

POSTANOWENIE
z dnia 8 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Ewa Sikorska

Maksym Smorczewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników w dniu 8 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2023 r. przez wykonawcę: CDM Smith sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A.

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. znieść koszty postępowania odwoławczego wzajemnie i nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: CDM Smith sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3852/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: opracowanie Koncepcji zwiększenia bezpieczeństwa ciągłości odprowadzania ścieków poprzez budowę II nitki kolektora zlokalizowanego w ul. Bacha, Sikorskiego, Witosza od ul. Sonaty do SPK Wolicka.

W dniu 12 grudnia 2023 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu pod numerem: 00753152-2023.

W dniu 22 grudnia 2023 r. Odwołujący: CDM Smith sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia, tj. Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ w zakresie sposobu określenia wymagań (formalności), jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 14. I.2 SWZ w związku z pkt 16.1 SWZ i części II SWZ (projekt umowy w sprawie zamówienia publicznego - 13 Ubezpieczenie).

Jednocześnie wskazał, że czynność zamawiającego polega na ustaleniu warunków zawarcia umowy w sposób sprzeczny z przepisami prawa. Zamawiający w dokumentach zamówienia (SWZ) zawarł wymaganie w zakresie zobowiązania Wykonawcy do zawarcia i przedstawienia dedykowanej polisy/polis ubezpieczenia, które są sprzeczne z przepisami ustawy oraz z przepisami prawa unijnego. Wymaganie zamawiającego jest dyskryminujące i stanowi pogwałcenie swobody świadczenia usług. Zamawiający w § 13 pkt 1.3 projektu umowy określił wymóg zawarcia umowy ubezpieczenia z krajowym zakładem ubezpieczeń mającym siedzibę na terenie RP, który uzyskał zezwolenie na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej na terenie RP lub z obecnym na terenie RP oddziałem zakładu ubezpieczeń mającego siedzibę w państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ponadto Zamawiający wymaga, aby umowa ubezpieczenia zawarta z oddziałem zakładu ubezpieczeń mającego siedzibę w państwie członkowskim Unii Europejskiej mogła być zawarta wyłącznie wtedy, gdy taki oddział posiada stałą siedzibę na terenie RP lub posiada oraz udostępni Zamawiającemu umowę z przedsiębiorcą mającym siedzibę na terenie RP, której przedmiotem jest obsługa ubezpieczeń oraz likwidacja szkód w imieniu i na rzecz takiego zakładu ubezpieczeń. Skutkiem niedostarczenia polisy jest brak możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne (§ 13 pkt 11.5.a).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 49 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z

późn. zm.), zastąpionego przez art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz.Urz. UE C 326/1 z 26.10.2012,

2) art. 16 pkt 1 - 3 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Prawo zamówień publicznych albo ustawą Pzp,

3) art. 204 ust. 1 i art. 207 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 656 z późn. zm.), zwanej dalej jako ustawa o działalności ubezpieczeniowej,

4) art. 15 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/138/WE z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Wyłącalność II) (wersja przekształcona) (Dz. U. UE. L. z 2009 r, Nr 335, str. 1 ze zm.).

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że czynności zamawiającego polegają na pozbawieniu Wykonawcy w tym postępowaniu możliwości skorzystania ze swobody świadczenia usług, polegającej w szczególności na tym, że Wykonawca przy utrzymaniu w mocy tak określonych wymagań co do polisy ubezpieczeniowej - nie może wybrać najkorzystniejszej dla niego oferty zakładu ubezpieczeń działającego na terenie Unii Europejskiej i zgodnie z prawem unijnym i krajowym, posiadającego niezbędne pozwolenia do prowadzenia działalności na terenie Polski w szczególności takie jak wpis na listę notyfikowanych w Polsce zakładów ubezpieczeń państw członkowskich UE, ale musi zawrzeć polisę ubezpieczeniową wyłącznie z zakładem ubezpieczeń mającym siedzibę na terenie Polski albo mającym siedzibę w Polsce oddziałem zagranicznego zakładu ubezpieczeń.

Dodatkowo, Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymaga udostępnienia Zamawiającemu umowy z przedsiębiorcą obsługującym ubezpieczenia oraz likwidującym szkody w imieniu i na rzecz zakładu ubezpieczeń mającego stałą siedzibę poza Polską i oddział w Polsce, co nie ma oparcia w żadnym przepisie prawa i jest nieuzasadnione przedmiotem zamówienia.

Podniósł przy tym, że tak określone przez Zamawiającego wymagania odnoszące się do zawarcia umowy są sprzeczne z przepisami o swobodzie świadczenia usług, w szczególności ustawy o działalności ubezpieczeniowej, która daje zakładom ubezpieczeniowym możliwość świadczenia usług ubezpieczeniowych w ramach tej swobody nie posiadając oddziału w Polsce po dopełnieniu formalności wymaganych przepisom ustawy, a klientom możliwość nieskrępowanego korzystania z takich usług według własnego wyboru.

Zatem wymaganie Zamawiającego co do ubezpieczenia wykonawcy jest sprzeczne z przepisami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, ustawy Prawo zamówień publicznych i ustawy szczególnej. Jest również. dyskryminujące, nieuzasadnione i nieproporcjonalne.

Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że Zamawiający sformułował wymagania w zakresie formalności, które należy spełnić przed zawarciem umowy w sposób nieprzejrzysty, ponieważ zawarł je w projekcie umowy. Należy przyjąć, że projekt umowy zawiera postanowienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do treści umowy wprowadzono liczne i szczegółowe postanowienia (§ 13), które odnoszą się do czynności podejmowanych przed zawarciem tej umowy, a więc - jak należałoby przyjąć - nie są objęte umową, która dopiero zostanie zawarta.

Odwołujący wnosił o nakazanie zmiany SWZ (dokumentów postępowania) w taki sposób, żeby Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, przed zawarciem umowy mógł przedstawić umowę ubezpieczenia lub polisę zawartą z dowolnie wybranym przez siebie ubezpieczycielem działającym legalnie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust.1 ustawy Pzp .

W dniu 5 stycznia 2024 r. przed wyznaczoną rozprawą do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z art.525 ust. 1 cyt. ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zostało dokonane.

Zgodnie z art.522 ust.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów

przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art.574 i 576 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w , znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu,

- w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Mając powyższe na uwadze, na zasadzie art.568 pkt 3 w związku z art. 522 ust.1 zd.1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....