

z dnia 22 lutego 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska Protokolant: Łukasz

Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 lutego 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2017 roku przez wykonawcę **Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Energa Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale **wykonawcy LMG FORSAKRINGS AB Spółka Akcyjna z siedzibą w Sztokholmie, działająca w Polsce przez LMG FORSAKRINGS AB S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LMG FORSAKRINGS AB Spółka Akcyjna z siedzibą w Sztokholmie, działająca w Polsce przez LMG FORSAKRINGS AB S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

2.2. Zasądza od wykonawcy **LMG FORSAKRINGS AB Spółka Akcyjna z siedzibą w Sztokholmie, działająca w Polsce przez LMG FORSAKRINGS AB S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych wpisu i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:.....

sygn. akt KIO 267/17

UZASADNIENIE

W dniu 9 lutego 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca **Pocztowe Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący”).

1. Postępowanie ... udzielenie zamówienia publicznego w ... trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi ubezpieczenia zdrowotnego” (ogłoszenie opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 27 sierpnia 2016 r. pod nr 2016/S 165-297541) prowadzi Zamawiający **ENERGA S.A. z siedzibą w Warszawie**.

Odwołanie wniesiono na czynności Zamawiającego polegające na:

5. błędnej ocenie dokumentów złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 grudnia 2016 r.,

5. bezprawnym wykluczeniu Odwołującego w sytuacji, gdy wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w tym dokonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

5. wyborze oferty wykonawcy **LMG FORSAKRINGS AB S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie**, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, a niepodlegających odrzuceniu, zaniechaniu przekazania należytego uzasadnienia i wykazania faktycznych i

prawnych podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby uznać, że Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do tego, czy złożone przez PTUW dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jako niezgodną z przepisami Pzp czynność Zamawiającego należy wskazać także:

zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub zwrócenia się do

wystawcy referencji w celu wyjaśnienia wątpliwości, co do spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez jego zastosowanie i wskazanie w uzasadnieniu jako podstawy decyzji Zamawiającego o „odrzuceniu” oferty PTUW,

art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 5 Pzp poprzez niezasadne wykluczenie PTUW, pomimo wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji

poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty,

ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielania wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów, a także § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „Rozporządzenie”), poprzez zaniechanie zwrócenia się do wystawcy referencji w celu wyjaśnienia wątpliwości, co do spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu,

art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu należytego uzasadnienia decyzji o „odrzuceniu” (właśc. o wykluczeniu) z postępowania, a w konsekwencji utrudnienie PTUW skorzystanie ze środków ochrony prawnej i naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu i w konsekwencji nieudzielenie zamówienia Odwołującemu.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt.1 Pzp:

1.unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,

2.unieważnienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

3.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w celu uznania, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu. oraz ewentualnie:

4.wezwania Odwołującego do udzielania wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wnosil o:

5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie;

6.wyłączenie jawności rozprawy lub co najmniej o nieudostępnianie zawartych w odwołaniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie uzasadnienia **wniosku o wyłączenie jawności rozprawy lub co najmniej nieudostępnianie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa** Odwołujący podniósł, że wniosek o wyłączenie jawności rozprawy podyktowany jest odnoszeniem się do treści umów przywoływanych w odwołaniu ze względu na fakt, iż przy

ich rozpoznaniu zostaną ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż nie zaistniały przesłanki do wyłączenia jawności rozprawy zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym powyżej, na podstawie § 8 ust. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wnoszono o nieudostępnianie zastrzeżonych informacji, ze względu na fakt, iż w wyniku udostępnienia treści dokumentacji w zakresie mogą zostać ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Informacje przywoływane w pkt 3.3. odwołania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą przyjmuje się (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/00, OSN 2001, Nr 4, poz. 59), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny
- posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Odwołującego wszystkie zastrzeżone informacje spełniają powyższe warunki. Informacje na temat treści umów zawieranych przez Odwołującego z jego kontrahentami, są istotne dla funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego, stanowią know-how PTUW i posiadają dla niego wartość gospodarczą. Należy zaznaczyć, iż informacje na temat treści umów dostępna jest wyłącznie wyselekcjonowanemu gronu osób, a ich pozyskanie przez podmioty spoza tego grona jest niemożliwe. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową informacje, które „*stanowią swego rodzaju know how przedsiębiorcy. Podkreślić należy, że nie muszą to być informacje, których ujawnienie "mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług" (...) Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada*”. Odwołujący podejmuje stałe czynności zmierzające do zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to rozwiązania systemowe i mają charakter permanentny, a polegają w szczególności na zastrzeganiu wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwianiu dostępu osób nieupoważnionych, ustanawianie zakazów dla pracowników Odwołującego w zakresie upubliczniania zastrzeganych informacji.

Jednocześnie należy zastrzec, że „tajemnica” nie traci zaś swego poufnego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy Odwołującego lub upoważnione osoby po stronie Zamawiającego, którym PTUW powierza informację w związku z wniesieniem odwołania. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich - w szczególności innych uczestników postępowania, konkurentów Odwołującego - w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. W wyniku dokonania zaskarżonych odwołań czynności oferta Odwołującego - obecnie niesłusznie uznawanego przez Zamawiającego za wykluczonego - nie została uznana za najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia zarzutów oferta PTUW zostałaby uznana za najkorzystniejszą a w konsekwencji zamówienie zostałoby udzielone Odwołującemu.

Naruszenie przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem doprowadziło do podjęcia wadliwej decyzji, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia oferty będącej najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu. Zatem w następstwie skarżonych czynności Zamawiającego zamówienie zostanie udzielone niezgodnie z przepisami ustawy.

Termin na wniesienie odwołania, inne wymogi formalne

Informacja Zamawiającego o zakończeniu badania i oceny złożonych ofert oraz o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty wykonawcy MG FORSAKRINGS AB S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu w dniu 30 stycznia 2017 r., zatem termin na wniesienie odwołania został dochowany. Kopia odwołania z zabezpieczoną częścią obejmującą tajemnicę przedsiębiorstwa została prawidłowo i w terminie przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu merytorycznym odwołania podniesiono, że zgodnie z treścią rozdziału IX ust. 3 SIWZ, w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy posiadający odpowiednie doświadczenie, a mianowicie zdolni do wykazania, iż „*w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali lub realizują minimum dwa zamówienia, którego przedmiotem była/jest realizacja grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, z których każda z osobna obejmowała/obejmuje grupowe ubezpieczenie zdrowotne dla minimum 1 000 (tysiąc) osób*”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2194/16) stwierdziła, iż dokumenty

złożone przez PTUW wraz z ofertą - która pierwotnie została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą - nie pozwalały na stwierdzenie, iż Odwołujący spełniał przywołany powyżej warunek.

W związku z tym, pismem z dnia 16 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do „złożenia stosownych wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy (jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia) potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału opisany w rozdziale IX.3 SIWZ”.

Odwołujący w wyznaczonym terminie spełnił żądanie Zamawiającego uzupełniając ofertę o żądane dokumenty, które jego zdaniem jednoznacznie potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie informacje wraz z odpowiednimi referencjami, że w wymaganym okresie PTUW należycie wykonał dwie umowy ubezpieczenia grupowego zawarte z podmiotem wymienionym w wykazie usług, który wystawił referencje, których przedmiotem było świadczenie ochrony ubezpieczeniowej w zakresie grupowego ubezpieczenia zdrowotnego obejmującego odpowiednio 3 377 oraz 3 106 osób.

Dodatkowo w odpowiedzi na wezwanie PTUW złożył także informację i stosowne dokumenty potwierdzające doświadczenie POLMED S.A. - jako podmiotu udostępniającego swoje doświadczenie Odwołującemu - w zakresie obsługi pięciu umów grupowego ubezpieczenia zdrowotnego.

Zamawiający natomiast po powtórzeniu procesu badania i oceny ofert, wykluczył PTUW z postępowania. Zamawiający przy tym w zasadzie nie wyjaśnił motywów swojej decyzji, którą uzasadnił ograniczając się do lakonicznego oświadczenia, iż „po analizie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów Zamawiający stwierdził, że przedmiot zamówienia ujawniony w wykazie oraz referencjach nie spełnia warunku określonego w rozdziale IX ust. 3 SIWZ, tj. nie stanowi realizacji grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, a jest ubezpieczeniem innego rodzaju”.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

W ocenie strony Odwołującej powołana w zawiadomieniu podstawa prawna decyzji podjętych wobec Odwołującego jest błędna. Z jego treści wynika bowiem, iż zostały one podjęte w następstwie uznania przez Zamawiającego, iż PTUW nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie ze względu na zidentyfikowanie jakichkolwiek sprzeczności pomiędzy ofertą Odwołującego a treścią SIWZ.

Z całą pewnością z faktu, iż warunki udziału w postępowaniu określone są w SIWZ nie sposób wywodzić, iż to właśnie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może stanowić podstawę odrzucenia oferty wykonawcy rzekomo nie spełniającego tych warunków. Wszak prawodawca jednoznacznie przesądził, iż w takich sytuacjach stosować należy art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 5 Pzp, które jednak w zaistniałych okolicznościach faktycznych także nie znajdują zastosowania. Powyższe stanowisko jest zresztą zgodne z jednoznacznym poglądem KIO, iż „niewykazanie spełnienia warunków podmiotowych skutkuje wykluczeniem z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ZamPublU), zaś niewykazanie spełnienia warunków przedmiotowych odrzuceniem oferty jako oferty, której treść sprzeczna jest w treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPubl – tak wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. KIO 2363/12.)

Wydaje się więc, iż wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi błąd co do prawa. Dlatego jedynie z daleko posuniętej ostrożności należy zaznaczyć, iż gdyby Zamawiający utrzymywał, że jego zamiarem było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. ze względu na jej „przedmiotową” niezgodność z SIWZ, to decyzji tej nie poparł jakimkolwiek uzasadnieniem przez co naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 5 Pzp

Ze względu na wykazaną powyżej okoliczność, iż w istocie Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu PTUW z postępowania ze względu na rzekome niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Z dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 grudnia 2016 r. jednoznacznie wynika, że PTUW spełniał warunek określony w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ, dotyczący doświadczenia w zakresie realizacji „grupowego ubezpieczenia zdrowotnego”.

Dla rozstrzygnięcia, czy wykazane przez PTUW doświadczenie potwierdza warunek udziału, kluczowe jest ustalenie prawidłowej treści pojęcia „grupowe ubezpieczenie zdrowotne”.

Pojęcie „grupowego ubezpieczenia zdrowotnego”

W tym celu należy zwrócić uwagę, że zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, przedmiotem zamówienia jest „świadczenie usług grupowego ubezpieczenia zdrowotnego dla pracowników Grupy Kapitałowej Energa i ich rodzin.” Konstrukcja ubezpieczenia grupowego jest powszechnie wykorzystywana przez pracodawców do objęcia ochroną ubezpieczeniową swoich pracowników i polega zasadniczo na tym, że ubezpieczający (Zamawiający) zawiera z ubezpieczycielem (Wykonawcą) umowę ubezpieczenia grupowego, w której określa warunki wykonywania umowy ubezpieczenia oraz jej zakres. Na jej podstawie ubezpieczeni nawiązują stosunki ubezpieczenia z ubezpieczycielem, jednakże nie zawierają oni z nim odrębnych umów. Dzieje się to poprzez złożenie przez ubezpieczonych deklaracji o

przystąpieniu do ubezpieczenia, nie zaś poprzez zawarcie odrębnej, indywidualnej umowy ubezpieczenia z zakładem ubezpieczeń przez każdego z ubezpieczonych.

Przechodząc do analizy pojęcia ubezpieczenia zdrowotnego, Odwołujący przytoczył treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej jako „NSA”) z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt IIFSK 1874/10. W wyroku tym NSA podkreślił, iż przedmiotem tzw.

„prywatnego” ubezpieczenia zdrowotnego (dla odróżnienia od ubezpieczenia zdrowotnego w ramach systemu ubezpieczeń społecznych) jest zagwarantowanie prawa do opieki, a więc sama możliwość skorzystania z usług medycznych. W doktrynie wskazuje się również, że w ramach zawartego ubezpieczenia zdrowotnego, *„ubezpieczony ma prawo do uzyskania określonych w ogólnych warunkach ubezpieczenia rodzajów świadczeń zdrowotnych - usług medycznych. Przez pojęcie usług medycznych rozumiane są usługi mające na celu przywrócenie zdrowia ubezpieczonego, obejmujące leczenie, diagnostykę lub profilaktykę. Z reguły zakłady ubezpieczeń przewidują w ramach »ubezpieczenia zdrowotnego« następujące kategorie świadczeń:*

- możliwość skorzystania z usług medycznych w dowolnie wybranej placówce medycznej współpracującej z zakładem ubezpieczeń,*
- dostęp do całodobowej infolinii medycznej,*
- nieograniczony dostęp do lekarzy prowadzących, tj. internisty, pediatry, lekarza rodzinnego,*
- dostęp (w ograniczonym zakresie) do lekarzy specjalistów,*
- dostęp do badań diagnostycznych,*
- możliwość skorzystania z zabiegów ambulatoryjnych,*

•*możliwość skorzystania z wizyty domowej lekarza w miejscu zamieszkania, zniżki na leczenie stomatologiczne i wykonanie szczepień.”* (tak: M. Szczepańska, Ubezpieczenia na życie. Aspekty prawne, Warszawa 2008, s. 288 i n.).

Wyliczenie to ma oczywiście charakter przykładowy, ale identyfikuje najbardziej popularne kategorie świadczeń. Co więcej, tak określony zakres ochrony ubezpieczeniowej pokrywa się z usługami wymienionymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Analizując naturę ubezpieczenia zdrowotnego, należy podkreślić, że zgodnie z art. 805 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 tj.; dalej jako „KC”) świadczenie ubezpieczyciela przy ubezpieczeniu osobowym polega w szczególności na zapłacie określonej sumy pieniężnej, renty lub innego świadczenia. Oznacza to, że ma ono formę pieniężną. Co za tym idzie, w przypadku ubezpieczeń, których cel gospodarczy polega na pozyskaniu przez ubezpieczonego określonych usług na wypadek zajścia okoliczności określonych w umowie ubezpieczenia, świadczenie

zakładu ubezpieczeń polega na przekazaniu środków pieniężnych na zlecenie ubezpieczonego lub ubezpieczającego jako wynagrodzenie podmiotów trzecich, które w istocie wykonują żadaną usługę objętą zakresem ochrony ubezpieczeniowej (wizytę lekarską itp.). Ubezpieczyciel jest przy tym zobowiązany do zorganizowania likwidacji szkody w sposób przyjęty w umowie ubezpieczenia. W związku z tym uznać należy, że istotą tego typu ubezpieczeń (co wynika również z treści załącznika nr 1 do SIWZ) jest zapewnienie ubezpieczonemu dostępu do określonych dóbr lub usług. Odmienne wnioski byłyby sprzeczne z art. 805 § 2 KC. Na marginesie należy wskazać, iż w związku z powyższym proponowaną nazwą synonimiczną ubezpieczenia zdrowotnego jest

„ubezpieczenie kosztów leczenia”, które trafnie oddaje jego cel (tak: M. Szczepańska, Ubezpieczenia..., s. 288). Zamiennie można również mówić o ubezpieczeniu *assistance* pomocy medycznej albo o pakiecie medycznym w ramach ubezpieczenia *assistance*.

Powyższa argumentacja pozostaje w związku również z treścią rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2015 r. w sprawie szczegółowego sposobu obliczania podstawowego kapitałowego wymogu wypłacalności według formuły standardowej, zgodnie z którym zobowiązania o charakterze zobowiązań z tytułu umów ubezpieczeń zdrowotnych to zobowiązania, o których mowa w lit. A pkt 1-3, lit. B 13-15, lit. C pkt 25, lit. D pkt 29 i 33 oraz lit. E pkt 35 Załącznika I do rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2015/35. W okolicznościach niniejszej sprawy należy mieć jednak na uwadze przede wszystkim treść art. 1 ust. 3 rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) z dnia 10 października 2014 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wypłacalność II), zawierającego definicję „zobowiązania z tytułu ubezpieczeń zdrowotnych”.

Zgodnie z rozporządzeniem zobowiązanie to stanowi zobowiązanie ubezpieczeniowe, które obejmuje jedną lub obie z poniższych możliwości:

(i)zapewnienie leczenia lub opieki medycznej, w tym zabiegów medycznych o charakterze prewencyjnym lub leczniczym bądź opieki w związku z chorobą wypadkiem, niepełnosprawnością lub znieдолężeniem lub zwrot kosztów takiego leczenia lub opieki,

(ii)rekompensatę finansową z tytułu choroby, wypadku, niepełnosprawności lub zniedołężnienia.

Na marginesie należy wspomnieć, że choć definicja ta została przez unijnego prawodawcę przyjęta jedynie na potrzeby rozporządzenia delegowanego, to jednak nie ulega wątpliwości, że może ona stanowić posilkowe kryterium potwierdzające, że świadczenia oferowane przez PTUW w ramach przywołanych powyżej ubezpieczeń grupowych spełniają kryteria ubezpieczenia zdrowotnego.

Pojęcie „grupowego ubezpieczenia zdrowotnego” w ujęciu postanowień SIWZ

Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania wskazał w sposób niezrozumiały, iż doświadczenie PTUW rzekomo „nie stanowi realizacji grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, a jest ubezpieczeniem innego rodzaju.”

Zamawiający nie określił jednak w pkt. IX ust. 3 SIWZ żadnych szczególnych wymogów jakim powinno odpowiadać grupowe ubezpieczenie zdrowotne, poza wymogiem objęcia nim co najmniej 1000 osób z tytułu każdej z dwóch umów. W tym kontekście, a także biorąc pod uwagę wskazane powyżej, ugruntowane w literaturze i orzecznictwie znaczenie pojęcia „grupowe ubezpieczenie zdrowotne” należy przyjąć, że dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające było wykazanie przez Wykonawcę posiadającego status ubezpieczyciela doświadczenia w zakresie wykonywania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert dwóch umów ubezpieczenia grupowego ubezpieczenia zdrowotnego z których każda obejmowała ochroną co najmniej 1000 osób.

Doświadczenie PTUW w zakresie realizacji warunku udziału w postępowaniu

PTUW w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2016 r., przedłożył referencje podmiotu X, zawierające oświadczenie, iż PTUW udzielał jego klientom ochrony ubezpieczeniowej w ramach następujących pakietów ubezpieczeń, w skład których wchodziły ubezpieczenia zdrowotne dla określonej w referencjach liczby osób, w każdym przypadku przekraczającej liczbę 3000 osób.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający jako podstawę „odrzczenia oferty” i wykluczenia PTUW podał błędnie, iż przedmiot zamówienia ujawniony w wykazie i referencjach nie stanowi umowy grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, lecz jest ubezpieczeniem innego rodzaju. Odwołujący dokonał analizy postanowień przywołanych powyżej warunków ubezpieczenia określających zakres ochrony ubezpieczeniowej świadczonej na rzecz Ubezpieczonych w ramach tych umów przez PTUW.

Zgodnie z postanowieniami warunków ww. ubezpieczeń przedmiotem ubezpieczenia jest organizacja albo organizacja i pokrycie kosztów usług określonych w tych warunkach, świadczonych na rzecz ubezpieczonych działającego na zlecenie i w imieniu PTUW w przypadku wystąpienia zdarzenia objętego ochroną ubezpieczeniową. W ramach ubezpieczenia, PTUW zobowiązał się do spełnienia na rzecz ubezpieczonych określonych świadczeń wymienionych i opisanych w warunkach ubezpieczenia, w tym: wizyty lekarza pierwszego kontaktu lub pielęgniarki, organizacji wizyty u lekarza specjalisty, dostarczenia lekarstw, dostarczenia sprzętu rehabilitacyjnego, opieki domowej po hospitalizacji, transportu do placówki medycznej, czy też konsultacji telefonicznej z lekarzem. Świadczenia przewidziane we wskazanych warunkach ubezpieczenia odpowiadają zatem

rodzajowo świadczeniom, które Zamawiający objął zakresem pojęcia ubezpieczenie zdrowotne. W tym kontekście nie może budzić jakichkolwiek wątpliwości, że w ramach umów wskazanych przez Odwołującego jako poświadczających spełnianie warunku udziału w postępowaniu PTUW świadczył ochronę ubezpieczeniową w zakresie ubezpieczenia zdrowotnego dla wymaganej liczby osób.

W odniesieniu do niezrozumiałego zarzutu Zamawiającego jakoby umowy wskazane w dokumencie referencyjnym nie stanowiły grupowej umowy ubezpieczenia, należy odwołać się do postanowień umów określających zasady udzielania przez PTUW ochrony ubezpieczeniowej. Obie umowy zostały zawarte pomiędzy podmiotem X jako ubezpieczającym a PTUW jako ubezpieczycielem, co stanowi o zawarciu umowy na cudzy rachunek w rozumieniu art. 808 § 1 KC. Ponadto, w umowach określone zostały warunki objęcia ochroną ubezpieczeniową ubezpieczonych. Przystąpienie do umowy uzależnione zostało od złożenia przez ubezpieczonego pisemnej deklaracji przystąpienia do ubezpieczenia. Mechanizm ten jest charakterystyczny dla ubezpieczeń grupowych i jako taki jest powszechnie stosowany w obrocie. Ponadto, zgodnie z treścią wskazanych umów obowiązek zapłaty składki wobec ubezpieczyciela (PTUW) spoczywa na ubezpieczającym (podmiocie X), co również jest charakterystyczne dla grupowych umów ubezpieczenia. W tym bowiem przypadku ubezpieczony jedynie zobowiązuje się do sfinansowania składki, której obowiązek zapłaty spoczywa na ubezpieczającym i sam jej bezpośrednio ubezpieczycielowi nie opłaca. Umowy wskazane w przywoływanych w toku postępowania przez PTUW referencjach stanowią niewątpliwie umowy ubezpieczenia grupowego.

Odwołujący wyjaśnił, iż w terminie złożenia odwołania nie był w stanie udostępnić Zamawiającemu treści przywołanych umów. Jediną przeszkodą formalną dla ich przekazania konieczność jest zachowania tajemnicy

dotyczącej poszczególnych umów ubezpieczenia w rozumieniu art. 35 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Odwołujący podjął jednak starania w celu uzyskania zgody na udostępnienie treści umów. Odwołujący zaznaczył jednak, że gdyby Zamawiający zdecydował się uwzględnić odwołanie i unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w celu przeprowadzenia ponownego badania oferty i wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, PTUW po uzyskaniu zgody wystawcy referencji, tj. podmiotu X, udostępni Zamawiającemu treść przywoływanych umów.

Mając na uwadze powyższe uwagi na temat zakresu ubezpieczenia zdrowotnego, należy uznać, że ubezpieczenia przywołane w referencjach podmiotu X dla PTUW obejmują w swoim zakresie ubezpieczenia zdrowotne w rozumieniu pkt IX ust. 3 SIWZ. Przywołane umowy są również niewątpliwie umowami ubezpieczenia grupowego. Świadczona przez PTUW ochrona ubezpieczeniowa w ramach ubezpieczeń wskazanych w referencjach z dnia 16 grudnia 2016 r. odpowiadała zakresowi grupowego ubezpieczenia

zdrowotnego. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że w ramach tych samych umów ubezpieczenia grupowego znajdują się również inne zakresy ubezpieczenia. W praktyce ubezpieczeniowej powszechną praktyką jest bowiem łączenie różnych zakresów, a nawet typów ubezpieczeń w jednych warunkach ubezpieczenia.

W świetle powyższego PTUW wykazał należyte spełnienie wymogu zawartego w pkt IX ust. 3 SIWZ, bowiem wykazał, że w oparciu o każdą z dwóch umów ubezpieczenia grupowego objął ochroną ubezpieczeniową w ramach ubezpieczenia zdrowotnego ponad 3000 osób, a zatem nie zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp ani do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 5 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz § 2 ust. 6 Rozporządzenia

Zamawiający badając dokumenty złożone przez Odwołującego nie dochował należytej staranności w toku ponownego badania i oceny ofert. Zarzut ten potwierdza nie tylko sam fakt niezasadnego wykluczenia Odwołującego, ale także nieskorzystanie z przewidzianej prawem możliwości wezwania PTUW do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Pzp, w przypadku powzięcia wątpliwości co do treści dokumentów składanych przez wykonawcę wraz z ofertą, zamawiający dążąc do zapewnienia uczciwej konkurencji w danym postępowaniu, zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie stwierdzone niejasności. Pogląd ten został jednoznacznie wyrażony w orzecznictwie KIO i nie może obecnie budzić wątpliwości (tak wyrok KIO z dnia 8 października 2015 r., sygn. KIO 2079/15).

Niezależnie więc od faktu, iż zdaniem Odwołującego ze złożonych podmiotu X jednoznacznie wynika, że świadczył on usługi grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, należy przyjąć, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość co do tego, czy doświadczenie wskazane przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 grudnia 2016 r. potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to niewątpliwie powinien był dążyć do ich usunięcia poprzez wezwanie PTUW do złożenia stosownych wyjaśnień.

O braku wymaganej staranności, świadczy także fakt, iż Zamawiający nie tylko zignorował obowiązek wynikający z treści art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, ale także nie skorzystał z przewidzianej w § 2 ust. 6 Rozporządzenia kompetencji do zwrócenia się o dodatkowe informacje bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego usługi grupowego ubezpieczenia zdrowotnego były wykonane.

Opierając decyzję o wykluczeniu PTUW z postępowania jedynie na powierzchownych przypuszczeniach Zamawiający nie dopełnił ciążących na nim obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz § 2 ust. 6 Rozporządzenia.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Z zarzutem wcześniejszym ściśle wiąże się także zarzut naruszenia obowiązku wyczerpującego uzasadnienia i poinformowania wykonawców o podjętych wobec nich decyzjach. Nie ulega wątpliwości, że wyliczenie czynności dokonywanych przez ENERGA w związku z badaniem oferty PTUW zwieńczone lakonicznym komunikatem, iż w ocenie Zamawiającego wskazane w wykazie oraz referencjach doświadczenie „nie spełnia warunku określonego w rozdziale IX ust. 3 SIWZ, tj. nie stanowi realizacji grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, a jest ubezpieczeniem innego rodzaju”, nie może zostać uznane za podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Tego rodzaju sytuacje były już wielokrotnie badane przez KIO, która konsekwentnie stoi na stanowisku, iż „Zamawiający ma bezwzględny obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom pełnych podstaw faktycznych wykluczenia jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wyczerpującej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy musi

przedstawiać wszystkie przyczyny, jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień" (Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r., sygn. KIO 1429/15).

W odniesieniu do przypadku braku należytego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania KIO kategorię wyraziła pogląd, że jeśli treść przepisu nie określa stopnia szczegółowości informacji, jakie powinny znaleźć się w uzasadnieniu, to jednak należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Obowiązek ten wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości prawidłowego sporządzenia środka ochrony prawnej. Izba jednoznacznie stwierdza, że z całą pewnością przepisanie treści warunku udziału w postępowaniu i lakoniczne oświadczenie o braku spełniania tegoż warunku przez wykonawcę, bez jakiegokolwiek ustosunkowania się do przedłożonych przez Odwołującego się dokumentów stanowi oczywiste naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

W wyniku nieprawidłowości dokonanych przez ENERGA naruszony został art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ Zamawiający, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, niezasadnie wykluczając PTUW nie wybrał oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a w konsekwencji zamierza udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami Pzp

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosil jak we wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, materiałów złożonych na posiedzeniu i rozprawie, włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Na wstępie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym zaniechanie wykonania czynności, do których był zobowiązany, może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba ustaliła, iż wyrokiem z dnia 5 grudnia 2016 roku o sygn. akt KIO 2194/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożone przez **LMG FORSAKRINGS AB Spółka Akcyjna reprezentowany przez Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Pocztove Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie oraz nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Pocztove Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy (jednolitego europejskiego

dokumentu zamówienia) oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że wykonawca spełnia warunek udziału opisany w rozdziale IX.3 siwz.

Izba uznała, że dookreślenie (*przez Zamawiającego*), że ubezpieczenie zdrowotne ma polegać na zapewnieniu świadczeń medycznych, nie stanowi przesądzającego dowodu na dopuszczenie doświadczenia polegającego na świadczeniu usług medycznych, gdyż istotą umowy ubezpieczenia zdrowotnego jest zapewnienie ubezpieczonemu dostępu do usługi medycznej określonej w umowie ubezpieczenia, co jednak nie zmienia faktu, że zamawiający wymagał dwóch zamówień (a więc zgodnie z definicją zamówienia publicznego - umów) na ubezpieczenie zdrowotne. Równocześnie zamawiający podał, że uzna za spełnienie wymogu, jeżeli Główny Operator wskazany w ofercie - zapewniający pełen zakres obsługi w ramach ubezpieczenia zdrowotnego oferowanego przez wykonawcę, przy czym nie wskazał, że chodzi tu o zakres obsługi związanej ze świadczeniami medycznymi, ale pełnej obsługi w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, a więc również czynności informacyjno-promocyjnych, zawierania umów ubezpieczenia z pracownikami, którzy zechcą do niego przystąpić, umożliwiania dostępu do tych umów ubezpieczeniowych na warunkach wynikających z oferty także w odniesieniu do rodzin pracowników i ich partnerów. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że przez pojęcie pełnej obsługi w ramach ubezpieczenia zdrowotnego należy rozumieć wyłącznie świadczenie usług medycznych. Tym samym zdaniem Izby zgromadzony materiał

dowodowy pozwala na uznanie, że zamawiający być może zamierzał postawić w ramach zdolności zawodowych niższy poziom spełnienia warunku niż doświadczenie nabyte w ramach umów ubezpieczeniowych, jednakże wbrew własnemu stanowisku nie ujawnił tego w sposób transparentny tak w siwz jak i w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 64. W dalszym ciągu w ramach udzielonej odpowiedzi domagał się pełnej obsługi w ramach ubezpieczenia nie definiując tego pojęcia i nie ograniczając go wyłącznie do usług o świadczenia medyczne. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający nie będzie związany umową o świadczenie usług medycznych z podmiotem świadczącym taką usługę, ale będzie związany umową grupowego ubezpieczenia pracowniczego z zakładem ubezpieczeń. (...) zamawiający ma obowiązek zbadać, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby zamawiający tego obowiązku nie dopełnił, gdyż przystępujący (*obecnie Odwołujący*) nie wykazał, że przez zdolności zawodowe Polmed posiada doświadczenie w realizacji zamówień realizacji grupowego ubezpieczenia zdrowotnego. Polmed posiada bowiem doświadczenie jedynie w świadczeniu usług medycznych, a nie usług ubezpieczeniowych. W tym stanie rzeczy Izba oceniła, że zamawiający naruszył art. 22a ust. 3 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i art. 22 ust. 1a i 1b pkt. 3 ustawy.

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów, Odwołujący odpowiedział na powyższe wezwanie przedstawiając wykaz usług, w którym ujęto dwie pozycje (umowy) realizowane na rzecz podmiotu X. Do wykazu załączono referencje wystawione przez podmiot X, który potwierdził należyte wykonanie umów. Jednocześnie składając powyższe dokumenty Odwołujący zastrzegł, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i do tezy tej złożył pisemne uzasadnienie.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca **LMG FORSAKRINGS AB Spółka Akcyjna reprezentowany przez Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie**. Przystąpienie uznano za skuteczne.

W dniu 20 lutego 2017 roku Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił je w całości. Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą, poinformowany o powyższym fakcie, złożył oświadczenie do protokołu, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Przystępujący złożył obszerne stanowisko pisemne wraz z materiałem dowodowym, które potwierdzać miało w jego ocenie zasadność oddalenia odwołania w całości.

Na podstawie dokonanych ustaleń, skład orzekający Izby uznał, iż podlegało uwzględnieniu

Przy ocenie adekwatności treści oferty do wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględnia się zawodowy charakter działalności wykonawcy i zwiększone w związku z tym oczekiwania, co do jego profesjonalizmu, obejmującego znajomość przepisów prawa i warunków prowadzenia działalności, w tym realiów danego segmentu rynku.

Pomiędzy stronami niesporna była literalna treść warunku udziału w postępowaniu. Bezsporne było także, że przedmiotem zamówienia jest usługa ubezpieczenia zdrowotnego, oraz to, że Zamawiający wymagał od wykonawców, aby posiadali zezwolenie właściwego organu na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w zakresie co najmniej działu I grupa 1 i 5 lub działu II grupa 2.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy Pzp, w ocenie Izby, Odwołujący prawidłowo potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu w wyniku uzupełnienia na wezwanie dokumentów podmiotowych z zakresie posiadania określonego doświadczenia zawodowego.

Z uwagi na objęcie wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, a także decyzję Izby, iż dane zastrzeżenie nie zostało do momentu wydania niniejszego orzeczenia skutecznie zakwestionowane przez żadną ze stron sporu, nie ma więc możliwości odtajnienia przedmiotowych informacji, bardziej szczegółowe odniesienie się do złożonych wyjaśnień nie jest możliwe w uzasadnieniu orzeczenia, a poczynione przez Izbę ustalenia i analiza złożonych dokumentów muszą być przedstawione na pewnym poziomie ogólności.

Zamawiający wyraźnie w rozdziale IX.3 SIWZ wskazał, że wymaga doświadczenia w realizacji minimum dwóch zamówień, których przedmiotem była/jest realizacja grupowego ubezpieczenia zdrowotnego, z których każda z osobna obejmowała/obejmuje grupowe ubezpieczenie zdrowotne dla minimum 1000 (tysiąc) osób. Zamawiający zatem w postawionym przez siebie warunku wymagał usług obejmujących grupowe ubezpieczenie zdrowotne. Jak słusznie stwierdziła i podkreśliła w wyroku z 5 grudnia 2016 roku Izba, poza sporem pomiędzy Stronami było, że czym innym jest umowa o świadczenie usług medycznych, a czym innym umowa grupowego ubezpieczenia zdrowotnego.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podzieliła również rozważania wyroku KIO z dnia 5 grudnia 2016 roku, gdzie stwierdzono, że: „Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się

wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Dla rozstrzygnięcia tej sprawy istotne znaczenie ma treść art. 22 ust. 1 a ustawy, który stanowi, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Niewątpliwie przedmiotem zamówienia nie była usługa medyczna, choć rzeczywiście w ramach przedmiotu zamówienia zakład ubezpieczeń w ramach swojej odpowiedzialności ubezpieczeniowej ma zapewnić pracownikom zamawiającego, a także umożliwić rodzinom i partnerom dostęp do świadczeń medycznych. (...)”

Izba zgadza się również ze stanowiskiem wyrażonym przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 20 lutego 2017 roku, że przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy mieć na uwadze opis przedmiotu zamówienia i postanowienia projektu przyszłej umowy. Nie oznacza to jednak, że ustalenia oraz oceny spełniania warunku udziału należy dokonywać jedynie przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, w oderwaniu od literalnej treści ustalonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający ustala w sposób

proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co nie oznacza, że poziom posiadanego doświadczenia wykonawcy zainteresowanego danym postępowaniem musi być identyczny, czy też tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia. Ustalony warunek ma być proporcjonalny, a zatem adekwatny do przedmiotu zamówienia, co nie oznacza, że można wymagać takiego samego poziomu, na przykład doświadczenia zawodowego.

„Proporcjonalny” nie oznacza „taki sam”. Proporcjonalny poziom doświadczenia zawodowego ma umożliwiać wykonawcy realizację danego zamówienia z należytą starannością. Poziom proporcjonalności, czy też inaczej szczegółowości interpretacji warunku w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia ustala i określa sam Zamawiający.

Zamawiający postawił wymóg realizacji minimum dwóch zamówień, których przedmiotem była lub jest realizacja grupowego ubezpieczenia zdrowotnego. Jednocześnie Zamawiający w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie opisał szczegółowo znaczenia pojęcia „ubezpieczenie zdrowotne”. Nie wskazano bynajmniej, że referencyjne usługi miały lub mają w swoim zakresie oferować dokładnie takiego samego rodzaju świadczenia medyczne, jak te stanowiące opis przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia wymaga, iż nie istnieje definicja legalna pojęcia „ubezpieczenie zdrowotne”. Nie ma regulacji prawnych, które określałyby szczegółowo jaki zakres świadczeń medycznych będzie już ubezpieczeniem zdrowotnym a jaki świadczeniem innego rodzaju. Takich przepisów i regulacji nie wskazał Przystępujący. Choć Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania, żadna z tych odpowiedzi nie wyjaśniła i nie wskazywała jaki zakres świadczeń wypełniał będzie wymóg zaoferowania ubezpieczenia zdrowotnego. Taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu z pewnością nie wynika z odpowiedzi na pytania przywołanych przez Przystępującego w jego piśmie procesowym. Odpowiedzi te ponad wszelką wątpliwość nie stanowiły uszczegółowienia przedmiotowego zakresu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego grupowego ubezpieczenia zdrowotnego. Odpowiedzi te nie wskazywały również, iż należy wykazać się doświadczeniem w pełni odpowiadającym każdemu elementowi zamówienia opisanemu w opisie przedmiotu zamówienia. Wywodzenie na obecnym etapie postępowania, że doświadczenie, które powinien posiadać wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu powinno w pełni odpowiadać opisowi przedmiotu zamówienia nie znajduje racji bytu w zapisach SIWZ. Ponadto, warto zauważyć, iż żadna z ofert na takim poziomie szczegółowości nie była przez Zamawiającego sprawdzana. Zamawiający nie wymagał bowiem innych dokumentów podmiotowych niż wykaz usług i referencje, które potwierdzać miałyby zakres ubezpieczenia zdrowotnego (choćby wzory Warunków Ogólnych lub Warunków Szczególnych Ubezpieczenia).

Przechodząc do dalszych rozważań, dostrzec należy, iż cała argumentacja Przystępującego o nieadekwatności referencji złożonych przez Odwołującego, z uwagi na okoliczność objęcia przez samego Przystępującego pracowników Banku Pocztowego i ich rodzin ubezpieczeniem zdrowotnym pozostaje poza sporem. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że wykaz usług Odwołującego rzeczywiście nie dotyczy takich umów. Fakt ten również potwierdził na rozprawie sam Odwołujący, przyznając, iż wskazał inne umowy, niż opisane początkowej fazie pisma procesowego Przystępującego. Odwołujący przyznał także, iż referencyjne umowy nie dotyczą ubezpieczenia na życie dla podmiotów z grupy kapitałowej Poczty Polskiej. Dla Odwołującego klarowne było również, iż takiego rodzaju umowy nie stanowiłyby potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, właśnie z uwagi na rodzaj ubezpieczenia. Taki typ ubezpieczenia jest właśnie ubezpieczeniem innego rodzaju niż wymagane ubezpieczenie zdrowotne. Ponadto udzielaniem ubezpieczeń na życie zajmuje się inna spółka z grupy kapitałowej niż sam Odwołujący, co jest odzwierciedleniem zasady rozdziału ubezpieczeń na życie i ubezpieczeń majątkowych (vide: protokół z rozprawy). Odwołujący ten fakt na rozprawie potwierdził. Argumentacja ta zatem nie mogła stanowić podstawy oddalenia odwołania.

Analizując umowy przedstawione przez Odwołującego w wykazie i załączone do wykazu referencje wystawione przez Bank Pocztowy (fakt ujawniony przez Zamawiającego w wyniku przekazywania kopii odwołania pozostałym uczestnikom postępowania odwoławczego) Izba doszła do przekonania, iż przedmiotowe usługi stanowią wystarczające potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Usługi te dotyczą ubezpieczenia grupowego, co potwierdziły kopie umów przedłożone przez Odwołującego w niejawnej części rozprawy. W umowach tych następuje odniesienie do art. 808 Kodeksu cywilnego dotyczącego zawierania umów na cudzy rachunek. W ramach oferowanych usług podmiotowi ubezpieczonemu przysługiwał określony pakiet świadczeń medycznych. Odwołujący przyznał, iż ubezpieczenia wymienione w wykazie oferowane są w pewnym pakiecie ubezpieczeniowym, na który składa się kilka rodzajów ubezpieczeń o charakterze majątkowym. Wbrew twierdzeniom Przystępującego ujętym w piśmie procesowym z 20 lutego 2017 roku, oferowanie ubezpieczeń pakietami, razem z innym ubezpieczeniem, nie oznacza jeszcze, że takie ubezpieczenie nie jest ubezpieczeniem zdrowotnym. Zamawiający nie zawęził rozumienia warunku tylko do konieczności udzielenia ochrony ubezpieczeniowej w zakresie zdrowia ubezpieczonego, bez możliwości oferowania mu dodatkowych świadczeń, czy produktów.

Co do zakresu przedmiotowego ubezpieczeń przedstawionych w wykazie przez Odwołującego, to jak już wspomniano w niniejszym uzasadnieniu orzeczenia, różnice w

zakresie usług opisanych przez Zamawiającego a usług oferowanych przez dany podmiot, nie świadczą jeszcze o niespełnianiu przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Minimalny zakres świadczeń medycznych w odniesieniu do opisu warunku udziału w postępowaniu nie został przez Zamawiającego ustalony. Nie określono, ile wizyt lekarskich takie ubezpieczenie miało zawierać, nie określono katalogu specjalistów, u których możliwe są wizyty, nie określono liczby placówek, która miała umożliwiać realizację świadczeń medycznych. A więc nawet ubezpieczenie zdrowotne choćby w minimalnym stopniu pokrywające się z przedmiotem zamówienia i oferujące usługi medyczne o podobnym charakterze, w ocenie składu orzekającego Izby potwierdzało będzie spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Poza tym przedstawione przez Odwołującego dowody w części niejawnej rozprawy potwierdzają, iż oferowane w ramach ubezpieczenia świadczenia pokrywają się z elementami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia. Świadczenia medyczne realizowane były przez sieć określonych placówek medycznych, umówienie wizyty możliwe było za pomocą centrum telefonicznego (infolinii). Określono także grupę lekarzy specjalistów, u których można było zasięgnąć porady medycznej. Ubezpieczenie obejmowało więc opiekę lekarską i pielęgniarstwo.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Przystępującego, że następuje wyraźne rozróżnienie pod względem podmiotowym w grupowym ubezpieczeniu zdrowotnym i ubezpieczeniu assistance medyczny, ponieważ w ramach tego pierwszego normą jest oferowanie pakietów rodzinnych i partnerskich, to zauważyć należy, iż te wywody potwierdzają raczej tezę, iż ubezpieczenie może występować w pakietach, przy czym każdy z pakietów różni się zakresem świadczeń. Tym samym więc potwierdzenie spełniania warunku udziału przez umowę, w ramach której oferowano kilka ubezpieczeń, w tym ubezpieczenie o charakterze zdrowotnym, z różnym koszykiem świadczeń, w zależności od wybranego wariantu ubezpieczenia, jest jak najbardziej działaniem prawidłowym.

W przypadku argumentacji Przystępującego dotyczącej braku istnienia grupy docelowej ubezpieczonych w momencie zawarcia umowy ubezpieczenia, to podkreślić należy, iż przystąpienie do grupowego ubezpieczenia zdrowotnego o takim charakterze, jak nabywa Zamawiający cechuje dobrowolność. Oznacza to, że pracownicy Zamawiającego na zasadzie dobrowolności mogą, ale nie muszą do danej umowy przystąpić przez złożenie odpowiedniej deklaracji. Zasada ta zachowana była, co wynika ze szczegółowych warunków umownych przedstawionych przez Odwołującego w części niejawnej rozprawy. Ponadto, podanie potencjalnej liczebności grupy w SIWZ, ma zdaniem Izby jedynie charakter szacunkowy, istotny z punktu widzenia Ubezpieczyciela do oceny ryzyka.

Izba nie znalazła podstaw do zastosowania w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przekazując informację o wyniku postępowania nie wykazał w jaki sposób treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie przytoczono jakichkolwiek zapisów SIWZ, do których można byłoby porównać zapisy oferty Odwołującego. Z tych powodów Izba uznała zarzut nieprawidłowego zastosowania przywołanej regulacji prawnej za potwierdzony.

Także samo uzasadnienie o odrzuceniu, z powodu że Odwołujący oferuje ubezpieczenie innego rodzaju niż wymagane grupowe ubezpieczenie zdrowotne jest bardzo enigmatyczne. Zamawiający nie wyjaśnił jakiego innego rodzaju ubezpieczenie ma na myśli lub też dlaczego referencyjne umowy nie spełniają wymogów grupowego ubezpieczenia zdrowotnego. Tym samym potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w związku art. 25 ust. 1 ustawy Pz przez zaniechanie ich użycia, to w ocenie Izby w postępowaniu nie było konieczne ich zastosowanie. Regulacje art. 26 ust. 3 i 4 służą do uzupełnienia brakujących dokumentów, w tym także dokumentów o charakterze przedmiotowym lub wyjaśnienia ich

treści. W prowadzonym postępowaniu, po uzupełnieniu dokumentów przez Odwołującego, nie zachodzi potrzeba dodatkowego wyjaśniania ich treści, także z wystawcą referencji. Zamawiający bez wspomnianych przepisów mógł ocenić spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego.

Wynikiem uwzględnienia powyższych zarzutów było również uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W konsekwencji dokonany wybór oferty najkorzystniejszej był dokonany w sposób nieprawidłowy. W ocenie Izby zatem Zamawiający naruszył także art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując, z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nakazała również ponowienie procesu badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238+ ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej.

Przewodniczący: