

BROKER UBEZPIECZENIOWY W ZAMÓWIENIU PUBLICZNYM NA UBEZPIECZENIE MAJĄTKOWE PODMIOTU LECZNICZEGO

MICHAŁ WALCZEWSKI*

Streszczenie

Artykuł ma charakter oryginalnej pracy, poświęconej roli brokera ubezpieczeniowego w udzielaniu przez podmioty lecznicze w reżimie ustawy – Prawo zamówień publicznych zamówienia na ubezpieczenia majątkowe. Przeważająca ilość podmiotów leczniczych kontraktujących ubezpieczenia jest zobowiązana do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Usługi ubezpieczenia nie są wyłączone przedmiotowo spod obowiązku stosowania ustawy p.z.p. Zamawiający może przeprowadzić procedurę samodzielnie bądź we współpracy z pośrednikiem ubezpieczeniowym, jakim jest broker ubezpieczeniowy. Broker ubezpieczeniowy może prowadzić postępowanie na podstawie udzielonego pełnomocnictwa bądź brać udział w procedurze jako biegły lub członek komisji przetargowej. Udział brokera ubezpieczeniowego nie zwalnia kierownika zamawiającego z odpowiedzialności za przeprowadzone postępowanie. Kontrowersje budzi kurtażowa forma wynagrodzenia brokera, jednak analiza przepisów i praktyki ubezpieczeniowej pozwala stwierdzić, że nie dochodzi do konfliktu interesów w rozumieniu ustawy p.z.p. Celem przeprowadzonych badań jest analiza roli brokera ubezpieczeniowego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz możliwości wystąpienia konfliktu interesów. Zasięg badań obejmuje podmioty lecznicze, ubezpieczycieli i brokerów ubezpieczeniowych działających na terenie RP w okresie od rozpoczęcia obowiązywania ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Powyższa tematyka nie jest szeroko poruszona w orzecznictwie i doktrynie, co wpływa pozytywnie na oryginalność wyników i znaczną wartość poznawczą.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, ubezpieczenia majątkowe, podmiot leczniczy, broker ubezpieczeniowy

* Mgr prawa, doktorant Uczelni Łazarskiego (Polska), absolwent administracji na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu (Polska), broker ubezpieczeniowy, e-mail: mic.walczewski@gmail.com, ORCID: 0009-0006-3213-7652.

INSURANCE BROKER IN PUBLIC CONTRACT FOR PROPERTY INSURANCE OF A MEDICAL ENTITY

Abstract

The article is an original work, dedicated to the role of an insurance broker in the process of an award of a contract for property insurance by healthcare institutions under the regime of the Public Procurement Law. An overwhelming number of healthcare institutions contracting insurance, are obliged to conduct a public procurement procedure. Insurance services are not objectively excluded from the application of the Public Procurement Law. The contracting authority may conduct the procedure itself, or in cooperation with an insurance intermediary, such as an insurance broker. The insurance broker may conduct the procedure by proxy, or may participate in the procedure as an expert or member of the tender committee. The participation of an insurance broker does not relieve the contracting authority's manager of responsibility for the conduct of the procedure. Controversy arises over the brokerage form of the remuneration, but an analysis of law regulations and insurance practices, makes it possible to conclude that there is no conflict of interest in terms of the Public Procurement Law. The aim of the research is to analyze the role of the insurance broker in public procurement procedures and the potential for conflicts of interest. The scope of the research includes healthcare institutions, insurers and insurance brokers, operating in the territory of the Republic of Poland, since the commencement of law of September 11, 2019, Public Procurement Law. The above subject is not is not widely addressed in jurisprudence and doctrine, which positively influences the originality of the results and significant cognitive value.

Key words: public procurement law, property insurance, medical institution, insurance broker.

1. WSTĘP

Usługa ubezpieczenia majątkowego może przybrać postać ubezpieczeń mienia, odpowiedzialności cywilnej, ubezpieczeń komunikacyjnych, a także innych, specjalistycznych i rzadziej stosowanych ubezpieczeń majątkowych, spośród których warto wymienić ubezpieczenia karno-skarbowe oraz ubezpieczenia budowlano-montażowe (tzw. CAR/EAR – *contractors all risk* – ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowy i EAR – *erection all risk* – ubezpieczenia wszelkich ryzyk montażu).

Procedura udzielenia zamówienia publicznego na ubezpieczenie podmiotu leczniczego przeprowadzana jest samodzielnie przez podmiot leczniczy bądź we współpracy z brokerem ubezpieczeniowym. Podmioty lecznicze – w zależności od ich rodzaju – mogą pozostawać zobligowane do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych¹, jak i być wyłączone z obowiązku udzielania zamówień w jej reżimie. Celem artykułu jest przybliżenie roli brokera ubezpieczeniowego w procesie kontraktowania usługi ubezpieczenia zawieranej w reżimie przepisów regulujących sferę zamówień publicznych.

¹ Ustawa z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) – dalej: ustawa p.z.p.

Ze względu na tematykę publikacji, zanim objaśniona zostanie rola brokera ubezpieczeniowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ubezpieczenia podmiotu leczniczego, konieczne jest przybliżenie pojęcia podmiotu leczniczego oraz ubezpieczeń majątkowych.

2. POJĘCIE PODMIOTU LECZNICZEGO

Regulacje dotyczące podmiotów leczniczych zostały określone w ustawie z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej². Zgodnie z art. 4 ust. 1 powyższej ustawy podmiotami leczniczymi są:

- 1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1222 ze zm.) we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej,
- 2) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- 3) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, pielęgniarkę podstawowej opieki zdrowotnej lub położną podstawowej opieki zdrowotnej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 października 2017 r. o podstawowej opiece zdrowotnej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2527 ze zm.),
- 4) instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 534),
- 5) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,
- 6) posiadające osobowość prawną jednostki organizacyjne stowarzyszeń, o których mowa w pkt 5,
- 7) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania,
- 8) jednostki wojskowe – w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą.

Ustawa o d.l. nie zawiera w sobie *explicite* definicji podmiotu leczniczego. Pojęcie podmiotu leczniczego zostało natomiast wypracowane w doktrynie prawa medycznego, poprzez zdefiniowanie go jako jednostki organizacyjnej, przybierającej ustawowo wskazane formy organizacyjne w zakresie wykonywanej przez nią działalności leczniczej³.

² T.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 799 ze zm. – dalej: ustawa o d.l.

³ R. Budzisz, *Instytucjonalne formy wykonywania działalności leczniczej*, w: *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, red. R. Kubiak, L. Kubicki, E. Zielińska, Warszawa 2018, s. 390.

Ustawodawca nie wprowadził podziału na podmioty publiczne i niepubliczne, który miałby duże znaczenie z perspektywy udzielania zamówień publicznych. Ograniczono się jedynie do wydzielenia z katalogu podmiotów leczniczych niebędących przedsiębiorcami, tj. samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, jednostek budżetowych i jednostek wojskowych. Przedsiębiorcy zostali natomiast wskazani w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o d.l.; przy czym pozostałe wymienione w art. 4 ust. 1 podmioty lecznicze mogą być przedsiębiorcami, lecz nie muszą nimi być.

Z perspektywy udzielania zamówień publicznych istotny jest podział podmiotów leczniczych na podmioty publiczne i niepubliczne. Pomocniczo można w tym celu posłużyć się zidentyfikowaniem podmiotu tworzącego, będącego podmiotem albo organem, który utworzył podmiot leczniczy w formie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej, jednostki budżetowej albo jednostki wojskowej.

W art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴ zawarto zamknięty katalog podmiotów tworzących sektor finansów publicznych. W enumeratywnym wyliczeniu zawarto m.in. organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki, jednostki budżetowe, samorządowe zakłady budżetowe, samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, uczelnie publiczne oraz inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, instytutów działających w ramach Sieci Badawczej Łukasiewicz, banków oraz spółek prawa handlowego.

Można zatem przyjąć, że w zasadzie wszystkie podmioty lecznicze o charakterze publicznym będą podlegały reżimowi ustawy – Prawo zamówień publicznych, przy czym elementem kluczowym dla tej kwalifikacji będzie rodzaj podmiotu tworzącego podmiot leczniczy.

3. UMOWA UBEZPIECZENIA

Umowa ubezpieczenia jest umową nazwaną, określoną w art. 805 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁵. Jest to umowa dwustronnie zobowiązująca i odpłatna – ubezpieczający jest zobowiązany do zapłaty składki ubezpieczeniowej, natomiast ubezpieczyciel – do spełnienia określonego świadczenia. Kontrowersje w doktrynie budzi, czy umowa ubezpieczenia jest umową wzajemną⁶. Poza oczywi-

⁴ Tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 1530 ze zm.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2024 poz. 1061 ze zm.), dalej: k.c.

⁶ H. Ciepla, w: J. Gudowski, T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, P. Drapała, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żuławska, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. II, Warszawa 2017, s. 342–343, zajmuje stanowisko, że umowa ubezpieczenia nie jest umową wzajemną. Dla poparcia swojego stanowiska podaje argument przedstawicieli doktryny, zgodnie z którym w umowie ubezpieczenia nie zachodzi obiektywna ekwiwalentność świadczeń (W. Warkatło, w: *Ubezpieczenia majątkowe, ochrona ubezpieczeniowa mienia społecznego. Praca*

stymi stronami umowy – ubezpieczającym i ubezpieczycielem, podmiotem umowy może być także ubezpieczony, ubezpieczający może bowiem zawrzeć umowę ubezpieczenia na cudzy rachunek.

Przedmiotem umowy ubezpieczenia jest zobowiązanie ubezpieczyciela, w zakresie działalności swojego przedsiębiorstwa, do spełnienia określonego świadczenia w razie zajścia wypadku przewidzianego w umowie. Świadczeniem ubezpieczającego jest natomiast zapłata składki. Zgodnie z art. 805 ust. 2 k.c. świadczenia ubezpieczyciela mają charakter katalogu otwartego. Ustawodawca, w zakresie ubezpieczeń majątkowych, podkreśla jednak, że świadczenie ubezpieczyciela polega, w szczególności, na zapłacie określonego odszkodowania za szkodę powstałą wskutek przewidzianego w umowie wypadku. Zgodnie z normą prawną zawartą w art. 806 k.c. wypadek musi mieć charakter przyszły i możliwy do zajścia, jednak niepewny (o charakterze losowym), gdyż jego zajście może, ale nie musi zaistnieć⁷. Ustawodawca pozostawił stronom względną swobodę w definiowaniu wypadku, nie ustalając jego kodeksowej definicji. Jednakże co do zasady wypadkiem ubezpieczeniowym są przede wszystkim zdarzenia mające charakter niezależnych od woli człowieka, działania sił przyrody lub działania o charakterze nieumyślnym. Za wypadek ubezpieczeniowy nie można uznać zdarzenia popełnionego umyślnie przez ubezpieczającego⁸.

Dla ważności umowy ubezpieczenia nie jest wymagana żadna forma⁹. Umowa ubezpieczenia ma charakter umowy konsensualnej, wobec czego staje się skuteczna przez samo porozumienie stron. Zgodnie z art. 809 k.c. polisa ubezpieczeniowa stanowi jedynie potwierdzenie zawarcia umowy. Co istotne – odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Zasada ta jednak może nie obowiązywać, jeżeli strony umówiły się inaczej (ze względu na zasadę swobody umów określoną w art. 353¹ k.c.).

zbiorowa, red. W. Warkałło, Warszawa 1971, s. 141; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 624). *A contrario*, podaje argument strony przeciwnej, zgodnie z którym świadczenie ubezpieczyciela może być uważane za równoważne zapłaconej składce (W. Górski, *Umowa ubezpieczenia*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Szczecińskiej. Ekonomia” 1960, nr 9, s. 81). Wydaje się jednak, że jeśli świadczenie ubezpieczyciela określić szerzej – nie tylko jako wypłatę odszkodowania w wyniku zaistnienia umownego zdarzenia, ale także jako zobowiązanie do utrzymywania gotowości do wypłaty odszkodowania w całym okresie umownym, prowadzi to do jednoznacznej konkluzji o wzajemności świadczeń. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której ubezpieczyciel utraci uprawnienia do działania na rynku ubezpieczeniowym w czasie trwania umowy ubezpieczenia i nie poinformuje o tym fakcie ubezpieczonego – w takim wypadku z pewnością nie spełnia swojego świadczenia, będąc dłużnikiem wobec swojego wierzyciela, którym jest ubezpieczony.

⁷ H. Ciepla, w: J. Gudowski, T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepla, P. Drapała, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żuławska, op. cit., s. 345.

⁸ Ibidem, s. 346.

⁹ Przy czym należy pamiętać, że zgodnie z art. 432 ustawy p.z.p. umowa zawarta w drodze udzielenia zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej.

4. RODZAJE UBEZPIECZEŃ MAJĄTKOWYCH NABYWANYCH PRZEZ PODMIOTY LECZNICZE

Ustawa z 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej¹⁰, a w ślad za nią przepisy kodeksu cywilnego posługują się dychotomicznym podziałem ubezpieczeń na ubezpieczenia majątkowe i ubezpieczenia osobowe¹¹.

Przedmiotem ubezpieczenia majątkowego może być każdy interes majątkowy, który nie jest sprzeczny z prawem i daje się wycenić w pieniądzu. W przypadku podmiotów leczniczych przedmiotem ubezpieczenia będą zarówno ubezpieczenia mienia, tj. aktywów – a zatem środki trwałe jak budynki, sprzęt medyczny, pojazdy, w tym również środki obrotowe, takie jak: leki, depozyty, implanty i urządzenia wszczepiane pacjentom oraz ubezpieczenia pasywów – przybierające postać ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

Szereg pozostałych ubezpieczeń majątkowych zawieranych przez podmioty lecznicze, takich jak ubezpieczenia karno-skarbowe, ubezpieczenia członków władz (tzw. ubezpieczenia D&O) czy ubezpieczenia budowlano-montażowe, stanowi pochodną ubezpieczeń mienia bądź odpowiedzialności cywilnej i są z nimi ściśle powiązane.

4.1. UBEZPIECZENIA MIENIA

Przedmiotem ubezpieczenia mienia jest ochrona ubezpieczeniowa mienia każdego rodzaju i grup środków trwałych oraz środków obrotowych. Co do zasady ochroną objęte jest mienie stanowiące własność ubezpieczonego lub będące w jego posiadaniu na podstawie tytułu prawnego. Ubezpieczeniem mienia najczęściej objęte są budynki, budowle, lokale, maszyny i urządzenia, wyposażenie podmiotu leczniczego, nakłady inwestycyjne, środki obrotowe, mienie niskocenne, wartości pieniężne oraz mienie prywatne pracowników i mienie osób trzecich (zwykle pacjentów).

Ubezpieczenie mienia może zostać zawarte w jednej z dwóch formuł. Pierwszą z nich jest tzw. formuła ryzyk nazwanych, w której wyszczególnione są konkretne ryzyka objęte ochroną ubezpieczeniową. Formułę tę nazywa się także „zakresem podstawowym” lub FLEXA¹². W jej skład wchodzi określone ryzyka: ogień (pożar), uderzenie pioruna, wybuch i upadek statku powietrznego. Drugą formułą są ubezpieczenia mienia w systemie wszystkich ryzyk¹³. Obejmują one wszystkie ryzyka, które mogą mieć wpływ na chronione mienie, z wyjątkiem konkretnie wskazanych wyłączeń w umowie lub ogólnych warunkach ubezpieczenia.

¹⁰ T.j. Dz.U. 2024 poz. 838 ze zm.

¹¹ Precyzyjnie rzecz ujmując: zgodnie z załącznikiem do ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej wprowadzono podział na „ubezpieczenia na życie” oraz „pozostałe ubezpieczenia osobowe oraz ubezpieczenia majątkowe”.

¹² Akronim od słów: *Fire, Lightning, Explosion, Aircraft crash landing*.

¹³ Tzw. formuła *all risk*.

4.2. UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ

Najpowszechniejszym rodzajem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów leczniczych jest ubezpieczenie, którego obowiązek zawarcia wynika z art. 17 ust. 4 ustawy o d.l. Zakres obowiązkowego ubezpieczenia OC obejmuje szkody będące następstwem udzielania świadczeń zdrowotnych albo niezgodnego z prawem zaniechania udzielania świadczeń zdrowotnych. Wysokość sum gwarancyjnych – a zatem kwoty, do której ubezpieczyciel pokryje zaistniałą szkodę, jest określana rozporządzeniem Ministra Finansów¹⁴ i wynosi 100 tys. euro na jedno zdarzenie i 500 tys. euro na wszystkie zdarzenia w rocznym okresie ubezpieczenia.

Niejednokrotnie okazuje się jednak, że kwoty sum gwarancyjnych określone obligatoryjnie w rozporządzeniu Ministra Finansów są dalece niewystarczające w stosunku do roszczeń pokrzywdzonych pacjentów. W szczególności podmioty lecznicze, które w swojej historii szkodowości mają zdarzenia wynikające z błędów lekarskich na oddziałach chirurgicznych i ginekologiczno-położniczych, narażone są na szybkie wyczerpanie sumy gwarancyjnej. Ma to związek z wysokością rent wyrównawczych oraz rent na zwiększone potrzeby, nakładanych przez sądy powszechne na podmioty lecznicze, tytułem popełnionych błędów medycznych. Z tego względu znaczna część podmiotów leczniczych decyduje się na tzw. dobrowolne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej podmiotu leczniczego (tzw. dobrowolne OC medyczne). Sumy gwarancyjne OC medycznego nie są ustalone obligatoryjnie, ale indywidualnie przez Zamawiającego w drodze przeprowadzonej przez niego analizy ryzyka. Mechanizm działania dobrowolnego OC medycznego polega na uruchomieniu polisy po wyczerpaniu kwoty obowiązkowego OC, w wysokości wystarczającej do pokrycia szkody, jednak nieprzekraczającej sumy gwarancyjnej dobrowolnego OC medycznego.

Trzecim rodzajem najczęściej zawieranego przez podmioty lecznicze ubezpieczenia OC jest dobrowolne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone osobie trzeciej w związku z prowadzoną działalnością i posiadaniem mienia (tzw. dobrowolne OC niemedyczne). Obejmuje ono szkody związane z funkcjonowaniem podmiotu leczniczego jako prowadzącego działalność, niezwiązane jednak bezpośrednio z błędami medycznymi. Polisa tego rodzaju pokrywa szkody pochodzące z – przykładowo – złamania ręki spowodowanego poślizgnięciem się pacjenta na mokrej podłodze szpitalnego korytarza. Takie ubezpieczenie nie będzie jednak pokrywało szkody związanej z błędem popełnionym w trakcie zabiegu ortopedycznego, który mógłby mieć miejsce w następstwie powyższego wypadku.

4.3. POZOSTAŁE RODZAJE UBEZPIECZEŃ

Pośród pozostałych rodzajów ubezpieczeń nabywanych przez podmioty lecznicze można wyróżnić ubezpieczenia komunikacyjne, których przedmiotem są obowiązkowe ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mecha-

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz.U. z 2019 r. poz. 866 ze zm.).

nicznych¹⁵, ubezpieczenia autocasco, ubezpieczenia następstw nieszczęśliwych wypadków i ubezpieczenia assistance. Natomiast ubezpieczenie assistance ma na celu zapewnienie pomocy w razie wypadku, awarii lub kradzieży pojazdu.

Szczególnym rodzajem podmiotów leczniczych są stacje pogotowia ratunkowego, dla których – ze względu na istotną wielkość floty pojazdów – są to często ubezpieczenia o charakterze kluczowym. Bardzo często ubezpieczenia aut należących do stacji pogotowia ratunkowego są rozszerzane o dodatkowe składniki ubezpieczenia, jak – przykładowo – ubezpieczenie sprzętu medycznego w karetkach czy ubezpieczenie w transporcie międzynarodowym.

Zamawiający mający większą świadomość ryzyk związanych z ich działalnością decydują się także na inne, bardziej wyspecjalizowane rodzaje ubezpieczeń, mające charakter komplementarny względem ogólnych ubezpieczeń majątkowych. Jednym z takich szczególnych rodzajów ochrony ubezpieczeniowej jest ubezpieczenie „Cyber”. Stanowi ono ochronę cyfrowego obszaru działalności, pokrywając koszty przywrócenia i naprawy systemów informatycznych, straty wynikające z przestoju, a także odszkodowania i kary za m.in. wyciek danych osobowych.

Innym rodzajem komplementarnego ubezpieczenia podmiotów leczniczych są ubezpieczenia karno-skarbowe (nazywane również ubezpieczeniami podatkowymi). Pokrywają one szkody spowodowane błędem lub zaniechaniem w wykonaniu czynności księgowych, refundując ewentualne kary za wykroczenia lub przestępstwa skarbowe. W sytuacji, w której system prawa podatkowego ulega coraz większemu skomplikowaniu, wydaje się, że ten rodzaj ubezpieczeń będzie coraz chętniej wybierany przez zamawiających.

Stosunkowo rzadko zawieranymi, ale istniejącymi na rynku, są ubezpieczenia członków władz (ubezpieczenia D&O). Stanowią one ochronę dla osób pełniących kluczowe funkcje w przedsiębiorstwie na wypadek kierowanych wobec nich roszczeń. Ze względu na fakt, że dotyczą one członków władz przedsiębiorstwa, w przypadku podmiotów leczniczych mogą je zawrzeć tylko te z nich, które mają odpowiednią formę działalności. Zakres ochrony ubezpieczeniowej D&O obejmuje odpowiedzialność cywilną, administracyjną i karną. Ubezpieczenie ma na celu zapewnić ochronę osobom fizycznym będącym członkami zarządu, rady nadzorczej, prokurentami czy dyrektorami, w zakresie ich osobistej odpowiedzialności wynikającej z pełnienia danej funkcji. W węższym zakresie ochroną ubezpieczeniową są objęci również wszyscy pracownicy, jak również sam podmiot zawierający ubezpieczenie.

Ubezpieczenia ryzyk budowy i montażu (CAR/EAR) obejmują ochroną ubezpieczeniową straty i szkody mogące powstać w trakcie budowy. Przedmiotem ubezpieczenia są wszelkie prace kontraktowe, materiały do przerobu, sprzęt i maszyny budowlane, zaplecze budowy, mienie należące do inwestora, mienie będące w pieczy wykonawcy, a także odpowiedzialność cywilna ubezpieczonych w związku z prowadzeniem prac budowlanych. Ten rodzaj ubezpieczeń jest przeznaczony

¹⁵ Obowiązek nałożony jest w art. 23 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2500 ze zm.).

zarówno dla wykonawców oraz podwykonawców robót, jak i dla inwestorów. Tej świadomości nie ma niestety większość zamawiających.

5. BROKER UBEZPIECZENIOWY

Zgodnie z ustawą z 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń¹⁶ brokerem ubezpieczeniowym jest osoba fizyczna albo osoba prawna mająca wydane przez organ nadzoru zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń oraz wpisana do rejestru brokerów. Broker ubezpieczeniowy wykonuje czynności w zakresie dystrybucji ubezpieczeń, określone w art. 4 ustawy o dyst. ub., polegające na:

- 1) doradzaniu, proponowaniu lub wykonywaniu innych czynności przygotowawczych zmierzających do zawarcia umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych;
- 2) zawieraniu umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych w imieniu zakładu ubezpieczeń, w imieniu lub na rzecz klienta albo bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń;
- 3) udzielaniu pomocy przez pośrednika ubezpieczeniowego w administrowaniu umowami ubezpieczenia lub umowami gwarancji ubezpieczeniowych i ich wykonywaniu, także w sprawach o odszkodowanie lub świadczenie.

Różnica pomiędzy brokerem ubezpieczeniowym a agentem ubezpieczeniowym polega na świadczeniu przez brokera usług na rzecz klienta, a nie na rzecz zakładu ubezpieczeń¹⁷. Bardzo istotne jest podkreślenie powyższego faktu, ze względu na specyficzną formę wynagradzania brokera. Broker ubezpieczeniowy pobiera kurtaż brokerski od zakładu ubezpieczeniowego w przypadku doprowadzenia do zawarcia umowy ubezpieczenia. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że kurtażem są zaoszczędzone przez zakład ubezpieczeń koszty dystrybucji¹⁸, w praktyce jednak kurtaż często jest elementem negocjacji pomiędzy ubezpieczycielem a brokerem ubezpieczeniowym. Kurtaż zazwyczaj nie przyjmuje postaci kwoty określonej w pieniądzu, ale procentowej wartości od zawartej umowy.

Broker, przed podjęciem działań, uzyskuje od klienta pełnomocnictwo do wykonywania w imieniu klienta czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń. Pełnomocnictwo musi zostać uzyskane w formie pisemnej – jego udzielenie jest obowiązkiem ustawowym, określonym w art. 27 ustawy o dyst. ub. Broker przed zawarciem umowy ubezpieczenia ma również ustawowy obowiązek przedstawienia rekomendacji brokerskiej. Stanowi ona analizę dostępnych na rynku produktów ubezpieczeniowych. Wart podkreślenia jest fakt (także na kanwie zasady konkurencyjności, wyprowadzonej z przepisów prawa zamówień publicznych), że ustawa

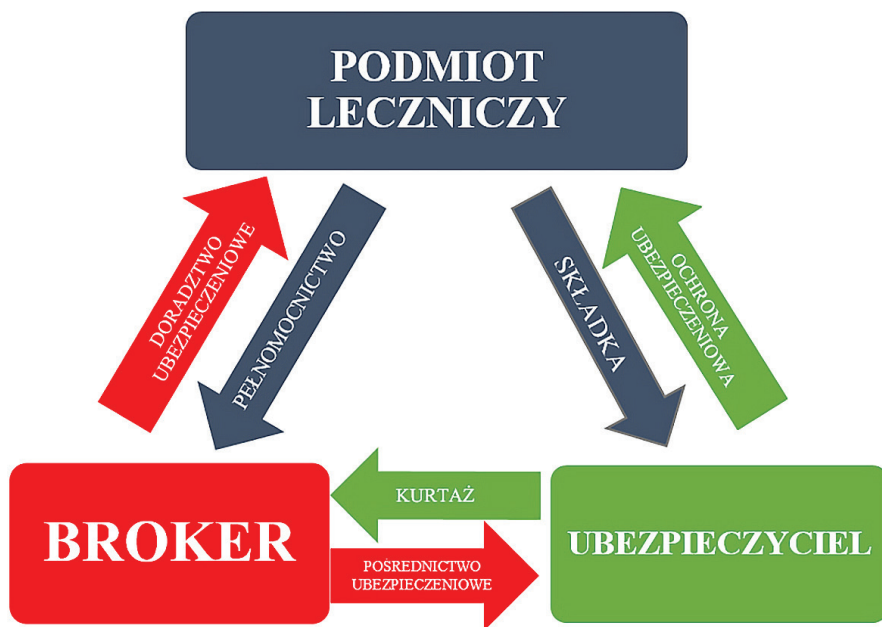
¹⁶ Art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (t.j. Dz.U. z 2024 poz. 1214 ze zm.), dalej: ustawa o dyst. ub.

¹⁷ J. Pokrzywniak (red.), *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2018, s. 49.

¹⁸ Ibidem.

o dystrybucji ubezpieczeń obliguje brokera do przeprowadzania analizy produktów w liczbie wystarczającej do opracowania rekomendacji najwłaściwszej umowy. Wydaje się zatem, że rekomendacja oparta na jednym produkcie – jednym wykonawcy, w sytuacji gdy na rynku aktywnych jest więcej ubezpieczycieli w zakresie danego ubezpieczenia, będzie naruszała przepisy nie tylko ustawy p.z.p., ale także ustawy o dystrybucji ubezpieczeń. Rekomendacja musi przy tym wyjaśniać podstawy, na których się opiera, uwzględniając złożoność umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej oraz rodzaj klienta. Interesujący pozostaje fakt, że klient może pisemnie oświadczyć, iż rezygnuje z rekomendacji brokerskiej – w praktyce w przypadku podmiotów leczniczych zamawiający nie decydują się na powyższy krok, słusznie uważając, że rekomendacja stanowi dodatkowe, niezależne od przepisów prawa zamówień publicznych uzasadnienie wyboru oferty, sporządzone przez profesjonalistę.

Jak podkreśla się w literaturze, relacja pomiędzy brokerem ubezpieczeniowym oraz klientem oparta jest na szczególnym zaufaniu, czego wynikiem jest nałożenie na brokera ubezpieczeniowego obowiązku dochowania tajemnicy w zakresie informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności brokerskich¹⁹. Stosunkowo skomplikowane relacje pomiędzy brokerem ubezpieczeniowym, klientem-zamawiającym i ubezpieczycielem-wykonawcą ilustruje poniższy schemat.



Relacje pomiędzy podmiotem leczniczym, brokerem a ubezpieczycielem

¹⁹ Ibidem, s. 51.

5.1. WYBÓR BROKERA UBEZPIECZENIOWEGO

Opisując problematykę brokerów ubezpieczeniowych, nie sposób nie wspomnieć o trybie ich wyboru przez zamawiających. Ze względu na szczególną formę wynagrodzenia brokera – poprzez kurtaż otrzymywany od ubezpieczyciela, w teorii nie są wydatkowane przez zamawiającego środki publiczne. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych „za wykonaną usługę broker nie pobiera wynagrodzenia na podstawie stosunku zastępstwa ubezpieczeniowego zawartego z zamawiającym, lecz na podstawie odrębnej umowy zawartej z zakładem ubezpieczeń, określającej zasady wzajemnego rozliczania się z tytułu wykonywania czynności brokerskich. Nie można zatem traktować opłacania brokera przez zakład ubezpieczeń jako świadczenia zamawiającego realizowanego przez osobę trzecią, z uwagi, iż umowa brokerska takiego świadczenia nie przewiduje. W związku z czym podmiot zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych, zawierając nieodpłatną umowę o świadczenie usług pośrednictwa ubezpieczeniowego, nie stosuje procedur ustawy p.z.p.”²⁰. Powyższe stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wydaje się jednak nieprecyzyjne. Niewątpliwie broker nie otrzymuje swojego wynagrodzenia bezpośrednio od zamawiającego, lecz od ubezpieczyciela, często w drodze osobnych ustaleń. Jednakże wypłata brokerowi kurtażu przez ubezpieczyciela jest bezpośrednią konsekwencją zapłaty przez zamawiającego składki ubezpieczeniowej. Wydaje się, że nie ma także wątpliwości, że koszt kurtażu ubezpieczeniowego ubezpieczyciel uwzględni w składce ponoszonej przez zamawiającego. Skoro ustawodawca objął reżimem zamówień publicznych zamawiających subsydiowanych (art. 6 ustawy p.z.p.), być może należy przez analogię potraktować kurtaż, jako pośrednio pochodzący ze środków publicznych, wobec czego wybór brokera powinien nastąpić w reżimie ustawy p.z.p.²¹

W efekcie obecnych regulacji brokerzy ubezpieczeniowi są wybierani przez zamawiających bez stosowania przepisów ustawy p.z.p. Najczęstszą formą wyboru jest przeprowadzenie konkursu ofert; rzadziej jest to bezpośrednie zawarcie umowy z wybranym brokerem bez zastosowania jakiegokolwiek procedury konkurencyjnej. W tym miejscu należy podkreślić, że często procedura wybierania brokera ubezpieczeniowego objęta jest wadami, nierzadko wskazującymi na preferowanie jednego z oferentów. Niezwykle często materiały konkursowe pozwalają zamawiającemu na

²⁰ Źródło internetowe: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/wybor-brokera-ubezpieczeniowego-przez-podmiot-zobowiazany-do-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> (dostęp: 18.02.2024). Stanowisko UZP dotyczyło przepisów derogowanej ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, natomiast opiera się na normach prawnych, które są zbieżne z obowiązującymi przepisami w zakresie przedmiotowym opinii.

²¹ Interesującą analogię stanowią postępowania na grupowe ubezpieczenia na życie pracowników sektora publicznego. W tym przypadku wydaje się, że również nie dochodzi do wydatkowania środków publicznych – składka ubezpieczeniowa jest bowiem potrącana z wynagrodzenia pracownika. Pomimo takiej konstrukcji wynagrodzenia wykonawcy zamawiający przeprowadzają postępowania o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem jest grupowe ubezpieczenie na życie.

arbitralny i subiektywny wybór oferty, z pominięciem obiektywnych i niedyskryminacyjnych czynników, które powinny prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej. Nierzadko również dochodzi do bezpośredniej ingerencji oferentów w postępowanie, na etapie przygotowania konkursu, w czasie jego trwania lub już po złożeniu oferty.

Nie da się ukryć, że sytuacja, w której wybór brokera ubezpieczeniowego jest niekonkurencyjny, przeczy podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych. Szacunkowa wartość zamówień publicznych na usługę ubezpieczenia dla podmiotów medycznych często przekracza progi unijne, dochodząc nawet do kilkunastu milionów złotych. Niewątpliwie broker ubezpieczeniowy – jeżeli jest zaangażowany w przygotowanie i przeprowadzenie postępowania – odgrywa kluczową rolę, gdy chodzi o wpływ na jego wynik, a ponadto otrzymuje wynagrodzenie stanowiące niebagatelny procent wartości zawieranych umów. Z tego względu należałoby rozważyć rozwiązania prawne, które eliminowałyby doktrynalny spór dotyczący braku zastosowania przepisów Prawa zamówień publicznych do wyboru brokera w sytuacji odbierania przez niego wynagrodzenia w formie kurtażu.

5.2. KONFLIKT INTERESÓW W KONTEKŚCIE BROKERA UBEZPIECZENIOWEGO

Przepisy nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. wprowadziły inną, kontrowersyjną regulację wpływającą na działalność brokerską. Zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy p.z.p. kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania albo osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów. Przez konflikt interesów ustawodawca rozumie pozostawianie z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że istnieje uzasadniona wątpliwość co do ich bezstronności lub niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, z uwagi na posiadanie bezpośredniego lub pośredniego interesu finansowego, ekonomicznego lub osobistego, w określonym rozstrzygnięciu tego postępowania.

Na kanwie powyższego przepisu po wejściu w życie ustawy – Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. pojawiły się uzasadnione wątpliwości, czy broker ubezpieczeniowy może uczestniczyć w zamówieniu publicznym na usługę ubezpieczenia. Przez konflikt interesów ustawodawca rozumie bowiem także pozostawianie w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą, otrzymywania od wykonawcy wynagrodzenia z innego tytułu lub bycie członkiem organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tym kontekście największe kontrowersje budzi relacja pomiędzy ubezpieczycielem a brokerem ubezpieczeniowym w kontekście otrzymywanego kurtażu. W doktrynie podkreśla się – z czym należy się zgodzić – że powyższy przepis ustawy p.z.p. został sformułowany w sposób ogólny i nieprecyzyjny²².

²² W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 224.

Podniesiony problem ma wielowątkowy charakter. Najbardziej klarowna sytuacja występuje w przypadku brokera, który pobiera wynagrodzenie bezpośrednio od zamawiającego, a nie w formie kurtażu od ubezpieczyciela, bowiem w tym przypadku nie powinno budzić wątpliwości, że konflikt interesów nie występuje. Natomiast w pozostałych przypadkach wynagrodzenie z tytułu kurtażu w przeważającej ilości przypadków otrzymuje osoba prawna, a brokerem zaangażowanym w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest osoba fizyczna, związana z osobą prawną umową zleceniem lub umową o pracę. Broker, będący pracownikiem, co do zasady nie ma wpływu na wysokość ustalonego kurtażu. Wydaje się, że w takiej sytuacji również nie dochodzi do konfliktu interesów.

Przepis art. 56 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p. identyfikuje konflikt interesów w przypadku otrzymywania wynagrodzenia od wykonawcy z innego tytułu niż stosunek pracy lub zlecenia z wykonawcą. Z powyższego wynika, iż *ratio legis* przepisu stanowi badanie konfliktu interesów związanego z pełnieniem na rzecz wykonawcy świadczeń odpłatnych np. umów o dzieło²³. Kurtaż brokera ubezpieczeniowego ma charakter prowizji, którą broker pobiera od wykonawcy. Co do zasady kurtaż jest wypłacany brokerowi przez zakład ubezpieczeń, nawet w przypadku zmiany brokera w trakcie trwania umowy. Jeśli, zgodnie z przywołanym wcześniej stanowiskiem doktryny, uznać kurtaż za zaoszczędzone przez zakład ubezpieczeń koszty dystrybucji, jego wysokość powinna być taka sama bądź podobna dla wszystkich ubezpieczycieli biorących udział w postępowaniu. Niemniej trzeba zauważyć, że niejasny charakter kurtażu – w szczególności niejawność jego wysokości – może budzić wątpliwości, czy nie powstaje tutaj konflikt interesów pomiędzy pośrednikiem a wykonawcą.

Brokerzy oraz zakłady ubezpieczeń zawierają ze sobą tzw. porozumienia kurtażowe. Wysokość kurtażu jest co do zasady identyczna u wszystkich ubezpieczycieli dla tych samych rodzajów ryzyk. Oznacza to, że to samo ryzyko (przykładowo – ubezpieczenie mienia albo obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej podmiotu leczniczego) będzie związane z takim samym kurtażem, bez względu na fakt, z którym ubezpieczycielem zostanie zawarta umowa generalna. Zdarza się jednak, że wysokość kurtażu dla danego ryzyka jest negocjowana pomiędzy brokerem a zakładem ubezpieczeń – szczególnie jeżeli ubezpieczenie ma niestandardowy charakter. W takich przypadkach wysokość kurtażu negocjowana jest po zawarciu generalnej umowy ubezpieczenia.

Sytuacja związana z kurtażem brokerskim jest bardzo kontrowersyjna. Przyjęcie jednoznacznego stanowiska, wykluczającego udział brokerów ubezpieczeniowych z postępowań o udzielenie zamówień publicznych na ubezpieczenia, skutkowałoby prawdopodobnie poważnym paraliżem znacznej części sektora ubezpieczeń. Z drugiej strony nie sposób nie zauważyć problemów związanych z kurtażem uzyskiwanym przez brokerów od wykonawców, które były przez ostatnie dziesięciolecia ignorowane przez ustawodawcę. Remedium na powyższą sytuację stanowiłoby doprecyzowanie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych regulujących konflikt interesów lub upowszechnienie się innego systemu wynagrodzenia brokerów ubezpieczeniowych w postaci pobierania wynagrodzenia od ubezpieczającego,

²³ Ibidem.

a nie ubezpieczyciela. Rozwiązaniem tymczasowym mogłoby natomiast być wprowadzenie obowiązku ujawniania wysokości kurtażu ubezpieczającemu.

Warto również wspomnieć o interesującej opinii Urzędu Zamówień Publicznych²⁴, zgodnie z którą do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 56 ust. 4 ustawy p.z.p., nie będzie zobowiązany broker ubezpieczeniowy doradzający zamawiającemu na etapie przygotowywania dokumentów zamówienia. Wydaje się, że stanowisko UZP nie jest całkowicie poprawne, broker ubezpieczeniowy niewątpliwie bowiem ma istotny wpływ na przebieg postępowania. Broker może świadomie, poprzez skonstruowanie zapisów opisu przedmiotu zamówienia (przykładowo – podział lub brak podziału na części lub zastosowanie autorskich klauzul brokerskich we wzorze umowy) wpłynąć na krąg wykonawców, którzy mogą potencjalnie przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia.

Zakres udziału brokera ubezpieczeniowego w postępowaniu może się istotnie różnić, w zależności od ustaleń poczynionych z zamawiającym. Broker ubezpieczeniowy może przeprowadzić w imieniu zamawiającego większość czynności w postępowaniu bądź ograniczyć się do doradztwa i przygotowania opisu przedmiotu zamówienia. Poniżej opisano najczęstsze funkcje, jakie w postępowaniu pełni broker ubezpieczeniowy.

5.3. BROKER JAKO PEŁNOMOCNIK ZAMAWIAJĄCEGO

Bardzo częstą funkcją, jaką przyjmuje w postępowaniu broker ubezpieczeniowy, jest umocowanie przez zamawiającego do przeprowadzenia postępowania w jego imieniu. Kierownicy zamawiających chętnie umocowują brokera, błędnie sądząc, że w ten sposób oddalają od siebie odpowiedzialność za ewentualne błędy bądź naruszenia ustawy – Prawo zamówień publicznych^{25,26}. Warto jednak wspomnieć, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny, w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ustawy o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, osoba obowiązana lub upoważniona do działania w imieniu podmiotu publicznego, któremu kierownik zamawiającego powierzył przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlega odpowiedzialności za to naruszenie²⁷.

²⁴ Źródło internetowe: <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen,-o-ktorych-mowa-w-art.-56-ust.-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> (dostęp: 18.02.2024).

²⁵ Jest to rozumowanie błędne ze względu na art. 52 ust. 1 ustawy p.z.p.; pełnomocnictwo dla osoby trzeciej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania nie może zatem wyłączać odpowiedzialności kierownika zamawiającego za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

²⁶ P. Szustakiewicz wywodzi z analogicznego przepisu art. 18 ust. 1 derogowanej ustawy p.z.p. zasadę decentralizacji, zgodnie z którą kierownik zamawiającego w pełni odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mając także obowiązek weryfikacji, czy dane postępowanie jest prawidłowo dokumentowane oraz prowadzone zgodnie z przepisami ustawy – P. Szustakiewicz, *Zasady Prawa Zamówień Publicznych*, Warszawa 2007, s. 187–190.

²⁷ A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 186. Jest to stanowisko komplementarne z art. 52 ust. 2 ustawy p.z.p.

Pełnomocnictwo zamawiającego najczęściej przyjmuje formę, w której podmiot leczniczy umocowuje brokera ubezpieczeniowego do wykonywania w imieniu zamawiającego wszelkich czynności faktycznych i prawnych, związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie danego ubezpieczenia. Często praktyką jest przy tym wyłączenie z pełnomocnictwa kluczowych dla postępowania czynności kierownika zamawiającego, takich jak: odrzucenie oferty, unieważnienie postępowania czy wybór najkorzystniejszej oferty.

Pełnomocnictwo opiera się na instytucji uregulowanej w art. 37 ust. 2 ustawy p.z.p., zgodnie z którym: „Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia lub organizację konkursu, w ramach pomocniczych działań zakupowych, własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej”. Katalog pomocniczych działań zakupowych wymieniony w art. 37 ust. 3 ustawy p.z.p. ma charakter otwarty i obejmuje m.in.:

- 1) zapewnienie infrastruktury technicznej umożliwiającej zamawiającemu udzielenie zamówień lub zawieranie umów ramowych;
- 2) doradztwo dotyczące planowania, przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub organizacji konkursu;
- 3) przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w imieniu i na rzecz zamawiającego.

W tym miejscu należy odpowiedzieć na ewentualne wątpliwości dotyczące tego, jak szeroki jest zakres umocowania brokera, co wiąże się z zakresem czynności, jakie może on wykonać w postępowaniu w imieniu swojego mocodawcy. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej²⁸ jeżeli zamawiający powierzył przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, to podmiot ten jest uprawniony do wykonywania wszystkich czynności faktycznych i prawnych w czasie trwania procedury. Wyrok ten pozostaje w zgodzie ze stanowiskiem doktryny, wedle którego zakres czynności powierzonych pełnomocnikowi jest uzależniony od zamiaru i woli zamawiającego²⁹. Konsekwencją powyższego jest wniosek, że pełnomocnik zamawiającego jest uprawniony do wykonywania działań również zastrzeżonych dla kierownika zamawiającego, takich jak m.in. powołanie komisji przetargowej, wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy zatwierdzenie Specyfikacji Warunków Zamówienia, jej modyfikacji oraz odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ. Najczęstsze wyłączenia z pełnomocnictwa do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, jakimi są odrzucenie oferty, wybór najkorzystniejszej oferty czy unieważnienie postępowania, nie wynikają z ograniczeń narzuconych przepisami prawa, orzecznictwem czy stanowiskiem doktryny, ale z decyzji brokera ubezpieczeniowego o pozostawieniu odpowiedzialności za kluczowe fragmenty postępowania zamawiającemu, jak również chęci uniknięcia zaciągnięcia w imieniu

²⁸ M.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009 r. (KIO/UPZ 703/09, KIO/UPZ 709/09).

²⁹ W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo...*, op. cit., s. 199.

zamawiającego stosunku zobowiązaniowego względem wykonawcy (czym byłby wybór oferty lub zawarcie umowy w imieniu zamawiającego).

5.4. BROKER JAKO CZŁONEK KOMISJI PRZETARGOWEJ

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę ubezpieczenia podmiotu leczniczego rolą równie częstą jest zaangażowanie brokera ubezpieczeniowego w prace w komisji przetargowej. Zgodnie z art. 53 ust. 1–2 ustawy p.z.p. komisję przetargową powołuje kierownik zamawiającego w postępowaniu, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne. Jeżeli wartość jest mniejsza niż progi unijne, powołanie komisji przetargowej ma charakter fakultatywny. Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego, powoływanym do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert oraz do dokonywania innych, powierzonych przez kierownika zamawiającego czynności w postępowaniu lub związanych z przygotowaniem postępowania.

Broker najczęściej uczestniczy w pracach komisji, wykonując zakres prac powierzonych mu zgodnie z wewnętrznym regulaminem prac komisji przetargowej. W praktyce jednak często zdarza się, że broker w komisji przetargowej wykonuje również szeroki zakres zadań jak w przypadku umocowania go do przeprowadzenia procedury – z przygotowaniem dokumentów zamówienia i weryfikacją ofert łącznie. Różnicę stanowi jedynie formalne pozostawienie postępowania w całkowitej dyspozycji zamawiającego.

Komisja przetargowa przedstawia kierownikowi zamawiającego wyniki oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert oraz propozycję wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku kiedy broker jest członkiem komisji przetargowej, wniosek komisji przetargowej o udzielenie zamówienia danemu wykonawcy często przybiera formę rekomendacji brokerskiej lub stanowi jej element.

Co do zasady broker zaangażowany w prace komisji przetargowej powinien skupić się przede wszystkim na wiadomościach specjalnych, które ma – tj. swojej wiedzy na temat rynku ubezpieczeń i analizy potrzeb zamawiającego. Z tych względów jeżeli zamawiający nie zdecydował się na umocowanie brokera do prowadzenia postępowania, powinien konsekwentnie ograniczyć jego zaangażowanie wyłącznie do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz weryfikacji ofert pod kątem zgodności z SWZ, ze względu na fakt, że za poprawność całości postępowania odpowiada kierownik zamawiającego.

W zamówieniach krajowych, w których zamawiający nie zdecydował się na powołanie komisji przetargowej, ale także nie umocował pełnomocnika do przeprowadzenia postępowania, broker ubezpieczeniowy pełni funkcję osoby wykonującej czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego.

5.5. BROKER JAKO BIEGŁY

Stosunkowo najradszą formą zaangażowania brokera w prace przy przeprowadzanej procedurze o udzielenie zamówienia jest powołanie go jako biegłego. Pozwala na to art. 55 ust. 4 ustawy p.z.p., zgodnie z którym jeżeli dokonanie określonych czyn-

ności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych.

Działanie brokera ubezpieczeniowego jako biegłego najczęściej ogranicza się do przygotowania fragmentu Opisu Przedmiotu Zamówienia dotyczącego bezpośrednio opisu programu ubezpieczenia oraz do weryfikacji ofert wykonawców – lecz tylko pod kątem zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami udziału w postępowaniu. Warto przy tym rozróżnić, że broker działający w komisji przetargowej jest podmiotem równym pozostałym jej członkom. Natomiast z opinią brokera jako biegłego zamawiający może się nie zgodzić i ją odrzucić bądź zignorować, choć – z oczywistych względów – odrzucenie bądź zignorowanie informacji uzyskanych od brokera wymagałoby od zamawiającego odpowiedniego uzasadnienia i udokumentowania w protokole postępowania.

Warto przy tym zauważyć, że broker ubezpieczeniowy może zostać powołany jako biegły nie tylko w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie ubezpieczenia majątkowego. O wiele częstszą sytuacją jest powołanie brokera jako biegłego w postępowaniach, których przedmiotem są roboty budowlane. Rolą brokera ubezpieczeniowego w takich postępowaniach jest sporządzenie zapisów SWZ dotyczących wymogów stawianych wykonawcom w zakresie posiadania odpowiedniej polisy ubezpieczeniowej oraz weryfikacja polisy wykonawcy robót budowlanych, przed zawarciem umowy na wykonanie zamówienia.

6. WNIOSKI KOŃCOWE

Ubezpieczenia majątkowe stanowią silnie wyspecjalizowany sektor działalności gospodarczej. Na ich wysokość oraz zakres ochrony wpływa szereg czynników, co do których zamawiający często nie mają świadomości, gdyż brak im zwykle znacznego doświadczenia w tej sferze. Ubezpieczenia majątkowe są bowiem ściśle skorelowane zarówno z podmiotem zamówienia, którym jest podmiot leczniczy, jak i ryzykiem oraz zakresem przedmiotowym – a zatem programem ubezpieczenia oraz historią szkodowości. Na powyższe kryteria nakładają się obowiązki wynikające z ustawy – Prawo zamówień publicznych – ze względu na fakt, iż przeważająca ilość podmiotów leczniczych kontraktujących ubezpieczenia jest zobowiązana do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający chcący uzyskać kompleksową ochronę ubezpieczeniową powinien wziąć pod uwagę wszystkie powyższe czynniki.

Zamawiający może przeprowadzić procedurę samodzielnie bądź we współpracy z pośrednikiem ubezpieczeniowym, jakim jest broker ubezpieczeniowy. W tym miejscu należy podkreślić kontrowersje, jakie budzi specyficzny rodzaj wynagrodzenia brokera ubezpieczeniowego w postaci kurtażu. Pobieranie przez brokera procentu od wartości zawartej umowy ubezpieczenia wypłacanego przez wykonawcę budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości istnienia konfliktu interesów w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Jest to sytuacja budząca kontrowersje, gdyż z jednej strony stawki kurtażowe są stałe, a zatem co

do zasady nie powinna zaistnieć sytuacja, w której jeden z wykonawców oferuje inny kurtaż od pozostałych, jednakże niewątpliwie obecnemu sposobowi wynagrodzenia brokerów ubezpieczeniowych brakuje przejrzystości i jawności, będących podstawami Prawa zamówień publicznych.

Z tego powodu, *de lege ferenda*, należałoby postulować wprowadzenie mechanizmów, które zapobiegałyby powstawaniu potencjalnego konfliktu interesów między brokerem ubezpieczeniowym, wykonawcą a zamawiającym. Jednym z takich mechanizmów mogłoby być wprowadzenie przez ustawodawcę zakazu pobierania przez brokerów wynagrodzenia kurtażowego i oparcie się na bezpośrednim wynagradzaniu brokera przez zamawiającego. Rozwiązaniem przejściowym byłoby natomiast wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku ujawniania zamawiającemu wysokości kurtażu oferowanego w postępowaniu przez wykonawców.

Rynek ubezpieczeniowy rozwija się dynamicznie, stale wprowadza się nowe produkty ubezpieczeniowe i zmienia te już istniejące. Ponadto nieustannie zmieniają się potrzeby podmiotów leczniczych. Nowoczesna medycyna, coraz bardziej oparta na zaawansowanej technologii, sprawia, że powstają nowe wyzwania – chociażby w postaci wprowadzenia robotów chirurgicznych opartych na sztucznej inteligencji. Wszelkie wprowadzane nowinki technologiczne stanowią nie tylko o możliwości uratowania i poprawy komfortu ludzkiego życia, ale także o powstaniu nowego rodzaju ryzyka ubezpieczeniowego, na okoliczność którego podmiot leczniczy musi się zabezpieczyć. Oznacza to, że znaczenie ubezpieczeń w sektorze medycznym będzie rosło – a ponieważ podmioty lecznicze nieodwrotnie zobowiązane są do stosowania Prawa zamówień publicznych – wzrośnie przy tym rola procedury udzielania zamówień publicznych na ubezpieczenia majątkowe. Będzie to powodowało także coraz częstsze zaangażowanie wyspecjalizowanych pośredników – brokerów ubezpieczeniowych, zwiększając ich odpowiedzialność za prawidłowość i efektywność przeprowadzonego postępowania.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- Budzisz R., *Instytucjonalne formy wykonywania działalności leczniczej*, w: *System Prawa Medycznego*, t. 1, *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, red. R. Kubiak, L. Kubicki, E. Zielińska, Warszawa 2018.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., Wiktorowski A., Wójcik P., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gudowski J., Bielska-Sobkowicz T., Ciepla H., Drapała P., Trzaskowski R., Wiśniewski T., Żuławska C., *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, wyd. II, Warszawa 2017.
- Pokrzywniak J. (red.), *Nowe zasady dystrybucji ubezpieczeń. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2018.
- Szustakiewicz P., *Zasady Prawa Zamówień Publicznych*, Warszawa 2007.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/obowiazek-wyboru-wykonawcy-zamowienia-na-konkretna-usluge,-dostawe-lub-robote-budowlana-w-oparciu-o-przepisy-ustawy-pzp-oraz-wylaczenie-tego-obowiazku/wybor-brokera-ubezpieczeniowego-przez-podmiot-zobowiazany-do-stosowania-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>

<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen,-o-ktorych-mowa-w-art.-56-ust.-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>