

FSygn. akt: KIO/KD 13/17

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 kwietnia 2017 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2017 r. przez:

Zamawiającego: Bibliotekę Główną Politechniki Warszawskiej, Plac Politechniki 1, 00-661 Warszawa dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 10 marca 2017 r., (znak: UZP/DKUE/W1/421/83(56)/16/KM)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa systemu archiwizacji i backupu danych obrazowych dla Biblioteki Głównej Politechniki Warszawskiej.”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Ewa Sikorska

Kludia Szczytowska–Maziarz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przeprowadził z urzędu kontrolę doraźną następczą, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa systemu archiwizacji i backupu danych obrazowych dla Biblioteki Głównej Politechniki Warszawskiej.”.

W następstwie przeprowadzonej kontroli (pismo z dnia 10 marca 2017r. informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej) zostały stwierdzone następujące naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp polegające na opisanie przez Zamawiającego - Bibliotekę Główną Politechniki Warszawskiej przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretnego producenta, a tym samym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

2) art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez ustalenie jako jedynego kryterium ceny (waga 100%), w sytuacji gdy przedmiotu ww. zamówienia nie można uznać za dostawy powszechnie dostępnych towarów o ustalonych standardach jakościowych; oraz brak załączenia do protokołu postępowania informacji, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wezwania przez Zamawiającego wykonawców X. oraz Y. w przedmiotowym postępowaniu do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp.

Prezes Urzędu w postępowaniu kontrolnym skorzystał z opinii biegłego w kwestii charakterystyki opisu przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający skorzystał z prawa zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 21 marca 2017 r.).

W zakresie powyższego naruszenia z pkt 1 informacji o wyniku kontroli, Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, iż w jego ocenie skomplikowany merytorycznie i praktycznie przedmiot zamówienia spowodował, iż formułując wymagania parametrów technicznych i funkcjonalnych kierował się pozyskaniem do projektu nowoczesnej wersji sprzętu, umożliwiającej realizację planowanych zadań, a jednocześnie optymalną rozbudowę systemu w przyszłości, ze środków budżetowych, z wykorzystaniem posiadanej

infrastruktury informatycznej - w tym tej nabytej ze środków POIG, jak i finansowanych z innych źródeł przed i po zakończeniu projektu. Zamawiający oświadczył, że jego intencją nie było naruszenie przepisów ustawy, a powstałe w specyfikacji błędy mogły być spowodowane skróceniem czasu realizacji projektu z 27 miesięcy do 18, przez co Zamawiający przeprowadzał postępowanie w warunkach presji czasu.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż nie zakładał nabycia konkretnego, wskazanego rozwiązania, zaś intencją był zakup urządzenia o nie gorszych parametrach technicznych, niż wymienionych w opisie zamówienia.

W odniesieniu do naruszenia art. 29 ust 2 ustawy Pzp w aspekcie wniosków opinii biegłego zauważył, iż „(...) posiadał wiedzę, że aby zastosować mechanizm RAID 5 i jednocześnie uzyskać odporność systemu na awarię jednej z półek dyskowych bez utraty spójności danych zapewniając do nich stały dostęp, klastr musi składać się z co najmniej 3 półek dyskowych. Przy spełnieniu powyższego oraz przy założonej pojemności przestrzeni dyskowej, sensowne do rozważenia było w naszej ocenie użycie dysków o pojemnościach 1TB, 2TB lub 3TB i następujące ich konfiguracje: 3 x 8 x 3TB, 3 x 12 x 2TB, 3 x 24 x 1TB, 4 x 18 x 1TB, 6 x 12 x 1TB. Użycie dysków o pojemnościach 1TB (podwojona liczba dysków przy niezbyt dużej ówczesnej różnicy ceny w stosunku do dysku 2TB oraz znaczne zwiększenie wymiarów całego klastra) i dysków o pojemnościach 3TB (ówczesna cena dużo wyższa niż dysków 2TB) było cenowo nieuzasadnione - najkorzystniejsze cenowo było użycie dysków o pojemności 2TB. Kontroler jest pośrednikiem pomiędzy dyskiem (dyskami twardymi), a szyną komunikacyjną urządzenia. Do jednego kontrolera może być przyłączonych wiele dysków, ale dysk może być przyłączony tylko do jednego kontrolera. Sumaryczna przepustowość dysków nie powinna przekraczać przepustowości szyny komunikacyjnej, gdyż nie da się wykorzystać w pełni szybkości dysków. Teoretycznie są kontrolery, które są w stanie obsłużyć 36 dysków i więcej, ale taka konstrukcja nie jest odporna na awarie. Awaria kontrolera powoduje całkowitą utratę dostępu do dysków. Dla zachowania wyższej dostępności należy użyć co najmniej dwóch kontrolerów. W przypadku użycia dwóch, chcąc zachować dostęp do zgromadzonych zasobów, traci się jednak połowę przestrzeni dyskowej. Większa liczba kontrolerów pozwala na zachowanie dostępności większej przestrzeni dyskowej przy awarii jednego z nich. W postępowaniu przyjęliśmy, że minimalna liczba kontrolerów to 3.”.

Według Zamawiającego z opinii biegłego wynika, iż żadne z przedstawionych wymogów pojedynczo nie eliminowało produktów innych producentów takich systemów (w tym H. oraz I.), gdyż miały one w swoich ofertach różne rodziny rozwiązań spełniających warunki określone w SIWZ.

W ocenie Zamawiającego uzasadnione wydawało się przypuszczenie, że wielu dostawców będzie w stanie dopasować się do oczekiwań Zamawiającego, tworząc odpowiednią konfigurację sprzętową.

W dalszej części zastrzeżeń odnosząc się do naruszenia wskazanego w pkt 2, Zamawiający argumentował, że nie zastosował dodatkowych kryteriów z zakresu spełnienia norm środowiskowych i rozwiązań innowacyjnych, zakładając, iż przedstawione wymagania parametrów technicznych i funkcjonalnych odnoszą się do rozwiązań o bardzo wysokim poziomie innowacyjności, a tym samym spełniających normy środowiskowe.

W opinii Zamawiającego rozwiązania stosowane przez różnych producentów mogą spełniać te wymagania w równym lub bardzo zbliżonym stopniu, co nie różnicowałoby ofert uzyskanych w wyniku postępowania. Zamawiający wskazał, iż w zaistniałej sytuacji oraz wobec ograniczonych środków finansowych i czasowych, zastosował tylko jedno kryterium oceny ofert.

Zamawiający w zastrzeżeniach nie skomentował przesłanki ustawowej „powszechnej dostępności” oraz „ustalonych standardów jakościowych.” z przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenia opisanego w pkt 3, Zamawiający stwierdził, iż w ofertach, które zostały złożone w niniejszym postępowaniu, wykonawcy przedstawili aktualne w dniu otwarcia ofert wydruki z Krajowego Rejestru Sądowego. Zamawiający argumentował, iż w ofercie wykonawcy X. w Dziale 1 rubryka 7 „Dane wspólników” są wymienieni wspólnicy, których udziały są równowartością kapitału zakładowego spółki, natomiast w Dziale 3 rubryce 3 „Sprawozdania grupy kapitałowej” widnieje adnotacja „Brak wpisów”, natomiast w ofercie wykonawcy X. w Dziale 1 „Dane wspólników” jest wymieniona firma BCC Holdings Limited z udziałami o wartości 328.800 zł, co stanowi 65,72% kapitału zakładowego Spółki, wynoszącego 500.300 zł, a z informacji zawartej w Dziale 3 rubryce 3 „Sprawozdania grupy kapitałowej” wynika, że BCC Holdings Ltd. jest jednostką dominującą.

Zamawiający analizując powyższe dokumenty, przyjął, iż nie ma podstaw do wykluczenia wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu.

Zamawiający zaznaczył, iż założenia takie w zaistniałym stanie faktycznym potwierdza złożone przez wykonawcę Y., który wykonał umowę, oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, załączając do przedmiotowych zastrzeżeń ww. oświadczenie z dnia 15.03.2017 r. W ocenie Zamawiającego wskazane oświadczenie

potwierdza brak podstaw do stwierdzenia, że naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Ponadto, Zamawiający w zastrzeżeniach przyznał, iż popełnił błąd zaniechania w prowadzeniu dokumentacji.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Prezes Urzędu poinformował zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 10.03.2017 r., przekazanej pismem UZP/DKUE/W1/421/83(56)/16/KM, odnośnie wskazanych w Informacji naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie powiadomił zamawiającego, że zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej, przekazane one zostaną do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w granicach zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP w przedmiotowej sprawie.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba ustaliła na podstawie akt kontroli, że poczynione przez Prezesa UZP ustalenia, co do faktów są rzetelne i niebudzące wątpliwości.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie, w tym opinie biegłego oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 21 marca 2017 r.

W pierwszej kolejności Izba doszła do przekonania, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie na konkretnego producenta systemu E. Isilon X200 został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Nadto, według Izby okoliczność skrócenia przez Zamawiającego czasu realizacji projektu z 27 miesięcy do 18, przez co przeprowadzał on postępowanie w warunkach presji czasu nie może stanowić uzasadnienia dokonania opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do parametru nr 1 w zakresie ppkt 1.1 i 1.4, 2, 3, 12, 27 w oparciu o jedyne powyższe rozwiązanie techniczno-funkcjonalne, które wprawdzie zapewnia potrzeby Zamawiającego, lecz nie bierze pod uwagę, że na rynku występują również inne rozwiązania, które mogły zostać wykorzystane w jego działalności.

Brak czasu na dokonanie analizy porównawczej oferowanych na rynku rozwiązań systemowych przez różnych producentów nie może zwalniać zamawiającego z obowiązku opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby uwzględnić maksymalnie najszerszy zakres ofert z rynku, przy uwzględnieniu wszystkich oferowanych parametrów odpowiadających potrzebom zamawiającego.

Izba wydając przedmiotową opinię skorzystała również z argumentacji i wniosków przygotowanych w opinii biegłego, jako, że aspekt opisu przedmiotu zamówienia w tej sprawie wymagał wiadomości specjalnych.

Biegły w treści sporządzonej opinii zwrócił uwagę, iż wszystkie wymagania przedstawione w przedmiotowym postępowaniu spełnia tylko jedno rozwiązanie typu all-in-one unified storage firmy E., to jest: E. ISILON X210 NODE.

Wskazał przy tym, że prawie wszystkie wymagania spełniał jeden produkt firmy U., to jest OceanStor 5800 V3 Storage System w konfiguracji z dwoma urządzeniami w klastrze - z możliwości oferowania wyeliminowała go m.in. treść części 1.1 wymagania nr 1, a dokładnie fragment: „36 dysków przy czym kontroler nie więcej niż na 12 dysków”.

Biegły również stwierdził, że część wyspecyfikowanych parametrów z uwagi na przeznaczenie ww. urządzeń uznać należy za nadmiarowe, np. szereg innych rozwiązań

NAS mogło spełnić oczekiwania Zamawiającego bez zastosowania wymagania nr 1 ppkt 1.1, a wymaganie to nie było niezbędne do realizacji projektu.

Izba zauważyła, że Zamawiający nie zakwestionował okoliczności opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wyspecyfikowanych parametrów, tj. 1 ppkt 1.4, 2, 3, 12, 27 wskazującego na jeden produkt E. Isilon X200 NODE.

Opiniując przedmiotową sprawę w odniesieniu do zastrzeżeń Zamawiającego Izba oparła się również na treści uzupełniającej opinii biegłego, która nie została skutecznie podważona przez Zamawiającego.

Biegły zwrócił w niej uwagę, że argumentacja Zamawiającego dotycząca ustalenia liczby półek dyskowych oraz pojemności i liczby dysków, nie uzasadniła konieczności zastosowania rozwiązania charakteryzującego się wymogiem 12 dysków na każdy kontroler.

Nadto, zaznaczył, iż „Ustalenie liczby półek i rodzaju dysków zgodnie z wybranym i wymaganym poziomem RAID jest wykonane przez Zamawiającego poprawnie (...). Jednak tak przyjęta konfiguracja z trzema półkami zostanie spełniona również w innych systemach opartych o kontrolery (również tych wykluczanych przez Zamawiającego w ramach wymagania z pozycji 2), które są w stanie obsłużyć RAID 5 i udostępnić powierzchnie z podłączonych półek w ustalonej konfiguracji dyskowej (12x 2TB). Posługując się terminologią Zamawiającego, wirtualizator czy zewnętrzny kontroler NAS lub macierz Unified, czy inna architektura NAS dwu- i wielo-kontrolerowa, zapewniają - na wypadek awarii jednej półki - dostęp do pozostałych półek dyskowych i tym samym do wszystkich danych objętych zabezpieczeniem RAID poziomu 5. Dla rozwiązań opartych o parę lub pary kontrolerów macierzowych, czyli jak większość analizowanych rozwiązań klasy NAS, sposób podłączenia każdej półki do kontrolerów jest taki, iż w przypadku niedostępności jednej półki przynajmniej jeden z kontrolerów ma nieprzerwany dostęp do półek pozostałych (na przykład: poprzez drugą pętlę dla rozwiązań opartych o interfejsy SAS wykorzystane do podłączenia półek do kontrolerów). Dodatkowo oprogramowanie sterujące pracą kontrolerów, realizując mechanizm RAID 5, w taki sposób rozkłada dane i bity parzystości po dyskach objętych RAID 5, aby niedostępność dysków jednej półki nie powodowała utraty danych i był dla aplikacji zachowany ciągły do nich dostęp (musi być spełnione założenie i zalecenie producentów o równej liczbie dysków w obsadzie każdej z półek).”.

Według zapatrywania biegłego „Wyjaśnienia Zamawiającego mające uzasadniać wybór 3 kontrolerów dla uzyskania zabezpieczenia przed awarią jednej półki przy RAID 5 jest wadliwe pod kątem analizy wszystkich architektur NAS dostępnych wówczas na rynku.

Uzasadnienie jest słuszne, o ile dotyczy rozwiązań opartych o rozwiązanie nodowe, czyli o rozwiązanie, w którym grupa dysków jest powiązana z konkretnym, pojedynczym kontrolerem, gdyż funkcjonują w ramach jednego fizycznego urządzenia (obudowy). W rozwiązaniach macierzowych takiego sztywnego powiązania nie ma, obsługa konkretnego dysku nie jest przypisana do konkretnego kontrolera, zarządza tym logika urządzenia (na przykład: system operacyjny macierzy, zewnętrznego kontrolera NAS, czy wirtualizatora). Standardowa półka dyskowa w przeciwieństwie do budowy noda jest niezależną obudową dla dysków z interfejsami sieciowymi, zasilaczami i systemem chłodzenia, ale bez fizycznego kontrolera. Taka budowa półki, niezależna od kontrolera, podyktowana jest niezbędną w systemach storage elastycznością w rozbudowie powierzchni (przez dokładanie kolejnych półek z dyskami).”.

W ocenie biegłego „Zamawiający może uzasadniać wybór trzech kontrolerów aspektem bezpieczeństwa jednak uzasadnienie to nie jest wystarczające, gdyż taki sam poziom bezpieczeństwa (czyli odporność na awarię jednej półki) oferują również systemy dwukontrolerowe, a co najważniejsze przy oferowaniu tej samej użytecznej powierzchni jaką oferują 3 nody. Wymaganie 1.1 (trzech kontrolerów) wynika z konieczności zapewnienia dla RAID 5 odporność na awarię jednej półki - jednakowoż jest to wymaganie charakterystyczne dla rozwiązania nodowego, w którym niezbędna jest konfiguracja wykorzystująca co najmniej trzy półki w identycznej obsadzie dysków.”.

Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę oświadczenia innych uczestników rynku tego rodzaju dostaw tj. wykonawców H.. oraz I., z których wynika, że ich produkty nie spełniały wymagań opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający ich udział w przetargu.

Powyższe – w opinii Izby – oznacza, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógł utrudniać uczciwą konkurencję z naruszeniem przepisu art.29 ust.2 ustawy Pzp.

Przechodząc do omówienia zastrzeżeń Zamawiającego wobec naruszenia określonego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli, tj. naruszenia art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, że przedmiot zamówienia był „powszechnie dostępny” oraz o „ustalonych standardach jakościowych”.

Nadto, argumentacja Zamawiającego o bezcelowym ustalaniu dodatkowych kryteriów przy dostawach złożonego sprzętu, takich jak kryteria jakościowe odnoszące się np. do dodatkowo punktowanych funkcjonalności, spełniania norm środowiskowych, czy rozwiązań innowacyjnych, zakładając, iż przedstawione wymagania parametrów technicznych i

funkcjonalnych odnoszą się do rozwiązań o bardzo wysokim poziomie innowacyjności, a tym samym spełniających normy środowiskowe, nie znalazła uznania Izby z tego powodu, że ustalenie jednego kryterium oceny ofert w postaci ceny było prawnie dopuszczalne jedynie przy spełnieniu przesłanek z art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Podobnie ocena Zamawiającego uzasadniająca zastosowanie tylko jednego kryterium oceny ofert, w warunkach, gdy rozwiązania stosowane przez różnych producentów mogą spełniać te wymagania w zbliżonym stopniu, co nie różnicowałoby ofert uzyskanych w wyniku postępowania, a także wobec ograniczonych środków finansowych i możliwości czasowych, z uwagi na treść przepisu art. 91 ust. 2a ustawy Pzp – według Izby – nie była trafna.

Stosownie do brzmienia powołanego wyżej przepisu prawa obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania przetargowego kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Poza tym wymaga zauważenia, iż zgodnie z treścią art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, Zamawiający będący jednostką uczelni publicznej, był zobowiązany do stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało go w przypadku wyboru ceny jako jedyne kryterium do wykazania w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie Izba stwierdziła, że Zamawiający nie obalił ustaleń zawartych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie braku sporządzenia i dołączenia do protokołu niniejszego postępowania ww. załącznika. Powyższe doprowadziło Izbę do wniosku, że Zamawiający naruszył przepis art. art. 91 ust. 2a ustawy Pzp.

Opiniując naruszenie przez Zamawiającego wskazanego w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.4.4) - Dokumenty dotyczące przynależności do tej samej grupy kapitałowej, postanowił, iż w celu potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wymagał listy podmiotów należących do tej samej grupy

kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.) albo informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Powyższej informacji nie zawarł jednak w SIWZ, a wykonawcy nie załączyli do ofert wymaganego w ogłoszeniu oświadczenia.

W takiej sytuacji – w ocenie Izby – zachowanie Zamawiającego należało zakwalifikować jako zaniechanie, polegające na braku wezwania wykonawców X. oraz Y. do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba dokonując oceny przedmiotowej sprawy wzięła również pod uwagę przyznanie Zamawiającego o popełnieniu błędu zaniechania w prowadzeniu dokumentacji.

Nie przekonały Izby wyjaśnienia Zamawiającego, iż na podstawie informacji zawartych w odpisie z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w rubrykach „Dane wspólników” oraz „Sprawozdania grupy kapitałowej”, przyjął, iż nie ma podstaw do wykluczenia wykonawców.

Należy wskazać, że art.26 ust.2d ustawy Pzp przewidywał, że wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Przepisy ust. 3 i 4 stosuje się. Brzmienie tego przepisu było jednoznaczne.

Ostatecznie Izba stwierdziła, że Zamawiający załączył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wystawione w dniu 15.03.2017 r., czyli po otrzymaniu informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 10.03.2017 r. Według Izby takie spóźnione oświadczenie nie ma znaczenia prawnego dla oceny naruszenia prawa tj. art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust.2d ustawy Pzp i jego wpływu na wynik wcześniej prowadzonego postępowania przetargowego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....