Sygn. akt: KIO 1778/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Adriana Urbanik

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-MostowychS.A. z siedzibą w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg
w Nowym Sączu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Zibud Sp. z o.o. Sp. k.
z siedzibą w Kamienicy

orzeka:

1.umarza postępowanie w zakresie zarzutu wskazanego na stronie 5 lit. e odwołania,
2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-MostowychS.A. z siedzibą w Nowym Sączu, i:
3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-MostowychS.A. z siedzibą w Nowym Sączu tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca:……..…

Sygn. akt: KIO 1778/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym
pn. „Budowa ronda na skrzyżowaniu ulic Mała Poręba – Juranda – Stadnickich oraz budowa, modernizacja ulic, chodników i oświetlenia w Nowym Sączu", nr referencyjny: 271.2.15.2024, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 04.04.2024 r. pod nr 2024/BZP 00272068 przez**Miejski Zarząd Dróg w Nowym Sączu,**
ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, zwany dalej „Zamawiającym”.

Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawy Pzp”.

Dnia 20.05.2024 r. (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym
za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP odwołanie złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka Akcyjna, ul. Jagodowa 55, 33-300 Nowy Sącz** zwany dalej „Odwołującym”, od zaniechania przez Zamawiającego czynności
w postaci braku przedłużenia terminu składania ofert mimo dokonania w dniu 13.05.2024 r. zmiany opisu przedmiotu zamówienia, która to zmiana była istotna dla sporządzenia oferty oraz wymagała od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również jako „SWZ”) i przygotowanie ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 286 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak przedłużenia terminu składania ofert mimo tego, że dokonana przez Zamawiającego zmiana opisu przedmiotu zamówienia była istotna dla sporządzenia oferty oraz wymagała od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert;

2) naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania
w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) unieważnienie wszystkich czynności Zamawiającego dokonanych w ramach postępowania po dniu 13.05.2024

r., w szczególności czynności otwarcia ofert i ich oceny;

3) nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności w postaci modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez przedłużenie terminu składania ofert i wyznaczenie go na dzień przypadający w 14 dni po dniu wydania w niniejszej sprawie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, ewentualnie na inny termin umożliwiający wszystkim wykonawcom rzetelne przygotowanie konkurencyjnych ofert uwzględniających wszystkie wyjaśnienia i zmiany przedmiotu zamówienia;

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności otwarcia ofert i ich oceny;

5) ewentualnie, w wypadku nieuwzględnienia wniosków wskazanych w pkt (2)-(4) o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;

6) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych – na wypadek ustanowienia w sprawie pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym.

Zamawiający w dniu 22.05.2024 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie (wpływ w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP w dniu 24.05.2024 r. **wykonawca ZIBUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Kamienica 1000, 34-608 Kamienica,** zwany dalej „Przystępującym". Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 07.06.2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył środkami komunikacji elektronicznej Zamawiający, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W dniu 07.06.2024 r. pismo procesowe złożył środkami komunikacji elektronicznej Przystępujący, w którym przedstawił stanowisko w odniesieniu do zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

W dniu 10.06.2024 r. odpowiednio podczas posiedzenia i rozprawy, w szczególności:

1)Odwołujący podtrzymał stanowisko jak w odwołaniu, nie złożył wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący wycofał zarzut wskazany na stronie piątej lit. e odwołania;

2)Zamawiający podtrzymał stanowisko jak w odpowiedzi na odwołanie, nie złożył wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Złożył dowód: wycenę zmiany rysunku nr 5, stanowiącego załącznik do SWZ, na potwierdzenie faktu, że Zamawiający wskazywał zmiany w jakości nawierzchni nie dodając, że miały one marginalne znaczenie dla wyceny zamówienia. Chodzi o poz. 61, 62, co do których wypowiedział się Zamawiający w tabeli w odpowiedzi na odwołanie;

3)Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego, a także:

- złożył dowód: rysunek nr 2 projektu stałej organizacji ruchu na potwierdzenie faktu, że demontaż aktywnego znaku D6, zgodnie z poz. 109 przedmiaru robót, znajduje odzwierciedlenie na rysunku stałej organizacji ruchu w tym właśnie przedłożonym (dowód znajduje się w dokumentacji zamówienia),
- powołał się na dowody w dokumentacji zamówienia, o których mówi w piśmie procesowym (rysunek 1.1 projektu technicznego oświetlenia). Jednocześnie przekazał wydruk dowodu stronom i Izbie z odpowiednim zaznaczeniem wraz z drugim wydrukiem - powiększeniem części rysunku 1.1., następnie złożył kolejny wydruk powiększenia rysunku 1.1. z zaznaczeniem X (oznaczone sieci elektryczne do demontażu). Złożył wydruk rysunku 2.1 z zaznaczeniem sieci urządzeń do demontażu, projektowanych słupów oświetlenia ulicznego oraz kanału technologicznego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w postępowaniu odwoławczym dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, Przystępującego, złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp, zaś wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego, a

także zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi
na odwołanie i rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego oraz stanowiska i oświadczenia stron
i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Na wstępie Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu wycofanego przez Odwołującego
na rozprawie, wskazanego na stronie piątej, lit. e odwołania (pozycja 106 wymieniona
w „skorygowanym" przedmiarze - montaż aktywnych znaków D-6 na przejściu dla pieszych
(2 szt. znaków w komplecie) nie występuje w żadnym innym dokumencie SWZ), Izba nie orzeka, a umarza postępowanie odwoławcze w części zarzutu wycofanego, przyjmując
za podstawę art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania niewycofanych zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał w:

1)pkt III. „Opis przedmiotu zamówienia" ppkt 1.:

„1. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych. Przedmiot zamówienia został podzielony na części:

Cz. I: Budowa ronda na skrzyżowaniu ulic Mała Poręba – Juranda – Stadnickich (...)

Cz. II „Budowa, modernizacja ulic, chodników i oświetlenia w Nowym Sączu" (...)

Przedmiot zamówienia, został szczegółowo opisany w dokumentacji technicznej, tj.:

➢przedmiar robót, jako element pomocniczy dla wyceny zamówienia;

➢STWiORB,

➢Dokumentacja projektowa (rysunki, przekroje) stanowiącej załącznik nr 11 do SWZ. (…)";

2) pkt XI. „Opis sposobu przygotowania oferty" w ppkt 3. 1:

„3. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:

1) oświadczenie wstępnie potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki udziału
w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ;

2) oświadczenie dot. zakresu zamówienia, który wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ;

Wraz z ofertą Wykonawca może złożyć:

1) kosztorys ofertowy, w którym należy uwzględnić wszystkie koszty związane
z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia, zgodny z przedmiarem robót (…)";

3) pkt XIII „Opis sposobu obliczenia ceny" w ppkt 1:

„1. Podstawą skalkulowania ceny w ofercie jest zakres zamówienia wskazany
w rozdziale III SWZ, w szczególności dokumentacja projektowa. Załączony przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla skalkulowania ceny ofertowej i szacunkowy
w kwestii podanych ilości przewidywanych robót dla wyceny całości przedmiotu zamówienia.";

4) w załączniku nr 9a - Wzór umowy dla cz.I i załączniku nr 9b – Wzór umowy dla cz.II do SWZ w § 4: „1. Za wykonanie robót strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe
w kwocie brutto …….. zł (słownie: ……).".

Pierwotnie w pkt XII „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert" w ppkt 1 SWZ termin składania ofert określony został na dzień 26.04.2024 r.

Zamawiający dokonał dwóch zmian SWZ – ogłoszeniem w BZP nr 2024/BZP 00297970/01 z dnia 23.04.2024 r. w szczególności przedłużył termin składania ofert do dnia 09.05.2024 r. i ogłoszeniem w BZP nr 2024/BZP 00308724/01 z dnia 30.04.2024 r.
przedłużył termin składania ofert do dnia 16.05.2024 r.

Pismem z dnia 13.05.2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców o treści:

„Zamawiający informuje, iż wpłynęły następujące zapytania co do treści SWZ
w postępowaniu pn.: „Budowa ronda na skrzyżowaniu ulic Mała Poręba – Juranda – Stadnickich oraz budowa,

modernizacja ulic, chodników i oświetlenia w Nowym Sączu”
dla cz. I Budowa ronda na skrzyżowaniu ulic Mała Poręba – Juranda – Stadnickich:

(…)

Treść pytania: Prosimy o potwierdzenie ilości określonych w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót.

Odpowiedź: Przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wyceny realizacji zadania.

(…)

dla cz. II „Budowa, modernizacja ulic, chodników i oświetlenia w Nowym Sączu” (Rozbudowa ul. Dunajcowej):

(…)

Treść pytania: Prosimy o potwierdzenie ilości określonych w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót.

Odpowiedź: Przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wyceny realizacji zadania.

(…)

Do niniejszej odpowiedzi dołącza się w załączeniu:

➢Skorygowany przedmiar robót dla cz.I

➢Skorygowany rysunek nr 5 dla cz.I

➢Skorygowany przedmiar robót dla cz.II”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 pkt 1: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;”;

2) art. 286 ust. 3: „3. W przypadku gdy zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie.”.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 ustawy Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący w odwołaniu w szczególności podał:

„Odwołujący wskazuje, że jako jeden z oferentów brał udział w Postępowaniu. Odwołujący przygotowywał ofertę, podejmując w toku jej opracowania niezbędne czynności weryfikacyjne,

jak też pozyskując oferty na materiały i prace niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Niestety, dnia 13 maja 2024r. niedługo przed końcem dnia pracy (ogłoszenie Zamawiającego opublikowane zostało o godzinie 15:18) okazało się, że oferta, która ma być złożona do dnia 16 maja 2024r. do godziny 08:00 wymagać będzie zmian, gdyż Zamawiający opublikował przedmiar zawierający zarówno zmienione pozycje, jak też dodanie nowych.

Okoliczność ta sprawia, iż Odwołujący nie mógł złożyć w pełni miarodajnej oferty, gdyż zmuszony był zastosować – ze względu na krótki czas na zapoznanie się ze zmienionymi

i dodanymi pozycjami przedmiarowymi – w odniesieniu do zmodyfikowanych i dodanych pozycji przedmiarowych szacunki, zamiast konkretnych wartości, co przełożyło się na zwiększenie ceny ofertowej, a tym samym – na pogorszenie konkurencyjności jego oferty. Gdyby Odwołujący miał dodatkowy czas, niezbędny na prawidłowe oszacowanie dodanych

i zmienionych pozycji przedmiarowych, mógłby sformułować ofertę z mniejszą ceną, a dzięki temu – uzyskać zamówienie i wynikający z jego realizacji zysk. (…) dnia 13 maja 2024r. Zamawiający dokonał publikacji skorygowanego przedmiaru robót, obejmujący:

a) zmianę ilości jednostek obmiarowych w zakresie 8 (z ogółem 123) pozycji;

b) wprowadzenie 13 nowych pozycji przedmiarowych.

Mimo dokonanych zmian, Zamawiający nie dokonał przedłużył terminu składania ofert

w ramach Postępowania. (…)

Stosownie do dyspozycji art. 286 ust. 3 PZP: „W przypadku gdy zmiana treści SWZ jest istotna

dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert

o czas niezbędny na ich przygotowanie”. Sposób sformułowania cytowanej regulacji (zamawiający – verba legis – „przedłuża termin”, a nie „może przedłużyć termin”) nie pozostawia wątpliwości, że o ile tylko spełnione są opisane tym przepisem przesłanki

(tj. [i] dojdzie do zmiany treści SWZ oraz [ii] zmiana ta jest istotna dla sporządzenia oferty

lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ

i przygotowanie ofert) to zamawiający ma prawny obowiązek dokonania przedłużenia terminu składania ofert. Co za tym idzie: gdy zamawiający tego nie czyni narusza prawo.

W powyższym kontekście, w stanie faktycznym niniejszej sprawy niezbędnym staje się ustalenie tego, czy:

a) Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ (mimo, że sam tak swego działania nie potraktował, nie publikując ogłoszenia o zmianie ani zmienionej treści SWZ, a jedynie udostępniając dokument oznaczony jako „przedmiar korekta");
b) w wypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie z lit. „a" – czy zmiana ta była istotna
dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert.
W ocenie Odwołującego odpowiedź na oba powyższe pytania jest twierdząca, co wykazane będzie poniżej.
W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że, w jego ocenie, dokonana w niniejszej sprawie zmiana przedmiaru była w istocie zmianą treści SWZ. Odwołujący przyznaje przy tym, że zgodnie z treścią SWZ oraz wzoru umowy, należne za wykonanie przedmiotu zamówienia
wynagrodzenie miało charakter ryczałtowy. Faktem jest również to, że w pkt XIII.1. SWZ Zamawiający stwierdził, że: „Podstawą skalkulowania ceny w ofercie jest zakres zamówienia wskazany w rozdziale III SWZ, w szczególności dokumentacja projektowa. Załączony przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla skalkulowania ceny ofertowej i szacunkowy
w kwestii podanych ilości przewidywanych robót dla wyceny całości przedmiotu zamówienia".
Tyle tylko, że lektura rozdziału III SWZ wskazuje, iż zgodnie z nim: „Przedmiot zamówienia, został szczegółowo opisany w dokumentacji technicznej, tj.:
➢ przedmiar robót, jako element pomocniczy dla wyceny zamówienia;
➢ STWiORB,
➢ Dokumentacja projektowa (rysunki, przekroje), stanowiącej załącznik nr 11 do SWZ".
O ile zatem Zamawiający zastrzegł, że przedmiar ma być dokumentem „pomocniczym"
w zakresie kalkulacji wynagrodzenia należnego oferentowi, o tyle wskazał również wprost,
że jest on dokumentem determinującym zakres przedmiotu zamówienia, tj. rodzaj prac, jakie mają być wykonane przez oferenta. Innymi słowy: przedmiar (jego treść) określać miał zakres robót, które wykonać ma wykonawca, wobec czego jego znajomość była kluczowa
dla ustalenia zakresu przedmiotu świadczenia wykonawcy, a co za tym idzie – dla złożenia oferty. Wyjaśnienia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający – zgodnie z literalnym,
a cytowanym wyżej – brzmieniem pkt XIII.1. w zw. z pkt III SWZ, postanowił, iż opis przedmiotu
zamówienia zawarty będzie w trzech dokumentach: (i) przedmiarze robót, (ii) STWiORB
oraz (iii) dokumentacji projektowej. Innymi słowy: Zamawiający domagać się może
od wykonawcy wykonania wszelkich (a zarazem: wyłącznie takich) robót, które wymienione są w którymś z trzech, powołanych wyżej, dokumentów.
Szczegółowe porównanie dokumentacji projektowej, STWiORB oraz dokumentacji projektowej dowodzi, iż pewne z pozycji, które wymieniono w „skorygowanym" przedmiarze, nie występują w żadnym innym dokumencie. Co za tym idzie: „korekta" przedmiaru nie miała charakteru „pomocniczego" na potrzeby kalkulacji oferty, lecz skutkowała zwiększeniem zakresu przedmiotu świadczenia potencjalnego wykonawcy poprzez dodanie elementów, które winien on wykonać, a które dotąd nie znajdowały się w żadnym innym dokumencie.
Przykładowo, sytuacja taka dotyczy następujących pozycji zmodyfikowanego przedmiaru:
a) montaż opraw oświetlenia zewnętrznego – LAMPY DOŚWIETLENIA PRZEJŚĆ DLA PIESZYCH (l.p. 93);
b) usunięcie sieci elektroenergetycznych (l.p. 97);
c) budowa kanalizacji kablowej z rur PCV w gruncie kat. IV, warstwa w ciągu kanalizacji, 2 rury w warstwie, 2 otwory w ciągu kanalizacji – rura RHDPE 160/9 (l.p. 101);
d) budowa kanalizacji kablowej z rur PCW w gruncie kat. IV – wiązka 7 mikrorurek (l.p. 103);
e) montaż aktywnych znaków D-6 na przejściu dla pieszych (2 szt. Znaków w komplecie) –
l.p. 106;
f) przebudowa istniejącego radarowych wyświetlaczy prędkości (l.p. 107);
g) montaż aktywnych znaków C-9 (l.p. 108);
h) demontaż aktywnego znaku D-6 i transport we wskazane miejsce do 15 km (l.p. 109).
Znamiennym jest również i to, że pewne pozycje zostały w sposób znaczący zmodyfikowane:
a) montaż wysięgników rurowych o masie do 15 kg na słupie w „skorygowanym" przedmiarze
(l.p. 89) występują w ilości 20, podczas gdy w pierwotnym przedmiarze w ilości 12;
b) modyfikacji uległa również ilość prac w pozycjach: l.p. 19, l.p. 20, l.p. 39, l.p. 61, l.p. 62,
l.p. 63.
W powyższym kontekście jednoznacznie uwidacznia się, że dokonując „skorygowania" przedmiaru Zamawiający w istocie zmienił przedmiot zamówienia poprzez modyfikację jego zakresie. Jasnym jest przecież to, że działający racjonalnie wykonawca konstruuje swoją ofertę w oparciu o wiedzę o tym, jak wyglądać ma zakres jego świadczenia, tj.

zakres prac, które ma wykonać na rzecz zamawiającego, wobec czego zmiana przedmiotu świadczenia (tak ilościowa, jak też jakościowa) wpływała na treść ofert.
Stosownie zaś do dyspozycji art. 281 ust. 1 pkt 5 PZP, obligatoryjnym elementem SWZ
jest opis przedmiotu zamówienia, który (vide art. 99 ust. 1 PZP) winien być zarówno jednoznaczny, jak też wyczerpujący. Opis przedmiotu zamówienia określa bowiem to, co wykonawca wykonać ma dla zamawiającego, wobec czego wszelkie zmiany (tj. zarówno zwiększenie, zmniejszenie, jak też modyfikacja) tego, co od wykonawcy otrzymać ma zamawiający) traktowane być muszą jako zmiany dotyczące opisu przedmiotu zamówienia.
W niniejszej sprawie zakres przedmiotu zamówienia opisany był również poprzez przedmiar, co wprost wynika z treści pkt III.1 in fine (s. 4) SWZ, który stwierdza, że: „Przedmiot zamówienia, został szczegółowo opisany w dokumentacji technicznej, tj.: przedmiar (…)".
Co więcej, podkreślenia wymaga i to, że w ramach Postępowania Zamawiający zawarł w SWZ
nie tyle projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do treści tej umowy, co cały (pełny) wzór umowy, którą zamierza zawrzeć.
Zgodnie z brzmieniem § 2 ust 3 tegoż wzoru (jak też pkt III.24 SWZ): „Najpóźniej w dniu podpisania umowy na realizacje zadania Wykonawca dostarcza Zamawiającemu kosztorys ofertowy szczegółowy wraz z narzutami opracowany zgodnie ze wzorem zawartym
w przedmiarze robót oraz wypełniony na jego podstawie harmonogram rzeczowo-finansowy". Co przy tym istotne: zgodnie z pkt III.1 in fine SWZ: „Zamawiający wymaga przygotowania przez Wykonawcę przed podpisaniem umowy, w konsultacji z Zamawiającym, harmonogramu
rzeczowo-finansowego, w którym ujęta zostanie kolejność wykonywania robót"
Idąc dalej wyjaśnić trzeba, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności zmiany
terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu z naruszeniem przepisów PZP, dotyczyło
kluczowego etapu Postępowania, pozwalającego na ustalenie kręgu potencjalnych Wykonawców. Informacje udostępnione przez Zamawiającego wraz z udzielonymi w dniu 13.05.2024 r. odpowiedziami wymagały szczegółowej analizy ze strony potencjalnych wykonawców, bowiem miały istotny wpływ na sporządzenie oferty – udostępnione wówczas materiały (skorygowany przedmiar), zawierały zarówno zmodyfikowane co do ilości, jak też nowe pozycje, co determinowało konieczność ponownej wyceny części zamówienia przez wykonawców, a także rewizji uzgodnień dokonanych z potencjalnymi podwykonawcami.
Warto wskazać, że w wyroku z dnia 07 kwietnia 2005 r. (II Ca 180/05), Sąd Okręgowy
w Zielonej Górze wskazał, że „zamawiający nie powinien dokonywać zmian specyfikacji
na krótko przed terminem składania ofert w postępowaniu". W niniejszej sprawie zmiana wprowadzona została końcem dnia roboczego 13 maja 2024r., podczas gdy termin składania
ofert upływał dnia 16 maja 2024r. o 08:00, wobec czego potencjalni wykonawcy mieli zaledwie
2 dni na to, by zapoznać się z zakresem zmian, dokonać oceny ich wpływu na oferty oraz złożyć zmodyfikowane oferty.
W powyższym kontekście, utrzymanie terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 16 maja 2024 r., naraziło wykonawców składających oferty na ryzyko
błędnego oszacowania ceny zamówienia i jednocześnie stworzyło wysoce prawdopodobną sytuację, w której szereg potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu (z uwagi na krótki czas, pomiędzy terminem zamieszczenia nowych dokumentów w dniu 13.05.2024 r., a terminem otwarcia ofert) co przełożyło się na konkurencyjność nin. Postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie niniejszego zamówienia oraz potencjalnie korzystniejszej
ceny.".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił natomiast w szczególności, że:
„Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości, podnosi, iż argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniu jest błędna. Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa ronda na skrzyżowaniu ulic Mała Poręba - Juranda - Stadnickich oraz budowa, modernizacja ulic, chodników i oświetlenia w Nowym Sączu" było zrealizowanie przez Wykonawcę robót budowlanych. Zamawiający dokonał opisu zamówienia zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo Zamówień Publicznych, który stanowi, iż zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu
i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 103 ust. 4 ustawy PZP.
Stosownie do § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli zamówienie na roboty budowlane(…) jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub w projektowanych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.

Zgodnie z § 4 ust.1 wzoru umowy, stanowiącego zał. nr 9a do Specyfikacji Warunków Zamówienia, Za wykonanie robót strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie brutto.
Oznacza to, iż zgodnie z ww. rozporządzeniem, Zamawiający, wprowadzając wynagrodzenie ryczałtowe, nie miał obowiązku sporządzania i dołączania do dokumentacji przetargowej przedmiaru robót. Pomimo, iż jednak Zamawiający sporządził taki dokument, który stanowił załącznik do SWZ, to jednakże Zamawiający zastrzegł, iż przedmiar ma charakter wyłącznie pomocniczy dla wyceny zamówienia. co zostało podkreślone w rozdziale lll ust. 1.
Stosownie do § 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r.
w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, przedmiar robót zawiera zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub ze wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wraz ze wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych.
Świadczy to jednoznacznie, iż przedmiar robót nie musi zawierać zestawienia wszystkich robót, które mają zostać wykonane przy realizacji danego zamówienia, co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok z dnia 2 maja 2013r.
o sygn. KIO 886/13, w którym stwierdzono, iż przedmiar robót sam w sobie nie definiuje szczegółowego zakresu roboty budowlanej, ale służy jak najwierniejszemu, w miarę możliwości odzwierciedleniu składających się na daną robotę budowlaną nakładów, robocizny, materiałów, które opisane są w projekcie budowlanym oraz projektach wykonawczych.
W tym zakresie przedmiar robót jest dokumentem wtórnym, dopełniającym projekt i specyfikacje techniczne wykonania / odbioru robót oraz nie determinuje w sposób wyłączny zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i służyć pomocą wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede wszystkim charakter dokumentu pomocniczego, który służy do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, jakie składają się na zamówienie
Zamawiający wyjaśnia, iż korekta załącznika „przedmiar robót", objęta odwołaniem, w żaden sposób nie wprowadzała jakichkolwiek nowych robót, ani nie zmieniała zakresu robót czy przedmiotu zamówienia. Otóż, korekta ta dokonana została jedynie w celu ujęcia
w przedmiarze robót wszelkich prac, przewidzianych SWZ, a w szczególności dokumentacją projektową. Pozycje wprowadzone do przedmiaru zmianą z dnia 13.05.2024r. były bowiem już wcześniej przewidziane jako elementy zamówienia. Dla zobrazowania tego stanu rzeczy zamawiający w niniejszej tabeli wskazuje postanowienia dokumentacji przetargowej, w której prace te były opisane przed zmianą przedmiaru. (…) *[Przedstawia tabelę]*
Wobec powyższego jako nieprawdziwe należy uznać twierdzenie Odwołującego,
iż Szczegółowe porównanie dokumentacji projektowej, STWiORB oraz dokumentacji projektowej [powtórzenie oryg.] dowodzi, iż pewne z pozycji, które wymieniono
w „skorygowanym" przedmiarze, nie występują w żadnym innym dokumencie, albowiem wszystkie pozycje były zawarte we wskazanych miejscach w dokumentacji projektowej
i Wykonawca mógł je poprawnie skalkulować przed korektą przedmiaru robót, na podstawie innych dokumentów, opublikowanych przez Zamawiającego.
Na charakter informacyjno - pomocniczy przedmiaru robót wskazują m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej : z dnia 7 października 2022 r. o sygn. KIO 2486/22, z dnia 18 maja 2021 r.
o sygn. KIO 991/21, z dnia 28 maja 2020 r. o sygn. KIO 507/20, z dnia 14 lipca 2020 r. o sygn. KIO 1428/20, z dnia 15 kwietnia 2019 r. o sygn. KIO 592/19, z dnia 13 października 2014 r.
o sygn. KIO/KD 94/14, z dnia 24 listopada 2009 r. o sygn. KIO/UZP 1439/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 3 stycznia 2019 r., sygn. akt: XXV C 1598/16 "Powód nie może więc obecnie dla wykazania zasadności swoich roszczeń, powoływać się wyłącznie
na przedmiary robót, w których nie ujęto wszystkich niezbędnych z technologicznego punktu widzenia robót, niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy o ile wykonanie tych robót zważywszy na projekt budowlany i wykonawczy, zasady sztuki budowlanej, profesjonalny podmiot winien przewidzieć."
Odnosząc się do zmiany dot. transportu znaku aktywnego D-6, zgodnie z rozdziałem III ust. 3 SWZ Materiały pochodzące z rozbiórki, wykonawca winien posortować i następnie
w obecności i z udziałem Inspektora nadzoru zakwalifikować, jako materiały nadające się do ponownego wykorzystania. Materiały z rozbiórek, tj. przeznaczone do ponownego wykorzystania stanowią własność Zamawiającego, Należy je załadować, przewieźć
na odległość do 10 km i składować w miejscu wskazanym przez Inspektora nadzoru, w sposób uporządkowany i

właściwy dla danego asortymentu oraz zabezpieczyć je przed zniszczeniem, wobec powyższego Wykonawcy musieli dokonać kalkulacji transportu każdego z elementów rozbiórki na odległość do 10 km od miejsca wykonywania robót od dnia opublikowania Specyfikacji Warunków Zamówienia i rozszerzenie tej odległości o 5 km. dla tylko jednego
z materiałów z rozbiórki, nie mogło mieć dla Wykonawcy istotnego znaczenia w kalkulacji oferty.
Wskazany przez Odwołującego zapis w rozdziale III ust. 24 Najpóźniej w dniu podpisania umowy na realizacje zadania Wykonawca dostarcza Zamawiającemu kosztorys ofertowy szczegółowy wraz z narzutami opracowany zgodnie ze wzorem zawartym w przedmiarze robót, świadczy jednoznacznie, iż przedmiotowy kosztorys nie ma wpływu na ocenę ofert złożonych przez Wykonawców w postępowaniu, gdyż może zostać złożony także po wyborze oferty, a jego obecność wynika tylko i wyłącznie z wymogów instytucji dofinansowującej przedmiotowe zadanie.
Odnosząc się do zarzutu Wykonawcy, dot. zbyt krótkiego terminu pomiędzy opublikowaniem odpowiedzi na pytania Wykonawców dot. treści SWZ (czynność ta została dokonana w dniu 13.05.2024r.) a terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 16.05.2024r. (W niniejszej sprawie zmiana wprowadzona została końcem dnia roboczego 13 maja 2024r., podczas gdy termin składania ofert upływał dnia 16 maja 2024r. o 08:00, wobec czego potencjalni wykonawcy mieli zaledwie 2 dni na to, by zapoznać się z zakresem zmian, dokonać oceny ich wpływu na oferty oraz złożyć zmodyfikowane oferty) należy podkreślić, iż Zamawiający dokonał czynności opublikowania odpowiedzi na wyjaśnienia dot. treści SWZ
w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy PZP „Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert (...)" w zw. z art. 8 ust. 4 PZP Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.
W przedmiotowym postępowaniu został zachowany termin 2 dni - obejmujący dwa pełne dni robocze - przed upływem terminu składania ofert na zapoznanie się Wykonawców
z wyjaśnieniami treści SWZ, wobec powyższego zarzut Odwołującego co do naruszenia
art. 16 ust. 1 ustawy PZP, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców należy uznać za równie chybiony, jak zarzut naruszenia przepisu art. 286 ust. 3 PZP - poprzez brak przedłużenia terminu składania ofert przez Zamawiającego.
Ponadto, co należy podkreślić do Zamawiającego nie trafiło pismo ani od Odwołującego,
ani od jakiegokolwiek innego z Wykonawców w dniach 13.05 - 16.05, które podnosiłoby konieczność przedłużenia terminu składania ofert w związku z opublikowanymi wyjaśnieniami dot. treści SWZ, a co stanowiłoby o wiele bardziej logiczny krok niż wskazana przez Odwołującego, wysoce prawdopodobna sytuacja, w której szereg potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu.
Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.".

Przystępujący w piśmie procesowym odnosząc się do zarzutów odwołania podał:
„(…) Podniesione zarzuty są chybione i mocno naciągane z uwagi, że termin składania ofert przypadał na dzień 16 maj 2024roku do godziny 8.00. Odwołujący miał zatem ponad 2 dni na zapoznanie się z odpowiedziami na zadane pytania co do treści SWZ. Odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego w naszej ocenie były odpowiedziami wyjaśniającymi pewne wątpliwości Wykonawców zadających pytania. Zamieszczony przez Zamawiającego skorygowany przedmiar robót nie wnosił istotnych zmian mających kluczowe znaczenie które to mogłoby wpłynąć na oferowaną cenę lub powodując konieczność ponownych kalkulacji. Zmienione
i dodane pozycje w przedmiarze robót dotyczą elementów które występują w dokumentacji projektowej a sama dokumentacja projektowa pozostała niezmieniona.
Zgodnie z treścią SWZ pkt XIII ppkt 1 Podstawą skalkulowania ceny w ofercie jest zakres zamówienia wskazany w rozdziale III SWZ, w szczególności dokumentacja projektowa. Załączony przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla skalkulowania ceny ofertowej
i szacunkowy w kwestii podanych ilości przewidywanych robót dla wyceny całości przedmiotu zamówienia. W naszej ocenie nie doszło do zmiany treści SWZ i nie występowała konieczność zmiany terminu składania ofert w postępowaniu. (…)
Przywołane powyżej nazwy plików jako dowody są dostępne do pobrania ze strony internetowej Zamawiającego:
https://mzd.nowysacz.pl/budowa-ronda-na-skrzyzowaniu-ulic-mala-poreba-juranda-stadnic-kich-oraz-budowa-modernizacja-ulic-chodnikow-i-oswietlenia-w-nowym-saczu/
i ze strony platformy zakupowej: https://platformazakupowa.pl/transakcja/910861
Powyższa dokumentacja została zamieszczona przez zamawiającego 23 kwietnia 2024r i 30 kwietnia 2024r. na stronie internetowej postępowania na platformie zakupowej
i na stronie internetowej Zamawiającego. (…)
W związku z powyższym należy uznać, iż nie doszło do jakiegokolwiek naruszenia, uzasadnienie Odwołującego nie ma nic wspólnego z faktami i należy uznać odwołanie

za nieuzasadnione.”.

W ocenie Izby w sprawie kluczowy jest fakt wskazania przez Zamawiającego w SWZ,
że rozliczy wykonanie przedmiotowych robót budowlanych na zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego (niesporny), co wiąże się z tym, że wykonawcy winni wliczyć w kwotę ryczałtu ryzyko wykonania robót niezbędnych do wykonania zamówienia, w odróżnieniu do rozliczania robót kosztorysowo, który to sposób rozliczenia nie został przyjęty w przedmiotowej sprawie. W treści SWZ Zamawiający wprost wskazał, że przedmiar robót stanowi jedynie dokument pomocniczy w niniejszym postępowaniu, a w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że wymaganie w rozdziale III ust. 24 SWZ dostarczenia najpóźniej w dniu podpisania umowy kosztorysu ofertowego szczegółowego wraz z narzutami opracowany zgodnie ze wzorem zawartym
w przedmiarze robót podyktowane jest wymogami instytucji dofinansowującej zadanie. Niewątpliwie w przedmiarze robót wyspecyfikowano przedmiot zamówienia, przez co ten dokument zawiera także opis przedmiotu zamówienia. Zaznaczenia wymaga jednak,
że przedmiar robót staraniem Zamawiającego miał przedstawiać zbiorczo przedmiot zamówienia opisany w różnych dokumentach, składających się na dokumentację zamówienia, w tym w dokumentacji projektowej. W rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia ppkt 21 Zamawiający wskazał: „Niniejsza specyfikacja opisuje przedmiot zamówienia w sposób wyczerpujący i kompletny. Jednakże w celu lepszego zapoznania się z przedmiotem zamówienia Zamawiający zaleca dokonanie przez wykonawcę (na własny koszt) wizji lokalnej w terenie.”. Zamawiający w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 13.05.2024 r. konsekwentnie podtrzymał, w szczególności na pytanie: „Prosimy
o potwierdzenie ilości określonych w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót.”,
że przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wyceny realizacji zadania. Względem tak sformułowanej treści SWZ wykonawcy mogli złożyć odwołanie, co jednak nie miało miejsca.

Zatem w ocenie Izby nie można stawiać Zamawiającemu zarzutu, że przekazując skorygowany przedmiar robót w załączeniu do odpowiedzi na pytania z dnia 13.05.2024 r.,
w istocie dokonał zmiany SWZ, która skutkować winna zmianą terminu składania ofert, umożliwiającą Odwołującemu należytą kalkulację ceny oferty, gdyż opis przedmiotu zamówienia uwzględniały także inne niż przedmiar robót dokumenty zamówienia, a przy tym biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Zdaniem Izby dokumentację zamówienia należy czytać całościowo, nie zaś wybiórczo, pod stawianą tezę odwołania. Opis przedmiotu zamówienia został określony w dokumentacji zamówienia, zgodnie z odpowiednimi przepisami wykonawczymi do ustawy Pzp, jak wyjaśnił to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z czym Izba się zgadza. Uwzględnienie
w dokumentacji zamówienia nieobowiązkowego przedmiaru robót, przy zastrzeżeniu Zamawiającego, że przedmiar robót jest dokumentem pomocniczym i wskazuje szacunkową ilość robót, a wymaganie złożenia szczegółowej kalkulacji wynagrodzenia materializuje się dopiero na etapie zawierania umowy, świadczy o jego pomocniczym charakterze w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na rozprawie Odwołujący podniósł w odniesieniu do poz. 61 i 62 przedmiaru robót,
że wraz z odpowiedzią na pytania z dnia 13.05.2024 r. Zamawiający dokonał zmiany rys. nr 5 odnoszącego się do poz. 61 i 62 przedmiaru robót, nie tylko w zakresie ilości prac ale również rodzaju i parametrów materiału. Wskazał także, że zmienione parametry nie zostały uwzględnione w żadnym innym dokumencie zamówienia. Potwierdził, że treść odwołania nie uwzględniała tych szczegółów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie. Izba ustaliła, że w odwołaniu Odwołujący wskazywał jedynie na zmienioną ilość prac poz. 61 i 62 skorygowanego przedmiaru robót, nie zarzucał zmiany rodzaju i parametrów materiału,
nie wskazywał na zmianę rys. nr 5. Odwołujący odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie
na rozprawie wskazywał także na poz. 64 skorygowanego przedmiaru robót i dopisanie przez Zamawiającego wyrazów „na zjazd” i poz. 86 skorygowanego przedmiaru robót. Izba ustaliła, że treść odwołania nie uwzględnia zarzutu odnoszącego się do poz. 64 i poz. 86 skorygowanego przedmiaru robót. Przystępujący ponadto wyjaśnił, że kostka brukowa do której odnosiła się poz. 64 przedmiaru robót przed korektą, po skorygowaniu przedmiaru robót została rozbita i uwzględniona w poz. 64, poz. 65 i poz. 66, które łącznie wymagają wykonania prac 3008 m2, a zatem liczba m2 się nie zmieniła. Odwołujący wskazał na poz. 99 skorygowanego przedmiaru robót i zmianę typu studni (pierwotnie inny typ studni określono
w poz. 94 przedmiaru robót), oraz że z żadnych innych dokumentów nie można wyczytać wymaganego typu studni, jednak nie sformułował zarzutu w odniesieniu do tej pozycji
w odwołaniu. Odwołujący wskazał na rozprawie także na poz. 104, poz. 114 i poz. 115 skorygowanego przedmiaru robót, jednak w tym zakresie nie sformułował zarzutu odwołania.

Izba związana jest przy orzekaniu zarzutami odwołania, przez co rozumie się także przytoczone fakty w odwołaniu, i nie orzeka w zakresie wykraczającym poza te zarzuty (art. 555 ustawy Pzp). Izba w związku z powyższym

wskazuje, odnosząc się do zarzutów odwołania, dotyczących pozycji skorygowanego w dniu 13.05.2024 r. przedmiaru robót,
na stronie 5 i 6 odwołania litera:
a) montaż opraw oświetlenia zewnętrznego – LAMPY DOŚWIETLENIA PRZEJŚĆ DLA PIESZYCH (l.p. 93) – w oce
Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej PZT2-1, 2-2 jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi
na odwołanie. Przystępujący natomiast w piśmie procesowym wskazał na to, że: „Lampy doświetlające przejście dla pieszych są wskazane m.in. na projekcie zagospodarowania terenu rysunek 2.1 (opisane jako slup oświetlenia ulicznego z oprawą dedykowaną dla oświetlenia przejścia dla pieszych, wysokość słupa 5,0m, oprawa LED 62W, kąt rozsyłu asymetryczny prawy) oraz projekcie technicznym (nr lampy L1-17, L1-16, L1-11, L1-12, L1-10, L1-9, L1-14, L1-15 w sumie 8 szt), specyfikacji technicznej przebudowy oświetlenia
z doświetleniem i aktywnym oznakowaniem. Dowód: Projekt techniczny oświetlenia, Projekt zagospodarowania terenu i Specyfikacja Techniczna: plik w fomacie pdf pn: PT – oświetlenie, 2.1 - 420x950, 2.2 - 420x1100 i STWOIRB - mała poreba Nowy Sacz”,
b) usunięcie sieci elektroenergetycznych (l.p. 97) – w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej jak twierdził Zamawiający
w odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący natomiast przedstawił dowód: rysunek nr 2.1
z uwzględnieniem w opisie dotyczącym Branży elektrycznej oznaczenia „x – sieci/urządzenia do demontażu”, a w piśmie procesowym wskazał: „Przedmiotowa pozycja była również ujęta
w pierwotnym przedmiarze robót pod numerem również 97 Usunięcie kolizji na sieci elektroenergetycznej. Na projekcie technicznym oświetlenia oraz projekcie zagospodarowania terenu znakami „X” w kolorze czerwonym i różowym są zaznaczone sieci które podlegają usunięciu / demontażu. Dowód: Projekt techniczny oświetlenia i Projekt zagospodarowania terenu: plik w fomacie pdf pn: PT – oświetlenie, 2.1 - 420x950, 2.2 - 420x1100”,
c) budowa kanalizacji kablowej z rur PCV w gruncie kat. IV, warstwa w ciągu kanalizacji, 2 rury w warstwie, 2 otwory w ciągu kanalizacji – rura RHDPE 160/9 (l.p. 101) – w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej (rys. 11 jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie). Odwołujący podniósł, że sam Zamawiający wskazał, że jest to nowa pozycja w przedmiarze, dalej zwrócił uwagę, że rys. nr 11 stanowi przekrój kabla i z tego powodu nie da się z niego wyczytać ile jest wymaganych metrów kabla. W ocenie Izby skoro rys. 11 stanowił część SWZ to korekta przedmiaru robót w postaci uwzględnienia w nim danej pozycji nie była istotna, biorąc pod uwagę pomocniczy jedynie charakter tego dokumentu, a nadto, że Zamawiający nie potwierdza w nim podanych ilości prac, a także biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia,
d) budowa kanalizacji kablowej z rur PCW w gruncie kat. IV – wiązka 7 mikrorurek (l.p. 103)
– w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej (rys. 11 jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie). Odwołujący wskazał, że rys. nr 11 stanowi przekrój kabla i z tego powodu nie da się z niego wyczytać ile jest wymaganych metrów kabla. W ocenie Izby skoro rys. 11 stanowił część SWZ to korekta przedmiaru robót w postaci uwzględnienia w nim danej pozycji nie była istotna, biorąc pod uwagę pomocniczy jedynie charakter tego dokumentu, a nadto, że Zamawiający nie potwierdza w nim podanych ilości prac, a także biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Przystępujący natomiast w piśmie procesowym odnosząc się do zarzutu lit. c i d wskazał na to, że: „Szczegół rur do wykonania kanału technologicznego zostały szczegółowo opisane w przekroju typowym kanału technologicznego (rysunek nr 11) oraz zaznaczona jest lokalizacja kanału technologicznego na projekcie zagospodarowania terenu Dowód: Projekt zagospodarowania terenu i przekrój typowy kanału technologicznego: plik w fomacie pdf pn: 2.1 - 420x950, 2.2 - 420x1100 i 11 – A4”. Stąd, jak wskazał na rozprawie Przystępujący, podmiot profesjonalny, jakim jest wykonawca nie miał problemu w oszacowaniu tak liczby, jak i miejsca wykonania kanalizacji kablowej,
f) przebudowa istniejącego radarowych wyświetlaczy prędkości (l.p. 107) – w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej PZT, 2-1, 2-2 jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący złożył
na rozprawie dowód – rys. 2 Projekt organizacji ruchu ze wskazaniem na nim wyświetlaczy radarowych w ilości 2 szt,
g) montaż aktywnych znaków C-9 (l.p. 108) – w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w Projekcie organizacji ruchu, odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 30.04.2024 r. jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wskazał na dokument 2.7.1 Projekt stałej organizacji ruchu, której część stanowi rys. 2 złożony na rozprawie jako dowód przez Przystępującego, z którego nie wynika montaż czy demontaż odpowiednio znaku C-9 i D-6, i że ten zakres regulował jedynie przedmiar robót. Przystępujący złożył na rozprawie dowód – rys. 2 Projekt organizacji ruchu ze wskazaniem
na nim oznaczeń znaków C-9,

h) demontaż aktywnego znaku D-6 i transport we wskazane miejsce do 15 km (l.p. 109)
– w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że ta pozycja nie została zawarta w dokumentacji projektowej PZT, SWZ rozdział III jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ponadto, że rozszerzenie odległości o 5 km dla jednego z materiałów z rozbiórki mogło mieć istotne znaczenie w kalkulacji oferty. Izba także wzięła pod uwagę charakter pomocniczy przedmiaru robót. Z przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie rysunku nr 2 (Projekt stałej organizacji ruchu dla cz. I – załącznik do odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 23.04.2024 r.), zdaniem Odwołującego nie wynika demontaż znaku D-6, gdyż nie został on oznaczony zgodnie z legendą poprzez oznaczenie znaku czerwonym krzyżykiem.
Przystępujący wskazał na możliwość wizji lokalnej zgodnie z SWZ (rozdział III pkt 21 SWZ)
i ustalenia przez wykonawców w sposób prosty ile znaków należy zdemontować. Wskazał także, że rysunek nr 2 pokazuje jakie znaki w jakiej lokalizacji mają się znaleźć i stąd nie ma oznaczenia skreślenia „x" danego znaku, bowiem jak słusznie zdaniem Izby zauważył Przystępujący, co zdaje się pomijać Odwołujący, w uwagach na przedmiotowym rysunku wprost wskazano: „Dotychczasowe oznakowanie pionowe znajdujące się w zakresie opracowania należy zdemontować i wprowadzić nowe, zgodnie z niniejszym opracowaniem. Natomiast ist. wyświetlacze radarowe zamontować ponownie zgodnie z projektem.
- Usunąć znak A-16 zlokalizowany w ciągu ul. Mała Poręba i zastąpić go znakiem A-8. Niniejsze wykazano na planie sytuacyjnym.
- Wielkość znaków drogowych w ciągu ul. Mała Poręba przyjęto z grupy "średnie".
- Wielkość znaków drogowych w ciągu ul. Juranda, ul. Stadnickich, ul. Sołeckiej, Zagranicznik oraz ul. Ruchu Ludowego przyjęto z grupy "małe", z wyjątkiem znaków D-1, A-7 i B-20, które należy przyjąć z grupy "średnie".
- Znaki lokalizować zgodnie z warunkami określonymi przez Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2311 z późn. zm), załączniki 1-4.
- Oznakowanie poziome wykonać jako grubowarstwowe chemoutwardzalne.".

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w ocenie Izby wykonawcy dysponowali opisem przedmiotu zamówienia, umożliwiającym im złożenie ofert z odpowiednią do zamówienia ceną.

Przystępujący w piśmie procesowym odnosząc się do zarzutów w lit. f, g i h odwołania wskazał na to, że: „Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2024 r. Zakres zamówienia obejmuje przebudowę istniejących wyświetlaczy radarowych zgodnie z PZT – 2 kpl wraz z zasilaniem, przebudowę istniejącego znaku aktywnego D6 – 1 szt oraz dostawę
i montaż nowych aktywnych znaków D-6 i C-9 zgodnie z projektem org. ruchu. Projekt organizacji ruchu został zamieszczony przez Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2024r. Dowód: Projekt organizacji ruchu i odpowiedzi Zamawiającego: plik w fomacie pdf pn: Odp_30.04, aktywne znaki c9 i d6 sst, 1.SOR - A3, 2.SOR - 594x1100 i Opis tech. A-4 – SOR".

Przystępujący na rozprawie wskazał na Projekt organizacji ruchu opis techniczny strona 2 pkt 3, przedłożył dowody – rys. 1.1. Mapa do celów projektowych z oznaczeniem sieci elektrycznych do demontażu, PZT (Projekt zagospodarowania terenu) rys. 2.1 z oznaczeniem sieci/ urządzeń do demontażu (oznaczono „x" kolorem fioletowym), projektowanych słupów oświetlenia ulicznego (oznaczono kolorem czerwonym) oraz kanału technologicznego (oznaczono kolorem niebieskim). Rysunek 2.1 został przekazany wykonawcom przy udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 23.04.2024 r.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, że dane pozycje przedmiaru robót zostały
w sposób znaczący zmodyfikowane:
a) montaż wysięgników rurowych o masie do 15 kg na słupie w „skorygowanym" przedmiarze
(l.p. 89) występują w ilości 20, podczas gdy w pierwotnym przedmiarze w ilości 12.
Na rozprawie Odwołujący wskazał, że z treści rysunków na które powołał się Zamawiający
w odpowiedzi na odwołanie nie można wyczytać ile wysięgników należy zamontować,
b) modyfikacji uległa również ilość prac w pozycjach: l.p. 19, l.p. 20, l.p. 39, l.p. 61, l.p. 62,
l.p. 63
– Izba zauważa, że powyższe zmiany ilościowe nie mają znaczenia w niniejszej sprawie wobec wyżej podniesionego już faktu wskazania przez Zamawiającego, że przedmiar robót ma charakter pomocniczy dla wyceny realizacji zadania, także z wprost wynikającej treści SWZ
o jedynie szacunkowej ilości robót wynikającej z przedmiaru robót (pkt XIII ppkt 1 SWZ). Odwołujący nie udowodnił, że nie mógł dokonać stosownych wyliczeń na podstawie dokumentacji zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazywał konsekwentnie w odpowiedzi na pytania, co warto zauważyć, na szacunkową ilość prac podaną w przedmiarze robót.

Jak zauważył Przystępujący w piśmie procesowym: „Argumentacja Odwołującego,

że pewne pozycje zostały znacząco zmodyfikowane jest błędna z uwagi, że projekt oświetlenia nie uległ zmianie i w łatwy sposób można było zweryfikować ilość słupów, opraw
i wysięgników. Pozostałe pozycje przedmiarowe które uległy zmianie poprzez korektę ilości również bez większego problemu można było zweryfikować (przeliczyć). Zamawiający udostępnił projekt w skład którego wchodzi m.in. projekt zagospodarowania terenu, niweleta, opis techniczny i przekroje typowe które to dokumenty umożliwiają wyliczenie zakresu prac
i ewentualne porównanie z zamieszczonym przez zamawiającego przedmiarem robót. Zamieszczona przez Zamawiającego dokumentacja w dniach 23 i 30 kwietnia i zmiana terminu składania ofert na 16 maja 2024 r. dała potencjalnym Wykonawcą wystarczająco dużo czasu na weryfikację i wyliczenie ceny ofertowej.”.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: „1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”. Art. 632 § 1 k.c. stanowi: „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.”. Zasada wynagrodzenia ryczałtowego została przyjęta w przedmiotowym zamówieniu, opisanym z uwzględnieniem szacunkowej ilości robót.
Izba także zauważa, że Odwołujący w dacie 13.05.2024 r., to jest powzięcia wiadomości o korekcie przedmiaru robót, nie zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu składania ofert, choć wiedział, że Zamawiający nie przedłużył tego terminu w związku
z korektą przedmiaru robót. Co więcej Odwołujący w treści oferty oświadczył, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami SWZ. Słusznie zatem w ocenie Izby Przystępujący podniósł, że: „Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że doszło do istotnej zmiany przedmiotu zamówienia i przedmiotowa zmiana miałaby narazić wykonawców składających oferty na ryzyko błędnego oszacowania. Odwołujący nie dopełnił swojego obowiązku prawidłowego zapoznania się z zamieszczoną dokumentacją. Odwołujący składając ofertę w postępowaniu oświadczał w formularzu oferty, że zapoznał się z warunkami SWZ oraz ewentualnymi jego modyfikacjami i nie wnosi żadnych zastrzeżeń oraz
że do przygotowania oferty i wykonania przedmiotu zamówienia uzyskał wszystkie niezbędne informacje. Odwołujący również nie wystąpił z wnioskiem przed terminem na składanie ofert
o ewentualne dodatkowe wyjaśnienia w przypadku dalszych wątpliwości co do zakresu robót oraz nie wnioskował o zmianę terminu składania ofert. W naszej ocenie dokonana korekta przedmiaru robót przez Zamawiającego nie powodowała konieczności zmiany wyceny
z uwagi, że do wyliczenia ceny zgodnie z zapisami SWZ została przyjęta dokumentacja projektowa a przedmiar robót posłużył nam jedynie pomocniczo do weryfikacji.”.
W ocenie Izby zatem Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający w dniu 13.05.2024 r. w istocie dokonał istotnej zmiany SWZ (opisu przedmiotu zamówienia) i obowiązany był
do przedłużenia terminu składania ofert na podstawie art. 286 ust. 3 ustawy Pzp, a co za tym idzie, że prowadzi postępowanie w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, podczas gdy tego wymaga art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył zarzucanych mu w odwołaniu przepisów prawa.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie w zakresie niewycofanych zarzutów
#x200ena podstawie art. 553 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie , art. 574 i ustawy Pzp oraz w oparciu
o przepisy 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.). Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości
10 000,00 zł i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosi Odwołujący. W związku z tym, iż Zamawiający nie złożył wniosku o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego
Izba nie zasądziła tych kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..…