

Sygn. akt KIO/KD 64/11

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 16 sierpnia 2011 roku.

w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgłoszonych przez zamawiającego:

Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

Ubezpieczenie grupowe na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni"

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący –	Robert Skrzyszewski
Członkowie :	Małgorzata Stręciwilk
	Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

nie uwzględnia zastrzeżeń z dnia 12 lipca 2011 roku od wyników kontroli z dnia 1 lipca 2011 roku w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą doraźną.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), przeprowadził kontrolę doraźną przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Ubezpieczenie grupowe na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni”.

Z informacji o wyniku kontroli z dnia 1.07.2011r. UZP/DKD/KND/26/11 wynika, iż podstawą wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługę ubezpieczenia grupowego na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni będącego przedmiotem kontroli, był przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że pracownicy Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni zdecydowali, poprzez złożenie pisemnych deklaracji, że chcą się ubezpieczyć tylko i wyłącznie w Powszechnym Zakładzie Ubezpieczeń na Życie SA. Dlatego też zamawiający udzielił zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp ww. wykonawcy. Zamawiający, powyższe uzasadnienie przytoczył również w wyjaśnieniach z dnia 16 marca 2011 r.

Powyższa argumentacja, zdaniem Zamawiającego, przemawiała za koniecznością udzielenia przedmiotowego zamówienia ww. wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w swojej informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazał, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 1 ustawy Pzp, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie

ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

Organ kontrolujący zwrócił uwagę, że zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II S.A. 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywoził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku C-126/03).

Przytoczył treść przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, który daje zamawiającemu możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, a dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie powyższego przepisu uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie.

Taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko subiektywnego przekonania zamawiającego.

Na potwierdzenie powyższej argumentacji Kontrolujący powołał się na dokument przyjęty w dniu 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów pn.: „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, zgodnie z którym podstawą zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego.

Ponadto względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby

można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Co ważne, należy w tym wypadku brać pod uwagę nie tylko wykonawców prowadzących działalność na terenie Polski, ale również wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

W związku z powyższym, w sytuacji gdy inni wykonawcy są w stanie wykonać zamówienie, należy wszcząć procedurę w trybie zapewniającym konkurencję.

Zauważył również, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający posiada uprawnienie do określenia pozacenowych kryteriów oceny ofert, co umożliwia wyłonienie najkorzystniejszej oferty odpowiadającej oczekiwaniom zamawiającego przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych. W przypadku ubezpieczenia grupowego na życie zamawiający może określić kryteria oceny ofert, w taki sposób, aby zamówienie odpowiadało jego potrzebom. Jako przykładowe kryteria oceny ofert można wskazać m.in. zakres ryzyka, warunki ochrony, definicje ryzyk, wyłączenia odpowiedzialności, warunki indywidualnej kontynuacji ubezpieczenia, możliwość korzystania z ubezpieczenia przez rodzinę ubezpieczonego.

Wskazany powyżej sposób, poprzez umiejętne opisanie kryteriów oceny ofert umożliwia zamawiającemu uzyskanie najkorzystniejszych warunków ochrony ubezpieczeniowej dla pracowników, przy jednoczesnym zachowaniu konkurencji. Należy bowiem mieć na uwadze, że zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, natomiast pozostałe tryby można stosować wyłącznie w przypadkach określonych w przepisach ustawy Pzp.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w odniesieniu do zamówienia obejmującego usługę ubezpieczenia grupowego na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni. W przedmiotowym stanie faktycznym nie zachodzi bowiem sytuacja, w której ww. zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Podkreślił, iż zamawiający poprzez wskazanie w uzasadnieniu wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, pisemnych deklaracji pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni wyrażających chęć ubezpieczenia się tylko i wyłącznie w Powszechnym Zakładzie Ubezpieczeń na Życie SA, nie wykazał zasadności przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Ponadto zauważył, iż zgodnie z przesłanką omawianego przepisu, przyczyny techniczne powinny mieć charakter obiektywny. Powyższe sformułowanie oznaczało zdaniem Prezesa UZP, iż zamawiający zobowiązany jest wykazać, że udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi jest nie tylko trudne, ale z uwagi na jego charakter niemożliwe.

Powołanie się zaś na omawianą przesłankę powinno być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Dodatkowo wskazał, że rynek ubezpieczeń jest na tyle rozwinięty, iż realizacja umowy grupowego ubezpieczenia na życie mogłaby nastąpić przez wiele podmiotów. Zastosowanie trybów konkurencyjnych do przedmiotowego postępowania jest niezbędne w celu zapobieżenia naruszeniu konkurencji w wyniku dokonywania arbitralnych wyborów.

Według Prezesa UZP zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia oparte zostało wyłącznie na deklaracjach pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni, co nie może być uznane za przyczynę techniczną o obiektywnym charakterze, uprawniająca zamawiającego do zastosowania ww. trybu.

W związku z powyższym, przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, ze względu na nie wystąpienie przesłanki wskazanej w ww. przepisie, a tym samym z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy Pzp dotyczących trybów konkurencyjnych przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

Kontrolowany pismem z dnia 12 lipca 2011 roku wniósł zastrzeżenia wobec wyników przedmiotowej kontroli doraźnej.

Kontrolowany tłumaczył, że z uwagi na podjęcie w maju - czerwcu 2010 r. przez Dyrektora ZDiZ działań mających na celu przeprowadzenie przetargu na ubezpieczenia grupowe płacone przez pracownika ze środków własnych, pracownicy ZDiZ przeprowadzili akcję zbierania podpisów przeciwnych zmianie wyboru ubezpieczyciela w drodze przetargu.

Według jego oceny zawarcie grupowego ubezpieczenia w formie przetargu stwarzało następujące niekorzystne rozwiązania dla pracowników:

- pracodawca zdecyduje na jakie grupowe dobrowolne ubezpieczenie pracownicy będą płacić składkę, bez konsultowania tego z pracownikami - brak możliwości unieważnienia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
- przetarg wygra ubezpieczyciel, którego pracownicy nie będą akceptować,
- nie ma gwarancji, że to będzie dotychczasowy ubezpieczyciel,
- pracownik będzie zmuszony skorzystać jedynie z ubezpieczenia narzuconego przez pracodawcę lub zrezygnować z ubezpieczenia grupowego,
- zmieniając ubezpieczyciela pracownik traci wypracowany staż ubezpieczeniowy u danego ubezpieczyciela do indywidualnej kontynuacji ubezpieczenia (mimo, że ktoś był ubezpieczony od wielu lat) jak i prawo do ewentualnych roszczeń.

Poinformował, iż z powyższych przyczyn pracownicy nie byli w ogóle zainteresowani zmianą dotychczasowego ubezpieczyciela, a ponadto nie wyrazili zgody, aby to pracodawca wybierał za nich ubezpieczyciela i narzucał im na co będą wydawać swoje pieniądze. W tym celu pracownicy przeprowadzili sondaż i zebrali deklaracje o przystąpieniu do grupowego ubezpieczenia pracowniczego na życie u ubezpieczyciela PZU Życie.

Wskazywał również, że wątpliwości co do przeprowadzenia przetargu nieograniczonego do umowy pracowniczych grupowych ubezpieczeń na życie wynikały:

- po pierwsze, z braku wydatkowania środków publicznych, jako że składka potrącana jest z pensji ubezpieczonego,
- po drugie, z problemów z dostosowaniem procedur Prawa zamówień publicznych do specyfiki grupowych ubezpieczeń na życie,
- po trzecie, z faktu pozbawienia ubezpieczonych pracowników rzeczywistego wpływu na kształt przyszłej umowy ubezpieczenia i wybór ubezpieczyciela,
- po czwarte z przepisów kodeksu cywilnego (art. 63, 65, 85 103, 104, 392, 393, 808, 815, 829, 830), kodeksu karnego (art. 191), Konstytucji RP (art. 31, 32) i swobody dysponowania majątkiem przez osoby prywatne, bo takim jest wynagrodzenie pracownika.

Wyjaśniał także, że w przedmiotowym zamówieniu przy przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego trudnością jest oszacowanie wartości zamówienia, skoro nie wiadomo jest, ilu pracowników umowę grupowego ubezpieczenia zechce zawrzeć. Natomiast ilość ubezpieczonych pracowników ma decydujący wpływ na warunki ubezpieczenia, a także na składkę. Liczba ubezpieczonych jest zmienna (rotacja zatrudnienia). Składki są opłacane ze środków prywatnych ubezpieczonych - pracowników.

Podnosił, że nadrzędnym celem udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp było uszanowanie oświadczeń woli pracowników. To pracownicy zdecydowali jakiej konkretnej oferty oczekują, kto ma być ubezpieczycielem i w - jakiej wysokości chcą uiszczać składkę.

Zwrócił uwagę, że istotną komplikacją procesu zawarcia umowy ubezpieczenia w trybie przetargu nieograniczonego było przygotowanie SIWZ, a następnie odpowiednie przygotowanie oferty w relacji do SIWZ. Oferta musi odpowiadać płatnikom składki, czyli pracownikom.

Natomiast wprowadzenie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisów wymaganych przez pracowników, mogłoby być postrzegane przez Wykonawców jako tzw. „ustawienie przetargu”, czyli naruszenie generalnych zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W jego ocenie wybór wykonawcy w przetargu niezgodnego z oczekiwaniami pracowników, mógłby doprowadzić do konfliktu interesu pracodawcy (stosowanie przepisów ustawy Pzp) z interesem pracowników (wybór nieodpowiedniego Wykonawcy). W efekcie pracodawca musiałby unieważnić postępowanie niezgodnie z przepisami Pzp i zwrócić uczestnikom postępowania poniesione koszty, gdyby nikt z pracowników nie przystąpił do ubezpieczenia lub byłoby za mało chętnych pracowników, aby podpisać umowę z wybranym Wykonawcą, bowiem trzeba zauważyć, że istnieje możliwość wycofania się z podpisania deklaracji z ubezpieczycielem przez pracownika.

Wywodził również, że każda osoba prywatna ma prawo do rozporządzania własnym majątkiem w sposób przez siebie wybrany, zwłaszcza, że jest to ubezpieczenie dobrowolne, nie narzucone żadnymi przepisami. Podstawą prawną zawierania przez pracodawców takich umów jest art. 16 kodeksu pracy, który w kategoriach powinności prawnych pracodawcy ujmuje zaspokajanie potrzeb bytowych i socjalnych pracowników, a ekonomiczny ciężar składki ponosi ubezpieczony pracownik, a więc chodzi o wydatkowanie środków prywatnych.

Zauważył także, że faktyczny wpływ na ostateczną decyzję o wyborze kontrahenta mają pracownicy, bowiem to oni podejmują decyzję o przystąpieniu do ubezpieczenia grupowego.

Wskazywał, że Zamawiający nie może zawrzeć umowy ubezpieczenia grupowego we własnym imieniu, lecz w imieniu i za zgodą zainteresowanych ochroną ubezpieczeniową

pracowników. Działa on, zatem na ich zlecenie. Każdy ubezpieczony zobowiązany jest przedłożyć tzw. Deklarację zgody zwaną czasem deklaracją przystąpienia. Bez takiej deklaracji ze strony osoby zainteresowanej ochroną ubezpieczeniową ochrona ta wobec takiej osoby nie może w ogóle powstać (art. 829 § 2 kc).

Konkludując stwierdził, że w przedstawianym algorytmie prawnym, zawierający umowę ubezpieczenia grupowego ZDiZ nie ma statusu ubezpieczającego. Działa, jako pośrednik wykonujący czynności administracyjne na rzecz osób zainteresowanych ochroną za ich zgodą a jednocześnie w ich imieniu. Według kontrolowanego w takiej sytuacji umowa została zawarta nie ze stroną umowy ubezpieczenia, lecz z tzw. Operatorem działającym na zlecenie zainteresowanego i dlatego też zastosowano art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Wywodził, że z punktu widzenia obligacyjno-konstrukcyjnego zobowiązaniem do zapłaty składki i faktycznym jej płatnikiem jest ubezpieczony, a więc osoba fizyczna, która nie może być „włączana” w procedury Pzp, dlatego, że ogranicza to jej swobodę kontraktową (np. co do nieskrępowanego i swobodnego wyboru ubezpieczyciela nie mówiąc już o ograniczaniu gwarancji jej konsumenckich interesów np. w zakresie wypowiedzania umów, skutków niezapłacenia składki). Jeśli pracownik odmówi dalszego opłacania składki na ubezpieczenie, ochrona się kończy, a zatem to nie pracodawca decyduje o wycofaniu się pracownika z płacenia składek.

Wyjaśniał, że choć odpowiedzialnym za zapłatę składki jest pracodawca, to dłużnikiem składki jest osoba trzecia, czyli pracownik, a Pracodawca pełni tylko funkcję operatora, pełnomocnika, który przekazuje pieniądze i wolę pracowników firmie ubezpieczeniowej. Ułatwia im w ten sposób zawarcie umowy ubezpieczenia, które daje podobną ochronę, jak w przypadku ubezpieczeń indywidualnych, jednak za mniejsze pieniądze.

Przekonywał, że to pracownicy są stroną tego ubezpieczenia, to oni powinni decydować i faktycznie zdecydowali o wyborze ubezpieczyciela, a Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Ustawa - Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji pojęcia „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, która to przesłanka stanowi zasadniczą podstawę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Stwierdził, że dokonując oceny zasadności udzielenia zamówienia w tym trybie i powołując się na tę podstawę należy uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne związane z danym przedmiotem zamówienia, a w tym konkretnym przypadku „przyczyny techniczne” rozumiał w szerokim kontekście. Wyjaśniał, że obiektywne

rozumienie monopolu wcale nie musi oznaczać, że na rynku działa tylko jeden wykonawca i może to oznaczać taki stan, w którym tylko od jednego wykonawcy (spośród wielu) można uzyskać zamówienie ze względu na szczególny rodzaj usługi.

Definicja pojęcia „przyczyn technicznych” według słownika języka polskiego, wskazuje że chodzi tutaj o sposób wykonania (przeprowadzenia czegoś). Sposób natomiast określa art. 44 ustawy o finansach publicznych. Mając na względzie wskazane okoliczności dopuszczalne było uznanie zdaniem Odwołującego, że tryb zamówienia z wolnej ręki pozostaje w zgodności z zasadą celowego i oszczędnego wydatkowania środków.

Przekonywał, że stosowanie procedur określonych przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych nie jest celem samym w sobie. Ponadto ich stosowanie musi być ściśle związane z realizacją naczelnej zasady dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, tak jak wymaga tego przepis art. 44 ustawy o finansach publicznych.

W konkluzji podkreślił, że stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie zawsze oznacza dopuszczalność udzielenia zamówienia jedynie w przypadku gdy na rynku działa wyłącznie jeden wykonawca. Istotne w tym względzie są bowiem również względy organizacyjne i gospodarcze warunkujące celowe, racjonalne i terminowe wykonanie zamówień oraz wydatkowanie środków.

Wskazywał, że mówiąc o przyczynach technicznych mających dodatkowo obiektywny charakter najczęściej (a i najłatwiej) wymienia się udzielanie zamówień monopolistom naturalnym (woda i ścieki itp.) bądź wykonawcom dysponującym nowatorską (unikatową) technologią, a tym samym dopuszczono prymat zasady celowego (oszczędnego) wydatkowania środków publicznych oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów nad wynikającą z całego systemu zamówień publicznych zasadą konkurencyjności podmiotów gospodarczych.

Dalej wywodził, że zastosowanie w tym konkretnym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp wiąże się z elastycznym zawężeniem przestrzennym rynku, na którym poszukiwano potencjalnych wykonawców. Warunek sine qua non istnienia wyłącznie jednego wykonawcy oznaczał bowiem, że zamawiający poprzez warunki ubezpieczenia i wysokość składki - ograniczył tenże rynek do terenu, w granicach którego warunki ubezpieczenia i wysokość składki

oscylują w założonych przez pracowników wymaganiach. Tym samym założono istnienie na rynku swego rodzaju monopolu wybranego wykonawcy. W odróżnieniu jednak od monopolistów naturalnych, gdzie podstawą istnienia monopolu jest zazwyczaj rozbudowana sieć infrastrukturalna niezbędna do przesyłu, w niniejszym przypadku podstawę monopolu wykonawcy stanowiła możliwość przedłużenia polisy - okres karencji, umowa na rok, automatyczne przedłużenie.

Jego zdaniem istniał tzw. monopol „emocjonalny” pomiędzy pracownikami ZDiZ, a ubezpieczycielem. Wśród pracowników ZDiZ występuje przywiązanie do PZU, co wynika z poczucia bezpieczeństwa, z przywiązania i lojalności do PZU, właściwej ochrony, z zakresu ubezpieczenia, jakości obsługi. Żaden z innych ubezpieczycieli na rynku nie jest w stanie zaspokoić tych potrzeb pracowników ZDiZ.

Zwrócił uwagę, że wykładnia językowa zwrotu „przyczyny techniczne” prowadzi do interpretacji, w której przyczyny zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o tę przesłankę należy w jakiś sposób „odnieść do techniki” lub „związać z techniką”, a technika to nic innego jak „sposób wytwarzania, produkcji czegoś bądź wykonania jakiejś czynności”, stosowanie jakiś norm, parametrów itd. Tym samym przyczyn technicznych szukać raczej należy w opisie przedmiotu zamówienia, jego niepowtarzalności i szczególności. Sytuacja zatem jest diametralnie inna niż np. przy wyborze dostawcy wody, gdzie przyczyną techniczną jest posiadanie sieci wodociągowej. Inny - poza lokalnym - wykonawca nie ma bowiem technicznych możliwości świadczenia usługi na danym rynku z uwagi na nieposiadanie własnej infrastruktury. Kontrolowany traktował te przyczyny również przez pryzmat oszczędności czasowej.

Argumentował, że w sytuacji, w której z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie, nieopłacalnym jest stosowanie innych trybów zamówienia publicznego a zwłaszcza trybów konkurencyjnych, gdyż w takiej sytuacji, stosowanie procedur określonych przepisami ustawy byłoby celem samym w sobie (np. przeprowadzanie w sytuacji monopolu naturalnego wykonawcy dwóch przetargów nieograniczonych tylko po to, aby zastosować procedurę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

Zawarcie umowy dotyczącej ubezpieczeń pracowniczych w trybie przetargu nieograniczonego mogłoby spowodować, że zakres ochrony pracowników byłby stosunkowo wąski, a sumy ubezpieczenia relatywnie niskie.

Ponadto podniósł, że artykuły prasowe, dotyczące wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 15 lipca przeciwko Niemcom, błędnie sugerują, że wyrok ten dotyczy także Polski. Wyrok wydany przez ETS dotyczy wyłącznie Niemiec i wyłącznie kwestii niemieckich pracowniczych programów emerytalnych. Nie ma nic wspólnego z polskimi umowami grupowego ubezpieczenia na życie. „Wyrok w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wiąże jedynie to państwo, przeciwko któremu zapadł”. Stanowisko prezentowane przez urzędnika Komisji Europejskiej w piśmie skierowanym do UZP nie może stanowić wykładni stosowania prawa. Powołał się na stanowisko prof. Eugeniusza Kowalewskiego oraz prof. Jerzego Łańcuckiego, z którego wynika, że w przypadku pisma Komisji Europejskiej nie można w żadnym przypadku mówić o zajęciu wiążącego stanowiska. Użyte sformułowanie „wydaje się” świadczy o braku jednoznacznej opinii w podnoszonej kwestii. W opinii UZP zamieszczonej w maju 2009 r. na swojej stronie internetowej Urząd Zamówień Publicznych stwierdza, że na gruncie Pzp nie ma znaczenia, kto w rzeczywistości uiszcza wynagrodzenie na rzecz wykonawcy. Opiniujący odsyła tu do poglądów doktryny, to jest poglądu wyrażonego w komentarzu do Pzp., wydanym przez UZP w 2006 r. Zauważył, że w najnowszym wydaniu tego komentarza (wydanie z 2007 r., s. 34) wskazuje się tymczasem, że jeżeli zamawiający otrzymuje świadczenie, za które nie płaci, nie mamy do czynienia z zamówieniem publicznym.

Wyjaśniał, że Zamawiający próbował pogodzić ład finansów publicznych i jego naczelną zasadę celowego i oszczędnego wydatkowania środków oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów z preferowaną na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych zasadą wyboru trybów konkurencyjnych i podkreślaną w orzecznictwie potrzebą ścisłej - tj. jako wyjątku od zasady - interpretacji przesłanek zastosowania trybów niekonkurencyjnych, w tym przede wszystkim trybu zamówienia z wolnej ręki.

Uważał, że dbałość o ubezpieczenie pracowników polega na zapewnieniu im jak najszerszego, dostosowanego do ich potrzeb zakresu ochrony. Im szerszy zakres, tym najczęściej wyższa składka, ale za tym idą też wyższe sumy ubezpieczenia i gwarancja, że ochrona obejmuje szersze spektrum ryzyk.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający w dniu 30 czerwca 2010 r. pod nr 171133-2010 zamieścił ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia na usługę polegającą na ubezpieczeniu grupowym na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W świetle powyższych wywodów wydaje się, że postępowanie zostało przeprowadzone bez naruszenia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Ostatecznie poinformował, że umowy na usługę polegającą na ubezpieczeniu grupowym na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni o nr ZD/220/UR/1-D/2011 oraz nr ZD/221/UR/2-D/2011 zawarte na okres od dnia 01.09.2010 r. do dnia 31.08.2012 r. zostaną rozwiązane z Powszechnym Zakładem Ubezpieczeń na Życie S.A. z dniem 31 lipca 2011 r., celem uniknięcia w przyszłości wątpliwości dot. zastosowanej procedury.

Zaznaczył, że z tytułu zawarcia przedmiotowych umów z tytułu obsługi administracyjnej ubezpieczenia grupowego PZU Życie wpływały na konto ZDiZ dochody w wysokości około 350 zł miesięcznie.

W końcowym zdaniu poinformował, że pracownicy Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni od 1 sierpnia 2011 r. będą mieć możliwość przystąpienia do Klubu PZU Pomoc w Życiu - programu lojalnościowego realizowanego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przez PZU Pomoc Spółka Akcyjna z siedzibą 00-133 Warszawa, al. Jana Pawła II 24. W związku z tym do zawarcia umowy dojdzie pomiędzy pracownikami a ubezpieczycielem w trybie i na zasadach określonych w przepisach ustawy kodeks cywilny.

Pismem z dnia 2.08.2011r. Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował składającego zastrzeżenia od wyników przedmiotowej kontroli o ich nie uwzględnieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z przedłożoną dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP i zważyła, co następuje:

W ocenie Izby wnioski zawarte w informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki należy uznać za zasadne.

Podstawę prawną udzielenia zamówienia z wolnej ręki w rozpoznawanym przypadku stanowił przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym.

Zdaniem Izby argumentacja kontrolowanego nie wykazała istnienia powołanej na wstępie przesłanki cyt. przepisu ustawy pozwalającej na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki do usługi ubezpieczenia grupowego na życie pracowników, współmałżonków oraz pełnoletnich dzieci pracowników Zamawiającego.

W szczególności należy wskazać, że dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie powyższego przepisu uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie monopolu jednego wykonawcy, który może wykonać określone zamówienie.

Zdaniem Izby taki stan rzeczy musi mieć przy tym charakter trwały i nieprzezwykłalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko subiektywnego przekonania zamawiającego.

W kontekście powyższego zapatrywania Izby należy więc przyjąć, że kreowane przez kontrolowanego pojęcie monopolu „emocjonalnego” nie ma żadnego związku z okolicznością wystąpienia danego monopolu na rynku usług ubezpieczeniowych skutkującego możliwością zastosowania w tym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wiedzą powszechną jest, iż na rynku występuje szereg firm ubezpieczeniowych świadczących usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, a zatem nie można przyjąć, iż wykonanie tego zamówienia obiektywnie możliwe jest jedynie przez jednego wykonawcę.

Podnieść należy, że samo wystąpienie niekorzystnych rozwiązań dla pracowników Zamawiającego nie wypełnia dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp i nie stanowi dostatecznej podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego od obowiązku wszechstronnego rozważenia istnienia bądź braku istnienia okoliczności wymienionych we wskazanym przepisie ustawy Pzp. Okoliczności związane z konkretnymi rozwiązaniami korzystnymi dla pracowników w ramach świadczonej usługi ubezpieczenia powinny być przede wszystkim brane pod uwagę przez Zamawiającego w ramach prowadzonego konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. przy tworzeniu treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia oraz ustalaniu kryteriów oceny ofert.

Poza tym, zdaniem Izby, jeżeli - jak sam twierdzi składający zastrzeżenia - miał on wątpliwości co do wyboru trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie umów pracowniczych grupowych ubezpieczeń na życie, to powinien kierować się ogólną regułą Prawa zamówień publicznych wynikającą z art.10 ust.1 ustawy Pzp, tj. zasadą prymatu trybów przetargowych dla udzielenia zamówienia publicznego.

Izba nie stwierdziła także, aby do przedmiotowego zamówienia brak było podstaw prawnych do zastosowaniu w ogóle przepisów ustawy Pzp. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie korzystał z żadnego wyłączenia ze stosowania przepisów ustawy Pzp. W drugiej kolejności Izba w tym zakresie także – biorąc pod uwagę okoliczności konkretnej sprawy – nie stwierdziła, aby w tym zakresie znalazło zastosowanie jakiegokolwiek przedmiotowe wyłączenie ze stosowania przepisów ustawy Pzp, o którym mowa w art. 4 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie podmiot prowadzący postępowanie mieści się w grupie podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i działa w tym zakresie – jak wynika z zawartej umowy – w swoim imieniu. Usługa objęta przedmiotem zamówienia ma charakter usługi odpłatnej, której finansowanie odbywać będzie się w oparciu o środki publiczne znajdujące się na rachunku bankowym zamawiającego. .

Izba nie podziela w tym także zakresie zapatrywania kontrolowanego, jakoby działał on w imieniu pracowników. Znajdujące się w aktach sprawy umowa zlecenie z dnia 1.09.2010 r. zawarta pomiędzy PZU Życie S.A., a zamawiającym oraz aneks z tej samej daty do umowy grupowego ubezpieczenia pracowniczego typu P Plus i następane, nie potwierdziły, iż działanie zamawiającego było inne niż tylko suo nomine.

Nie jest również uprawniony wniosek kontrolowanego, iż prowadzone przez niego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniało zasadę dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań. Według Izby powyższa okoliczność, nawet w przypadku uznania jej zasadności, choć Izba nie ma uprawnień dokonywania oceny działań zamawiającego w tym zakresie, nie może uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp..

W tym stanie rzeczy Izba nie dostrzegła istnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....