

**WYROK**  
**z dnia 15 czerwca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2015 r. przez wykonawcę: **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy – **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy – **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślenie z klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu punktów: d), e) i f),**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa nowej siedziby Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. na terenie Stacji Pomp Rzecznych przy ul. Czerniakowskiej 124 w Warszawie wraz z infrastrukturą towarzyszącą.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 01057/15 w dniu 19 maja 2015 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 20 maja 2015 r.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 147 Pzp, art. 36 ust. 2 pkt 11a Pzp, art. 143d ust. 1 Pzp oraz art 647<sup>1</sup> K.c., art. 353<sup>1</sup> K.c. i art. 58 K.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp, poprzez zobowiązanie wykonawców w SIWZ do ustanowienia przez wykonawcę na rzecz zamawiającego zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Wysokość zabezpieczenia ustala się każdorazowo w wysokości równowartości 70% wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, a wynikającego z umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą lub przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą pod groźbą odmowy wyrażenia zgody na zawarcie umowy podwykonawczej, a tym zakazaną ustawą i wykraczającą poza uprawnienie ustawowe przyznane zamawiającemu oraz ingerencję zamawiającego w zakres swojej ustawowej odpowiedzialności i treść umów podwykonawczych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z klauzuli 4.4. Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej „WSzK”) punktów: d), e) i f).

Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury drogowej oraz jest zainteresowany wyborem swojej ewentualnej oferty, zaś w związku z wyżej wskazanymi uchybieniami zamawiającego mogłoby dojść do podpisania umowy o zamówienie publiczne o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy Pzp i K.c., a wobec tego niemożnością złożenia oferty i pozyskania zamówienia, ewentualną szkodą związaną z poniesieniem nieuzasadnionych kosztów zabezpieczenia oraz w przypadku zawarcia

umowy - ryzykiem obciążenia karami umownymi.

W części II.3 SIWZ stanowiącym WSzK zamawiający wprowadził w klauzuli 4.4 punkty oznaczone d), e) i f), o treści:

„(d) Wyrażenie zgody na zawarcie umowy z Podwykonawcą Robót budowlanych lub dalszym Podwykonawcą Robót budowlanych warunkowane jest uprzednim ustanowieniem przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem Wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę. Wysokość zabezpieczenia ustala się każdorazowo w wysokości równowartości 70% wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy, a wynikającego z umowy zawartej przez Wykonawcę z Podwykonawcą lub przez Podwykonawcę z dalszym Podwykonawcą.

(e) Formami zabezpieczeń, o których mowa w pkt (d) są ustanowione samodzielnie lub łącznie według wyboru Wykonawcy:

- pieniądź,
- gwarancja bankowa,
- gwarancja ubezpieczeniowa,
- poręczenie bankowe,

(f) Zabezpieczenie wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym, jego zwrot następuje w kwocie nominalnej powiększonej o odsetki wynikające z umowy rachunku bankowego oraz pomniejszonej o koszty związane z prowadzeniem rachunku. Poręczenie, gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa będzie nieodwołalna, bezwarunkowa oraz płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. W przypadku ustanowienia zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej lub poręczenia bankowego, ich termin ważności (okres zabezpieczenia) musi być dłuższy o 30 dni od terminu zakończenia realizacji umowy z Podwykonawcą. W przypadku przedłużenia wykonania takiej umowy zabezpieczenie musi być przedłużone o termin, o jaki przedłuża się termin jej realizacji. W przypadku braku przedłużenia przez Wykonawcę zabezpieczenia przynajmniej na 30 dni przed końcem ważności tego zabezpieczenia Zamawiający ma prawo do realizacji zabezpieczenia w kwocie, jaka zostaje do rozliczenia z Podwykonawcą.

O ile zabezpieczenie nie zostanie zaliczone na poczet prawnie uzasadnionych roszczeń Zamawiającego, to Zamawiający zwróci zabezpieczenie Wykonawcy, na jego pisemny wniosek, w terminie 30 dni od daty zakończenia realizacji umowy z Podwykonawcą.

Warunkiem zwrotu zabezpieczenia jest przedłożenie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających uregulowanie wszelkich należności względem wszystkich Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, tj. odpowiednich oświadczeń o nie

zaleganiu przez Wykonawcę lub Podwykonawcę z płatnościami, całkowitym spełnieniu świadczeń zgodnie z umowami oraz o zrzeczeniu się wszelkich roszczeń z tytułu zawartej w ramach tego projektu umowy zarówno w stosunku do Wykonawcy jak i do Zamawiającego."

Odwołujący wskazał, że normy art. 147 i 150 Pzp, co do zakresu przedmiotowego i wysokości są bezwzględnie obowiązujące. Nie ulega wątpliwości, że terminowa zapłata wynagrodzenia podwykonawcy jest przesłanką „należytego wykonania umowy” w rozumieniu art. 147 Pzp. Tak też przewiduje projekt umowy przedstawiony przez Zamawiającego w SIWZ w klauzuli 4.4 punkt (I) podpunkt vi. WSzK.

Wynika z tego jednoznacznie, że należyte wykonanie obowiązku zapłaty zawiera się w zabezpieczeniu wskazanym w art. 147 Pzp i w wysokości wskazanej w art. 150 Pzp. Wysokość ta, zgodnie z bezwzględnym charakterem normy i zgodnie z powszechnym poglądem doktryny (np. wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r. KIO 110/13) nie może być większa niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zamawiający w punkcie III. 1.2) podpunkt 2) ogłoszenia oraz w punkcie 15.1 SIWZ wskazał, że wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości „10% wynagrodzenia umownego brutto”. Oznacza to, że jakiegokolwiek zabezpieczenie udzielone w wyniku obowiązku wskazanego w kwestionowanej klauzuli 4.4 pkt (d) i nast. powoduje przekroczenie ustawowego limitu, co jest zakazane.

Nadto, Zamawiający w SIWZ nie zawarł obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę (pkt 3.5 SIWZ), co może oznaczać przy powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia, że wymagane przez Zamawiającego zabezpieczenie wyniesie aż 80% (10% + 70%) wynagrodzenia umownego brutto.

Odwołujący podniósł, że jednym z podstawowych założeń nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą z dnia 8.11.2013 r. (Dz.U. z 2013 r.; poz. 1473) było wprowadzenie instrumentów umożliwiających zamawiającemu sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. W wykonaniu powyższych założeń w art. 36 ust. 2 Pzp dodano pkt 11 a) oraz dodano nowy art. 143d Pzp.

W art. 36 ust. 2 pkt 11 a) Pzp przyznano zamawiającemu uprawnienie do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy.

W art. 143 d. ust. 1 Pzp ustawodawca określił katalog postanowień, jakie zawiera umowa o roboty budowlane. Katalog ten nie zawiera przepisu o uprawnieniu zamawiającego

do określenia wysokości wynagrodzenia podwykonawcy.

Jednocześnie art. 139 Pzp jednoznacznie wskazuje, że do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Oznacza to, że jedynie przepisy jednoznacznie określone w Pzp będą stanowiły dozwoloną modyfikację przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy.

Wynika stąd, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647<sup>1</sup> k.c. z ewentualnymi modyfikacjami, które wynikają z przepisów Pzp, które de facto w swej mocy bezwzględnie obowiązującej odnoszą się jedynie do wymogu określenia terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, który nie może być dłuższy niż 30 dni.

Przepisy Pzp nie zawierają zatem normy uprawniającej Zamawiającego do określania wysokości zabezpieczenia wynagrodzenia podwykonawcy.

Takie uprawnienie Zamawiającego nie wynika także z zasady, wskazanej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Zasada swobody umów napotyka na ograniczenie, gdzie treść lub cel stosunku prawnego nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Jest to zasada, która znajduje swoje umocowanie konstytucyjne, chociaż jako taka nie jest w żadnej normie konstytucyjnej sformułowana *expressis verbis*, jako przedmiot ochrony.

Odwołujący przywołał treść uzasadnienia nowelizacji Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. poz. 1473), do wprowadzonych przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 Pzp, druk 1179. Projektodawca jednoznacznie wskazuje na cel nowelizacji i zakres jej ingerencji w swobodę umów. Z ww. uzasadnienia projektu wynika, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 Pzp nie dotyczy uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy jedynie wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Żaden przepis w randze ustawy nie przyznał zamawiającemu uprawnienia do ograniczenia zasady swobody umów stron umowy podwykonawczej w większym zakresie niż to wynika z art. 143b ust. 2 czy 143d Pzp. Zgodnie z jedną z zasad prawodawstwa i interpretacji norm prawnych - ustawodawca jest racjonalny, kompletny i zupełny. Jeżeli w jednej normie określił ingerencję w umowę i pominął ewentualne uprawnienie zamawiającego co do innych ingerencji to oznacza, że taka była jego wola i w żadnym wypadku norma taka nie powinna podlegać wykładni rozszerzającej.

Odrotnie należy stwierdzić, że po pierwsze nie budząca żadnych wątpliwości treść klauzuli 4.4 pkt (d) SIWZ, polegająca na zobowiązaniu wykonawców do przedkładania zamawiającemu zabezpieczenia płatności dla podwykonawców, a po drugie cel wprowadzenia tego przepisu, polegający na przysporzeniu z góry wierzytelności do majątku

Zamawiającego z zakresu odpowiedzialności Zamawiającego jako ustawowo odpowiedzialnego solidarnie za wynagrodzenie podwykonawcy nie może korzystać z przymiotu dozwolonego, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż narusza bezwzględnie obowiązującą normę art. 647<sup>1</sup> K.c. i przez to zgodnie art. 58 k.c. jest nieważna.

Oczywistym jest, że art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c. zabrania umownej modyfikacji zakresu solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego. Użycie w przepisie tego paragrafu liczby mnogiej „odmienne postanowienia umów” odnosi się do umowy o roboty budowlane pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, i także umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą. Nadto, zgodnie z jednoznaczną i powszechną opinią, odpowiedzialność solidarna zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy oparta jest na zasadzie gwarancyjnej i nie może być ograniczona w umowie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

Odwołujący przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. sygn. akt V ACa 746/13 : *„Przepis art. 647<sup>1</sup> k. c. ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej, zgodnie z §6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których w nim mowa, są nieważne. Powyższe oznacza, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek innej regulacji kwestii przepisem tym regulowanych. Stąd wszelkie postanowienia umowne wprowadzające odmienne zasady od wyrażonych w art. 647 §5 k.c. czy to wyłączające odpowiedzialność solidarną inwestora, czy też ją modyfikujące, ograniczające są nieważne”.*

Złożenie zabezpieczenia, zgodnie z klauzulą 4.4 lit. (d) WSzK, powoduje, że Zamawiający w przypadku ewentualnej swojej solidarnej odpowiedzialności ogranicza swoją odpowiedzialność do wysokości 30% wynagrodzenia podwykonawcy. Pozostała kwota zostanie uregulowana środkami pochodzącymi od wykonawcy z przedłożonego zabezpieczenia. Jest to wprost obejście bezwzględnie obowiązującej normy prawa i jako takie nieważne.

Wykonawcy: Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Obaj wykonawcy wnieśli o uwzględnienie w całości odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 12 czerwca 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że wadliwe jest twierdzenie Odwołującego, iż terminowa zapłata przez wykonawcę wynagrodzenia podwykonawcy jest przesłanką należytego wykonania umowy o roboty budowlane. Błędny jest tym samym wywód Odwołującego, że podlega ona rygorom art. 147 i 150 Pzp, co do zakresu przedmiotowego i wysokości. Kwestia zapłaty tego wynagrodzenia należy do zakresu należytego wykonania

umowy podwykonawczej, której stroną nie jest Zamawiający.

W klauzuli 4.4. lit. d), e), f) zostało określone, na jakich warunkach wyrażana będzie zgoda przez Zamawiającego na zawieranie umów pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, tj. po ustanowieniu dodatkowego zabezpieczenia, z uwagi na ryzyka związane z hipotetyczną możliwością zastosowania przepisu art. 647<sup>1</sup> k.c., który stanowi, iż wykonawca i zamawiający (inwestor) ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Klauzula ta zabezpiecza interes publiczny i interes Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, zabezpieczenie uregulowane w art. 147 i 150 Pzp nie jest wystarczające przy zobowiązaniach wynikających z umowy, która będzie zawarta z wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Przepisy te nie stanowią jednak przeszkody w ewentualnym stosowaniu innych sposobów zabezpieczenia realizacji przez wykonawcę zobowiązań związanych faktycznie lub pośrednio z umową zawartą przez Zamawiającego z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że przepis art. 36 ust. 5 Pzp daje pełną możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez podwykonawców, wobec czego Zamawiający wprowadził klauzulę 4.4. lit. d), e), f) Warunków Szczególnych Kontraktu w celu zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 11 lit.a) Pzp, art. 143d Pzp, art. 139 Pzp, art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. Zamawiający wskazał, że kwestią sporną w niniejszej sprawie nie jest określenie przez Zamawiającego wysokości wynagrodzenia podwykonawców, w związku z czym zarzut jest chybiony.

W ocenie Zamawiającego, argumentacja Odwołującego dotyczy przepisów regulujących wpływ Zamawiającego na treść i realizację umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą, podczas gdy wprowadzenie klauzuli 4.4. lit. d) e) f) WSzK jest relacją zobowiązaniową pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym. Zamawiający podkreślił, że przepisy Pzp nie zawierają normy, która wyklucza prawo Zamawiającego do ustanowienia omawianego zabezpieczenia. Cytowane przez Odwołującego fragmenty uzasadnienia nowelizacji Pzp, która wprowadziła m.in. art. 36 ust. 2 pkt 11a Pzp, art. 143d Pzp, wskazują, że ustawodawca nie miał zamiaru odnosić się w żaden sposób do kwestii zabezpieczenia roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy, o którym mowa w klauzuli 4.4. lit. d) e) f) WSzK.

Ponadto treść ww. klauzuli nie narusza przepisów art. 647<sup>1</sup> § 5 i 6 k.c., których celem jest zabezpieczenie interesów podwykonawców, nie znosi bowiem odpowiedzialności solidarnej zamawiającego (inwestora) i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy.

W Kodeksie cywilnym i w Pzp brak jest regulacji zakazującej czy to wprost, czy też pośrednio ustanowienia przez zamawiającego zabezpieczenia jego roszczeń z tytułu

solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Ponadto, omawiana klauzula dotyczy wszystkich wykonawców, a zatem nie godzi w treść stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą oraz nie jest sprzeczna z właściwością tego stosunku i nie narusza zasad współżycia społecznego.

Z uwagi na regulację wynikającą z art. 649<sup>1</sup> – 649<sup>3</sup> k.c., wbrew twierdzeniom Odwołującego, to wykonawca jest w uprzywilejowanej sytuacji względem zamawiającego, od którego może żądać stosownego zabezpieczenia zapłaty całego umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, samemu usiłując pozostać zwolnionym z obowiązku zabezpieczenia roszczeń, powstałych na skutek jego ewentualnego nierzetelnego postępowania wobec podwykonawcy, które będą kierowane do majątku Zamawiającego, jako dłużnika solidarnego.

Zamawiający podkreślił, że zabezpieczenie ustanowione w klauzuli 4.4. li. d) e) f) WSzK nie jest zabezpieczeniem w rozumieniu art. 147 ust. 1 Pzp, lecz innym zabezpieczeniem na wypadek zaistnienia warunków odpowiedzialności z art. 647<sup>1</sup> k.c. Tym samym do ustanowionego zabezpieczenia nie ma zastosowania limit 10% określony w art. 150 Pzp. Zamawiający, działając w interesie publicznym, w celu zabezpieczenia potrzeb szerszej społeczności, zobowiązany jest ponosić ryzyko przekraczające zwyczajowe ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Wobec powyższego, obowiązkiem Zamawiającego jest skuteczne zabezpieczenie interesów własnych oraz społeczeństwa, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 1706/13 z dnia 31 lipca 2013 r., wyrok KIO 2188/13 z dnia 27 września 2013 r.).

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury drogowej, który jest zainteresowany udziałem w postępowaniu. W związku ze wskazanymi w odwołaniu uchybieniami Zamawiającego, mogłoby dojść do podpisania umowy o zamówienie publiczne o treści naruszającej bezwzględnie obowiązujące przepisy Pzp i k.c., a wobec tego niemożnością złożenia oferty i pozyskania zamówienia oraz ewentualną szkodą związaną z poniesieniem nieuzasadnionych kosztów zabezpieczenia i ryzykiem obciążenia karami umownymi w przypadku zawarcia umowy.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień wykonawców: Skanska S.A. i Mostostal Warszawa S.A., którzy zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wypełniając warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Wskazanie przez Odwołującego na posiedzeniu przepisu art. 150 ust. 2 Pzp, który zdaniem Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego, nie stanowi rozszerzenia zakresu zarzutów zawartych w odwołaniu. Uzasadnienie odwołania zawiera bowiem argumentację jednoznacznie potwierdzającą, że Odwołujący w odwołaniu zawarł zarzut naruszenia tego przepisu, a jedynie nie został on literalnie wymieniony wśród powołanych przepisów.

Roboty będące przedmiotem zamówienia będą wykonane zgodnie z Warunkami Kontraktowymi Dla Budowy dla robót inżynieryjno-budowlanych projektowanych przez Zamawiającego, pierwsze wydanie w języku angielskim 1999, przygotowane i opublikowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów 9Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils – FIDIC) P.O. Box 86, CH-1000 Lausanne 12, Szwajcaria, oraz czwarte wydanie angielsko-polskie 2008. Na Warunki Kontraktu składają się: Część I – „Warunki Ogólne” oraz Część II – „Warunki Szczególne”, które zmieniają lub uzupełniają postanowienia Warunków Ogólnych. Warunki Szczególne Kontraktu zostały zawarte w Części II.3 SIWZ.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 15 Zamawiający uregulował „Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy” w wysokości stanowiącej 10% wynagrodzenia umownego (z naliczonym podatkiem VAT).

Podobnie w formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 6 przewidziane zostało oświadczenie wykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu najpóźniej w dniu zawarcia umowy na sumę stanowiącą 10% wynagrodzenia umownego z naliczonym podatkiem VAT na zasadach określonych w Klauzuli 4.2 Warunków Kontraktu, Część II SIWZ. Klauzula 4.2 Zabezpieczenie Wykonania zawiera szczegółowe regulacje odnoszące się do kwestii zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Kontraktu, w tym roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub o zapłatę kar umownych lub odszkodowania.

W klauzuli 8.7 WSzK Zamawiający określił kary umowne w wysokości 0,5% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (włącznie z VAT) m.in. za każdorazowy przypadek (a) braku zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy”.

Ponadto, Zamawiający wprowadził w SIWZ klauzule tj. 14.3, 14.10 i 14.16, w powiązaniu z art. 143a Pzp, które zabezpieczają zamawiającego przed ryzykiem braku zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Klauzula 4.4. obejmuje szczegółowe regulacje dotyczące udziału podwykonawców w wykonywaniu przedmiotu zamówienia oraz sposobu dokonywania rozliczeń za wykonane przez podwykonawców zadania. Treść klauzuli 4.4 lit. d), e) i f) zawartej w części II.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, stanowiącym Warunki Szczególne Kontraktu nie była sporna pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego.

Na mocy postanowień Klauzuli 4.4 WSzK Zamawiający określił wymóg ustanowienia każdorazowo przez wykonawcę na jego rzecz dodatkowego zabezpieczenia w wysokości równowartości 70% wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, wynikającego z umowy zawartej przez wykonawcę z podwykonawcą lub przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą, co stanowi warunek wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zawarcie umowy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, i które ma służyć pokryciu ewentualnych roszczeń Zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez Zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu odpowiedzialności solidarnej.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej.

W celu zapewnienia większego udziału MŚP w zamówieniach publicznych i uczynieniu większych kontraktów łatwiej dostępnymi, należy zachęcać mniejsze przedsiębiorstwa do współpracy z innymi przedsiębiorstwami, w tym do podwykonawstwa. Taki pogląd prezentuje KE wskazując, że konieczne jest lepsze eksponowanie możliwości podwykonawstwa i zapewnienie równych warunków dla wszystkich podwykonawców. Zdaniem KE, mimo iż optymalną dla wykonawców sytuacją jest otrzymanie zamówienia do realizacji w całości przez siebie, jako że częsta jest wśród nich opinia, że oferty podwykonawstwa dają możliwość niższych zysków, to podwykonawstwo może zapewnić im możliwość realizacji zadań publicznych, ponieważ w wypadku dużych zamówień MŚP nie są w stanie występować w charakterze głównego wykonawcy lub składać ofert wspólnie z innymi MŚP. To właśnie MŚP występujące w charakterze podwykonawców realizują na rynku zamówień publicznych specjalistyczne lub innowacyjne usługi lub oferują innowacyjne rozwiązania techniczne. Treść dyrektywy 2004/18/WE, potwierdza, że zlecenie pewnych robót czy usług podwykonawcom wpływa na wzrost konkurencyjności i rozwój małych i średnich przedsiębiorstw. Podwykonawstwo wzmacnia konkurencję, gdyż sprzyja specjalizacji, umożliwia współpracę i obniża koszty transakcji oraz sprzyja aktywizacji sektora drobnych przedsiębiorców.

Przepisy chroniące podwykonawców pojawiły się także w polskim ustawodawstwie. Przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. wprowadzony został w 2003 r. i miał na celu przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom polegającym na niepłaceniu wynagrodzeń za prace wykonane przez podwykonawców – małych i średnich przedsiębiorców. Przyjęto solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy, a także podwykonawcy, jeśli zawierał umowę z kolejnym podwykonawcą, za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem robót budowlanych na rzecz inwestora, na podstawie umowy zawartej z wykonawcą lub podwykonawcą. Solidarna odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawców została uzależniona od akceptacji umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami oraz umów zawieranych przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą.

Nowelizacja Pzp, dokonana ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473) zmieniającą ustawę Prawo zamówień publicznych z dnia 24 grudnia 2013 r., miała na celu zapewnienie zamawiającym instrumentów umożliwiających sprawowanie nadzoru nad prawidłową realizacją inwestycji oraz przepływem środków finansowych pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, stanowiących wynagrodzenie za wykonane w ramach inwestycji roboty budowlane. Taki cel przyświecał wprowadzeniu do ustawy Pzp w ramach nowelizacji przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 a) oraz art. 143d Pzp.

Zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 2 pkt 11 a), w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, w przypadku zamówień na roboty budowlane, wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania.

W art. 143 d. ust. 1 Pzp ustawodawca określił natomiast katalog postanowień, jakie zawiera umowa o roboty budowlane. Przepisami art. 143b - 143d Pzp objęto solidarną odpowiedzialnością stron umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane również podwykonawców usług i dostaw.

Nowelizacja wprowadziła przepisy mające stworzyć mechanizm gwarancyjny w stosunku do podwykonawców i dalszych podwykonawców. Wpisanie w SIWZ warunków umów podwykonawczych, a następnie zaakceptowanie lub zapoznawanie się przez zamawiających z umowami o podwykonawstwo oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od rozliczenia z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą będących stronami wcześniej zaakceptowanej umowy, ma stworzyć gwarancje i ramy dla „kontrolowania” realizacji umów i przepływów finansowych przez zamawiających.

Na marginesie Izba stwierdza, że w świetle powyższych regulacji przywołane przez zamawiającego - w treści odpowiedzi na odwołanie - wyroki Krajowej Izby Odwoławczej nie

zapadły na gruncie obowiązujących przepisów prawa, a w związku z tym nie mogą być brane pod uwagę w przedmiotowym postępowaniu.

Ustawodawca w sposób szczegółowy uregulował sytuację, w której wykonawca uchyla się od obowiązku zapłaty podwykonawcy (i odpowiednio podwykonawca w stosunku do dalszego podwykonawcy) zamówienia na roboty budowlane, a także na okoliczność sporu co do zasadności dokonania zapłaty. Zamawiający, w takiej sytuacji dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Konieczność dokonania bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego jest świadczy o nienależytym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę. Dodatkowo należy zauważyć, że wynagrodzenie wypłacane podwykonawcy przez zamawiającego obejmuje tylko należność główną, bez odsetek, gdyż jest następstwem okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności. W rezultacie dokonania bezpośredniej zapłaty zamawiający dokona potrącenia kwoty wypłaconej bezpośrednio podwykonawcy z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy. W sytuacji, gdy zamawiający będzie zmuszony wielokrotnie dokonywać bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat opiewać będzie na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidziane zostało prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy.

Zgodnie z art. 143a Pzp, zamawiający może w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, przewidzieć zapłatę należnego wynagrodzenia w częściach. Określając płatności w częściach, może również postanowić w SIWZ o wartości ostatniej części wynagrodzenia, przy czym ustawa określa maksymalną wartość tej części na 10% należnego wykonawcy wynagrodzenia.

Na podstawie art. 143c ust. 2 Pzp, z chwilą akceptacji umów o podwykonawstwo przez zamawiającego strony umowy w sprawie publicznego zamówienia robót budowlanych ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Norma z art. 143d ust. 1 Pzp stanowi odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego. Umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 Pzp.

Postanowienia art. 143d wskazują zagadnienia, które powinny zostać unormowane przez zamawiającego w umowie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane celem wprowadzenia instrumentów ochrony podwykonawców opisanych w ustawie. Umowa

w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, powinna zawierać postanowienia dotyczące następujących zagadnień:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian (por. komentarz do art. 143b);
- 2) wskazania terminu zgłoszenia przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu wobec umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian (por. komentarz do art. 143b);
- 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian (por. komentarz do art. 143b);
- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (por. komentarz do art. 143c);
- 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (por. komentarz do art. 143b);
- 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami (por. komentarz do art. 143b);
- 7) wysokości kar umownych, z tytułu:
  - a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
  - b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
  - c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,
  - d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Kary umowne przewidziane w katalogu z art. 143d ust. 1 pkt 7 pełnią funkcję prewencyjną w tym znaczeniu, iż są instrumentem przymuszającym wykonawcę do dokonywania terminowej zapłaty wynagrodzenia wykonawcy. Inaczej niż typowa kara umowna nie pełnią funkcji kompensacyjnej, gdyż nieprzestrzeganie przez wykonawcę obowiązków wskazanych w art. 143d ust. 1 pkt 7 jako podstawa naliczenia kary umownej nie powoduje samo w sobie żadnej szkody dla zamawiającego.

Katalog obowiązkowych postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie

podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.

Jednocześnie należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 139 Pzp, do umów w sprawach zamówień Publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej, co oznacza, że przepisy jednoznacznie określone w Pzp stanowią szczególną regulację w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie zawierania umów, w szczególności co do ich treści i formy.

Z powyższego wynika, że w zakresie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych dotyczących realizacji zamówienia publicznego zastosowanie ma art. 647<sup>1</sup> k.c. z modyfikacjami, które wynikają z przepisów Pzp. Skoro ustawodawca w normie prawnej określił zakres ingerencji w umowę, to należy uznać, że jest to regulacja zupełna w zakresie istotnym, a zatem norma ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Za przejaw niedozwolonej wykładni rozszerzającej należy uznać wprowadzenie, jako warunku akceptacji umowy z podwykonawcą, dokonania przez wykonawcę na rzecz Zamawiającego zabezpieczenia w wysokości 70% wartości umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą.

Ponadto zauważyć należy, że wprowadzenie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11a i art. 143d ust. 1 Pzp nie dotyczy przy tym uregulowanej w Kodeksie cywilnym odpowiedzialności solidarnej zamawiającego za wynagrodzenie podwykonawcy, a dotyczy wymogów stawianych podwykonawcom i ochrony ich wynagrodzenia. Zgodnie z art. 143c ust. 8 Pzp, przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Przepis art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c. zabrania jednoznacznie umownej modyfikacji zakresu solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego. Odpowiedzialność solidarna zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy oparta jest na zasadzie gwarancyjnej i nie może być ograniczona w umowie pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 lutego 2014 r. sygn.. akt V ACa 746/13, powołanym przez Odwoływającego, iż: „Przepis art. 647\* k. c. ma charakter regulacji bezwzględnie obowiązującej zgodnie z § 6 tego przepisu odmienne postanowienia umów, o których w nim mowa, są nieważne. Powyższe oznacza, że wyłączona jest możliwość jakiegokolwiek innej regulacji kwestii przepisem tym regulowanych. Stąd wszelkie postanowienia umowne wprowadzające odmienne zasady od wyrażonych w art. 647 § 5 k.c. czy to wyłączające odpowiedzialność solidarną inwestora, czy też ją modyfikujące, ograniczające są nieważne”.

Z drugiej strony zauważyć należy również, że w art. 147 ust. 1 Pzp jest mowa o zabezpieczeniu, które stanowi rodzaj kaucji przekazywanej przez wykonawcę zamawiającemu celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń, które mogą

powstać w związku z zawartą umową o zamówienie publiczne. W art. 150 ust. 2 Pzp ustawodawca w sposób jednoznaczny określił dopuszczalną wysokość kwoty zabezpieczenia, tj. od 2 do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy. Przepisy art. 147 i 150 Pzp co do zakresu przedmiotowego i wysokości zawierają normy bezwzględnie obowiązujące. W ocenie Izby, w świetle warunków umowy terminowa zapłata wynagrodzenia podwykonawcy jest przesłanką „należytego wykonania umowy” w rozumieniu art. 147 Pzp. Zatem zabezpieczenie należytego wykonania umowy wskazane w art. 147 Pzp i w wysokości wskazanej w art. 150, a tym samym określone w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, obejmuje wykonanie obowiązku terminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. Zamawiający w punkcie III. 1.2) podpunkt 2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 15.1 SIWZ wskazał, że wymaga zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości „10% wynagrodzenia umownego brutto”, tj. w maksymalnej wysokości, określonej w art. 150 ust. 2 Pzp. Tym samym wymóg dodatkowego zabezpieczenia wprowadzonego przez Zamawiającego do umowy w klauzuli 4.4 pkt (d) i nast. powoduje naruszenie tego przepisu.

Ponadto, stosownie do brzmienia art. 139 ust. 1 Pzp, w takim zakresie zatem, jaki nie został uregulowany szczegółowo w ustawie Pzp dopuszczalne jest wprowadzenie w SIWZ dodatkowych regulacji, w oparciu o przepisy k.c. na zasadzie swobody umów, wskazanej w art. 353<sup>1</sup> k.c. Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO, jak i sądów okręgowych, iż zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na korzyść zamawiającego, jako podmiotu działającego w interesie publicznym, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy nie narusza to w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada swobody umów podlega ograniczeniu jednak wówczas, gdy treść lub cel stosunku prawnego sprzeciwiają się jego właściwości (naturze), ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W związku z tym, że Zamawiający w SIWZ nie zawarł obowiązku osobistego świadczenia przez wykonawcę w odniesieniu do jakiegokolwiek części przedmiotu zamówienia (pkt 3.5 SIWZ), wykonawcy mogą w sposób swobodny korzystać z podwykonawstwa, a zatem należy przyjąć, że udział podwykonawców w realizacji zamówienia może sięgać znacznej części zamówienia, co przy wymaganym zabezpieczeniu należytego wykonania i dodatkowym zabezpieczeniu, określonym w klauzuli 4.4 pkt (d) i nast. WSzK może powodować znaczne obciążenie finansowe dla wykonawcy, sięgające w skrajnych przypadkach blisko 80% wynagrodzenia umownego wykonawcy. Powoduje to bez wątpienia

utrudnienie dostępności do zamówienia publicznego dla MŚP, nawet działających wspólnie. Powoduje to również, istotne utrudnienie dostępu do zamówienia wykonawcom, korzystającym z podwykonawstwa, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem pominąć faktu, że koszt dodatkowego zabezpieczenia wymaganego na etapie realizacji umowy zawsze będzie uwzględniony i skalkulowany w cenie oferty. Wobec tego pod znakiem zapytania staje również kwestia pełnej porównywalności ofert, składanych przez wykonawców, w różnym stopniu korzystających z podwykonawstwa.

Wobec powyższego, chociaż zamawiający, jako wierzyciel, może być istotnie zainteresowany wprowadzeniem do umowy dodatkowej gwarancji wykonania obowiązków wykonawcy, w tym polegającej na zobowiązaniu wykonawców do przedkładania zamawiającemu zabezpieczenia płatności dla podwykonawców, to należy jednak uznać, że dopuszczalność wprowadzania zabezpieczenia, które służy do pokrycia ewentualnych roszczeń zamawiającego względem wykonawcy o zwrot świadczenia spełnionego przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, wynikającego z jego solidarnej odpowiedzialności za zapłatę za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, narusza normy zawarte w art. 143d ust. 1 Pzp art. 147 ust. 1 i art. 150 ust. 2 Pzp oraz jest sprzeczne z art. 647<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....