

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Adriana Urbanik
Protokolantka: W.Z.

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2026 r. przez wykonawcę UTD M Sp. z o.o. z siedzibą w Chełmie Śląskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A.wykonawcy AVR S.A. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 3333/26

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2026 r. poz. 793, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp” lub „PZP”, pn. „Catoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Zabrze” (numer referencyjny: 3.2421.7.2026).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 marca 2026 r. pod numerem: Dz.U. S: 43/2026 148218-2026.

9 lipca 2026 r. odwołanie złożył wykonawca UTD M sp. z o.o., ul. Wołodzjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski, na odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia (błąd w obliczeniu ceny),

a w konsekwencji zaniechanie przeprowadzenia oceny oferty odwołującego, przeprowadzenie konkursu ofert z pominięciem oferty odwołującego oraz wybór oferty złożonej przez innego oferenta, z pominięciem oferty odwołującego, która była ofertą najkorzystniejszą, zamawiający odrzucił ofertę, mimo że zobowiązany był zastosować

art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP i dokonać samodzielnej poprawy stwierdzonej niepowodującej istotnych zmian w treści oferty innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na

niezgodności oferty odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, w zakresie dotyczącym pozycji 8.45 TER, gdzie odwołujący nieznacznie przekroczył dopuszczalny limit 63% wartości Grupy 8, w sytuacji, gdy przedmiotowa niezgodność oferty z dokumentami zamówienia stanowi marginalną i niezamierzoną omyłkę, której charakter kwalifikuje ją za możliwą i celową do poprawienia, a jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty;

2)art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez niezastosowanie i zaniechanie wyjaśnienia charakteru oraz istotności stwierdzonej niezgodności treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia oraz bez zbadania, czy możliwe, zasadne

i celowe jest jej usunięcie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, mimo że z treści oferty i dokumentów zamówienia wynikały dane umożliwiające jej poprawę, jako inną omyłkę;
a skutkiem tego naruszenie:

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta odwołującego winna podlegać poprawieniu, jako zawierająca inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty;

4)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez wybór oferty AVR S.A., która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

2)unieważnienie czynności wyboru oferty AVR S.A.;

3)poprawienie w ofercie odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w jej treści poprzez poprawienie wartości ceny jednostkowej netto poz. 8.45. w Formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 — Estetyka, komórka E55, w ten sposób

że w miejsce ceny 9,20 zł/ 100m2 zostanie wpisana cena 8,69 zł/ 100m2,

z uwzględnieniem wszystkich następstw rachunkowych poprawienia tej omyłki;

w bezpośredniej konsekwencji rachunkowej obniżona zostanie wartość komórki G55

do ceny 2 172 500,00 zł, obniżona zostanie całkowita cena Grupy nr 8 komórka G59 do wartości 3 448 508,00 zł netto, oraz obniżona zostanie łączna wartość oferty cenowej odwołującego o 127 500,00 zł netto, tj. 156 825,00 zł brutto - do kwoty

118 679 912,9 zł brutto;

ewentualnie o:

poprawienie w ofercie odwołującego ww. innej omyłki kierując się zasadą zminimalizowania ingerencji w treść oferty poprzez obniżenie przekroczonego limitu

do maksymalnego dopuszczalnego dla pozycji 8 45 (63%), a w następstwie wynikłych

w ten sposób konsekwencji liczbowych dla całkowitej ceny Grupy nr 8 oraz łącznej wartości oferty odwołującego;

4)powtórzenie czynności oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej;

5)zasądzenie od zamawiającego się na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym także wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł

(udokumentowanie kosztów pełnomocnika zostanie złożone);

6)rozpoznanie sprawy na rozprawie oraz umożliwienie odwołującemu oraz jego pełnomocnikowi uczestnictwa w formie zdalnej.

7)przeprowadzenie dowodu z:

a)KRS UTM sp. z o.o. - fakty podlegające wykazaniu: legitymacja czynna wniesienia odwołania, zasady reprezentacji;

b)ogłoszenia o zamówieniu 148218-2026 - Procedura konkurencyjna — fakty podlegające wykazaniu: ogłoszenie o zamówieniu, zakres rzeczowy zamówienia, procedura postępowania i wyboru ofert, zasady udziału w zamówieniu, dane zamawiającego, kryteria odrzucenia ofert;

c)specyfikacja warunków zamówienia nr postępowania OKA.D-3.2421.7.2026

z 27 lutego 2026 r. TOM I — fakty podlegające wykazaniu: zasady i warunki udziału oraz przebiegu postępowania;

warunki zamówienia;

d) formularz cenowy - specyfikacja warunków zamówienia nr postępowania OKA.D-3.2421.7.2026 z 27 lutego 2026 r. TOM IV - fakty podlegające wykazaniu: formularz cenowy Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem Kosztów (TER); obszerna liczba elementów jednostkowych (pozycji) podlegających kosztorysowaniu i kalkulacji; trzynaście głup kosztowych;

e) Tabela Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 — fakty podlegające wykazaniu: przyczyna odrzucenia oferty wykonawcy; ustalony limit kwotowy pozycji; obmiary Tabeli o charakterze szacunkowym, mogący ulec zmianie w czasie trwania umowy; nieistotna niezgodność oraz możliwość skorygowania danych tabeli jako innej omyłki; sposób poprawienia omyłki oraz wpływ poprawienia na inne dane liczbowe;

f) Formularz oferty nr postępowania OKA.D-3.2421.7.2026 oraz zbiorcze zestawienie kosztów nr postępowania OKA.D-3.2421.7.2026 — fakty podlegające wykazaniu: treść oferty wykonawcy; wysokość oferty cenowej wykonawcy; nieistotny wpływ poprawienia innej omyłki na treść oferty; nieistotna niezgodność oraz możliwość skorygowania danych tabeli jako innej omyłki; sposób poprawienia omyłki oraz wpływ poprawienia na inne dane liczbowe;

g) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 30.06.2026 r., sygn. OKA.D3.2421.7.2026 — fakty podlegające wykazaniu: czynność zamawiającego stanowiąca podstawę wniesienia odwołania; wybór oferty oraz odrzucenie oferty odwołującego; przyczyny oraz uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego; wadliwość

i niezasadność odrzucenia oferty;

h) Tabela Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 - Formularz kalkulacji poprawiony przez odwołującego (poglądowo) — fakty podlegające wykazaniu: wpływ zmiany ceny jednostkowej netto poz. 8.45. w Formularzu cenowym Tabeli Elementów Rozliczeniowych Głupa prac nr 8 — Estetyka do wysokości limitu 63% na łączną wartość grupy; nieistotny wpływ poprawienia innej omyłki na treść oferty; nieistotna niezgodność oraz możliwość skorygowania danych tabeli jako innej omyłki; sposób poprawienia omyłki oraz wpływ poprawienia na inne dane liczbowe;

i) zeznań świadka G.W., ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski fakty podlegające wykazaniu: potwierdzenie przez osobę sporządzającą kalkulację oferty odwołującego, w tym kalkulację Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 — Estetyka niezamierzonego popełnienia innej omyłki w treści oferty oraz jej przyczyn.

13 lipca 2026 r. zamawiający wezwał wraz kopią odwołania uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego 16 lipca 2026 r. zgłosił przystąpienie wykonawca AVR Spółka Akcyjna, Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków.

26 sierpnia 2026 r. pismo procesowe złożył wykonawca AVR Spółka Akcyjna, Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, przedstawiając stanowisko w sprawie.

26 sierpnia 2026 r. odpowiedź na odwołanie złożył zamawiający, przedstawiając stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, od odwołania uiszczono wpis, nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania, odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do złożenia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca zgłaszający przystąpienie.

Izba, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez zamawiającego, a także zawnioskowane i złożone w toku postępowania odwoławczego, przy czym wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka odwołujący wycofał na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu sprawy izba wzięła pod uwagę także stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, pisma procesowego przystępującego oraz stanowiska i oświadczenia obecnych na posiedzeniu i rozprawie, złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących niespornych ustaleń faktycznych za odwołującym i zamawiającym:

W pkt 16.5 IDW (TOM I SWZ) zamawiający postanowił:

„16.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

1) Formularz cenowy (Tom IV SWZ)- Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów., zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz Formularz cenowy (Tom IV SWZ)- Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów.”.

Formularz cenowy (Tom IV SWZ)- Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów należało sporządzić z uwzględnieniem wszelkich informacji znajdujących się w pkt 17 IDW (TOM I SWZ) - Opis sposobu obliczenia ceny oferty oraz wynikających bezpośrednio z treści samego wzoru Formularza cenowego – Tabeli Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (TOM IV SWZ).

W pkt 17.4. IDW (Tom I SWZ) zamawiający podał:

„17.4. Przekroczenie któregośkolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.”.

W Formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TOM IV SWZ) - Grupa prac nr 8 – Estetyka zamawiający pod tabelą w Uwagi pkt 5 podał: „Wartość poz. 8.45 znajdująca się w kolumnie G, będąca wynikiem przemnożenia oferowanej przez Wykonawcę ceny jednostkowej wskazanej w kolumnie E i ilości wskazanej w kolumnie F przez Zamawiającego, nie może być wyższa niż 63% kwoty stanowiącej łączną wartości Grupy 8, wskazanej w kolumnie G w poz. 59.”.

Odwolujący w Formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 — Estetyka zadeklarował wykonanie pozycji 8.45 (czyli: Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów) za cenę 9,20 zł/m² x 250 000 m² = 2 300 000,00 zł. Natomiast łączna wartość Grupy 8 to kwota: 3 576 008 zł, czyli wykonanie wskazanej pozycji wynosi 64,32% całości.

30 czerwca zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego:

„III. Informacja o Wykonawcy, którego oferta została odrzucona:

Oferta złożona przez UTDM Sp. z o. o.

ul. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski

– została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty:

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp: "Ileokroć w niniejszej ustawie jest mowa o (...) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego."

Jak wynika z powyższego warunki zamówienia są rozumiane szeroko. Można je podzielić na warunki merytoryczne, czyli odnoszące się do przedmiotu zamówienia

w tym wymagań związanych z jego realizacją oraz sposobem jego wykonania określone nie tylko w opisie przedmiotu zamówienia, ale również w projektowanych postanowieniach umownych oraz proceduralne dotyczące wymagań związanych

z postępowaniem. Odwołując się do ww. zakresu do zgodności oferty z warunkami zamówienia, ustawodawca rozstrzygnął w sposób jednoznaczny, że oferta musi być zgodna ze wszystkimi warunkami zarówno z merytorycznymi jak również proceduralnymi a jej zgodność jest oceniana przez pryzmat wszystkich dokumentów zamówienia.

Zgodnie z pkt 16.5 IDW (TOM I SWZ), Zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz Formularz cenowy (Tom IV SWZ) - Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów.

Formularz cenowy (Tom IV SWZ) - Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów należało sporządzić z uwzględnieniem wszelkich informacji znajdujących się w pkt 17 IDW - Opis sposobu obliczenia ceny oferty (TOM I SWZ) oraz wynikających bezpośrednio z treści samego wzoru Formularza cenowego – Tabeli Elementów Rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów.

W pkt 17.4. IDW (Tom I SWZ) Zamawiający wskazał, że przekroczenie któregośkolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający w Formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych pod tabelą

Grupa prac nr 8 – Estetyka zastrzegł: „Wartość poz. 8.45 znajdująca się w kolumnie G, będąca wynikiem przemnożenia

oferowanej przez Wykonawcę ceny jednostkowej wskazanej przez Zamawiającego w kolumnie E i ilości wskazanej w kolumnie F, nie może być wyższa niż 63% kwoty stanowiącej łączną wartości Grupy 8, wskazanej w kolumnie G w poz. 59.”

Wykonawca UTM Sp. z o.o. w Formularzu cenowym - Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa prac nr 8 – Estetyka zadeklarował wykonanie pozycji 8.45 (czyli: Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów) za cenę 9,20 zł/m² x 250 000 m² = 2 300 000,00 zł. Natomiast łączna wartość Grupy 8 to kwota: 3 576 008 zł, czyli wykonanie wskazanej pozycji wynosi 64,32% całości.

Powyższe oznacza, że Wykonawca przekroczył dopuszczalny limit o 1,32%.

Z uwagi na fakt, iż w ofercie wystąpiło przekroczenie narzuconego limitu ustanowionego przez Zamawiającego w dokumentach postępowania złożona oferta jest niezgodna

z wymogami Zamawiającego określonymi w SWZ (warunkami zamówienia) i podlega odrzuceniu.

Zamawiający zaznacza, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Oznacza to zakaz faworyzowania i dyskryminacji któregokolwiek z uczestników postępowania, konieczność stosowania tych samych wymogów i kryteriów oceny tak, by wszyscy mieli równy dostęp do zamówienia i jednakowe szanse w postępowaniu. Zamawiający, aby realizować te zasady sumiennie i rzetelnie, sporządza, a następnie odczytuje zapisy SWZ w sposób jednoznaczny. Skoro zatem Zamawiający w SWZ wprost wskazał, że tam, gdzie to wskazano w Tabelach, cena za wykonanie wskazanych zakresów zamówienia nie może przekroczyć określonych przez Zamawiającego limitów, to przekroczenie któregokolwiek z limitów ustanowionych w formularzach skutkuje uznaniem oferty za niezgodną z dokumentami zamówienia i odrzuceniem oferty, a zasada ta dotyczy wszystkich oferentów jednakowo.

Z kolei oferta, która jest niezgodna z postawionymi wprost wymogami podlega odrzuceniu. Zamawiający zaznacza, że obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wielokrotnie podkreślanym

i akcentowanym m.in. przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO), jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SWZ.

W orzecznictwie KIO panuje pogląd, iż niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia.

W przypadku oferty ww. Wykonawcy niezgodność dotyczy sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie i polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji. TER-y wraz z Zbiornym Zestawieniem Kosztów stanowią ofertę, zawierają ceny jednostkowe oraz ceny wyliczone na ich podstawie, po których będzie realizowane zamówienie, zatem niezgodność odnosi się do przyszłego świadczenia przedmiotu umowy.

Wykonawca zaoferował cenę niezgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi

w dokumentach postępowania, a niezgodności te nie kwalifikują się do poprawy jako omyłka, w związku z czym oferta podlega odrzuceniu.

W ślad za piśmiennictwem należy wskazać:

I. „Proces udzielania zamówień publicznych na podstawie nowego prawa zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecznictwem” pod red. Małgorzaty Śledziewskiej: - „niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji (obecnie warunkami zamówienia), która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ZamPubU04 (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ZamPubU). Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego,

a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (por. m.in. wyr. KIO z 13.03.2018 r., KIO 346/18, Legalis). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ZamPubU04, musi być zatem możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ (por. wyr. KIO z 26.07.2017 r., KIO 1402/17, Legalis) (wyr. KIO z 18.02.2020 r., KIO 222/20, Legalis)”.

II. „Prawo zamówień publicznych. Komentarz 2021”, wyd. 2 – red. M.J.,

D.G., J.J., A.M.: - „niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje zawartość merytoryczną oferty, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego”.

- „O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, można mówić w m.in.

w następujących przypadkach:

[...] 2) zakres lub sposób świadczenia wykonawcy wynikający z treści złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia;

[...]6) wykonawca nie złożył kosztorysu ofertowego lub złożył z błędami w sytuacji, gdy kosztorys ten stanowi treść oferty (por. wyr. KIO z 14.05.2021 r., KIO 865/21, Legalis)”.

Zamawiający wskazuje także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej aktualne na gruncie obecnej ustawy Pzp:

- wyr. KIO z 15.10.2020 r., KIO 2061/20, Legalis – podstawa faktyczna odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SWZ: "Podstawą faktyczną odrzucenia oferty

z powodu jej niezgodności z SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ] może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) [uw. aut. – obecnie SWZ], ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione w zakresie, w jakim zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ]”;

- wyr. KIO z 14.02.2020 r., KIO 191/20, Legalis – obowiązek wykonawcy złożenia oferty zgodnej z postanowieniami SWZ: "Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ [uw. aut.

– obecnie SWZ], która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty

z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3], zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ] wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy, przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ [uw. aut. – obecnie SWZ]”. W podobnym tonie wypowiedziała się Izba w Wyrokach KIO 1864/20 z 22.09.2020 r., KIO 555/20 z 28.05.2020 r., KIO 69/20 z 31.01.2020 r., KIO 865/21

z 14.05.2021. W związku z powyższym oferta ww. Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”.

Na podstawie ustawy Pzp:

1)art. 16 ust. 1-3:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2)przejrzysty;
- 3)proporcjonalny.”;

2)art. 17 ust. 1 pkt 1:

„1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1)najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz”;

3)art. 223 ust.1- 3:

„1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;”;

5) art. 239 ust. 1:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”.

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.

Odnosząc się do zarzutów odwołania w ocenie izby zarzuty nie potwierdziły się.

Odwołujący podał w uzasadnieniu odwołania w szczególności, że nie sposób zakładać, że wolą odwołującego było złożenie oferty naruszającej wytyczne SWZ w taki sposób, aby nieznacznie przekroczyć próg określony przez zamawiającego dla wyceny Grupy prac nr 8 – Estetyka, a zamawiający winien był omyłkę tę poprawić kierując się zasadą zminimalizowania ingerencji w treść oferty poprzez obniżenie przekroczonego limitu do maksymalnego dopuszczalnego dla pozycji 8.45 (63%), co spowodowałoby automatyczne obniżenie łącznej wartości całkowitej Grupy 8, ingerencja zamawiającego ogranicza się "łącznie do zmiany poz. 8.45. formularza cenowego Grupy 8 kolumny E55, z uwzględnieniem wszystkich następstw rachunkowych poprawienia tej omyłki, co nie wpłynęłoby na ranking ofert (str. 6 uzasadnienia odwołania). Odwołujący także podał odwołując się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w odrębnych sprawach, że limity relacji poszczególnych pozycji TER do wartości grupy prac zostały wypracowane w celu zwalczania praktyki polegającej na zawyżaniu cen prac części realizowanych i zaniżaniu cen prac wykonywanych sporadycznie, natomiast zamawiający ograniczył się do arytmetycznego ustalenia, że pozycja 8.45 stanowi 64,32% wartości Grupy 8 przy limicie 63%, a następnie automatycznie odrzucił ofertę, a takie działanie pomija cel ustanawiania takiego limitu (str. 14 uzasadnienia odwołania).

Izba ze stanowiskiem odwołującego nie zgodziła się. Nie była sporna treść warunku zamówienia w SWZ i pouczenie co do sankcji za jego niespełnienie. Z oferty wprost wynikało niespełnienie warunku co do wymaganego limitu (63 % kwoty stanowiącej łączną wartość Grupy 8, wskazanej w kolumnie G w poz. 59) odnośnie wartości poz. 8.45 w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TOM IV SWZ) Grupa prac nr 8 - Estetyka.

Na podstawie art. 7 pkt 29 ustawy Pzp:

„Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o:

29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;”.

Zamawiający ocenia zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, które stanowią również wymagania proceduralne, podane w SWZ. W ocenie izby instytucja poprawiania innej omyłki z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogła być zastosowana

w sprawie, ponieważ prowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty, wymagałoby bowiem zmiany wysokości danej części wynagrodzenia (obniżenie pozycji 8.45 i całej Grupy nr 8 – tak w odwołaniu tiret drugie na stronie 12 uzasadnienia odwołania).

Skoro odwołujący miał świadomość tak ważkiego warunku zamówienia, to powinien dołożyć należytej staranności w dotrzymaniu tego warunku zamówienia, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący powołał się na zasadę zminimalizowania ingerencji w treść oferty, nie wyjaśniając z którego przepisu

taka zasada wynika, tym samym potwierdził, że błąd

w ofercie należałoby poprawić w oderwaniu od rzeczywistych kosztów kalkulacji oferty, byle spełnić warunek zamówienia co do limitu – w sposób dowolny w oderwaniu od tej kalkulacji. Jak słusznie zauważył na rozprawie przystępujący zamawiający nie określił sztywnego limitu 63%, co skutkuje niemożliwością zmiany w jeden możliwy sposób.

W odwołaniu odwołujący zaproponował możliwą zmianę treści oferty, szczegółowo wskazując jak ma ona wyglądać, podczas gdy przepis art. 223 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje na samodzielne czynności zamawiającego, następnie notyfikowane wykonawcy (zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi

w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki).

Błędnie w ocenie izby odwołujący wywodzi w sprawie zasadność zastosowania przez zamawiającego art. 223 ust. 2 ustawy Pzp celem zniwelowania formalizmu, ponieważ zdaje się nie dostrzegać, że nie można konwalidować błędu wykonawcy

w złożonej ofercie, gdy oferta jest niezgodna z warunkiem zamówienia, co wprost wynika z jej treści, przy czym istotność warunku zamówienia – konieczność zachowania odpowiednich limitów podkreśla rygor odrzucenia oferty w razie niezgodności, wprost wyartykułowany przez zamawiającego w SWZ. W ocenie izby odstępstwo od danego warunku zamówienia skutkować winno odrzuceniem oferty niezgodnej z tym warunkiem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a zatem nie można zamawiającemu zarzucić naruszenia przepisów tak, jak to wskazał w odwołaniu odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania co do zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty, w ocenie izby zarzut ten nie potwierdził się, ponieważ zamawiający nie miał wątpliwości co do treści oferty, wprost z jej treści wynikało niespełnienie danego warunku, natomiast wezwanie odwołującego do wyjaśnień w istocie prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji treści oferty odwołującego i dokonywania zmian w jej treści w kierunku aby spełniała dany warunek zamówienia, choć go nie spełniała (w odwołaniu na stronie 12 uzasadnienia odwołujący podał dość złożony sposób ewentualnej korekty jego oferty cenowej przy koniecznych założeniach jakie tam podał).

Odnosząc się do zarzutów 3 i 4 odwołania również te się nie potwierdziły jako zarzuty wynikowe zarzutów 1 i 2, a oddalenie tych zarzutów wynikowych w ocenie izby nie wymaga szerszego uzasadnienia.

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).

W tym stanie rzeczy, izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 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. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę, stanowiącą uzasadnione koszty strony, ponieważ zamawiający wniósł o zasądzenie kosztów i złożył fakturę.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: