

WYROK

z dnia 29 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2022 r. przez wykonawcę Lux Med sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Meteorologii i Gospodarki

Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy,

przy udziale wykonawcy PZU Zdrowie S.A., z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Lux Med sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

W dniu 15 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Lux Med Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Instytutowi

Meteorologii i Gospodarki Wodnej - Państwowy Instytut Badawczy (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty PZU Zdrowie z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w zakresie braku zapewnienia przez PZU Zdrowie w złożonej ofercie:

- (a) możliwości samodzielnej rezerwacji przez Pacjentów Zamawiającego wizyt w ramach medycyny pracy we wszystkich udostępnionych przez tego Wykonawcę partnerskich placówkach medycznych (placówkach współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie;
- (b) wystawiania skierowań medycyny pracy również w formie elektronicznej, które będą mogły być skutecznie zrealizowane w partnerskich placówkach medycznych (placówkach współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie;
- (c) usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej (konsultacji telefonicznych 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu) oraz dla Pacjentów we wszystkich grupach wiekowych;
- (d) Pacjentom Zamawiającego przynajmniej na terenie Warszawy dyżuru pediatry, ortopedy i chirurga 24 godzinny na dobę przez 7 dni w tygodniu, w zakresie placówek własnych i partnerskich (placówek współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie, dedykowanych przez tego Wykonawcę do realizacji zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty PZU Zdrowie, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. na podstawie przepisów art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 14 ust. 2 pkt 2) uznk), gdyż jej złożenie jest działaniem sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, naruszającym interes innego przedsiębiorcy, tj.

Odwołującego i Zamawiającego poprzez rozpowszechnianie nieprawdziwych wprowadzających w błąd wiadomości o swoim Przedsiębiorcy tj. PZU Zdrowie, w celu przysporzenia korzyści w postaci wyboru jego oferty w Postępowaniu oraz wyrządzenia szkody Odwołującemu — LUX MED sp. z o.o. (uniemożliwienia wyboru jego oferty, jak najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu, a w konsekwencji w zakresie pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji przedmiotowego Zamówienia oraz uzyskania korzyści finansowych z tego tytułu), poprzez zamieszczenia przez PZU Zdrowie w ofercie oraz wyjaśnieniach na wezwanie Zamawiającego nieprawdziwych oraz wprowadzających w błąd informacji o świadczonych usługach, poprzez niezgodne z prawdą oświadczenie, że PZU Zdrowie zapewni:

- (a) możliwości samodzielnej rezerwacji przez Pacjentów Zamawiającego wizyt w ramach medycyny pracy we wszystkich udostępnionych przez tego Wykonawcę partnerskich placówkach medycznych (placówkach współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie,
- (b) wystawiania skierowań medycyny pracy również w formie elektronicznej, które będą mogły być skutecznie zrealizowane w partnerskich placówkach medycznych (placówkach współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie,
- (c) usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady

medycznej (konsultacji telefonicznych w wymiarze 24 godzin na dobę przez 7 dni w tygodniu) oraz dla Pacjentów we wszystkich grupach wiekowych,

(d) Pacjentom Zamawiającego przynajmniej na terenie Warszawy dyżuru pediatry, ortopedy i chirurga 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, w zakresie placówek własnych i partnerskich (placówek współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie, dedykowanych przez tego Wykonawcę do realizacji zamówienia;

3) art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie w przedmiotowym postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty PZU Zdrowie, która z przyczyn określonych w zarzucie 1) i 2) powinna zostać odrzucona;

4) art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania w przedmiotowym Postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego się — LUX MED;

5) art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) poprzez uznanie, że wyjaśnienia PZU Zdrowie (wraz z załącznikami) z dnia 31 sierpnia 2022 r. dotyczące treści złożonej oferty, złożone przez PZU

Zdrowie na wezwanie Zamawiającego w związku pismem Odwołującego odnośnie nieprawidłowości w treści oferty PZU Zdrowie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy PZU Zdrowie w uzasadnieniu zastrzeżenia ww. wyjaśnień nie wykazało przesłanek niezbędnych do uznania ww. wyjaśnień oraz załączników do tych wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wyjaśnienia te wraz z załącznikami nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż dotyczą informacji na temat zgodnej z jawnymi wymaganiami Zamawiającego realizacji zamówienia, które będą udostępniana wszystkim Pacjentów

Zamawiającego,

6) a w konsekwencji naruszenie art. 17 PZP poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: uchylecia / unieważniania wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5 września 2022 r., odrzucenia oferty PZU Zdrowie, z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (przepisów art. 3 ust. 1 w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 14 ust. 2 pkt 2) uznk), wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego się - LUX MED, odtajnienia wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczących treści oferty PZU Zdrowie oraz udostępnienia Odwołującemu w celu wykazania zasadności poniesionych powyżej zarzutów.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Ad zarzut 1 lit. a) — d)

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest „niezgodna z warunkami zamówienia”, Natomiast w myśl art. 7 pkt 29) ustawy Pzp: "Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego." Odwołujący wskazał, że na gruncie nowej ustawy Pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy Pzp.

Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest

zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego zawartym w SWZ wymaganiom.

W związku z powyższym, Odwołujący wskazał, że merytoryczna treść oferty PZU Zdrowie nie odpowiada warunkom zamówienia, tj. wymienionym poniżej wymaganiom, określonym przez

Zamawiającego w SWZ, OPZ i odpowiedziach udzielonych na pytania do treści SWZ.

Ad zarzut 1) lit. a)

- niezgodność oferty PZU Zdrowie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie braku zapewnienia przez PZU Zdrowie Pacjentom Zamawiającego możliwości samodzielnej rezerwacji wizyt w ramach medycznych (placówkach współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie.

Odwołujący wskazał, że w myśl postanowienia par. 4 ust. 4 pkt 1) wzoru Umowy, Zamawiający oczekuje możliwości umawiania wizyt i badań lekarskich w zakresie medycyny

pracy on-line i telefonicznie 24 h/dobę przez 7 dni w tygodniu we wszystkich udostępnionych placówkach medycznych, w tym placówkach współpracujących (podwykonawczych) oraz bezpośrednio we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy, w godzinach ich pracy.

Powyższe wymaganie zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie

nr 3 do treści SWZ, w której Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że „oczekuje możliwości samodzielnego umówienia się na badania medycyny pracy przez pracownika w dowolnej wybranej przez siebie placówce (własne / współpracującej), wykonującej badania medycyny pracy, którą wykonawca udostępni Zamawiającemu” :

Pytanie nr 3

„Dotyczy: umowa §4 ust. 4 pkt 1 W przywołanym punkcie Zamawiający oczekuje możliwości umawiania wizyt i badań lekarskich on - line i telefonicznie 24 h/dobę przez 7 dni w tygodniu we wszystkich udostępnionych placówkach medycznych, w tym w placówkach współpracujących oraz bezpośrednio we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy, w godzinach ich pracy; W celu doprecyzowania oczekiwań Zamawiającego dotyczących badań medycyny pracy oraz zapewnienia możliwości wystawiania skierowań na badania medycyny pracy w formie elektronicznej. Czy w tym przypadku oczekiwania Zamawiającego są tożsame tzn., że Zamawiający oczekuje możliwość samodzielnego badań w placówkach własnych Wykonawcy”.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że oczekuje możliwość samodzielnego umówienia SIQ na badania medycyny pracy przez pracownika w dowolnie wybranej przez siebie placówce (własnej/współpracującej), wykonujące badania medycyny pracy, którą Wykonawca udostępni Zamawiającemu.

Na potwierdzenie powyższej niezgodności oferty PZU Zdrowie z wymaganiami Zamawiającego należy wskazać m.in. zamieszczony na stronie internetowej tego operatora medycznego sposób umawiania wizyt w PZU Zdrowie:

Dowód nr 1:

Informacja zamieszczona na stronie internetowej: <https://zdrowie.pzm.inJ/dla>

pacienta/przewodnik« pacientaliak-umowic-sie-na-badania-medycyny-pracy (dostęp z dnia 12.09.2022).

Odwolujący wskazał, że na powyższej stronie internetowej przy umawianiu świadczeń z zakresu medycyny pracy jest zamieszczona informacja o możliwości umawiania wizyt Medycyny Pracy wyłącznie za pośrednictwem Infolinii PZU Zdrowie. Odwołujący podniósł również, że przy umawianiu pozostałych świadczeń medycznych istnieje możliwość bezpośredniego umówienia wizyty wyłącznie w placówkach własnych PZU Zdrowie (takiej możliwości PZU Zdrowie nie zapewnia w odniesieniu do umawiania wizyt w placówkach partnerskich) — por. poniższy dowód nr 2.

Dowód nr 2: Informacja zamieszczona na stronie internetowej: <https://zdrowie.pzu.pl/dla> pacjenta/rezerwacja wizyt/w-jakf-sposob„moge-zarezerwowac-wizyte-lekarska (dostęp z dnia 12.09.2022).

Na możliwość „umówienia się tylko i wyłącznie przez infolinię PZU” i „konieczności skontaktowania się z infolinią, która potwierdzi dostęp do świadczenia usług”, a tym samym brak możliwości bezpośredniego umówienia się w placówce partnerskiej (współpracującej / podwykonawczej) wskazuje rozmowa telefoniczna, która została przeprowadzona przez pracownika LUX MED w dniu 18 sierpnia 2022 r. z placówką Centrum Medyczne Sanitas, zlokalizowaną w Lublinie (20-022), przy ul. Okopowej nr 3 0 godzinie 9:55 (nr tel 81534 04 00). Potwierdzono podczas powyższej rozmowy, że pacjent / pracownik samodzielnie nie może umówić się na badania medycyny pracy, gdyż tylko i wyłącznie za pośrednictwem Infolinii PZU Zdrowie może być mu umówiona / zarezerwowana wizyta w placówce współpracującej (podwykonawczej) PZU Zdrowie. W tym celu należy skontaktować się z infolinią PZU i tam zamówić wizytę w partnerskiej placówce medycznej (podwykonawczej) PZU. Należy jednocześnie podkreślić, że placówka medyczna CM Sanitas realizuje usługi w zakresie medycyny pracy i placówka ta została wskazana przez PZU Zdrowie w wykazie sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że w wykazie placówek przekazany IMGW przez PZU Zdrowie są również wymienione placówki LUX MED Diagnostyka i Szpital Św. Elżbiety. LUX MED jako właściciel ww. placówek medycznych potwierdza fakt, że Pacjenci mający abonament PZU Zdrowie nie mogą się umówić w tych placówkach samodzielnie na wizytę i to konsultanci PZU Zdrowie dzwonią do LUX MED w celu umówienia Pacjentów na badania (lub lekarskie konsultacje medyczne). Ww. placówki diagnostyczne wykonują badania, które są realizowane m.in. w ramach zleconych badań medycyny pracy. Na marginesie Odwołujący wskazał również, że generalnie konkurencyjni operatorzy medyczni dysponują wiedzą, że PZU Zdrowie nie daje możliwości bezpośredniego umawiania wizyt w placówkach partnerskich zarówno, gdy Pacjenci PZU Zdrowie chcą umówić wizyty w ramach medycyny pracy, jak również w zakresie opieki ambulatoryjnej. Zatem z powodu wskazanego w tym punkcie zarzutu, ofertę PZU Zdrowie należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia udzielanego przez Zamawiającego, a w konsekwencji podlegającą odrzuceniu.

Ad zarzut 1 lit. b)

Zarzut niezgodności oferty PZU Zdrowie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie braku zapewnienia przez PZU Zdrowie wystawiania skierowań medycyny pracy w formie elektronicznej, na podstawie których pracownik będzie mógł umówić się na badania medycyny pracy w placówkach partnerskich (współpracujących / podwykonawczych).

Odwolujący wskazał, że na podstawie postanowienia par. 4 ust. 10 wzoru Umowy, Zamawiający przewidział konieczność, aby: Wykonawca zapewni możliwość wystawiania oprócz tradycyjnego skierowania na badania medycyny pracy w formie papierowej również skierowanie elektroniczne podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego lub umożliwi wystawienie skierowania w dedykowanym systemie informatycznym." Konieczność zapewnienia wystawiania skierowań elektronicznych (podpisanych przy pomocy podpisu elektronicznego) lub umożliwienia wystawiania skierowania w dedykowanym systemie

informatycznym zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 1:

Pytanie nr 1

„Dotyczy: Umowa §4 ust 10. Zamawiający w przytoczonym zapisie oczekuje zapewnienia między innymi możliwości wystawienia skierowania na badania medycyny pracy w formie elektronicznej. W związku z faktem, że pracownicy znajdują się nie tylko w mieście Warszawie gdzie znajduje się Centrala Zamawiającego do obsługi zamówienia niezbędne będzie zaangażowanie również placówek współpracujących. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje również aby wystawione skierowania medycyny pracy w formie elektronicznej były również obsługiwane we wszystkich udostępnionych przez Wykonawcę placówkach współpracujących.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że wystawiane przez Zamawiającego skierowania medycyny pracy w formie elektronicznej mają być również obsługiwane przez wszystkie udostępnienie placówki współpracujące Wykonawcy.

Analogicznie, jak w przypadku nieprawidłowości wskazanej w punkcie 1 niniejszego odwołania jeden z Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie (najprawdopodobniej PZU Zdrowie), zadając pytanie nr 9 do treści SWZ nieskutecznie próbował skłonić Zamawiającego do wykreślenia z wzoru umowy powyższego wymogu:

Pytanie nr 9

„zał. nr 10 do SWZ- wzór umowy „par. 4 ust 10 - Czy Zamawiający zgodzi się na realizację badań medycyny pracy na podstawie tradycyjnych papierowych skierowań PR?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na realizację badań z zakresu medycyny pracy we wskazany powyżej sposób.

Jednocześnie, na pytanie Wykonawcy (pytanie nr 10 do SWZ), najprawdopodobniej zadane przez PZU Zdrowie, które ma świadomość, że nie spełnia powyższego wymagania

Zamawiającego we wszystkich placówkach medycznych partnerskich (współpracujących / podwykonawczych) (co najprawdopodobniej potwierdziło zadaniem tego pytania), Zamawiający nie wyraził zgody na sugerowaną przez Wykonawcę: „realizację badań medycyny pracy na podstawie skierowań w formie elektronicznej w wybranych placówkach Wykonawcy”:

Pytanie nr 10

„Załącz. nr 10 do SWZ- Wzór umowy, par. 4 ust 10.

Czy Zamawiający zgodzi się na realizację badań medycyny pracy na podstawie skierowań w formie elektronicznej w wybranych placówkach Wykonawcy”,

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga, aby wystawienia przez Zamawiającego skierowania medycyny pracy w formie elektronicznej były również obsługiwane przez wszystkie udostępnione placówki współpracujące Wykonawcy.

Z wiedzy jaką uzyskał Odwołujący w toku badania rynku, obsługa on-line skierowań medycyny pracy w placówkach partnerskich (współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie nie Jest możliwa, a jedyną formą obsługi skierowań dot. Medycyny Pracy w placówkach partnerskich (współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie jest przekazywanie pracownikom przez innych zamawiającego skierowań w formie papierowej, co Jest sprzeczne z wymogiem Zamawiającego, postawionym w niniejszym Postępowaniu.

Jednocześnie z informacji uzyskanych przez Odwołującego m.in. od brokerów oferujących usługi PZU Zdrowie wynika, że aplikacja PZU Zdrowie o nazwie: „Olimp”, służąca do wystawiania e-skierowań nie jest dedykowana do obsługi placówek współpracujących (partnerskich / podwykonawczych). W powyższym przypadku, tj. dotyczącym placówek partnerskich (podwykonawczych) konieczne jest wystawienie papierowego skierowania.

Odwołujący wskazał, że w praktyce, umawianie się na wizyty w placówkach partnerskich (współpracujących / podwykonawczych) PZU Zdrowie wygląda w następujący sposób, że konsultant PZU Zdrowie (po otrzymaniu wiadomości telefonicznej od pacjenta / pracownika zamawiającego, mającego wystawione skierowanie od pracodawcy) dzwoni do placówki partnerskiej (współpracującej / podwykonawczej) w celu rezerwacji dla tego konkretnego, uprawnionego pracownika zleconych badań lub konsultacji lekarskich.

Zatem z powodu zarzutu wskazanego w tym punkcie, ofertę PZU Zdrowie należy uznać za niezgodną z warunkami zamówienia udzielanego przez Zamawiającego, a w konsekwencji podlegającą odrzuceniu.

Ad zarzut 1) lit. c) - niezgodność oferty PZU Zdrowie z wymaganiami Zamawiającego w zakresie braku zapewnienia przez PZU Zdrowie usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej (konsultacji telefonicznych).

Zgodnie z częścią 2 ust. 1 pkt 12) Opisu Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający wymagał, aby: „Wykonawca zapewni konsultacje telefoniczne — personel medyczny, który przez całą dobę posłuży radą osobom objętym pakietem medycznym, kontaktującym się w przypadku problemu zdrowotnego” .

Co należy rozumieć pod pojęciem zapewnienia usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej tj. „konsultacji telefonicznych” zostało doprecyzowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 2 do treści SWZ:

#### Pytanie nr 2

„Dotyczy: OPZ część 2 (ambulatoryjna opieka medyczna) ust. 1 pkt. 12. W celu doprecyzowania definicji zastosowanej przez Zamawiającego i praktykami rynkowymi co do kształtu takiej usługi która Jest realizowana przez prywatnych Wykonawców usług medycznych zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że usługa ma być dostępna dla Zamawiającego od momentu rozpoczęcia świadczenia usług przez 24 godziny 7 dni w tygodniu dla wszystkich pacjentów Zamawiającego tak, aby mogli telefonicznie uzyskać pomoc personelu medycznego (lekarz/pielęgniarka/ratownik medyczny) polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej dzwoniąc na wskazany przez Wykonawcę numer kontaktowy Pacjent zwrócić się z problemem zdrowotnym i otrzymać za pośrednictwem tej infolinii pomoc/poradę co w danym przypadku należy zrobić (np. zastosować dane lekarstwo, iść do najbliższej placówki medycznej, jeśli tak to Jakle), ftp.). Rozumiemy, że zapewnienie całodobowej infolinii medycznej nie jest równoznaczne z zapewnieniem usług tele-porad, (czyn zamówienia zwrotnego kontaktu telefonicznego), które są świadczone w określonych godzinach i wymagają wcześniejszego umówienia wizyty (wizyta planowa), a usługa polega na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej.

#### Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że zapewnienie całodobowej Infolinii medycznej nie jest równoznaczne z zapewnieniem usług tele - porad oraz, usługa ma być dostępna dla Uprawnionych oraz członków ich rodzin, którzy będą objęci Pakietem Indywidualnym/Partnerskim/Rodzinnym/Seniora od momentu rozpoczęcia świadczenia usług przez 24 godziny 7 dni w tygodniu dla wszystkich pacjentów Zamawiającego, tak, aby mogli telefonicznie uzyskać pomoc personelu medycznego polegającej na udzieleniu

natychmiastowej porady medycznej.

Z Informacji rynkowych posiadanych przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że PZU Zdrowie nie zapewnia wymaganych przez Zamawiającego usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej, tj. konsultacji medycznych 24 godziny i przez siedem dni w tygodniu oraz dla Pacjentów we wszystkich grupach wiekowych (w rozumieniu przedstawionym przez Zamawiającego).

W praktyce działalność PZU Zdrowie polega na udzielaniu pomocy medycznej przez pielęgniarkę wyłącznie w godzinach pracy placówek medycznych (tj. zasadniczo w godzinach od 7.00 do 22.00), natomiast po tych godzinach połączenia telefoniczne są przekierowywane do pracownika zajmującego się obsługą zamawiających (klientów, firm), nie będącego pracownikiem medycznym (lekarzem / pielęgniarką / ratownikiem medycznym).

Powyżej przedstawione okoliczności zostały kilkakrotnie potwierdzone podczas rozmów telefonicznych z konsultantkami PZU Zdrowie, w szczególności:

1. połączenie wychodzące na numer 22 5051548 0 godz. 11:38 (11.07.2022) - konsultantka potwierdziła, że nie ma możliwości uzyskania przez 24 godziny w ciągu doby porady pracownika medycznego w sytuacji pilnej;
2. połączenie przychodzące z numeru 22 7353900 (w odpowiedzi na pytanie wysłane przez formularz kontaktowy o ofertę) o godz. 15.41 (11.07.2022) - konsultantka również potwierdziła, że nie mają dyżuru medyka 24/7 (ewentualnie jeżeli jest dostępny lekarz to może on oddzwonić również w nocy, ale to zawsze będzie oddzwonienie, czyli usługa telemedycyny, a nie bezpośredniego kontaktu z dedykowaną, uprawnioną jednostką).

Odwołujący zaznaczył również, że usługa ta jest opisana w pakiecie tele - medycznym PZU Zdrowie (na s. 10 — usługa nazwana: „HOT-LINE”) — por. poniższy dowód nr 3.

Dowód nr 3 - ZAKRES TELEMEDYCZNY- S. 1 i 10 dot. HOT-LINE.

Z obserwacji Odwołującego wynika, że ta usługa jest realizowana wyłącznie w godzinach pracy placówek medycznych PZU Zdrowie, ponieważ później (w godzinach poza pracą placówek medycznych) zgłasza się osoba, która przedstawia się jako opiekun klienta firmowego (który nie zapewnia konsultacji medycznych w momencie połączenia telefonicznego, tylko odsyła do konsultacji medycznych świadczonych w godzinach pracy placówek medycznych PZU Zdrowie). W związku z powyższym usługa nie jest realizowana 24 godziny na dobę (zgodnie z powyższymi wymaganiami Zamawiającego) przez świadczeniu usług konsultacji medycznych wyłącznie dla Pacjentów od 6 do 60 roku życia.

W związku z powyższym, ofertę PZU Zdrowie należy uznać za niegodną z OPZ, gdyż ten operator medyczny nie zapewnia Pacjentom, jak również nie zapewnia Pacjentom kierowanym przez Zamawiającego usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu całodobowej i natychmiastowej porady medycznej, tj. konsultacji medycznych.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że nie jest możliwe w krótkim czasie, pomiędzy złożeniem ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a zawarciem umowy w następstwie tego postępowania, zorganizowanie usług telefonicznego uzyskania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegającej na udzieleniu całodobowej i natychmiastowej porady medycznej, tj. konsultacji medycznych 24h/7 dni oraz dla Pacjentów we wszystkich grupach wiekowych.

Powyższe stwierdzenie jest tym bardziej uzasadnione w przypadku takich podmiotów, jak

PZU Zdrowie, które dotychczas w swojej ofercie nie zapewniały usług dyżurów

telefonicznych dla Klientów (porównaj np. przywołane w dalszej części odwołania odrzucenie oferty PZU Zdrowie przez Instytut Techniki Budowlanej).

Ad zarzut 1) lit. d) - niezgodność oferty PZU Zdrowie z wymaganiami Zamawiającego w

zakresie braku zapewnienia przez PZU Zdrowie Pacjentom przynajmniej na terenie Warszawy dyżur pediatri, ortopedy i chirurga 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (część 2 (ambulatoryjna opieka medyczna) ust. 1 pkt 13) wymagał, aby: „w ramach pakietów medycznych dostępna była przez 7 dni w tygodniu doraźna pomoc ortopedyczna, chirurgiczna, lekarza internisty dla dorosłych oraz pediatryczna, ortopedyczna i chirurgiczna dla dzieci. W ramach dyżuru specjaliści udzielą pomocy m.in.: w przypadku konieczności zszycia rany, zmiany opatrunku, usunięcia ciała obcego, poparzenia, a także zwichnięcia i złamania. Pomoc ta ma być dostępna w Warszawie. W pozostałych lokalizacjach Uprawniony lub członek rodziny będzie mógł taką usługę zakupić np. od lokalnej placówki medycznej (jeśli oferuje) i wystąpić o zwrot 100% kosztów z nią związanych.”.

Analogicznie, jak w podniesionych wcześniej zarzutach pod adresem oferty PZU Zdrowie, powyższy wymóg został podtrzymany w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 4:

Pytanie nr 4

„Dotyczy: OPZ część 2 (ambulatoryjna opieka medyczna) ust 1 pkt 13.

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zapewnienia doraźnej pomocy ortopedycznej oraz chirurgicznej w tej samej lokalizacji dla danej specjalizacji tzn. że pacjent z urazem nie będzie odsyłany np. od godziny 7-21 do lokalizacji X, a od godziny 21 - 6 do lokalizacji Y na terenie miasta co jest niekomfortowe i przede wszystkim niebezpieczne dla Pacjenta.”.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że oczekuje od Wykonawcy zapewnienia doraźnej pomocy ortopedycznej oraz chirurgicznej w tej samej lokalizacji.

Z wiedzy rynkowej, posiadanej przez Odwołującego oraz pacjentów PZU Zdrowie, PZU Zdrowie posiada w Warszawie placówkę medyczną dyżurującą 24/7 przy ul. Górnośląskiej 4a w Warszawie, która realizuje wyłącznie usługi internistyczne w godzinach 20.00 — 7.00 i nie zapewnia z pewnością dyżuru pediatri, ortopedy oraz chirurga 24 godziny na dobę przez

7 dni w tygodniu. Powyższe ustalenie znajduje potwierdzenie w informacji zamieszczonej na stronie internetowej PZU Zdrowie pod adresem:

medyc

znawcentrummedycznmpzuzdrowiewarszawagornoslaska

Dowód nr 4: Informacja zamieszczona na stronie internetowej: Nocna pomoc medyczna PZU Zdrowie Warszawa [www.warszawagornoslaska.pzuzdrowie.pl](http://www.warszawagornoslaska.pzuzdrowie.pl) (o

nas/aktualnosci/calodobowa-opieka-medyczna-w-centrum-medycznvm-pzu-zdrowie warszawa gornoslaska [dostęp w dniu 12.08.2022 r. i 12.09.2022 r.)

Jednocześnie wskazana informacja, jak również sposób spełnienia świadczenia nie został zmieniony przez PZU Zdrowie przez okres 30 dni, gdyż zarówno w sierpniu, jak i we wrześniu br. na powyższej stronie internetowej wskazuje się niezgodny z warunkami

zamówienia sposób spełnienia świadczenia. Odwołujący jako konkurencyjny operator medyczny na bieżąco analizuje rynek, w szczególności zakresy nowych usług oferowanych przez konkurencję na rynku, w celu zwiększenia atrakcyjności swojej oferty. Z tego tytułu Odwołujący wie, że możliwość zapewnienia Pacjentom Zamawiającego przynajmniej na terenie Warszawy dyżuru pediatry, ortopedy i chirurga 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu stanowi znaczącą trudność, w szczególności poprzez duże braki personelu medycznego oraz konieczność zmiany zasad funkcjonowania placówek medycznych. Uprzedzając ewentualne tłumaczenia PZU Zdrowie, należy dostrzec, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 4 (por. poniżej zacytowane pytanie do treści SWZ (OPZ) wraz z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią) potwierdził wymaganie, aby pediatra, chirurg i ortopeda był dostępny 24h/7dni w tygodniu w tej samej lokalizacji. Z informacji posiadanych przez Odwołującego nie można wykluczyć, że PZU Zdrowie będzie chciało wskazać na podwykonawcę, który obsługuje wyłącznie takie przypadki po godzinach funkcjonowania placówek własnych, ale już w innych lokalizacjach co stanowi przykład próby dostosowania oferty po terminie składania ofert do sposobu wymagań Zamawiającego, a w konsekwencji niedopuszczalną próbę zmiany treści oferty.

Pytanie nr 4

„Dotyczy - OPZ część 2 (ambulatoryjna opieka medyczna) ust 1 pkt 13

Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zapewnienia doraźnej pomocy ortopedycznej oraz chirurgicznej w tej samej lokalizacji dla danej specjalizacji tzn. że pacjent z urazem nie będzie odsyłany np. od godziny 7-21 do lokalizacji X, a od godziny 21-6 do lokalizacji Y na terenie miasta co jest niekomfortowe i przede wszystkim niebezpieczne dla Pacjenta.”.

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że oczekuje od Wykonawcy zapewnienia doraźnej pomocy ortopedycznej oraz chirurgicznej w tej samej lokalizacji.

Uwzględniając wskazane powyżej fakty jak i dowody, należy uznać, że oferta PZU Zdrowie jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego w zakresie zapewnienia Pacjentom przynajmniej na terenie Warszawy dyżuru pediatry, ortopedy chirurga 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, a więc nie spełnia powyższego warunku zamieszczonego w OPZ i z tego powodu powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podkreślił, że powyższe informacje wywodzone są z oferty i przedmiotowego środka dowodowego, jakim jest wykaz placówek przedłożony przez PZU Zdrowie do ofert. W ocenie Odwołującego, wskazanie placówek, które nie spełniają wymagań (załączona do oferty PZU Zdrowie lista wszystkich placówek jest na tyle długa, że ani Zamawiający ani konkurencyjny Wykonawca nie jest w stanie samodzielnie zweryfikować ich prawidłowości) stanowi oświadczenie odnoszące się do istotnego aspektu sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co do którego Zamawiający określił swoje bezwzględne wymagania, ma charakter konkretyzujący sposób spełnienia świadczenia.

Zdaniem Odwołującego o zgodności z SWZ nie może świadczyć ogólne zapewnienie o zgodności oferty z treścią SWZ, zawarte w punkcie formularza oferty. Takie ogólne oświadczenie nie może prowadzić do uznania za niebyłe szczegółowych oświadczeń odnoszących się do poszczególnych merytorycznych aspektów oferty, jak również faktycznej niezgodności oferty z warunkami zamówienia lub braku możliwości spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego przez Oferenta. Nie można z niego wywodzić zgodności oferty z treścią SWZ w sytuacji, gdy oświadczenie (wyjaśnienia) konkretyzujące sposób realizacji zamówienia jest z tą treścią niezgodne. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do tego, że w zasadzie w żadnej sytuacji niemożliwe byłoby stwierdzenie niezgodności treści oferty z SWZ, niezależnie od szczegółowych oświadczeń i dokumentów, gdyż ogólne zobowiązanie do wykonania zamówienia standardowo zamieszczane jest w ofercie w każdym postępowaniu.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, PZU Zdrowie złożyło oświadczenie, które stanowiło treść oferty i było niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Profesjonalny wykonawca musi mieć świadomość odpowiedzialności za składane oświadczenia i

przedstawiane dokumenty oraz nie może oczekiwać, że w sytuacji, kiedy działają one na jego niekorzyść, zostaną uznane za niebyłe. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 15 października 2014 roku, sygn. akt KIO 2032/14.

Ad zarzut 2) lit. a) - d)

W ocenie Odwołującego, obok innych przyczyn odrzucenia oferty, takich jak m.in. niezgodność z ustawą czy z SWZ, art. 226 ust. 1 ustawy Pzp w pkt 7) przewiduje, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w omawianym w niniejszym zarzucie okolicznościach, opisanych w przepisach art. 3 ust. 1 oraz w przepisie art. 14 ust. 1 i art. 14 ust. 2 pkt 2) uznk). Taki stan zachodzi, jeśli treść lub sposób złożenia oferty jest sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami i prowadzi do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy ocenie, czy konkretna oferta może zostać zakwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji, należy odwoływać się do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”). Co istotne, czyny nieuczciwej konkurencji mogą przybrać zarówno postać działań stypizowanych w poszczególnych przepisach uznk lub też wynikać ze spełnienia kryteriów klauzuli generalnej z art. 3 tejże ustawy.

W ocenie Odwołującego, oświadczenie przez PZU Zdrowie w ofercie (oraz najprawdopodobniej w złożonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 31 sierpnia 2022 r. dotyczących treści złożonej oferty), że PZU Zdrowie zapewnia w swojej ofercie i przy realizacji przedmiotowego Zamówienia:

- (a) Pacjentom Zamawiającego możliwość samodzielnej rezerwacji wizyt w ramach medycyny pracy we wszystkich udostępnionych przez tego Wykonawcę partnerskich placówkach medycznych,
- (b) wystawianie skierowań medycyny pracy również w formie elektronicznej, które będą realizowane w placówkach partnerskich (współpracujących / podwykonawczych),
- (c) usługi telefonicznego uzyskiwania pomocy personelu medycznego (lekarza / pielęgniarki / ratownika medycznego), polegających na udzielaniu całodobowej natychmiastowej porady medycznej (konsultacji telefonicznych) dla Pacjentów we wszystkich grupach wiekowych (niezależnie od wieku) oraz
- (d) Pacjentom Zamawiającego przynajmniej na terenie Warszawy dyżuru pediatrii, ortopedy i chirurga

24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu,

- stanowiło, nie tylko zarzuconą w zarzucie pierwszym lit. a) — d) niniejszego odwołania, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, ale również świadczy o tym, że oferta PZU Zdrowie została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. PZU Zdrowie, składając powyższą ofertę dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami działaniu, które zagraża interesom Odwołującego i Zamawiającego, w zakresie; po pierwsze, uzyskania przez Zamawiającego wymaganego w SWZ, OPZ i odpowiedziach na pytania dotyczące treści SWZ świadczeń medycznych, których PZU Zdrowie nie zapewnia obecnie i nie jest w stanie zapewnić od dnia zawarcia umowy z IMGW, jak również, po drugie, możliwości świadczenia usług medycznych na rzecz Pacjentów Zamawiającego przez LUX MED, którego oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego. PZU Zdrowie dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji w przedmiocie rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości w swojej ofercie (oraz najprawdopodobniej udzielonych w toku Postępowania na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 31 sierpnia 2022 r.) o tym, że jako przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo, tj. operator medyczny jest w stanie zapewnić ww. świadczenia przy realizacji przedmiotowego Zamówienia.

W ocenie Odwołującego, powyższe działania zostały podjęte przez PZU Zdrowie zarówno w celu przysporzenia sobie korzyści, w postaci realizacji zamówienia, w okolicznościach braku spełniania wszystkich wymogów określonych w warunkach przedmiotowego Zamówienia, jak również wyrządzenia szkody Zamawiającemu (pozbawionemu Pacjentów Zamawiającego

świadczeń zgodnych z jego wymaganiami), jak również wyrządzenia szkody Odwołującemu, poprzez niezgodne z ustawą Pzp pozbawienie LUX MED możliwości uzyskania zamówienia oraz wynagrodzenia z tytułu jego realizacji (zgodnie z warunkami Zamówienia).

Odwołujący wskazał, z ostrożności procesowej, że opisane w zarzucie 2 lit. a) — d) działania PZU Zdrowie, niezależnie od spełniania przesłanki określonej w art. 14 ust. 1 i art. 14 ust. 2 pkt 2) uznk, samodzielnie wypełniają również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 uznk. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jednocześnie w ust. 2 powołanej jednostki redakcyjnej (artykułu 3 uznk) wymienione zostały konkretne zachowania, które ustawodawca do katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zalicza. Zachowania te zostały zdefiniowane w przepisach art. 5 — 17d uznk. Artykuł 3 ust. 1 uznk pełni zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art. 5-17d uznk, jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art. 5-17d uznk, (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. sygn. akt CSK 796/10). Innymi słowy, jeżeli określone działanie nie mieści się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez uznk, należy na podstawie przewidzianej w art. 3 ust. 1 tej ustawy klauzuli generalnej, jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, ocenić charakter tego działania, z uwzględnieniem przesłanek przewidzianych w tym przepisie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31 lipca 1995 r., I A Cr 308/95; por. również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r. VI ACA 1478/13). Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17d u uznk). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Warto tutaj powołać się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACA 371/07, zgodnie z którym: "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się poza prawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy 'uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania, jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo."

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, że działania PZU Zdrowie spełniają powyższe przesłanki działania w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk, tj.:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem oraz dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia Interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że PZU Zdrowie nie tylko w postępowaniu IMGW złożyło ofertę nie spełniającą powyżej przywołanych warunków Zamówienia. Do analogicznej sytuacji doszło np. w postępowaniu Instytutu Techniki Budowlanej o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie art. 275 pkt 2) ustawy Pzp, pn.: „Świadczenie usług ochrony zdrowia z zakresu medycyny oraz innych usług medycznych dla obecnych i byłych pracowników Instytutu Techniki Budowlanej oraz członków ich rodzin w formie programu opieki zdrowotnej”, numer postępowania: TO.260,17DP.2022.

W świetle uzasadnienia z dnia 8 września 2022 r, odrzucenia przez ww. Zamawiającego oferty PZU Zdrowie, oferta PZU Zdrowie została odrzucona m.in. z powodu: pkt 3) uzasadnienia: „braku udostępniania Platformy on-line na warunkach wskazanych w punkcie

8.7 OPZ, przy czym opis tego warunku był analogiczny do opisu warunku Zamówienia określonego przez IMGW (por. zarzut 1) lit. a) z niniejszego odwołania), tj.: „Wykonawca udostępni Zamawiającemu platformę online do obsługi umowy, umożliwiającą w szczególności obsługę badań medycyny pracy: wystawianie skierowań na badania medycyny pracy z możliwością zatwierdzania w wersji elektronicznej oraz sprawdzenia ważności orzeczeń lekarskich pracowników. Platforma dostępna będzie przez powszechnie obowiązującą przeglądarkę Internetową” oraz pkt 4) uzasadnienia: „braku spełnienia wymogów w zakresie punktu 8.4 OPZ tzw. Usługa Hot line”, podobnie, jak powyżej, opis tego warunku był analogiczny do określenia warunku Zamówienia przez IMGW (por. zarzut 1) lit. c) z niniejszego odwołania), tj.: „Wykonawca zapewni usługi pomocy doraźnej w postaci konsultacji telefonicznej z personelem medycznym (lekarz/pielęgniarka/ratownik medyczny). polegające na udzieleniu natychmiastowej porady medycznej Infolinia obsługiwana jest przez wykwalifikowany personel medyczny 24 godziny na dobę oraz przez 7 dni w tygodniu”

Dowód nr 5: Uwierzytelniona kopia „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 8 września 2022 r. w postępowaniu Instytut Techniki Budowlanej.

Z tożsamyh przyczyn oferta PZU Zdrowie została odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług medycznych w formie abonamentu medycznego dla pracowników Spółki Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. na lata 2020-2022” prowadzonym przez GAZ SYSTEM, w którym GAZ SYSTEM odrzucił ofertę PZU Zdrowie wskazując, że: „Brak zaoferowania przez Wykonawcę PZU Zdrowie S.A. możliwości umówienia usługi medycznej w inny sposób aniżeli za pośrednictwem Infolinii, należy uznać za niezgodność z SIWZ, która nie może być konwalidowana. Złożone przez Wykonawcę PW Zdrowie S.A. wyjaśnienia należy uznać za złożenie nowego oświadczenia woli w przedmiocie zakresu oferowanego świadczenia, co jest sprzeczne z art 87 ust. 1 ustawy, zakazującym prowadzenia negocjacji dotyczących treści złożonej oferty”.

Dowód nr 6: Uwierzytelniona kopia „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 25 października 2019 r. w postępowaniu GAZ SYSTEM S.A.

W przedmiotowej sprawie zapadł również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba oddaliła odwołania PZU Zdrowie na odrzucenie oferty z uwagi na powyższą niezgodność z wymaganiami.

Ad zarzuty 3 i 4

Zarzuty: 3) naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie w przedmiotowym postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty PZU Zdrowie oraz

4) naruszenia przepisu art. 253 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie dokonania w przedmiotowym Postępowaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego się — LUX MED, stanowią konsekwencje zarzutów 1) i 2) dotyczących niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania odrzucenia oferty PZU Zdrowie z uwagi na zarówno jej niezgodność z warunkami zamówienia, jak również złożenia w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 13 marca 2006 r. (sygn. akt V Ca 2469/05).

Ad zarzut 5

Odwołujący wskazał, że PZU Zdrowie w następujący sposób uzasadnił zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 31 sierpnia 2022 r. dotyczących treści złożonej oferty (treść uzasadnienia została otrzymana przez Odwołującego w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 12 września 2022 r.): „Równolegle Wykonawca zastrzega, że informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach oraz załączonych

dokumentach, a w szczególności w załącznikach nr 2 — 4 do niniejszego pisma, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Uzasadniając zastrzeżenie należy wskazać, że załączone dokumenty, nawet jeżeli nie zawierają stawek wynagrodzenia, obejmują inne informacje o charakterze prawnym, technicznym lub handlowym. Ujawnienie przekazywanych dokumentów umożliwiłoby konkurencji uzyskanie przewagi na rynku z uwagi na powzięcie informacji o stosowanych przez Wykonawcę warunkach zawierania umów lub warunkach świadczenia usług. Ponadto dowody te mają charakter poufny, co oznacza, że zarówno jako całość, jak również w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie są łatwo dostępne dla takich osób. Nie są one dostępne o takiej treści i w takiej formie w żadnym innym miejscu, ani nie były dotychczas udostępniane w innych postępowaniach prowadzonych w kraju lub za granicą. Informacje te są przechowywane z zastosowaniem stosownych zabezpieczeń. Jedyne nieliczni, upoważnieni do tego pracownicy (zarząd, osoby bezpośrednio przygotowujące ofertę wraz z analitykami finansowymi) mają wgląd do tych informacji. Nadto, osoby te zostały poinformowane o poufności tych informacji i zobowiązały się do zachowania poufności informacji. Pliki te przesyłane są drogą elektroniczną w formie zaszyfrowane]. Dostęp do kont e-mail i komputerów pracowników, którym pliki te udostępniono, zabezpieczony jest hasłem. W konsekwencji uznać należy, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tych informacji. W przypadku nieuwzględnienia przedmiotowego zastrzeżenia, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego, by przed ujawnieniem dołączonych dokumentów przekazał informację w tym zakresie Wykonawcy”.

W ocenie Odwołującego analiza przedstawionego przez PZU Zdrowie uzasadnienia co do spełnienia przesłanek ustawowych uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazuje, że Wykonawca nie wykazał / nie udowodnił, zgodnie z przepisami ustawy Pzp i orzecznictwem KIO, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy. Uzasadnienie przedstawione przez PZU Zdrowie jest lakoniczne, szcątkowe, mające co najwyżej charakter deklaracji (zapewnienia). Zdaniem Odwołującego, po lekturze tego uzasadnienia nie wiadomo z jakimi konkretnie rodzajami tajemnicy przedsiębiorstwa mamy do czynienia w przedstawionych wyjaśnieniach (oraz załączonych do nich załącznikach) i jaką mają one rzeczywistą wartość gospodarczą dla PZU Zdrowie. W treści tego uzasadnienia mamy przede wszystkim do czynienia z zacytowaniem fragmentów przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich wykazał, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane w świetle poglądów doktryny — mające miejsce w zakwestionowanym uzasadnieniu sporządzonym przez PZU Zdrowie ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 24 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 637/20, wyrok z dnia 28 lipca 2017 r. sygn. akt Sygn. KIO 1460/17.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego zatem wynika, że poszczególne przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym podjęcie działań w celu utrzymania ich w poufności, powinny być wykazane (udowodnione). Tym samym wykonawca nie może ograniczyć się wyłącznie do zapewnień, deklaracji czy oświadczeń w tym zakresie. Powinien je, jeśli nie udowodnić, to przynajmniej uprawdopodobnić. Tym bardziej, że jest to powszechna praktyka. W konsekwencji, nie może budzić wątpliwości, że PZU Zdrowie nie wykazał (nie udowodnił), że rzeczywiście podjął deklarowane w zacytowanym powyżej uzasadnieniu działania niezbędne dla zachowania informacji zamieszczonych w wyjaśnieniach w poufności (jako tajemnicy przedsiębiorstwa). Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na powyższe okoliczności,

w szczególności w zakresie środków podjętych do zachowania tych informacji w poufności, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił również uwagę, że wyjaśnienia PZU Zdrowie dotyczą okoliczności zgodności złożonej oferty z wymaganiami Zamawiającego, a tym samym sposobu realizacji zamówienia, który będzie jawny w odniesieniu do Zamawiającego, a przede wszystkim Pacjentów Zamawiającego chcących skorzystać z usług medycznych świadczonych przez PZU Zdrowie. Ponadto, należy zauważyć, że samo PZU Zdrowie nie jest pewne, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, gdyż w ostatnim zdaniu uzasadnienia wskazuje na możliwość nieuwzględnienia przedmiotowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego oraz liczy się z ujawnieniem wyjaśnień wraz z załącznikami — por.: „W przypadku nieuwzględnienia przedmiotowego zastrzeżenia, Wykonawca zwraca się do

Zamawiającego, by przed ujawnieniem dokumentów przekazał informację w tym zakresie Wykonawcy”.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług medycznych z zakresu medycyny pracy oraz ambulatoryjnej opieki medycznej dla pracowników IMGW-PIB oraz członków ich rodzin”.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał m.in., że:

1. Wykonawca zapewni wszystkim pracownikom Zamawiającego zwanymi dalej „Uprawnionymi” opiekę medyczną z zakresu Medycyny Pracy w formie Pakietu Medycyna Pracy (nazwa przykładowa):

- Wykonawca zapewni możliwość wystawienia oprócz tradycyjnego skierowania na badania medycyny pracy w formie papierowej również skierowanie elektroniczne podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego lub umożliwi wystawienie skierowania w dedykowanym systemie informatycznym;
- Wykonawca zapewni możliwość umawiania wizyt i badań lekarskich on-line i telefonicznie 24 h/dobę przez 7 dni w tygodniu we wszystkich udostępnionych placówkach medycznych w tym w placówkach współpracujących oraz bezpośrednio we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy w godzinach ich pracy;
- Wykonawca zapewni konsultacje telefoniczne — personel medyczny, który przez całą dobę posłuży radą osobom objętym pakietem medycznym, kontaktującym się w przypadku problemu zdrowotnego;
- Zamawiający wymaga, aby w ramach pakietów medycznych dostępna była przez 7 dni w tygodniu doraźna pomoc ortopedyczna, chirurgiczna, lekarza internisty dla dorosłych oraz pediatryczna, ortopedyczna i chirurgiczna dla dzieci. W ramach dyżuru specjaliści udzielą pomocy m.in.: w przypadku konieczności zszycia rany, zmiany opatrunku, usunięcia ciała obcego, poparzenia, a także zwichnięcia i złamania. Pomoc ta ma być dostępna w Warszawie. W pozostałych lokalizacjach Uprawniony lub członek rodziny będzie mógł taką usługę zakupić np. od lokalnej placówki medycznej (jeśli ją oferuje) i wystąpić o zwrot 100% kosztów z nią związanych.

Izba ustaliła, że powyższe wymagania zostały w identyczny sposób sformułowane we wzorze umowy w §4.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XII Opis sposobu przygotowania oferty, Zamawiający wskazał: Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności oferta powinna być złożona na formularzu stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ - Formularz oferty. Oferta musi być sporządzona w języku polskim i złożona, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (w formie elektronicznej). To samo dotyczy oświadczeń, o których mowa w Rozdz. IX ust. 1. Integralną częścią oferty jest, uzupełniony o wszystkie niezbędne dane, Wykaz placówek medycznych dostępnych Wykonawcy, który należy sporządzić według formularza stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ i złożyć wraz z ofertą. Izba ustaliła, że w Załączniku nr 11, Zamawiający wymagał podania następujących informacji: Nazwa placówki, Adres placówki, Placówka własna / współpracująca (podać odpowiednio), Odległość placówki wskazanej w kol 3 od lokalizacji Zamawiającego określonej w kol 2 obliczona zgodnie z pkt 1.1 ppkt 9) i pkt 2.1. ppkt 2) OPZ.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta Przystępującego. Obaj wykonawcy wraz z ofertą złożyli wypełnione załącznik nr 11, wskazując wymagane przez Zamawiającego informacje.

Izba ustaliła, że w Formularzu oferty Przystępujący zawarł następujące oświadczenia:

- ust. 4: „Szczegółowy zakres usługi objętej przedmiotem zamówienia jest bezsporny i ustaliłem ten zakres na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia oraz własnej weryfikacji zakresu rzeczowego.”;
- ust. 5: „Zobowiązuję się zapewnić dostęp pracownikom Zamawiającego oraz zgłoszonym członkom ich rodzin do zintegrowanego, elektronicznego systemu obsługi dokumentacji pacjenta (historia chorób pacjenta, wykaz wszystkich konsultacji lekarskich, wykaz stosowanych leków, wyniki badań laboratoryjnych i diagnostycznych, inne ważne informacje o pacjencie) dostępnego we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy; dokumentacja pacjenta dostępna będzie w wersji elektronicznej w każdej placówce własnej Wykonawcy.”;
- ust. 6: „Zobowiązuję się zapewnić zintegrowany, elektroniczny system rejestracji wizyt lekarskich (w tym: możliwość rezerwacji wizyt on-line przez pacjenta, możliwość podglądu wyników badań laboratoryjnych on-line, możliwość rezerwacji wizyt lekarskich i badań pod ogólnopolskim nr telefonu dostępnym 24 h dobę/7 dni w tygodniu, możliwość sprawdzenia dostępności do poszczególnych specjalistów, przypomnienie drogą elektroniczną: SMS-ami lub e-mailami o wizytach) dostępny we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy.”;
- ust. 7: „Zobowiązuję się zapewnić Zamawiającemu dostęp do portalu klienta, który umożliwi dostęp do zintegrowanej platformy informatycznej (zarządzanie listami aktywnymi osób zgłaszanych do opieki medycznej, kontakt z opiekunem administracyjnym firmy, dostęp do aktualnych formularzy i komunikatów Wykonawcy, informacji o akcjach profilaktycznych i in.).”;
- ust. 8: „Zobowiązuję się zapewnić możliwość wystawienia oprócz tradycyjnego skierowania na badania medycyny pracy w formie papierowej również skierowanie elektroniczne podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego lub umożliwi

wystawienie skierowania w dedykowanym systemie informatycznym”;

- ust. 13: „Zawarte w załączniku nr 12 do SWZ postanowienia Wzoru umowy zostały przeze mnie zaakceptowane i w przypadku wyboru mojej oferty, zobowiązuję się do zawarcia umowy na warunkach określonych w w/w załączniku do SWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.”

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 9 sierpnia 2022 r. poinformował Zamawiającego o nieprawidłowościach, które w jego ocenie, występują w ofercie Przystępującego. Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty. Zamawiający wskazał: „Zawiadamiam, że w dniu 19 sierpnia 2022 r. Wykonawca: LUX MED Sp. z o.o., ul. Postępu 21c, 02-676 Warszawa przekazał Zamawiającemu za pośrednictwem elektronicznej platformy zakupowej eB2B dostępnej pod 25

adresem: przy użyciu zakładki pn.: „Pytania/Informacje” pismo z „Informacją o nieprawidłowościach w ofercie PZU ZDROWIE S.A.” w pliku o nazwie: „zarzuty\_pod\_adresem\_oferty\_pzu\_dla\_postepowania\_imgw.pdf”, stanowiące załącznik do niniejszego wezwania. Zamawiający, w Rozdz. XII ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, określił wymóg, zgodnie z którym: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności oferta powinna być złożona na formularzu stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ - Formularz oferty. Oferta musi być sporządzona w języku polskim i złożona, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (w formie elektronicznej). To samo dotyczy oświadczeń, o których mowa w Rozdz. IX ust. 1. Integralną częścią oferty jest, uzupełniony o wszystkie niezbędne dane, Wykaz placówek medycznych dostępnych Wykonawcy, który należy sporządzić według formularza stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ i złożyć wraz z ofertą.” Należy zauważyć, że wymagania dotyczące świadczenia usług medycznych z zakresu medycyny pracy oraz ambulatoryjnej opieki medycznej dla pracowników Zamawiającego oraz członków ich rodzin zostały szczegółowo określone w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1

do SWZ oraz we Wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ. Składając ofertę na Formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 10 do SWZ, w Części II, Wykonawca: PZU Zdrowie S.A., ul. Rondo Daszyńskiego 4, 00-843 Warszawa określił, że oferuje realizację zadania, którego przedmiot i zakres został określony w SWZ, w szczególności w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ). Dodatkowo, w Formularzu oferty, w Części IV, Wykonawca oświadczył, co następuje:

- ust. 4: „Szczegółowy zakres usługi objętej przedmiotem zamówienia jest bezsporny i ustaliłem ten zakres na podstawie Opisu przedmiotu zamówienia oraz własnej weryfikacji zakresu rzeczowego.”;
- ust. 5: „Zobowiązuję się zapewnić dostęp pracownikom Zamawiającego oraz zgłoszonym członkom ich rodzin do zintegrowanego, elektronicznego systemu obsługi dokumentacji pacjenta (historia chorób pacjenta, wykaz wszystkich konsultacji lekarskich, wykaz stosowanych leków, wyniki badań laboratoryjnych i diagnostycznych, inne ważne informacje o pacjencie) dostępnego we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy; dokumentacja pacjenta dostępna będzie w wersji elektronicznej w każdej placówce własnej Wykonawcy.”;
- ust. 6: „Zobowiązuję się zapewnić zintegrowany, elektroniczny system rejestracji wizyt lekarskich (w tym: możliwość rezerwacji wizyt on-line przez pacjenta, możliwość podglądu wyników badań laboratoryjnych on-line, możliwość rezerwacji wizyt lekarskich i badań pod ogólnopolskim nr telefonu dostępnym 24 h dobę/7 dni w tygodniu, możliwość sprawdzenia dostępności do poszczególnych specjalistów, przypominanie drogą elektroniczną: SMS-ami lub e-mailami o wizytach) dostępny we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy.”;
- ust. 7: „Zobowiązuję się zapewnić Zamawiającemu dostęp do portalu klienta, który umożliwi dostęp do zintegrowanej platformy informatycznej (zarządzanie listami aktywnymi osób zgłaszanych do opieki medycznej, kontakt z opiekunem administracyjnym firmy, dostęp do aktualnych formularzy i komunikatów Wykonawcy, informacji o akcjach profilaktycznych i in.).”;
- ust. 8: „Zobowiązuję się zapewnić możliwość wystawienia oprócz tradycyjnego skierowania na badania medycyny pracy w formie papierowej również skierowanie elektroniczne podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego lub umożliwi wystawienie skierowania w dedykowanym systemie informatycznym”;
- ust. 13: „Zawarte w załączniku nr 12 do SWZ postanowienia Wzoru umowy zostały przeze mnie zaakceptowane i w przypadku wyboru mojej oferty, zobowiązuję się do zawarcia umowy na warunkach określonych w w/w załączniku do SWZ, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego.”

Z powyższego można wywnioskować, że Wykonawca oferuje realizację zamówienia zgodnie z zakresem i na zasadach określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oraz we Wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę treść pisma złożonego przez Wykonawcę: Lux Med Sp. z o.o., ul. Postępu 21c, 02-676 Warszawa, Zamawiający powziął wątpliwości, czy Wykonawca oferuje realizację usługi w sposób zgodny ze wszystkimi wymogami i warunkami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym, Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), wzywa Wykonawcę: PZU Zdrowie S.A., ul. Rondo Daszyńskiego 4, 00-843 Warszawa do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w kontekście zarzutów podnoszonych w piśmie, o którym mowa na wstępie niniejszego wezwania - w szczególności poprzez odniesienie się do tych zarzutów. W tym miejscu należy wyraźnie zaznaczyć, że Zamawiający bezwzględnie wymaga realizacji zamówienia w sposób zgodny ze wszystkimi warunkami zamówienia określonymi w SWZ, na zasadach ściśle określonych w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oraz we Wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 12 do SWZ, zaś niezachowanie wymaganych parametrów usługi będzie skutkować naliczaniem kar umownych. Wyjaśnienia należy sporządzić w postaci elektronicznej, w formatach danych określonych w Rozdziale X ust. 12 SWZ lub jako tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu platformy zakupowej eB2B.

Szczegółowe zasady dotyczące sporządzania dokumentów elektronicznych określa Rozdział XII SWZ. Dokumenty elektroniczne przekazuje się w postępowaniu przy użyciu elektronicznej platformy zakupowej eB2B, zgodnie z postanowieniami Rozdziału X SWZ.”

Łbza ustaliła, że Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 31 sierpnia 2022 r. Wykonawca zastrzegł treść wyjaśnień wskazując, iż stanowią one tajemnicę

przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 września 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SWZ dotyczące treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w SWZ. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia. O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ.

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający przygotował szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), który stanowił załącznik nr 1 do SWZ. W załączniku tym Zamawiający zawarł szereg wymagań dotyczących opieki medycznej, jaką mają zostać objęci pracownicy Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawcy m.in.: (i) zapewnienia możliwości wystawienia oprócz tradycyjnego skierowania na badania medycyny pracy w formie papierowej również skierowania elektronicznego podpisanego przy użyciu podpisu elektronicznego lub możliwości wystawienia skierowania w dedykowanym systemie informatycznym; (ii) zapewnienia zadeklarowanym uprawnionym Zamawiającego oraz członkom ich rodzin opieki medycznej z zakresu ambulatoryjnej opieki medycznej w formie abonamentu w ramach pakietów medycznych w poniższych standardach dostępności: Wykonawca zapewni możliwość umawiania wizyt i badań lekarskich on-line i telefonicznie 24 h/dobę przez 7 dni w tygodniu we wszystkich udostępnionych placówkach medycznych w tym w placówkach współpracujących oraz bezpośrednio we wszystkich placówkach własnych Wykonawcy w godzinach ich pracy; (iii) zapewnienia w ramach pakietów medycznych, aby dostępna była przez 7 dni w tygodniu doraźna pomoc ortopedyczna, chirurgiczna, lekarza internisty dla dorosłych oraz pediatria, ortopedyczna i chirurgiczna dla dzieci. W ramach dyżuru specjaliści udzielą pomocy m.in.: w przypadku konieczności zszycia rany, zmiany opatrunku, usunięcia ciała obcego, poparzenia, a także zwichnięcia i złamania. Pomoc ta ma być dostępna w Warszawie. W pozostałych lokalizacjach Uprawniony lub członek rodziny będzie mógł taką usługę zakupić np. od lokalnej placówki medycznej (jeśli ją oferuje) i wystąpić o zwrot 100% kosztów z nią związanych.

Podkreślić w tym miejscu należy, że w OPZ Zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań dotyczących wykazania przez wykonawcę na etapie składania ofert posiadanych rozwiązań technicznych oraz zasobów kadrowych umożliwiających świadczenie wymaganego zakresu usług medycznych. Zamawiający na etapie składania ofert określił wyłącznie warunek dotyczący zdolności technicznych lub zawodowych wykonawcy, wskazując, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich 3 (trzech) lat, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum 3 (trzy) zamówienia polegające na świadczeniu usług medycyny pracy oraz kompleksowej ambulatoryjnej opieki medycznej w zakresie obejmującym:

- a) liczba osób objętych usługami - co najmniej 1 000;
- b) wartość każdej z usług - co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto (słownie: jeden milion złotych brutto);
- c) zapewnienie w ramach świadczonych usług konsultacji lekarskich w zakresie co najmniej wymienionych specjalności: Alergolog, Chirurg ogólny, Chirurg onkolog, Dermatolog, Diabetolog, Endokrynolog, Gastrolog, Ginekolog, Hematolog, Proktolog, Internista, Kardiolog, Lekarz medycyny pracy, Lekarz medycyny rodzinnej, Laryngolog, Nefrolog, Neurochirurg, Neurolog, Okulista, Onkolog, Ortopeda, Pediatra, Pulmonolog, Reumatolog, Urolog.

Zamawiający wskazał w Rozdziale XIII pkt 2, że integralną częścią oferty jest, uzupełniony o wszystkie niezbędne dane, wykaz placówek medycznych dostępnych Wykonawcy, który należy sporządzić według formularza stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ i złożyć wraz z ofertą. W treści formularza Zamawiający wymagał wskazania nazwy placówki, adresu, określenia czy jest to placówka własna wykonawcy czy współpracująca, określenia odległości placówki wskazanej od lokalizacji Zamawiającego określonej w kol 2 obliczona zgodnie z pkt 1.1 ppkt 9) i pkt 2.1 ppkt 2) OPZ. Zamawiający nie wymagał podania żadnych informacji dotyczących przyjętych w poszczególnych placówkach rozwiązań dotyczących sposobu realizacji zamówienia, w tym m.in. dotyczących procedury wystawienia elektronicznych skierowań na badania z zakresu medycyny pracy i innych usług objętych zakresem zaskarżenia przez Odwołującego. Izba wskazuje, że nie było sporne pomiędzy stronami, że Przystępujący złożył Załącznik nr 11 wraz ze wszystkimi wymaganymi informacjami. Obecnie zaś Odwołujący, wychodząc poza zakres wymagań nałożonych na wykonawcę w SWZ na etapie składania oferty, próbuje w sposób nieuprawniony, zobowiązać wykonawcę do wykazania, że wskazane przez niego placówki na moment składania oferty mają już wdrożone odpowiednie rozwiązanie techniczne i organizacyjne konieczne do świadczenia usług wskazanych przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, takie żądanie Odwołującego nie znajduje oparcia w treści SWZ. Izba podkreśla, że z OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca ma zapewnić odpowiednie usługi. Zamawiający nie wymagał, aby to zapewnienie wykonawcy zostało w jakiś sposób udokumentowane czy wykazane na etapie składania oferty. Zamawiający zgodnie z postanowieniami SWZ opierał się w tym zakresie na oświadczeniu wykonawcy zawartym w ofercie. Wykonawca składał oświadczenia, iż oferuje przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zawartymi w SWZ, w tym określonymi w załączniku nr 1. Wymagania te zostały zawarte we wzorze umowy. Wskazać w tym miejscu należy na art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji warunków zamówienia projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa zobowiązuje więc zamawiającym do określenia istotnych postanowień przyszłej umowy i podania ich do wiadomości wykonawców. Nie oznacza to jednak, iż obowiązki czy wymagania zamawiającego zawarte we wzorze umowy muszą być spełnione przez wykonawców na etapie składania ofert. Takie założenie byłoby nieracjonalne i wymuszałoby niejednokrotnie na wykonawcach zaangażowanie znacznych środków finansowych na etapie składania oferty, bez pewności uzyskania zamówienia. W analizowanym stanie faktyczny, wykonawca, zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ/OPZ oraz we wzorze umowy, zobowiązuje się świadczyć wymagany przez Zamawiającego zakres usług. To zobowiązanie wykonawcy zostało wyrażone poprzez złożenie odpowiednich oświadczeń w ofercie. Wykonawca zatem przyjmuje na siebie zobowiązanie, że w przypadku wyboru jego oferty i podpisania umowy z Zamawiającym, zrealizuje zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego. Nieprawidłowe zaś wykonanie usług, skutkować może naliczeniem przez Zamawiającego kar umownych czy też odstąpieniem do umowy.

Zdaniem Izby, sposób realizacji poszczególnych usług określony przez Zamawiającego dotyczy etapu realizacji umowy. Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, określone warunki realizacji zamówienia zawarte we wzorze umowy/OPZ miałyby być spełnione przez wykonawcę na etapie składania ofert, to Zamawiający winien w treści SWZ w sposób jednoznaczny wskazać takie wymagania. Jednakże sposób w jaki Zamawiający ukształtował treść tych dokumentów wskazuje na to, że składając ofertę wykonawca wyłącznie zapewniał czyli zobowiązywał się, że w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zrealizuje zamówienia na zasadach określonych w OPZ/wzorze umowy.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień

dotyczących treści oferty w oparciu o zastrzeżenia podniesione przez Odwołującego w piśmie z dnia 19 sierpnia 2022 r. Zastrzeżenie te pokrywają się z zarzutami podniesionymi w niniejszym odwołaniu. W tym zakresie należy wskazać po pierwsze, że zarzuty Odwołującego oparte zostały na dowodach, które nie mogą stanowić podstawy do uznania zasadności wskazanych naruszeń przepisów ustawy Pzp. Wydruki ze stron internetowych czy notatki z rozmów telefonicznych z pracownikami infolinii Przystępującego czy placówek współpracujących, nie można uznać za dowód potwierdzający, że wykonawca nie wykona zamówienia w sposób określony w SWZ. Jak podkreślał zarówno Zamawiający jak i Przystępujący, zakres usług w poszczególnych pakietach oferowanych przez wykonawcę jest indywidualnie dostosowany do wymagań Zamawiającego. Ogólne zaś informacje dostępne poprzez infolinię czy na stronach internetowych nie determinuje ani nie określają pełnego zakresu usług jaki wykonawca ma swojej ofercie. Po drugie, Izba wskazuje, że w złożonym piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r., Przystępujący odniósł się do kwestii podnoszonych przez Odwołującego, wyjaśniając sposób w jaki planuje realizować usługę. Izba w tym zakresie, uznała wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające. Ponadto, należy raz jeszcze podkreślić, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczą sposobu realizacji zamówienia na etapie jego faktycznego wykonywania. Odwołujący na obecnym etapie musiałby przeprowadzić dowód na wykazania pierwotnej niemożliwości wykonania świadczenia z art. 387 k.c. w zakresie zakwestionowanych usług, czego, w ocenie Izby, nie wykazał.

Odnosząc się do materiału dowodowego złożonego przez Odwołującego do akt sprawy, Izba uznała, że nie ma on znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionych zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób nieprawidłowy zinterpretował zakres wymagań, jakie wykonawca ma spełniać na etapie składania oferty. Przedłożone dowody służą do wykazania okoliczności i faktów, których wykonawca nie miał obowiązku wykazywać na etapie ofertowania. Odnosząc się do dowodu dotyczącego oferty Przystępującego złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Gaz System, Izba wskazuje, że w uzasadnieniu decyzji z dnia 21 września 2022 r. dotyczącej odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej ze SWZ wprost wynika, że Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę na dzień złożenia oferty, iż wskazane przez niego placówki spełniają wymagania Zamawiającego. Zdaniem Izby, sposób w jaki w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający opisał zakres wymagań wynika, że wykonawca ma zapewnić na moment rozpoczęcia wykonywania zamówienia wymagany zakres usług, nie zaś na moment ofertowania. Ponadto, jak Izba wskazał również powyżej, zarówno wydruki ze stron internetowych czy informacje otrzymane poprzez infolinię nie mogą stanowić wiarygodnego źródła informacji o pełnym zakresie usług jaki Przystępujący będzie miał w ofercie w dniu rozpoczęcia wykonywania zamówienia. W zakresie zaś twierdzeń Odwołującego, że Przystępujący nie będzie w stanie wdrożyć rzekomych rozwiązań technicznych umożliwiających mu wykonanie kwestionowanych usług czy też poszerzyć zakres swoich usług, to okoliczności tych Odwołujący nie wykazał. Zasadność twierdzeń Odwołującego nie może być uznana wyłącznie na podstawie jego subiektywnej oceny rynku, bez znajomości i wiedzy dotyczącej wewnętrznej uwarunkowań Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co tym samym skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, Izba uznała zarzut za zasadny, jednakże potwierdzenie się tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Izba wskazuje, że w zakresie w/w zarzutu, Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, iż częściowo uwzględnił zarzut Odwołującego tj. w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego z dnia 31 sierpnia 2022 r. dotyczących treści oferty, w zakresie dokumentu głównego tj. wyjaśnień zatytułowanych „Odpowiedź na wezwanie”, z wyłączeniem załącznika nr 4. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec

uwzględnienia przez Zamawiającego w/w zarzutu. Zatem zarzut podlegał rozpoznaniu w całości przez Izbę. Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Potwierdzenie się jednak zasadności zarzutu, pozostaje, zdaniem Izby, bez wpływu na wynik postępowania.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa wustawy Pzp. Warunkiem sine qua non do uznania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w pierwszej kolejności zastrzeżenie przez wykonawcę takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz równoczesne wykazanie przez wykonawcę, iż spełniały się ustawowe przesłanki do ich zastrzeżenia. Niedochowanie takiego trybu ochrony informacji i bez wykazania przez wykonawcę przesłanek ich zastrzeżenia, skutkuje ich ujawnieniem przez zamawiającego.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określönemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określönnej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określönnych informacji.

Zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych sprawy, Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 31 sierpnia 2022 r. Treść uzasadnienia wykonawcy sprowadza się do zacytowania ogólnych twierdzeń z orzecznictwa Izby oraz sądowego, bez jakiegokolwiek odniesienia do informacji faktycznie zastrzeżonych przez Przystępującego. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów na wykazanie okoliczności na jakie powołuje się w treści uzasadnienia zastrzeżenia, nie załączył ani listy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych, ani dokumentów potwierdzających wdrożone środki ochrony zastrzeżonych informacji. Już z powodu tej okoliczności zastrzeżenie dokonane przez wykonawcę uznać należy za nieprawidłowe, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do wykazania zasadności swoich decyzji.

Izba stwierdziła, że naruszenie przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ma i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący pomimo braku dostępu do wyjaśnień Przystępującego potrzymał swoje zarzuty dotyczące niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia. Zarzuty te nie były sformułowane jako zarzuty ewentualne, co Odwołujący potwierdził do protokołu rozprawy. Tym samym, Odwołujący nie ma już możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej wynikających z ustawy Pzp i formułowania po raz kolejny zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia po zapoznaniu się z wyjaśnieniami. Odwołujący mógł sformułować zarzut niezgodności oferty jako zarzut ewentualny zachowując możliwość podniesienia zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia po odtajnieniu treści wyjaśnień. Odwołujący przyjął inną taktykę procesową, której skutkiem jest brak możliwości wniesienia ewentualnego odwołania opartego o treść informacji zastrzeżonych. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. stwierdzenie niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia i w konsekwencji odrzucenia oferty Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy

Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy §8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....