

Miesięcznik **Ubezpieczeniowy**

ISSN 1732-2413 • WSZYSTKO, CO TRZEBA WIEDZIEĆ O RYNKU UBEZPIECZEŃ • TOM 18 | NUMER 2 | LUTY 2021 • 4 LUTEGO 2021



W N U M E R Z E :

Ubezpieczenia samorządowe:

ubezpieczyciele, podejście samorządów, rekomendacje brokerów

Dariusz Zająchkowski o „trudnych czasach”/Zarządzanie/Zmiany klimatyczne/Art. 816 k.c.

Zmiany w PZP

Jednym z najpoważniejszych wyzwań w 2021 r. dla podmiotów publicznych, w tym jednostek samorządu terytorialnego, jest wdrożenie zmienionych reguł zawierania odpłatnych umów, określonych w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 1 stycznia 2021 r. – **JAROSŁAW KOLA, JAKUB POKRZYWIŃIAK**

Podczas prac nad ustawą z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („nowe PZP”) akcentowano, że celem projektodawców było: „wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa” (Uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych – druk nr 3264 Sejmu VIII kadencji, s. 1). Rzeczywiście wśród przyjętych ostatecznie przepisów znalazło się wiele rozwiązań ukierunkowanych na realizację tego celu. Najbardziej oczywistym przykładem jest wyraźne sformułowanie w treści ustawy tzw. zasady efektywności ekonomicznej. Znalazła ona swój normatywny wyraz w art. 17 ust. 1 nowego PZP, który stanowi, że zamawiający mają obowiązek udzielać zamówień w sposób zapewniający:

1. najlepszą jakość przedmiotu zamówienia, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz
2. uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych.

Z praktycznego punktu widzenia szczególnie istotne znaczenie ma fakt, że obok przywołanego przepisu ustanowiono również wiele nowych instytucji, które mają służyć urzeczywistnieniu zasady efektywności ekonomicznej. Wśród nich **na szczególną uwagę zasługuje nałożony na zamawiających publicznych obowiązek poprzedzania procedur zakupowych badaniem swoich potrzeb i wymagań (art. 83 ust. 1 nowego PZP)**. Wprowadzenie tego rozwiązania ma duże znaczenie praktyczne nie tylko dla podmiotów publicznych zobowiązanych do stosowania nowego PZP, ale również dla ubezpieczycieli występujących jako wykonawcy oraz brokerów ubezpieczeniowych, wspierających zamawiających w postępowaniach zamówieniowych.

ANALIZA POTRZEB I WYMAGAŃ

Obowiązek sporządzenia analizy potrzeb i wymagań został nałożony na



dr Jarosław Kola,
adiunkt na WPIA UAM,
prawnik w kancelarii
prawnej WKB.

wszystkich zamawiających publicznych, a więc na:

- ➔ jednostki sektora finansów publicznych,
- ➔ nienależące do sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
- ➔ tzw. podmioty prawa publicznego, tj. osoby prawne prowadzące działalność polegającą na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, które pozostają pod wpływem innych zamawiających publicznych,
- ➔ a także związki ww. podmiotów.

W rezultacie od 1 stycznia 2021 r. każdy podmiot należący do ww. kategorii, który zamierza udzielić zamówienia o wartości przekraczającej progi unijne, ma obowiązek przeprowadzić analizę, która powinna obejmować w szczególności badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych, a także rozeznanie rynku. Ustawodawca zobowiązał zamawiających również do przeanalizowania alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb, a także do zidentyfikowania i rozważenia możliwych wariantów realizacji zamówienia.

W założeniu ustawodawcy wymóg sporządzenia analizy potrzeb i wymagań ma przyczynić się do lepszego przygotowania procesu udzielania zamówienia publicznego. Stanowi on wyraz zwiększenia roli etapu przygotowania zamówienia, który rzutuje bezpośrednio na wszystkie następne etapy procesu zakupowego. O jego kształcie – począwszy od fazy przygotowania – powinien decydować zamawiający. Dlatego warto podkreślić, że przepisy ustawy nie określają szczegółowo terminu ani formy sporządzenia analizy.



dr hab. Jakub Pokrzywniak,
prof. UAM, radca
prawny, partner
w kancelarii prawnej
WKB.

Wskazują jednak elementy, które obligatoryjnie każda analiza powinna zawierać. Należą do nich:

- ➔ orientacyjna wartość zamówienia dla każdego ze wskazanych wariantów,
- ➔ ocena możliwości podziału zamówienia na części,
- ➔ wskazanie przewidywanego trybu udzielenia zamówienia,
- ➔ weryfikacja możliwości uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia,
- ➔ opis ryzyka związanego z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia.

SPECYFIKA ZAMÓWIEŃ NA USŁUGI UBEZPIECZENIOWE

W odniesieniu do zamówień na usługi ubezpieczeniowe, szczególną doniosłość ma z pewnością ostatni z wymienionych elementów. Znaczenie oceny ryzyka jest tym większe, że zgodnie z rekomendacjami dotyczącymi opracowania analizy potrzeb i wymagań opublikowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych sporządzenie katalogu potencjalnych ryzyk nie wydaje się jednak wystarczające z perspektywy podejmowania decyzji o wyborze konkretnego sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego. Wydaje się, że zasadnym byłoby uzupełnienie katalogu zidentyfikowanych ryzyk o dwie istotne pozycje:

- ➔ ocenę prawdopodobieństwa ziszczenia się danego ryzyka,
- ➔ stopień wpływu ryzyka, o ile się zmaterializuje, na możliwość zaspokojenia potrzeby zamawiającego.

„Dopiero identyfikacja ryzyk wraz z oceną, na ile prawdopodobne jest zmaterializowanie się danego ryzyka, pozwala na podjęcie

uzasadnionej decyzji merytorycznej co do sposobu zaspokojenia potrzeby zamawiającego” (Prezes UZP, Wskazówki dla zamawiających publicznych do opracowania analizy potrzeb i wymagań w świetle nowego prawa zamówień publicznych). Często jednak zamawiający nie posiadają kompetencji lub narzędzi analitycznych odpowiednich dla realizacji tego postulatu. W przypadku ubezpieczeń w zasadzie trudno wyobrazić sobie realizację tego obowiązku bez udziału wyspecjalizowanego doradcy, którym może być m.in. broker ubezpieczeniowy.

NOWE PZP A UDU

Wątpliwości może budzić kwestia stosunku powołanych powyżej, nowych przepisów dotyczących obowiązków zamawiającego na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń („UDU”). Ustawa ta również mówi o rozpoznaniu wymagań i potrzeb, choć czyni to w zupełnie innym kontekście. Jak wiadomo, zgodnie z art. 8 ust. 1 UDU, przed zawarciem umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej dystrybutor ubezpieczeń ma obowiązek określić, na podstawie uzyskanych od klienta informacji, jego wymagania i potrzeby oraz przekazać mu w zrozumiałej formie obiektywne informacje o produkcie ubezpieczeniowym, w celu umożliwienia klientowi podjęcia świadomej decyzji.

Powstaje pytanie, jak wykonać ten obowiązek w przypadku, gdy umowa ubezpieczenia zawierana jest na zasadach nowego PZP. **Z jednej bowiem strony UDU nakazuje dystrybutorowi rozpoznać wymogi i potrzeby klienta przed zawarciem umowy ubezpieczenia, z drugiej zaś strony sam klient, jeśli jest zamawiającym publicznym w rozumieniu PZP przed wszczęciem postępowania w reżimie unijnym zobowiązany jest do rozpoznania swoich własnych potrzeb i wymagań.** Wydaje się, że należy rozróżnić dwie sytuacje – gdy zamawiający wspierany jest przez brokera ubezpieczeniowego oraz gdy przygotowuje i prowadzi postępowanie samodzielnie.

W naszej ocenie pierwsza nie nasręcza większych wątpliwości. Broker ubezpieczeniowy jest jednym z dystrybutorów ubezpieczeń, który działa na zlecenie (przyszłego) ubezpieczającego, a do kluczowych elementów realizowanej przezeń usługi należy udzielenie rekomendacji brokerskiej. Broker ma zatem obowiązek rozpoznania wymagań i potrzeb klienta (przyszłego ubezpieczającego) wynikający

z art. 8 ust. 1 UDU i udzielenia klientowi rekomendacji. Realizacja tego obowiązku przez brokera ubezpieczeniowego umożliwia jednocześnie wykonanie przez klienta, będącego zamawiającym publicznym, jego własnego obowiązku rozpoznania potrzeb i wymagań, wynikającego z przepisów nowego PZP. Zamawiający może wykonać ów obowiązek samodzielnie, ale może też posłużyć się zewnętrznym wykonawcą, działającym na jego zlecenie. Dysponując właściwie opracowaną rekomendacją brokerską, zamawiający ma możliwość podjęcia decyzji co do wszczęcia i kształtu przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, by zamówienie realizowało jego potrzeby i wymagania. Można powiedzieć, że w takiej sytuacji „na jednym ogniu pieką się dwie pieczenie” – broker, opracowując rekomendację brokerską, dokonuje analizy wymagań i potrzeb klienta zgodnie z art. 8 ust. 1 UDU, a klient – zamawiający, dzięki rekomendacji może z łatwością przeprowadzić analizę swoich potrzeb i wymagań, zgodnie z art. 83 ust. 1 nowego PZP.

Sytuacja komplikuje się jednak, gdy zamawiający nie korzysta z usług brokera. Wówczas, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 8 UDU rolę dystrybutora pełni zakład ubezpieczeń biorący udział w postępowaniu zamówieniowym, ewentualnie reprezentujący ubezpieczyciela agent (co w przypadku zamówień publicznych nie jest raczej częste). Powstaje pytanie, w jaki sposób taki dystrybutor powinien wykonać wówczas obowiązek z art. 8 ust. 1 UDU? W zasadzie należałoby postawić inne pytanie – czy w opisanej sytuacji ów obowiązek w ogóle na nim ciąży? W przeciwieństwie do brokera ubezpieczeniowego, który wspiera zamawiającego jeszcze na etapie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i działa na zlecenie zamawiającego, zakład ubezpieczeń wstępuje doń wraz ze złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przedmiot zamówienia i warunki udziału w postępowaniu są już jednak na tym etapie opisane. Zgodnie z art. 8 ust. 3 UDU, rozpoznanie wymagań i potrzeb klienta nie jest celem samym w sobie. Służy ono temu, by proponowana umowa ubezpieczenia lub umowa gwarancji ubezpieczeniowej była zgodna z wymaganiami i potrzebami klienta w zakresie ochrony ubezpieczeniowej lub ochrony gwarancyjnej. Czy ten cel jest możliwy do realizacji w omawianym przypadku? Tylko wyjątkowo, w niektórych (skądinąd rzadko stosowanych) trybach udzielenia zamówienia istnieje możliwość dyskusji na temat

opisu przedmiotu zamówienia w trakcie postępowania (w negocjacjach z ogłoszeniem lub w negocjacjach bez ogłoszenia zakres takiej dyskusji jest zresztą i tak dość ograniczony, szersze możliwości daje jedynie dialog konkurencyjny, ale ten tryb ma w praktyce charakter niszowy). W postępowaniach przetargowych – najpopularniejszych w praktyce – wykonawca (zakład ubezpieczeń) i tak musi złożyć ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wcześniej dysponuje jedynie możliwością zadawania pytań do specyfikacji warunków zamówienia oraz może wnioskować o jej zmianę, co jednak nie jest wiążące dla zamawiającego. Jeśli natomiast złoży ofertę o innej treści niż wymagana w specyfikacji, zostanie ona odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt 5 nowego PZP) – choćby ubezpieczyciel udowodniał, że lepiej rozpoznał wymagania i potrzeby zamawiającego, niż uczynił to ten ostatni. Realizacja obowiązku dystrybutora ubezpieczeń, jakim jest zakład ubezpieczeń lub ewentualnie agent ubezpieczeniowy, wynikającego z art. 8 ust. 1 UDU jest wówczas bezcelowa (gdyż i tak nie pozwoli zrealizować normy z art. 8 ust. 3 UDU), a wręcz niemożliwa. Stara rzymska paremia głosi: *impossibile nulla obligatio est* – nikt nie jest zobowiązany do czynienia rzeczy niemożliwych. Należy więc uznać, że w analizowanym przypadku, specyfika postępowania zamówieniowego „wyłącza” zastosowanie normy z art. 8 ust. 1 UDU. Przepisy nowego PZP, w tym wspomniany art. 226 ust. 1 pkt 5 są przepisami szczególnymi (*leges speciales*) wobec art. 8 ust. 1 UDU.

PODSUMOWANIE

Na styku nowego PZP i prawa ubezpieczeniowego powstają różne dylematy. Niniejszy artykuł poświęcony jest zasygnalizowaniu jednego z nich. Staraliśmy się zaproponować w nim sposób jego rozwiązania, który z jednej strony uwzględnia uwarunkowania funkcjonowania praktyki obrotu, a z drugiej znajduje uzasadnienie w powszechnie akceptowanych regułach wnioskowań prawniczych. Poszukując jednak dodatkowych możliwości „pogodzenia” obu omawianych regulacji, warto wspomnieć, że jednym ze sposobów może być częstsze stosowanie instrumentów dialogu pomiędzy sektorem publicznym i prywatnym. Należą do nich wstępne konsultacje rynkowe, a także wspomniane tryby negocjacyjne – dostępne zarówno w przypadku zamówień o wartości powyżej progów unijnych, jak i w przypadku tzw. zamówień krajowych (tryb podstawowy). □