

WYROK
z dnia 3 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Ewa Kisiel

Daniel Konicz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2016 r. w Warszawie odwołania z dnia 16 maja 2016 r. wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marco Polo 57, 51-504 Wrocław [pełnomocnik], [2] J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.J. Firma – W, ul. Kamiennogórska 15 A, 58-570 Jelenia Góra w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 2) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marco Polo 57, 51-504 Wrocław [pełnomocnik], [2] J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.J. Firma – W, ul. Kamiennogórska 15 A, 58-570 Jelenia Góra, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marco Polo 57, 51-504 Wrocław [pełnomocnik], [2] J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.J. Firma – W, ul. Kamiennogórska 15 A, 58-570 Jelenia Góra stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa drogi, budowa chodnika w ciągu drogi wojewódzkiej nr 365 wraz z budowa kładek dla pieszych w miejscowości Dziwiszów w gminie Jeżów Sudecki«.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w BZP 14.03.2016 r. pozycja 25891. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 11.05.2016 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze;
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marco Polo 57, 51-504 Wrocław [pełnomocnik], [2] J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.J. Firma – W, ul. Kamiennogórska 15 A, 58-570 Jelenia Góra, gdyż wykonawcy ci nie wnieśli wadium (wadliwa gwarancja ubezpieczeniowa na jednego z członków konsorcjum) – art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Marco Polo 57, 51-504 Wrocław [pełnomocnik], [2] J.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W.J. Firma – W, ul. Kamiennogórska 15 A, 58-570 Jelenia Góra, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 16.05.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie (jednocześnie, na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp, odwołujący złożył informację do zamawiającego o naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych) na:

- 1) podjęcie czynności polegającej na wykluczeniu (na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) odwołującego z postępowania na podstawie wniesienia przez odwołującego wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-554844 z 6.04.2016 r., co w rezultacie doprowadziło to do uznania, że oferta złożona przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w

Jeleniej Górze jest ofertą najkorzystniejszą, przy jednoczesnym wykluczeniu odwołującego;

- 2) zaniechanie czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie:
 - a) braku dowodów określających, czy roboty budowlane wykazane w załączniku nr 6 „Wykaz robót budowlanych” zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,
 - b) załączenia do oferty kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez odwołującego, podczas gdy powinny być one poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, udzielający referencji,
 - c) braku oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia – przez załączenie do oferty kopii zobowiązania Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o.,
 - d) rozbieżności pomiędzy załącznikiem nr 6 do SIWZ „Wykaz robót budowlanych” a załączonymi do oferty referencjami dla konsorcjum firm z 20.01.2015 r., w przedmiocie siedziby Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o.;
- 3) zaniechanie czynności polegających na wezwaniu do złożenia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie:
 - a) dostarczenia kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, udzielający referencji,
 - b) dostarczenia oryginału zobowiązania Przedsiębiorstwa Wielobranżowego

- „BANIMEX” sp. z o.o., dotyczącego udostępnienia odwołującemu swoich zasobów na okres wykonywania zamówienia,
- c) dostarczenia dokumentu stwierdzającego aktualną siedzibę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o. w postaci pełnego odpisu KRS;
- 4) zaniechanie czynności polegającej na niezwłocznym zawiadomieniu – w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp – o dokonanej przez zamawiającego poprawie stwierdzonych w treści załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie robót do celów rozliczeń” oraz załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie cenowe” oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 pkt 4 Pzp oraz przepisu art. 369 i art. 370 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu złożenia wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-554844 z 6.04.2016 r.; w gwarancji tej jako zobowiązanego wymieniono jedynie partnera konsorcjum Pana J.W. (J.W. Firma – W); zdaniem zamawiającego z treści gwarancji nie wynika, żeby obejmowała ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjantów. Przedstawienie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium było jednak prawidłowe, orzecznictwo KIO potwierdza możliwość przedstawienia gwarancji zapłaty wadium, wystawionej tylko na jednego z członków konsorcjum. Wystawienie takiej gwarancji w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego, który może żądać zapłaty wadium w wypadku zaistnienia po stronie któregośkolwiek z konsorcjantów podstawy takiego żądania. Członkowie Konsorcjum ponoszą bowiem wobec zamawiającego odpowiedzialność solidarną. Pominięcie w treści dokumentu gwarancji Spółki Pro-Tra Building Sp. z o.o. nie może więc stanowić podstawy uznania, że odwołujący przedstawił wadliwą gwarancję. Odwołujący spełnił warunki wniesienia wadium określone w SIWZ i w art. 45 Pzp, tj. wadium wniesiono w jednej z ustawowo dopuszczalnych form jego wniesienia (gwarancja ubezpieczeniowa) w terminie do upływu terminu na składanie ofert. Spełniono tym samym również warunki SIWZ (cz. VII ust. 1 lit. d), przewidujące możliwość wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez:
- a) zaniechanie podjęcia czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie:
- braku dowodów określających, czy roboty budowlane wykazane w załączniku nr 6 „Wykaz robót budowlanych” zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – przez załączenie do oferty kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez odwołującego, podczas gdy powinny być one poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot udzielający referencji,
 - braku oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia – przez załączenie do oferty kopii zobowiązania firmy „BANIMEX” sp. z o.o.,
 - rozbieżności pomiędzy załącznikiem nr 6 do SIWZ „Wykaz robót budowlanych” a załączonymi do oferty referencjami dla Konsorcjum firm z

20.01.2015 r. w przedmiocie siedziby Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o.,

- b) zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności polegających na wezwaniu do złożenia, w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, w wyznaczonym terminie, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie:
- dostarczenia kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot udzielający referencji,
 - dostarczenia oryginału zobowiązania firmy „BANIMEX” sp. z o.o.,

- udostępniającej odwołującemu swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia,
- dostarczenia dokumentu stwierdzającego aktualną siedzibę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o., w postaci pełnego odpisu KRS, a to przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek uzasadnienia ww. zaniechań w treści pisma zamawiającego z 11.05.2016 r. powiadamiającego m.in. o wykluczeniu z postępowania wykonawców, w tym odwołującego, podczas gdy wskazane powyżej a zaniechane czynności były bezwzględny obowiązkiem spoczywającym na wskutek (z w dużej zamawiającym wystąpienia przyczyn mierze niezależnych od odwołującego) dostrzeżonych rozbieżności i braków w złożonej przez odwołującego dokumentacji ofertowej, co w konsekwencji należy uznać za przeprowadzenie postępowania w sposób uczciwej konkurencji równego niezapewniającego zachowania oraz traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp);
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego czynności polegającej na niezwłocznym zawiadomieniu – w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp – o dokonanej przez zamawiającego poprawie stwierdzonych w treści załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie robót do celów rozliczeń” oraz załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie cenowe” oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych przez zamawiającego poprawek, przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek uzasadnienia ww. zaniechania w treści pisma zamawiającego z 11.05.2016 r., powiadamiającego m.in. o wykluczeniu z postępowania wykonawców, w tym odwołującego, podczas gdy czynność ta była bezwzględny obowiązkiem spoczywającym na zamawiającym wskutek wystąpienia dostrzeżonych omyłek w złożonej przez odwołującego dokumentacji ofertowej.

Celem uzasadnienia dopuszczalności i zasadności odwołania, odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów:

- 1) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) zatwierdzonej 14.03.2016 r. – na okoliczność warunków udziału w postępowaniu;
- 2) formularza oferty wniesionej przez odwołującego z załącznikami – na okoliczność ich treści;
- 3) pisma zamawiającego z 11.05.2016 r. nr NI.2720.28.2016 z wydrukiem wiadomości e-mail Pani M. M. z 11.05.2016 r. – na okoliczność treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i na okoliczność treści informacji o wykluczeniu odwołującego oraz wskazanej przez zamawiającego przyczynie wykluczenia, na okoliczność daty uzyskania przez odwołującego wiadomości o zaskarżonych czynnościach zamawiającego;
- 4) KRS PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. – na okoliczność właściwej reprezentacji lidera konsorcjum;
- 5) pełnomocnictwa udzielonego przez Partnera Konsorcjum na rzecz PRO-TRA BUILDING Sp. z o.o. (dołączonego do oferty odwołującego) – na okoliczność należytego umocowania pełnomocnika odwołującego;
- 6) umowy konsorcjum – na okoliczność treści stosunku prawnego nawiązanego przez uczestników konsorcjum.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisu art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp, w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia nie została zawarta;
- 2) o unieważnienie umowy albo o unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej albo o nałożenie kary finansowej, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Pzp, w przypadku zawarcia umowy;
- 3) o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty – oferty nr 2 złożonej przez wykonawcę Sudeckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze;
- 4) o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z

- uwzględnieniem oferty odwołującego, przy ewentualnym jednoczesnym zobowiązaniu zamawiającego do wezwania do uzupełnienia braków oferty;
- 5) o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu uiszczonego za odwołanie, a w przypadku gdy w postępowaniu tym zgłosi swój udział pełnomocnik, to także kosztów zastępstwa procesowego.
-

Na rozprawie odwołujący odstąpił od popierania wniosku nr 2, gdyż zamawiający oświadczył, że w postępowaniu nie zawarł umowy.

Argumentacja odwołującego

I. Warunki udziału w postępowaniu określała SIWZ zatwierdzona 14.03.2016 r. W oparciu o jej postanowienia odwołujący złożył ofertę w ww. postępowaniu.

Dowód: z dokumentów tj.:

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zatwierdzonej 14.03.2016 r. – na okoliczność warunków udziału w postępowaniu;
- formularza oferty wniesionej przez odwołującego z załącznikami – na okoliczność ich treści;
- umowy konsorcjum – na okoliczność treści stosunku prawnego nawiązanego przez uczestników konsorcjum.

Pismem z 11.05.2016 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pismo to doręczono odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej 11.05.2016 r. Dowodzi to zachowania terminu do wniesienia odwołania.

Dowód: pismo zamawiającego z 11.05.2016 r. nr NI.2720.28.2016 z wydrukiem wiadomości e-mail Pani M. M. z 11.05.2016 r. – na okoliczność treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na okoliczność treści informacji o wykluczeniu odwołującego oraz wskazanej przez zamawiającego przyczynie wykluczenia, na okoliczność daty uzyskania przez odwołującego wiadomości o zaskarżonych czynnościach zamawiającego.

W uzasadnieniu przyczyny wykluczenia odwołującego zamawiający wskazał na rzekome wadliwości złożonej wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Wadliwości miały polegać na tym, że zakres gwarancji miał obejmować (w mylnej ocenie zamawiającego) wyłącznie działania lub zaniechania Pana J.W., z pominięciem wykonawcy Pro-Tra Building Sp. z o.o., podczas gdy obaj konsorcjanci złożyli wspólną ofertę. Z treści gwarancji miało nie wynikać (w ocenie zamawiającego), żeby gwarancja obejmowała okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia przez obu konsorcjantów. Z tym stanowiskiem nie zgadza się odwołujący.

II. Odwołujący wskazuje, że działania zamawiającego stanowią naruszenie oznaczonych w komparycji odwołania przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy do upływu terminu składania ofert nie wnieśli wadium.

Odwołujący złożył ofertę w terminie składania ofert. Jeden z załączników do oferty stanowiła gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998-554844 z 6.04.2016 r. Wadium wniesiono w wymaganym terminie (art. 45 ust. 3 Pzp, tj. wniesiono wadium do czasu upływu terminu składania ofert), jak również w jednej z ustawowo dopuszczalnych form wnoszenia wadium (w formie gwarancji ubezpieczeniowej, przepis art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp). Spełniono tym samym również warunki pkt VII ust. 1 lit. d SIWZ, przewidujące możliwość wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Spełniono również wszelkie pozostałe warunki pkt VII SIWZ („Wymagania dotyczące wadium”), tj.:

- wadium wniesiono w wysokości 100.000 zł;
- beneficjentem gwarancji ubezpieczeniowej wniesienia wadium był zamawiający;
- kopię dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wniesienia wadium dołączono do oferty;
- oryginał dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wniesienia wadium dostarczono zamawiającemu zgodnie z warunkami SIWZ;
- dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium zawiera klauzulę gwarancji zapłaty wymaganej kwoty wadium po zaistnieniu okoliczności wskazanych w pkt VII

ust. 11 i 12 SIWZ, tj. odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, braku wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak również gdy wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie naruszył żadnego z warunków ustawy ani SIWZ, a mimo tego został wykluczony z postępowania. W treści SIWZ nie było szczególnych wymagań dotyczących wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, np. wymagania odnośnie konieczności wystawienia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej

zapłaty wadium na wszystkich Członków Konsorcjum. Nie było w tym zakresie określonych szczególnych obowiązków, którym odwołujący mógłby ewentualnie uchybić.

Wszelkie wymagania wniesienia wadium, określone w SIWZ, odwołujący spełnił. Odwołujący swe czynności w zakresie wniesienia wadium podjął zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego.

Stanowisko zamawiającego prowadzi do niemożliwego do zaakceptowania wniosku, w którym np. wniesienie wadium w pieniądzu przez dokonanie przelewu kwoty wadium z rachunku tylko jednego konsorcjanta mogłoby zostać uznane za wadliwe, albowiem zamawiający wymagałby dokonania wpłaty wadium w pieniądzu np. w częściach równych przez wszystkich konsorcjantów, albo alternatywnie przez konsorcjantów proporcjonalnie do zakresu przyjętych przez siebie obowiązków. W ocenie odwołującego oczywiste jest, że wadium (w jakiegokolwiek formie przewidziane ustawą) może prawidłowo i skutecznie wnieść każdy z konsorcjantów, ze skutkiem dla wszystkich członków konsorcjum.

III. W odniesieniu do treści zarzutu obrazy przepisu art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego względem odwołującego podjęcia czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz zaniechaniu czynności polegających na wezwaniu do złożenia w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp – odwołujący wskazał na jednolite stanowisko orzecznictwa oraz doktryny, stosownie do którego w przypadku dostarczenia przez wykonawcę dokumentów niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania zawierających braki (w tym braki o charakterze formalnym, w postaci np. braku potwierdzenia kopii dokumentu za zgodność z oryginałem) i rozbieżności co do elementów treści różnych złożonych dokumentów – na zamawiającym przewidzianych treścią art. 26 ust. 3 i 4 Pzp trybów usunięcia stwierdzonych rozbieżności oraz uzupełnienia wykrytych braków;

Podjęcie przewidzianych prawem środków sanacji wykrytych braków i rozbieżności jest obowiązkiem zamawiającego. Przepisy art 26 ust. 3 i 4 Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych (komentarz do art. 26 Pzp, wyd. 13, 2015 r., red. J. Pieróg, vide wyrok KIO z 9 marca 2012 r., KIO 419/12, również wyrok SO w Katowicach z 11 kwietnia 2013 r., XIX Ga 179/13, niepubl.) Jak słusznie wskazuje się przy tym, taka interpretacja charakteru ww. przepisów eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający wychodząc z bezpodstawnego (patrz zarzuty przedstawione powyżej) przyjęcia, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, odstąpił od podjęcia próby sanowania stwierdzonych braków. Na żadnym etapie postępowania odwołujący nie otrzymał od zamawiającego jakiegokolwiek wezwania do uzupełnienia stwierdzonych braków bądź do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. Tymczasem ewentualna próba sanacji ww. braków przyniosłaby, zdaniem odwołującego

pozytywne rezultaty, gdyż odwołujący jest w posiadaniu dokumentów, względem których odnosiły się stwierdzone pismem z 11.05.2016 r. wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że:

- dysponuje poświadczonymi przez podmioty udzielające referencji – za zgodność z oryginałem kopiami dokumentów określających, czy roboty budowlane wykazane w załączniku nr 6 „Wykaz robót budowlanych” zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;
- dysponuje oryginałem zobowiązania spółki „BANIMEX” sp. z o.o. udostępniającej odwołującemu swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia;
- dysponuje dokumentem stwierdzającym aktualną siedzibę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o., w postaci pełnego odpisu KRS tego podmiotu, wraz z dokumentem potwierdzającym mającą miejsce w 2015 r. zmianę siedziby Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o., w postaci kopii Postanowienia Sądu Rejonowego Katowice-Wschód Wydział VIII Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego z 31.07.2015 r. w przedmiocie wpisu zmiany danych podmiotu w KRS.

Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że w wypadku dowiedzenia, że odrzucenie oferty odwołującego było bezpodstawne, co jest celem odwołania, Zamawiający niewątpliwie będzie musiał powrócić do sprawy wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu braku oświadczeń lub dokumentów i wezwać odwołującego do ich uzupełnienia właśnie w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Istotność znaczenia przywoływanych instytucji potwierdza również podkreślanie w orzecznictwie KIO, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego formułowania wezwań przez dokładne wskazanie, jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości, w jaki sposób należy wykonać wezwanie (tak m.in. wyroki KIO 529/13, KIO 1659/12, KIO 2628/13).

IV. W odniesieniu do treści zarzutu obrazy art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego względem odwołującego czynności polegającej na niezwłocznym

zawiadomieniu – w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp – o dokonanej przez zamawiającego poprawie stwierdzonych w treści załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie robót do celów rozliczeń” oraz załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie cenowe” oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, wskazać należy, że stosownie do jednolitego stanowiska doktryny i orzecznictwa zamawiający ma prawo i obowiązek poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, a zarazem spoczywa na nim obowiązek – w przypadku poprawienia omyłek – zawiadomienia o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Z obowiązku tego nie zwalnia zamawiającego fakt, że w zakresie poprawy omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp wykonawca nie ma prawa zajmować żadnego stanowiska. Odwołujący podkreśla, że na żadnym etapie postępowania zamawiający nie poinformował go o fakcie poprawienia błędów rachunkowych stwierdzonych w treści załącznika do oferty nr 2 „Zestawienie robót do celów rozliczeń” oraz załącznika do oferty nr 2 „Zestawienia cenowe”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 16.05.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 16.05.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp), jednak żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto Izba oparła wyrok na dowodzie złożonym przez odwołującego (dowód nr 1) oświadczenie gwaranta Uniq z 30 maja 2016 r., na wykazanie, że gwarant nie widzi żadnych powodów, które uniemożliwiłyby wypłatę odpowiedniej kwoty zamawiającemu, gdyby zamawiający zwrócił się do gwaranta o wypłatę wadium.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 pkt 4 Pzp oraz przepisu art. 369 i art. 370 Kc w zw. z art. 14 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu złożenia wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium; w gwarancji tej jako zobowiązanego wymieniono jedynie partnera konsorcjum Pana J.W., a zdaniem zamawiającego z treści gwarancji nie wynika, żeby gwarancja obejmowała okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjantów – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający nie stawiał żadnych szczególnych warunków ani wymagań do wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Mimo to zamawiający napotykał się na gwarancję wystawioną

Izba stwierdziła, że zamawiający ustanowił w cz. VII ust. 1 lit. d SIWZ wymagania dotyczące wadium, co było podaniem wysokości wadium (100.000 zł) i w zasadzie przytoczeniem art. 46 ust. 6 Pzp. Art. 46 ust. 6 Pzp brzmi »Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620)«. Ponadto zamawiający nigdzie nie ustanowił żadnych szczególnych wymagań odnośnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Mimo że wykonawca (obecny odwołujący) wniósł wadium w wymaganej wysokości i w wymaganym miejscu oraz w wymaganej formie, zamawiający wykluczył odwołującego z powodu wniesienia nieprawidłowego wadium. Jako powód uznania tego wadium, a właściwie tej gwarancji za wadliwą zamawiający podał, że gwarancja obejmuje swoim zakresem

wyłącznie działania lub zaniechania podmiotu „W” J.W. z pominięciem wykonawcy PRO-TRA, z którą wykonawca J.W. złożył ofertę wspólną i w treści gwarancji zamawiający nie znalazł, że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Poza tym zamawiający ofertę wykluczonego wykonawcy uznał za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Izba skonstatowała, że w rozpoznawanym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający w specyfikacji nie nakazał szczególnego zachowania w przypadku wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Także żadnych szczególnych warunków w takich przypadkach nie przewidują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Również po upływie terminu składania ofert zamawiający nie może zmienić podejście do problemu wnoszenia wadium. Takie szczególne traktowanie wnoszenia wadium dopuszczone zostało w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15 »Zamawiający mógł wskazać w SIWZ, że w przypadku wnoszenia wadium w postaci gwarancji bankowych bądź ubezpieczeniowych w treści gwarancji powinny znajdować się wszystkie podmioty działające wspólnie, co w przypadku podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia związanych umową konsorcjum oznaczałoby konieczność

wymienienia ich wszystkich». W specyfikacji nie znalazły się szczególne uwarunkowania dlatego zamawiający powinien zbadać w ramach zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia zgodnie z tymi samymi regułami jak i wykonawców samodzielnie ubiegających się o udzielenia zamówienia.

Izba podkreśla, że instytucja wadium jest określona w art. 70⁴ ust. 1 i ust. 2 zdanie pierwsze Kc, który należy stosować w zamówieniach publicznych ze względu na unormowanie art. 14 Pzp. Przepis art. 70⁴ ust. 1 Kc brzmi »W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium)«. Przepis art. 70⁴ ust. 2 zdanie pierwsze Kc brzmi »Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia«. Przepis art. 14 Pzp brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [...], jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«.

Zamawiający nie dowiódł, że złożona gwarancja ubezpieczeniowa nie zabezpiecza go na wypadek zaistnienia choćby jednej z niewłaściwych reakcji mogących być uczynionymi

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, które to zachowania zostały określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Nawet przeciwnie, to odwołujący wykazał przez dowód nr 1, że interes zamawiającego w zakresie wadium będzie zabezpieczony, zgodnie z dowodem nr 1 – oświadczenie gwaranta Uniq z 30 maja 2016 r., na wykazanie, że gwarant obejmuje gwarancją ofertę złożoną przez oby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu.

Zgodnie z art. 141 Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis art. 141 Pzp brzmi »Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy«. Izba stwierdza, że w związku z tą solidarną odpowiedzialnością oraz nakazem stosowania przepisów dotyczących samodzielnego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia (art. 23 ust. 3 Pzp) brak jest możliwości zróżnicowania odpowiedzialności w stosunku do któregośkolwiek spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia. Art. 23 ust. 3 Pzp brzmi »Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1«. Tak również stanowią przepisy art. 367 Kc, który brzmi »Zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej«.

Dlatego, jeżeli jakkolwiek spośród tych wykonawców odstąpi od podpisania umowy lub nie zastosuje się do innych postanowień zamawiającego, zamawiający będzie uprawniony do zaspokojenia się z gwarancji wadialnej. Ponadto w praktyce nie ma znaczenia czy do stanu takiego doprowadzą działania czy zaniechania podmiotu upelnomocnionego na podstawie art. 23 ust. 2 Pzp czy któregośkolwiek innego podmiotu spośród pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, gdyż przepisy nie rozróżniają tych podmiotów. Art. 23 ust. 2 Pzp brzmi »W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego«. Podobnie w przytoczonym wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 października 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1313/15 Sąd skupił się na pełnomocniku, ale nie rozróżniał działań któregośkolwiek z wykonawców w zakresie wadium wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba zauważa, że konsekwentne stosowanie rozróżnienia, że tylko upelnomocniony wykonawca może wnosić wadium w imieniu wszystkich pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, mogłoby doprowadzić do trudnego do zaakceptowania wniosku, że wniesienie wadium w pieniądzu przelewem z rachunku jednego spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinno zostać

uznane za wadliwe w przypadku wniesienia przelewu z konta innego niż konto pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z tym Izba uwzględniła zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 45 ust. 3 i 6 pkt 4 Pzp oraz przepisu art. 369 i art. 370 Kc w zw. z art. 14 Pzp – przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu złożenia wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej, gdy zdaniem zamawiającego z treści gwarancji nie wynikało, żeby obejmowała ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjantów, mimo że odwołujący wniósł wadium w jednej z ustawowo dopuszczalnych form jego wniesienia (gwarancja ubezpieczeniowa) w terminie do upływu terminu na składanie ofert i odwołujący spełnił wszystkie warunki określone w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i w cz. VII ust. 1 lit. d SIWZ.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez (a) zaniechanie podjęcia czynności polegających na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie: (1) braku dowodów określających, czy roboty budowlane wykazane w załączniku nr 6 „Wykaz robót budowlanych” zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – przez załączenie do oferty kopii referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez odwołującego, podczas gdy powinny być one poświadczane za zgodność z oryginałem przez podmiot udzielający referencji, (2) braku oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby na okres wykonywania zamówienia – przez załączenie do oferty kopii zobowiązania Przedsiębiorstwa sp. Wielobranżowego „BANIMEX” z o.o., (3) wystąpienia rozbieżności pomiędzy załącznikiem nr 6 do SIWZ a załączonymi do oferty referencjami dla konsorcjum firm z 20.01.2015 r. w przedmiocie siedziby Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BANIMEX” sp. z o.o. oraz (b) zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności polegających na wezwaniu do złożenia, w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, w wyznaczonym terminie, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zakresie uzupełnienia tych dokumentów, co w konsekwencji należy uznać za przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp) – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający błędnie uznając ofertę odwołującego za odrzuconą i napotykać się na wyżej wymienione braki lub uchybienia w ofercie odwołującego, zaniechał w procedurze oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o

udzielenie zamówienia i badania ofert wezwania odwołującego do złożenia odpowiednich dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Izba jest obowiązana uznać, że zarzut drugi jest zasadny. Izba stwierdza, że zamawiający na podstawie przytoczonego art. 26 ust. 3 Pzp ma obowiązek wystąpienia do wykonawcy, w którego ofercie zauważył braki, o uzupełnienie oferty o właściwe dokumenty. W związku z tym, że zamawiający wskazał te brakujące dokumenty w informacji o odrzuceniu oferty z 11.05.2016 r. zamawiający powinien wystąpić o te dokumenty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a następnie dokonać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w przypadku uznania, że odwołujący nie podlega wykluczeniu przeprowadzić dalsze działania w procedurze wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby, zarzut trzeci – naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie czynności polegającej na niezwłocznym zawiadomieniu o dokonanej

poprawie stwierdzonych w treści oferty z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że przepis art. 87 ust. 2 Pzp składa się z trzech elementów wprowadzenia do wyliczenia, punktów (wyliczenie kolumnowe) i kończy się częścią wspólną odnoszącą się do wszystkich punktów (lub liter jak w art. 29 ust. 4 pkt 1 Pzp). W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych takie konstrukcje przepisów znajdują się w art. 29 ust. 4 pkt 1, art. 30 ust. 4, art. 33 ust. 3, art. 93 ust. 3, art. 131l ust. 4, art. 131f, art. 136 ust. 1, art. 142 ust. 5, art. 143a ust. 2, art. 200 ust. 1 i ust. 2 oraz w art. 227.

W przypadku wystąpienia kończenia wyliczenia punktowego częścią wspólną, punkty są kończone nie jak typowo średnikami i ostatni kropką, ale są kończone przecinkami i na końcu ostatniego punktu wyliczenia nie stawia się żadnego znaku przestankowego, a pod ostatnim punktem wpisuje się końcową część wspólną. Wynika to z § 57 ust. 3 zasad techniki prawodawczej stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908) (ZTP). § 57 ust. 3 ZTP brzmi »Punkt oznacza się cyfrą arabską z nawiasem z prawej strony, z zachowaniem ciągłości numeracji w obrębie danego artykułu albo ustępu, a przy powoływaniu – skrótem „pkt” bez względu na liczbę i przypadek oraz cyfrą arabską bez nawiasu. Każdy punkt kończy się średnikiem, a ostatni kropką, chyba że wyliczenie kończy się częścią wspólną odnoszącą się do wszystkich punktów. W takim przypadku kropkę stawia się po części wspólnej«. Końcowa część wspólna odnosi się do każdego z punktów ustępu kończonego częścią wspólną podobnie jak wprowadzenie do wyliczenia odnosi się do każdego z punktów. O konstruowaniu przepisów stanowią zwłaszcza § 56-58. § 56 ust. 1 ZTP brzmi »W obrębie artykułu (ustępu) zawierającego wyliczenie wyróżnia się dwie części: wprowadzenie do wyliczenia oraz punkty. Wyliczenie może kończyć się częścią wspólną, odnoszącą się do wszystkich punktów«. Ponadto na działania legislacyjne w tym zakresie ma duże znaczenie praktyka i – oczywiście – reguły interpunkcyjne języka polskiego, a szczegółowe omówienie tych działań znajduje się w »Komentarzu do zasad techniki prawodawczej« Sławomiry Wronkowskiej i Macieja Ziemińskiego, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004 r.

Skład orzekający Izby uważa, że w działaniach praktycznych częstokroć pomija się przytaczanie przepisów w pełnym brzmieniu, a w analizowanym przepisie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp zwyczajowo „rzuca się” tylko hasłowo brzmienie trzech wyrazów początku punktu drugiego »oczywiste omyłki rachunkowe« bez przytaczania główki (wprowadzenia do wyliczenia), zakończenia tekstu punktu i końcowej części wspólnej. Jednak prawidłowo art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«.

W związku z tym brzmieniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie ma wątpliwości, że zamawiający powinien niezwłocznie zawiadomić wykonawcę o dokonanych w ofercie poprawkach. Jednocześnie Izba musi stwierdzić, że jeżeli w prowadzeniu procedury nie ma przerwy w działaniach zamawiającego i na przykład na jednym posiedzeniu komisji przetargowej zamawiającego są dokonywane poprawki w ofertach zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 Pzp i wybranie najkorzystniejszej oferty zamawiający może zawiadomić o poprawie ofert i o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym samym piśmie. Jest to zależne od każdorazowej konkretnej sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego. W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że między czynnością dokonania poprawek, a momentem wystosowania zawiadomienia o efektach tej czynności upłynął czas niemieszczący się w ustawowej niezwłoczności zawiadomienia. Izba zaznacza, że rozważania te nie odnoszą się do nierozpoznawanego w tej procedurze przypadku określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego zaniechania niezwłocznego zawiadomienia odwołującego o dokonaniu poprawek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....