

WYROK

Warszawa, 21 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 lipca 2026 r. przez odwołującego: Budimex Spółka AKcyjna z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: Miasto Łódź – Miejskie Centrum Inwestycji z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w imieniu i na rzecz których działa Łódzkie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi
przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

1. Balzola Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
2. Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

- 1.1 dokonanie modyfikacji punktu 6.2 Programu Funkcjonalno Użytkowego przez wykreślenie z niego zdania drugiego: „Zamawiający zastrzega, że zmiany te nie mogą być podstawą Wykonawcy do roszczeń zwiększających wynagrodzenie lub wydłużające termin realizacji przedsięwzięcia”,
- 1.2 zmianę § 11 ust. 3 pkt e) projektowanych postanowień umowy w sposób umożliwiający Wykonawcy i podwykonawcy/podwykonawcy dalszemu zawarciu w umowie podwykonawczej umowy nowacji, dokonującej przekształcenia części wynagrodzenia (kaucji gwarancyjnej) na zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

3. Zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Miasto Łódź – Miejskie Centrum Inwestycji z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Wodociągów i Kanalizacji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w imieniu i na rzecz których działa Łódzkie Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego

pn. „Przebudowa linii tramwajowej na ul. Legionów i ul. Zielonej wraz z infrastrukturą zasilającą i przystankową oraz modernizacją sieci wodociągowej”, znak postępowania BZZ.261.19.2026.AP, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 czerwca 2026 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 446528-2026.

10 lipca 2026 r. wykonawca Budimex Spółka AKcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 99 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz w zw. art. 433 pkt 3 Pzp przez nieuprawnione przeniesienie na Wykonawcę w pkt 6.2. PFU wszelkiej odpowiedzialności związanej z koniecznością zmiany koncepcji wynikającej

z różnic pomiędzy mapą lokalizacyjną a mapą dla celów projektowych zarówno

w zakresie kalkulacji wynagrodzenia jak i okresu realizacji, mimo braku możliwości ich przewidzenia i oszacowania na etapie sporządzania oferty, co stanowi naruszenie obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, jednoznaczny i wyczerpujący oraz w sposób nienaruszający uczciwej konkurencji, naruszenie obowiązku przygotowania i przeprowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, ponieważ uniemożliwia oferentom przygotowanie rzetelnych, porównywalnych i konkurencyjnych ofert, jak również zasady proporcjonalności przez niezasadne i bezpodstawne przeniesienie

na wykonawcę ryzyka i odpowiedzialności za okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności oraz za które odpowiedzialność leży po stronie Zamawiającego,

2.art. 16 pkt 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 KC i art. 353¹ KC

w zw. z art. 506 § 1 KC przez nadmierną, nieproporcjonalną i niesłużącą ochronie Zamawiającego ingerencję w treść stosunku prawnego łączącego wykonawcę

z podwykonawcą / dalszym podwykonawcą wskazując w § 11 ust. 3 lit. e projektowanych postanowień umowy, że w umowach z podwykonawczych należy zawrzeć postanowienie: „W przypadku umów z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą Zamawiający/Li nie wyraża zgody na postanowienia umów

z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami przewidujące możliwość wniesienia lub ustanowienie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę na rzecz Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci kaucji gwarancyjnej, której zapłata nastąpi przez zatrzymanie lub potrącenie kwot zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wynagrodzenia należytego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy bądź w innej formie skutkującej brakiem zapłaty lub całości wynagrodzenia należytego Podwykonawcy

lub dalszemu Podwykonawcy”, podczas gdy stawiając taki wymóg dla treści

umów podwykonawczych Zamawiający w sposób nadmierny, nieproporcjonalny

i wykraczający poza jego normatywne ryzyko odpowiedzialności wynikającej

z przepisów prawa ingeruje w stosunek prawny między Wykonawcą

a podwykonawcą / dalszym podwykonawcą, co dodatkowo pozostaje

w sprzeczności z przyjętą praktyką rynkową oraz przepisami prawa, wyłączając

w szczególności zawarcie w umowie podwykonawczej umowy nowacji, o której mowa w art. 506 § 1 KC, dokonującej przekształcenia części wynagrodzenia (kaucji gwarancyjnej) na zabezpieczenie należytego wykonania umowy, co spowoduje,

że kaucja gwarancyjna przestanie być częścią wynagrodzenia, co jest zgodne

z obowiązującymi przepisami, praktyką rynkową oraz zabezpiecza w wystarczający sposób interes Zamawiającego oraz interes podwykonawców. Wprowadzone ograniczenie może uniemożliwić otrzymanie jakiegokolwiek zabezpieczenia

od niektórych podwykonawców, a przez to wyłącza ich z możliwości realizacji części robót objętych zamówieniem, narusza uzasadniony interes Wykonawcy

oraz stanowi ograniczenie konkurencji przez eliminację podwykonawców, którzy nie mają możliwości uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy

w inny sposób niż przez zawarcie z umowie podwykonawczej umowy nowacji;

w konsekwencji sporne postanowienie powoduje – nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego – uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego, naruszenie zasady równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i wykroczenie poza granice swobody umów, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi

w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową stron oraz stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonania modyfikacji pkt 6.2 PFU str. 24 (Opisu przedmiotu Zamówienia)

przez wykreślenie z niego zdania drugiego: „Zamawiający zastrzega, że zmiany te nie mogą być podstawą Wykonawcy do roszczeń zwiększających wynagrodzenie

lub wydłużające termin realizacji przedsięwzięcia” lub alternatywnie zastąpienie

go następującym postanowieniem: „W przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy założeniami koncepcji lub mapą lokalizacyjną a stanem rzeczywistym ujawnionym na etapie opracowania mapy do celów projektowych, skutkujących koniecznością zmiany rozwiązań projektowych, strony dokonają analizy wpływu tych okoliczności

na wynagrodzenie oraz termin realizacji umowy. Zmiany te mogą być podstawą Wykonawcy do roszczeń zwiększających wynagrodzenie lub wydłużających termin realizacji przedsięwzięcia” oraz dostosowanie do ww. zmiany innych dokumentów zamówienia,

2. zmiany § 11 ust. 3 pkt e) projektowanych postanowień umowy w sposób umożliwiający Wykonawcy i podwykonawcy/podwykonawcy dalszemu zawarciu w umowie podwykonawczej umowy nowacji, dokonującej przekształcenia części wynagrodzenia (kaucji gwarancyjnej) na zabezpieczenie należytego wykonania umowy, co spowoduje, że kaucja gwarancyjna przestanie być częścią wynagrodzenia.

24 lipca 2026 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz złożonych przez Strony.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

W Programie Funkcjonalno-Użytkowym Zamawiający w pkt 6.2. zawarł następujące wymaganie dotyczące sporządzenia dokumentacji projektowej:

„Obowiązkiem Wykonawcy jest sporządzenie dokumentacji w oparciu o powyższy program funkcjonalno-użytkowy oraz koncepcje (Załącznik nr 1) przebudowy istniejącego układu drogowo-tramwajowego i zagospodarowania terenu.

Ponadto do obowiązku Wykonawcy będzie pozyskanie mapy do celów projektowych w skali 1:500, zweryfikowanie pozyskanych map z stanem istniejącym oraz dostosowanie do niej rozwiązań wysokościowo-sytuacyjnych zawartych w Koncepcji Wielobranżowej. Zamawiający zastrzega, iż na wypadek konieczności zmiany założeń koncepcyjnych wynikających z różnic pomiędzy mapą lokalizacyjną, a mapą do celów projektowych nie mogą być podstawą Wykonawcy do roszczeń zwiększających wynagrodzenie lub wydłużające termin

realizacji przedsięwzięcia. Na etapie opracowania mapy do celów projektowych należy

także zweryfikować i uwzględnić dokumenty archiwalne pozyskane z Zakładu Wodociągów

i Kanalizacji dotyczące sieci kanalizacyjnej: nr dok. arch. ZWiK 203-1022, ZWiK 203-973 oraz ZWiK 203-1599”.

Odwołujący wskazał, że w zakresie „zdania drugiego wynika zatem, że Zamawiający przenosi na Wykonawcę ryzyka inwestycyjne związane z koniecznością zmiany koncepcji wynikające

z różnic pomiędzy mapą lokalizacyjną a mapą dla celów projektowych zarówno w zakresie kalkulacji wynagrodzenia jak i okresu realizacji, pomimo że Wykonawca nie jest w stanie

ich przewidzieć ani oszacować na etapie przygotowania oferty i pomimo że wynikają one

z okoliczności całkowicie od niego niezależnych, leżących po stronie Zamawiającego. Pomimo tego cała odpowiedzialność za różnice między mapą lokalizacyjną a stanem rzeczywistym zostaje przerzucona na Wykonawcę bez możliwości dochodzenia jakiegokolwiek roszczenia zarówno w odniesieniu do zwiększenia wynagrodzenia, jak i okresu realizacji zamówienia”.

Zamawiający z kolei twierdził, że:

„(...) Zamawiający uprawniony jest zlecić wykonawcy pozyskanie mapy do celów projektowych, a załączenie do PFU mapy zasadniczej (lokalizacyjnej) ma charakter fakultatywny, uznać należy, że prawidłowe i prawnie dopuszczalne jest zastrzeżenie

przez Zamawiającego, iż możliwe jest pojawienie się konieczności zmiany założeń koncepcyjnych wynikających z

rozbieżności pomiędzy mapą lokalizacyjną a mapą do celów projektowych, a także oczekiwanie, iż wykonawca w kalkulacji tego rodzaju ryzyko

w przygotowaną przez siebie ofertę (pojawienie się konieczności takiej korekty nie będzie stanowiło podstawy do zmiany umowy w zakresie wynagrodzenia czy też terminu realizacji).

Jednocześnie nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, z którego wynika

m.in., że taki rozkład ryzyka pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą miałby być niedopuszczalny, uniemożliwiać prawidłową kalkulację wynagrodzenia i przygotowanie prawidłowej oferty, naruszać zasady opisu przedmiotu zamówienia, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i równość wykonawców. Zdaje się on nie uwzględniać formuły w której realizowana ma być inwestycja - „zaprojektuj i wybuduj”, a także – w konsekwencji – rodzaju wynagrodzenia – ryczałtowego, które otrzymać ma wykonawca.

Oznacza to, iż wykonawca odpowiedzialny jest zarówno za przyjęte rozwiązania projektowe, jak i realizowane na ich podstawie roboty budowlane. To wykonawca, profesjonalista – znając cel, który ma zostać osiągnięty, powinien dobrać właściwe środki, do jego realizacji.

W przyjętym modelu realizacji inwestycji normalnym i powszechnie akceptowanym jest,

iż wykonawcę obciążają ryzyka związane z ujawnionymi na etapie projektowym uwarunkowaniami i ograniczeniami w realizacji inwestycji”.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska Izba przyznała rację Odwołującemu i uwzględniła zarzut. W odniesieniu do stanowiska Zamawiającego wskazać należy, że istotną zarzutu było zdanie: „Zamawiający zastrzega, iż na wypadek konieczności zmiany założeń koncepcyjnych wynikających z różnic pomiędzy mapą lokalizacyjną, a mapą do celów projektowych nie mogą być podstawą Wykonawcy do roszczeń zwiększających wynagrodzenie lub wydłużające termin realizacji przedsięwzięcia”.

Odwołujący nie negował możliwości obciążenia wykonawcy ryzykiem wynikającym

z możliwości wystąpienia nieoczekiwanych utrudnień w realizacji zadania. Problemem kwestionowanych postanowień było jednak to, że Zamawiający całkowicie wyłączył możliwość roszczeń wykonawcy w sytuacji, gdy konieczność zmiany założeń koncepcyjnych wynikająca z różnic pomiędzy mapą lokalizacyjną, a mapą do celów projektowych skutkować będzie wzrostem kosztów realizacji zadania lub wydłużeniem czasu jego realizacji.

Zamawiający przerzucił na wykonawcę całość ww. ryzyka. Skutki wystąpienia zdarzeń,

za które wykonawca nie odpowiada nie mogą go w całości obciążać, a tego rodzaju regulację Zamawiający wprowadził do PFU.

Na etapie składania ofert wykonawca nie ma możliwości oszacowania takiego ryzyka. Odwołujący zasadnie podniósł więc, „że przedmiot zamówienia realizowany będzie na terenie śródmiejskim, charakteryzującym się wysokim stopniem zurbanizowania oraz znacznym nasyceniem istniejącą infrastrukturą techniczną. Jednocześnie Zamawiający opiera opis przedmiotu zamówienia na koncepcji opracowanej około dwa lata temu (mapa lokalizacyjna

z 2024 roku). W warunkach miejskich okres ten jest wystarczający do wystąpienia istotnych zmian w zagospodarowaniu terenu, przebiegu sieci uzbrojenia, lokalizacji przyłączy oraz innych elementów infrastruktury mogących wpływać na przyjęte rozwiązania projektowe. Równocześnie właśnie z uwagi na wspomniany teren miejski i wielość zarządców infrastruktury takich niezgodności i koniecznych zmian może być wiele. Nowe kolizje będą implikowały znaczące koszty, jak i dodatkowy czas na ich inwentaryzację, uzgodnienia

z zarządcami oraz uzyskanie warunków przebudowy po stronie Wykonawcy. Ponadto niektóre kolizje np. CO można przebudowywać jedynie poza sezonem grzewczym, co generuje dodatkowe ryzyka związane choćby z dotrzymaniem terminu realizacji zamówienia. Odwołujący szacuje, że koszt zmian może sięgać nawet 10-15% wartości kontraktu, przy czym są to wyłącznie założenia, ponieważ faktyczna skala może zostać oszacowana dopiero

po uzyskaniu mapy dla celów projektowych. Wskazuje jednak na znaczący poziom możliwego niedoszacowania ofert oraz braku ich porównywalności z uwagi na sporne postanowienie PFU (...) Zamawiający w PFU całkowicie wyłącza możliwość dochodzenia zmiany wynagrodzenia lub terminu realizacji, niezależnie od skali ujawnionych rozbieżności i ich wpływu na zakres prac projektowych. Prowadzi to do przerzucenia na Wykonawcę całości ryzyka okoliczności pozostających poza jego kontrolą i niemożliwych do zweryfikowania na etapie składania

ofert. Taki sposób ukształtowania warunków zamówienia narusza zasadę proporcjonalności oraz równowagi kontraktowej, zmuszając Wykonawców do kalkulowania nieograniczonego i niepoliczalnego ryzyka”.

W konsekwencji powyższego Izba uwzględniła zarzut nr 1 odwołania.

Zarzut nr 2

Zarzut dotyczył § 11 ust. 3 lit. e) Projektowanych Postanowień Umowy:

„We wszystkich umowach o podwykonawstwo między Wykonawcą a Podwykonawcą

lub dalszym Podwykonawcą należy wskazać wartość i zakres zlecanych robót oraz zawrzeć poniższe zapisy: (...) e) W

przypadku umów z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą Zamawiający/ŁI nie wyraża zgody na postanowienia umów z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami przewidujące możliwość wniesienia lub ustanowienie przez Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę na rzecz Wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci kaucji gwarancyjnej, której zapłata nastąpi poprzez zatrzymanie lub potrącenie kwot zabezpieczenia należytego wykonania umowy z wynagrodzenia należytego Podwykonawcy lub dalszego Podwykonawcy bądź w innej formie skutkującej brakiem zapłaty lub całości wynagrodzenia należytego Podwykonawcy lub dalszemu Podwykonawcy”.

Uzasadniając wprowadzone ograniczone w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podniósł następujące argumenty:

„Z brzmienia art. 464 ust 3 Pzp nie można – jak to zdaje się czynić Odwołujący - wywodzić zakazu ograniczania przez Zamawiającego sposobów ustanawiania zabezpieczeń

w umowach podwykonawczych. Wbrew temu co zdaje się sugerować Odwołujący, w/w przepis nie zawiera katalogu zamkniętego ograniczeń czy też zastrzeżeń, które może zgłosić Zamawiający. Wskazuje na to wprost art. 464 ust 3 pkt 1 Pzp, z którego wynika, iż Zamawiający może formułować w dokumentach postępowania dodatkowe wymagania pod adresem umów podwykonawczych, a w przypadku ich naruszenia – zgłaszać zastrzeżenia pod ich adresem.

Jednocześnie wywód Odwołującego odnośnie – rzekomo - zamkniętego katalogu zastrzeżeń z art. 464 ust. 3 Pzp pomija zasadniczą różnicę pomiędzy zakresem formalnej kontroli projektu umowy o podwykonawstwo na etapie jej zatwierdzania, a możliwością ukształtowania przez Zamawiającego postanowień umowy głównej, które wyznaczają ramy dopuszczalnych relacji podwykonawczych.

Przepis art. 464 ust. 3 Pzp nie stanowi normy zakazującej wprowadzania określonych rozwiązań w umowie głównej, lecz reguluje zakres sprzeciwu Zamawiającego wobec już przedłożonej umowy podwykonawczej. Nie można z tego przepisu wywodzić zakazu ustanawiania w umowie głównej postanowień, które mają na celu zapobieżenie powstaniu ryzyk objętych odpowiedzialnością Zamawiającego (...).

Argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą sporne postanowienie wzoru Umowy nie może być uzasadniane potrzebą ochrony podwykonawców ponieważ „Ustawodawca w art. 464-465 Pzp wprowadził szereg szczególnych mechanizmów ochronnych” opiera się na błędnym rozumieniu charakteru tych przepisów oraz roli Zamawiającego jako inwestora publicznego ponoszącego odpowiedzialność solidarną. Przepisy art. 464-465 Pzp ustanawiają minimalny

standard ochrony podwykonawców, który musi być zachowany w każdym postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób jednak wyprowadzić z ich treści wniosku, że ustawodawca zakazał Zamawiającemu wprowadzania dalej idących mechanizmów ochronnych, jeżeli są one:

- 1) zgodne z powszechnie obowiązującym prawem,
- 2) proporcjonalne,
- 3) uzasadnione specyfiką danego zamówienia,
- 4) powiązane z odpowiedzialnością Zamawiającego jako inwestora.

Odmienne interpretacja prowadziłaby do nieuprawnionego wniosku, że Zamawiający został sprowadzony do roli biernego obserwatora relacji wykonawca - podwykonawca, mimo

że to na nim spoczywa solidarna odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom”.

Izba wskazuje w tym miejscu, że Zamawiający nie wykazał, by sporne postanowienia spełniały wymogi z punktu 2 i 3 przytoczonego wyводу.

Jak zasadnie wskazał Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu nr 2:

„Ograniczenie przez Zamawiającego tego uprawnienia wykonawcy jest nieproporcjonalne,

(...) stanowi nadużycie przez Zamawiającego przysługującego mu prawa

podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych. Uniemożliwia bowiem ukształtowanie relacji pomiędzy wykonawcą i podwykonawcą na najbardziej dogodnych także dla podwykonawcy warunkach.

Dotyczy to w szczególności nowacji, o której mowa w art. 506 § 1 KC. Z przedmiotowego postanowienia nie wynika bowiem możliwość zawarcia w umowie podwykonawczej umowy nowacji, dokonującej przekształcenia części wynagrodzenia (kaucji gwarancyjnej)

na zabezpieczenie należytego wykonania umowy, co spowoduje, że kaucja gwarancyjna przestanie być częścią wynagrodzenia. Zgodnie bowiem z art. 506 § 1 KC jeżeli w celu umorzenia zobowiązania dłużnik zobowiązuje się za zgodą wierzyciela spełnić inne świadczenie albo nawet to samo świadczenie, lecz z innej podstawy prawnej, zobowiązanie dotychczasowe wygasa (odnowienie). Powyższe spowoduje wyłączenie solidarnej odpowiedzialności po stronie Zamawiającego za tę część wynagrodzenia podwykonawcy, która zostanie objęta umową nowacji, ponieważ nie będzie ona już stanowiła wynagrodzenia podwykonawcy.

Należy zwrócić uwagę, że to właśnie ryzyka związane z solidarną odpowiedzialnością inwestora (zamawiającego) za zapłatę całości wynagrodzenia podwykonawcy, były wielokrotnie podnoszone jako uzasadnienie dla zakazu wskazanego w kwestionowanym postanowieniu projektowanych postanowień umowy. Jednakże w przypadku nowacji wyeliminowane

jest ewentualne ryzyko narażenia Zamawiającego na roszczenia podwykonawców, pomimo wypłaty środków Wykonawcy. Zgodnie z art. 465 ust. 1 Pzp oraz art. 647(1) KC odpowiedzialność Zamawiającego dotyczy wyłącznie wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy. Na skutek umowy nowacji wygasa zobowiązanie z tytułu wynagrodzenia w zakresie objętym nowacją, co eliminuje solidarną odpowiedzialność inwestora w tym zakresie”.

Izba zgadza się z powyższą argumentacją.

Stanowisko Zamawiającego z kolei stanowiło przede wszystkim wyraz jego obaw wynikających z odpowiedzialności solidarnej Zamawiającego i wykonawcy wobec podwykonawcy w zakresie zapłaty wynagrodzenia. Zastosowanie art. 506 § 1 Kc w sposób opisany wyżej przez Odwołującego wyłączy jednak taką odpowiedzialność w części w jakiej na skutek umowy nowacji część wynagrodzenia należnego podwykonawcy zostanie potrącona na rzecz kaucji gwarancyjnej wniesionej na rzecz wykonawcy.

Tym samym zasadnicza część stanowiska Zamawiającego oparta była na błędnych założeniach.

Zamawiający nie wykazał również, by w warunkach tego postępowania niezbędna i adekwatna do przedmiotu zamówienia miałyby być szczególna, zastrzona ochrona podwykonawców.

Odwołujący natomiast zasadnie podniósł, że kwestionowane postanowienia uderzą przede wszystkim w małych podwykonawców, dla których wniesienie innego zabezpieczenia należytej realizacji umowy z wykonawców może być zbyt kosztowne. Dlatego Izba uznała,

że Zamawiający w nieuzasadniony i nadmierny sposób ograniczył krąg podwykonawców, którzy mogliby wziąć udział w realizacji zamówienia.

Izba w efekcie uwzględniła zarzut nr 2.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący