

Sygn. akt: KIO 2955/24

## WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez SIDLY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu przy udziale uczestnika Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SIDLY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od SIDLY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej w Poznaniu kwotę 3 814 zł (słownie: trzy tysiące osiemset czternaście złotych) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów udziału w postępowaniu, w tym 3 600 zł wynagrodzenia pełnomocnika i 214 zł kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2955/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu ul. Nowowiejskiego 11, Poznań, prowadzi postępowanie na świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwane przez ratowników medycznych i monitorowanie uczestników projektu, najem opasek na rękę oraz udostępnienie systemu teleinformatycznego tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 18 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym UE nr 162133-2024

Odwołujący: SIDLY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł dnia 16 sierpnia 2024 roku odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 przez wadliwy wybór oferty wykonawcy Comarch Healthcare S.A.

(dalej: 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 przez 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 przez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch

Healthcare S.A. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych ze względu na brak wykazania spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;

- art. 128 ust. 4 przez 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 zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie 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 spełnienia 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.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana obecnie na drugiej pozycji i mieści się w budżecie Zamawiającego.

Nawet gdyby wartość oferty przekraczała budżet Zamawiającego, nie ma to znaczenia na etapie składania odwołania.

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 spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia. 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. 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 spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie

- I. Zarzut dotyczący posiadanego doświadczenia. Informacje wstępne.

Choć Comarch Healthcare S.A. jest przedsiębiorstwem o uznanej renomie, to na rynku usług Teleopieki nie ma znaczącej pozycji, obsługuje niewielką część rynku, nie ma doświadczenia podobnego do Odwołującego.

W treści dokumentacji wymagano posiadania doświadczenia w wykonaniu, w okresie ostatnich 3 lat, 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 duże (1300 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). Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 9 kwietnia 2024 nie zgodził się na łączenie usług o mniejszej liczbie obsługiwanych użytkowników celem spełnienia warunku udziału.

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 obsługiwane 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: MOPR w Słupsku, 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).

#### Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej w Poznaniu

Comarch w wykazie usług wskazał, że usługę wykonywał od 29.11.2021 do 30.12.2022 r. Zatem skoro zakres ten nieznacznie przekraczał okres 12 m-cy (wynosił 13 miesięcy i jeden dzień) to istotnym jest, by przez niemalże cały okres trwania usługi, tj. 12 m-cy obejmowała ona minimum 200 osób.

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). Comarch przekazywał zamawiającemu ROPS co miesiąc fakturę obejmującą dwie pozycje za dany miesiąc: 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 min. 200 pacjentów.

W załączeniu przekazujemy 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. Zwracamy uwagę na fakturę nr 00268-03-22-IMP dotyczącą świadczenia usług w marcu 2022 r (s. 4 zestawienia). Zgodnie z treścią faktury, usługa obejmowała najem 199 opasek oraz świadczenie usług Teleopieki w ilości 199. Zatem w marcu nie zostało spełnione wymaganie, aby usługa Teleopieki obejmowała min 200 osób. Usługa na rzecz Województwa Wielkopolskiego nie spełnia wymagań warunku udziału w postępowaniu.

#### Miasto Słupsk

W treści wykazu usług Comarch wskazał na wykonywanie w okresie 03.09.2018 do 31.12.2021 r usług dla MOPR w Słupsku obejmujących usługi teleopieki dla min 200 osób, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie).

Warunek ten nie został jednak spełniony.

Odwołujący pozyskał z MOPR w Słupsku zestawienie ilości urządzeń wykorzystywanych w trakcie wykonywania przedmiotowego kontraktu z podziałem na poszczególne miesiące (zestawienie w załączeniu). Z dokumentu 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

Comarch posłużył się nierzetelnymi danymi wprowadzającymi Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. W treści warunku 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.

Nie jest możliwe uznanie przez Comarch, że posiada wymagane doświadczenie. Zatem dwa z trzech wskazywanych zamówień nie spełniają wymagania.

Fundacja Gdańska

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 projektu. 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. Tym samym temat sposobu wykonania zamówienia na rzecz Fundacji nie jest objęty przez nas zarzutem.

II. Zarzut dotyczący wadliwego wyboru (czyn nieuczciwej konkurencji)

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zastosował przesłanek wyłączenia zawartych treści art. 109 ust. 8 i 10 Pzp). Niemniej brak zastosowania tych przesłanek nie oznacza, że w przypadku przedstawienia nieprawdziwych informacji na temat posiadanego doświadczenia oferta nie podlega odrzuceniu. Tym samym zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Comarch, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

III. Zarzut dotyczący wadliwego wyboru (brak spełniania warunków)

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

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.

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:

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).

Przystępujący: Comarch Healthcare S.A. z siedzibą w Krakowie w piśmie procesowym z 4 września przedstawił stanowisko, w którym wniósł o odrzucenie lub oddalenie odwołania.

I. Odrzucenie odwołania

Zamawiający 17 lipca 2024 roku wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu usług wraz z referencjami, złożone zostały 19 lipca 2024 r. Następnie 22 lipca 2024 roku Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego, jako najkorzystniejszą.

31 lipca 2024 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru i wezwał Przystępującego do złożenia referencji podpisanych przez wykonawcę. Pierwotnie złożone dokumenty tj. referencje przez omyłkę nie zostały podpisane podpisem elektronicznym.

Treść złożonych 19 lipca 2024 r dokumentów nie uległa w wyniku uzupełnienia podpisanych referencji zmianom. Informacje o treści skarżonych dokumentów powziął on już 22 lipca 2024 roku tj. w dniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. W tym dniu zaczął biec termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

Tym samym odwołanie należy uznać za spóźnione i z tego powodu podlegające odrzuceniu. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że konstrukcja ww. zarzutu opiera się na niezasadnym wystosowaniu przez zamawiającego do ww. wykonawcy wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro, jak stwierdził sam odwołujący, przedstawienie przez wykonawcę zamawiającemu nieprawdziwych informacji nie uprawnia do zastosowania tej instytucji prawnej, późniejsze wystosowanie przez zamawiającego wezwania, o którym

mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma znaczenia dla stwierdzenia w takim przypadku podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy i w konsekwencji dla terminu do podniesienia zarzutu.

Przystępujący zwraca uwagę, że cytowane przez Odwołującego orzeczenia na okoliczność zachowania terminu na wniesienie odwołania są nieadekwatne do niniejszej sytuacji, ponieważ dotyczą innych zarzutów i innych okoliczności. Natomiast wskazane powyżej orzeczenie jest wydane w okolicznościach podobnych zarzutów i jest najaktualniejsze.

Przystępujący wskazuje, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania; oferta Odwołującego jest na kwotę 3 483 687.50 zł, natomiast kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia to 3 102 600,00 zł brutto Tym samym oferta jest w zdecydowanie większa niż budżet Zamawiającego.

Zamawiający w SWZ określił warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonawca winien legitymować się usługami teleopieki zakontraktowanymi na minimum 12 miesięcy na minimum 200 osób. SWZ mówi wprost, że mają to być dwie umowy na usługi teleopieki dla minimum 200 osób, a nie jak nadinterpretuje to sobie Odwołujący, że mają to być: usługi teleopieki świadczone w ten sposób, że w każdym z 12 miesięcy realizacji przedmiotu umowy monitoringiem ma być objęte minimum 200 opasek.

Realizacja usługi teleopieki realizowana dla min 200 osób, to nie jest wymaganie (wbrew twierdzeniom Odwołującego) jednoznaczne z monitoringiem co najmniej 200 opasek w każdym z 12 miesięcy.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący składa odwołanie wyłącznie w celu przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jego interpretacja warunku udziału w postępowaniu jest wręcz absurdalna, Odwołujący de facto tworzy na potrzeby złożenia odwołania i próby wyeliminowania Przystępującego z postępowania swój własny warunek udziału w postępowaniu, jaki nie wynika z treści SWZ określonej przez Zamawiającego.

Warunku nie można nadinterpretować w ten sposób, ani rozumieć go w sposób „rozszerzający” tak jak próbuje to wywieść Odwołujący. Odwołujący rozpoczyna i wywodzi swoje racje od wykreowania warunku udziału w postępowaniu - jednak taki warunek nie został określony przez Zamawiającego. Wszelkie argumenty i przedłożone dowody (co istotne niekompletne i przez to również prezentujące nieprawdziwe dane i informacje – co zostanie wykazane w dalszej części pisma) dotyczą ilości monitorowanych w danym miesiącu opasek, a nie dotyczą w ogóle warunku udziału w postępowaniu tj. liczby osób objętej usługą teleopieki w ramach danego zamówienia/danej umowy.

Przystępujący podkreśla, że wymaganie, jakie kreuje w odwołaniu Odwołujący nie wynika z treści SWZ. Nie jest dopuszczalne interpretowanie warunku udziału w postępowaniu w sposób rozszerzający ponieważ prowadzi to do dowolności w ocenie ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, a tym samym do naruszenia art. 16 ustawy Pzp.

Przystępujący przedłożył stosowne referencje z realizacji usług na rzecz MOPR w Słupsku, Regionalnego Ośrodka Pomocy Społecznej w Poznaniu (ROPS Poznań) i Fundacji Gdańskiej oraz złożył wykaz usług, z których to dokumentów wprost wynika, że usługami objętych była odpowiednia, zgodna z warunkiem udziału w postępowaniu liczba osób. W ramach realizacji umów dla wyżej wskazanych podmiotów Przystępujący realizował usługi trwające ponad 12 miesięcy, a usługą teleopieki objętych było minimum 200 osób.

Odwołujący w sposób nieuzasadniony podnosi, że Przystępujący nie posiada doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, przy czym uzasadniając swój zarzut opiera go na interpretacji treści warunku, która nie wynika z literalnego brzmienia SWZ.

Odwołujący twierdzi bowiem, że jako doświadczenie wymagane było: monitorowanie minimum 200 opasek w każdym z 12 mcy realizacji umowy, podczas gdy warunek dotyczył "wykonał co najmniej 2 usługi o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi Teleopieki dla min 200 osób". Błędne założenie stanowi podstawę do następnego błędnego twierdzenia, że zakres realizowanych przez Przystępującego zamówień nie odpowiada wymaganiam stawianym przez Zamawiającego w SWZ. Tym samym, za całkowicie błędne i pozbawione racji należy uznać zarzuty i twierdzenia Odwołującego, jak również za błędny i pozbawiony podstaw należy uznać sposób, w jaki Odwołujący dowodzi brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, nie można stwierdzić, że oferta Przystępującego została złożona przez wykonawcę

niepełniającego warunków udziału w postępowaniu i z tego powodu winna zostać odrzucona. Weryfikacja spełniania warunku udziału winna być w oparciu o referencje i co istotne dotyczy osób objętych usługą, a nie w oparciu o faktury rozliczające poszczególne miesiące z danymi dotyczącymi monitorowanych opasek. Usługą ma być objętych minimum 200 osób, a nie w każdym jednym miesiącu (z 12 miesięcy) ma być realizacja monitoringu dla min 200 opasek. Odwołujący próbuje wmówić, że warunek został ukształtowany w inny sposób niż postawił go Zamawiający w SWZ. Co istotne potwierdza argumentację Przystępującego również to, że Zamawiający nie żądał wykazania, nie żądał informacji w zakresie aktywnych opasek (ilości monitoringu) w każdym miesiącu świadczenia usługi. Załącznik nr 8 do SWZ takich informacji nie przewiduje. Należało wykazać, że usługą objętych było minimum 200 osób. Sam odwołujący wskazuje w odwołaniu: Zatem znaczenie miała skala prowadzonej działalności, usługa miała osiągać pułap co najmniej dwustu osób i to przez okres 12 miesięcy. Tym samym sam przyznaje, że

chodzi o pułap 200 osób objętych w ramach danej umowy, danego zamówienia usługą teleopieki, a nie o pułap liczby monitorowanych aktywnych opasek w danym miesiącu.

Następnie Odwołujący twierdzi:

Należy podkreślić, że zamówienie udzielane przez ROPS jest wyjątkowo duże (1300 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).

I w tym przypadku znowu sam Odwołujący potwierdza (wbrew zarzutom odwołania), że chodzi o grupę ponad 200 obsługiwanych użytkowników – a nie o liczbę co najmniej 200 aktywnych opasek w każdym miesiącu.

Absolutnie kłamliwe i stanowiące duże nadużycie prawa są twierdzenia Odwołującego, że przedłożone oświadczenie zawiera informacje nieprawdziwe, a Wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkuje brakiem celowości wzywania do uzupełnienia dokumentów. Wszystkie złożone dokumenty podmiotowe w tym wykaz usług wraz z referencjami poświadczają prawdę tj. realizację usług teleopieki, każda dla minimum 200 osób – każda z usług realizowana była w wykazanym w wykazie okresie czasu i obejmowała usługą teleopieki minimum 200 osób. Przedmiotowe informacje potwierdzają też wystawione przez podmioty trzecie (w tym samego Zamawiającego) referencje.

Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego o braku spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, jak również nie jest prawdą twierdzenie o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd – Przystępujący zwraca uwagę, że żadna z przesłanek wskazanych przepisów (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp) nie została spełniona. Co istotne nie mamy do czynienia z informacjami nieprawdziwymi, które wprowadzałyby Zamawiającego w błąd.

Wykaz usług obejmuje następujące informacje (w zakresie MOPR w Słupsku):

Wdrożenie i utrzymanie systemu teleopieki w Słupsku skoordynowanej z Lokalnym Punktem Koordynującym (LPK) dla: MOPR w Słupsku, w tym usługa zgodna z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla min 200 osób, zakontraktowana na okres min 12 m (następujących po sobie).

Potwierdza tą informację treść referencji wystawianych przez MOPR:

Oświadczamy, iż w ramach realizacji umowy nr CAGK/1134/U/2018 z dnia 3 września 2018 roku, realizowanej do dnia 31 grudnia 2021, pn.: Wdrożenie i utrzymanie systemu teleopieki w Słupsku skoordynowanej z Lokalnym z Punk- tem Koordynującym (LPK) dla: Miejski Ośrodek Pomocy Rodzinie w Słupsku, ul. Słoneczna 15 d, 76-200 Słupsk (...) Usługą całodobowego monitoringu objętych było w sumie 330 użytkowników.

Przystępujący nie bardzo rozumie, która z informacji zdaniem Odwołującego jest nieprawdziwa i która jakoby miałaby wprowadzać Zamawiającego w błąd. Przystępujący

świadczył usługę na bazie wskazanej umowy, a usługą objętych było 330 użytkowników (czyli co najmniej 200 osób).

Usługa była usługą wymaganą jako referencyjna w postępowaniu: obejmowała usługi teleopieki dla minimum 200 osób, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie).

Odwołujący podnosi:

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) - tylko jakoby nie zauważa, że zestawienie ilości urządzeń wykorzystywanych w danym miesiącu nie jest tym samym, co liczba osób objętych usługą teleopieki w ramach danej umowy. Dość oczywistym jest, że z różnych przyczyn w różnych miesiącach liczba wykorzystywanych urządzeń może być różna i co istotne nie ma ona w tym przypadku znaczenia, ponieważ nie tak został określony warunek udziału w postępowaniu, warunek dotyczy liczby osób objętych teleopieką w ramach danego zamówienia referencyjnego, a nie ilości wykorzystywanych urządzeń z podziałem na miesiące.

Dalej Odwołujący wskazuje:

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Comarch posłużył się nierzetelnymi danymi wprowadzającymi Zamawiającego w błąd co do posiadania wymaganego doświadczenia. Odwołujący „rzucił” nieprawdziwe i oszczercze

zarzuty, ale w żaden sposób ich nie wykazuje, ani nie udowadnia. O jakich danych nierzetelnych mówi Odwołujący? Żadną nierzetelną daną Przystępujący ani w wykazie usług, ani w ramach referencji pochodzących przecież od podmiotu trzeciego się nie posłużył – wbrew twierdzeniu Odwołującego. Wszystkie informacje podane w wykazie i w referencji zgodne są z rzeczywistością i ją potwierdzają. Ponownie dalej w tej części pisma (wbrew swoim zarzutom) Odwołujący de facto potwierdza stanowisko Przystępującego, że 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 (...) doświadczenie miało dotyczyć projektu o określonej skali, w którym Telecentrum wykonawcy obsługuje co najmniej 200 osób.

I dokładnie tak jak wymagano w SWZ usługa realizowana była dla co najmniej 200 osób, usługą było objęte 330 osób, niezależnie od tego, że w ramach danego miesiąca aktywnych było tyle a tyle opasek.

Ponadto Zamawiający nie określił fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania uregulowanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, Pzp tym samym nie znajdują one w niniejszym postępowaniu zastosowania.

Abstrahując od powyższego Przystępujący pragnie jednak podnieść, że dane przekazane w odwołaniu wraz z dołączonymi do niego dowodami są niepełne, nierzetelne, a przez to również nieprawdziwe.

W ramach umowy z MOPR w Słupsku (umowa nr CAGK/1134/U/2018), w projekcie doszło do „nieformalnego” podzielenia ilości monitorowanych osób pod względem 3 grup. Są to grupy: MOPRSłupsk, Usługi\_Spoleczne\_MOPRSłupsk, Dzieciom\_rodzicom\_MOPRSłupsk. I dla każdej z tych grup tworzone były oddzielne listy. Dowody załączone przez Odwołującego tj. 7\_Słupsk załącznik\_nr\_2\_2020 oraz 7\_Słupsk załącznik\_nr\_2\_2021 przedstawiają wykazy z list w formie exceli rozliczeniowych ale są to wykazy NIEPEŁNE tj. brakuje w każdym miesiącu z lat 2020-2021 wykazy z grupy MOPRSłupsk. W wyniku takiego wybiórczego podejścia do dokumentów Odwołujący podał nieprawdziwe informacje w odwołaniu o liczbie monitorowanych opasek w danych miesiącach.

Poprawne dane za lata 2019, 2020 i 2021 - w każdym miesiącu to:

Rok 2019 Rok 2020 Rok 2021

Miesiąc Liczba monitorowanych opasek

Styczeń	31	191	216
Luty	75	188	219
Marzec	113	185	213
Kwiecień	128	184	216
Maj	140	184	218
Czerwiec	138	182	217
Lipiec	143	191	217
Sierpień	148	196	219
Wrzesień	166	199	219
Październik	171	198	220
Listopad	184	204	220
Grudzień	189	217	217

Dane te zostały zweryfikowane z MOPR w Słupsku.

Jako dowód Przystępujący załącza:

- pismo z dnia 26 sierpnia 2024 roku Comarch Healthcare S.A. do Miejskiego Ośrodka

Pomocy Rodzinie w Słupsku (MOPR Słupsk)

- pismo Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Słupsku z dnia 30 sierpnia 2024 roku

do Comarch Healthcare S.A.

- protokoły odbioru usług z roku 2020 i 2021 potwierdzające 3 grupy monitorowanych:

MOPRSłupsk, Usługi\_Spoleczne\_MOPRSłupsk, Dzieciom\_rodzicom\_MOPRSłupsk

Wskazane powyżej dane wprost potwierdzają, że zarzuty Odwołującego (nawet biorąc pod uwagę jego nadinterpretację warunku udziału w postępowaniu) nie mają poparcia w rzeczywistości, są nieprawdziwe i całkowicie bezpodstawne. Przystępujący bowiem świadczył usługę która obejmowała co najmniej 12 miesięcy i w każdym z tych 12 miesięcy monitoringiem objętych było co najmniej 200 aktywnych opasek.

Wykaz usług obejmuje następujące informacje (w zakresie ROPS 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”

Potwierdza tą informację treść referencji wystawianych przez samego Zamawiającego (ROPS Poznań): (...) dostarczyła opaski do teleopieki oraz świadczyła usługi teleopieki dla 200 użytkowników.

Byłoby absurdalne, gdyby sam Zamawiający - nie uznając, że usługa teleopieki która obejmowała łącznie 200 osób, jest usługą teleopieki dla 200 osób - wystawił Przystępującemu takie referencje. Tak samo absurdalne jest twierdzenie Odwołującego, że usługą teleopieki nie jest objętych 200 osób, ponieważ w jednym z 13 miesięcy kiedy usługa była realizowana, jedna opaska nie była aktywna. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający wystawiając Przystępującemu takie referencje potwierdza dodatkowo, w jaki sposób skonstruował warunek udziału w postępowaniu. Treść referencji Zamawiającego: usługi teleopieki dla 200 użytkowników jest w zasadzie identyczna jak treść warunku udziału w postępowaniu: usługi Teleopieki dla minimum 200 osób co jest dość oczywiste i potwierdza, że chodzi o liczbę osób objętych w ramach danego kontraktu usługami teleopieki, a nie liczby aktywnych opasek w poszczególnych miesiącach.

Tym samym Przystępujący nie bardzo rozumie, która z informacji zdaniem Odwołującego jest nieprawdziwa i która jakoby miałyby wprowadzać Zamawiającego w błąd.

Natomiast Przystępujący na marginesie pragnie wskazać, że nawet „podażając” abstrakcyjnym i nieprawdziwym tokiem rozumowania Odwołującego, mając na uwadze przedłożone przez niego dowody w postaci faktur - należy mieć na uwadze, że faktury wystawione są za 13 miesięcy, z których w 12 miesiącach aktywnie monitorowanych było 200 opasek.

Miesiąc, rok i ilość aktywnych opasek:

Grudzień 2021

200

Styczeń 2022

200

Luty 2022	200
Marzec 2022	199
Kwiecień 2022	200
Maj 2022	200
Czerwiec 2022	200
Lipiec 2022	200
Sierpień 2022	200
Wrzesień 2022	200
Październik 2022	200
Listopad 2022	200
Grudzień 2022	200

Niezależnie od powyższego ugruntowane w orzecznictwie jest stanowisko, że aby doszło do spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8, art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp samo podanie nieprawdziwych informacji nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy, muszą one bowiem jeszcze wprowadzać zamawiającego w błąd. A o tym w przypadku usługi świadczonej na rzecz samego Zamawiającego, jak i referencji przez niego wystawionej nie może być mowy. Przecież Zamawiający był stroną tej umowy i odbiorcą usługi referencyjnej, wystawcą referencji o brzmieniu praktycznie identycznym z warunkiem udziału w postępowaniu.

Przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu nieprawdziwych informacji czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Taka sprzeczność nie zachodzi:

- usługa dla MOPR w Słupsku świadczona była dla 330 osób i dokładnie to wykazano w wykazie i potwierdzono referencjami,
- usługa dla ROPS Poznań świadczona była dla 200 osób i dokładnie to wykazano w wykazie i potwierdzono

referencjami.

Odwołujący nie wykazał, gdzie w którym momencie w jakim dokumencie występuje ta sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Przystępującego a rzeczywistością. Odwołujący porównuje ze sobą dwie różne okoliczności i z tego nieudolnie próbuje wywieść swoje zarzuty. Ale nawet w takiej sytuacji należy mieć na uwadze, że, że Przystępujący spełnia obie – zrealizował usługi Teleopieki dla minimum 200 osób w okresie 12 miesięcy i dodatkowo przez okres 12 miesięcy monitorował aktywnych 200 opasek.

Przystępujący rozumie, że Odwołujący „za wszelką cenę” chce pozyskać przedmiotowe zamówienie (pomimo, że może to i tak być niemożliwe, ponieważ wykracza cenowo poza budżet Zamawiającego) jednak jego twierdzenia nie są poparte rzeczywistością i nie zasługują na uwzględnieniu w świetle przepisów prawa, a wręcz pozostają w sprzeczności z

dobrymi obyczajami. Nie po raz pierwszy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący niejako kreuje treści/wymagania, które de facto nie wynikają z dokumentów postępowania i których Zamawiający nie określił.

Reasumując

Usługa referencyjna świadczona na rzecz Fundacji Gdańskiej spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie doświadczenia (nie objęta zarzutem odwołania), usługa świadczona na rzecz MOPR Słupsk spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie doświadczenia, a jeszcze dodatkowo wbrew twierdzeniom Odwołującego (bazującym na niepełnych danych) usługa polegała również na monitoringu (przez ponad rok) aktywnych opasek, co miesiąc w liczbach ponad 200. Usługą dla ROPS Poznań (Zamawiającego) objętych było 200 osób, co sam Zamawiający potwierdził w referencjach (absurdalne są twierdzenia o wprowadzaniu w błąd, referencje pochodzą przecież od samego Zamawiającego mającego pełną wiedzę w jakim zakresie realizowane były usługi teleopieki), a jeszcze dodatkowo wbrew twierdzeniom Odwołującego usługa polegała również na monitoringu aktywnych opasek, w 12 miesiącach, w liczbie 200.

Tym samym nie może być mowy o żadnym wprowadzaniu w błąd. Takie stwierdzenie jest dużym nadużyciem ze strony Odwołującego. Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, usługi świadczone były dla minimum 200 osób, czego potwierdzeniem są złożone referencje, pochodzące od podmiotów trzecich. Takich usług referencyjnych Przystępujący wskazał więcej niż wymagał Zamawiający tj. trzy usługi, a wymagane były dwie. Co istotne Przystępujący spełnia nie tylko warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego, ale nawet ten „stworzony” na potrzeby odwołania przez Odwołującego.

Bezasadne i bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego zarówno w zakresie tego, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, jak i w zakresie wprowadzania w błąd. W żaden sposób nie zostało wykazane i dowiedzione twierdzenie o nieprawdziwości referencji wystawionych przez podmiot trzeci, nie zostało też dowiedzione, że Przystępujący przedstawiając otrzymane dokumenty, popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Są to twierdzenia, niczym nie poparte, nieprawdziwe i krzywdzące dla Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że oferta Przystępującego jest ofertą złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, czy też że jest ofertą złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

I V. Oddalenie odwołania z uwagi na jego niezasadność – dotyczy zarzutów naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: • art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez 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 Pzp przez bezzasadne zaniechanie wezwania wykonawcy Comarch Healthcare S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do wymagania dotyczącego posiadanego doświadczenia;

Abstrahując od faktu, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie musi być wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, z ostrożności Przystępujący podnosi jak poniżej: Odwołujący wskazuje w odwołaniu:

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.

Należy wyjaśnić, że Przystępujący został wezwany do uzupełnienia ale w zakresie złożonych referencji, które nie były podpisane – a więc z czysto formalnych okoliczności braku podpisu na referencjach. Było to wezwanie do złożenia tych samych dokumentów tylko zawierających podpis.

W piśmie z dnia 31 lipca 2024 roku zamawiający wprost wskazał:

Dokumenty tj. referencje przesłane w dniu 19.07.2024 r. nie zostały podpisane

kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dokumenty, w formie wskazanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia opatrzone

kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej, należy złożyć w terminie do dnia 2024-08-06, za pośrednictwem platformy, działającej pod adresem , poprzez ich załączenie w przedmiotowym postępowaniu, na karcie "Dokumenty na wezwanie", za pomocą opcji "Załącz plik", następnie "Wybierz plik" i użycie przycisku "Załącz".

W orzecznictwie i doktrynie ugruntowane jest już stanowisko, że wykonawca jest wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych raz ale w określonym zakresie i tylko raz może je uzupełnić ale po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego w wezwaniu informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki.

Wezwanie z dnia 31 lipca 2024 roku dotyczyło braku podpisu na referencjach, a nie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poszczególnymi usługami referencyjnymi. Istotna jest tu okoliczność w stosunku do której następuje wezwanie do uzupełnienia. Zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów należy odnosić stricte do sytuacji, gdy wezwanie miało dotyczyć tych samych okoliczności.

Tym samym nawet, gdyby okazało się, że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie) to Zamawiający zobligowany jest do wezwania do uzupełnienia w tym zakresie. Tylko w sytuacji, w której zamawiający dopełni wszystkich ciężących na nim obowiązków, a wykonawca nie uzupełni dokumentów lub zrobi to w sposób niewłaściwy, ponowne wezwanie nie jest możliwe. Przed odrzuceniem oferty z powodu niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 128 ust. 1 Pzp, tj. wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy tylko jeden raz w danym zakresie, tj. w zakresie danego dokumentu, czy danej kwestii. Należy stwierdzić, że w świetle obowiązujących przepisów formalnie zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim nie był on dotąd stosowany.

Potwierdzeniem powyższego jest przykładowo orzeczenie KIO: Wyrok KIO 886/23:

Sytuacja, w której złożone formalnie poprawne podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku, również objęta jest dyspozycją art. 128 ust. 1 p.z.p. Takie środki dowodowe nie potwierdzające spełnienia warunku należy uznać za niekompletne, błędne, a nawet za niezłożone, w rozumieniu ww. przepisu.

Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. musi być poprzedzone jednym, lecz prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie nie może mieć charakteru jedynie formalnej czynności. Powinno być dokładne, precyzyjne, wskazywać konkretnie na element warunku udziału w postępowaniu, który nie został wykazany. Treść wezwania zależy od konkretnego stanu faktycznego.

W sytuacji gdy wykonawca składa poprawne formalnie podmiotowe środki dowodowe, zamawiający zobligowany jest precyzyjnie wskazać, dlaczego te środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunku. Dopiero bezskuteczny wpływ terminu na usunięcie precyzyjnie opisanego uchybienia, może stanowić podstawę do odrzucenia oferty, z powodu zaistnienia takiego błędu. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której zamawiający treścią wezwania obejmuje jedno uchybienie w zakresie wykazania warunku, a następnie za powód odrzucenia oferty uznaje inne uchybienie, do usunięcia którego nie wezwał uprzednio w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p.

Załączniki:

1. pismo z dnia 26 sierpnia 2024 roku Comarch Healthcare S.A. do Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Słupsku (MOPR Słupsk)
2. pismo Miejskiego Ośrodka Pomocy Rodzinie w Słupsku z dnia 30 sierpnia 2024 roku do Comarch Healthcare S.A.
3. protokoły odbioru usług z roku 2020 i 2021 potwierdzające 3 grupy monitorowanych:

MOPRSłupsk, Usługi\_Społeczne\_MOPRSłupsk, Dzieciom\_rodzicom\_MOPRSłupsk.

PISMO PROCESOWE ODWOŁUJĄCEGO w związku ze złożeniem w dniu 16 sierpnia br. odwołania składa dodatkowe stanowisko procesowe Odwołującego.

W dniu 5 września br. otrzymaliśmy stanowisko procesowe Przystępującego. Odnosząc się do poszczególnych argumentów i twierdzeń, wskazujemy na następujące okoliczności.

Wniosek o odrzucenie odwołania

- (1) Wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Odnieśliśmy się obszernie do powyższego w treści odwołania. SIDLY nie miało możliwości wniesienia odwołania na wadliwy wybór oferty Przystępującego (brak spełnienia warunków udziału), gdyż przed upływem terminu na wniesienie odwołania, czynność wyboru została unieważniona.

(2) Wbrew twierdzeniom Odwołującego cytowany przez niego wyrok nie tylko nie odpowiada stanowi faktycznemu niniejszej sprawy, ale i potwierdza słuszność naszego stanowiska. Zwracamy uwagę na następujący fragment przywołanego przez Odwołującego wyroku KIO z dnia 13 czerwca 2022 roku 1366/22: zarzut odnosi się do pierwotnej treści wykazu robót złożonego przez wykonawcę R. W. – w zakresie terminu prac wykonanych na obiekcie kościoła w Bierutowie. Wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w tym zakresie odwołujący powinien był poznać już na etapie uprzednio podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (18 lutego 2022 r.). W odwołaniu na tę czynność zamawiającego wniesionym w dniu 23 lutego 2022 r. ww. zarzut nie został przez odwołującego podniesiony. Mając zatem na uwadze treść przepisów art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp podniesienie ww. zarzutu na obecnym etapie należy uznać za spóźnione.

(3) Zatem w sprawie o sygn. akt KIO 1366/22 odwołujący wniósł dwa odwołania. W drugim próbował stawiać zarzuty, które mogły być objęte zarzutami poprzedniego odwołania. W przypadku SIDLY wadliwa czynność Zamawiającego (wybór oferty) została uchylona zanim upłynął termin na jej zakwestionowanie. Stąd też w odwołaniu przywołaliśmy m.in.

następujące stanowisko Izby: 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. Tym samym złożone przez nas odwołanie nie podlega odrzuceniu.

Wniosek o oddalenie odwołania z powodu braku interesu (oferta poza budżetem)

(4) Przystępujący wskazuje, że SIDLY nie posiada interesu we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta przekracza budżet Zamawiającego. Wniosek ten należy uznać za postawiony w okolicznościach błędnego ustalenia przez Przystępującego stanu faktycznego. 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. Odpowiednio wyższe kwoty dotyczył zamówienia objętego prawem opcji.

(5) Z tych względów Zamawiający pismem z dnia 17 kwietnia br. wezwał nas do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny (pismo w załączeniu). Zamawiający w piśmie tym wskazał: Szacunkowa wartość ww. zamówienia wyliczona przez Zamawiającego, powiększona o podatek VAT wynosi brutto 6 785 538,75 zł. Cena Państwa oferty (odczytana w trakcie otwarcia ofert) stanowi 51,34% wartości zamówienia. Cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zatem wniosek Przystępującego należy uznać za bezzasadny.

Określenie przedmiotu sporu pomiędzy stronami

(6) Analiza pisma procesowego Przystępującego prowadzi do wniosku, że strony zasadniczo nie różnią się co do określenia stanu faktycznego sprawy. Istnieje natomiast spór co do sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia. Zamawiający wymagał wykonania: 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).

Zgodnie z interpretacją SIDLY ale także przyjętą praktyką rynkową, skoro mamy do czynienia z warunkiem odnoszącym się do doświadczenia i powoływaniem się na wykonanie usługi, to ma znaczenie jak była ona faktycznie wykonywana. Interpretacja warunku proponowana przez Comarch odnosi się do aspektu formalnego, związanego z tym na co strony w dacie

zawierania umowy się umówiły a nie co było faktycznie realizowane. Takie podejście jest szczególnie widoczne w przypadku próby obrony doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu zamówienia dla ROPS w Poznaniu. W treści odwołania wskazaliśmy, że w jednym z miesięcy ilość faktycznie wykonywanych usług (wskazuje na to faktura wystawiona przez Comarch) spadła poniżej wymaganych 200. Przystępujący zauważa: absurdalne jest twierdzenie Odwołującego, że usługą teleopieki nie jest objętych 200 osób, ponieważ w jednym z 13 miesięcy kiedy usługa była realizowana, jedna opaska nie była aktywna. W naszej ocenie właśnie brak osiągnięcia wymaganej liczby 200 osób objętych świadczeniem przesądza o braku posiadania wymaganego doświadczenia. W przypadku badania doświadczenia nie badamy bowiem tego co miało być zrobione, a tego co było zrobione. Innymi słowy wykonawca nie może się powoływać przykładowo na wybudowanie 5 km drogi, jeśli w toku wykonywania umowy doszło do zmiany polegającej na objęciu świadczeniem tylko odcinka 4 kilometrów.

(7) Podkreślenia wymaga, że mamy do czynienia z usługą o charakterze ciągłym. Zatem ma znaczenie w jakiej skali (ile osób) było zamówienie wykonywane. Z tych powodów nie powinno być możliwe uznanie spełnienia warunku wykonywania usług Teleopieki dla 200 osób, gdy przykładowo przez 3 miesiące osób tych było pięć, przez kolejne 15, a w ostatnim kwartale wykonywania zamówienia 215. Dla każdego profesjonalisty działającego na rynku usług Teleopieki jest oczywistym, że wymaganie wykonywania usługi Teleopieki dla minimum 200 osób każda, zakontraktowanej na okres minimum 12 miesięcy oznacza obowiązek wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usług, dla której liczba rzeczywistych użytkowników dla których wykonawca wykonuje świadczenie, nie

spadła poniżej wymaganego poziomu.

(8) Przystępujący w treści pisma procesowego posługuje się taką samą tabelą, jak Odwołujący (strona 10 pisma procesowego Przystępującego):

Należy po pierwsze podkreślić, że Zamawiający w projekcie na który powołuje się Comarch, nie płacił wynagrodzenia jedynie, gdy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (przykładowo wadliwość opaski i konieczność przekazania do serwisu) nie było możliwe wykonywanie usług (załącznik – wyciąg z umowy). Nie była przesłanką do braku uregulowania wynagrodzenia sytuacja, gdy wykonawca spełnił wymagania zamawiającego. Zatem brak wynagrodzenia oznaczał, że nie wykonano świadczenia w pełnym zakresie. Przystępujący tego nie kwestionuje.

(9) Przystępujący przyznaje, że wystawiona faktura za marzec 2022 obejmowała świadczenie usług Teleopieki dla 199 osób (tabela powyżej). Następnie dodaje: należy mieć na uwadze, że faktury wystawione są za 13 miesięcy, z których w 12 miesiącach aktywnie monitorowanych było 200 opasek. Tyle że w treści warunku udziału jest mowa o wykonywaniu usług Teleopieki dla minimum 200 osób każda, zakontraktowana na okres

minimum 12 miesięcy (następujących po sobie). Zamawiający wyraźnie zaznaczył potrzebę zachowania ciągłości w wykonywaniu usług dla 200 osób przez okres 12 miesięcy następujących po sobie.

(10) Dlatego też, doświadczenie dotyczące Miasta Poznań nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

(11) Podobnie, w przypadku usług wykonywanych na rzecz Miasta Słupsk spór dotyczy tego czy oceniamy co formalnie było przedmiotem wykonywanego zamówienia, czy też co faktycznie zostało wykonane. Przystępujący zauważa: SWZ mówi wprost, że mają to być dwie umowy na usługi teleopieki dla minimum 200 osób, a nie jak nadinterpretuje to sobie Odwołujący, że mają to być: usługi teleopieki świadczone w ten sposób, że w każdym z 12 miesięcy realizacji przedmiotu umowy monitoringiem ma być objęte minimum 200 opasek. Realizacja usługi teleopieki realizowana dla minimum 200 osób, to nie jest wymaganie (wbrew twierdzeniom Odwołującego) jednoznaczne z monitoringiem co najmniej 200 opasek w każdym z 12 miesięcy. W naszej ocenie jest wymagane. Inaczej możliwe byłoby przedstawienie umowy która formalnie obejmowała świadczenie usług Teleopieki dla 500 osób, tylko ze względu na małe zainteresowanie do programu zgłosiło się osób 15 i za takie świadczenie wykonawca otrzymał wynagrodzenie. Nie można uznać, że takie doświadczenie byłoby proporcjonalne do realizowania projektu obejmującego kilka tysięcy osób.

(12) Przystępujący odnosząc się do doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu usług dla MOPR w Słupsku dodaje: Odwołujący (...) nie zauważa, że zestawienie ilości urządzeń wykorzystywanych w danym miesiącu nie jest tym samym, co liczba osób objętych usługą teleopieki w ramach danej umowy. Dość oczywistym jest, że z różnych przyczyn w różnych miesiącach liczba wykorzystywanych urządzeń może być różna i co istotne nie ma ona w tym przypadku znaczenia, ponieważ nie tak został określony warunek udziału w postępowaniu, warunek dotyczy liczby osób objętych teleopieką w ramach danego zamówienia referencyjnego, a nie ilości wykorzystywanych urządzeń z podziałem na miesiące. W naszej ocenie to właśnie zestawienia ilości aktywnych urządzeń mają znaczenie dla badania faktycznego doświadczenia, a nie liczba osób (formalnie) objęta usługą teleopieki w ramach danej umowy. Innymi słowy nie można zdobyć doświadczenia z samego faktu zawarcia umowy, ma znaczenie sposób jej wykonywania.

(13) W naszej ocenie najlepiej oddaje istotę sporu pomiędzy stronami następujące zdanie z pisma Przystępującego: I dokładnie tak jak wymagano w SWZ usługa realizowana była dla co najmniej 200 osób, usługą było objęte 330 osób, niezależnie od tego, że w ramach danego miesiąca aktywnych było tyle a tyle opasek. Jeśli w danym miesiącu przedmiotem zamówienia (zgodnie z warunkami zamówienia) było wykonywanie usług dla 15 osób to nie ma znaczenia jaką maksymalną liczbę użytkowników Zamawiający określił. Wywodzimy to z trzech zasadniczych okoliczności. Po pierwsze zgodnie z treścią art. 116 ust. 1 Pzp w

ramach oceny zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy Zamawiający bada doświadczenie wykonawcy, a nie zawarte przez niego kontrakty. Ponadto zgodnie z treścią §9 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca przedkłada wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, a nie wykaz zawartych kontraktów. Wreszcie warunek udziału sformułowany przez Zamawiającego dotyczył wykonanych lub wykonywanych usług. Zatem znaczenie ma doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu usług, a nie maksymalny zakres zamówienia określony w treści zawartej umowy. Jak dodaje Izba: musi to być doświadczenie faktycznie nabyte, nie zaś "doświadczenie potencjalne". (...) Dostrzec należy, iż sam fakt zawarcia umowy na określoną kwotę i z określonym zakresem przedmiotowym nie oznacza, że wykonawca z chwilą jej zawarcia nabywa pełne doświadczenie objęte umową. Bowiem: Zdaniem Izby powołany przepis ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia wymagając wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie. Podobnie: Doświadczenie Wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych.

Powyższe wynika z istoty art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, dotyczący doświadczenia o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez Wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie skutków prawnych powiązań wynikających z wcześniej zawartych przez Wykonawcę umów. Dlatego Przystępujący nie może twierdzić w piśmie procesowym, że posiada doświadczenie w wykonywaniu usług dla 320 osób: I dokładnie tak jak wymagano w SWZ usługa realizowana była dla co najmniej 200 osób, usługą było objęte 330 osób, niezależnie od tego, że w ramach danego miesiąca aktywnych było tyle a tyle opasek.

To ilość osób objętych usługą Teleopieki (jaki faktycznie zakres świadczenia był wykonywany) decyduje o posiadanym doświadczeniu.

(14) Na stronach 8-9 pisma procesowego Przystępujący wywodzi, że w przypadku zamówienia wykonywanego na rzecz MOPR w Słupsku świadczył usługę która obejmowała co najmniej 12 miesięcy i w każdym z tych 12 miesięcy monitoringiem objętych było co najmniej 200 aktywnych opasek. Zgodnie z przekazanymi przez nas informacjami w pierwszym piśmie procesowym, powyższe stanowisko Przystępującego jest niezgodne ze stanem faktycznym. Z udostępnionych przez MOPR w Słupsku dokumentów (przekazane łzbie przez nas oraz przez Przystępującego) wynika, że przez cały okres trwania usługi wykonywanej na rzecz MOPR nie było okresu 12 miesięcy, w których liczba osób objętych Teleopieką utrzymywała się na poziomie co najmniej 200 osób.

Najmniejsza liczba użytkowników w danym miesiącu zgodna z warunkiem udziału w postępowaniu (liczba użytkowników miała charakter zmienny).

Rok: 2019

styczeń	13
luty	28
marzec	73
kwiecień	98
maj	124
czerwiec	124
lipiec	129
sierpień	136
wrzesień	148
październik	162
listopad	170
grudzień	178
Rok: 2020	
styczeń	183
luty	180
marzec	185
kwiecień	184
maj	180
czerwiec	179
lipiec	172
sierpień	227
wrzesień	188
październik	197
listopad	191
grudzień	197
Rok: 2021	
styczeń	215
luty	208
marzec	206
kwiecień	205
maj	209
czerwiec	172
lipiec	210
sierpień	211
wrzesień	215
październik	216
listopad	217

grudzień

Przykładowo z przekazanych przez Przystępującego Izbie protokołów odbioru usług z roku 2020 i 2021 jednoznacznie wynika, że w dniu 28 czerwca 2021 roku zakończono wykonywanie usług Teleopieki w ramach projektu „Dzieciom, rodzicom, seniorom – usługi społeczne dla mieszkańców Słupska”. Świadczą o tym protokoły oraz wysokość wystawionej faktury. Tym samym w dniach 29 oraz 30 czerwca liczba osób objętych świadczeniem to 172 (protokół w załączeniu). Protokół ten (wraz z pozostałymi za ten miesiąc) jest spójny z wysokością wynagrodzenia wykonawcy określoną na fakturze za czerwiec 2021 roku. Raz jeszcze należy zaznaczyć, że powyższe wynika z tych samych protokołów które przekazał do KIO Przystępujący Comarch, a następnie Odwołujący SIDLY.

(15) Reasumując, w ocenie Odwołującego przedmiotem badania spełniania warunku udziału w postępowaniu jest badanie rzeczywistego doświadczenia. Zamawiający uchylił się od rzetelnego przeprowadzenia tego badania. Brak bowiem było podstaw do uznania, że wykonawca Comarch posiada wymagane doświadczenie wykonując wcześniej zamówienie na rzecz Zamawiającego. Podobnie w przypadku zamówienia wykonywanego na rzecz Miasta Słupsk nie mieliśmy do czynienia z nieprzerwanym (przez okres 12 miesięcy następując po sobie) wykonywaniem usług teleopieki, którymi było objęte co najmniej 200 osób. Tym samym zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy o uwzględnienie odwołania.

Wykaz załączników:

1. Wezwanie SIDLY do wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
2. Raport Comarch – MOPR Słupsk z dnia 30 czerwca 2021 roku;
3. Umowa (aneks) Comarch – ROPS Poznań;

Poznań, dnia 06 września 2024 r.

#### ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE

Wypełniając dyspozycję art. 521 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa PZP), wnoszę odpowiedź na odwołanie, niniejszym oświadczamy co następuje:

Odnosnie wniosku przystępującego w przedmiocie odrzucenia odwołania:

Czynność odrzucenia odwołania zgodnie z art. 528 ustawy PZP, badana jest przez Izbę z urzędu, bez względu na ewentualny wniosek strony czy uczestnika postępowania, tym samym poddajemy go pod rozagę i decyzję Wysokiej Izby.

Stanowisko zamawiającego:

Co do wniosku zamawiającego, skonkretyzowanego w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, to żądamy:

- 1) oddalenia w całości odwołania opisanego w petitum zarówno w przedmiocie zarzutów głównych tj.
  - a) wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Comarch Healthcare S.A.

(dalej jako Comarch) oraz

- b) zaniechania odrzucenia jego oferty oraz
- 2) oddalenia odwołania co do zarzutów ewentualnych opisanych w odwołaniu na stronie 2 (karty odwołania nie zostały ponumerowane), tj.
  - a) zaniechania wezwania wykonawcy Comarch, do uzupełnienia podmiotowych środków

dowodowych lub

- b) zaniechania wezwania w/w wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących

podmiotowych środków dowodowych.

XV naszej ocenie zarzuty główne nie mogą się ostać z powodu ich oczywistej niezasadności merytorycznej, tym bardziej na zasadzie wnioskowania „a minori ad maius”, niezasadne i pozbawione podstaw faktycznych i prawnych są zarzuty ewentualne.

#### UZASADNIENIE

W pierwszej kolejności należy wygłosić naczelnny wniosek, że odwołanie wykonawcy Sidly sp. z o.o. (dalej jako Sidly), de

facto stanowi, nic innego jak odwołanie na zapisy SWZ, w przedmiocie postawionego warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku zdolności technicznej i zawodowej. W takim razie, w sposób oczywisty, taki sposób formułowania zarzutów i treści odwołania pociąga za sobą, na zasadzie adekwatnego związku przyczynowo — skutkowego tę konsekwencję, że odwołanie to i żądania w nim zawarte są sprekludowane. Wynikowo powinno to doprowadzić do oddalenia odwołania.

Zwrócić bowiem należy uwagę na tę okoliczność, że w odwołaniu z dnia 16 sierpnia 2024 r oraz piśmie procesowym odwołującego z dnia 5 września 2024 r., odwołujący usiłuje „napisać Ów warunek na nowo” (!), w sposób który ani nie wynika z literalnego brzmienia postawionego w SWZ warunku, który zamawiający przyjął do oceny wszystkich złożonych ofert w taki sam sposób, z poszanowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji, „na wprost”, tj. dokładnie w taki sposób jak on brzmi! (innymi słowy w sposób dosłowny).

Zamawiającemu nie wolno nadawać na etapie oceny ofert, warunkowi odmiennej treści i znaczenia niż ta językowa, aby poprzez niedozwolone zabiegi wykładni funkcjonalnej, jakoby „od tyłu”, dopasować warunek do tego, co znalazło się obecnie w posiadaniu odwołującego, aby w ten pokrętny i bezprawny sposób doprowadzić do wyeliminowania konkurencji z postępowania.

Przeciwnie, postępowanie takie nakierowane jest na typowe obejście prawa o jakim mowa w art. 58 S I i 2 kc, który stosujemy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poprzez odniesienie do art. 8 ustawy PZP, który to przepis stanowi, że: do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Podążając zatem za niniejszym przepisem, art. 58 S 1 i 2 kc. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, działanie odwołującego, trąci pozornością oraz jest nakierowane na obejście prawa, tj. nie podlega ochronie prawnej i wypełnia jednocześnie przesłanki stanu jego nieważności.

Kumulatywnie stanowi to także inkryminowane w/w przepisami naruszenie zasad współżycia społecznego, art. 5 kc w zw. z art. 8 ustawy PZP, co jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku. A takie właśnie są fakty.

Fakty są takie, że na etapie po opublikowaniu treści warunku udziału w postępowaniu a przed złożeniem ofert, obecny odwołujący Sidly nie kwestionował tego zapisu, robi to dopiero teraz, gdy doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej jego konkurenta, usiłując zasugerować zamawiającemu, czyniąc to w pismach wielokrotnie, że wykonawca Comarch na rynku usług teleopieki jest „małym graczem” pomimo swojej pozycji w sektorze IT, łącząc to jednocześnie z przypisywaniem sobie, roli niekwestionowanego lidera rynku usług teleopiekuńczych w Polsce.

Wniosek, jaki zatem ma chyba wynikać z tej narracji, ma być w optyce Sidly taki, że Comarch nie może przecież realizować tego zamówienia, gdy w szranki pojedynku staje mistrz Sidly, bezapelacyjny lider usług teleopieki.

Dlatego, aby sprawiedliwości, na modłę odwołującego, stało się zadość, zamawiający ma dokonywać czynności, „pod jego dyktando”, pomimo, że nie ma do tego jakiegokolwiek logicznego uzasadnienia, a gdy logiki brak, to trzeba ją wykreować, a temu służy odwołanie, które ma zastąpić (narzucić) legalną treść SWZ.

Odwołującemu zwrócić jednak należy uwagę, że „najpierw był warunek”, który wystylizował zamawiający, a dopiero potem odwołanie, które strzela niecelnie, tak naprawdę „obok warunku”, a nie do niego.

Warunek bowiem brzmi:

„Zdolność techniczna lub zawodowa: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 usługi o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla minimum 200 osób każda, zakontraktowana na okres minimum 12 miesięcy (następujących po sobie)”.

W opisie przedmiotu zamówienia napisano, że głównymi komponentami zamówienia są: 1) Świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwane przez ratowników medycznych i monitorowaniu 1300 osób (maksymalnie 2500 osób) z terenu Wielkopolski; 2) najem fabrycznie nowych urządzeń do teleopieki 1300 sztuk (maksymalnie 2500 sztuk) w okresie od daty zawarcia umowy, zgodnie z opisanymi poniżej kryteriami; 3) udostępnienie systemu teleinformatycznego przez cały okres trwania umowy tj. Platformy Koordynacyjno-Społecznej będącej rozwiązaniem teleinformatycznym wchodzącym w skład Regionalnego Systemu Teleopieki.

Tymczasem odwołujący, sprowadził to zamówienie wyłącznie do najmu (ilości) wynajętych opasek, pomijając całkowicie, że to jest fragment całości. Same opaski bez pozostałych komponentów, nie stanowią jądra tego zamówienia, aby można było pominąć wszystkie pozostałe elementy.

Przeciwnie, usługa teleopieki, to nie zwykła suma tych elementów, ale spójny system, „nowa jakość”, zorganizowana na zasadzie, „jeden za wszystkich, wszyscy za jednego”.

Zamawiający był tego w pełni Świadomy albowiem widać to po analizie triady podstawowych elementów, które zawsze muszą pozostawać w logicznym związku i być w stosunku do siebie proporcjonalne, albowiem zawsze dochodzi do wzajemnego oddziaływania: opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert.

Nic nie dzieje się przypadkowo! Proszę bowiem zauważyć, że warunek zdolności technicznej i zawodowej w brzmieniu

z niniejszego postępowania, a co niezwykle istotne, został zdefiniowany z użyciem określenia: „usługi teleopieki DLA minimum 200 osób każda .

Czyli system teleopieki, ma zostać stworzony DLA 200 osób, innymi słowy, powinien umożliwić je obsłużyć, a to, czy w danej chwili tych osób jest 199 czy 200, to jest to okoliczność wtórna i akcesoryjna.

Tak np. było w przypadku zamawiającego (ROPS Poznań), gdy podczas realizacji poprzedniej usługi o tym samym charakterze, w trakcie miesiąca „Świadczenia usługi”, jeden z seniorów zmarł, w trakcie konkretnego miesiąca kalendarzowego i w to miejsce, zamawiający zrekrutował do programu, kolejną osobę.

Ale czy z powodu okoliczności Śmierci beneficjenta, wykonawca zaprzestał Świadczenia usługi lub jego usługa uległa zmianie lub była ona inna niż przed Śmiercią tej osoby lub czy system, nie był zdolny obsłużyć pozostałych osób, dopóki kolejny pacjent nie założył na rękę bransoletki?

Wszystkie te zapytanie mają charakter retoryczny, albowiem dla każdego logicznie myślącego człowieka, okolicznością notoryjną jest to, że nadal w okresie pomiędzy Śmiercią uczestnika, a wejściem do systemu teleopieki, kolejnego pacjenta, warunek był cały czas spełniony tj. Świadczone usługę o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla minimum 200 osób.

Ergo, zamawiający zadziałał zgodnie algorytmem jaki samodzielnie opisał w SWZ. Postawił warunek udziału w postępowaniu, a wykonawcy dla potwierdzenia jego spełnienia, mogli złożyć ofertę, zawierającą wykaz usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług.

Tak stało się w przypadku wykonawcy Comarch, złożył wykaz z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że postawiony w postępowaniu warunek jest spełniony, Comarch przekazał zamawiającemu dokumenty i referencje, z których wynikało, że niniejsze usługi z tego wykazu zostały wykonane należyście, dlatego wniosek jest jeden, w tej chwili, piszący te słowa, zamawiający, nie może postąpić inaczej jak żądać oddalenia tego odwołania.

Odwołujący nie przedstawił dowodów obalających prawdziwość wykazu czy rzetelność referencji .

A co zrobił odwołujący, jak nadmieniono w odwołaniu, usiłuje wykreować nową (odmienną od pierwotnej), treść warunku, tak, jak on tego by chciał, aby rozumieli go inni, w szczególności zamawiający i rozpoczął walkę, gdy zamawiający się temu sprzeciwił, walkę nakierowaną na bezprawne zawłaszczenie „dla siebie”, tego zamówienia.

Więcej, złożony przez Comarch, wykaz usług i referencje nie są niejasne, dwuznaczne, nieprecyzyjne, wprost przeciwnie, w ocenie zamawiającego, są jasne, klarowne i jednoznaczne.

Z tej przyczyny zamawiający podziela treść pisma procesowego przystępującego Comarch z dnia 04 września w całości i stanowisko tam zawarte uznaje za własne.

Oraz przeciwnie, zamawiający nie podziela stanowiska odwołującego Sidly z pisma z dnia 05 września 2024 r., ponownie podkreślając, że dochodzi w nim do manipulacji, której należy się zdecydowanie przeciwstawić ze względów opisanych powyżej.

Sposób postępowania odwołującego jest aż nazbyt schematyczny, a zarazem nielogiczny, twierdzi on bowiem np., że Comarch usiłował np. wprowadzić rzekomo zamawiającego w błąd co do znaczenia i zawartości referencji, które "stawił, nikt inny jak, sam zamawiający.

Jak łatwo można się domyśleć, odwołujący, usiłuje w ten sposób dopisać do SWZ, Świadomie pominięte przez zamawiającego, przesłanki wykluczenia fakultatywnego z art. 109 ustawy PZP, dlatego też, aby móc się na nie powołać, odwołujący musi działać kreatywnie a zarazem nowatorsko. Niemniej każde nowatorskie podejście jest obciążone ryzykiem błędu, którego Świadomie czy nie, odwołujący się nie ustrzegł!

Trudno doprawdy o bardziej pokrętną logikę niż ta jaką w tym odwołaniu posłużył się i zaprezentował odwołujący, ale to jest tylko żywym dowodem na okoliczność, jak napisano w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, że odwołanie to, nie zasługuje na uwzględnienie.

Wniosek: zamawiający zaprzecza wszystkim zarzutom i twierdzeniom odwołania odwołującego Sidly, których wyraźnie nie przyznał.

Z tych wszystkich przyczyn faktycznych i prawnych, zamawiający wnosi o oddalenia odwołania w całości.

Dodatkowe stanowisko procesowe Odwołującego z dnia 6 września 2024 roku.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów i twierdzeń odpowiedzi na odwołanie, wskazuje na następujące okoliczności.

Jest to już piąte odwołanie do KIO w niniejszym postępowaniu przetargowym. Wcześniejsze cztery zostały uwzględnione (dwa przez Zamawiającego, dwa kolejne przez KIO. Między innymi zmieniona została przez Izbę decyzyjną Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferta wykonawcy HRP podlegała odrzuceniu). Trudno zatem uznać, że Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w sposób wzorcowy.

( 2) Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił własne rozumienie treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu 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). Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie skoro system teleopieki za zostać stworzony dla 200 osób, innymi słowy, powinien umożliwić je obsłużyć, a to czy w danej chwili tych osób jest 199 czy 200 to jest okoliczność wtórna i akcesoryjna. Tylko że takie podejście oznacza, że wykonawca nabywałby doświadczenie nie w zakresie tego co faktycznie zrealizował (doświadczenie rzeczywiste), a w zakresie tego co było maksymalnym zakresem zamówienia. Przykładowo, przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usługi teleopieki poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwanego przez ratowników medycznych i monitorowaniu 1300 osób (maksymalnie 2500 osób) z terenu Wielkopolski. Jeśli w ocenie Zamawiającego nie ma znaczenie jak faktycznie było wykonywane zamówienie, wykonawca nabywałby doświadczenie w świadczeniu usług dla 2.500 osób niezależnie od tego, jaka liczba osób faktycznie była objęta wykonywanym zamówieniem.

Ma zatem znaczenie nie tyle maks. zakres zamówienia określony w umowie, a rzeczywiście wykonywany zakres. Cechą usług Teleopieki jest zmienność uczestników każdego projektu. Z powodów losowych zmieniają się użytkownicy opasek. Należy jednak wyraźnie odróżnić sytuację, gdy wykonawca wykonuje świadczenie o określonym zakresie (dostarczył aktywne opaski Zamawiającemu, które częściowo nie są wykorzystywane), od sytuacji gdy pomimo maksymalnego zakresu zamówienia, liczba opasek aktywnych jest niższa. Wykonawca ma prawo twierdzić, że wykonuje zamówienie o określonym zakresie (np. 500 opasek) nawet jeśli z przyczyn od niego niezależnych część opasek nie jest wykorzystywana (Zamawiający jest w ich posiadaniu i ich nie przekazał użytkownikom albo użytkownik pomimo takiej

możliwości, nie korzysta z usług Teleopieki). Nie jest jednak wykonywaniem zamówienia o określonym zakresie (np. 500 opasek) sytuacja, gdy wskutek różnych okoliczności liczba opasek przekazanych przez wykonawcę zamawiającemu jest niższa (np. 450).

Zamawiający nie może utożsamiać doświadczenia (które co do zasady dotyczy tego co faktycznie zostało wykonane) z maksymalnym zakresem zamówienia które zostało udzielone.

Zarówno w przypadku usług wykonywanych na rzecz ROPS w Poznaniu (Zamawiającego) oraz na rzecz Miasta Słupsk, faktyczna liczba użytkowników w okresie 12 miesięcy nie wynosiła co najmniej 200 użytkowników. W przypadku Miasta Słupsk potwierdzają to przedłożone przez SIDLY oraz Comarch faktury i protokoły odbioru.

W przypadku ROPS potwierdzeniem jest faktura nr 00268-03-22-IMP dotycząca świadczenia usług w marcu 2022 roku. 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. Spór pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym wynika z faktu, że jak potwierdziło pismo procesowego Zamawiającego, błędnie on utożsamia dwie sytuacje:

- Gdy wskutek okoliczności losowych (śmierć, brak zainteresowania usługą, brak przekazania opaski osobie korzystającej) nie wszystkie aktywne opaski są wykorzystywane, jednak wykonawca wykonuje świadczenie o określonym zakresie (przykładowo dostarczył 200 aktywnych opasek które umożliwiają korzystanie z usługi Teleopieki). W tym przypadku wykonawca otrzymuje wynagrodzenie za dostarczone aktywne opaski, nawet jeśli z przyczyn losowych nie są one wykorzystywane. Innymi słowy znaczenie ma za jaką ilość opasek uiszczono wynagrodzenie (jaka zgodnie z umową była objęta faktycznie wykonywanym zamówieniem).
- Gdy przedmiot zamówienia obejmuje mniejszą liczbę aktywnych opasek niż liczba maksymalna opisana w umowie. W takim przypadku wynagrodzenie nie jest należne.

W przypadku ROPS w Poznaniu mieliśmy do czynienia z drugą sytuacją. Zamawiający uiszczal wykonawcy wynagrodzenie za każdą aktywną opaskę (niezależnie od tego czy z przyczyn losowych nie była ona wykorzystywana). Zgodnie z treścią §9 ust. 4 Umowy: Na potrzeby wynagrodzenia przez aktywną Opaskę rozumieć należy Opaskę dostarczoną przez Wykonawcę umożliwiającą prawidłowe i kompleksowe świadczenie Usługi Teleopieki zgodnie z SWZ oraz Umową. W przypadku w którym Opaska będzie nieaktywna z winy Wykonawcy, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie proporcjonalnie umniejszone tj. Opłata Abonamentowa w łącznej wysokości wskazane w ust. 5 poniżej nie będzie naliczana, za każdy dzień, w którym Opaska nie jest aktywna. (...)

Zatem ma Zamawiający oczywistą rację (i nie jest to przedmiotem sporu), że nadal w okresie pomiędzy śmiercią uczestnika, a wejściem do systemu teleopieki kolejnego pacjenta warunek był przez cały czas spełniony tj. świadczone usługę o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. usługi teleopieki dla minimum 200 osób. Tyle że w takim przypadku wykonawca zgodnie z treścią § 9 ust. 4 Umowy ROPS – otrzymuje wynagrodzenie. Natomiast w przypadku gdy liczba aktywnych (przekazanych Zamawiającemu) opasek jest mniejsza, wynagrodzenie nie jest należne. Raz jeszcze należy zauważyć, wykonawca nie może nabyć doświadczenia w zakresie tego czego nie wykonywał. Jeśli zatem w umowie na usługę Teleopieki dla 200 osób, faktyczne wykonanie zamówienia (liczba aktywnych opasek dostarczonych przez wykonawcę objętych usługą Teleopieki) jest niższa, to doświadczenie w zakresie wykonania usług dla 200 osób nie wystąpiło. W naszej ocenie zatem ma znaczenie czy przedmiotem wykonywanego zamówienia było wykonywanie usług (dostarczenie aktywnych opasek umożliwiających korzystanie z Teleopieki) dla 150 czy 200 osób. Z tych względów w naszej ocenie postanowiony przez nas zarzut braku wymaganego doświadczenia Comarch, zasługuje na uwzględnienie. Zał 1. Umowa ROPS – Comarch z aneksem, w aktach

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na

którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP. Wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania z uwagi na upływ terminu na wniesienie odwołania nie zasługuje na aprobatę. Wprawdzie wykonawcom znana była treść dokumentów ofertowych jednakże z uwagi na unieważnienie postępowania przez zamawiającego, brak było w tamtym terminie podstaw faktycznych i prawnych do kwestionowania treści tych dokumentów, jako że odwołanie nie przysługuje od treści dokumentu, lecz czynności lub zaniechania czynności przez zamawiającego w odniesieniu do otrzymanych dokumentów od wykonawców, wymaganych postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia ewentualnie składanych na wezwanie zamawiającego. W tamtym zatem czasie wykonawca mógł jedynie skarżyć czynność unieważnienia postępowania przez zamawiającego, ku czemu jednak powinien był legitymować się interesem w rozumieniu art. 505 ustawy pzp jako

przesłanką materialnoprawną, a prawdopodobnie skutecznie takiej legitymacji by nie wykazał.

Izba uznała wobec tego, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Skład orzekający nie podziela tym samym stanowiska przystępującego, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania wobec wartości oferty przewyższającej budżet zamawiającego. Okoliczność takiej relacji między ceną ofertową a kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie przesądza o braku interesu wykonawcy w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia.

Przy niespornej treści warunku udziału w postępowaniu, którego niespełnienie zarzuca się w odwołaniu, przedmiotem sporu jest w istocie co najmniej jedna realizacja usługi referencyjnej wobec faktu, że jedna z przedstawionych nie jest kwestionowana. Zasadnie podnosi odwołujący, że warunek (parokrotnie cytowany w pismach stron) wymaga spełnienia nie tylko w oparciu o jego literalną treść, lecz i ze względu skalę samego zamówienia parokrotnie przekraczającą wielkości wymagane w warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego jako spełniający warunki realizacji referencyjnych winien być uznany przedmiot realizacji przedstawiony przez przystępującego w Wykazie usług który obejmuje: „Świadczenie usługi TELEOPIEKI w wybranych gminach w Wielkopolsce poprzez prowadzenie całodobowego Telecentrum obsługiwane 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”

Potwierdza tę informację treść referencji wystawianych przez samego Zamawiającego (ROPS Poznań) gdzie wskazano, że spółka dostarczyła opaski do teleopieki oraz świadczyła usługi teleopieki dla 200 użytkowników.

Wiarygodność informacji zawartej w referencjach została zatem potwierdzona i wzmocniona własnym stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w którym jest on zamawiającym, a jednocześnie wystawcą referencji na rzecz wykonawcy przy szczegółowej wiedzy co do okoliczności realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Konkludując, stwierdzić należy, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp wskazywanych przez Odwołującego, co powinno skutkować oddaleniem wniesionego odwołania jako bezzasadnego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: .....