

**WYROK**  
**z dnia 10 sierpnia 2021 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Ewa Sikorska**

**Protokolant:**               **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 9 sierpnia 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2021 roku przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miasto Tarnów – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eurovia Polska Spółkę Akcyjną w Bielanach Wrocławskich** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania;
3. zasądza od wykonawcy **Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich** na rzecz zamawiającego – **Gminy Miasta Tarnów – Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie** kwotę **4 078 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miasto Tarnów – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest remont drogi gminnej nr 200878K odcinek I w km od 0+000 do km 0+572 i odcinek II w km od 0+595 do km 0+625 (ul. Krasińskiego) w Tarnowie, Miasto Tarnów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 lipca 2021 roku wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna w Bielanach Wrocławskich (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- braku merytorycznej i konkretnej odpowiedzi na pytania nr 5, 7 i 13 w piśmie zamawiającego z dnia 16.07.2021r.,
- braku wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.),
- braku sporządzenia niepozostawiającego wątpliwości opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 284 ust. 2 w zw. z art. 99 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez brak klarownej i merytorycznej odpowiedzi na pytania wykonawców o numerach 5 i 7, złożonych w trybie art. 284 ustawy P.z.p. i tym samym brak wyjaśnienia treści s.w.z. oraz brak niepozostawiającego wątpliwości opisu przedmiotu zamówienia,
2. art. 103 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. z § 9 ust. 1, § 10 ust. 1 pkt 4 i 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02 września 2004 r. (Dz.U. 2013 poz. 1129 z dnia 24.09.2013r. t.j.) w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, poprzez brak klarownej i merytorycznej odpowiedzi na pytania wykonawców o numerach 5 i 7 złożonych w trybie art. 284 ustawy P.z.p., skutkujące niewłaściwym sporządzeniem przedmiaru robót na potrzeby zamówienia publicznego dla poz. nr 5 przedmiaru robót – Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi z wywozem urobku – koryto pod konstrukcję nawierzchni.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odpowiedzi na pytania nr 5, 7 i 13;
2. Nakazanie zamawiającemu udzielenia merytorycznej odpowiedzi na pytania nr 5, 7 i 13 i wskazanie warstw występujących pod warstwą nawierzchni bitumicznej, a podlegające rozbiórce, w tym określenie czy w dolnych warstwach rozbieranej konstrukcji występują nawierzchnie ścieralne w postaci kostki kamiennej, warstw betonowych itp. oraz nakazanie uzupełnienia geologii w celu umożliwienia oszacowania kosztów wzmocnienia podłoża
3. Nakazanie zamawiającemu zmianę poz. 5 przedmiaru robót i wyszczególnienie w niej do wyceny wszystkich warstw rozbieranej konstrukcji z podaniem ich ilości.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami odwołującego, jak też o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisaną.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 sierpnia 2021 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania,
2. dopuszczenie jako dowodów załączonych do niniejszego pisma dokumentów oraz dokumentów składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r.,
3. zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Wartość zamówienia postępowania nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p. (*dowód: pismo zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 roku w aktach postępowania odwoławczego*).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2021/BZP 0010425701 z dnia 5 lipca 2021 roku (*dowód: ogłoszenie o zamówieniu w aktach postępowania o udzielenie zamówienia*).

Termin składania ofert został pierwotnie ustalony na dzień 20 lipca br. godz. 9.00. W wyniku późniejszych zmian został ostatecznie ustalony na dzień 18 sierpnia 2021 r. godz. 9.00.

Specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dokumentacja projektowa, projekt postanowień umowy) została opublikowana na stronie miniPortal.uzp.gov.pl w tym samym dniu (*dowód: dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia*).

W przedmiarze robót zostały zawarte roboty rozbiórkowe nawierzchni z płyt betonowych ażurowych oraz rozbiórka krawężników betonowych, a także frezowanie nawierzchni asfaltowych. Roboty związane z usunięciem warstw leżących poniżej frezowanych warstw mineralno-bitumicznych, łącznie z ziemią, zostały uwzględnione w pozycji 5 przedmiaru robót „Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi z wywozem urobku - koryto pod konstrukcję nawierzchni”. Przedmiar wskazuje głębokość oraz powierzchnię tych prac, a także sposób ich usunięcia - przy zastosowaniu koparki (*dowód: przedmiar robót w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia*).

W dniu 12 lipca 2021 roku odwołujący wystosował do zamawiającego drogą elektroniczną zapytania dotyczące s.w.z. (*dowód: korespondencja elektroniczna w aktach postępowania o udzielenie zamówienia*).

W zapytaniu odwołujący zadał m.in. następujące pytania:

Pytanie nr 5:

„W związku z brakiem w przedmiarze rozbiórek warstw podbudowy wnosimy o uzupełnienie przedmiaru o warstwy, jakie występują pod warstwą nawierzchni bitumicznej a podlegają rozbiórce.”

Pytanie nr 7:

„W związku z rozbiórką całej konstrukcji nawierzchni prosimy o potwierdzenie, że w dolnych warstwach rozbieranej konstrukcji nie występują stare nawierzchnie ścieralne w postaci kostki kamiennej, warstw betonowych itp.”

Pytanie nr 13:

„W związku z zapisami dokumentacji projektowej: *grunty organiczne i nośne należy wymienić na grunt niewysadzinowy z dowozu. Wykonawca powinien przewidzieć taką ewentualność na etapie sporządzania oferty* zwracamy się o uzupełnienie dokumentacji o profile geologiczne na odcinku przebudowywanej drogi. Brak profili geologicznych uniemożliwia prawidłową wycenę robót i jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie opis przedmiotu zamówienia powinien być w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dostępna dokumentacja nie zawiera informacji, jaki grunt występuje w podłożu konstrukcji oraz jaki ewentualny zakres jego wymiany należy założyć do oferty.

Pismem z dnia 16 lipca 2021 roku zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Odpowiedź na pytanie nr 5:

„Zamawiający nie posiada wiedzy w zakresie warstw znajdujących się pod nawierzchnią bitumiczną. Jednocześnie informujemy, iż przedmiotowa droga istnieje od wielu lat i mogą znajdować się w niej różne warstwy konstrukcyjne.”

Odpowiedź na pytanie nr 7:

„Zamawiający nie może potwierdzić, że w dolnych warstwach rozbieranej konstrukcji nie występują stare nawierzchnie ścieralne w postaci kostki kamiennej, warstw betonowych itp.”

Odpowiedź na pytanie nr 13:

„Projekt obejmuje remont drogi na zgłoszenie robót budowlanych, zatem Zamawiający nie dysponuje dokumentacją geologiczną.”

*dowód: pismo z dnia 16 lipca 2021 roku w aktach postępowania o udzielenie zamówienia*

Zgodnie z § 18 projektu umowy:

1. Wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają, zgodnie z ofertą Wykonawcy, na kwotę ..... (słownie:.....) z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie należne

Wykonawcy nie przekroczy:

a) w 2021 r. kwoty 816 060,87 zł,

b) w 2022 r. kwoty pozostałej do wypłaty zawartej umowy.

2. Wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją niniejszej umowy i nie może ulec zmianie w czasie trwania umowy, z zastrzeżeniem przypadków wskazanych w § 19 ust. 6 i § 20 niniejszej umowy.

W myśl § 20 ust. 2 pkt 5 projektu umowy:

*Zamawiający przewiduje możliwość zmian umowy, które mogą dotyczyć w szczególności następujących przypadków: zmiana postanowień umowy w sytuacji wystąpienia zamówień i robót dodatkowych lub innych zamówień powiązanych, niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne lub celowe i które mają wpływ na realizację niniejszego zamówienia.*

W myśl § 20 ust. 2 pkt 2 lit. c projektu umowy:

*Zamawiający przewiduje możliwość zmian umowy, które mogą dotyczyć w szczególności następujących przypadków zmiana, w tym wydłużenie, terminu wykonania zamówienia w związku z koniecznością wykonania zamówień i robót dodatkowych niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego lub innych zamówień*

*powiązanych, których udzielenie i wykonanie stało się konieczne lub celowe i które mają wpływ na termin realizacji niniejszego zamówienia.*

*dowód: projekt umowy w aktach postępowania o udzielenie zamówienia*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści s.w.z. W myśl ust. 2 zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 12 lipca 2021 roku odwołujący skierował do zamawiającego pytania o treści:

Pytanie nr 5:

„W związku z brakiem w przedmiarze rozbiórek warstw podbudowy wnosimy o uzupełnienie przedmiaru o warstwy, jakie występują pod warstwą nawierzchni bitumicznej a podlegają rozbiórce.”

Pytanie nr 7:

„W związku z rozbiórką całej konstrukcji nawierzchni prosimy o potwierdzenie, że w dolnych warstwach rozbieranej konstrukcji nie występują stare nawierzchnie ścieralne w postaci kostki kamiennej, warstw betonowych itp.”

Pytanie nr 13:

„W związku z zapisami dokumentacji projektowej: *grunty organiczne i nośne należy wymienić na grunt niewysadzinowy z dowozu. Wykonawca powinien przewidzieć taką ewentualność na etapie sporządzania oferty* zwracamy się o uzupełnienie dokumentacji o profile geologiczne na odcinku przebudowywanej drogi. Brak profili geologicznych uniemożliwia

prawidłową wycenę robót i jest niezgodne z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie opis przedmiotu zamówienia powinien być w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Dostępna dokumentacja nie zawiera informacji, jaki grunt występuje w podłożu konstrukcji oraz jaki ewentualny zakres jego wymiany należy założyć do oferty.

Analiza treści pytań 5 i 13 pozwala na wniosek, iż nie są one w istocie pytaniami dotyczącymi treści s.w.z., ale wnioskami o jej modyfikację, który to wniosek odwołujący opiera na stwierdzonych przez siebie brakach w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, że ustawa P.z.p. nie przewiduje możliwości żądania modyfikacji s.w.z. przez wykonawcę. Jeżeli wykonawca kwestionuje postanowienia s.w.z. bądź dostrzega inne jej uchybienia, winien w terminie wskazanym w art. 515 ust. 2 pkt 5 wnieść odwołanie na kwestionowane treści. Zgodnie ze wskazanym przepisem, odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. W związku z tym, że s.w.z. w przedmiotowym postępowaniu została ogłoszona w dniu 5 lipca br. w tym dniu rozpoczął bieg termin do wniesienia odwołania na jej treść i skończył się w dniu 12 lipca br. (10 i 11 lipca to sobota i niedziela, zatem termin, na mocy art. 509 ust. 2 ustawy P.z.p., uległ przesunięciu do pierwszego dnia roboczego). Wykonawca nie może poprzez swe czynności, w tym żądania modyfikacji s.w.z., wpływać na bieg terminu do wniesienia odwołania na jej treść. Tym samym zarzuty dot. treści odpowiedzi na pytania nr 5 i 13 nie podlegały oddaleniu jako wniesione niezgodnie z przepisami dotyczącymi wnoszenia odwołania na treść dokumentacji przetargowej.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dot. odpowiedzi na pytanie nr 7, Izba wskazuje, iż odwołujący kwestionuje tym zarzutem istotę wynagrodzenia ryczałtowego, które jest jak najbardziej dopuszczalne na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, że przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia ryczałtu, jednak bogate orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej.



Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały – zarówno znany, jak i nieznanym dokładnie od początku – przedmiot zamówienia.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 stycznia 2014 r., sygn. akt: I ACa 821/13, w którym sąd zwrócił uwagę: Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia niezależnie od tego, czy w czasie zawierania umowy miał możliwość przewidzenia rozmiaru prac i wielkości ich kosztów. (...) przy ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru prac czy też wzrostem kosztów prac obciąża przyjmującego zamówienie. Wynika to zresztą wprost z art. 632 § 1 k.c., który przewiduje, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem tej decyzji (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt: IV CSK 397/10).

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający był uprawniony do ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego nawet w sytuacji, gdy istnieje okoliczność, iż nie wszystkie roboty zostały ujęte w przedmiarze robót. Na tym właśnie polega istota tego wynagrodzenia. Ewentualna dopuszczalność domagania się przez wykonawcę podwyższenia ryczałtu z powodu wystąpienia robót dodatkowych będzie mogła zostać oceniona w przyszłości, na podstawie konkretnego stanu faktycznego oraz powszechnie obowiązujących przepisów prawa i postanowień s.w.z.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....