

Sygn. akt: KIO 2265/19

WYROK
z dnia 22 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Dolnośląskie Centrum Medyczne DOLMED S.A., ul. Legnicka 40, 53-674 Wrocław,**

przy udziale wykonawców:

- konsorcjum TMS Sp. z o.o., ul. Wiertnicza 84, 02-952 Warszawa, MDS Cardio Sp. z o.o., ul. Transportowców 11, 02-858 Warszawa,
 - Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice,
- zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - **Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów**, na rzecz Zamawiającego - **Dolnośląskie Centrum Medyczne DOLMED S.A., ul. Legnicka 40, 53-674 Wrocław**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1843) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląskie Centrum Medyczne DOLMED S.A., ul. Legnicka 40, 53-674 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa systemu rezonansu magnetycznego i tomografu komputerowego wraz z przebudową i adaptacją pomieszczeń na poziomie -1 w budynku DCM DOLMED S.A. we Wrocławiu przy ul. Legnickiej 40”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.08.2019 r. pod numerem 2019/S 155-381693.

Zamawiający w dniu 28.10.2019 r. przekazał wykonawcy Althea Polska Sp. z o.o., ul. Bielska 49, 43-190 Mikołów (dalej również jako Odwołujący) informację o odrzuceniu oferty Odwołującego. Od tej czynności oraz od zaniechania odrzucenia ofert Konsorcjum TMS i wykonawcy Alteris, w dniu 7.11.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Odwołujący w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, podczas gdy działanie Odwołującego nie spełnia wskazanych w tym przepisie przesłanek (tj. informacje przekazane przez Odwołującego nie są nieprawdziwe i nie są informacjami wprowadzającymi w błąd Zamawiającego, przy ich podawaniu Odwołujący zachował należyłą staranność oraz informacje te nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu), a ponadto wykluczenie Odwołującego z postępowania w zaistniałym stanie faktycznym jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności.
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 28 ustawy VAT poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum TMS oraz Alteris, pomimo że wskazani wykonawcy przyjęli w ofertach błędną stawkę podatku VAT w odniesieniu do klatki Faradaya (tj. 8% zamiast 23%), pomimo, że nie stanowi ona wyrobu medycznego, a wyposażenie medyczne, co stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2. odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum TMS oraz Alteris,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a z pominięciem ofert Konsorcjum TMS oraz Alteris.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w wyznaczonym w postępowaniu terminie oferty złożyło czterech wykonawców: (i) Odwołujący, (ii) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: TMS Sp. z o.o., ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa, MDS Cardio Sp. z o.o., ul. Transportowców 11, 02-858 Warszawa (dalej jako konsorcjum TMS), (iii) Alteris S.A., ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice (dalej jako „Alteris”) oraz (iv) Siemens Healthcare Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa (dalej jako „Siemens”)

Wraz z ofertą wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć specyfikację cenową, której wzór stanowił załącznik nr 1a do SIWZ. Składało się na nią 22 pozycje, w odniesieniu do których wykonawcy wskazywali odrębnie wartość netto oraz wartość podatku VAT.

W odniesieniu do pozycji nr 11 - klatka Faradaya, Odwołujący oraz Siemens podali wartość podatku VAT odpowiadającą stawce 23%. Z kolei Konsorcjum TMS oraz Alteris przyjęli w odniesieniu do przedmiotowej pozycji stawkę 8%.

Ponadto, wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą również specyfikację techniczną, której wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. Podane w niej parametry zostały podzielone na dwie grupy: obligatoryjne warunki graniczne (których niespełnienie oznaczało odrzucenie oferty ze względu na niezgodność z SIWZ) oraz warunki fakultatywne (których niespełnienie skutkowało brakiem otrzymania punktów w kryterium oceny ofert).

Odwołujący wskazuje, że w dniu 18 października 2019 roku Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Konkretnie, Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie 11 parametrów zawartych w specyfikacji technicznej oferty złożonej przez Odwołującego - 8 odnoszących się do wielorzędownego tomografu komputerowego Optima CT660 („Tomograf”) oraz 3 dotyczących systemu do obrazowania rezonansem magnetycznym Optima MR450w („Rezonans”). Dodatkowo, Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, czy podane przez Odwołującego parametry wynikają z dokumentacji producenta.

Odwołujący informuje, że w udzielonej w dniu 22 października 2019 roku odpowiedzi („Wyjaśnienia”) potwierdził wszystkie podane w ofercie parametry, których dotyczyło wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego.

W dniu 28 października 2019 roku, Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem

Zamawiającego, Odwołujący przekazał mu w warunkach niedbalstwa nieprawdziwe informacje odnoszące się do trzech parametrów objętych warunkami fakultatywnymi:

- a) jednego odnoszącego się do Tomografu (tj. liczby rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV- pkt 1.2.19 specyfikacji technicznej),
- b) dwóch odnoszących się do Rezonansu (tj. długości tunelu wraz z obudowami – pkt 2.2.9.2 specyfikacji technicznej oraz automatyzmu przesuwu stołu pacjenta - pkt 2.6.2.2 specyfikacji technicznej).

Zarzut dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania

Odwołujący wskazuje, że należy odnieść się do przesłanki wykluczenia dotyczącej nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd oraz związanej z nią procedury samooczyszczenia. Zauważa, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

- (i) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
- (ii) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa po stronie wykonawcy;
- (iii) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący podkreśla, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z dnia 30 maja 2018 roku, sygn. akt KIO 925/18).

W zakresie powyższych przesłanek, Odwołujący wskazuje, że przekazane przez wykonawcę informacje nie posiadają znamion nieprawdziwości bowiem nie są sprzeczne z rzeczywistością. Odnosząc się do warunku fakultatywnego wskazanego w pkt 1.2.19 specyfikacji technicznej, Odwołujący uważa, że jednoznacznie potwierdził, iż oferowany przez niego Tomograf charakteryzuje się liczbą rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV [cm] wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY wynoszącą 5. Na potwierdzenie powyższego, w wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił wyciąg z „Podręcznika technicznego” producenta Tomografu, na którym widnieje tabela obrazująca 5 możliwości wyboru pola widzenia SFOV tj. (i) Głowa pacjenta pediatrycznego; (ii) Głowa; (iii) Ciało pacjenta pediatrycznego; (iv) Ciało drobnej budowy; (v) Ciało mocnej budowy.

W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż „*pozycje dostępne operatorowi aparatu, wymienione w tym wyjaśnieniu nie służą do wybrania 5 różnych pól skanowania, lecz ustawień związanych z 5 różnymi, typowymi kombinacjami regionów anatomicznych i typów budowy pacjenta (czyli wybrania w danej sytuacji odpowiedniego pola skanowania spośród 2 dostępnych)*”.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający w żadnym z dokumentów Postępowania nie zdefiniował, co konkretnie miałyby być rozumiane poprzez pola skanowania SFOV. Wskazuje, że zgodnie z definicją zawierającą się w „Podręczniku technicznym” producenta Tomografu pojęcie „*SFOV - Scan Field of View (Pole widzenia skanowania)*” powinno być rozumiane jako obszar dostępnych danych oraz dodatkowe przetwarzanie stosowane lub dostępne w celu rekonstrukcji obrazu.

Zdaniem Odwołującego, wskazane przez niego w wyjaśnieniach 5 możliwości wyboru pola widzenia SFOV, są w pełni zgodne z powyższą definicją, a zatem nie jest nieprawdziwą informacją, zgodnie z którą oferowany przez Odwołującego Tomograf charakteryzuje się liczbą rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV (cm) wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY wynoszącą 5.

Odwołujący powołuje się na wyroki KIO 1468/18 i KIO 1004/18, odnoszące się do wykładni SIWZ, w ramach której wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Odwołujący wywodzi, że nie jest możliwe doprecyzowywanie stawianych przez Zamawiającego warunków na etapie badania i oceny ofert, co w jego ocenie miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, a co doprowadziło do jego wykluczenia. Podnosi, że gdyby Zamawiający oczekiwał przedstawienia pól skanowania SFOV, które będą zgodne z jego rozumieniem powyższej definicji, to powinien to jednoznacznie wskazać w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego nie jest niezgodna ze stanem rzeczywistym również informacja, która dotyczy automatyzmu przesuwu stołu pacjenta oferowanego rezonansu. W ramach tego warunku fakultatywnego wskazanego w pkt 2.6.2.2 specyfikacji technicznej, Odwołujący wskazał, iż oferowany przez niego rezonans posiada automatyczny przesuw stołu pacjenta sterowany programowo z klinicznego protokołu akwizycji, umożliwiający płynne badanie dużych obszarów ciała (akwizycja w trakcie przesuwu stołu) przy użyciu cewek lub zestawów cewek dłuższych niż maksymalne pole obrazowania (FOV), bez repozycjonowania pacjenta. Odwołujący wskazuje, że na potwierdzenie powyższego, w złożonych wyjaśnieniach szczegółowo opisał sposób działania właściwej funkcji rezonansu i przedstawił informacje zamieszczone na stronie producenta, z których wynika iż oferowany rezonans spełnia warunek automatyzmu przesuwu stołu pacjenta. W informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający wskazał, iż z opisu funkcji QuickStep wynika, iż wykonuje ona

dwie serie akwizycji w kliku, zmienianych skokowo (a nie płynnie), pozycjach blatu stołu.

Odwołujący zaznacza, że kluczowe w zakresie rozstrzygnięcia prawdziwości podanych przez niego informacji jest ustalenie właściwego rozumienia pojęć „płynności badania” oraz „akwizycji w trakcie przesuwu stołu”. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z powszechnym rozumieniem tych pojęć, akwizycją może być pojedyncza sekwencja/obrazek lub całe badanie. Zaś pomiędzy poszczególnymi lokalizacjami stół przemieszcza się zawsze płynnie. W ocenie Odwołującego zatem nie doszło do podania nieprawdziwych informacji, bowiem zgodnie z przyjętym przez niego rozumieniem ww. pojęć, które jest powszechnie stosowane, oferowany przez niego Rezonans posiada automatyczny przesuw stołu pacjenta sterowany programowo z klinicznego protokołu akwizycji, umożliwiającą płynne badanie dużych obszarów ciała (akwizycja w trakcie przesuwu stołu). Podobnie jak w przypadku warunku fakultatywnego liczby rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV odnoszącego się do Tomografu, również w przypadku niniejszego warunku fakultatywnego rezonansu, zdaniem Odwołującego nie można w sposób niebudzący wątpliwości wykazać, iż podał on nieprawdziwe informacje.

Odwołujący wywodzi, że zgodność informacji dotyczących automatyzmu przesuwu stołu pacjenta oferowanego rezonansu, zależna jest od interpretacji tego warunku, która nie jest jednoznaczna. Zgodnie natomiast z powoływanym wyżej orzecznictwem, takie ukształtowanie postanowień specyfikacji wyklucza możliwość uznania, iż wykonawca dopuścił się wprowadzenia zamawiającego w błąd z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji, w takim bowiem wypadku, zapisy te nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy.

Dalej Odwołujący wskazuje, iż warunkiem koniecznym uznania, że działanie Odwołującego wypełnia znamiona przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jest wykazanie iż nie dołożył on należytej staranności w pozyskaniu przekazywanych informacji. Powołuje się na wyrok KIO 1304/18.

Odwołujący zaznacza, że dochował należytej staranności przy podawaniu wszelkich informacji, w tym również odnoszących się do wszystkich warunków fakultatywnych zakwestionowanych przez Zamawiającego, tj.

a) warunku odnoszącego się do Tomografu (tj. liczby rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV-pkt 1.2.19 specyfikacji technicznej)

b) obu warunków odnoszących się do Rezonansu (tj. długości tunelu wraz z obudowami - pkt. 2.2.9.2 specyfikacji technicznej oraz automatyzmu przesuwu stołu pacjenta – pkt 2.6.2.2 specyfikacji technicznej).

Nawiązując do warunku fakultatywnego wymienionego w pkt a), Odwołujący wskazuje, iż pomimo że Zamawiający w informacji o wykluczeniu napisał wprost, że „*liczba rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV [cm] wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki*

promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY równa 2 pola", w całej posiadanej dokumentacji dotyczącej Tomografu, Odwołujący nie znalazł takiej informacji. Jak było to wskazane wyżej, w „Podręczniku technicznym” producenta Tomografu w przedstawionej tabeli w wierszu zatytułowanym „SFOV” wskazano 5 różnych możliwości wyboru pola widzenia SFOV. Nie było zatem żadnych przesłanek, które wskazywałyby na brak zachowania należytej staranności przez Odwołującego przy przekazywaniu powyższej informacji.

Odwołujący podnosi, że podobnie sytuacja kształtuje się w przypadku warunków fakultatywnych wskazanych w pkt b). W szczególności przy podawaniu Zamawiającemu informacji dotyczących długości tunelu wraz z obudowami wskazanej pkt 2.2.9.2 specyfikacji technicznej, Odwołującemu nie można zarzucić braku należytej staranności. Wskazana przez Odwołującego długość 145 cm była bowiem jedyną wskazywaną w posiadanej przez Odwołującego dokumentacji Rezonansu opracowanej przez producenta. Na stronie 4 specyfikacji technicznych Rezonansu podaje się tylko jedną długość odnoszącą się do magnesu tj. 145 cm. Producent w tym zakresie nie wyróżnia żadnej innej długości, co uzasadnia przyjęcie przez Odwołującego iż podania właśnie tej wartości wymagał Zamawiający. Profesjonalny wykonawca bowiem jest świadomy faktu, iż wymagane w specyfikacjach przez Zamawiającego parametry powinny odzwierciedlać wartości podane przez producenta w dokumentacji urządzenia, nie zaś przyjęte przez Odwołującego w drodze własnych wyliczeń.

Dalej Odwołujący wywodzi, że nawet gdyby uznać, że podane przez niego informacje były nieprawdziwe, oraz że nie dołożył on należytej staranności w ich udzielaniu, w dalszym ciągu nie można twierdzić, iż spełniła się przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, bowiem informacje te nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Powołuje się na wyrok KIO 1496/18 : „*art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego, czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie gdy wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czyli de facto jedynie w przypadku gdyby nieprzyznanie punktów w podkryterium skutkowało odrzuceniem oferty lub zmianą w rankingu ofert. W niniejszym stanie faktycznym sytuacja wykonawcy C nie może ulec zmianie, wciąż Przystępujący jest wykonawcą najkorzystniejszym, niezależnie czy otrzymałby dodatkowe 11 punktów czy też nie*”.

Odwołujący podnosi, że nawet nieprzyznanie jego ofercie punktów z uwagi na niespełnianie warunków fakultatywnych, na które powołuje się Zamawiający w informacji o wykluczeniu, nie będzie skutkowało zmianą jego pozycji w rankingu. Oferta Odwołującego

jest obecnie ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i obniżenie punktacji o kwestionowaną wartość nie spowodowałoby zmiany w tym zakresie. W związku z powyższym, Odwołujący stoi na stanowisku, że nie zostały spełnione znamiona przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a zatem wykluczenie Odwołującego z Postępowania na tej podstawie jest niezasadne. Ewentualną sankcją, jaką Zamawiający mógłby zastosować jest nieprzyznanie ofercie Odwołującego punktów w ramach warunków fakultatywnych, których w ocenie Zamawiającego zaoferowany przez niego Tomograf i Rezonans nie spełniają. Zdaniem Odwołującego sankcja jaką jest wykluczenie Odwołującego z postępowania jest natomiast zbyt daleko idąca i nieproporcjonalna do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum TMS oraz Alteris

Odwołujący wskazuje, że ustawa VAT w art. 41 wskazuje wysokość podatku VAT w odniesieniu do towarów i usług. Co do zasady, zgodnie z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy VAT, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową w wysokości 23%. Ustawa VAT w określonych przypadkach przewiduje jednak możliwość zastosowania stawki obniżonej VAT, m.in. w wysokości 8%. Art. 41 ust. 2 ustawy VAT (i powiązany z nim art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy VAT) wskazują, że *„dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1”*. Punkt 13 załącznika nr 3 ustawy VAT („Załącznik”) wskazuje, że stawką 8% objęte są, bez względu na kod CN, *„wyroby medyczne w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) („Ustawa o Wyrobach Medycznych”) dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”*. Powyższe postanowienie odsyła zatem do definicji wyrobów medycznych zawartej w odrębnym akcie prawnym. Definicja wyrobu medycznego, która na mocy przywołanego przepisu znajduje zastosowanie w przepisach ustawy VAT, została zawarta w art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy o wyrobach medycznych. Zgodnie z nim, wyrobem medycznym jest *„narzędzie, przyrząd, urządzenie, oprogramowanie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, w tym zaprogramowaniem przeznaczonym przez jego wytwórcę do używania specjalnie w celach diagnostycznych lub terapeutycznych i niezbędnym do jego właściwego stosowania, przeznaczony przez wytwórcę do stosowania u ludzi w celu:*

- a) diagnozowania, zapobiegania, monitorowania, leczenia lub łagodzenia przebiegu choroby,*
- b) diagnozowania, monitorowania, leczenia, łagodzenia lub kompensowania skutków urazu lub upośledzenia,*

c) badania, zastępowania lub modyfikowania budowy anatomicznej lub procesu fizjologicznego,

d) regulacji poczęć

- który nie osiąga zasadniczego zamierzonego działania w ciele lub na ciele ludzkim środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi, lecz którego działanie może być wspomagane takimi środkami;"

Przedmiotem zarzutu w zakresie niewłaściwej stawki VAT jest klatka Faradaya, czyli urządzenie, które nie jest wyrobem medycznym. Klatka Faradaya ma bowiem na celu zapobiegać interferencjom zewnętrznym oraz powstrzymać przed wydostawaniem się z urządzenia różnego rodzaju oddziaływań.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że klatka Faradaya nie spełnia warunków określonych w art. 2 ust. 1 pkt 28 ustawy VAT, co oznacza, że nie jest ona wyrobem medycznym. Nie może zatem ona korzystać z obniżonej stawki VAT 8% - powinna być opodatkowana stawką podstawową 23%.

Odwołujący wskazuje, że ustawa o wyrobach medycznych przewiduje jeszcze jedną kategorię sprzętu wykorzystywanego do celów medycznych, ale niebędącego wyrobem medycznym. Jest to „wyposażenie wyrobu medycznego”, poprzez które należy rozumieć, zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 33 ustawy o wyrobach „artykuł, który, nie będąc wyrobem medycznym, jest specjalnie przeznaczony przez wytwórcę do stosowania łącznie z wyrobem medycznym, w celu umożliwienia jego używania zgodnie z przewidzianym zastosowaniem”. Podnosi, że zgodnie z właściwym orzecnictwem i interpretacjami podatkowymi, klatkę Faradaya należy zaliczyć do tej właśnie kategorii. Jest ona opodatkowana podstawową stawką 23%. Odwołujący zaznacza, że nawet w przypadku dostawy rezonansu magnetycznego i klatki Faradaya łącznie (w „zestawie”), organy wskazują, że obie dostawy można rozdzielić (nie jest to świadczenie kompleksowe), zatem dostawę klatki Faradaya należy opodatkować stawką podstawową. Odwołujący wskazuje, że w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego („NSA”) z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. I FSK 869/10, (potwierdzonego wyrokiem NSA z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. I FSK 293/12) dotyczącego opodatkowania i klasyfikacji dostawy i montażu rezonansu magnetycznego z klatką Faradaya na gruncie VAT, Sąd wskazał, że dostawa rezonansu i wykonanie instalacji izolacyjnej (klatki Faradaya) stanowią oddzielne czynności, które powinny być odrębnie opodatkowane. Według NSA nie istnieje szczególny związek pomiędzy dostawą rezonansu, a instalacją izolacyjną, który uzasadniałby ich łączne opodatkowanie stawką obniżoną 8%. Także stanowiska organów podatkowych wskazują, że stawką właściwą dla dostawy klatki Faradaya jest stawka podstawowa 23%. W interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 6 maja 2015 r., sygn. ILPP2/4512-I-284/15-2/SJz, organ wskazał, że w jego ocenie przepisy

ustawy VAT i ustawy o wyrobach medycznych nie dają podstawy do zastosowania stawki obniżonej 8%, ponieważ klatka Faradaya nie jest wyrobem medycznym, a wyposażeniem wyrobu medycznego. Podobnie stwierdził Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji z dnia 25 czerwca 2018 r., sygn. 0112-KDIL1-3.4012.204.2018.2.IT. Organ dodatkowo wskazał, że nawet jeśli rezonans i klatka sprzedawane są jako jedna całość (sprawa dotyczyła mobilnej pracowni rezonansu magnetycznego), to do poszczególnych jego elementów może być zastosowana odmienna stawka opodatkowania - w tym wypadku rezonans winien być opodatkowany stawką 8%, zaś klatka Faradaya stawką 23%. Zdaniem Odwołującego z powyższych względów nieprawidłowe było działanie konsorcjum TMS oraz Alteris polegające na zastosowaniu dla dostawy klatki Faradaya stawki VAT 8%.

Odwołując podnosi, że zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, *„przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty. Stąd nie ulega wątpliwości, że zastosowanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT będzie skutkowało odrzuceniem złożonej przez niego oferty”* (tak KIO w wyroku z 4 stycznia 2019 roku, sygn. akt KIO 2601/18). Co przy tym istotne, *„błąd w przyjętej stawce podatku VAT jest błędem niepodlegającym poprawieniu i wywołującym skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy”* (wyrok KIO z 28 maja 2019 roku, sygn. akt KIO 881/19).

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że oferty Konsorcjum TMS oraz Alteris powinny podlegać odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosili przystąpienie – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum TMS Sp. z o.o., ul. Wiernicza 84, 02-952 Warszawa, MDS Cardio Sp. z o.o ul. Transportowców 11, 02-858 Warszawa (dalej jako konsorcjum TMS) i wykonawca Alteris S.A. ul. Ceglana 35, 40-514 Katowice.

Zamawiający w dniu 18.11.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego oraz powiadomił o odrzuceniu ofert konsorcjum TMS i Alteris oraz o unieważnieniu postępowania.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko, zaś Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości, przychylając się do stanowiska Zamawiającego w zakresie dotyczącym oferty Odwołującego. Przystępujący podnosili natomiast, że odrzucenie ich ofert zgodnie z żądaniem odwołania było nieprawidłowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Zamawiający w rozdziale VIII SIWZ – Kryteria oceny określił dwa kryteria oceny ofert- cena 80% i walory techniczno-użytkowe 20%.

W pkt VIII.3 SIWZ określił, że *„Kryterium 2 (walory techniczno-użytkowe) oceniane będzie w oparciu o dane podane przez Wykonawcę w załączniku nr 4 (Specyfikacja techniczna) przy warunkach fakultatywnych (opcjach). Niedokonanie wyboru lub nieudzielenie konkretnej odpowiedzi będzie oznaczało przyznanie 0 pkt za dany parametr. Łączna liczba opcji: 30. Łączna maksymalna liczba punktów do zdobycia: 100”.*

W załączniku nr 4 do SIWZ – specyfikacja techniczna Zamawiający określił sposób oceny:

„Dla warunków fakultatywnych, które mogą być spełnione albo nie”. W przypadku niewybrania przez wypełniającego ofertę wykonawcę w kolumnie „Dostępność” żadnej z opcji wykonawca otrzymywał 0 pktów, wobec braku wypełnienia. Jeżeli wybrał „Nie ma” otrzymywał 0 pkt. Jeżeli wybrał „Jest”, otrzymywał 3,3333 pkt. Zgodnie z komentarzem oznaczało to, że Opcja jest dostępna w aktualnie istniejącej wersji oferowanego produktu i zostanie dostarczona przez Wykonawcę.

W specyfikacji technicznej tomografu komputerowego w pkt 1.2.19 zamawiający przewidział opcję – kryterium:

„Liczba rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV [cm] wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY większa niż 2”.

Odwołujący w ofercie w ww. pkt podał:

„Jest - Liczba rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV [cm] wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY wynosząca 5”.

W specyfikacji technicznej rezonansu magnetycznego zamawiający przewidział w pkt 2.2.9.2. opcję – kryterium:

„Długość tunelu wraz z obudowami (cover to cover – magnes z systemem shim, cewkami gradientowymi, zintegrowaną cewką nadawczo-odbiorczą ogólnego przeznaczenia i zewnętrznymi obudowami gantry) nie większa niż 150 cm”.

Odwołujący w ofercie w ww. pkt podał:

„Jest - długość tunelu wraz z obudowami (cover to cover – magnes z systemem shim, cewkami gradientowymi, zintegrowaną cewką nadawczo-odbiorczą ogólnego przeznaczenia i zewnętrznymi obudowami gantry) wynosi 145cm”.

W pkt 2.6.2.2 Zamawiający przewidział opcję-kryterium:

„Automatyczny przesuw stołu pacjenta sterowany programowo z klinicznego protokołu akwizycji, umożliwiający płynne badanie dużych obszarów ciała (akwizycja w trakcie przesuwu stołu) przy użyciu cewek lub zestawów cewek dłuższych niż maksymalne pole obrazowania (FOV), bez repozycjonowania pacjenta”.

Odwołujący w ww. pkt podał „Jest” oraz powtórzył powołaną powyżej treść SIWZ.

Zamawiający w dniu 18.10.2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i wskazania, czy potwierdza podane informacje i czy wynikają one z dokumentacji producenta.

W odniesieniu do poszczególnych parametrów Odwołujący wskazał, co następuje:

1.2.19: „Potwierdzamy informacje dotyczące oferowanego sprzętu. Aparat, który chcemy Państwu zaoferować posiada 5 rozmiarów diagnostycznych pól skanowania SFOV [cm] wynikających i zgodnych z kolimacją kąta wiązki promieniowania lampy RTG w płaszczyźnie XY. W załączeniu przesyłamy wyciąg z „Podręcznika technicznego” producenta, powszechnie dostępnego na stronie internetowej GE (załącznik nr 3): - Parametry skanowania: SFOV (Pole widzenia skanowania) - Tabela 12-34 – obrazująca możliwości wyboru pola widzenia SFOV:

1. Głowa pacjenta pediatrycznego. 2. Głowa. 3. Ciało pacjenta pediatrycznego. 4. Ciało drobnej budowy. 5. Ciało mocnej budowy. oraz zdjęcie z ekranu tomografu komputerowego Optima CT 660 – gdzie zaznaczono czerwoną ramką możliwości wyboru SFOV – 5 opcji, tj.:

1. Ped Head – tłum.: Głowa pacjenta pediatrycznego. 2. Ped Body - Ciało pacjenta pediatrycznego. 3. Head – głowa. 4. Small body - Ciało drobnej budowy. 5. Large body - Ciało mocnej budowy”.

2.2.9.2: Potwierdzamy informacje dotyczące oferowanego sprzętu.

Aparat, który chcemy Państwu zaoferować – zgodnie z dokumentacją producenta, dołączoną do aparatu – w technicznym opisie magnesu podaje długość magnesu: 145 cm (w załączeniu wyciąg z tej dokumentacji – Magnet Length (tłum.: długość magnesu) = 145 cm) (załącznik nr 6)”.

2.6.2.2: Potwierdzamy informacje dotyczące oferowanego sprzętu. Aparat, który chcemy Państwu zaoferować posiada taką opcję - możliwość skanowania „płynnego” bez konieczności repozycjonowania pacjenta czyli skanowanie nóg a potem np. miednicy – badania naczyniowe. Opcja QuickStep i potem opcja Pasting pozwala / umożliwia na połączenie w jeden obraz (na potwierdzenie powyższego, w załączeniu przedkładamy zrzut ekranu z oficjalnej strony Producenta GE wraz z tłumaczeniem) (załącznik nr 7)”.

Zamawiający w dniu 28.10.2019 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający odniósł się do udzielonych wyjaśnień, wskazując m.in., że:

- w zakresie pkt 1.2.19 – „Pozycje dostępne operatorowi aparatu, wymienione w tym wyjaśnieniu nie służą do wybrania 5 różnych pól skanowania, lecz ustawień związanych z 5 różnymi, typowymi kombinacjami regionów anatomicznych i typów budowy pacjenta (czyli wybrania w danej sytuacji odpowiedniego pola skanowania spośród 2 dostępnych). Tabela 12-

34 pokazuje deterministyczne skutki oddziaływania dawki promieniowania na pacjenta, nie definiuje pól skanowania;

- pkt 2.2.9.2 – „Według ilustracji zamieszczonej w publicznie dostępnej dokumentacji instalacyjnej oferowanego aparatu całkowita długość gantry wraz z tunelem pacjenta (od obudowy do obudowy wynosi dokładnie 1704 mm czyli 170 cm. W ramach prowadzenia niniejszego postępowania Zamawiającemu znany jest fakt, że wartość 145 cm dotyczy wymiaru samego magnesu – bez zewnętrznych obudów. Wartość zgodna ze specyfikacją urządzenia spełniająca wymóg Zamawiającego powinna wynosić 170 cm. (...) Zamawiający oczekiwał podania długości tunelu wraz z obudowami (cover to cover – magnes z systemem shim, cewkami gradientowymi, zintegrowaną cewką nadawczo – odbiorczą ogólnego przeznaczenia i zewnętrznymi obudowami gantry)”;

- pkt 2.6.2.2. – „.... Taki opis funkcji QuickStep definiuje ją jako wykonanie dwóch serii akwizycji w kilku, zmienianych skokowo (nie płynnie), pozycjach blatu stołu – a więc nie w trakcie jednej akwizycji. Wykorzystanie funkcji Pasting w połączeniu z subtrakcją pozwala natomiast na połączenie obrazów z wykonywanych serii akwizycji w jedną całość i jest możliwe po zakończeniu badania, pod kontrolą użytkownika”.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania Odwołującego.

Przedmiotowy zarzut Izba uznała za bezpodstawny. Oceniając działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w pierwszej kolejności należy ustalić, czy podane w punktach 1.2.19, 2.2.9.2 i 2.6.2.2 załączników do oferty – specyfikacji technicznych informacje miały charakter „informacji wprowadzających w błąd zamawiającego”. Innymi słowy wymaga zbadania, czy przedstawione informacje były zgodne z obiektywną rzeczywistością.

Zamawiający w pkt 1.2.19 w sposób jasny i precyzyjny określił, że dodatkowo punktowanym parametrem technicznym będzie zaoferowanie tomografu o ponad dwóch rozmiarach pola skanowania. Odwołujący w ofercie podał, że oferowane urządzenie posiada 5 rozmiarów pola skanowania. W złożonych wyjaśnieniach wskazał, że oferowane urządzenie posiada możliwość wyboru 5 rozmiarów diagnostycznych pól skanowania, jednakże informacja ta nie została poparta żadnym dokumentem o charakterze technicznym – Odwołujący powołał się na tabelę, która, jak zasadnie wskazał Zamawiający – określała skutki działania promieniowania na pacjenta. Możliwość wyboru pięciu trybów ustawień nie oznacza,

że tryby te różnią się rozmiarem pola skanowania SFOV. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, pozwalającego na uznanie, że oferowany tomograf komputerowy umożliwia wybór spośród 5 rozmiarów pola skanowania SFOV mierzonych w centymetrach, jak podał to w ofercie. Co więcej, nie kwestionował też okoliczności, iż Przystępujący Alteris, pomimo zaoferowania takiego samego urządzenia, nie zaznaczył w ofercie, że spełnia ów parametr – pomimo, iż skutkowałoby to przyznaniem dodatkowych punktów. Mając powyższe na uwadze, Izba doszła do przekonania, że informacja przedstawiona w pkt 1.2.19 oferty wprowadzała zamawiającego w błąd.

Również postanowienie punktu 2.2.9.2 było sformułowane precyzyjnie – punktowane miało być zaoferowanie tunelu o długości nie większej niż 150 cm – liczone jako całość – magnes z obudowami itd. Tymczasem Odwołujący w ofercie podał długość 145 cm dla całego tunelu, natomiast jak wynikało z wyjaśnień, była to jedynie długość magnesu. Dodatkowo warto odnotować, że w wyjaśnieniach Odwołujący wprost wskazuje, że 145 cm to długość magnesu, ale w dalszym ciągu utrzymuje, że spełnia ten opcjonalny parametr, odnoszący się do całej długości tunelu. Zamawiający dotarł do instrukcji instalacyjnej oferowanego aparatu, zgodnie z którą całkowita długość wraz z tunelem wynosi 170 cm. Odwołujący nawet w treści odwołania nie podważył prawdziwości tych informacji, ani nie zaprzeczył wymiarom oferowanego urządzenia wskazanym w informacji o wykluczeniu z postępowania. Stan sprawy jednoznacznie wskazuje, że podanie w pkt 2.2.9.2 długości 145 cm było przedstawieniem informacji wprowadzającej w błąd.

W pkt 2.6.2.2. Odwołujący wskazał, że oferowany rezonans posiada funkcję automatycznego przesuwu stołu umożliwiającą płynne badanie dużych obszarów ciała – akwizycja w trakcie przesuwu stołu, bez repozycjonowania pacjenta. W złożonych wyjaśnieniach podał, że spełnienie parametru jest zapewnione przez funkcję QuickStep i Pasting, które pozwalają na połączenie obrazów w jedną serię. Powołał się na opis funkcji QuickStep, z której wynika, że wykonywane są obrazy w różnych pozycjach stołu (dwukrotnie w tych samych pozycjach), które następnie są scalane i łączone w jedną serię. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie przyjął, iż takie wyjaśnienia i opis funkcji nakazują stwierdzenie, że nie zachodzi płynne badanie – w trakcie przesuwu stołu, gdyż obrazy wykonywane są dla poszczególnych, określonych pozycji stołu – ale nie w trakcie jego przesuwu. Nie można też zgodzić się z Odwołującym, że wobec możliwych różnych interpretacji pojęcia „akwizycji”, rzeczony parametr był niejednoznaczny. Zamawiający wprost wymagał, by akwizycja miała miejsce również w trakcie przesuwu stołu – w tym kontekście interpretacja „akwizycji” jako „całego badania” nakazywałaby stwierdzenie, że podkreślenie, wyjaśnienie w rzeczonym wymogu – „...(akwizycja w trakcie przesuwu stołu)” było zbędne, gdyż wystarczające jest płynne umożliwienie badania dużych obszarów ciała. Co za tym idzie, należy przyjąć, że

Zamawiający wymagał, by oferowane urządzenie dokonywało akwizycji również w trakcie przesuwu stołu, a nie tylko w poszczególnych jego pozycjach, pomiędzy przesuwem –taki wymóg uzasadniał też przyznanie dodatkowych punktów za dostarczenie sprzętu o takiej cesze.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący w kwestionowanych punktach oferty podał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Odwołujący jednakże, poza kwestionowaniem oceny prawdziwości podanych informacji, wywodził, że nie zostały spełnione także pozostałe przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Przechodząc do kolejnego warunku zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp podkreślanego przez Odwołującego – przedstawienie rzeczonych informacji na skutek niedbalstwa lub lekkomyślności, należy uznać, że w niniejszej sprawie warunek ów również został spełniony. W każdym z omówionych powyżej przypadków Odwołujący, przy dochowaniu należytej staranności uniknąłby podania informacji wprowadzających w błąd. W odniesieniu do parametru 1.2.19 Odwołujący bezpodstawnie przyjął, że oferowany tomograf posiada 5 rozmiarów pól skanowania SFOV, co stanowi o lekkomyślności. Ocena taka podyktowana jest okolicznością, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego na przyjęcie, że miał podstawy uznać, że tomograf umożliwia wybranie z spośród pięciu wyrażonych w centymetrach rozmiarów pola skanowania – rozmiarów, nie trybów. W odniesieniu do pkt 2.2.9.2 należy uznać, że działanie Odwołującego nosiło cechy rażącego niedbalstwa. Podanie wymiarów samego magnesu, gdy postanowienie specyfikacji jednoznacznie określa parametr jako uwzględniający obudowy i inne elementy, nie może być potraktowane inaczej. Jako co najmniej lekkomyślne z kolei należy potraktować wskazanie, że oferowane urządzenie zapewnia spełnienie wymogu z pkt 2.2.9.2, gdy, jak wskazano powyżej, złożone wyjaśnienia nakazują uznanie, że w trakcie przesuwu stołu akwizycja nie występuje. Nawet gdyby przyjąć (również nieudowodnioną) okoliczność, że płynne badanie dużych obszarów ciała możliwe jest w odniesieniu do układu limfatycznego kończyn dolnych, jak było podnoszone na rozprawie, to wciąż dotyczy to jednego obszaru ciała. W tej sytuacji zaznaczenie w ofercie „jest” – wskazujące na spełnianie warunku w pełnym zakresie uznać należy za pochopne i nie przystające do wzorca racjonalnego, profesjonalnego wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że również przesłanka przedstawienia informacji wprowadzających w błąd w wyniku „niedbalstwa lub lekkomyślności” została spełniona, w odniesieniu do wszystkich trzech ww. postanowień.

Ostatnią przesłanką warunkującą możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, której zaistnienie również kwestionuje Odwołujący, jest warunek, by podane informacje wprowadzające w błąd były informacjami „mogącymi mieć istotny wpływ na

decyzję podejmowane przez zamawiającego”. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że w niniejszej sprawie również ten warunek został spełniony. Niezgodne ze stanem rzeczywistym informacje, podane przez Odwołującego w pkt 1.2.19, 2.6.2.2 i 2.2.9.2 dotyczyły właściwości oferowanych urządzeń, które jednocześnie stanowiły dodatkowe kryterium oceny ofert. Wpływ podania informacji, skutkujących przyznaniu większej ilości punktów na decyzję zamawiającego jest oczywisty. Zaznaczyć tylko należy, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie określa, na jaką decyzję zamawiającego w postępowaniu ma mieć wpływ podanie informacji wprowadzających w błąd. Nie musi to więc być wybór oferty – również ocena oferty, przyznanie jej odpowiedniej ilości punktów jest decyzją zamawiającego. Przy tym podkreślenia wymaga również, że rzeczona decyzja Zamawiającego nie musiała już zapaść, a nawet może nie zostać podjęta – art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp posługuje się trybem potencjalnym – „mogące mieć wpływ”. Zatem wystarczające jest, by istniała możliwość, że podane informacje wpłynęły na decyzję zamawiającego. Niezależnie od powyższego, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że o zaistnieniu omawianej przesłanki wykluczenia z postępowania można byłoby mówić dopiero, gdy w odniesieniu do wszystkich trzech ww. punktów specyfikacji i oferty potwierdziło się, że mają charakter informacji o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdyż wówczas dopiero zmieniałaby się kwalifikacja wykonawców w rankingu, należy zauważyć, że wobec ww. oceny Izby warunek ów został spełniony. Niemniej jednak, jak wskazano powyżej, nie jest konieczne ustalenie wpływu na wynik postępowania podania informacji wprowadzających w błąd, a jedynie potencjalnego wpływu na decyzję Zamawiającego w postępowaniu, który w stanie badanej sprawy był ewidentny.

Mając powyższe na uwadze w ocenie składu orzekającego Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący w pkt 1.2.19, 2.2.9.2 i 2.6.2.2 oferty podał informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu i wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wobec tego przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny i podlegający oddaleniu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego konsorcjum TMS i Przystępującego Alteris

Rzeczony zarzut Izba pozostawiła bez rozpoznania, uznając, że został on wniesiony przedwcześnie. W momencie wnoszenia odwołania, Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, nie sposób zatem uznać, że doszło do zaniechania odrzucenia ofert Przystępujących. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem Izby, Zamawiający decyzję o odrzuceniu oferty albo wykluczeniu wykonawcy może podjąć do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej – wówczas bowiem należy przyjąć, że dokonał oceny ofert. Zamawiający może przed wyborem

oferty najkorzystniejszej podjąć decyzje o wyeliminowaniu wykonawcy bądź jego oferty z postępowania – jak miało to miejsce w odniesieniu do Odwołującego. Nie powoduje to jednak, że od chwili wykluczenia jednego z wykonawców można mówić o zaniechaniu wyeliminowania innych – Zamawiający nie ma obowiązku podejmowania tego typu decyzji w jednym czasie i naturalnym jest, że eliminacja może następować stopniowo, np. zależnie od wpływu wyjaśnień wykonawców oraz ich oceny. Reasumując, wnoszenie zarzutów zaniechania odrzucenia ofert, co do których Zamawiający nie podjął jeszcze decyzji o ich ocenie i jej nie zakomunikował, należy uznać za przedwczesne (por. np. wyrok KIO 2700/17, wyrok KIO 389/17 lub *a contrario* wyrok KIO 266/18). Z uwagi na powyższe Izba zarzuty dotyczące ofert konsorcjum TMS i wykonawcy Alteris pozostawiła bez rozpoznania. Na ocenę zarzutów jako przedwczesnych nie wpływa czynność Zamawiającego podjęta po wniesieniu odwołania w postaci odrzucenia ofert ww. wykonawców i unieważnieniu postępowania. Są to nowe czynności Zamawiającego, na które wykonawcom przysługuje odrębne odwołanie, pozostające bez wpływu na sprawę obecnie rozpatrywaną przez Izbę. Rozpatrywanie zarzutów dotyczących ofert Przystępujących w obecnej sytuacji mogłoby skutkować ograniczeniem możliwości ochrony praw, bowiem tworzyłoby swoisty przedsąd, w sytuacji gdy nie upłynął nawet termin na wniesienie odwołań od czynności, której podstawy miałyby być oceniane.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosków Przystępujących o zasądzenie kosztów zastępstwa na ich rzecz na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp, wobec okoliczności, że nie nastąpiło uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego, a zarzuty, których dotyczyły zgłaszane wnioski określone jako „sprzeciwy” nie były przez Izbę rozpoznawane, wobec okoliczności wskazanych powyżej.

Przewodniczący: