

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

Nie powielać schematów

Stosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych w przypadku ubezpieczeń może być trudne. Nie jest jednak niemożliwe. Jeśli chodzi o kwestię wzoru umowy, możemy rozróżnić dwa podejścia. – **ARTUR ZARON**

Prawo zamówień publicznych nie przystaje idealnie do praktyki ubezpieczeniowej. Widać to m.in. w wymogach dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a szczególnie wzoru umowy. O wiele łatwiej stosować je do procesu budowlanego niż do ubezpieczeń. Z reguły umowa ubezpieczenia opiera się na konstrukcji, w której istnieją polisa i OWU. W tym przypadku tworzenie wzoru umowy albo wymaga odejścia od takiej formuły, albo ogranicza się do stworzenia bardzo ogólnego wzoru, będącego *de facto* powtórzeniem uregulowań określonych w przedmiocie zamówienia.

Suma uwarunkowań powoduje wątpliwości, czy tworzyć wzór umowy dołączany do SIWZ. A jeżeli tak, to w jaki sposób, aby nie preferować żadnego z ubezpieczycieli.

NIEKONIECZNIE WZÓR UMOWY

Na szczęście ustawa Prawo zamówień publicznych daje tu pewne możliwości. Zgodnie z art. 36, specyfikacja zawierać może m.in. istotne postanowienia umowy. Ustawa pozwala więc na stosowanie w SIWZ istotnych dla stron postanowień, bez konieczności tworzenia wzoru samej umowy.

W praktyce spotyka się dwa rozwiązania w tym zakresie. Pierwszym jest umieszczenie w specyfikacji „szkieletu” umowy, który jest raczej nakreśleniem ogólnych ram. Są to wytyczne dotyczące stron umowy, terminów itp. W dalszej kolejności następuje odwołanie do polis i ogólnych warunków ubezpieczenia.

Drugim kierunkiem, przeze mnie preferowanym, jest korzystanie z istotnych postanowień umowy. Dzięki temu nie trzeba sztucznie tworzyć treści umowy, tylko wskazać te elementy, które w umowie powinny się znaleźć. W dużej części istotne postanowienia muszą powielać przedmiot zamówienia.

Decyzja, którą drogę wybrać, należy do zamawiającego. Jednak w każdym wypadku, powielamy przedmiot zamówienia



Artur Zaron jest zarządzającym Zespołem Brokerskim w Gras Savoye.

w punkcie, który nazywa się „istotne postanowienia umowy”, albo przygotujemy bardzo ramowy opis, który też powiela wcześniejsze zapisy.

PRAWNIK NIE WYSTARCZY

Do tworzenia lub weryfikacji wzorów umów lub istotnych postanowień umów wielu zamawiających angażuje prawników. Oczywiście, umowa powinna być zweryfikowana pod kątem prawnym. Jednak **prawnicy mają tendencję do korzystania z wypróbowanych schematów w innego typu postępowaniach publicznych.** Przykładem jest nadużywanie kar umownych w związku z niewłaściwą realizacją ubezpieczenia. Pomijam nawet dyskusyjny charakter tego typu kar w ubezpieczeniu – nie wiadomo bowiem, co to znaczy właściwa/niewłaściwa realizacja, czy wypłata odszkodowania należnego/nienależnego. Również sam proces dowodowy w tym przypadku jest szalenie trudny.

Ten model myślenia sprawdza się np. przy wspomnianym już kontrakcie budowlanym. Tam stosuje się rozwiązanie, że za każdy dzień opóźnienia kara wynosi jakąś część procenta wartości kontraktu. Zamawiający przenoszą ten koncept na ubezpieczenie, odnoszą kary do składki, zapominając, że istotą i wartością odszkodowania będzie suma ubezpieczenia, a składka jest już jej promilem. W takiej sytuacji kara umowa traci swój sens.

Kolejny punkt dotyczy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którego zamawiający ma prawo żądać. Dawniej powszechna była praktyka (dziś na szczęście sporadyczna) przedstawiania przez ubezpieczycieli gwarancji należytego wykonania umowy. W związku z tym koszt ubezpieczenia był zwiększany o wartość gwarancji. Mechaniczne przeniesienie schematu z innych branż to chyba najczęstszy błąd występujący w SIWZ. Stąd tak ważna rola brokera przy tworzeniu tego typu dokumentacji, niejednokrotnie wykraczająca poza kwestie *stricte* merytoryczne.

PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Zarzut preferowania jednego ubezpieczyciela może się także pojawić w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia. Zresztą nie tylko w ubezpieczeniach

Przedmiot zamówienia

Art. 29.

1. *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
2. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*
3. *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.*

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

pojawia się pytanie, gdzie leży granica między określeniem potrzeby, oczekiwań odnośnie tego, co chcemy kupić, a zbliżeniem się z tymi warunkami do któregoś z wykonawców.

Dobrym przykładem są remonty w elektrowniach czy elektrociepłowniach, które podlegają prawu zamówień publicznych. Elektrownia posiada turbiny danego producenta. Naturalne, że producent ten zapewne będzie pierwszy w kolejce do wygrania postępowania. Trudno może bezpośrednio przenieść tę sytuację do ubezpieczeń. Jednak opisując chociażby zakres ochrony, czasami okazuje się, że jest on bliższy danemu ubezpieczycielowi. Jednak nie wynika to z faktu, że chcemy go wskazać, ale z potrzeb zamawiającego.

Dlatego **na początku zamawiający powinien odpowiedzieć sobie na pytanie, co chce kupić.** Dopiero potem warto zastanowić się, czy zapisy SIWZ nie preferują kogoś w sposób ewidentny. Jeżeli tak się zdarzy, może uda się znaleźć inną drogę opisania swoich potrzeb tak, aby nie wykluczać pozostałych wykonawców.

Z praktyki wynika, że tendencja powielania konkretnych warunków występuje głównie w zamówieniach, gdzie SIWZ przygotowuje sam zamawiający. Jeżeli robi to broker, zazwyczaj wnosi swoją inwencję, przygotowuje autorski program. Jednak często u zamawiających jest zakorzenione podejście, że *tak było zawsze*, albo *wszyscy tak robią*. W związku z tym nawet inwencja brokera spotyka się czasem z oporem ze strony zamawiającego. Skoro tak było przez wiele lat, to czemu to zmieniać? Generalnie do rynku publicznego pasuje raczej sformułowanie *ewolucja* niż *zmiana*.

Ponadto, przy określaniu zakresu ochrony zawsze pojawia się pytanie, czy definiować ryzyka już na poziomie specyfikacji, czy zostawić pewną dowolność i odniesienie do ogólnych warunków. Jedni będą chcieli doprecyzować wszystko bardzo szczegółowo, czasami narażając się na zarzuty przygotowania SIWZ albo pod konkretnego ubezpieczyciela, albo dla nikogo (tworząc warunki, których nikt nie może spełnić). Inni są bardziej liberalni i woleliby nie stawiać wszędzie kropki nad i już na etapie specyfikacji, określając jedynie podstawowe ramy i pozostawiając pewną sferę w domyśle. Jak jest lepiej? Nie mam na to odpowiedzi. □