

Warszawa, dnia 16 sierpnia 2024 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu
Województwo Wielkopolskie
ul. Nowowiejskiego 11, 61-731 Poznań
tel. 61 856 73 11
e-mail: rops@rops.poznan.pl

Odwołujący:

SIDLY Sp. z o.o.
ul. Chmielna 2 lok. 31, 00-020 Warszawa
reprezentowana przez Zarząd Spółki
KRS 0000519219
osoba do kontaktu: Agnieszka Chmielecka
tel. 508 333 795
e-mail: dzp@sidly.org

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy SIDLY Sp. z o.o. na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 – 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 roku poz. 1604 ze zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) składam niniejszym odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu na świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej. Nr postępowania: ROPS.XII.3612.4.2024.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- **art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp** poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy Comarch Healthcare S.A. (dalej także: Comarch), która jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegała odrzuceniu;
- **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp** poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy Comarch, gdyż wykonawca ten – pomimo wezwania już uprzednio przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – nadal nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;

zarzut ewentualny, o ile w ocenie Izby nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Comarch Healthcare S.A.

- **art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch Healthcare S.A. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;
- **art. 128 ust. 4 ustawy Pzp** poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch Healthcare S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;

i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie przez Izbę Zamawiającemu:

- odrzucenia oferty wykonawcy Comarch Healthcare S.A. wraz z ponowieniem procedury badania i oceny ofert

albo z ostrożności procesowej, jeśli w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do odrzucenia ofert wnosimy o nakazanie:

- wezwania wykonawcy Comarch Healthcare S.A. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;
- lub też uprzedniego wezwania wykonawcy Comarch Healthcare S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 575 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało, zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, na dowód czego składam potwierdzenie jego przekazania.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 18 marca 2024 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 162133-2024 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej.

II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta odwołującego została sklasyfikowana obecnie na drugiej pozycji. Przy czym oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego. W zakresie zamówienia podstawowego zaoferowaliśmy wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 1.988.637,50 zł. Zamawiający przed otwarciem oferty wskazał: Zamawiający, działając w trybie art. 222 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, informuje że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 3.102.600,00 zł brutto. Należy podkreślić, że kwota podana przed otwarciem ofert (w odróżnieniu do wartości zamówienia) to kwota **bez prawa opcji**. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie¹: *Wartość prawa opcji powinna być zgodnie z art. 34 ust. 5 Pzp wzięta pod uwagę przy szacowaniu wartości zamówienia, ale z uwagi na fakt, że opcja nie jest zobowiązaniem zamawiającego, nie jest uwzględniana w kwocie, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie musi posiadać środków na*

¹ Wyrok KIO z dnia 12 marca 2018 r. sygn. akt KIO 359/18

wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie zamówienia opcjonalnego. Podobnie²: zdaniem Izby, jeżeli zamówienie przewiduje prawo opcji, w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP, zamawiający ma prawo odnosić się do kwoty podawanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która dotyczy środków przeznaczonych na realizację zamówienia gwarantowanego, bez odnoszenia się do zakresu zamówienia, który może, ale nie musi być realizowany w ramach prawa opcji. **W sytuacji jednak, gdy Zamawiający podaje jedną kwotę, bez rozróżnienia na kwotę dotyczącą zakresu podstawowego i prawa opcji, to należy uznać, iż dotyczy ona tylko i wyłącznie zakresu podstawowego i w odniesieniu do tej kwoty powinna być analizowana przesłanka do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 3 ustawy PZP.** Zatem wysokość naszej oferty mieści się w budżecie Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby wartość naszej oferty przekraczała budżet Zamawiającego, nie ma to znaczenia na etapie składania odwołania. Jak podkreśla Izba³: Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania albowiem cena jego oferta przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co skutkować będzie unieważnieniem postępowania jak również z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert. Unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 ustawy Pzp jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, zależnym od wyniku postępowania odwoławczego, dalszej oceny ofert, **jak również możliwość zwiększanie przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia**, powyższe okoliczności nie rzutują na spełnienie przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. **Nadto zgodnie z wiodącym orzecznictwem interesu Odwołującego można się dopatrywać również w dążeniu do unieważnienia postępowania.** Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie⁴: Ocena, czy dany podmiot posiada interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie winna być badana na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Przy czym wskazać w tym miejscu należy, że niektórych stanach faktycznych wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałoby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16).

² Wyrok KIO z dnia 30 marca 2023 r. sygn. akt KIO 713/23

³ Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2024 roku, sygn. akt KIO 3895/23

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 marca 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 130/21

III. Termin na wniesienie odwołania.

Zgodnie z treścią art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Zamawiający w dniu 22 lipca br. przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący dopiero po tym dniu mógł zapoznać się z informacjami na temat sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Comarch. Podobnie w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Comarch do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia. Odwołujący nie miał możliwości wcześniej zapoznania się z wykazem usług oraz referencjami przedłożonymi przez tego wykonawcę. Dokumenty te zostały złożone bezpośrednio przed wyborem oferty najkorzystniejszej i dopiero po tym dniu stały się jawne dla Odwołującego. **Niemniej w dniu 31 lipca br. (zatem przed dniem upływu terminu na wniesienie odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej) Zamawiający samodzielnie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.** Brak zatem było substytutu zaskarżenia, w postaci decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający powrócił do badania oferty wykonawcy Comarch. W dniu 6 sierpnia Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej Comarch. Tym samym dopiero obecnie Odwołujący ma - po raz pierwszy - możliwość zakwestionowania wadliwości wyboru oferty Comarch ze względu na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak też konsekwentnie Izba:

- *Uchylenie przez Zamawiającego czynności (w postaci badania, oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie sektora IX i X) będących przedmiotem zaskarżenia skutkuje koniecznością umorzenia postępowania. W dniu rozpoznania odwołania nie istniała czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie. W konsekwencji, w dniu orzekania przez Izbę nie istniał substrat odwołania, będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej przez Odwołującego. Zatem spór stał się bezprzedmiotowy. Aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie - powinno ono dotyczyć czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Na chwilę wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. W niniejszej sprawie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na badaniu, ocenie i w konsekwencji wyborze najkorzystniejszej*

**oferty Wykonawcy D. J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą
Firma Handlowo Usługowa J. D. J.⁵**

- *Nadmienić również należy, że w niniejszej sprawie Odwołujący podważył zasadność wyboru oferty Przystępującego jednocześnie zarzucając zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty Przystępującego. W ocenie Izby uznać należy, że w opisanym przypadku zaniechanie wykluczenia/odrzucenia oferty najkorzystniejszej ściśle związane jest czynnością jej wyboru. Zatem wybór oferty najkorzystniejszej jest zdarzeniem wynikającym z zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na uchwałę Sądu Najwyższego, która przez pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” rozumie szereg zdarzeń prowadzących do wyłonienia najlepszego wykonawcy w postępowaniu (zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy). Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 56/17 oraz 58/17 (...) **Skoro zatem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest skutkiem zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy najkorzystniejszego, to Zamawiającemu będącemu w trakcie badania i oceny ofert – wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności oraz kwestionowanie przez Izbę przyszłych, hipotetycznych czynności - które nie zaistniały jeszcze w tym postępowaniu - nie może mieć miejsca, gdyż wykraczałoby to poza ramy niniejszego postępowania odwoławczego⁶.***
- *odwołania nie wnosi się wobec czynności wykonawcy (czyli oświadczeń zawartych w treści "Specyfikacji cenowej" Przystępującego), lecz czynności i zaniechań zamawiającego, termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia, w którym można było uznać, że Zamawiający zaniechał np. odrzucenia danej oferty. (...) **wraz z chwilą unieważnienia, czynność, z którą można było powiązać zaniechanie Zamawiającego, przestała istnieć, a Zamawiający poddał ofertę Przystępującego ponownemu badaniu, by 26 marca 2019 r. ponownie uznać ją za najkorzystniejszą.** W związku z powyższym Izba stwierdziła, że ze względu na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (...) nie zachodzą przesłanki odrzucenia obecnego odwołania, a termin na kwestionowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty biegnie od ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Inne założenie prowadziłoby do pozbawienia wykonawcy możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej - **z jednej strony bowiem odwoływałby się od czynności już nieistniejącej w chwili orzekania, a z drugiej***

⁵ Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2023 rok sygn. akt KIO 112/23

⁶ Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2019 r. sygn. akt: KIO 226/19

nie mógłby skorzystać ze środków ochrony prawnej po dokonaniu kolejnej czynności. Przeczyłoby to idei efektywności środków odwoławczych wskazanej w artyku 1. ust. 1 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, który stanowi, że państwa członkowskie mają przedsięwziąć niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo; zasada ta ma zastosowanie również do obecnie obowiązujących dyrektyw⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe, przedmiotowe odwołanie zostało złożone w terminie.

Uzasadnienie

I. Zarzut dotyczący posiadanego doświadczenia. Informacje wstępne.

- (1) W pierwszej kolejności Odwołujący wykaże, że wykonawca Comarch nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie zostaną wykazane alternatywnie przesłanki do odrzucenia oferty Comarch albo też do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia lub też wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych (z ostrożności procesowej).
- (2) Zwracamy uwagę na to, że choć wykonawca Comarch Healthcare S.A. jest dużym przedsiębiorstwem o uznanej renomie, to na rynku usług Teleopieki nie ma znaczącej pozycji. Podmiot ten obsługuje niewielką część rynku, nie ma doświadczenia podobnego do Odwołującego (obsługujemy znacząco ponad połowę osób korzystających w Polsce z usług Teleopieki). Z tych względów wzbudziło nasze wątpliwości, czy Comarch może samodzielnie wykazać posiadanie doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.
- (3) W treści dokumentacji przetargowej wymagano posiadania doświadczenia w wykonaniu, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, **co najmniej dwóch usług o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi Teleopieki dla minimum 200 osób każda, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie)**. Zatem znaczenie miała skala prowadzonej działalności, usługa miała osiągać pułap co najmniej dwustu osób i to przez okres 12 miesięcy. Należy podkreślić, że zamówienie udzielane przez ROPS jest wyjątkowo duże (1300

⁷ Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 622/19

użytkowników, z prawem opcji nawet 2500), dlatego Zamawiający słusznie odwoływał się do największych kontraktów na rynku (obejmujących grupę ponad 200 obsługiwanych użytkowników trwających przez okres 12 miesięcy). Przy tym Zamawiający w wyjaśnieniach SWZ (z dnia 9 kwietnia 2024) nie zgodził się na łączenie usług o mniejszej liczbie obsługiwanych użytkowników celem spełnienia warunku udziału.

(4) Wykonawca Comarch wskazał na realizację trzech takich kontraktów:

- a) Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu - Świadczenie usługi TELEOPIEKI w wybranych gminach w Wielkopolsce poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowanie 200 osób z terenu Wielkopolski oraz najem fabrycznie nowych opasek do teleopieki przez okres 12 miesięcy, w ramach projektu pilotażowego pn. „Wielkopolski System Opieki Seniora”.
- b) Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Słupsku - Wdrożenie i utrzymanie systemu teleopieki w Słupsku skoordynowanej z Lokalnym Punktem Koordynującym (LPK) dla: Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Słupsku, ul. Słoneczna 15d, 76-200 Słupsk, w tym usługa zgodna z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla minimum 200 osób, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie).
- c) Fundacja Gdańska - Świadczenie usługi teleopieki, w tym usługa zgodna z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla minimum 200 osób, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie).

Każdy z tych kontraktów zostanie przez nas omówiony oddzielnie.

Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu

- (5) Comarch w wykazie usług wskazał, że usługę wykonywał od dnia 29.11.2021 do dnia 30.12.2022 roku. Zatem skoro zakres ten nieznacznie przekraczał okres 12 miesięcy (wynosił 13 miesięcy i jeden dzień) to istotnym jest, by przez niemalże cały okres trwania usługi, tj. 12 miesięcy obejmowała ona minimum 200 osób.
- (6) Zgodnie z treścią §9 ust. 2 umowy rozliczenie wynagrodzenia należnego wykonawcy następowało na podstawie raportu z wykonania umowy w danym okresie rozliczeniowym i zawierało informacje o liczbie aktywnych opasek (umowa w załączeniu). Wykonawca Comarch przekazywał zamawiającemu ROPS co miesiąc fakturę obejmującą dwie pozycje za dany miesiąc kalendarzowy: wynagrodzenie za świadczenie usług teleopieki oraz za najem urządzeń do teleopieki (opasek). Zatem dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu

konieczne byłoby wystawienie 12 następujących po sobie faktur, każda obejmująca świadczenie usług dla co najmniej 200 pacjentów.

- (7) W załączeniu przekazujemy - pozyskane w trybie dostępu do informacji publicznej - zestawienie 13 faktur wystawionych przez Comarch Healthcare S.A. na rzecz Województwa Wielkopolskiego - Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu, z tytułu wykonania umowy wskazanej w wykazie usług. Zwracamy uwagę na fakturę nr 00268-03-22-IMP dotyczącą świadczenia usług w marcu 2022 roku (strona 4 zestawienia). **Zgodnie z treścią faktury, usługa obejmowała najem 199 opasek oraz świadczenie usług Teleopieki w ilości 199.** Zatem w miesiącu marcu nie zostało spełnione wymaganie, aby usługa Teleopieki obejmowała minimum **200 osób**. Tym samym usługa wykonywana na rzecz Województwa Wielkopolskiego nie spełnia wymagań opisanych w warunku udziału w postępowaniu.

Miasto Słupsk

- (8) W treści wykazu usług Comarch wskazał na wykonywanie w okresie do 03.09.2018 do 31.12.2021 roku usług dla Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Słupsku obejmujących usługi teleopieki **dla minimum 200 osób, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie).** **Warunek ten nie został jednak spełniony.**
- (9) Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej pozyskał do Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Słupsku zestawienie ilości urządzeń wykorzystywanych w trakcie wykonywania przedmiotowego kontraktu z podziałem na poszczególne miesiące (zestawienie w załączeniu). Z przedłożonego dokumenty jednoznacznie wynika, że liczba korzystających w poszczególnych miesiącach w trakcie wykonywania kontraktu nie osiągnęła wymaganego progu 200 osób.

miesiąc	liczba osób objętych usługą Teleopieki		
	2019 rok	2020 rok	2021 rok
styczeń	35	178	192
luty	77	175	195
marzec	112	172	187
kwiecień	128	171	188
maj	145	171	187
czerwiec	128	169	187
lipiec	143	168	188
sierpień	144	226	192

wrzesień	161	186	191
październik	165	183	189
listopad	175	192	188
grudzień	176	193	187

Mamy
zatem

do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Comarch posłużył się nierzetelnymi danymi wprowadzającymi Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. W treści warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie wskazano na wymaganie wykonywania: *usługi o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi Teleopieki dla minimum 200 osób każda, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie)*. Zatem zgodnie z treścią warunku udziału – uwzględniającego przedmiot zamówienia niniejszego postępowania – doświadczenie miało dotyczyć projektu o określonej skali, w którym Telecentrum wykonawcy obsługuje co najmniej 200 osób. Wykonywanie usługi Teleopieki dla 77 czy 168 osób to nie to samo co wykonywanie usługi dla 200 osób.

- (10) Biorąc pod uwagę powyższe, nie jest możliwe uznanie przez Comarch, że posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Zatem dwa z trzech wskazywanych zamówień nie spełniają wymagania. Tym samym Comarch nie potwierdził posiadania doświadczenia (wymagane były dwie usługi).

Fundacja Gdańska

- (11) Zgodnie z treścią wykazu usług, zamówienie było wykonywane na rzecz Fundacji Gdańskiej. Przy czym zgodnie z treścią statutu Fundacji, jej założycielami są Miasto Gdańsk oraz Pomorska Izba Przemysłowo-Handlowa. Ma to o tyle znaczenie, że działania Fundacji są wspierane przez Miasto Gdańsk, w tym także w zakresie Teleopieki. Od 2019 roku Wykonawca Comarch jest dostawcą usług oraz opasek na rzecz projektu⁸. Na marginesie można dodać, że projekt ten nie był realizowany w sposób ciągły (brak 12 miesięcy), gdyż Miasto Gdańsk dofinansowywało krótsze okresy wykonywania zamówienia. Niemniej Fundacja Gdańska – w odróżnieniu od Miasta Słupsk oraz ROPS – odmówiła nam dostępu do dokumentów na temat sposobu wykonania zamówienia. Zarząd Fundacji poinformował: *treść umowy z dnia 17 września 2019 roku zawartej przez Fundację Gdańską ze spółką Comarch Healthcare S.A. została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa spółki Comarch Healthcare S.A.* Nie było zatem możliwe (w dacie

⁸ <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C513423%2Cinteligentne-opaski-dla-seniorow-w-gdansk-miasto-obiecuje-ochrone-danych>

składania odwołania) pozyskania dokumentów. Tym samym temat sposobu wykonania zamówienia na rzecz Fundacji nie jest objęty przez nas zarzutem.

II. Zarzut dotyczący wadliwego wyboru (czyn nieuczciwej konkurencji)

(12) Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastosował przesłanek wyłączenia zawartych treści art. 109 ust. 8 i 10 Pzp (wprowadzenie w błąd). Niemniej brak zastosowania tych przesłanek nie oznacza, że w przypadku przedstawienia nieprawdziwych informacji na temat posiadanego doświadczenia oferta nie podlega odrzuceniu. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie, w takim przypadku zasadnym jest odrzucenie oferty, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji:

- *Izba podziela stanowisko, iż „brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają **spełnienie warunku udziału** w zakresie INRE. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia”. Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji⁹.*
- *Zdaniem Izby oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej - narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. **Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy***

⁹ Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2022 roku sygn. akt KIO 5/22

PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk. (...) Przekazanie w wykazie informacji nieprawdziwych nie jest równoznaczne z tym, że podmiotowy środek dowodowy zawiera błędy lub jest niekompletny. Za błędny należałoby uznać dokument, w którym np. wykonawca oświadcza, że legitymuje się określonym doświadczeniem, ale opis tego doświadczenia nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu - jednak podawane informacje są zgodne z prawdą (po prostu wykonawca podał doświadczenie o zbyt małej wartości, zakresie lub z innych względów nieodpowiadające treści warunku udziału ewentualnie nie przedstawił w opisie doświadczenia wszystkich elementów pozwalających na jego zweryfikowanie pod kątem zgodności z warunkiem). W takiej sytuacji zasadnym jest skorzystanie z dyspozycji art. 128 ustawy PZP i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. (...) Dlatego Zamawiający, który mówiąc krótko, "przyłapał" Przystępującego na oświadczeniu nieprawdy nie powinien był wzywać go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które nie były obciążone błędem ani nie były niekompletne. Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 nie przysługuje¹⁰.

Podobnie wyroku KIO z dnia 15 maja 2023sygn. akt KIO 1160/23. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z całą pewnością powoływanie się na doświadczenie, którego się nie posiada, aby w ten sposób uzyskać zamówienie, jest zarówno niezgodne z dobrymi obyczajami, jak i narusza interes innych przedsiębiorców, którzy biorą udział w przetargu. Godzi także w interes klienta, którym jest Zamawiający, gdyż wbrew jego woli dochodzi do udzielania zamówienia wykonawcy, który nie posiada doświadczenia potwierdzającego zdolność do należytego wykonania zamówienia. **Ma to szczególne znaczenie w przypadku zamówienia na tak wrażliwym rynku, jak usługi Teleopieki. Działania wykonawcy będą bowiem mieć wpływ na życie i zdrowie pacjentów objętych przedmiotem zamówienia.** Comarch nie dochował należytej staranności w stopniu istotnym, przekazując niezwyfikowany wykaz usług.

- (13) Tym samym w naszej ocenie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Comarch, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w

¹⁰ Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2024 roku sygn. akt KIO 353/24

rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wnosimy o nakazanie przez Izbę odrzucenia oferty tego wykonawcy.

III. Zarzut dotyczący wadliwego wyboru (brak spełniania warunków)

- (14) Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, wykonawca Comarch nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarazem zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Niemniej nawet jeśli pominąć zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, to wskazać należy, że **Zamawiający skorzystał już z możliwości wezwania wykonawcy Comarch do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym posiadanego doświadczenia (przedłożone dokumenty były wadliwe, brak było potwierdzenia za zgodność z oryginałem przedłożonych referencji). Tym samym można uznać, że brak jest obecnie możliwości ponownego wezwania wykonawcy Comarch do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących posiadanego doświadczenia.**

IV. Zarzut dotyczący wadliwego wyboru (zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia)

- (15) Zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. W naszej ocenie nie mamy do czynienia ze złożeniem niekompletnego czy zawierającego błędy wykazu usług. Przedłożone oświadczenie zawiera bowiem informacje nieprawdziwe. Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkuje brakiem celowości wzywania do uzupełnienia dokumentów (art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp). Ponadto jak podkreślaliśmy powyżej, wykonawca był już wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących posiadanego doświadczenia.

- (16) Niemniej z ostrożności procesowej, o ile w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Comarch, wnosimy o nakazanie uzupełnienia wykazu ze względu na wskazywane przez nas okoliczności (brak wykazania spełniania warunku udziału) lub też do uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania.

Wykaz załączników:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
2. Dowód przekazania odwołania Zamawiającemu;
3. Pełnomocnictwo;
4. Informacja z Krajowego Rejestru Sądowego;
5. Zestawienie 13 faktur Comarch Healthcare S.A. na rzecz Województwa Wielkopolskiego - Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu;
6. Umowa nr 514/2021 zawarta pomiędzy Województwo Wielkopolskie - Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu, a Comarch Healthcare S.A.;
7. Zestawienie ilości urządzeń wykorzystywanych w trakcie wykonywania kontraktu dla Miasta Słupsk (dane pozyskane od Zamawiającego);
8. Zestawienie tabelaryczne ilości osób korzystających z usług w ramach kontraktu dla Miasta Słupsk (osoby korzystające przez pełen miesiąc oraz w przez część miesiąca);
9. Informacja przekazana przez Zarząd Fundacji Gdańskiej (odmowa przekazania informacji).