

**Sygn. akt: KIO 1853/12**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Honorata Łopianowska  
Lubomira Matczuk-Mazuś  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 14 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2013 r. przez wykonawcę Qumak S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Ambasadę Rzeczypospolitej Polskiej w Londynie,

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Qumak S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy , zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Qumak S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający, Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej w Londynie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn zm.) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych w budynku Bravura House w Londynie*”.

W dniu 31 lipca 2013 r. wykonawca Qumak SA w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) złożenia wyjaśnień/odpowiedzi dotyczących treści Istotnych Warunków Zamówienia wskazujących na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o uzyskanie Zamówienia,
- 2) złożenia wyjaśnień/odpowiedzi dotyczących treści Istotnych Warunków Zamówienia ujawniających naruszenie przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zaniechaniu zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców z Wielkiej Brytanii do realizacji zamówienia, ustalenie że umowa podlega prawu Anglii, żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy podlegającego prawu Anglii i Walii,
- 2) naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
- 3) naruszenie art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ustalenie, że realizacja umowy w przedmiocie zamówienia, w szczególności korespondencja, wydawanie decyzji/poleceń, współpraca zawarta pomiędzy podmiotami polskimi będzie odbywała się w języku angielskim,
- 4) naruszenie art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wskazanie,

że umowa o wykonanie zamówienia oraz gwarancja należytego wykonania umowy podlega Prawu Anglii (Prawu Anglii i Walii) z pominięciem prawa polskiego,

- 5) naruszenie art. 3 ust. 1 w zw. z ust. 3 oraz art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz.U.UE L z dnia 4 lipca 2008 r., poprzez nieprawidłowe przyjęcie, że w sprawie zamówienia ma miejsce wybór prawa ustalony przez Strony oraz, że w sprawie zamówienia nie znajdują zastosowania przepisy prawa polskiego jako przepisy wymuszające w rozumieniu rozporządzenia Rzym I,
- 6) naruszenie art. 147 ust. 1 w zw. z art. 148 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niewłaściwe przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy z pominięciem zasad ustalonych w Ustawie Prawo zamówień publicznych, wg jednostronnie ustalonych zapisów umowy, w formie i o treści narzuconej przez Zamawiającego,
- 7) naruszenie art. 150 ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ustalenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości przekraczającej maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 8) naruszenie art. 151 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez pominięcie zasad zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy wg powołanych powyżej przepisów i ustalenie we wzorze umowy procedury zwrotu zabezpieczenia w sposób mniej korzystny niż przewiduje ustawa Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.

Odwołujący, w uzasadnieniu odwołania wskazał, że Wykonawca Qumak S.A. zaproszenie do złożenia oferty w postępowaniu ograniczonym na „*Wykonanie robót budowlanych i instalacyjnych w budynku Bravura House w Londynie*”, otrzymał w dniu 18 czerwca 2013 r. Zamawiający przekazał Wykonawcy treść SIWZ w dniu 18 czerwca

2013 r. a wzór umowy Wykonawca otrzymał przesyłką w dniu 20 czerwca 2013 r. Informację od Zamawiającego zawierającą odpowiedzi i stanowisko Zamawiającego na wątpliwości i wnioski Wykonawcy, Zamawiający doręczył w dniu 24 lipca 2013 r. za pośrednictwem e-mail. W odpowiedziach na pytania doręczonych w dniu 24 lipca 2013 roku Zamawiający ujawnił, że preferuje wybór wykonawców z Wielkiej Brytanii do wykonania zamówienia, stąd wprowadził w umowie, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu przetargu: wybór prawa angielskiego w zakresie umowy oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy; wybór języka angielskiego jako języka oficjalnego realizacji zamówienia; niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych ustalenie zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zamawiający m. in. w treści odpowiedzi na pyt. 8 odpowiedział *„Zamawiający ma zamiar wybrać Wykonawcę, który będzie w stanie zrealizować zamówienia bez konieczności otrzymania od Zamawiającego opinii prawnych i tłumaczeń przepisów obowiązujących w Anglii i Walii (...) Wykonawcy powinni sami znać swoje obowiązki wynikające z przepisów obowiązujących w Anglii i Walii”*. Powyższe stwierdzenie powtarzane w treści udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, w ocenie Odwołującego, jawnie preferuje wybór wykonawców pochodzących z Anglii do realizacji Zamówienia, oczywiste jest bowiem, że jedynie takie podmioty będą znały prawo Anglii i Walii, a posługując się językiem angielskim nie będą wymagali tłumaczeń tekstów prawnych, czy też poleceń, korespondencji prowadzonej w trakcie realizacji Zamówienia. Odwołujący podał, że dopiero po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania Wykonawcy, mógł stwierdzić, że Zamawiający podejmuje działania naruszające zasady uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie w postępowaniu zapisów i zasad utrudniających polskim wykonawcom złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu oraz wprowadzenie we wzorze umowy przepisów naruszających Ustawę Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że podstawową zasadą prowadzenia postępowań w ramach zamówień publicznych jest zasada równości, neutralności oraz zakaz wprowadzenia w postępowaniu zasad utrudniających uczciwą konkurencję. Zasady te podkreśla orzecznictwo KIO oraz sądowe, przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05 stwierdzono: *„zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, lub eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”*; w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., VI ACa 965/11 wskazano: *„Przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie*

zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 p.z.p. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.". Z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikają dwie, fundamentalne dla Prawa zamówień publicznych zasady ogólne: równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości); przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji). Powyższe zasady zostały przez Zamawiającego naruszone w postępowaniu. Zarówno zasada równości postępowania poprzez preferowanie firm brytyjskich ubiegających się o udział w zamówieniu, jak i zasada uczciwej konkurencji poprzez stawianie wymogów nadmiernie uciążliwych do spełnienia przez polski podmiot, np. żądanie gwarancji należytego wykonania umowy podlegającej prawu Anglii i Walii, prawo wnoszenia roszczeń do wykonanego Zamówienia przez okres 12 lat (zgodnie z okresem przedawnienia w prawie angielskim), podczas gdy przedawnienie roszczeń związanych z robotami budowlanymi w prawie polskim wynosi 3 lata (art. 118 k.c.). Preferowanie wykonawców z obszaru Wielkiej Brytanii do realizacji zamówienia przejawia się m. in. w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie Wykonawcy, w których Zamawiający stwierdza: „Zamawiający ma zamiar wybrać Wykonawcę, który będzie w stanie zrealizować zamówienie bez konieczności otrzymania od Zamawiającego opinii prawnych / tłumaczeń przepisów obowiązujących w Anglii i Walii (...) Wykonawcy powinni sami znać swoje obowiązki wynikające z przepisów obowiązujących w Anglii i Walii". Powyższe naruszenie uczciwej konkurencji potwierdzone zostaje w sposobie w jaki Zamawiający opisał zasady obowiązujące w Postępowaniu: wybór prawa Anglii jako właściwego dla Umowy (ust. 1-11 Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości, str. 29); wybór jurysdykcji sądów angielskich (art. 9 Zmiany do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości, str. 4); wybór wersji angielskiej umowy w razie rozbieżności pomiędzy wersją polską i angielską (ust. 1-11-3 zmiany do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości, str. 14); wybór prawa Anglii i Walii jako właściwego dla gwarancji należytego wykonania umowy (Załącznik A do Zmian do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości, str. 4, ust. 8.1); wskazanie w treści wzoru umowy wielu ustaw i przepisów obowiązujących w Anglii bez podania ich treści, a nawet pełnej nazwy oraz publikatorów (odpowiedników polskich dzienników ustaw), w których ustawy zostały opublikowane, umożliwiającą odszukanie niezbędnych aktów prawnych, przykładowo: zasady Construction and Industry Scheme (CIS), Ustawy Finansowej (Finance Act) z 2004 r., Przepisów CDM i Przepisów SWMP, Przepisy budowlane Construction

(Design and Management) Regulations z 2007 r., Zatwierdzony Kodeks Praktyki, wymogi wydawane przez Dyrektora ds. BHP („Health and Safety Executive”), Wspólny kodeks dot. praktycznej ochrony przeciwpożarowej; stosowanie przepisów obowiązujących w prawie angielskim, m. in. terminów przedawnienia obowiązujących w Anglii - 12 lat, podczas gdy w prawie polskim termin przedawnienia roszczeń w zakresie umów o roboty budowlane wynosi 3 lata (art. 118 k.c.). Preferowanie podmiotów z Wielkiej Brytanii jest tym bardziej nieuzasadnione, że postępowanie realizowane jest przez polskiego zamawiającego - Ambasady RP w Londynie, a przedmiot zamówienia to budowa polskiej placówki przeznaczonej na siedzibę Wydziału Konsularnego i Wydziału Ekonomicznego Ambasady RP w Londynie oraz Instytutu Kultury Polskiej w Londynie. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest także wprowadzanie 12 letniego okresu wnoszenia roszczeń (termin przedawnienia) oraz obowiązek utrzymywania w okresie 12 lat polisy OC Zamawiającego (6-4-1-2, 6-12). Nadużyciem prawa jest wprowadzanie przez Zamawiającego obowiązku utrzymywania polisy OC przez 12 lat oraz możliwości wnoszenia roszczeń w okresie 12 lat, biorąc pod uwagę, że zgodnie z polskim prawem okres przedawnienia roszczeń w umowach o roboty budowlane wynosi 3 lata. Wprowadzanie tak długich okresów dla polskich wykonawców jest znacznym utrudnieniem. Zdaniem Wykonawcy treść SIWZ, wzoru Umowy powinna również w tym zakresie zostać zmieniona. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 6 marca 2013 r., KIO 411/13: *„Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez p.z.p. - otwartych na konkurencję.”*

Odwołujący zakwestionował także wybór prawa Anglii jako prawa właściwego dla wykonania umowy oraz gwarancji należytego wykonania umowy, podając, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania Wykonawcy wskazał, że zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, prawo stron do wyboru prawa właściwego umowy wynika bezpośrednio z art. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 roku w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), zgodnie z którym umowa podlega prawu wybranemu przez Strony. Zgodnie z art. 3 ust. 1 powołanego rozporządzenia Rzym I, Umowa podlega prawu wybranemu przez strony. Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma jednak wpływu na wybrane przez Zamawiającego prawo właściwe, należy jednak dostrzec, że nie jest to prawo wybrane przez Strony, lecz narzucone przez Zamawiającego. Wykonawca stwierdza, że postępowanie realizowane jest przez polskiego zamawiającego Ambasadę RP w Londynie, a przedmiot zamówienia to budowa polskiej placówki przeznaczonej na siedzibę Wydziału Konsularnego i Wydziału Ekonomicznego Ambasady RP w Londynie oraz Instytutu Kultury Polskiej w Londynie. Postępowanie realizowane przez Ambasadę RP podlega przepisom

ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Wykonawcy, wskazanie, że umowa podlega prawu Anglii i powinna być interpretowana zgodnie z tym prawem, jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W zakresie umów zawartych w ramach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego wprost, a wyłączenie przepisów kodeksowych uzależnione jest tylko od istnienia odrębnej regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do wskazania, że prawem właściwym w zakresie umowy jest prawo Anglii (w zakresie gwarancji należytego wykonania Umowy Prawo Walii i Anglii). Zamawiający w dodanym ustępie 1-11-2 zmian do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości (str. 13-14) wskazał, że Prace oraz Umowa podlegają przepisom prawa Rzeczypospolitej Polskiej odnoszącym się m.in. do zamówień publicznych, przez co dopuścił zasadę wskazaną w tej ustawie, dotyczącą stosowania w zakresie nieuregulowanym przepisów kodeksu cywilnego. Potwierdza to wskazanie w treści SIWZ, pkt 17.5 (str. 10 SIWZ), że w sprawach nieuregulowanych w niniejszej SIWZ, zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jedynie w zakresie szczegółowym, do umów w sprawach zamówień publicznych znajdują zastosowanie właściwe przepisy regulujące dany stosunek umowny, a więc w niniejszej sprawie, zważywszy na wykonywanie Umowy na terenie obiektu w Londynie (Wielkiej Brytanii), w zakresie przepisów prawa budowlanego, administracyjnego, norm technicznych mogą znaleźć zastosowanie przepisy prawa Anglii.

Dodatkowo, w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z podmiotami prywatnymi, które mogą dowolnie uregulować łączy je stosunek prawny, lecz Zamawiającym jest Ambasada RP (jak wskazuje Zamawiający w treści wzoru umowy - organ administracji państwowej, będący częścią rządu RP), która jako przedstawicielstwo RP w innym państwie realizując postępowanie powinna chronić interesy Rzeczypospolitej Polskiej (tak m. in. ustawa z dn. 27.07.2001 r. o służbie zagranicznej). Poza wskazanym przez Zamawiającego przepisem rozporządzenia Rzym I, rozporządzenie to wskazuje także na przepisy, które ze względu na interes państwowy (publiczny) wymuszają swoje stosowanie. W sytuacji realizacji strategicznej dla Ambasady RP, umowa w zakresie zamówienia powinna podlegać prawu polskiemu na podstawie: art. 3 ust. 3 Rozporządzenia Rzym I *„w przypadku gdy wszystkie inne elementy stanu faktycznego w chwili dokonywania wyboru prawa właściwego są zlokalizowane w państwie innym niż państwo, którego prawo zostało wybrane, dokonany przez strony wybór nie narusza stosowania tych przepisów prawa tego innego państwa, których nie można wyłączyć w drodze umowy”*, art. 9 rozporządzenia Rzym I (Przepisy



wymuszające swoje zastosowanie), przepisy wymuszające swoje zastosowanie to przepisy, których przestrzeganie uważane jest przez państwo za tak istotny element ochrony jego interesów publicznych, takich jak organizacja polityczna, społeczna lub gospodarcza, że znajdują one zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z niniejszym rozporządzeniem. Rozporządzenie nie narusza stosowania przepisów wymuszających swoje zastosowanie państwa sądu orzekającego. Niejednokrotnie podkreśla się w literaturze i orzecznictwie, że zamawiający działa w interesie publicznym, najczęściej zaspokajając potrzeby szerszej zbiorowości a co za tym idzie, zobowiązany jest ponosić ryzyko przekraczające zwyczajowe ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Wskazuje się zatem, że obowiązkiem zamawiającego jest skuteczne zabezpieczenie interesów własnych oraz społeczeństwa (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2010 r., KIO/UZP 1839/09). W tym kontekście, dla realizacji umowy dla Ambasady RP winno znaleźć zastosowanie prawo polskie. Powyższa zasada dotyczy także ustalania jurysdykcji sądów oraz prawa właściwego dla interpretacji umowy w sprawie zamówienia.

W zakresie treści gwarancji należytego wykonania umowy, którą Wykonawca zobowiązany jest złożyć na podstawie art. 11 Zmian do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości (str. 4) oraz załącznika A (wzór gwarancji, str. 3), nieuzasadnione, w ocenie Odwołującego, jest żądanie gwarancji, która będzie podlegała prawu i sądom Anglii i Walii w sytuacji, w której wnosi ją wykonawca z Polski. Wskazywanie wprost prawa właściwego dla gwarancji należytego wykonania jest kolejnym przejawem nierównego traktowania wykonawców, gdyż oczywiste jest, że podmiotowi z Anglii będzie dużo łatwiej uzyskać gwarancję na prawie Anglii, niż podmiotowi pochodzącemu z Polski, dodatkowo realizującemu umowę dla podmiotu polskiego Ambasady RP. Zdaniem Wykonawcy, gwarancja należytego wykonania może zostać złożona zgodnie z prawem państwa, w którym jest wydawana bez naruszenia uprawnień Zamawiającego do skorzystania z gwarancji. Wykonawca informował Zamawiającego, że wymagana przez Zamawiającego treść gwarancji jest nieosiągalna dla polskiego podmiotu, z rozeznania wykonanego u krajowych Gwarantów nie ma możliwości złożenia tej treści gwarancji i zabezpieczenia kontraktu wg prawa angielskiego. Również gwaranci angielscy nie widzą możliwości zabezpieczenia kontraktu na prawie angielskim do umowy zawartej pomiędzy polskimi podmiotami (pismo Wykonawcy z dnia 9 lipca 2013 roku). Gwarancja jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, niezależnym od ważności i skutków prawnych umowy zawartej pomiędzy wykonawcą i Zamawiającym - beneficjentem gwarancji. W związku z tym, wskazywanie prawa właściwego dla gwarancji jest nieuzasadnione, gdyż Zamawiający będzie mógł wykonywać uprawnienia z gwarancji niezależnie od prawa właściwego dla

gwarancji. Zasadne jest zatem umożliwienie wykonawcy polskiemu złożenie gwarancji bankowej dla której właściwe będzie prawo polskie, bez uszczerbku dla praw Zamawiającego. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, aktualne w niniejszej sprawie - sygn. akt UZP/ZO/0-1327/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2005 r., w którym stwierdzone zostało: *„Przyjęcie gwarancji od banku zagranicznego nie jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Klauzula> że gwarancja bankowa podlega prawu obcemu (szwajcarskiemu) oznacza tylko, że w przypadku sporu związanemu z roszczeniami z tytułu udzielonej gwarancji sądem, przed którym dochodzone zostanie roszczenie> będzie sąd szwajcarski”*. Powyższy wyrok stwierdza, że dla umowy realizowanej w Polsce dopuszczalna była gwarancja podlegająca prawu szwajcarskiemu. W niniejszej sprawie, analogicznie gwarancja może podlegać prawu polskiemu, nawet jeżeli umowa realizowana jest w Wielkiej Brytanii, w Londynie. Niezależnie zatem od faktu, czy gwarancja będzie podlegała angielskiemu, polskiemu czy obcemu, nie narusza ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uprawnień Zamawiającego do skorzystania z tej formy zabezpieczenia. Niezależnie od powyższego, żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w określonej formie (gwarancji), która będzie podlegała prawu Anglii i Walii jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 147 - 148 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi to według wyboru Wykonawcy wnoszone jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy w jednej z form określonych w ust. 148 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tej sytuacji nie tylko forma wniesienia zabezpieczenia, ale również wybór prawa właściwego dla gwarancji należy do Wykonawcy. Zamawiający nie jest więc uprawniony do decydowania w jakiej formie należy wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy i jakiemu prawu ma ono podlegać.

W zakresie naruszenia zasad żądania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (naruszenie art. 147 - 151 ustawy Prawo zamówień publicznych) Odwołujący podał, że Zamawiający odpowiadając na pytania Wykonawcy w piśmie z dnia 24 lipca 2013 roku stwierdził, że *„Zamawiający postanowił nie żądać ZNWU w rozumieniu art. 147 ustawy Pzp> które podlegałyby postanowieniom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zamawiający postanowił zażądać warunkowej gwarancji należytego wykonania umowy na warunkach umownych (...) Zobowiązanie Wykonawcy do złożenia takiej warunkowej gwarancji wykonania umowy wynika z Umowy, podczas gdy ZNWU w znaczeniu art. 147 Pzp byłoby wymagane na podstawie postanowień SIWZ. Zamawiający nie podlega także żadnym ograniczeniom, jeżeli chodzi o określenie wartości warunkowej gwarancji należytego wykonania umowy, która nie podlega przepisom Pzp.”* (odpowiedzi na pyt. 8, str. 4-5). Powyższe stanowisko Zamawiającego jest całkowicie błędne

i w sposób rażąco narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Skuteczność zastrzeżenia obowiązku wniesienia zabezpieczenia uzależniona jest od jego wskazania w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w tym tylko znaczeniu art. 147 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdza, że „Zamawiający może żądać” od Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. Jeżeli Zamawiający decyduje się na żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ma obowiązek przestrzegania postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie, niezależnie od tego czy warunki zabezpieczenia opisze w treści SIWZ, czy też we wzorze umowy, która również stanowi część SIWZ (zgodnie z pkt 6 SIWZ „wzór umowy stanowi załącznik nr 5 do SIWZ”, str. 9 SIWZ). Zamawiający nie ma racji twierdząc, że jeżeli opisuje warunki zabezpieczenia należytego wykonania umowy w treści SIWZ jest związany przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, ale jeżeli robi to w umowie, taki obowiązek go nie dotyczy. Takie postępowanie i rozumowanie Zamawiającego prowadzi do obejścia ustawy Prawo zamówień publicznych i wprowadzenie do postępowania zasad niezgodnych z art. 147 - 151 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie ma również znaczenia jaką nazwę Zamawiający nada zabezpieczeniu, tj. „zabezpieczenie należytego wykonania umowy”, czy też „warunkowa gwarancja należytego wykonania” - jak wskazuje Zamawiający, jeżeli z jej treści wynika, że służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), a z takim zabezpieczeniem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Niezgodne z ustawą są następujące zasady i warunki przyjęte przez Zamawiającego w postępowaniu:

- żądanie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji, o określonej w umowie treści i formie, w tym określającej prawo Anglii i Walii jako prawo właściwe dla gwarancji (art. art. 11 Zmian do Standardowej Umowy na Wykonanie robót budowlanych bez ilości (str. 4) oraz załącznika A (wzór gwarancji). Zamawiający żąda także dodatkowego zabezpieczenia w formie kaucji na podstawie postanowień 4.2.9, 4.18 i nast. Umowy. Zgodnie z art. 148 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zabezpieczenie może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w ustawie. Wykonawca zatem wg swojego wyboru wnosi zabezpieczenie w formie i o treści przez niego zaproponowanej. Zamawiający nie jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych uprawniony do: 1) żądania złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji i wg narzuconego przez Zamawiającego wzoru, według wyłącznego uznania Zamawiającego. Zapis dotyczący należytego wykonania umowy powinien zatem zostać zmieniony i odpowiadać w całości art. 148 - 151 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. umożliwić złożenie zabezpieczenia przez Wykonawcę w formie przez niego wybranej i wg treści przedstawionej przez Wykonawcę; 2) Zamawiający

nie jest uprawniony do zatrzymania dodatkowo kaucji na poczet zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, gdyż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują w/w formy zabezpieczenia ustalonej przez Zamawiającego (jedynie wykonawca wg swojego wyboru może złożyć zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pieniądzu). Zapisy dot. kaucji powinny zostać zatem w całości wykreślony jako niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

- Zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych żąda, aby wysokość gwarancji należytego wykonania umowy wynosiła 10% Ceny Umownej, natomiast wartość kaucji określił na 5% Ceny Umownej (art. 4-20-1 Zmiany..., str. 7). Zgodnie z art. 150 ust. 2 zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2-10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zamawiający nie tylko niezgodnie z zapisami ustawy żądał zabezpieczenia w ustalonych (narzuconych) formach i treści, ale również przekroczył maksymalną wartość zabezpieczenia, którą może żądać Zamawiający, wskazując w umowie, że wartość gwarancji należytego wykonania Umowy na wartość 10% Ceny Całkowitej (art. 11 Porozumienia), natomiast dodatkowo wartość Kaucji w wysokości 5% w/w wartości. W/w zapisy umowy w zakresie kaucji oraz zabezpieczenia należytego wykonania w sposób rażąco odbiegają od zasad dopuszczonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

- Zamawiający nie przewidział także zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy zgodnie z art. 151 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz ustalił, że gwarancja należytego wykonania umowy oraz kaucja zostanie w całości zwrócona dopiero po wydaniu Zaświadczenia o Naprawieniu Usterek na mocy Umowy (załącznik A, zwór gwarancji, str. 4), tj. po upływie 12 miesięcy od zakończenia realizacji Zamówienia. Zamawiający nie ustalił także okresu rękojmi, co jest konieczne z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych i zasad zwrotu zabezpieczenia zgodnie z art. 151 ustawy Prawo zamówień publicznych. Naruszony został przez Zamawiającego art. 151 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiący, że Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należyte wykonane. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30 % wysokości zabezpieczenia. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Zasady zwrotu zabezpieczenia we wzorze Umowy, zawartej w SIWZ powinny zostać zmienione zgodnie z w/w przepisem. Ustawodawca w przepisie art. 147 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawił Zamawiającemu swobodę wyboru w zakresie skorzystania z instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jeżeli już jednak Zamawiający zamierza w ten sposób chronić swoje interesy, nie ma on dowolności w określaniu treści i wysokości zabezpieczenia, gdyż zgodnie z art. 148 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca

wg swojego wyboru składa zabezpieczenie w jednej z form ustalonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, a zgodnie z art. 150 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Regulacja zawarta w art. 151 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy natomiast ochronie interesów wykonawcy, który wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Zgodnie z podanym przepisem, zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. *„Odbiór przedmiotu świadczenia wykonawcy i uznanie jego zobowiązania za należyte wykonane powoduje, iż odpada podstawa istnienia zabezpieczenia dla roszczeń z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia. Zabezpieczenie powinno więc zostać zwrócone wykonawcy. Ustawa wyznacza zamawiającemu termin 30 dni na dokonanie zwrotu zabezpieczenia. Strony mogą jednakże ustalić w umowie krótszy termin zwrotu zabezpieczenia”* (J. Jerzykowski (w:) Prawo zamówień...). Art. 151 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter przepisu semiimperatywnego, co oznacza, że strony umowy mogą odmiennie postanowić co do terminu zwrotu zabezpieczenia, w sposób korzystniejszy dla wykonawcy. Na podstawie zawartej umowy, termin zwrotu zabezpieczenia może być zatem jedynie krótszy. Ochronie interesów majątkowych wykonawcy służą również przepisy art. 151 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, które dotyczą zabezpieczenia z tytułu rękojmi za wady w przedmiocie zamówienia. Przepisy te stanowią, iż kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia i jest zwracana nie później niż w 15 dniu po upływie okresu rękojmi za wady. Naruszenia w/w przepisów potwierdza także orzecznictwo KIO: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2011 r., KIO/KU 54/11 *„Postanowienia SIWZ (wyjaśnień do niej) nie mogą zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów - a taki walor mają normy wyrażone w art. 141, art. 148 ust. 1 i art. 23 ust. 3 p.z.p. Niezależnie od ograniczeń wprowadzonych przez zamawiającego w SIWZ w zakresie dotyczącym uprawnienia wykonawców dotyczących wyboru formy zabezpieczenia (materii wprost wynikających z ustawy) wykonawcy uprawnieni są do wniesienia zabezpieczenia zgodnie z ustawą. Zamawiający jest natomiast uprawniony, aby w SIWZ doprecyzować kwestie ustawą nieuregulowane, jak np. wymagania dotyczące tego, że gwarancja bankowa ma być bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie zamawiającego itp.”*; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2009 r., KIO/UZP 812/09; KIO/UZP 833/09 *„Zamawiający może tylko i wyłącznie ustanowić zabezpieczenie”, które zostało zakreślone w art. 147-151 p.z.p. Ustawodawca nie przewidział możliwości ustanowienia innego zabezpieczenia.*”, wyrok KIO z 29.10.2012 r.,

KIO 2211/12 „Art. 150 ust. 2 p.z.p., który ustala maksymalną wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, należy czytać przez pryzmat celu zabezpieczenia, jaki określa art. 147 ust. 2 p.z.p. Skoro ustawodawca z jednej strony przewidział pokrywanie roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z drugiej wprowadził ustawowe ograniczenie takiego zabezpieczenia, to brak jest podstaw do przyjęcia, że uprawnione jest podwyższanie zabezpieczenia ponad limit ustawowy w przypadku, gdy zamawiający pokrył częścią zabezpieczenia swoją szkodę.”.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej przez Zamawiającego, w tym w szczególności: postanowień ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ z dnia 24 lipca 2013 r., odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2013 r. Nr 2013/S 073-121612.

Odwołujący otrzymał zaproszenie do złożenia oferty oraz opracowaną dla tego postępowania specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w dniu 18 czerwca 2013 r. Wzór umowy Wykonawca otrzymał przesyłką w dniu 20 czerwca 2013 r.

W dniu 24 lipca 2013 r. Zamawiający udzielił, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyjaśnienia wątpliwości dotyczących brzmienia SIWZ.

W dniu 31 lipca 2013 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

- 1) złożenia wyjaśnień/odpowiedzi dotyczących treści Istotnych Warunków Zamówienia wskazujących na nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o uzyskanie Zamówienia,
- 2) złożenia wyjaśnień/odpowiedzi dotyczących treści Istotnych Warunków Zamówienia ujawniających naruszenie przepisów Ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 3) zaniechania zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

## Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle tego przepisu, Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący skierował odwołanie wobec postanowień, dotyczących obowiązków wykonawców biorących udział w postępowaniu, których upatruje w treści wyjaśnień treści SIWZ, przesłanych Odwołującemu w dniu 24 lipca 2013 r. Odwołujący w piśmie z dnia 5 sierpnia 2013 r., podał, że *„informacja o czynności Zamawiającego, stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (tj. odpowiedzi i wyjaśnienia na pytania Wykonawcy – zestaw 4) została przesłana Wykonawcy w dniu 24 lipca 2013 r. (...).”*

Analiza treści zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu a także argumentacji podniesionej w celu wykazania zasadności stawianych zarzutów wskazują jednak, że Odwołujący w rzeczywistości kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Nie ulega bowiem wątpliwości, że w treści SIWZ Zamawiający przewidział postanowienia, których udzielone na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy wyjaśnienia nie zmieniły. W powyższym zakresie, wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w istocie stanowiły wnioski o zmianę treści SIWZ – wynika to wyraźnie z treści zapytań skierowanych przez wykonawcę do Zamawiającego. Analiza treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego z 24 lipca 2013 r. nie wskazuje na to, by Zamawiający ich dokonując, w a w istocie odmawiając zmiany postanowień SIWZ w sposób proponowany przez wykonawcę, wprowadził nowe, nie istniejące wcześniej w SIWZ elementy, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia czy też nakładające na wykonawców wcześniej nie opisane obowiązki. Odwołujący zapytany na posiedzeniu, w jakim zakresie, w Jego ocenie, nastąpiła zmiana SIWZ w wyniku udzielonych wyjaśnień, podał, że w odpowiedzi na pytanie nr 9 Zamawiający wprowadził możliwość zastosowania w postępowaniu ustawy o terminach zapłaty oraz że w pozostałym zakresie nic się nie zmieniło.

Podkreślenia wymaga, że skoro Odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ przekazanej mu wraz z zaproszeniem do składania ofert w dniu 18 czerwca 2013 r. (co do wzoru umowy – z dniem 20 czerwca 2013 r.) znał wymagania Zamawiającego, mógł

w terminach wynikających z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ.

Zamiast wniesienia odwołania wobec tych postanowień SIWZ, które nie odpowiadały Odwołującemu, Odwołujący zdecydował się w dniu 24 lipca 2013 r., na wystąpienie o zmianę postanowień SIWZ. Wskazanie w tych wyjaśnieniach, że Zamawiający nie zmienia w postulowany sposób odpowiednich postanowień SIWZ, a także podanie uzasadnienia, dla którego Zamawiający wprowadził takie a nie inne postanowienia SIWZ, nie wprowadza żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby reaktywowanie dziesięciodniowego terminu do kwestionowania postanowień SIWZ, które znane były od dnia przekazania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu tego dokumentu a także wzoru umowy.

Podkreślenia wymaga, że wskazywane w odwołaniu wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 24 lipca 2013 r. nie wprowadziły nowych informacji w stosunku do postanowień SIWZ, które by zmieniały jej brzmienie znane Odwołującemu od dnia przekazania SIWZ. W zasadzie wszystkie wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ stanowią w rzeczywistości wnioski o jej zmianę. Zamawiający na te wnioski udzielał odpowiedzi, że nie zmieni wskazywanych postanowień, lub że „*nie ma zgody*” na proponowane przez Odwołującego zmiany. W szczególności, Odwołujący wskazuje, jakoby w odpowiedziach na pytania Wykonawców doręczonych w dniu 24 lipca 2013 roku Zamawiający ujawnił, że preferuje wybór wykonawców z Wielkiej Brytanii, co ma wynikać z wprowadzenia w umowie, która zostanie zawarta po rozstrzygnięciu przetargu: wyboru prawa angielskiego w zakresie umowy oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy, wyboru języka angielskiego jako języka oficjalnego realizacji Zamówienia, niezgodnego z przepisami ustawy ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dostrzeżenia jednak wymaga, że w treści dokumentacji wielokrotnie zawarto postanowienia, które wskazują na zastosowanie prawa Anglii – przykładowo w części umowy *Gwarancja Dodatkowa*, w pkt 14.1 zawarto postanowienie, zgodnie z którym *niniejszy Akt oraz wszelkie obowiązki umowne wynikłe z tytułu lub w związku z nim podlegają przepisom prawa Anglii*. Także postanowienia dotyczące ustalenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy znalazły się w SIWZ w takim kształcie, którego wyjaśnienia z 24 lipca 2013 r. nie zmieniły w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie. Co więcej, już same pytania wyraźnie wskazują, że na dzień ich zadania, pytającemu znane były postanowienia SIWZ, które obecnie są kwestionowane i których wyartykułowania Odwołujący upatruje w wyjaśnieniach treści SIWZ. Przykładowo, w pytaniu nr 1 wykonawca już na wstępie wnosi o zmianę prawa właściwego w zakresie umowy oraz gwarancji należytego wykonania i wskazanie, że właściwe jest prawo polskie. Oznacza to zatem tyle, że zadając pytanie wykonawca miał świadomość, że dokumentacja



postępowania (SIWZ oraz składające się na nią dokumenty) zakłada do wykonywania umowy prawo inne niż polskie. I rzeczywiście, w dokumentacji wielokrotnie zostało podkreślone, że do wykonywania umowy zastosowanie znajduje prawo Anglii i Walii oraz wskazano na konkretne akty, którym czynić zadość mają różne elementy związane wykonywaniem zamówienia. Następnie, w pytaniu 2 pytający wnosi o zmianę ust. 1-11-3 (interpretacja umowy) i wskazanie, że w razie rozbieżności w umowie między jej wersją angielską a polską, obowiązująca jest wersja polska. Konsekwentnie, w pytaniu nr 5 wykonawca wskazuje, że określona przez Zamawiającego treść gwarancji należytego wykonania określająca prawo właściwe – prawo Anglii i Walii narusza przepisy. Już same te pytania wskazują, że treść wyjaśnianych postanowień SIWZ, zawierała brzmienie, które aktualnie kwestionuje Odwołujący i że udzielone odpowiedzi znajdowały podstawę w brzmieniu SIWZ oraz jej nie zmodyfikowały. Także zawarte – na co dwukrotnie powołuje się Odwołujący – w odpowiedzi na pytanie nr 8 stwierdzenie, że *„Zamawiający ma zamiar wybrać Wykonawcę, który będzie w stanie zrealizować zamówienia bez konieczności otrzymania od Zamawiającego opinii prawnych i tłumaczeń przepisów obowiązujących w Anglii i Walii (...) Wykonawcy powinni sami znać swoje obowiązki wynikające z przepisów obowiązujących w Anglii i Walii”*, nie wprowadza nowych postanowień do SIWZ, nie kreuje także takiej jej interpretacji, która nadaje inne znaczenie jej postanowieniom.

Natomiast wskazana przez Odwołującego na posiedzeniu odpowiedź na pytanie 9, jako ta, w której Zamawiający wprowadził dodatkowe informacje, nie została objęta odwołaniem, zatem zastrzeżenia wobec zawartej w niej treści – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy – nie mogły być brane pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Nie jest zatem tak, jak twierdzi Odwołujący, że dopiero po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania, mógł stwierdzić, że Zamawiający podejmuje działania naruszające zasady uczciwej konkurencji, poprzez wprowadzenie w postępowaniu zapisów i zasad utrudniających polskim wykonawcom złożenie prawidłowej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu oraz wprowadzenie we wzorzec umowy przepisów naruszających ustawę Prawo zamówień publicznych.

W kwestionowanym w odwołaniu zakresie, jedyną nową okolicznością, jaka ujawniła się na skutek odpowiedzi na pytania z dnia 24 lipca 2013 r. było podanie powodów, dla których Zamawiający w taki a nie inny sposób ukształtował postępowanie i wprowadził kwestionowane postanowienia SIWZ. Trudno jednak uznać, aby dopiero poznanie motywacji, jaka przyświecała wprowadzeniu w SIWZ określonych postanowień umożliwiło Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej. To nie powód dla którego Zamawiający był w stanie zaniechania, lecz samo zaniechanie umożliwia wykonawcy

skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Udzielenie odpowiedzi na pytanie, w której Zamawiający podtrzymuje treść SIWZ, wyjaśniając przyczyny i racje, dla których postanowienia SIWZ mają określone brzmienie, nie jest czynnością, w oparciu o którą wykonawcy uzyskują wiadomość o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyjaśnienie treści SIWZ, które nie zmienia tego dokumentu i nie nadaje mu nowego znaczenia, nie reaktywuje prawa do wniesienia odwołania na te postanowienia, co do których Zamawiający się wypowiedział. Nie sposób też uznać, że taką zmianę postanowień SIWZ stanowi wskazanie przez Zamawiającego aktów prawnych oraz zawartych w nich regulacji, dotyczących zasad odpowiedzialności przewidzianych przez prawo Anglii i Walii – w ich wyniku SIWZ nie została zmodyfikowana, zaś podanie pewnych elementów zawartych w regulacjach prawa, które Zamawiający przewidział w SIWZ ma walor jedynie informacyjny, nie wykraczający poza brzmienie SIWZ, od początku przewidującej zastosowanie w tej mierze regulacji właściwych prawu Anglii i Walii.

Także odpowiedź na pytanie nr 8, a w istocie ustosunkowanie się do wniosku o udostępnienie określonych przepisów oraz ich polskich wersji językowych (Construction and Industry Scheme (CIS), Finance Act, przepisów budowlanych – Constuction (Design and Management) Regulations z 2007 r., Zatwierdzonego Kodeksu Praktyki, wymogów wydawanych przez Dyrektora ds. BHP – „Health and Safety Executive, wspólnego kodeksu dot. praktycznej ochrony przeciwpożarowej, przepisów SWMP – o gospodarce odpadami na placu budowy – Site Waste Management Plans Regulations, ustawy o wadliwych lokalach – Defective Act z 1972 r.) nie stanowi zmiany SIWZ. Zamawiający w tym wypadku nie wprowadził nowych elementów do postępowania, których wcześniej SIWZ nie przewidywała, a podał jedynie że nie jest obowiązany do udostępnienia wykonawcom opinii prawnych i tłumaczeń tekstów prawnych obowiązujących w Anglii i Walii, mających zastosowanie podczas wykonywania zamówienia a także, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni być świadomi, że zamówienie będzie realizowane w Anglii i Walii a w związku z tym są zobowiązani do znajomości i zrozumienia wszystkich mających zastosowanie przepisów prawa Anglii i Walii. Finalnie Zamawiający podał, że odmawia przekazania wykonawcom wymienionych tekstów aktów prawnych i tłumaczeń, ponieważ nie są one częścią dokumentacji przetargowej a wykonawcy powinni sami znać swoje obowiązki wynikające z przepisów obowiązujących w Anglii i Walii. Podobna sytuacja dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 11 – tam Zamawiający powtórzył, że nie jest zobowiązany do przekazania wykonawcom opinii prawnych i tłumaczeń przepisów obowiązujących w Anglii i Walii, w szczególności dotyczących danin publicznych; wykonawcy są zobowiązani do

znajomości wszelkich podatków, opłat i obciążeń, które będą zobowiązani ponosić podczas wykonywania Umowy.

Stąd zasadnym jest wniosek, że zarzuty postawione w odwołaniu dotyczą treści SIWZ, składającego się na nią wzoru umowy, których treść została zakomunikowana Odwołującemu w dniu 18 czerwca 2013 r. (co do SIWZ) i 20 czerwca 2013 r. – co do wzoru umowy.

Na poprawność takiej interpretacji stanu faktycznego wskazuje także treść żądania Odwołującego sformułowanego w odwołaniu – Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący już po przekazaniu SIWZ oraz wzoru umowy mógł – w ustawowym, dziesięciodniowym terminie - żądać nakazania przez Izbę Zamawiającemu modyfikacji SIWZ w zakresie, jaki jest podnoszony aktualnie.

W świetle przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie powinno być wniesione w terminie 10 dni od dnia przekazania wykonawcy SIWZ oraz pozostałych dokumentów.

Zamawiający przekazał Odwołującemu SIWZ w dniu 18 czerwca 2013 r., a wzór umowy – w dniu 20 czerwca 2013 r. Termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął zatem w dniu 28 czerwca 2013 r., a wobec wzoru umowy – 31 czerwca 2013 r. Tymczasem Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 31 lipca 2013 r. Reasumując, należało uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 31 lipca 2013 r. było odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:**