

WYROK

z dnia 23 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** od czynności Zamawiającego – **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji „Wod.-Kan.” spółka z o.o., ul. Św. Faustyny 9, 97-400 Bełchatów**

przy udziale konsorcjum wykonawców: **„Hemex – Budownictwo” sp. z o.o., ul Stary Rynek 4, 09-402 Płock** **„Przedsiębiorstwo Agat” S.A., ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest „budowa i modernizacja systemu sieci wodno-kanalizacyjnej na terenie miasta Bełchatowa, Kontrakt 03- Budowa kanalizacji sanitarnej, deszczowej i wodociągu w Osiedlu Ludwików”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 kwietnia 2010r. pod nr S/72-107636.

W dniu 1 lipca 2010 r., Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców „Hemex – Budownictwo” sp. z o.o., ul Stary Rynek 4, 09-402 Płock oraz „Przedsiębiorstwo Agat” S.A., ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki, zwanych dalej „Przystępującym”.

Od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia Przystępującego, a w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty na odrzuconą Odwołujący wniósł w dniu 9 lipca 2010r. odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, który uznał iż Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 12 mln zł.

Wywodził, że członkowie konsorcjum Przystępującego tj. Hemex - Budownictwo spółka z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Agat S.A. złożyli wraz z ofertą polisy potwierdzające posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną odpowiednio 8 mln PLN oraz 10 mln PLN, wobec czego żaden z członków konsorcjum nie spełnił wymagania w zakresie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 12 mln PLN. W konsekwencji Przystępujący - wykonawcy występujący wspólnie - nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu. Powyższe zaniechanie Zamawiającego,

w jego ocenie, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jest niezgodne z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie zgodził się także z czynnością Zamawiającego, który powołując się na przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, pismem z dnia 17.06.2010r nr DN/DJT/JRP/961/2010 dokonał poprawienia w formularzu ofertowym Przystępującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, uznając iż Przystępujący udzielił gwarancji jakości na wymagany przez Zamawiającego okres 5 lat, a wpisanie do formularza ofertowego cyfry „3” było wynikiem błędu ludzkiego.

Wywodził, że wpisanie przez Przystępującego w treści formularza ofertowego 36 miesięcznego okresu gwarancji powoduje, że brak jest możliwości poprawienia tego zapisu bez zmiany oferty. Udzielenie gwarancji w określonym wymiarze czasowym było bowiem jednym z wymogów SIWZ, a więc jednocześnie wymogiem jaki wykonawca miał spełnić składając ofertę. Nanieśnienie poprawek było więc zmianą treści oferty złożonej przez wykonawcę.

Argumentował, że zgodnie z art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w SIWZ. Ponadto zgodnie z art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca jest związany swoją ofertą i po upływie terminu składania ofert nie może jej zmienić. Podkreślał, że nie można oświadczenia o akceptacji wzoru niekompletnej umowy, w oparciu o które Zamawiający poprawił omyłkę, uznać za źródło odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji jakości. Nie podzielał stanowiska Zamawiającego, że podstawą zobowiązania wykonawcy a zarazem jego treścią, w zakresie udzielenia gwarancji jakości, było zaakceptowanie wzoru umowy i zawartych w nim postanowień, gdyż w żadnym stopniu nie są one wiążące i mogą zostać zmienione, np. w sytuacji gdy ktoś z wykonawców zaproponowałby dłuższy niż 60-miesięczny okres gwarancji. Zwracał uwagę na wewnętrzną sprzeczność oferty Przystępującego, gdyż z jednej strony deklaruje on akceptację wzoru umowy i karty gwarancyjnej, a jednocześnie czyni w treści oferty dodatkowy warunek dla przyjęcia oferty tj. akceptację przez Zamawiającego ograniczonego, w stosunku do wymaganego w SIWZ, okresu gwarancji.

Podkreślał, że nie można uznać, że treść oferty jest zgodna z SIWZ tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy o akceptacji SIWZ, bowiem oświadczenie takie ma charakter ogólny i jest uszczegółowiane dalszymi zapisami oferty. W przypadku zaistnienia sprzeczności pomiędzy ogólnym zobowiązaniem, a szczegółowymi zapisami oferty istotniejsze znaczenie ma zapis szczegółowy. Argumentował, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może dokonywać poprawki w ofercie, jednak tylko w przypadku zajścia

przesłanek jej dopuszczalności - mianowicie niezgodność oferty z SIWZ musiałaby powodować omyłkę i to o charakterze nieistotnym.

W świetle powyższego wywoził, że Zamawiający nie miał możliwości poprawienia treści oferty w zakresie dotyczącego okresu gwarancji bez istotnej ingerencji w treść oferty, a więc był zobowiązany do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o powyższą argumentację Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
- 4) dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 8 lipca 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 12 lipca 2010 r. Termin 3 dniowy, określony w art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, został zachowany, albowiem dzień 11 lipca 2010 r. był dniem uznanym ustawowo za wolny od pracy (art. 115 KC w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W uzasadnieniu zgłoszenia Przystępujący, odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu, podnosił, że w myśl art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o wykonanie zamówienia publicznego. Istotą konsorcjum jest możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawców, którzy samodzielnie nie byłiby w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu lub należycie zrealizować zamówienia. Zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, do wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. W związku z powyższym, zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ocenę spełniania warunków odnosi się do konsorcjum wykonawców, a nie do poszczególnych członków wchodzących w jego skład, gdyż w świetle przepisów ustawy to konsorcjum jest wykonawcą. Żądanie spełnienia wymogów w zakresie doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia lub sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez każdego z członków konsorcjum

prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślał, że zapis w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje na to, że jeżeli ofertę składa konsorcjum złożone z kilku podmiotów i przynajmniej jeden z nich spełnia postawiony warunek zdolności ekonomicznej i finansowej to oznacza, że wykonawca - konsorcjum spełnia postawiony warunek. Firma Hemex - Budownictwo Sp. z o.o. przedstawiła polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 8 mln zł, natomiast Przedsiębiorstwo Agat S.A. na kwotę 10 mln zł, co daje sumę 18 mln zł, w związku z powyższym Konsorcjum wykonawców spełniło warunek posiadania polisy na kwotę 12 mln zł. Wywodził, że w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, potencjał finansowy konsorcjantów może być badany łącznie, albowiem właśnie celem powstawania konsorcjów jest wspólne posługiwanie się posiadanym przez uczestników konsorcjum potencjałem technicznym i finansowym. Zamawiający w żadnym z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wykluczył możliwości sumowania kwoty gwarancyjnej złożonych przez wykonawców polis ubezpieczeniowych, a więc nie wykluczył praw wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem twierdzenia Odwołującego, iż Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu są chybione.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Przystępujący podkreślał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien ustalić, czy w złożonej ofercie nie została popełniona omyłka możliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Podkreślał, że w złożonej ofercie Przystępujący oświadczył, iż gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami. Ponadto zwracał uwagę, że zaakceptował bez zastrzeżeń projekt umowy, przedstawiony w Części II SIWZ, gdzie w § 13 ust. 1 znajduje się zapis „*wykonawca udziela gwarancji jakości na wykonany w ramach Umowy przedmiot Umowy na okres 60 miesięcy (5 lat)*”. Argumentował, że wykonawca zobowiązany będzie załączyć do umowy kartę gwarancyjną, w której treści określono gwarancję jakości na 60 miesięcy, zgodnie z wzorem zawartym w II części SIWZ. Podkreślał, że oświadczając, iż akceptuje bez zastrzeżeń projekt umowy, zobowiązał się do udzielenia Zamawiającemu 5-letniego okresu gwarancji jakości. Podkreślał, że Zamawiający poprawił omyłkę w ofercie Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, a Przystępujący wyraził zgodę na jej poprawienie, w związku z powyższym Przystępujący związany jest ofertą o treści zgodnej z dokonaną poprawką. Wywodził, że ustawodawca poprzez regulację zawartą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zrezygnował z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek wprowadzając rozwiązanie, które ma przyczynić się do

usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego, zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważniania postępowań. Celem ustawodawcy było zmniejszenie liczby odrzucanych ofert z uwagi na niewielkie omyłki, często będące wynikiem błędu ludzkiego. Podkreślał, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powinny mieć taki charakter, aby czynności ich poprawienia mógł dokonać Zamawiający, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający samodzielnie poprawił przedmiotową omyłkę, nie była ona przedmiotem jakichkolwiek wyjaśnień czy negocjacji, a z okoliczności faktycznych w niniejszej sprawie wynika, iż Przystępujący miał zamiar złożenia oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (o czym świadczy m.in. zaakceptowanie projektu umowy, w którym określono okres gwarancji jakości na 5 lat). Całokształt oświadczeń zawartych w treści oferty należy traktować łącznie, a nie wybiórczo. Dopuszczalne jest dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty tj. nie powoduje znaczącej ingerencji ze strony Zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Poprawienie przedmiotowej omyłki nie ingeruje w istotny sposób w treść oferty. W świetle całości zobowiązania omyłka ma charakter marginalny, w związku czym Zamawiający słusznie postąpił, poprawiając przedmiotową omyłkę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

W oparciu o powyższą argumentację Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 16 lipca 2010 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie. Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów argumentował, że ustawodawca przewidział, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 1 p.z.p.). Istotę konsorcjum stanowi zobowiązanie jego uczestników do wspólnego działania w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. W zamówieniach publicznych tym celem jest wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Przepisy art. 22 ust. 1 oraz art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, nie nakładają na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku spełnienia przez każdego z osobna wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tych przepisów przeczyłoby celowi art. 23 ust. 1 ustawy pzp, którego celem jest umożliwienie grupie wykonawców połączenie ich potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego, w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. Powołując się na orzecznictwo KIO podnosił, iż w przypadku wykonawców ubiegających się łącznie o udzielenie zamówienia, ich doświadczenie, potencjał techniczny, kadrowy, czy ekonomiczny należy oceniać łącznie, taki

bowiem jest cel występowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia w konsorcjum, co uzasadnia solidarną odpowiedzialność wykonawców występujących wspólnie za realizację zamówienia (art. 141 ustawy Pzp).

Odnosząc się do drugiego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów wywodził, że Przystępujący w formularzu oferty (pkt 3 tiret 1 i 2) wyraźnie oświadczył, iż zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia oraz gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami. Przystępujący zaakceptował także treść projektu umowy (pkt 3 tiret 6 formularza oferty), w której zaakceptował bez zastrzeżeń zapis § 13 ust. 1 „*wykonawca udziela gwarancji jakości na wykonany w ramach Umowy przedmiot Umowy na okres 60 miesięcy (5 lat)* ”. Oprócz tego Przystępujący zobowiązany będzie załączyć do umowy kartę gwarancyjną zgodną z wzorem zawartym w II części SIWZ, w której treści określono gwarancję jakości na 60 miesięcy. Wyjaśniał, że przesłanką do uznania przez Zamawiającego, jako błędu Wykonawcy wpisania cyfry „3” zamiast „5” jako omyłki stał się również fakt, iż zapis § 13 ust. 2 projektu umowy (następujący bezpośrednio po zapisach określających długość okresu gwarancji) traktuje o okresie udzielanej przez Wykonawcę rękojmi, który wynosi właśnie trzy lata. Mając powyższe na uwadze Zamawiający uznał wpisanie przez Wykonawcę w ofercie cyfry „3” przy gwarancji zamiast cyfry „5” jako omyłkę Wykonawcy popełnioną w wyniku błędu ludzkiego. Podkreślał powołując się na orzecznictwo KIO, że zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako technicznego błędu w sprawie sporządzenia oferty, a także że ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o poprawieniu omyłki i wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Podkreślał, że Przystępujący zobowiązany jest do zawarcia umowy zgodnie z załączonym do specyfikacji wzorem, żadna ze stron nie ma możliwości wprowadzania zmian do projektu umowy.

W oparciu o powyższą argumentację Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Przystępującego jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

Pierwszą z kwestii wymagających rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było ustalenie, czy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a także postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący – wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomiczno - finansowej tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 12 mln PLN.

Izba ustaliła, że w pkt 8 SIWZ Zamawiający zastrzegł m.in., że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, a także, iż *„w przypadku składania ofert przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp) powyższe warunki mogą być spełnione łącznie”*. Ponadto w pkt 8.4 ppkt a) SIWZ Zamawiający wymagał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na wartość co najmniej 12 mln PLN. W pkt 9 ppkt i) Zamawiający zastrzegł, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca winien złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku – inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zastrzegł także, że w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie należy do oferty dołączyć dokumenty, o których mowa wyżej potwierdzające spełnienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej przez przynajmniej jeden z podmiotów występujących wspólnie (każdy dokument może dotyczyć

innego podmiotu). Nadto w pkt 10.1 SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków zgodnie z zapisami zawartymi w pkt 9 (IDW).

Izba stwierdziła również, że członkowie konsorcjum Przystępującego tj. Hemex - Budownictwo spółka z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Agat S.A. złożyli wraz z ofertą polisy potwierdzające posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną odpowiednio 8 mln PLN oraz 10 mln PLN. Zamawiający ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum Przystępującego łącznie i uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie wzywał go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, zaś w takiej sytuacji w świetle art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców takich stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Ponadto, w świetle art. 22 ust. 1 pkt 4 o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. sytuacji ekonomicznej i finansowej. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków określa Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 22 ust. 3 ustawy pzp) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez Zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, Zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Żądanie od każdego z konsorcjantów spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu w pełnej wysokości

prowadziłoby, w większości przypadków, do zwielokrotnienia wymogu nałożonego na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w stosunku do pojedynczego wykonawcy. Przykładowo, gdyby Zamawiający żądał wykazania się potencjałem technicznym w postaci dysponowania 2 urządzeniami, to 2 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musiałoby wykazać się de facto dysponowaniem 4 urządzeniami. Byłoby to sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy albowiem oznaczałoby zwielokrotnienie wymagań względem takich wykonawców. Wykonawcy ci traktowani byłiby odmiennie niż wykonawcy składający ofertę samodzielnie, co naruszałoby jedną z naczelných obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a mianowicie zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Opisanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że każdy z konsorcjantów musi spełnić pozytywny warunek udziału w postępowaniu w pełnej wysokości, w ocenie Izby, w ogromnej większości przypadków, stanowić by mogło zatem podstawę do skutecznego zakwestionowania takiej czynności w drodze środków ochrony prawnej.

Pewną odrębnością charakteryzuje się kwestia łączenia potencjału ekonomicznego (finansowego) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w zakresie wymogu dotyczącego posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na określoną sumę gwarancyjną, co znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby. Dominująca linia orzecznicza Izby akceptuje stanowisko, zgodnie z którym, jeżeli jeden z konsorcjantów wykaże posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną, to jest to wystarczające do uznania, że całe konsorcjum wykazało spełnienie tak opisanego warunku udziału w postępowaniu (*por. wyroki Izby: z 13.08.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 993/09, wyrok z dnia 2 września 2009, sygn. akt KIO/UZP 1085/09*). W wyroku z dnia 7 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1103/09 Izba stwierdziła, że jeżeli Zamawiający postawił w SIWZ dodatkowy wymóg, aby wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli dokumenty w zakresie ubezpieczenia, a postanowienie to nie zostało skutecznie oprotestowane, to Zamawiający winien żądać polisy lub innego dokumentu ubezpieczenia od każdego z konsorcjantów.

W orzecznictwie prezentowany był jednak również pogląd, że warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na określoną sumę, jako element integralnie związany z indywidualną sytuacją podmiotu, powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum (*por. wyrok Izby z dnia 21 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1631/09 i 1643/09*). Podobny pogląd reprezentowany był również w części doktryny.

„Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 3), z tym że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum. Podobnie w sytuacji postawienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określonej sumie. Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich.” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX 2007, Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.).

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela dominujące w orzecznictwie stanowisko, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej powinno być w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oceniane łącznie. Zaakceptowanie przeciwnego poglądu prowadziłoby do znacznego zwielokrotnienia wymogów postawionych wobec konsorcjum w stosunku do wymogu stawianego wykonawcy ubiegającemu się samodzielnie o udzielenie zamówienia, co byłoby nie do pogodzenia z zasadą równości wyrażoną w art. 7 ustawy pzp. W tej sytuacji należy przyznać prymat wynikającej z samej natury konsorcjum zasadzie łączenia potencjałów, które zawiązywane jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wykazać spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, skład orzekający Izby w pierwszej kolejności uznał, że Zamawiający w SIWZ nie ograniczył wynikającej z art. 23 ustawy pzp możliwości łącznej oceny spełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający w pkt 8 SIWZ w sposób wyraźny zastrzegł bowiem, że „w przypadku składania ofert przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp) warunki mogą być spełnione łącznie”. Zastrzegł też, że dokumenty potwierdzające spełnienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej powinny być złożone przez przynajmniej jeden z podmiotów występujących wspólnie.

Analiza ww. postanowień prowadzi do wniosku, że Zamawiający reprezentował pogląd, iż, wystarczyło, aby opisany w SIWZ warunek posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną 12 mln złotych spełnił jeden z konsorcjantów, co pozwalałoby

uznać, że całe konsorcjum wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zaakceptował więc sytuację, w której teoretycznie jeden z konsorcjantów w ogóle nie posiadałby ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a mianowicie w sytuacji gdyby drugi z konsorcjantów złożył polisę na wymaganą przez Zamawiającego sumę gwarancyjną 12 mln zł. Konsekwencją takiego stanowiska jest to, że w przypadku zajścia wypadku dotyczącego konsorcjanta nieobjętego ochroną ubezpieczeniową, Zamawiający nie mógłby oczekiwać, że szkoda wyrządzona przez tego konsorcjanta zostanie pokryta przez zakład ubezpieczeń w jakiegokolwiek części. Tak więc skoro Zamawiający dopuścił w postanowieniach SIWZ taką sytuację, to tym bardziej na zasadzie *a maiori ad minus* należało uznać, za dopuszczalną sytuację, w której członkowie konsorcjum Przystępującego tj. Hemex - Budownictwo spółka z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Agat S.A. złożyli wraz z ofertą polisy potwierdzające posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę gwarancyjną odpowiednio 8 mln PLN oraz 10 mln PLN, spełniając tym samym łącznie opisany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na kwotę 12 mln zł. W tej sytuacji Zamawiający może bowiem oczekiwać, że szkoda zostanie pokryta w przypadku zajścia zdarzenia wywołanego przez któregoś z konsorcjantów. W takim stanie faktycznym, w świetle przytoczonych postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, Izba stwierdziła że dopuszczalne było połączenie potencjałów ekonomicznych (finansowych) dotyczących posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w taki sposób, w jaki uczynili to członkowie konsorcjum Przystępującego.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie w tym zakresie również nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w pkt 7 SIWZ Zamawiający zastrzegł m.in. że wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia zobowiązani są udzielić gwarancji jakości na okres 60 miesięcy. Analogicznie w §13 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego część II SIWZ przewidział, że „*wykonawca udziela gwarancji jakości na wykonany w ramach umowy przedmiot umowy na okres 60 miesięcy*”. Również we wzorze karty gwarancyjnej, zawartej w części II SIWZ, Zamawiający postanowił, iż „*termin gwarancji wynosi 60 miesięcy(...)*”.

Ustalono także, że Przystępujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że „na wykonanie zamówienia udziela Zamawiającemu gwarancji jakości na okres 3 lat”. Zamawiający, biorąc pod uwagę, że w formularzu ofertowym Przystępujący złożył także oświadczenia, iż „zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia” i „gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami”, a także, że „akceptuje bez zastrzeżeń projekt umowy, przedstawiony w Części II SIWZ”, uznał że Przystępujący udzielił gwarancji jakości na wymagany okres 5 lat, a wpisanie do formularza ofertowego cyfry „3” było wynikiem błędu ludzkiego. W oparciu o powyższą argumentację, pismem z dnia 17.06.2010 r. poprawił omyłkę Przystępującego, powołując się na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący, pismem z dnia 18.06.2010 r. oświadczył, iż wyraża zgodę na ww. poprawkę, wyjaśniając także, że udzielił gwarancji na okres 5 lat, zaś zapis „3 lata” był wynikiem oczywistej omyłki ludzkiej. Również na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. Przystępujący powtórzył, że jego zamiarem było złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i przyznał, że omyłkowo wpisał w zakresie terminu gwarancji okres 3 letni zamiast 5 letniego.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, że Przystępujący popełnił omyłkę, która nie ma istotnego wpływu na treść oferty. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przypadku tego zarzutu było ustalenie, czy Zamawiający uprawniony był do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawartego w formularzu ofertowym oświadczenia Przystępującego o długości okresu gwarancji. Przywołany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego omyłek w treści oferty, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty ze SIWZ ma charakter omyłki i poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający powinien poprawić w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, a dopiero w braku zgody wykonawcy na ich poprawienie, może ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawodawca, uchylając art. 88 ustawy Pzp, zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, uznając, że dopuszczalność zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp należy oceniać w konkretnych okolicznościach

sprawy, biorąc pod uwagę istotność zmian wprowadzonych w treści oferty, a także intencje wykonawcy, składającego oświadczenie woli.

Jak podkreślono w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych, zatytułowanej „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod red. J. Sadowego, Warszawa 2008, str. 117 i nast. „*Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, i niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. (...) Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.*”

Co istotne, utrwalone już orzecznictwo wskazuje, że „zakres możliwych do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP, powinien być interpretowany możliwie najszerszej...” (por. m.in. wyrok KIO z dnia 10.06.2009r. KIO/UZP 691/09).

Izba zważyła, że w ofercie Przystępującego niewątpliwie występowała rozbieżność dotycząca długości okresu gwarancji jakości. W celu ustalenia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z omyłką, koniecznym było po pierwsze ustalenie zamiaru wykonawcy. Z treści oferty Przystępującego, z całokształtu zawartych w niej oświadczeń wynika, zdaniem Izby, zamiar udzielenia gwarancji jakości na okres zgodny z wymogami SIWZ. Dokonując badania i oceny oferty Zamawiający winien brać pod uwagę całą jej treść. W świetle art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, oferta zawierać powinna istotne postanowienia przyszłej umowy. Oferta Przystępującego zawiera wszystkie istotne elementy zawarte w SIWZ, także z uwzględnieniem wprowadzonej zmiany w jej treści odnośnie długości okresu gwarancji. Ofertę należy interpretować bowiem w sposób określony w art. 56 Kc, z którego wynika wymóg uwzględnienia przy wykładni oświadczenia woli okoliczności jego złożenia. O tym, jaki był rzeczywisty zamiar Przystępującego świadczy fakt złożenia przez niego w formularzu ofertowym oświadczenia, iż „zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia” i „gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami”, a także, że „akceptuje bez zastrzeżeń projekt umowy, przedstawiony w Części II SIWZ”, zaś z SIWZ i wzoru umowy wynika, że Zamawiający oczekiwał 60 miesięcznego okresu gwarancji jakości. W świetle powyższego Izba uznała, że w ofercie Przystępującego doszło do takiej pomyłki, której gdyby Przystępujący był świadomy z pewnością by nie popełnił.

Nieuprawniona, zdaniem Izby, jest interpretacja ww. stanu faktycznego dokonana przez Odwołującego, który podnosił iż przy ocenie zamiaru Przystępującego należy przyznać prymat jego pierwotnemu oświadczeniu, w którym w sposób wyraźny złożył oświadczenie iż udziela gwarancji na 3 letni okres. Odwołujący wywodził swe stanowisko z faktu, że Przystępujący złożył oświadczenie, iż „zapoznał się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia” i „gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej modyfikacjami”, a także, że „akceptuje bez zastrzeżeń projekt umowy, przedstawiony w Części II SIWZ” składając jedynie automatycznie swój podpis pod formularzem przygotowanym przez Zamawiającego. W ocenie Izby oświadczenia wykonawcy, złożone w ww. sposób, są zobowiązaniem do wykonania zamówienia publicznego w sposób określony w SIWZ, albowiem zawarte są w formularzu ofertowym stanowiącym element treści oferty, stosownie do pkt 9 a SIWZ i zostały opatrzone podpisem Przystępującego. Ponadto zamiar wykonawcy wynika jednoznacznie z treści pisma z dnia 18.06.2010 r. w który oświadczył, iż wyraża zgodę na poprawkę dokonaną przez Zamawiającego, wyjaśniając także, że udzielił gwarancji na okres 5 lat, zaś zapis „3 lata” był wynikiem oczywistej omyłki ludzkiej. W orzecznictwie Izby prezentowany jest zaś pogląd, że „ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, tj. zmiany przekonania wykonawcy, co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawieniu omyłki i wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie” (por. wyrok Izby z 5.8.2009r. sygn. akt KIO/UZP 959/09).

Izba stwierdziła również, że poprawiona przez Zamawiającego omyłka nie ingerowała w sposób istotny w treść oferty. Izba podzieliła stanowisko przedstawione na rozprawie przez Przystępującego, że kwestię istotności konkretnego elementu oferty należy badać w świetle treści art. 66 KC. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie były roboty budowlane, zaś w myśl art. 647 KC przedmiotowo istotnym elementem umowy o roboty budowlane nie jest oświadczenie woli o długości okresu gwarancyjnego. Na uwagę zasługuje bowiem fakt, że w świetle art. 577 i n. KC gwarancja to umowa mająca charakter akcesoryjny, której byt zależy od istnienia i treści umowy głównej. Również Zamawiający nie nadał w SIWZ zastrzeżeniu co do okresu gwarancji charakteru istotnego. Sporny okres gwarancji nie był bowiem przez Zamawiającego oceniany w świetle kryterium oceny ofert, albowiem jedynym kryterium oceny ofert była cena. Poprawienie ww. omyłki nie wpłynęło więc na pozycję rankingową oferty Przystępującego.

W świetle powyższego Izba uznała, że Przystępujący popełnił omyłkę co do przedmiotowo nieistotnego elementu oferty, którego poprawa nie spowodowała istotnej zmiany oferty.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....