił, że specyfikacja składa się z następujących części: „Część I: Instrukcja dla Wykonawców wraz z załącznikami, Część II: Projekt umowy, Część III: Opis przedmiotu zamówienia”. Zarówno Projekt umowy, jak i Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) konkretyzują wymagania co do OWU. I tak zgodnie z brzmieniem:

- § 18 ust. 2 Projektu umowy: „ubezpieczyciel zapewnia ubezpieczonym prawo do Indywidualnej kontynuacji Ubezpieczenia, której warunki i cena są jednakowe dla wszystkich Ubezpieczonych, bez oceny ryzyka medycznego i finansowego, zgodnie z Ofertą indywidualnej kontynuacji grupowego ubezpieczenia pracowników Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A. z dnia..., na podstawie Ogólnych Warunków Grupowego Ubezpieczenia na Życie...”
- § 18 ust, 2 Projektu umowy: „w sprawach nieuregulowanych niniejszą Umową mają zastosowanie Ogólne Warunki Ubezpieczenia...nr... oraz odpowiednie przepisy prawa polskiego, w szczególności ustawa kodeks cywilny, ustawa o działalności ubezpieczeniowej oraz ustawa prawo zamówień publicznych. W przypadku, gdy postanowienia Ogólnych Warunków Ubezpieczenia lub przepisy prawa są bardziej korzystne dla Ubezpieczonego niż postanowienia niniejszej umowy, zastosowanie mają postanowienia lub przepisy korzystniejsze dla Ubezpieczonego ” ;

- Rozdział VI Postanowienia dodatkowe OPZ:
1. „Jeżeli Wykonawca wprowadzi w ofercie dodatkowe ograniczenia aniżeli te, które wynikają z SIWZ lub obowiązujących postanowień Ogólnych Warunków Ubezpieczenia (OWU) danego Wykonawcy, to Zamawiający zastrzega, że takie ograniczenia uzna za sprzeczne z SIWZ.
 2. Zamawiający nie dopuszcza możliwości dokonywania zmian warunków ubezpieczenia w stosunku do OWU powszechnie, aktualnie obowiązujących, które to zmiany mogłyby mieć wpływ na zawężenie zakresu ochrony ubezpieczeniowej wobec pracowników Zamawiającego.
 3. W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami SIWZ a OWU, pierwszeństwo mają zapisy SIWZ. W zakresie nieuregulowanym obowiązują ogólne i/lub szczególne warunki ubezpieczenia Wykonawcy obowiązujące w dniu składania oferty, na podstawie których Wykonawca przygotował ofertę”.

W ocenie Odwołującego z brzmienia powyższego wynikał obowiązek złożenia wraz z ofertą OWU, które nie tylko stanowiły treść oferty, ale również wyznaczały zakres świadczenia wykonawcy.

1. Zarzut naruszenia art. 92 ust 1 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Wykonawca Compensa twierdził, że Zamawiający przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Generali czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań w zakresie dotyczącym złożenia OWU. Oferta nie jest zatem kompletna i nie jest zgodna z wymaganiami co do jej treści.

Odwołujący wskazywał, że w literaturze przedmiotu oraz w orzecznictwie dominuje pogląd, iż przed odrzuceniem oferty, Zamawiający winien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Jednakże w ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu, nie zachodzą przesłanki uzasadniające zastosowanie wyjaśnień, bowiem fakt niezłożenia wraz z ofertą OWU, jest oczywisty. Nie ma bowiem racjonalnego uzasadnienia zaniechania złożenia wraz z ofertą OWU. Ponadto z treści oferty nie wynikają żadne postanowienia, które odnosiłyby się do konkretnych warunków OWU, a które mogłyby uzasadniać ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty. OWU nie jest także dokumentem podmiotowym czy przedmiotowym, którego brak rodziłby obowiązek

zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie wykonawcy Generali do jego uzupełnienia.

Odwołujący twierdził, że na obowiązek złożenia wraz z ofertą OWU, wskazują postanowienia SIWZ, a tym w szczególności - Rozdział VI pkt 3 zdanie drugie Postanowienia dodatkowe OPZ - „W zakresie nieuregulowanym obowiązują ogólne i/lub szczególne warunki ubezpieczenia Wykonawcy obowiązujące w dniu składania oferty, na podstawie których Wykonawca przygotował ofertę”. Wykonawca Compensa wskazywał, że nawet, gdyby uznać, iż OWU są powszechnie dostępne, bowiem zamieszczone są na stronie internetowej wykonawcy, to nie można mieć żadnej pewności, iż pomiędzy datą ich zamieszczenia, a datą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaszły jakiegokolwiek zmiany w tym dokumencie. Odwołujący podkreślał również, że Zamawiający w żadnej części SIWZ nie wskazał, iż informację na temat OWU będzie czerpał ze strony internetowej wykonawcy.

Kolejno Odwołujący wyjaśniał, że rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia ze szczególnym przedmiotem zamówienia, jakim jest usługa ubezpieczenia, wykonywana przez podmioty, których działalność jest uregulowana w ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1170). Ustawa ta nakłada na zakłady ubezpieczeń obowiązek sporządzenia ogólnych warunków ubezpieczenia, jak też określa ich zakres (art. 16 i art. 17 tejże ustawy). Każdy zakład ubezpieczeń sporządza swoje własne OWU, które zgodnie z przepisami ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (art. 15 ust. 3 i 4), stanowią wzorzec umowy i są zamieszczane na stronie internetowej. Dokument OWU stanowi niewątpliwie istotny element oferty, wpływający i wyznaczający ramy umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ogólne Warunki Ubezpieczenia stosowane są bezpośrednio i wprost przez strony powyższej umowy. Postanowienia OWU stanowią uniwersalny wzorzec umowny, który uzupełnia wymagania określone przez Zamawiającego w projekcie umowy oraz w opisie przedmiotu zamówienia, pełniąc wobec tych dokumentów rolę pomocniczą. OWU znajdują zastosowanie w stanie, w którym Zamawiający nie uregulował jakiegoś zagadnienia w wymienionych wyżej dokumentach. Jeśli wykonawca załączyłby do oferty OWU, których postanowienia byłyby np. mniej korzystne albo sprzeczne z postanowieniami umownymi opracowanymi przez Zamawiającego, to wówczas z tego powodu, nie można byłoby mówić o sprzeczności treści oferty z treścią siwz, bowiem w zakresie mniej korzystnym albo sprzecznym, zastosowanie miałyby postanowienia umowy opracowanej przez Zamawiającego.

Odwołujący zauważał, że w sytuacji braku OWU już na etapie oferty, niewiadomym i niepewnym jest zakres zobowiązania, dlatego też uprawnione jest jego twierdzenie, iż oferta

Generali nie odpowiada treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem wykonawcy Compensa OWU winny być złożone wraz z ofertą i nawet deklaracja wykonania przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ i w projekcie umowy (pkt 1 Formularza oferty) nie może zastąpić, szczegółowych warunków realizacji zamówienia wynikających także z OWU.

Odwołujący podnosił również, że rozpoznawanej sprawie zastosowanie znajduje art. 384 § 1 k.c. zgodnie z którym ustalony przez jedną ze stron wzorzec umowy, w szczególności ogólne warunki umów, wzór umowy, regulamin, wiąże drugą stronę, jeżeli został jej doręczony przed zawarciem umowy. Natomiast w przedmiotowej sprawie wykonawca Generali nie przedstawił wzorca umownego, tj. OWU. Zdaniem Odwołującego tego typu działanie jest o tyle nieprawidłowe, iż po stronie Zamawiającego, jak i wykonawcy weryfikującego prawidłowość podejmowanych działań w przedmiotowym postępowaniu, istnieje stan niepewności co do tego jaki wzorzec i w jakim zakresie, będzie miał zastosowanie w związku z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak dołączenia OWU do oferty, jak również zaniechanie poinformowania, który wzorzec dostępny na stronie internetowej wykonawcy Generali jest właściwy, oznacza tyle, iż ostateczne ukształtowanie treści stosunku zobowiązaniowego będzie leżało po stronie wykonawcy Generali, nie zaś Zamawiającego. Odwołujący wyjaśniał, że w praktyce, na rynku ubezpieczeniowym, zamieszczenie na stronie internetowej OWU, nie oznacza, iż ten wzorzec będzie miał zastosowanie do wszystkich zainteresowanych. Towarzystwa ubezpieczeniowe oferują bowiem dla swoich klientów różne rozwiązania, których konkretyzacja następuje zwykle w momencie zawarcia umowy. W przypadku sektora publicznego koniecznym jest wskazanie wprost wzorca bądź wzorców, jak i zakresu ich obowiązywania przy uwzględnieniu warunków narzuconych przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem sformalizowanym, OWU winno być dołączone do oferty, tak aby zakres świadczenia wykonawcy względem Zamawiającego był jednoznacznie określony. Zdaniem wykonawcy Compensa potwierdzeniem stanu niepewności jest fakt, niemożliwego określenia wzorca, o którym mowa w § 18 ust. 2 Projektu umowy (Część III SIWZ), którego identyfikacji wymaga się przez pozostawienie miejsca wykropkowanego, do wpisania skonkretyzowanych w złożonej ofercie, OWU. Odwołujący stwierdził, że wykonawca Generali jako profesjonalny podmiot działający na rynku ubezpieczeń, winien mieć pełną świadomość jak kształtowane są w sektorze publicznym umowy podobne do tej, objętej postępowaniem.

2. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy

Powołując się na wskazane w pkt 1 okoliczność Odwołujący twierdził, iż Zamawiający dopuścił się także naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W dniu 7 stycznia 2018 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron oraz Przystępującego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu podniesiono, m. in., że Zamawiający nie wymagał od wykonawców przedłożenia dokumentu w postaci OWU, obowiązujących u poszczególnych wykonawców. Zdaniem Zamawiającego z uwagi na powyższe, oferta wykonawcy Generali była kompletna i nie podlegała odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadająca treści SIWZ. Kolejno Zamawiający wyjaśniał, że wymagane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu dokumenty, które powinny zostać załączone do oferty zostały określone w Rozdziale VI Części I SIWZ. Wśród tych dokumentów, do złożenia których wraz z ofertą zobowiązani byli wykonawcy, niewątpliwie nie występuje OWU obowiązujące u poszczególnych wykonawców. Bez wątpienia również OWU nie stanowi dokumentu potwierdzającego, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, co jest okolicznością bezsporną, którą wprost w treści odwołania (str. 7) przyznał Odwołujący.

W ocenie Zamawiającego jest zatem oczywiste, że gdyby Zamawiający rzeczywiście wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą takiego dokumentu to wymieniłby go w Rozdziale VI Części I SIWZ „Oświadczenia i dokumenty, do złożenia których zobowiązany jest Wykonawca”. Nie jest natomiast dopuszczalne dokonywanie takiej interpretacji postanowień SIWZ (którejkolwiek części SIWZ: Części I SIWZ, OPZ, Projekt umowy), która prowadziłaby do ustalenia obowiązku przedłożenia wraz z ofertą dokumentów, co do których obowiązek przedłożenia nie został wprost określony w treści SIWZ.

Zamawiający stał na stanowisku, że treść SIWZ w prowadzonym postępowaniu nie dawała żadnych podstaw do powstania u wykonawców jakichkolwiek wątpliwości co do rodzaju dokumentów, które powinny zostać złożone wraz z ofertą, a zwłaszcza co do braku obowiązku złożenia wraz z ofertą obowiązujących u danego wykonawcy OWU. Jednak jeśli w powyższym zakresie powstały po stronie wykonawców jakiegokolwiek wątpliwości - po analizie postanowień którejkolwiek z części SIWZ, choć w ocenie Zamawiającego nie było ku temu absolutnie żadnych podstaw - to wszelkie takie niejasności powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Ponadto Zamawiający zwracał uwagę, że w przeprowadzonym postępowaniu mógłby żądać jedynie takich dokumentów, za pomocą których byłby w stanie dokonać oceny zgodności treści ofert wykonawców z postanowieniami SIWZ. Tymczasem powyższemu celowi nie służyłby obowiązek złożenia przez wykonawców obowiązujących u nich OWU. Zamawiający twierdził, że nie umieścił dokumentu OWU wśród dokumentów, których obowiązek złożenia wraz z ofertą był wymagany, ponieważ dokument ten nie miał dla Zamawiającego żadnego znaczenia w kontekście możliwości oceny zgodności ofert złożonych przez wykonawców w tym postępowaniu z treścią SIWZ, a to z uwagi na fakt, że Zamawiający w postanowieniu Rozdziału VI pkt 3 zd. 1 Części III SIWZ OPZ - Postanowienia końcowe, wprowadził regułę kolizyjną o następującej treści: „W przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami SIWZ, a OWU, pierwszeństwo mają zapisy SIWZ”. Zamawiający argumentował, że treść powyższej reguły kolizyjnej ustanawiającej pierwszeństwo zapisów SIWZ przed treścią OWU obowiązujących u wykonawców, w istocie wyłączyła możliwość odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy z uwagi na sprzeczność obowiązujących u danego Wykonawcy OWU z treścią SIWZ. Z uwagi na powyższe, całkowicie bezcelowe dla oceny ofert wykonawców byłoby żądanie przez Zamawiającego dokumentów OWU, których treść nie podlegałaby ocenie Zamawiającego w zakresie ich zgodności z SIWZ, z uwagi na ustanowioną regułę kolizyjną w postanowieniu Rozdziału VI pkt 3 zd. 1 Części III SIWZ, o której mowa powyżej.

W ocenie Zamawiającego żadnego znaczenia nie ma fakt, że Odwołujący złożył wraz z ofertą obowiązujące u niego OWU. Dokument ten bowiem, jako niewymagany przez Zamawiającego został potraktowany jako dokument dodatkowy, o walorze jedynie informacyjnym, nie składający się na treść oferty, a zatem i nie stanowiący podstawy dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty tego wykonawcy, w zakresie zgodności złożonej przez niego oferty z SIWZ.

Zamawiający wyjaśniał, że zamiast weryfikować bowiem treści poszczególnych OWU wykonawców pod kątem ich zgodności z postanowieniami SIWZ, zastosował regułę kolizyjną, zgodnie z którą w przypadku jakichkolwiek rozbieżności pomiędzy OWU, a SIWZ pierwszeństwo mają zapisy SIWZ. Dodatkowo Zamawiający ustanowił regułę kolizyjną w postanowieniu § 20 pkt 3 Części II SIWZ Projektu Umowy, stanowiącą, iż: „W sprawach nieuregulowanych niniejszą Umową mają zastosowanie Ogólne Warunki Ubezpieczenia ... nr oraz odpowiednie przepisy prawa polskiego, w szczególności ustawa kodeks cywilny, ustawa o działalności ubezpieczeniowej oraz ustawa Prawo zamówień publicznych. W przypadku, gdy postanowienia Ogólnych Warunków Ubezpieczenia lub przepisy prawa są bardziej/ korzystne

dla Ubezpieczonego niż postanowienia niniejszej umowy, zastosowanie małą postanowienia lub przepisy korzystniejsze dla Ubezpieczonego.”

Zamawiający wskazywał także na regułę kolizyjną pierwszeństwa postanowień Umowy przed OWU w postanowieniu § 10 ust. 4 Projektu Umowy: „W przypadku sprzeczności pomiędzy treścią niniejszej Umowy ubezpieczenia, a treścią Ogólnych Warunków Ubezpieczenia, decyduje treść Umowy”.

W opinii Zamawiającego powyższe trzy reguły kolizyjne (reguła pierwszeństwa postanowień SIWZ przed OWU w razie występowania pomiędzy nimi rozbieżności, reguła pierwszeństwa postanowień Umowy przed OWU w razie występowania pomiędzy nimi sprzeczności oraz reguła stosowania korzystniejszych postanowień OWU lub korzystniejszych przepisów prawa niż przewidziane w Umowie) w pełni zabezpieczają jego interesy, stąd też nakładanie przez Zamawiającego na wykonawców obowiązku złożenia wraz z ofertą dokumentów OWU było zupełnie niecelowe.

Zamawiający podkreślał również, że w powyższym zakresie, swoistą regułą interpretacyjną, zabezpieczającą interesy Zamawiającego ustanawia także m.in. przepis art. 15 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, w myśl którego postanowienia umowy ubezpieczenia, ogólnych warunków ubezpieczenia oraz innych wzorców umowy sformułowane niejednoznacznie interpretuje się na korzyść ubezpieczającego, ubezpieczonego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia.

Zamawiający podkreślał, że w specyfikacji określił wszystkie istotne dla Zamawiającego elementy treści umowy. W zakresie pozostałych elementów treści umowy, które Zamawiający uznał za nieistotne Zamawiający poczynił odesłanie do OWU wykonawcy, dając temu wyraz w treści postanowienia Rozdz. VI pkt 3 zdanie 2 Części III SIWZ OPZ: „W zakresie nieuregulowanym obowiązują ogólne i/lub szczególne warunki ubezpieczenia Wykonawcy”. Powyższy sposób postępowania w ocenie Zamawiającego w żaden sposób nie narusza też treści przepisu art. 384 § 1 k.c.

W świetle powyższego zdaniem Zamawiającego zupełnie bezzasadny jest zarzut naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Generali, ponieważ nie zaistniały żadne prawne podstawy uprawniające Zamawiającego do jej odrzucenia, w tym nie zaistniała zarzucana przez Odwołującego sprzeczność złożonej przez tego wykonawcę oferty z treścią SIWZ z uwagi na jej niekompletność i nieprzedłożenie dokumentu OWU, który w tym postępowaniu nie był dokumentem, którego na etapie składania ofert żądał Zamawiający, i który nie stanowił wymaganej treści oferty. Zamawiający twierdził, że przygotował i przeprowadził przedmiotowe

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami Pzp, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Również w toku powołanego powyżej posiedzenia Izby pismo procesowe złożył Przystępujący, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego. W uzasadnieniu wykonawca podał uzasadnienie faktyczne i prawne prezentowanego stanowiska.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

W oparciu o dokumentację postępowania Izba dodatkowo ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 16 listopada 2018 r. w części C i D na pytania wykonawców udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie 5 (część C)

Proszę o wyjaśnienie czy w przypadku ryzyka Operacji chirurgicznych, Wykonawcy mogą stosować tabele operacji chirurgicznych zgodnie z własnymi OWU?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, iż Wykonawcy mogą stosować własne tabele operacji chirurgicznych, zawarte w OWU stanowiących załącznik do oferty złożonej w postępowaniu.

Pytanie 9 (część D)

Wykonawca prosi o potwierdzenie, że wskazana kwota 5000 zł jest maksymalnym poziomem świadczenia świadczeniu wypłacanemu za najbardziej skomplikowane operacje, a w pozostałych przypadkach może dokonywać proporcjonalnego obniżenia tej kwoty odpowiednio do stopnia skomplikowania wykonanej operacji zgodnie z katalogiem operacji zawartym w OWU Wykonawcy zgodnie z poniższym:

- 1) Poziom 1 - 10% kwoty świadczenia,
- 2) poziom 2 - 25% kwoty świadczenia,
- 3) poziom 3 - 50% kwoty świadczenia,
- 4) poziom 4 - 75% kwoty świadczenia,
- 5) poziom 5 - 100% kwoty świadczenia.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że wskazana kwota 5000 zł jest maksymalnym poziomem świadczenia odpowiadającym świadczeniu wypłacanemu za najbardziej skomplikowane operacje, a w pozostałych przypadkach Wykonawca może dokonywać proporcjonalnego obniżenia tej kwoty odpowiednio do stopnia skomplikowania wykonanej operacji. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca może dokonać proporcjonalnego obniżenia tej kwoty zgodnie z katalogiem operacji zawartym w jego własnych OWU, stanowiących załącznik do przedstawionej oferty w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający

przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Według ust. 3 powołanego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i siwz wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych oraz Izby. Wskazywana niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego).

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że specyfikacja jest podstawowym i kluczowym dokumentem w postępowaniu, ponieważ na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują oferty. Bez wątplenia przepisy ustawy umożliwiają Zamawiającemu w toku prowadzonego postępowania dokonywanie modyfikacji jej treści, czy to pod wpływem pytań zadawanych przez wykonawców, czy też samoistnie, jedynie z sobie znanych powodów. Co istotne, wyjaśnienia do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto przekazując wyjaśnienia do SIWZ, Zamawiający nie musi wyraźnie stwierdzić, że w powyższym zakresie dokonuje zmiany SIWZ, ponieważ wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ są wiążące dla wykonawców i stanowią ze swojej istoty uzupełnienie treści SIWZ, które wykonawcy muszą brać pod uwagę sporządzając ofertę.

Zauważyć należy, że nie było sporne między stronami, że Zamawiający w Rozdziale VI Części I specyfikacji „Instrukcja dla Wykonawców wraz z załącznikami” określił katalog „oświadczeń i dokumentów, do złożenia których zobowiązany jest Wykonawca”, w którym nie wymieniono literalnie obowiązku złożenia przez wykonawcę własnego OWU. Jednak

kluczowym w zakresie rozstrzyganych zarzutów był fakt, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 (w części C) i następnie konsekwentnie w odpowiedzi na pytanie nr 9 (w części D) jednoznacznie i w sposób nie budzący żadnych wątpliwości Izby wskazał, że OWU wykonawcy ma stanowić załącznik do składanej przez niego oferty. Wobec tego Izba doszła do przekonania, że Zamawiający treścią odpowiedzi na ww. pytania dokonał modyfikacji specyfikacji, którą nałożył na wykonawców ubiegających się obowiązek załączenia do składanej oferty odpowiedniego OWU. W aspekcie powyższych rozważań Izba uznała za błędne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, którzy pomijając treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na przytoczone powyżej pytania twierdzili, że specyfikacja nie zawierała wymogu złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wraz z ofertą dokumentu OWU. Wręcz przeciwnie. Izba stwierdziła, że jeśli wykonawca wraz z ofertą nie złożył odpowiedniego OWU to treść jego oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji. Z taką sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie, ponieważ Przystępujący nie załączył do składanej oferty dokumentu OWU. W kontekście dokonanej modyfikacji bez znaczenia jest okoliczność ogólnej dostępności dokumentu OWU wykonawcy Generali, z uwagi jego na publikację na stronie internetowej wykonawcy. Izba stwierdziła, że wymóg Zamawiającego polegał na konieczności złożenia ww. dokumentu przez wykonawcę wraz z ofertą, a tym samym niedopuszczalne jest w celu wykazania spełnienia wymogu posługiwanie się jedynie informacją, że OWU znajduje się na stronie internetowej wykonawcy.

W omawianej sprawie Izba uznała również za chybioną argumentację Zamawiającego i Przystępującego, którzy twierdzili, że występujące w SIWZ wątpliwości dotyczące OWU należy interpretować na korzyść wykonawców. Podstawą takiego stanowiska Izby jest przekonanie, że opisana powyżej treść specyfikacji nie powinna budzić wątpliwości ponieważ Zamawiający w odpowiedziach na pytania w sposób konsekwentny a także sposób jasny i klarowny wskazywał, że oczekuje złożenia - przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia - wraz z ofertą własnego OWU.

W zakresie wskazywanej przez Przystępującego możliwości uzupełnienia dokumentu OWU z zastosowaniem procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp Izba stwierdziła, że byłoby to nieprawidłowe i niedopuszczalne z uwagi na to, że ww. dokument nie może być uznany za dokument z katalogu opisanego w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp a za dokument stanowiący treść oferty wykonawcy. Powyższe rozumowanie Izby zostało potwierdzone nie tylko przez

Odwołującego w treści odwołania ale również przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie. Dostrzec należy, że w ramach niniejszego postępowania Zamawiający ustanowił określone, opisane powyżej, reguły kolizyjne. Według jednej z nich (Rozdział VI pkt 3 zd. 1 Część III OPZ Postanowienia końcowe) w przypadku rozbieżności pomiędzy zapisami SIWZ, a OWU, pierwszeństwo ma zapis SIWZ. Jednak w omawianym przypadku przede wszystkim należy zwrócić uwagę na zakres który nie został przez Zamawiającego uregulowany w SIWZ. Wówczas zastosowanie znajduje reguła opisana przez Zamawiającego § 20 pkt 3 Część II SIWZ Projekt Umowy. Z jej brzmienia wynika, że w sprawach nieuregulowanych ww. umową mają zastosowanie odpowiednie OWU oraz odpowiednie przepisy prawa polskiego, w szczególności ustawa kodeks cywilny, ustawa o działalności ubezpieczeniowej oraz ustawa prawo zamówień publicznych. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia OWU lub przepisy prawa są bardziej korzystne dla Ubezpieczonego niż postanowienia umowy, zastosowanie mają postanowienia lub przepisy korzystniejsze dla Ubezpieczonego. Powyższe zostało również jednoznacznie potwierdzone przez Zamawiającego w toku rozprawy, gdyż pełnomocnik Zamawiającego wprost stwierdził, że „OWU będzie miało znaczenie na etapie realizacji umowy, w zakresie w jakim jest niesprzeczne z treścią specyfikacji lub korzystniejsze względem SIWZ”. Również Przystępujący twierdził, że: „reguły kolizyjne powodowały, że OWU miało znaczenie tylko w zakresie, który był korzystniejszy”.

W kontekście powyższego Izba stanęła na stanowisku, że treść danego OWU wykonawcy stanowi konkretną treść oferty wykonawcy a nie dokument przedmiotowy mający potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. W związku z tym za niedopuszczalne należałoby uznać jego uzupełnianie już po terminie składania ofert, gdyż w takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia z niedopuszczalną zmianą treści oferty wykonawcy.

Reasumując Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, konsekwencją którego było naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania ,co skutkowało tym, że Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy Generali oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone z czynnością odrzucenia oferty wykonawcy Generali na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 2 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).

.....