

**WYROK**

**z dnia 18 grudnia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 11 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez **odwołującego:** LUX MED Sp. z o.o. ul. Postępu 21 C; 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Tauron Polska Energia S.A. ul. Ks. Piotra Ściegiennego 3; 40 -114 Katowice przy udziale **przystępującego:** Medicover Sp. z o.o. ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa po stronie zamawiającego

**orzeka:**

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** LUX MED Sp. z o.o. ul. Postępu 21 C; 02-676 Warszawa i:

- 1.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez LUX MED Sp. z o.o. ul. Postępu 21 C; 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania
- 1.2.** zasądza od **odwołującego:** LUX MED Sp. z o.o. ul. Postępu 21 C; 02-676 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego:** Tauron Polska Energia S.A. ul. Ks. Piotra Ściegiennego 3; 40 -114 Katowice stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) 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**

**Odwołanie:** dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzone w formie elektronicznej, w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Usługi medyczne dla pracowników Grupy TAURON”, numer referencyjny: PZP/TPE/05142/2023.

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 183-572045 z dnia 22 września 2023 r. (Dz.U./S SI83 572045-2023-PL), dalej jako „Ogłoszenie o zamówieniu”

Postępowanie prowadzone za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON dostępnej pod adresem <https://swoz.tauron.pl>

Dokumenty zamówienia zostały opublikowane w dniu: 22 września 2023 r.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została opublikowana w dniu 15 listopada 2023 r.

**1. Podstawa wniesienia odwołania.**

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605, z późn. zm.), dalej jako „ustawa Pzp”

W imieniu Wykonawcy: LUX MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „LUX MED” lub „Odwołujący”, wnoszą odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego: TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach, który udziela zamówienia w imieniu własnym oraz innych poniżej wymienionych Zamawiających:

1) TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, 2) TAURON Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno, 3) TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Michała Grażyńskiego 49, 40-126 Katowice 4) TAURON Ekoenergia Sp. z o. o. z siedzibą w Jeleniej Górze, ul. Obrońców

Pokoju 2B, 58-500 Jelenia Góra 5) TAURON Nowe Technologie S.A. z siedzibą we Wrocławiu, pl. Powstańców Śląskich 20, 53-314 Wrocław 6) TAURON Dystrybucja Pomiary Sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kryształowa 1/3, 33-100 Tarnów 7) BIOEKO Grupa TAURON Sp. z o. o. z siedzibą w Stalowej Woli, ul. Energetyków 13, 37-450 Stalowa Wola 8 Kopalnia Wapienia Czatkowice Sp. z o. o. z siedzibą w Krzeszowicach, ul. Czatkowice Dolne 78 9) TAURON Serwis Sp z o. o. z siedzibą w Katowicach, ul. Siemianowicka 60,40-301 Katowice 10) TAURON ZIELONA ENERGIA SP. z. o.o. siedzibą w Katowicach przy ul. Ściegiennego 3, 40-114 Katowice 11) Spółka Ciepłowniczo - Energetyczna Jaworzno III Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie przy ul. Aleja Tysiąclecia 7, 43-603 Jaworzno 12) TAURON Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie przy ul. Pokoju 14, 42-504 Będzin 13) Usługi Grupa TAURON Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przy ul. Lwowskiej 72-96B, 33-100 Tarnów 14) TAURON Ubezpieczenia Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ul. Widok 19, 40-118 Katowice 15) Polska Energia - Polska Kompania Handlowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzone w formie elektronicznej, w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Usługi medyczne dla pracowników Grupy TAURON”, numer referencyjny: PZP/TPE/05142/2023, dalej jako: „Postępowanie” i/lub „Zamówienie”.

2. Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp.

Odwołanie wnoszące od następujących niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechań Zamawiającego, podjętych lub zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego tj.:

1] dokonaniu w dniu 15 listopada 2023 r. wyboru oferty złożonej przez MEDICOVER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Aleje Jerozolimskie 96, 00-807 Warszawa (dalej jako: „Wykonawca” lub „Medicover”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo że ww. Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

2] zaniechaniu odrzucenia oferty Medicover,

3] zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

3. zwięźle przedstawienie zarzutów.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Medicover, która została złożona przez Wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, dot. zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 3.1.1.1 lit. b) SWZ, gdyż Medicover nie posiada placówek własnych lub współpracujących, a tym samym nie zapewnia nielimitowanego dostępu do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej, tj. w zakresie miejscowości, specjalizacji medycznych, zapewnienia wymaganego pełnego zakresu diagnostyki określonej w pakietach lub ograniczonego zakresu oferowanej diagnostyki lub wizyt domowych, wymienionych w Załączniku nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej, a w konsekwencji niespełnienia warunku w zakresie zapewnienia wymaganych przez Zamawiającego specyfikacji usług medycznych i czasu oczekiwania na realizację usług medycznych, wymienionych w: Załączniku nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych oraz Załączniku nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych,

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Medicover, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, określonymi w pkt 2.1.1. i 2.1.2 SWZ, gdyż nie zapewnia gwarantowanego dostępu do usług medycznych świadczonych w formie pakietów medycznych, których szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia został określony przez Zamawiającego we wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik nr 6 do SWZ oraz stanowiących integralne składniki Umowy następujących Załącznikach: Załączniku nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej, jak również Załączniku nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych oraz Załączniku nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych, gdyż Medicover nie posiada placówek własnych lub współpracujących, a tym samym nie zapewnia nielimitowanego dostępu do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach nr 1 - 3 do projektu umowy, tj. w zakresie miejscowości, specjalizacji medycznych, zapewnienia wymaganego pełnego zakresu diagnostyki określonej w pakietach lub ograniczonego zakresu oferowanej diagnostyki oraz wizyt domowych, wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej, a w konsekwencji niespełnienia warunku w zakresie zapewnienia

wymaganych przez Zamawiającego specyfikacji usług medycznych i czasu oczekiwania na realizację usług medycznych, wymienionych w: Załączniku nr 1 do Umowy - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych oraz Załączniku nr 2 do Umowy - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych,

3) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż oferta Medicover została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. u. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako: „u.z.n.k.”, polegającego na przekazaniu Zamawiającemu nieprawdziwych i wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji o przedsiębiorstwie Medicover w zakresie posiadania przez Medicover własnych placówek medycznych (oferujących specjalizacje medyczne, diagnostykę oraz wizyty domowe) we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego miejscowościach, tj.: złożenia w pkt 1.4. i pkt 1.5. Oświadczenia (według wzoru z Załącznika nr 1 do SWZ) nieprawdziwych oświadczeń, że Medicover jest zdolny do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SWZ oraz, że przedmiot oferty Medicover jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia, jak również złożenia nieprawdziwego oświadczenia Wykonawcy (według wzoru z Załącznika nr 8 do SWZ), że Medicover posiada placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej, a w konsekwencji przedstawienia (rozpowszechniania) w trakcie Postępowania nieprawdziwych i wprowadzających Zamawiającego w błąd ww. oświadczenia co do ilości i jakości oferowanych usług medycznych w celu realizacji przedmiotu Zamówienia, a w konsekwencji przysporzenia Medicover nienależnych korzyści oraz wyrządzenia szkody Zamawiającemu oraz podmiotom, w imieniu i na rzecz, których prowadzi Postępowanie oraz Odwołującemu.

4. Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Medicover i wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

5. Dowody.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z 538 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o przeprowadzenie następujących dowodów:

1) pismo LUX MED z dnia 31 października 2023 r. (znak: 34/10/2023), zatytułowane: „INFORMACJA ( NIEPRAWIDŁOWOŚCIACH W OFERCIE MEDICOVER" wraz potwierdzeniem doręczenia tego pisma Zamawiającemu za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON,

2) DOSTĘPNOŚĆ LEKARZY I ŚWIADCZEŃ TABELA scalona 27.10.2023 - dokument Excel Powyższe dowody Odwołujący załącza do odwołania.

6. Zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający zamieścił na Platformie Zakupowej Grupy TAURON w dniu 15 listopada 2023 roku. Odwołanie wnoszone w dniu 27 listopada 2023 roku jest wnoszone z zachowaniem 10 dniowego terminu na jego wniesienie art. 515 ust. 1 pkt 1) ppkt a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp).

7. Wpis od odwołania i przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący uścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

8. Interes i szkoda

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza, po odrzuceniu oferty Medicover. Odwołujący jest przedsiębiorcą - operatorem medycznym, prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, tj. świadczenia usług medycznych na terytorium całego kraju. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu realizacji przedmiotowego Zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

Uzasadnienie odwołania

Ad. Zarzutu 1) i 2).

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (pkt 2.1 SWZ), Zamawiający udziela w niniejszym Postępowaniu Zamówienia na usługi polegające na zapewnieniu dostępu do usług medycznych świadczonych w formie pakietów medycznych (por. pkt 2.1.1 SWZ), których szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia, został określony we Wzorze Umowy w Załączniku nr 6 do SWZ (por. pkt 2.1.2 SWZ). Stosownie do określającego przedmiot zamówienia § 1 Projektu Umowy [Załącznik nr 6 do SWZ) ust. 3-6, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania oraz do utrzymania stanu gotowości do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia, złożoną ofertą i niniejszą Umową, przy czym: (Szczegółową specyfikację usług medycznych przedstawia Załącznik nr 1 do Umowy, [-) Maksymalne czasy oczekiwania na realizację świadczenia medycznego zawiera Załącznik nr 2 do Umowy oraz [-) Gwarantowaną dostępność usług opieki medycznej przedstawia Załącznik nr 3 do Umowy. Zgodnie z § 19 Projektu Umowy ww. Załączniki są Integralnymi składnikami Umowy.

W Załączniku nr 3 do Umowy, w którym Zamawiający określił wymaganą dostępność lekarzy i świadczeń, zostało wskazanych m.in.:

- 52 miejscowości, w których Wykonawcy powinni zapewnić placówki medyczne własne lub współpracujące,
- do 48 specjalizacji medycznych, które powinny być zapewnione przez Wykonawców w wymienionych miejscowościach,
- 10 rodzajów diagnostyk, badań i zabiegów, które powinny być zaoferowane w celu zapewnienia pełnego zakresu diagnostyki określonej w pakietach oraz 3 rodzaje zabiegów w ograniczonym zakresie oferowanej diagnostyki w poszczególnych, wymienionych przez Zamawiającego 52 miejscowościach,
- 12 miast, w których [oraz w promieniu do 30 km od granic administracyjnych tych miast), Wykonawcy powinni zapewnić wizyty domowe.

Jednocześnie, Zamawiający przewidział w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ konieczność spełnienia przez Wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegający na posiadaniu przez Wykonawcę placówek własnych lub współpracujących zapewniających nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej.

Medicover w złożonej ofercie [Załącznik nr 1 do SWZ), JEDZ oraz oświadczeniu [Załącznik nr 8 do SWZ), złożył m.in. oświadczenia, że:

- jesteśmy zdolni do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SWZ [por. pkt 1.4 Załącznik nr 1),
- przedmiot oferty jest zgodny z opisem Przedmiotu Zamówienia [por. pkt 1.5 Załącznik nr 1),

natomiast na wezwanie Zamawiającego w zakresie przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie przez Medicover zdolności techniczne w zakresie placówek własnych oświadczył, że:

- posiadam placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej (Załącznik nr 8 do SWZ)

Ponadto, Medicover oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona wyłącznie przy pomocy własnych placówek medycznych. Na powyższy zamiar Medicover jednoznacznie wskazuje:

(-) wypełnienie pkt 5 Załącznik nr 1, w którym Medicover pozostawił zapis: „Przy wykonaniu Przedmiotu Zamówienia nie powierzymy podwykonawcom wykonania części lub całości Przedmiotu Zamówienia” oraz przekreślił następujący fragment: „powierzymy podwykonawcom wykonanie części Przedmiotu Zamówienia ” oraz

(-) zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „Nie” na pytania zadane w lit. C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” oraz „D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”.

Z uwagi na nieposiadanie odpowiedniej sieci placówek własnych (przy jednoczesnej - niebudzącej wątpliwości -

deklaracji, że nie będzie korzystał placówek podwykonawczych / podmiotów udostępniających zasoby w zakresie niezbędnych placówek medycznych oraz specjalizacji lekarskich i usług diagnostycznych], Medcover nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia udzielanego przez Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami określonymi w przywołanym powyżej Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt 2.1.1 - 2.1.2 SWZ w zw. z § 1 ust 3-6 Projektu Umowy w zw. z Załącznikami 1 -3 do Projektu Umowy), jak również nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ.

Powyższe jednoznaczne oświadczenie Medcover o realizacji zamówienia wyłącznie w oparciu o placówki własne (bez angażowania placówek współpracujących / podwykonawczych) podyktowane było - zdaniem Odwołującego - faktem, że realizacja zamówienia przy pomocy medycznych placówek współpracujących / podwykonawczych wiąże się z koniecznością poniesienia wyższych kosztów aniżeli w przypadku realizacji zamówienia wyłącznie w oparciu o zasoby własne.

Na potwierdzenie powyższego, przedkładam w załączeniu do odwołania dowód w postaci dokumentu: „DOSTĘPNOŚĆ LEKARZY I ŚWIADCZEŃ TABELA scalona\_27.10.2023”, sporządzonego w Excel, z które wynika jednoznacznie, iż Medcover nie ma placówek własnych w większości miejscowości wymaganych przez Zamawiającego, a w miejscowościach, w których posiada placówki własne, to nie zapewnia w nich dostępu do lekarzy wszystkich specjalności, badań diagnostycznych lub wizyt domowych, wymaganych przez Zamawiającego w OPZ i warunku udziału w postępowaniu.

Powyższy wykaz placówek własnych Medcover w zestawieniu do wymagań Zamawiającego [określonych w załączniku nr 3 „Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej”, przywołanych w OPZ i opisie warunku udziału w postępowaniu] został sporządzony na podstawie powszechnie dostępnych informacji, w tym również dla Zamawiającego [Zamawiających] i jego / ich Pracowników, m.in.:

[-] danych podlegających obligatoryjnemu ujawnieniu przez Medcover w Rejestrze Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą,

[-] strony internetowej Medcover, na której każda z własnych placówek medycznych Medcover ma opisany zakres realizacji świadczenia <https://www.medcover.pl/placowki/centra-medcover,t,s> [-] oraz dodatkowej weryfikacji na podstawie Medcover Online - konto [jest to podstawowe narzędzie do rezerwacji wizyt w placówkach własnych Medcover].

Odwołujący w piśmie z dnia 31 października 2023 r. przekazał Zamawiającemu informację na temat niedysponowania przez Medcover wystarczającą liczbą placówek medycznych, koniecznych do zapewnienia zgodności oferty z warunkami zamówienia oraz do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający pominął w toku badania oferty Medcover powyższe informacje, w szczególności nie wystąpił do Medcover z wezwaniem do wyjaśnień powyższej kwestii oraz nie wymienił pisma LUX MED wśród załączników do protokołu przedmiotowego postępowania.

Informację na temat nieposiadania przez Medcover wymaganych placówek medycznych, Zamawiający mógł również uzyskać ze złożonego - w toku Postępowania przez Medcover na wezwanie Zamawiającego oraz zgodnie z obowiązkiem z SWZ - odpisu z Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą [RPWDL], dotyczącego Medcover - księga rejestrowa, Nr księgi 000000007565.

Z analizy RPWDL (w którym operatorzy medyczni są zobowiązani ujawniać wszystkie lokalizacje, w których świadczą usług medycznych, tj. jest to urzędowy rejestr, w którym każdy operator medyczny jest zobowiązany zamieścić informacje o każdej swojej placówce medycznej w danej miejscowości na terytorium Polski) wynika jednoznacznie, że Medcover nie ma żadnych placówek medycznych m.in. w: Będzinie, Bochni, Bolesławcu, Bytomiu, Chojnowie, Chorzowie, Chrzanowie, Cieszynie, Czechowicach-Dziedzicach, Częstochowie, Dąbrowie-Górnicy, Dąbrowie Tarnowskiej, Dębicy, Dzierżonowie, Głogowie, Jastrzębie-Zdrój, Jaworznie, Jeleniej-Górze, Kłodzku, Legnicy, Limanowej, Lubaniu, Lubinie, Łaziskach, Nowym Sączu, Nowym Targu, Nysie, Obornikach Śląskich, Oleśnicy, Opolu, Oświęcimiu, Rybniku, Stalowej Woli, Strzelcach Opolskich, Strzelinie, Środzie Śląskiej, Tarnowie, Trzebini, Tychach, Wadowicach, Wałbrzychu, Zabrze i Żywcu!

Powyższe oznacza, że Medcover posiada placówki medyczne - w lokalizacjach bezwzględnie wymaganych przez Zamawiającego - wyłącznie w największych miastach, tj.: Bielsko-Białej, Gliwicach, Katowicach, Krakowie, Rzeszowie, Sosnowcu, Warszawie i Wrocławiu.

Należy jednocześnie zauważyć, że po złożeniu oferty nie jest możliwe dokonywanie zmian w ofercie dotyczących

zakresu podwykonawstwa oraz zaoferowania realizacji zamówienia przy pomocy podmiotów trzecich (udostępniających zasoby), w przypadku jednoznacznego wyrażenia przez Wykonawcę woli samodzielnego wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w powyższym zakresie m.in.: „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji” - por. wyrok z dnia 26 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1708/16) oraz „zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty - por. wyrok z dnia 9 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2245/17).

Należy jednocześnie podkreślić, że w tym Postępowaniu placówki podwykonawcze, z uwagi na konieczność powołania się na nie w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, stanowią w świetle ustawy Pzp podwykonawców - podmioty udostępniające Wykonawcy zasoby niezbędne w celu wykazania spełnienia przywołanego powyżej warunku. Jeżeli Wykonawca zadeklarował w ofercie i JEDZ wolę samodzielnego zrealizowania danego zamówienia, to nie jest możliwe uzupełnienie oferty lub JEDZ w zakresie wskazania podwykonawców lub podmiotów trzecich, których uczestnictwa w realizacji zamówienia Wykonawca wcześniej nie przewidział w treści złożonej oferty. W wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Powyższe stanowisko jest podzielane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 16 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1581/17).

W konsekwencji powyższego, Medicover nie jest uprawniony do zmiany lub uzupełnienia oświadczenia złożonego w ofercie i JEDZ w zakresie samodzielnej realizacji zamówienia, a tym samym zaangażowania do jego wykonania podwykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby, co potwierdza nie spełnianie wymagania OPZ oraz warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania placówek w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym przez Zamawiającego.

Z ostrożności procesowej należy jednocześnie zastrzec, że Medicover nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia również o placówki podwykonawcze, z którymi współpracuje.

Ad. Zarzutu 3).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast zgodnie z art. 14 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. "Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża."

Stypizowane czynem nieuczciwej konkurencji zgodnie z powołaną powyżej ustawą jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich (art. 10 u.z.n.k.)" Wprowadzenie w błąd polega na wywoływaniu lub jedynie na samej możliwości wywołania wśród przeciętnych klientów mylnego przekonania co do istotnych cech towaru lub usługi. Innymi słowy, wprowadzające w błąd działanie lub zaniechanie niezgodnie z prawdą sugeruje, iż dany towar lub usługa posiada określone cechy lub właściwości.

Z uwagi na nieposiadanie odpowiedniej sieci placówek własnych, zapewniającej wymagane usługi medyczne, badania diagnostyczne oraz wizyty domowe (przy jednoczesnej deklaracji, że nie będzie korzystał placówek podwykonawczych /

podmiotów trzecich), Medicover składając ofertę w Postępowaniu dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na przekazaniu Zamawiającemu nieprawdziwych i wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji o przedsiębiorstwie Medicover oraz oferowanej usłudze w zakresie posiadania przez Medicover i realizacji usług medycznych we własnych placówkach medycznych (oferujących specjalizacje medyczne, diagnostykę oraz wizyty domowe] we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego lokalizacjach.

Z całą pewnością powyższe działanie Medicover nie jest zgodne z prawem oraz jest nieuczciwe.

Działanie uczciwe zakłada bowiem rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, wyklucza posługiwanie się nieprawdziwymi danymi i wprowadzanie zamawiającego w błąd. Skoro w jednym z kluczowych i podstawowych aspektów oferty warunkującym udział w przetargu zawarto informację merytorycznie nieprawdziwą, to oznacza, że wykonawca, postąpił — w okolicznościach niniejszej sprawy — co najmniej rażąco niedbale (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego o sygn. akt: KIO 319/21].

Złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich de facto możliwości konkurencji w przetargu.

Informacja o potwierdzeniu możliwości realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w Załącznikach nr 1-3 do projektu umowy (zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ] stanowi przykład czynu nieuczciwej konkurencji w przedmiocie rozpowszechniania nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości w swojej ofercie oraz złożonych w toku Postępowania na wezwanie Zamawiającego oświadczeniach i dokumentach o tym, że jako przedsiębiorca prowadzący przedsiębiorstwo, tj. operator medyczny jest w stanie samodzielnie zapewnić ww. świadczenia przy realizacji przedmiotowego Zamówienia.

W ocenie Odwołującego, powyższe działania zostały podjęte przez Medicover zarówno w celu przysporzenia sobie korzyści, w postaci realizacji zamówienia, w okolicznościach braku spełniania wszystkich warunków i wymagań, określonych w dokumentacji przedmiotowego Zamówienia, 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].

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z dnia 23 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 944/21] "działania nakierowane były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas dojazdu, co w istocie stanowiło zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia po to tylko, by uzyskać zamówienie."

Pismo z 31-10-23r.

3. Niespełnianie przez Medicover warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania placówek medycznych, zapewniających nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym przez Zamawiającego w SWZ. Medicover w ofercie (Załącznik nr 1 do SWZ) w pkt 5 złożył oświadczenie, że: „Przy wykonaniu Przedmiotu Zamówienia nie powierzymy podwykonawcom wykonania części lub całości Przedmiotu Zamówienia". W złożonym wraz z ofertą JEDZ, Medicover oświadczył: „Nie" w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?" (por. sekcja D. „Informacje dotyczące podwykonawców na których zdolnościach wykonawca nie polega" s. 5 JEDZ). Medicover udzielił również negatywnej odpowiedzi na pytanie z pkt C JEDZ odnośnie polegania na zdolnościach innych podmiotów.

Powyższe oznacza, że Medicover nie zamierza korzystać z żadnych podwykonawczych placówek medycznych w celu realizacji zamówienia udzielanego przez TAURON Polska Energia S.A.

Biorąc pod uwagę, z jednej strony, liczbę placówek własnych Medicover, a z drugiej strony wymagania Zamawiającego dotyczące placówek medycznych i lekarzy określonych specjalizacji należy uznać, że Medicover z pewnością nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia wyłącznie przy pomocy własnych placówek medycznych.

W załączeniu przedkładamy szczegółową analizę, zatytułowaną: „DOSTĘPNOŚĆ LEKARZY I ŚWIADCZEŃ TABELA 27.10.2023", sporządzona w Excel, z której wynika jednoznacznie, że Medicover nie ma placówek własnych w

większości miejscowości wymaganych przez Zamawiającego, a w miejscowościach, a których posiada placówki własne, to nie zapewnia w nich dostępu do lekarzy wszystkich specjalności, wskazanych przez Zamawiającego w SWZ. Ww. analiza została przeprowadzona w oparciu o aktualne dane zamieszczona przez Medicover na swojej stronie internetowej oraz w aplikacji do rezerwacji wizyt Medicover.

Medicover nie spełnia zatem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, stosownie do którego: „Wykonawca wykaże, że: (...) b. posiada placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej”.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie jest możliwe dokonanie zmian w ofercie w zakresie wskazania zakresu pod wykonawstwa. Izba orzekła w powyższym zakresie m.in.: „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji” - por. wyrok z dnia 26 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1708/16) oraz „zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznaczona do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty” - por. wyrok z dnia 9 listopada 2017r. (sygn. akt KIO 2245/17).

Należy jednocześnie podkreślić, że placówki podwykonawcze, z uwagi na konieczność powołania się na nie w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, stanowią w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych podwykonawców - podmioty udostępniające Wykonawcy zasoby niezbędne w celu wykazania spełnienia przywołanego powyżej warunku. Jeżeli Wykonawca zadeklarował w ofercie i JEDZ wolę samodzielnego zrealizowania danego zamówienia, to nie jest możliwe uzupełnienie oferty lub JEDZ w zakresie wskazania podwykonawców lub podmiotów trzecich, których uczestnictwa w realizacji zamówienia Wykonawca wcześniej nie przewidział w treści złożonej oferty. W wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie 0387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Powyższe stanowisko jest podzielane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 16 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1581/17).

Co prawda, Zamawiający w odpowiedzi z dnia 6 października 2023 r. na pytanie 1 zwolnił Wykonawców z konieczności przedkładania zobowiązań i dokumentów dotyczących podmiotów trzecich (deklarowania podmiotów trzecich) i podwykonawców wskazując, że: „na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 3.1.1.4 lit. b) SWZ wystarczające będzie złożenie oświadczenia Wykonawcy zgodnego z wzorem zawartym w załączniku nr 8 do SiWZ, o którym mowa w pkt 3.4.2 lit. b)M, nie zmienia to jednak faktu, iż Zamawiający ciągle wymagał w pkt 3.11.1. SWZ wskazania w Oświadczeniu, będącym Załącznikiem nr 1 do SWZ części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, a wzór formularza JEDZ wymaga udzielenia informacji na temat nazw podwykonawców.

W konsekwencji powyższego, Medicover nie jest uprawniony do zmiany lub uzupełnienia oświadczenia złożonego w ofercie i JEDZ w zakresie samodzielnego wykonania zamówienia, a tym samym zaangażowania do jego wykonania podwykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby, co potwierdza nie spełnianie warunku posiadania placówek w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym przez Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe, niezgodne z prawdą jest również oświadczenie Medicover, złożone na wzorze z Załącznika nr 8 do SWZ, w którym ten Wykonawca stwierdził, że posiada: „placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych] w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizacją usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej”.

Z uwagi na nieposiadanie odpowiedniej sieci placówek własnych (przy jednoczesnej deklaracji, że nie będzie korzystał placówek podwykonawczych / podmiotów trzecich), Medicover nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia udzielanego przez TAURON Polska Energia S.A. zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, jak również złożył niezgodne z prawdą oświadczenie na wzorze z Załącznika nr 8 do SWZ, odnośnie posiadania odpowiednich placówek.

Z ww. przyczyn, oferta Medicover powinna podlegać odrzuceniu, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy - Prawo zamówień publicznych, z uwagi na jej złożenie przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodność jej treści z warunkami zamówienia.

### **Odpowiedź zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 7 grudnia 2023r.**

Działając w imieniu zamawiającego - TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej jako „Zamawiający”) w oparciu o udzielone pełnomocnictwo, niniejszym na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) składam odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 27 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez LUX MED sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „LUX MED” lub „Odwołujący”) na czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu pn.: „Usługi medyczne dla pracowników Grupy TAURON”, nr postępowania: PZP/TPE/05142/2023 (dalej jako „Postępowanie”) i wnoszę o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie na okoliczności wskazane w dalszej części pisma;
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

#### Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

1. Istotą wszystkich trzech zarzutów odwołania jest błędna ocena oferty Medicover sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Medicover” lub „Przystępujący”) w zakresie spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących posiadanych placówek medycznych. Ponieważ odwołanie pomija istotne dla sprawy okoliczności, zatem konieczne jest ich zwięzłe przywołanie w celu zilustrowania Izbie przebiegu postępowania oraz przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny złożonych ofert.

2. Zamawiający w pkt. 3.1.1.1 lit. b) SWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani wykazać, że posiadają placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach nr 1-3 do projektu umowy (dalej jako „Warunek”).

3. Żaden z wykonawców zainteresowanych udziałem w Postępowaniu nie kwestionował zasadności Warunku w zakresie, w jakim miał on na celu wykazanie przez wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia, że dysponują oni placówkami świadczącymi wymagany przez Zamawiającego zakres usług w precyzyjnie określonych w załączniku nr 3 do projektu umowy lokalizacjach.

4. Zgłoszono natomiast zastrzeżenia związane z koniecznością przedkładania dokumentów podmiotowych dla podmiotów prowadzących placówki we wszystkich oczekiwanych 52 miejscowościach, które - w celu wykazania spełnienia Warunku przez wykonawcę - musiałyby udostępnić swoje zasoby na zasadach określonych w art. 118 PZP. Wyłącznie tej kwestii dotyczyły pytania wykonawców co do Warunku, którzy wnosili o jego zastąpienie odpowiednim wymogiem przedmiotowym (zawartym w Umowie lub OPZ) lub o rezygnację z obowiązku przedkładania dokumentów podmiotowych dla podwykonawców, którzy udostępniają swoje zasoby.

Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z 06.10.2023 r.; wyjaśnienia treści SWZ z 16.10.2023r. (wyciąg)

5. Innymi słowy, nie kwestionowano proporcjonalności Warunku i jego związku z przedmiotem zamówienia, gdyż znajdował on uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a jedynie wskazywano na organizacyjne trudności związane z przygotowaniem ofert, które wynikały z treści Warunku.

6. Zamawiający przyjął te argumenty i w rezultacie w wyjaśnieniach z dnia 6 października br. wskazał, że „na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 3.1.1.4 lit. b) SWZ wystarczające będzie złożenie oświadczenia Wykonawcy zgodnego z wzorem zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ, o którym mowa w pkt 3.4.2 lit. b). Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe informacje podczas sporządzania i składania ofert, w tym także wypełniania załączników i druków oraz składania wymaganych dokumentów”. Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z 06.10.2023 r.;

7. Powyższe zostało dodatkowo potwierdzone w ramach trzech odrębnych dokumentów z wyjaśnieniami do SWZ, opublikowanych w dniu 16 października br., w których kilkakrotnie i konsekwentnie powtórzono, że: „Zamawiający informuje, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 3.1.1.4 lit. b) SWZ

wystarczające będzie złożenie oświadczenia Wykonawcy zgodnego z wzorem zawartym w załączniku nr 8 do SWZ, o którym mowa w pkt 3.4.2 lit. b) Wykonawca winien oświadczyć, że posiada placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach nr 1-3 do Projektu umowy'.

Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z 06.10.2023 r. (wyciąg), wyjaśnienia treści SWZ z 16.10.2023 r. (wyciąg)

8. Co istotne, Zamawiający w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia na usługi medyczne stosował analogicznie zredagowany warunek udziału w postępowaniu, dopuszczając wykazanie jego spełnienia w oparciu o oświadczenie własne wykonawcy o dysponowaniu placówkami własnymi lub współpracującymi. Postępowanie prowadzone w 2020 r. było objęte kontrolą Urzędu Zamówień Publicznych, w trakcie której Zamawiający wyjaśnił, iż stosuje takie rozwiązanie z uwagi na trudności po stronie wykonawców w zgromadzeniu zobowiązań dla tak znacznej liczby podmiotów trzecich. Urząd nie zgłosił żadnych zastrzeżeń w tej kwestii.

Dowód: wezwanie UZP z 04.12.2020 r.; wyjaśnienia Zamawiającego do UZP z 21.12.2020 r.; pismo UZP z 11.06.2021 r. o odmowie wszczęcia kontroli

9. Podsumowując, w celu wykazania spełnienia Warunku - również w przypadku polegania na zasobach podmiotów trzecich - wystarczające było złożenie stosownego oświadczenia. Oznacza to, że Zamawiający dokonywał oceny spełnienia Warunku wyłącznie na podstawie ww. oświadczenia. Tymczasem treść udzielonych wyjaśnień została całkowicie pominięta w treści odwołania, podczas gdy ma ona kluczowe znaczenie dla ustalenia rzeczywistych wymagań określonych w SWZ w zakresie oceny spełnienia Warunku.

10. Podnoszona w odwołaniu okoliczność, jakoby oferta Medicover, która została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym Postępowaniu, była niezgodna z warunkami zamówienia, Odwołujący wywodzi wyłącznie z rozbieżności w treści dokumentów, które zostały przedłożone przez Przystępującego. Zdaniem Odwołującego mają one rzekomo świadczyć o zamiarze wykonywania zamówienia przez cały okres jego obowiązywania samodzielnie przez Medicover, bez udziału podmiotów trzecich. Jednakże, jak zostanie wykazane w dalszej części pisma, te rozbieżności w żadnym wypadku nie mogły skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

11. Jednakże przed szczegółowym odniesieniem się do zarzutów odwołania oraz możliwych interpretacji wymagań Zamawiającego należy rozważyć, czym jest „zasób podmiotu trzeciego” w kontekście art. 118 ust. 1 PZP umożliwiającego poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na potrzeby konkretnego zamówienia. W większości wypadków rozumienie tego pojęcia nie nastręcza wątpliwości. Przykładowo, wobec wymogu dotyczącego posiadania koparki o określonych parametrach wykonawca może skutecznie powołać się na dysponowanie zasobami w postaci sprzętu udostępnionego przez podmiot trzeci. Jednocześnie w przypadku leasingu koparki przez wykonawcę nie ma wątpliwości, że leasingobiorca nie występuje w takim charakterze, zaś pojazd stanowi zasób własny wykonawcy (jakkolwiek koparka pozostaje własnością leasingodawcy i tylko na oznaczony czas jest udostępniana leasingobiorcy/wykonawcy).

12. Czasem jednak niemożliwe jest precyzyjne określenie granicy, w której dany zasób przestaje być zasobem podmiotu trzeciego, a staje się zasobem własnym wykonawcy. Przykładem może być warunek dotyczący posiadania określonej liczby pracowników - jeżeli wykonawca dysponuje nimi na podstawie umowy zawartej z agencją pracy tymczasowej, to czy wówczas pracownicy są „zasobem” własnym wykonawcy czy jednak udostępnionym przez agencję? Nieraz jednoznaczne przesądzenie podobnych wątpliwości nie będzie możliwe.

13. Tak też właśnie jest w przypadku największych podmiotów świadczących usługi medyczne, takich jak LUX MED, Medicover, Enel-Med czy PZU Zdrowie. Model biznesowy wszystkich tych podmiotów zakłada świadczenie usług w oparciu o własne placówki, jak i placówki formalnie zewnętrznych podmiotów, które jednak działają pod szyldem danej „sieci” (sformułowanie to nie bez powodu jest w potocznym użyciu) w ramach wieloletniej i stałej umowy o współpracę, nieraz zresztą na zasadzie wyłączności. Z perspektywy usługobiorcy (pacjenta lub pracodawcy opłacającego tę usługę) świadczenie jest zapewniane nie przez daną placówkę, lecz przez usługodawcę takiego jak właśnie LUX MED czy Medicover.

14. Charakter współpracy między tymi dużymi podmiotami świadczącymi usługi medyczne (wykonawcami w rozumieniu PZP) a formalnie odrębnymi od nich placówkami, świadczącymi jednak usługi w ramach danej „sieci”, może stanowić podstawę do przyjęcia, że w danym przypadku te zewnętrzne podmioty, które działają pod szyldem wykonawcy (i w jego „sieci”), w istocie postrzegane są przez wykonawcę jako zasób własny. Dlatego też wykonawcy mieli prawo różnie podejść do tego zagadnienia, tym bardziej że sam Zamawiający ostatecznie zrezygnował z wymogu składania dokumentów dla podmiotów trzecich, pozwalając wykazać spełnienie warunku poprzez złożenie oświadczenia o

dysponowaniu „placówkami własnymi lub współpracującymi”.

15. Przywołane wyżej wyjaśnienia treści SWZ znacznie uprościły proces przygotowania ofert, czego domagali się wykonawcy, wskazując na nadmierne trudności wynikające z konieczności zgromadzenia dokumentów podmiotowych dla wszystkich placówek rozumianych jako podmioty trzecie. Zgodnie z warunkami zamówienia przyjętymi w Postępowaniu nie było konieczne rozróżnianie, czy dana placówka wymagana w Warunku stanowi zasób własny wykonawcy czy zasób zewnętrzny. Z perspektywy Zamawiającego było istotne, aby wykonawcy rzeczywiście dysponowali tymi placówkami (bez względu na ich status prawny i relacje z wykonawcą) i potwierdzili to stosownym oświadczeniem.

16. Podsumowując, dopuszczalne były różne podejścia. Mianowicie można było, jak uczynił to LUX MED, który nie będąc właścicielem wszystkich placówek wymaganych Warunkiem także nie powołał się na potencjał podmiotów udostępniających zasoby, a jedynie zastrzegł, że zamówienie zrealizuje przy wsparciu podwykonawców (o czym szerzej w pkt 28 - 30 poniżej). Można było też postąpić tak, jak Medicover, który w Postępowaniu złożył:

1) oświadczenie zgodne z Załącznikiem nr 8 do SWZ, w którym złożył następującą deklarację: „Oświadczam, że posiadam placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy (...);”;

2) oświadczenie zgodne z Załącznikiem nr 1 do SWZ, w którym złożył następującą deklarację: „Przy wykonaniu Przedmiotu Zamówienia nie powierzymy podwykonawcom wykonania części lub całości Przedmiotu Zamówienia” (po czym Przystępujący przekreślił dalszy fragment o podwykonawcach);

3) JEDZ, w którym na pytania dotyczące polegania na zasobach podmiotów trzecich i podwykonawcach, odpowiedział „Nie

4) Odpis z Rejestru Podmiotów Wykonujących Działalność Leczniczą (dalej jako „RPWDL”), w którym m.in. wymieniono placówki prowadzone przez Medicover i zakres świadczeń w nich realizowanych, z którego wynika, że Medicover nie posiada placówek własnych we wszystkich 52 miejscowościach, w których miałby obowiązek świadczenia usług na rzecz Zamawiającego.

17. Jest bowiem wiedzą notoryjną - na co zresztą wskazuje sam Odwołujący - że Medicover nie jest właścicielem placówek we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w SWZ lokalizacjach, tak samo zresztą jak i Odwołujący. Ponieważ jednak wspomniany już model biznesowy przyjęty przez obu tych wykonawców zakłada współpracę z placówkami zewnętrznymi, które co prawda są odrębnymi podmiotami, ale działają pod szyldem wykonawcy lub też świadczą usługi na jego rzecz (a pośrednio i docelowo: na rzecz klientów wykonawcy), to wykonawcy mogli postrzegać te zasoby jako własne - szczególnie w świetle udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień.

18. Jednakże nawet gdyby przyjąć odmienne podejście, to Zamawiający wskazuje, że dokonał wszechstronnej oceny oferty Przystępującego, z uwzględnieniem nie tylko dokumentów przedłożonych przez Medicover w Postępowaniu, ale też z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących prowadzonemu przetargowi, w tym poprzedzających go wstępnych konsultacji rynkowych (postępowanie o nr ref. RFI/TPE/00529/2023), w których udział wzięli zarówno Medicover, jak LUX MED. Zamawiający miał też na uwadze przebieg wcześniej realizowanych na rzecz Zamawiającego zamówień. Nie bez znaczenia jest bowiem fakt, że Zamawiający od 2009 r. udziela podobnych zamówień (w tym od 2017 r. dla pozostałych spółek z grupy TAURON) i posiada dobre zorientowanie o kształcie rynku prywatnych usług medycznych czy sposobie prowadzenia działalności przez wykonawców.

19. Uwzględniając te wszystkie okoliczności, w świetle dyrektywy wynikającej z art. 65 § 1 KC, Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że nawet jeśli Medicover nie jest właścicielem placówek w każdej ze wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji (a wniosek taki da się wyprowadzić chociażby ze złożonego odpisu z RPWDL), to zakres prowadzonej przez Medicover działalności zapewnia dostęp do wymaganych przez Zamawiającego placówek i specjalistów, niezależnie od ich postrzegania jako zasoby własne wykonawcy czy też udostępnione przez podmioty trzecie, działające jako podwykonawcy.

20. Zamawiający dysponował bowiem jednoznaczną i niebudzącą wątpliwości deklaracją Medicover o treści: „Oświadczam, że posiadam placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań”. Oświadczenie to było z perspektywy Zamawiającego wystarczające do uznania, że Przystępujący jest w stanie zapewnić należyłą realizację zamówienia w zakresie i lokalizacjach oczekiwanych przez Zamawiającego, które to oczekiwania znalazły odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania.

21. Natomiast informacje o braku korzystania przez Medicover z podwykonawców, jakkolwiek konsekwentnie wyrażone w pkt 5 Załącznika nr 1 i JEDZ, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 PZP, czego domaga się Odwołujący. Zgodnie z tym przepisem, Zamawiający musi odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W Postępowaniu taka sytuacja nie ma miejsca, gdyż nie sposób uznać, że wspomniane oświadczenia Medicover w zakresie podwykonawstwa stanowią treść oferty. Pojęcie treści oferty, mimo iż nie posiada definicji legalnej na gruncie PZP, jest pojmowana zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Dlatego też w ślad za wyrokiem KIO 234/17 podkreślić należy, że „(...) oświadczenie o podwykonawcach, wymagane na skutek żądania zamawiającego (...) nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego z zw. z art. 14 ustawy PZP2. Odrzucenie oferty Medicover na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, tak jak domaga się tego Odwołujący, byłoby możliwe tylko w sytuacji, gdyby Zamawiający ukształtował treść warunków zamówienia w taki sposób, aby wskazanie nazw podwykonawców stanowiło treść oferty.

22. Nie można mieć wątpliwości, że zawarte w zarówno w Załączniku nr 1, jak i w JEDZ oświadczenia dotyczące podwykonawstwa miały charakter wyłącznie informacyjny. Skoro, jak wspomniano wyżej, Zamawiający nie określił zakresu zamówienia, które miałyby być realizowane osobiście przez wyłonionego w przetargu wykonawcę, to oczywistym jest, że w toku wykonywania takiej umowy w sprawie zamówienia wykonawcy przysługiwałoby prawo do powierzenia ustalonego przez siebie zakresu zamówienia do realizacji podmiotowi trzeciemu. Tak określone prawo wykonawcy zostało dodatkowo wyrażone we Wzorze Umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, gdzie w § 13 ust. 1 pkt 6) wprost wskazano, że „wszelkie zmiany i uzupełnienia do niniejszej Umowy mogą być dokonywane pod rygorem nieważności jedynie w formie pisemnej w postaci aneksu do Umowy podpisanego przez obydwie Strony, z wyłączeniem przypadków wyraźnie wskazanych w Umowie jako niestanowiących zmiany Umowy oraz z wyłączeniem zmian: (...) Wykaz placówek wykonawcy i placówek współpracujących’.

23. Formułując takie postanowienie umowne, a następnie także weryfikując oferty złożone przez wykonawców, Zamawiający nie tracił z pola widzenia okoliczności, że rynek usług medycznych cechuje duża dynamika w zakresie powstawania i likwidowania placówek świadczących usługi medyczne. Okoliczność ta skłoniła Zamawiającego do odstąpienia od formułowania wymogu, aby odgórnie narzucona przez Zamawiającego część zamówienia była realizowana osobiście przez wykonawców.

24. Dlatego zarzuty odwołania, skupiające się na formalnych niedoskonałościach oferty Przystępującego, w żaden sposób nie uzasadniają poglądu o konieczności jej odrzucenia jako niezgodnej z warunkami zamówienia, czy wskazującej na ryzyko nieprawidłowej realizacji zamówienia przez Przystępującego. W Postępowaniu wzięło udział dwóch wykonawców, przy czym każdy z nich bezspornie gwarantował realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności zapewniając, że będą w stanie świadczyć usługi medyczne w zakresie i w lokalizacjach wskazanych w SWZ, zaś Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby kwestionować oferty w tym zakresie. W konsekwencji obie oferty są w pełni prawidłowe i porównywalne. Wykonawcy konkurowali wyłącznie ceną i ostatecznie okazało się, że korzystniejszą ofertę (o ok. 10 mln zł brutto) złożył Medicover.

25. Przystępujący w dopuszczalny sposób uznał placówki zewnętrzne za zasób własny. Jednak nawet jeżeli przyjąć inaczej, a w konsekwencji uznać, że oferta Przystępującego ma rzekome uchybienia w zakresie podwykonawstwa czy korzystania z podmiotów trzecich (na czym wyłącznie skupia się odwołanie), to miały one charakter wyłącznie formalny i pozostawały bez jakiegokolwiek wpływu na wynik Postępowania. W istocie odwołanie nie wskazuje na jakiegokolwiek istotny błąd oferty (np. niezgodność z warunkami zamówienia czy rażąco niska cena) czy też braki po stronie Przystępującego (np. obiektywne niedysponowanie wymaganymi placówkami czy brak wymaganego doświadczenia). Odwołujący nie dowiódł, aby wybór oferty Medicover wiązał się z ryzykiem nienależytego wykonania zamówienia. Odwołanie polega wyłącznie na formalnych rozbieżnościach, które mają charakter oczywisty również dla samego Odwołującego i których wystąpienie nie mogło mieć wpływu na wynik Postępowania.

26. Kwestionowane przez Odwołującego oświadczenia Medicover dot. niekorzystania z usług podwykonawców zawarte w pkt. 5 Załącznika nr 1 do Oferty oraz JEDZ należy rozpatrywać w kontekście całościowej treści oferty Medicover - gdyż tylko w taki sposób, tj. mając na uwadze pełną treść oferty, można oceniać takie oświadczenia. Zamawiający doszedł do przekonania, iż treść Załącznika nr 8 przemawia za przyjęciem, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i Medicover będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie będące przedmiotem niniejszego Postępowania. Raz jeszcze należy podkreślić, że nie ma podstaw dla założenia, że oświadczenia Medicover dotyczące zaangażowania podwykonawców bezwzględnie przekreślają możliwość posłużenia się przez Medicover podwykonawcami na jakimkolwiek etapie realizacji zamówienia i tym samym stanowią podstawę aby przyjąć, że oferta

Medicover jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż Medicover nie będzie w stanie świadczyć usług we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego miejscowościach. Dlatego też Zamawiający zaniechał wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 PZP, gdyż wezwanie takie w świetle wyżej opisanych okoliczności byłoby zbędne, stanowiąc przejaw niewłaściwie pojmowanego formalizmu.

27. Jak bowiem trafnie zauważono w wyroku z dnia 6 maja 2016 r., KIO 620/16, „obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Ustawa zobowiązuje Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta”. Pogląd ten jest spójny ze stanowiskiem Izby zaprezentowanym w wyroku z 21 października 2021 r., sygn. KIO 2934/21, gdzie słusznie stwierdzono, że „(...) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysoki stopień formalizmu. Niemniej jednak formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie. Celem postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, które winny być interpretowane, z uwzględnieniem zasady formalizmu, ale również zasady proporcjonalności i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi”. Zdaniem Zamawiającego odrzucenie oferty Przystępującego w niniejszym postępowaniu z uwagi na wyżej opisane, bagatelne błędy, które nie rodzą wątpliwości co do zdolności Przystępującego do prawidłowej realizacji zamówienia, byłoby przejawem właśnie takiego nadmiernego formalizmu, godząc tym samym we wspomniane fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, tj. proporcjonalności i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi.

28. Warto też zauważyć, że gdyby przyjąć perspektywę Odwołującego co do oczekiwanego sposobu oceny złożonych w Postępowaniu ofert, to i jego oferta powinna zostać odrzucona. Otóż LUX MED w JEDZ na pytanie: „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” również odpowiedział przecząco. Natomiast w dalszej części JEDZ, w rubryce „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” LUX MED potwierdził zamiar korzystania z takich podwykonawców. Jednocześnie z oferty ani z innego dokumentu złożonego przez LUX MED nie wynika, aby wykonawca w celu wykazania spełnienia Warunku zamierzał korzystać z zasobów podmiotów trzecich.

Dowód: JEDZ złożony przez LUX MED (wyciąg)

29. Jednocześnie jest bezsporne, że LUX MED również nie posiada placówek własnych w lokalizacjach wymaganych w Warunku, co jest możliwe do ustalenia chociażby na podstawie publicznie dostępnych danych ujawnionych w RPWDL.

Dowód: Wydruk z wpisu w RPWDL dla placówek LUX MED

30. Jeżeli natomiast przyjąć żądany przez Odwołującego sposób oceny spełniania Warunku przez wykonawców, to w konsekwencji również i jego oferta powinna zostać odrzucona. LUX MED bowiem oświadczył w złożonej ofercie, że nie zamierza korzystać z zasobów podmiotów trzecich, a jednocześnie - w świetle obiektywnych, bezspornych i powszechnie dostępnych informacji - sam nie posiada liczby placówek wymaganej w Warunku.

31. Przyjęcie takiej perspektywy (z którą Zamawiający kategorycznie się nie zgadza), wiązałoby się z koniecznością odrzucenia ofert obydwu wykonawców. Wówczas, pomimo otrzymania dwóch merytorycznie prawidłowych ofert, złożonych przez wykonawców którzy obiektywnie gwarantują prawidłową realizację zamówienia, spełniają warunki udziału w Postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu, Zamawiający musiałby unieważnić Postępowanie na podstawie art. 225 pkt 1 PZP, a co oznaczałoby istotne opóźnienie w zawarciu umowy na usługi medyczne, które mają być od kolejnego roku świadczone na rzecz ok. 25 tys. pracowników grupy Tauron oraz ich rodzin.

32. W konsekwencji nie może budzić wątpliwości, że Medicover spełnia Warunek i zgodnie ze złożoną ofertą zamierza zrealizować przedmiot zamówienia. Zatem wszystkie trzy zarzuty odwołania, jako dotyczące tej samej kwestii, należy uznać za bezzasadne.

33. Ponadto, jeżeli zaś chodzi o zarzut nr 3 dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, który zdaniem Odwołującego miałby polegać na przekazaniu Zamawiającemu nieprawdziwych i wprowadzających w błąd informacji o przedsiębiorstwie Przystępującego i oferowanej przez niego usłudze, to - niezależnie od treści oferty Medicover - zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów PZP, jak i ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „UZNK”).

34. Po pierwsze, jak już wskazano wyżej, Zamawiający miał świadomość, że wybrany wykonawca (podobnie jak Odwołujący) zamierza realizować usługi przy wykorzystaniu zewnętrznych podmiotów. Oznacza to, że Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd przez Przystępującego i w istocie to nie nastąpiło.

35. Po drugie, Zamawiający nie przewidział w SWZ podstaw wykluczenia związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Natomiast odwołanie zmierza w istocie do odrzucenia oferty właśnie na tej podstawie, jakkolwiek nie została ona zastrzeżona w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

36. Niewątpliwie zaś zakres normatywny art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP i art. 14 ust. 1 UZNK nie pokrywają się. Gdyby uznać inaczej, to wprowadzenie przez ustawodawcę ww. fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłoby zbędne, skoro jego udział w postępowaniu mógłby zostać zakwestionowany na podstawie przepisów UZNK. Również powyższe przemawia za bezzasadnością zarzutu nr 3.

37. Podsumowując, odwołanie w istocie nie zmierza do ochrony słusznego interesu wykonawcy, lecz jego jedynym celem jest przyznanie przewagi konkurencyjnej Odwołującemu nad Przystępującym (pomimo, że ten złożył obiektywnie korzystniejszą ofertę, co zostało ustalone na podstawie obiektywnego kryterium oceny ofert) wyłącznie z uwagi na formalne niedociągnięcia w ofercie Medicover, które nie mogą budzić jakichkolwiek wątpliwości co do spełniania Warunku przez tego wykonawcę i których wystąpienie nie mogło mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik Postępowania.

Wobec powyższego wnoszę jak we wstępie.

Załączniki:1.Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej; 2.Odpis z KRS dla Zamawiającego; 3.Wyciąg z wyjaśnień do SWZ nr 1 z dnia 06.10.2023r.;4.Wyciąg z wyjaśnień do SWZ nr 2 z dnia16.10.2023 r.;5.Wyciąg z wyjaśnień do SWZ nr 3 z dnia16.10.2023 r.;6.Wyciąg z wyjaśnień do SWZ nr 6 z dnia16.10.2023 r.;7.wezwanie UZP z 04.12.2020 r.;8.wyjaśnienia Zamawiającego do UZP z 21.12.2020 r.;9. Pismo UZP z 11.06.2021 r. o odmowie wszczęcia kontroli;10. JEDZ dla LUX MED (wyciąg);11.Wydruk z RPWDL dla placówek LUX MED.

#### **Replika odwołującego na odpowiedź zamawiającego – pismo z dnia 11 grudnia 2023r.**

Działając imieniem LUX MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo znajdujące się w aktach sprawy (przy odwołaniu), składam replikę na pismo Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2023 r. stanowiące odpowiedź na odwołanie.

1.W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie odnosi się do zarzutów postawionych przez Odwołującego. Treść odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie dotyka meritum przedmiotowej sprawy. Istotą sprawy poddanej pod rozpoznanie Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego jest okoliczność, że wybrany Wykonawca - Medicover sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie spełnia opisanego warunku udziału w postępowaniu, a jego oferta nie zapewnia realizacji świadczeń medycznych w zakresie lokalizacji i zapewnionych w nich specjalizacji medycznych, zgodnie z wymaganiami określonymi w Opisie przedmiotu zamówienia.

2.Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania placówkami medycznymi, zrównując go w 100% z przedmiotem zamówienia i przedmiotem projektowanej umowy (odwołując się nawet do tych treści w jego brzmieniu), że zobowiązany jest zbadać zdolność organizacyjną do uzyskaniu zamówienia oraz spełnienia świadczenia na ten sam moment tj. złożenia oferty. Przedmiotem odwołania jest stwierdzenie, że Zamawiający nienależycie zbadał ustanowione przez siebie warunki udziału w postępowaniu wobec Medicover, gdzie za pomocą Odwołania oraz załączonych do niego dowodów wskazujemy, że Medicover nie spełnia tego warunku a jednocześnie oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego, bo Zamawiający zrównał warunek udziału ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia.

3.Zamawiający w 8 punktach Odpowiedzi na Odwołanie wykazuje prawidłowość czynności sformułowania warunków udziału, w tym nawet dowody potwierdzające brak nieprawidłowości w ramach kontroli doraźnych realizowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, natomiast nie odnosi się do prawidłowości weryfikacji wskazanego warunku, w szczególności w oparciu o zestawienia wykazujące niezgodności merytoryczne z oświadczeniami Medicover.

4.Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, „treść oferty” należy rozumieć szeroko. Przykładowo w wyroku z dnia 2 maja 2023 r. (sygn. akt. KIO 1097/23), Izba wskazała m.in., że „za treść oferty uważa się także zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, oraz że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia”. Mając na uwadze powyższe, na Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania, czy oferta Wykonawcy rzeczywiście spełnia wszystkie wymagania, określone

w opisie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie sprostął powyższemu obowiązkowi oraz nieprawidłowo uznał ofertę Medicover za zgodną z OPZ, pomimo niezapewnienia przez wybranego Wykonawcę wymaganej liczby i lokalizacji placówek medycznych oraz świadczeń medycznych.

5. Zamawiający w Odpowiedzi na Odwołanie pkt 17 wskazuje, że „jest bowiem wiedzą notoryjną - na co zresztą wskazuje sam Odwołujący - że Medicover nie jest właścicielem placówek we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego w SWZ lokalizacjach”, a model biznesowy działalności zakłada, że „współpracę z placówkami zewnętrznymi, które co prawda są odrębnymi podmiotami, ale działają pod szyldem wykonawcy lub też świadczą usługi na jego rzecz”. W świetle powyższego, Zamawiający dysponował informacjami w przedmiotowym postępowaniu, że Medicover nie ma wymaganych placówek i specjalizacji medycznych. Wobec oświadczenia Wykonawcy, że wykona zamówienie przy pomocy własnych placówek, bez udziału podwykonawców, oraz mając na uwadze wiedzę Zamawiającego (jak wyżej), Zamawiający doszedł do nieuprawnionych wniosków, że Wykonawca spełnia warunek podmiotowy a jego oferta spełnia warunki zamówienia (wymagania przedmiotowe).

6. Wraz z pismem z dnia 31 października 2023 r. i odwołaniem Odwołujący przekazał dowód w postaci wykazu placówek własnych Medicover, z którego wynika szereg niezgodności merytorycznych potwierdzających, że oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu jest niezgodne z prawdą oraz że zachodzi niezgodność merytoryczna oferty z warunkami przedmiotowymi zamówienia (niezgodność oferowanych świadczeń do realizacji na podstawie umowy o udzielenie zamówienia publicznego z wymaganiami Zamawiającego określonymi w projekcie umowy). Z powyższego dowodu wynika jednoznacznie, że Medicover nie posiada placówek medycznych w lokalizacjach wymaganych przez Zamawiającego. Powyższy dowód został całkowicie pominięty przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. O powyższym świadczy m. in. że pismo LUX MED wraz z wykazem placówek własnych Medicover nie zostało załączone do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, jak również Zamawiający nie zwrócił się do Medicover o wyjaśnienie kwestii braku posiadania odpowiedniej liczby placówek własnych w celu prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia.

7. Zamawiający stwierdza, że „nie mógł mieć wątpliwości, że nawet jeśli Medicover nie jest właścicielem placówek w każdej ze wskazanych przez Zamawiającego lokalizacji (a wniosek taki da się wyprowadzić chociażby ze złożonego odpisu z RPWDL), to zakres prowadzonej przez Medicover działalności zapewnia dostęp do wymaganych przez Zamawiającego placówek i specjalistów, niezależnie od ich postrzegania jako zasoby własne wykonawcy czy też udostępnione przez podmioty trzecie, działające jako podwykonawcy”. Zamawiający jest zobowiązany do oceny ofert na podstawie jej treści, a nie założeń, oczekiwań lub przypuszczeń Zamawiającego. Medicover w ofercie i JEDZ złożył jednoznaczne oświadczenie, że wykona przedmiotowe zamówienie wyłącznie w oparciu o własne placówki medyczne. Jednocześnie, Medicover, pomimo istnienia takiego obowiązku, wynikającego z ustawy Pzp i SWZ, nie załączył do oferty wykazu podwykonawców. W przypadku przedmiotowego postępowania informacja ta ma kluczowe znaczenie w zakresie oceny możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę.

8. W załączeniu do niniejszej repliki Odwołujący dodatkowo przedkłada ww. wykaz z graficznym zaznaczeniem miejscowości, w których Medicover nie posiada własnych placówek medycznych, a zatem nie jest w stanie w tych miejscowościach zapewnić Zamawiającemu wymaganych przez niego świadczeń medycznych.

Dowód nr 1: Wykaz placówek własnych

9. Odwołujący pragnie podkreślić, że Zamawiający powinien zbadać spełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz zgodność oferty z warunkami zamówienia wyłącznie w zakresie oświadczenia Medicover, że przedmiotowe zamówienia wykona wyłącznie przy pomocy placówek własnych (por. treść oferty, JEDZ Medicover oraz brak załączenia wykazu podwykonawców do oferty lub JEDZ Medicover). Niemniej jednak, z ostrożności procesowej, Odwołujący przedkłada w załączeniu do niniejszej repliki dowód w postaci wykazu placówek podwykonawczych Medicover, z którego wynika jednoznacznie, że Medicover nie zapewnia wymaganych świadczeń (niezbędnych do spełniania warunku udziału oraz warunków zamówienia) również przy pomocy placówek współpracujących.

Dowód nr 2: Wykaz placówek współpracujących

10. Odwołujący wskazuje, że przedmiotowe dowody zostały opracowane w oparciu o:

- a. wykaz placówek własnych został sporządzony zgodnie z urzędowym opisem z RPWDL - Dowód, na który powołuje się Zamawiający w postępowaniu,
- b. na podstawie danych zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej Medicover,
- c. w oparciu o system rezerwacji on-line Medicover,

d. znajomość przez pracowników LUX MED konkurencyjnego rynku w szczególności zasobów własnych i podwykonawczych Medicover (analiza wykazów z ofert w innych postępowaniach, w których takie elementy były wymagane)

11. Poniżej Odwołujący przedstawia dowód, z którego jednoznacznie wynika, że w 5 (przykładowo wybranych) miejscowościach, w których Medicover nie ma placówek własnych, nie zapewnia wymaganych przez Zamawiającego świadczeń medycznych.

12. Odwołujący w analogiczny sposób przygotował zestawienie dla wszystkich wymagań oraz 52 placówek wymaganych przez Zamawiającego, jednak ilość wariantów oraz danych wynikowych w celu zachowania jej czytelności musiała zostać ujęta w tabeli xls oraz zestawieniu graficznym.

13. Medicover jest profesjonalnym operatorem medycznym ubiegającym się o zamówienia publiczne. W związku z powyższym, wymagana jest od niego znajomość przepisów ustawy Pzp oraz staranność w zakresie zapoznania się z dokumentacją postępowania i sformułowania oferty. Tym samym, nie jest dopuszczalne tłumaczenie Zamawiającego, że Medicover mógł traktować jako placówki własne (zasób własny) placówki podwykonawcze. Wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne z zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę, a potwierdza formę realizacji określonego w ofercie świadczenia. Z całości oferty i dokumentów składanych wraz z nią, Zamawiający musi mieć możliwość wywiedzenia, iż wykonawca swoim zamiarem obejmował złożenie oferty w pełni zgodnej z SWZ. Tym samym, w świetle zapisów oferty i JEDZ Medicover, nie może budzić wątpliwości Zamawiającego zamiar realizacji zamówienia przez wybranego Wykonawcę wyłącznie w oparciu o placówki własne (bez korzystania z placówek współpracujących).

14. Zauważyć należy, że Zamawiający w Odpowiedzi na Odwołanie (nawiązując do udzielonej odpowiedzi na pytanie do treści SWZ) zrównał poleganie na zasobach podmiotów trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z podwykonawstwem. Sam Zamawiający wskazuje, „Przystępujący w dopuszczalny sposób uznał placówki zewnętrzne za zasób własny. Jednak nawet jeżeli przyjąć inaczej, a w konsekwencji uznać, że oferta Przystępującego ma rzekome uchybienia w zakresie podwykonawstwa czy korzystania z podmiotów trzecich (na czym wyłącznie skupia się odwołanie), to miały one charakter wyłącznie formalny i pozostawały bez jakiegokolwiek wpływu na wynik Postępowania”, co całkowicie stoi w sprzeczności z orzecznictwem TSUE, KIO oraz sądów powszechnych.

Ponadto, twierdzenie Zamawiającego, iż „Czasem jednak niemożliwe jest precyzyjne określenie granicy, w której dany zasób przestaje być zasobem podmiotu trzeciego, a staje się zasobem własnym wykonawcy” nie jest zgodne z przepisami czy też faktycznymi obowiązkami Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Pełnomocnik Zamawiający wywodzi nie uzasadnione wnioski z odpowiedzi na pytanie Wykonawcy, konkretnie LUX MED, odnośnie tego, że oświadczenie - Załącznik nr 8 jest wystarczające do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania placówkami.

Z odpowiedzi, w kontekście zadanego pytania odnośnie przesunięcia warunku dot. placówek medycznych do OPZ, Zamawiający zwolnił wykonawców tylko z obowiązku dokumentowych, tj. przedkładania zobowiązań oraz podmiotowych środków dowodowych (analogicznych jak w przypadku wykonawcy) od podmiotów trzecich (podmiotów udostępniających zasoby) w zakresie placówek współpracujących.

Z powyższej odpowiedzi nie wynika, bo nie może wynikać (gdyż kwestie te regulują bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Pzp), że podwykonawcy udostępniających zasoby w postaci placówek medycznych w celu potwierdzenia warunku dot. dysponowania takimi placówkami tracą status takich podmiotów oraz że wykonawca jest zwolniony z obowiązku złożenia wykazu podwykonawców (gdyż tej kwestii nie dotyczyło pytanie, jak również została ona uregulowana w innych postanowieniach SWZ).

Tym samym również, po pierwsze, Medicover nie powołując się na podwykonawców (nie załączył bowiem wykazu podwykonawców), po drugie, nie powołał się jednocześnie na podmioty udostępniającego zasoby w zakresie tych placówek współpracujących.

Powyższe, w świetle wyroku TSUE (wyrok w sprawie Esaprojekt z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14) oznacza, że Medicover nie może uzupełnić swojej oferty / JEDZ o placówki współpracujące - podmioty trzecie, które zostały zrównane w odpowiedzi Zamawiającego z podwykonawcami.

Powyższe dodatkowo potwierdza, że skoro Medicover nie może uzupełnić swojej oferty o podmioty, których nie wskazał w ich pierwotnej treści, a więc nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, to jednocześnie informacja w ofercie, JEDZ

i wykazie odnośnie podwykonawców (jednocześnie podmiotów udostępniających zasoby w zakresie placówek medycznych nie należących do Medicover) nie ma tylko (jak twierdzi Pełnomocnik Zamawiającego) znaczenia informacyjnego, lecz kluczowe znaczenie dot. potencjału niezbędnego do spełnienia warunku i realizacji zamówienia.

15. Zamawiający w punkcie 34 Odpowiedzi kwestionuje, że Odwołujący wykazał przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przez Medicover. W Odwołaniu zostało wykazane, że Medicover złożył szereg nieprawdziwych i wprowadzających Zamawiającego w błąd oświadczeń co do ilości i jakości oferowanych usług medycznych w celu realizacji przedmiotu Zamówienia. Pierwszym z nich jest oświadczenie, że przedmiotowe zamówienie zrealizuje wyłącznie przy pomocy placówek własnych. Nieprawdziwe byłoby również oświadczenie co do ilości i jakości oferowanych usług medycznych, jeżeli przyjąć, że Medicover - wbrew treści złożonej oferty - będzie realizowała zamówienia z udziałem placówek współpracujących. W konsekwencji złożenia przez Medicover nieprawdziwych oświadczeń o spełnianiu warunków udziału i zgodności oferty z warunkami zamówienia, Wykonawca ten zmierza do uzyskania nienależnych korzyści, w postaci uzyskania i realizacji zamówienia udzielanego przez Zamawiającego oraz wyrządzenia szkody Zamawiającemu oraz podmiotom, w imieniu i na rzecz, których prowadzi Postępowanie. Powyższa szkoda dotyczy również Odwołującego.

16. Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, że „ Model biznesowy usług medycznych zakłada świadczenie usług w oparciu o własne placówki, jak i placówki formalnie zewnętrznych podmiotów, które jednak działają pod szyldem danej „sieci” (sformułowanie to nie bez powodu jest potocznym użyciu) w ramach wieloletniej i stałej umowy o współpracę, nieraz zresztą na zasadzie wyłączności. Z perspektywy usługobiorcy świadczenie jest zapewnione nie przez daną placówkę, lecz przez usługodawcę takiego jak Luxmed lub Medicover”. W odniesieniu do powyższego stanowiska, Odwołujący wyjaśnia, że zarówno konstrukcja postanowień umowy oraz Opisu przedmiotu zamówienia przeczy powyższej tezie. Zamawiający wymagał określonego poziomu usług w konkretnych specjalizacjach oraz w konkretnych miejscach, a nie możliwości pozyskania świadczeń medycznych od jakiegokolwiek placówki medycznej.

17. Uzasadnione wątpliwości w zakresie stanowiska Zamawiającego budzi fakt, że utożsamia złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z przesłankami fakultatywnymi wykluczenia Wykonawcy z postępowania „Po drugie, Zamawiający nie przewidział w SWZ podstaw wykluczenia związanych z przedstawieniem nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP.” Odwołujący wyjaśnia, że istotą obydwu przesłanek wykluczeniowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na decyzje podejmowane przez zamawiającego - czyli np. dotyczące wyboru wykonawcy. Aby uchylić się od sankcji wykluczenia wykonawca musi wykazać, że nieprawdziwa informacja (wprowadzająca zamawiającego w błąd) została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub, że nieprawdziwa informacja pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego. Czyn nieuczciwej konkurencji to oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich (art. 10 u.z.n.k.).”.

Oczywiste jest, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastosował fakultatywnych przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp. Zatem przywoływanie tych przesłanek wykluczenia w odpowiedzi na odwołanie jest całkowicie niezasadne.

W przypadku Medicover wprowadzenie w błąd polega na wywoływaniu wśród przeciętnych klientów mylnego przekonania co do istotnych cech towaru lub usługi, tj. możliwości realizacji wymaganych usług medycznych przy pomocy własnych placówek medycznych (przy jednoczesnym braku placówek współpracujących zapewniających wymagane przez Zamawiającego świadczenia medyczne z zakresu określonych specjalizacji lekarskich oraz w danych miejscowościach).

Innymi słowy, wprowadzające w błąd działanie lub zaniechanie niezgodnie z prawdą sugeruje, iż dany towar lub usługa posiada określone cechy lub właściwości, z uwagi na nieposiadanie odpowiedniej sieci placówek własnych, zapewniającej wymagane usługi medyczne, badania diagnostyczne oraz wizyty domowe (przy jednoczesnej deklaracji, że nie będzie korzystał placówek podwykonawczych / podmiotów trzecich).

18. Uwzględniając powyższej przekazane informacje oraz zestawienia placówek przygotowane przez Odwołującego, Zamawiający uznał w oparciu o własne przypuszczenia i założenia za prawidłową sytuację, w której:

1) Medicover jako wybrany Wykonawca z 52 lokalizacji placówek do spełnienia warunków udziału w postępowaniu swoimi własnymi placówkami zabezpiecza jedynie 8 lokalizacji co daje nam tylko 15% zakresu zamówienia, co przy

założeniu samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinno co najmniej wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości,

2) wśród tych 8 z 52 lokalizacji niezbędnych do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie liczby, zakres świadczeń ograniczał się do stomatologii, a wymagania Zamawiającego są zdecydowanie większe m.in. alergolog, chirurg, endokrynolog, pediatra, rehabilitacja, badania laboratoryjne, a w Sosnowcu m.in. dietetyk endokrynolog, rehabilitacja,

3) tylko w 3 z 13 lokalizacji wskazanych przez Zamawiającego, Wykonawca zapewniał realizację usług w zakresie wizyt domowych.

19. Zamawiający stwierdza, że przywołane powyżej niezgodności oferty to „bagatelne błędy, które nie rodzą wątpliwości co do zdolności Przystępującego do prawidłowej realizacji zamówienia, byłoby przejawem właśnie takiego nadmiernego formalizmu, godząc tym samym we wspomniane fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, tj. proporcjonalności i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi”, bowiem „Zamawiający doszedł do przekonania, iż treść Załącznika nr 8 przemawia za przyjęciem, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i Medicover będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie będące przedmiotem niniejszego Postępowania”. Zdaniem Odwołującego, powyższe okoliczności stanowią o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, które powinny skutkować odrzuceniem oferty Medicover. Przejawem formalizmu byłoby oparcie się przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu i zgodności oferty z warunkami zamówienia wyłącznie na Oświadczeniu z Załącznika nr 8, w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje w postępowaniu wystarczającą wiedzą, że Medicover nie spełnia warunku w zakresie posiadania placówek medycznych, a jego oferta w tym zakresie nie spełnia wymagań Zamawiającego.

20. Sam Zamawiający potwierdza, że „Kwestionowane przez Odwołującego oświadczenia Medicover dot. niekorzystania z usług podwykonawców zawarte w pkt. 5 Załącznika nr 1 do Oferty oraz JEDZ należy rozpatrywać w kontekście całościowej treści oferty Medicover - gdyż tylko w taki sposób, tj. mając na uwadze pełną treść oferty, można oceniać takie oświadczenia. Zamawiający doszedł do przekonania, iż treść Załącznika nr 8 przemawia za przyjęciem, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia i Medicover będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie będące przedmiotem niniejszego Postępowania”. Stąd uzasadnione wątpliwości budzi pozostawienie przez Zamawiającego pisma z dnia 31.10.2023 r. dot. nieprawidłowości zawartych w ofercie Wykonawcy, jak również dowodów załączonych do Odwołania bez odniesienia się. Odwołujący podkreśla, że w maju 2023 zostało prowadzone badanie rynku (konsultacje rynkowe) w trakcie którego każdy miał dostęp do wymagań Zamawiającego i mógł poznać zakres przedmiotowego zamówienia, a tym samym również ocenić, czy można je zrealizować w oparciu o własne placówki, czy też konieczne jest zaangażowanie placówki współpracującej.

21. Ponadto wątpliwości budzi stwierdzenie Zamawiającego, że: „Jeżeli natomiast przyjąć żądany przez Odwołującego sposób oceny spełniania Warunku przez wykonawców, to w konsekwencji również i jego oferta powinna zostać odrzucona. LUX MED bowiem oświadczył w złożonej ofercie, że nie zamierza korzystać zasobów podmiotów trzecich, a jednocześnie - w świetle obiektywnych, bezspornych i powszechnie dostępnych informacji - sam nie posiada liczby placówek wymaganej w Warunku.” Nie można w powyższy sposób porównywać oferty Medicover z ofertą LUX MED. Medicover nie zaoferował żadnych placówek podwykonawczych, natomiast LUX MED jednoznacznie wskazał, w złożonej ofercie, JEDZ i załączonym do oferty wykazie podwykonawców, że będzie korzystał z medycznych placówek podwykonawczych przy realizacji zamówienia udzielanego przez Zamawiającego.

22. Podkreślić należy, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej m.in. w wyroku z dnia 16 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 200/16): „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych” .

23. Zamawiający w pkt 29 Odpowiedzi na Odwołanie stwierdza, że „Jednocześnie jest bezsporne, że LUX MED również nie posiada placówek własnych w lokalizacjach wymaganych w Warunku, co jest możliwe do ustalenia chociażby na

podstawie publicznie dostępnych danych ujawnionych w RPWDL. Dowód: Wydruk z wpisu w RPWDL dla placówek LUX MED."

Natomiast w pkt 20 stwierdza, że „Zamawiający dysponował bowiem jednoznaczna i niebudzącą wątpliwości deklaracją Medicover o treści: „Oświadczam, że posiadam placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań”. Oświadczenie to było z perspektywy Zamawiającego wystarczające do uznania, że Przystępujący jest w stanie zapewnić należytą realizację zamówienia w zakresie i lokalizacjach oczekiwanych przez Zamawiającego”.

24. W dużej mierze Odpowiedź na Odwołanie stanowi polemikę z Odwołującym w zakresie treści jego oświadczeń i oferty LUX MED, natomiast oferta Przystępującego jest marginalizowana, w szczególności jego oświadczenia i ich zgodność materialna ze stanem rzeczywistym. Przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest ocena oferty i spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Medicover, a nie ocena oferty LUX MED.

25. Podsumowując, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zajął merytorycznego stanowiska wobec okoliczności, że Medicover nie posiada placówek własnych lub współpracujących, a tym samym nie zapewnia nielimitowanego dostępu do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy. Wyjaśnienia poczynione w toku niniejszej Odpowiedzi wskazują, że Zamawiający dokonał wielu wykładni wielu oświadczeń Medicover niewyrażonych bezpośrednio w ofercie, co więcej dokonał doprecyzowania oferty o okoliczności rzeczywiste pomijając fakt, że źródłem oceny jest bezpośrednio wyrażona treść w ofercie, a nie jej interpretacja przez Zamawiającego. Zamawiający jednocześnie pominął fakt, że placówki współpracujące Medicover (jak twierdzi Pełnomocnik Zamawiającego podmioty trzecie zrównane z podwykonawcami), to ciągle podmioty udostępniające zasoby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, których wskazanie w ofercie Medicover w świetle wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt nie może zostać uzupełnione, a zatem ma kluczowe znaczenie dla określenia zasobu podmiotowego (podwykonawczego) tego Wykonawcy.

Załączniki: Dowód nr 1: Zestawienie placówek własnych Medicover z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w dokumentach zamówienia; Dowód nr 2: Zestawienie placówek współpracujących Medicover z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w dokumentach zamówienia; Dowód nr 3.1 - 3.12 wydruki ze strony internetowej Medicover.

### **Pismo przystępującego z dnia 11 grudnia 2023r.**

Działając w imieniu Medicover Sp. z o.o. („Przystępujący”; pełnomocnictwo z dowodem opłaty skarbowej w aktach sprawy), na podstawie art. 525 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019, ze zm., „PZP”), w związku z przystąpieniem po stronie Zamawiającego, tj. TAURON Polska Energia S.A.), do postępowania odwoławczego wszczętego wniesieniem odwołania z dnia 27 listopada 2023 r. („Odwołanie”) przez wykonawcę LUX MED Sp. z o.o. („Odwołujący”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Usługi medyczne dla pracowników Grupy TAURON” Numer referencyjny: PZP/TPE/05142/2023 („Postępowanie”) wnoszę o oddalenie Odwołania w całości jako niezasadne.

Ponadto wnoszę o przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym piśmie na wskazane poniżej fakty:

1)Dowód nr 1: Ogólne Warunki Świadczenia Usług Nr 1/2018 Przystępującego, dostępne na stronie na fakt kwalifikowania przez Przystępującego placówki współpracujące jako Placówki Medyczne Medicover - a więc zasób własny.

2)Dowód nr 2: wydruk ze strony internetowej na fakt posiadania przez Przystępującego placówek współpracujących w Będzinie

3)Dowód nr 3: wydruk ze strony internetowej <https://www.medicover.pl/placowki/centrum-medicover-strzegomska-wroclaw.172.d1022> na fakt świadczenia przez Przystępującego usług w zakresie chirurg naczyń, ginekolog onkologiczny, hematolog, neurochirurg, pediatra, chirurg dziecięcy, neurolog dziecięcy, ortopeda dziecięcy w Centrum Medicover - Strzegomska Wrocław.

4)Dowód nr 4: Wydruk ze strony internetowej Przystępującego

na fakt świadczenia przez Przystępującego usług w zakresie flebologii i angiologii w Centrum Medicover - Katowice Graniczna.

Przystępujący oświadcza, że odpisy niniejszego pisma wraz z załącznikami przesłał do Odwołującego i Zamawiającego.

uzasadnienie stanowiska przystępującego

## 1. Uwagi wstępne

Przystępujący jak i Odwołujący złożyli oferty w Postępowaniu. W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający udostępnił informację o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący złożył Odwołanie od czynności/zaniechań Zamawiającego polegających na: (i) wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, (ii) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego oraz (iii) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołanie winno być oddalone w całości jako niezasadne. Oferta Przystępującego jest prawidłowa i zgodna z dokumentacją przetargową oraz PZP, a także najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Twierdzenia Odwołującego są nieudowodnione. Zarzuty odwołania są gołosłowne, tj. nie mają oparcia w żadnych dowodach (Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu) - szerzej w pkt 2, a ponadto twierdzenia Odwołującego są nieprawdziwe i niewiarygodne - szerzej w pkt 4.

Jednocześnie, gdyby przyjąć logikę Odwołującego dotyczącą interpretacji SWZ (czemu Przystępujący się sprzeciwia, ale na wypadek takiego rozwoju sprawy), to również oferta Odwołującego podlega odrzuceniu - szerzej pkt 3.

Nadto, przesadny i źle pojęty formalizm, jakiego domaga się Odwołujący, nie służy celom Postępowania - szerzej pkt 5.

### 3. Gołosłowne twierdzenia Odwołującego - brak dowodów

Zgodnie z art. 534 ust.1. PZP:

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą to Odwołujący (nie Krajowa Izba Odwoławcza, ani nie Zamawiający, ani też Przystępujący) ma obowiązek przedstawić dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Brak przedłożenia dowodów przez Odwołującego skutkuje oddaleniem Odwołania. Takie stanowisko potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza: „Zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie .

Wobec kontrydykcyjnego charakteru postępowania odwoławczego Izba nie ma uprawnienia, by zastępować którąkolwiek ze stron i samodzielnie dokonać poszerzonej, merytorycznej weryfikacji i badania oferty. Postępowanie odwoławcze nie stanowi substytutu oceny i badania ofert w zastępstwie zamawiającego. Postępowanie przed Izbą, a następnie postępowanie skargowe przed sądem okręgowym, posiada charakter weryfikacyjny - bada się czy zamawiający prawidłowo dokonał czynności w przetargu zgodnie z decyzją, którą przekazano wykonawcy.

Odwołujący wywodzi skutki prawne z wskazywanej przez siebie okoliczności jakoby Przystępujący nie posiadał placówek wymaganych przez Zamawiającego w SWZ, a w konsekwencji z tego, że rzekomo zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przedkłada w jego mniemaniu „dowody” (screen fragmentu Odwołania poniżej):

### 5. Dowody.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z 538 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o przeprowadzenie następujących dowodów:

1] pismo LUX MED z dnia 31 października 2023 r. (znak: 34/10/2023), zatytułowane: doręczenie tego pisma Zamawiającemu za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON,

2) DOSTĘPNOŚĆ LEKARZY I ŚWIADCZEŃ TABELA scalona\_27.10.2023 - dokument Excel Powyższe dowody Odwołujący załącza do odwołania.

Odwołujący jako „dowody” przedłożył zatem: (i) pismo prezentujące własne stanowisko (twierdzenia strony, a nie dowód) oraz (ii) samodzielnie przygotowaną tabelę Excel (jak wyżej - jest to w zasadzie treść merytoryczna Odwołania - „przedłużenie” zarzutów - ale w żadnym razie nie dowód).

Odwołujący głośownie twierdzi, że sporządził tabelę Excel na podstawie powszechnie dostępnych informacji na stronach internetowych. To nie zwalnia Odwołującego z ciężaru dowodu w zakresie twierdzeń przedstawionych w tabeli Excel. Odwołujący nadal ma obowiązek przedstawienia stosownych dowodów. Takie stanowisko potwierdza doktryna oraz Sąd Najwyższy:

Nie jest też faktem powszechnie znanym informacja zamieszczona i dostępna w Internecie. Jak stwierdził Sąd Najwyższy: „Samo zamieszczenie w Internecie informacji o fakcie nie nadaje mu cechy faktu powszechnie znanego; o uznaniu określonego faktu za fakt powszechnie znany nie przesądza źródło wiedzy o tym fakcie, lecz rodzaj faktu, który charakteryzuje się tym, że wiadomość o nim powinien powziąć z różnych źródeł każdy rozsądny i mający doświadczenie życiowe mieszkaniec miejscowości, w której znajduje się siedziba sądu” (wyrok SN z 10.02.2010 r, V CSK 269/09, OSNC 2010/9, poz. 127).

Na marginesie tabela Excel sporządzona przez Odwołującego nie jest zgodna z danymi dostępnymi na stronie internetowej Przystępującego, a Rejestr Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą nie może stanowić wyłącznego źródła wiedzy dot. spełniania przez Przystępującego wymogów SWZ (szerzej w pkt 4 poniżej). Twierdzenia Odwołującego są zatem niewiarygodne.

Pojęcie dowodu nie ma legalnej definicji. Zgodnie z definicją zamieszczoną w Słowniku języka polskiego dowód to: coś dowodzące czegoś, świadczące o czymś lub zaświadczące coś.

Pojęcie dowodzenia definiuje Krajowa Izba Odwoławcza:

Z kolei dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania .

Dokumenty przedłożone przez Odwołującego „dowodzą” (cudzystów intencjonalny) wyłącznie temu, jakie Odwołujący ma stanowisko względem oferty Przystępującego. Zatem dokumenty przedłożone przez Odwołującego stanowią część twierdzeń Odwołującego, a nie dowody świadczące o prawdziwości jego twierdzeń.

Z pewnością dokumenty przedłożone przez Odwołującego, jak i całe Odwołanie, nie świadczą o tym, jakoby Przystępujący nie posiadał placówek wymaganych przez SWZ, a tym samym nie udowadniają zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty Przystępującego. Odwołanie podlega zatem oddaleniu.

Nawet gdyby uznać, że Odwołanie wprowadza wątpliwości co do zgodności oferty Przystępującego z SWZ, to nie jest to wystarczające dla uwzględnienia Odwołania i odrzucenia oferty Przystępującego (byłby to środek zbyt daleko idący). W sytuacji jakichkolwiek wątpliwości co do zgodności oferty wykonawcy z SWZ Zamawiający powinien dążyć do ich usunięcia, chociażby w drodze wyjaśnień dotyczących treści oferty (art. 223 PZP) lub wyjaśnień treści dokumentów podmiotowych (art. 128 ust. 4 PZP).

Na marginesie Przystępujący zwraca uwagę na postawę Odwołującego, który za wszelką cenę próbuje doprowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego. W rzeczywistości nie ma do tego podstaw, ale Odwołujący, by dopiąć swego, działa nawet w oparciu o głośowne twierdzenia oraz prezentuje przesadny i źle pojęty formalizm. Tytułem przykładu, w toku Postępowania, jeszcze przed wyborem oferty, Odwołujący kierował pisma do Zamawiającego „bez trybu” mające na celu zdyskredytowanie oferty Przystępującego i kwestionowanie np. podpisów złożonych na referencjach dla Przystępującego, czy umocowanie osoby obsługującej ze strony Przystępującego Platformę zakupową Zamawiającego. Obie okoliczności zostały wyjaśnione na korzyść Przystępującego, a w efekcie zarzuty dotyczące tych kwestii nie znalazły się w Odwołaniu.

#### 4. Interpretacja SWZ - placówka współpracująca

Odwołujący albo błędnie interpretuje SWZ (co naszym zdaniem ma miejsce) albo też uważa, że również jego oferta powinna zostać odrzucona w Postępowaniu (czego nie zakładamy, bo Odwołujący szkodziłby sam sobie, ale taka jest konsekwencja twierdzeń Odwołującego).

Zgodnie z pkt 3.1.1.4 lit. b. SWZ:

3.1.10 udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 oraz 4 PZP, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 PZP, oraz spełniają warunki, określone na podstawie art. 112 ust. 1 PZP, które zgodnie z art. 112 ust. 2 dotyczą: (...)

3.1.1.4 zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że: (...)

b. posiada placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej.

Zamawiający weryfikował spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (m. in. warunku określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ) w oparciu o wymagane dokumenty i oświadczenia oraz zawarte w nich informacje (pkt 3.1.5 SWZ). Zgodnie z pkt 3.4.2 lit. b) SWZ:

3.4.2W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.4.: (...)

b) Wykonawca przedłoży oświadczenie Wykonawcy w zakresie potwierdzenia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach określonych w Załącznikach nr 1-3 do projektu umowy (zgodnie z Załącznikiem nr 8 do SWZ).

Przystępujący zgodnie z SWZ złożył oświadczenie (jak w Załączniku nr 8 do SWZ) o następującej treści:

Oświadczam, że posiadam placówki własne lub współpracujące zapewniające nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej.

Zgodnie z powyższym, na dzień złożenia oferty Przystępujący oświadczył, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ poprzez posiadanie placówek własnych lub placówek współpracujących. Następnie Zamawiający, zgodnie z SWZ, ocenił spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu na podstawie tego oświadczenia. Wobec tego zarówno oferta Przystępującego, jak i działanie Zamawiającego były poprawne w świetle SWZ.

Zamawiający nie precyzuje w SZW pojęć „placówka własna” czy „placówka współpracująca”, pozostawiając wykonawcom szerokie pole do interpretacji. W szczególności Zamawiający nie określił czy placówkę współpracującą należy uznać za zasób własny czy zasób podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 i n. PZP.

Ten konkretny przypadek („posiadanie placówki własnej lub współpracującej”) wymyka się zwyktemu, tradycyjnemu rozgraniczeniu tego zagadnienia. Zamawiający nie sprecyzował także na jakiej podstawie powinna odbywać się współpraca między wykonawcą a placówką współpracującą - tu również pole do interpretacji jest bardzo duże.

Przyjęcie, że „posiadanie placówki współpracującej” automatycznie stanowi poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 i n. PZP nie odzwierciedla w tym konkretnym przypadku w sposób właściwy konstrukcji polegania na zasobach podmiotów trzecich. Literalnie rzecz biorąc to wykonawca „posiada placówki własne lub współpracujące”, a nie podmiot trzeci. A więc de facto to „posiadanie placówki współpracującej” stanowi zasób, w tym przypadku chodzi więc o zasób własny. Fakt, że wykonawca współpracuje z różnymi placówkami, oznacza, że to wykonawca posiada placówki współpracujące (które w odróżnieniu od placówek własnych nie stanowią jedynie własności wykonawcy), a więc samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu. W związku z tym interpretacja literalna SWZ jednoznacznie wskazuje na to, że posiadanie placówek współpracujących nie stanowi automatycznie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 118 i n. PZP. Należy mieć świadomość, że być może SWZ był w zakresie warunku sformułowany w sposób niedoskonały, jednak negatywne konsekwencje takiego, a nie innego (pozwalającego na różne interpretacje, niejednoznacznego) sformułowania warunku, nie mogą spoczywać na wykonawcy.

Nadto, kolejnym argumentem przemawiającym za zaliczeniem placówek współpracujących jako zasobu własnego jest fakt, że zgodnie z przyjętymi u Przystępującego Ogólnymi Warunkami Świadczenia Usług(OWU) sam Przystępujący traktuje placówki medyczne, z którymi zawarł umowy o współpracy jako Placówki Medyczne Medicover, których listę publikuje na własnej stronie internetowej.

20) Placówka Medyczna Medicover - Centra Medicover oraz Placówki Medyczne, z którymi Medicover Sp. z o. o. zawarł umowy o współpracy. Aktualna lista Placówek Medycznych Medicover, wraz z zakresem świadczeń udzielanych w każdej z nich, jest dostępna na stronie Internetowej [www.medicover.pl](http://www.medicover.pl) oraz pod numerem Centrum Obsługi Klienta.

Dowód nr 1: Ogólne Warunki Świadczenia Usług Nr 1/2018 Przystępującego, dostępne na stronie: <https://www.medicover.pl/pakietv-medvczne-dla-firm/dokumentv-do-pobrania/>

na fakt kwalifikowania przez Przystępującego placówki współpracujące jako Placówki Medyczne Medicover - a więc zasób własny.

Jednocześnie trzeba mieć na uwadze, że w trakcie Postępowania Zamawiający nie potwierdził, aby w razie posiadania placówek współpracujących konieczne było złożenie wymaganych dokumentów jak w przypadku polegania na zasobach podmiotów trzecich w rozumieniu art. 118 i n. PZP. Ta kwestia była kilkakrotnie poruszana przez wykonawców w ramach procedury wyjaśnień treści SWZ (tura pytań nr 1, 3, 6). Konsekwentnie Zamawiający: a) kilkakrotnie potwierdził, że weryfikacja warunku udziału w Postępowaniu będzie odbywać się tylko „na oświadczenie”, bez weryfikacji dalszej zagadnienia, a także b) nie potwierdził obowiązku złożenia dokumentów wymaganych w razie korzystania z zasobów podmiotów trzecich w rozumieniu art. 118 i n. PZP. Tym samym również wyjaśnienia Zamawiającego mogły zostać zinterpretowane w ten sposób, że posiadanie placówki współpracującej nie stanowi polegania na zasobach podmiotów trzecich w rozumieniu art. 118 i n. PZP. Wyjaśnienia SWZ stanowią jej integralną część i również w tym przypadku nie można negatywnymi konsekwencjami ewentualnych niejednoznaczności obarczać wykonawcy.

Przystępujący miał zatem solidne podstawy aby przyjąć, że „placówki współpracujące” w rozumieniu pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ stanowią zasób własny wykonawcy i też tak przyjął. W rozumieniu Przystępującego zarówno placówka własna (Np. Centrum Medicover - Bielsko-Biała) jak i placówka współpracująca (np. „Inter-Med” s.c. E.R. J.R. w Będzinie) stanowią zasób własny wykonawcy. Przystępujący posiada zatem placówki własne lub placówki współpracujące we wszystkich miejscowościach wymaganych dokumentacją przetargową (szerzej na rozprawie w dniu 11 grudnia 2023 r.).

Interpretację Przystępującego podzielili także sam Odwołujący - zarówno Odwołujący jak i Przystępujący zaznaczyli w JEDZ, że nie będą polegać na zasobach podmiotów trzecich. Nie można w żadnym wypadku wywodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców z powodu niejednoznaczności SWZ (tu: konsekwencji w postaci stwierdzenia niezgodności złożonych ofert z SWZ), co potwierdza m. in. Sąd Najwyższy:

Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Na marginesie podejście Odwołującego do rozgraniczenia zasób własny - zasób podmiotu trzeciego jest w tej sprawie niespójne i niekonsekwentne. W zależności od tego którego z wykonawców dotyczy, Odwołujący próbuje różnicować konsekwencje prawne (tj. Medicover - odrzucenie oferty, Luxmed - oferta prawidłowa; jest to różnicowanie zupełnie nieuprawnione). Odwołujący twierdzi w Odwołaniu, że korzystanie z placówek współpracujących w świetle PZP stanowi korzystanie z zasobów udostępnionych przez podmioty trzecie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ:

Ponadto, Medicover oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona wyłącznie przy pomocy własnych placówek medycznych. Na powyższy zamiar Medicover jednoznacznie wskazuje:

(-) zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „Nie” na pytania zadane w lit. C „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów”<sup>1</sup> oraz „D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”.

Należy jednocześnie podkreślić, że placówki podwykonawcze, z uwagi na konieczność powołania się na nie w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, stanowią w świetle ustawy-Prawo zamówień publicznych podwykonawców - podmioty udostępniające Wykonawcy zasoby niezbędne w celu wykazania spełnienia przywołanego powyżej warunku. Jeżeli Wykonawca zadeklarował w ofercie i JEDZ wolę samodzielnego zrealizowania danego zamówienia, to nie jest możliwe uzupełnienie oferty lub JEDZ w zakresie wskazania podwykonawców lub podmiotów trzecich, których uczestnictwa w realizacji zamówienia Wykonawca wcześniej nie przewidział w treści złożonej oferty. W wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Powyższe stanowisko jest podzielane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia 16 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1581/17).

Tymczasem, wbrew własnym twierdzeniom Odwołujący w JEDZ oświadczył, że nie będzie korzystał ze zdolności innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (w tym w zakresie pkt 3.1.1.4. lit. b SWZ - posiadanie placówek w określonych miejscach i o określonych usługach) - str. 13 JEDZ Odwołującego:

C: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów

Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w

części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?

O Tak • Nie

W części IV jest następujące kryterium (str. 36 JEDZ Odwołującego) narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne

Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia: Proszę je opisać

Posiadanie przez Wykonawcę placówek własnych lub współpracujących zapewniających nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań (określonych w pakietach medycznych) w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy wymienionych poniżej: Załącznik nr 1 - Szczegółowa specyfikacja usług medycznych. Załącznik nr 2 - Maksymalne czasy oczekiwania na realizację usług medycznych. Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej.

Jeżeli przyjąć optykę Odwołującego prezentowaną względem Medcover, to również Odwołujący zgodnie z art. 123 PZP nie może obecnie zmienić stanowiska w zakresie polegania na zasobach podmiotów trzecich.

Nadto, zgodnie z logiką Odwołującego, jeżeli wykonawca korzysta z placówek współpracujących w rozumieniu pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, to placówki współpracujące w świetle PZP stanowią podmioty udostępniające zasoby. Zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „nie” na pytanie o poleganiu na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu sprawia, że wykonawca nie może opierać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby.

Odwołujący w JEDZ zaznaczył, że nie będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

To oznacza, że zgodnie z logiką Odwołującego nie może on opierać się na placówkach współpracujących w rozumieniu pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ. W związku z tym Odwołujący przyznaje, że sam nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ, sam bowiem posiada wiele placówek współpracujących, co wynika z danych dostępnych na stronach internetowych, a więc jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) PZP.

Powyższe, niespójne i nielogiczne podejście Odwołującego, potwierdza prawdziwe intencje Odwołującego, który dąży do usunięcia Przystępującego z Postępowania za wszelką cenę bez poszanowania dla przepisów prawa, ani nawet zasad logiki.

Jednocześnie zarzucanie Przystępującemu (przez Odwołującego) braku spełniania warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący zgodnie z własną logiką również nie spełnia tego warunku, stanowi nadużycie prawa w rozumieniu art. 5 Kodeksu cywilnego. Można mieć również poważne wątpliwości co do interesu Odwołującego we wniesieniu i popieraniu Odwołania, bowiem uwzględnieniem zarzutów Odwołania de facto oznaczać będzie również eliminację oferty Odwołującego.

Na koniec, warto mieć świadomość, że przyjęcie logiki Odwołującego będzie skutkowało odrzuceniem wszystkich ofert, a więc unieważnieniem Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP. Dlatego, w celu uniknięcia dalszego prowadzenia Postępowania, które może nie doprowadzić do wyboru wykonawcy, jeżeli odwołanie miałoby podlegać uwzględnieniu, Przystępujący wnosi, aby Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się już teraz w wyroku do powyższej kwestii poprzez udzielenie wskazówek dla Zamawiającego w zakresie postępowania również co do oferty Odwołującego - w sytuacji uznania logiki Odwołującego za prawidłową. Udzielenie przez Krajową Izbę Odwoławczą wskazówek dla Zamawiającego pozwoli w znacznej mierze na skrócenie Postępowania, w szczególności jeżeli okaże się, że zgodnie PZP Postępowanie należy unieważnić.

#### 4. Nieprawdziwość twierdzeń Odwołującego

Niezależnie od powyższego twierdzenia Odwołującego, w tym informacje zawarte w załączonych do Odwołania dokumentach, w szczególności tabeli Excel są nieprawdziwe.

Odwołujący prawdopodobnie liczył na to, że ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani Zamawiający nie zweryfikuje informacji podanych w Odwołaniu - jest ich bowiem ogromna ilość - placówek jest dużo, a każda z nich oferuje określony zakres usług. Nieprawdziwość twierdzeń Odwołującego niezwykle łatwo jest jednak wykazać.

Przykłady nieprawdziwych twierdzeń i nieścisłości wskazane poniżej powinny rzutować na uznanie całości twierdzeń Odwołującego (które jak już wspomniano nie stanowią „dowodów”) za niewiarygodne.

W zakresie tabeli Excel Odwołującego, w punktach, w których twierdzenie Odwołującego brzmi: „brak placówki własnej Medicover” wykazaliśmy już powyżej, że możliwe jest posłużenie się placówką współpracującą jako zasobem własnym. Placówki współpracujące są wskazane na stronie internetowej Medicover, np. placówki współpracujące w Będzinie. Zarzut nie zasługuje zatem w tym punkcie na uwzględnienie.

Dowód nr 2: wydruk ze strony internetowej <https://www.medicover.pl/placowki/bedzin.c.s> na fakt posiadania przez Przystępującego placówek współpracujących w Będzinie

W punktach, gdzie w tabeli Odwołującego twierdzenie brzmi „brak usługi” stanowisko Odwołującego jest również nieprawidłowe i nieuzasadnione. W tabeli występują błędy. Odwołujący powołuje się na stronę internetową Przystępującego jako źródło informacji o zakresie usług oferowanych przez Przystępującego. Tytułem przykładu Odwołujący twierdzi, że w Centrach Medicover we Wrocławiu nie ma usług w zakresie: chirurg naczyniowy, ginekolog onkologiczny, hematolog, neurochirurg. a ponadto nie wiadomo czy są usługi w zakresie: pediatra, chirurg dziecięcy, neurolog dziecięcy, ortopeda dziecięcy. Nie jest to prawdą. Już z samej strony internetowej Przystępującego w zakładce Centrum Medicover - Strzegomska Wrocław <https://www.medicover.pl/placowki/centrum-medicover-strzegomska-wroclaw.172.d.1022> wynika, że Przystępujący zapewnia wszystkie te usługi. Przystępujący zastrzega, że resztę usług wymaganych w miejscowości Wrocław zapewnia poprzez placówki współpracujące.

Dowód nr 3: wydruk ze strony internetowej <https://www.medicover.pl/placowki/centrum-medicover-strzegomska-wroclaw.172.d.1022>

na fakt świadczenia przez Przystępującego usług w zakresie chirurg naczyniowy, ginekolog onkologiczny, hematolog, neurochirurg, pediatra, chirurg dziecięcy, neurolog dziecięcy, ortopeda dziecięcy w Centrum Medicover - Strzegomska Wrocław.

Kolejny przykład niezgodności twierdzeń Odwołującego z informacjami na stronie internetowej Przystępującego - Odwołujący twierdzi, że w Katowicach Przystępujący nie zapewnia dostępu do flebologa ani do angiologa. To również nieprawda. W Centrum Medicover - Katowice Graniczna przyjmuje m. in. dr n. med. J.K. - chirurg naczyniowy z ukończonymi specjalistycznymi kursami z angiologii i flebologii.

Dowód nr 4: Wydruk ze strony internetowej Przystępującego <https://www.medicover.pl/lekarze/iacek-kostyra.11421.d.1021>

na fakt świadczenia przez Przystępującego usług w zakresie flebologii i angiologii w Centrum Medicover - Katowice Graniczna.

Co do Rejestru Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą (na takie też źródło informacji powołuje się Odwołujący) Przystępujący zastrzega, że rejestr nie ujawnia placówek, z którymi Przystępujący współpracuje (tj. placówek współpracujących w rozumieniu pkt 3.1.1.4 lit. b) SWZ). To oznacza, że Rejestr Podmiotów Prowadzących Działalność Leczniczą nie może stanowić wyłącznego źródła informacji o tym, czy Przystępujący spełnia wymogi SWZ.

Przystępujący oświadczył w Postępowaniu, że posiada placówki medyczne (placówki własne lub placówki współpracujące) we wszystkich miejscowościach wymaganych dokumentacją przetargową - przeciwne twierdzenie nie zostało udowodnione.

Z powyższego wynika, że podstawa faktyczna Odwołania zawiera nieprawdziwe informacje nieweryfikowalne w oparciu o „dowody”, które przedstawił Odwołujący. Tak błędnie opisany stan faktyczny nie może w żadnym wypadku stanowić podstawy dla wydania wyroku uwzględniającego Odwołanie przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jasno widać, że twierdzenia, w szczególności tabela Excel przedstawiona przez Odwołującego, są niewiarygodne i zostały sporządzone tak, aby zaszkodzić Przystępującemu.

Odwołujący (być może w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa albo celowo) próbuje wprowadzić Krajową Izbę Odwoławczą oraz Zamawiającego w błąd co do oferty Przystępującego.

##### 5. Bezpieczeństwo realizacji Umowy

Przystępujący zapewnia dostępność do usług medycznych zgodnie z oświadczeniem (jak w Załączniku nr 8 do SWZ) złożonym Zamawiającemu.

Odwołujący kieruje się przesadnym formalizmem, który nie służy celom Postępowania ani PZP, ani w zasadzie interesowi Odwołującego (zgodnie z logiką Odwołującego jego oferta również podlega odrzuceniu - szerzej pkt 3 powyżej). Przedmiotem Postępowania jest świadczenie usług medycznych dla pracowników grupy Tauron.

Przystępujący jest jednym z największych na rynku dostawców usług medycznych, największym konkurentem Odwołującego.

Celem Postępowania jest wybór najkorzystniejszej oferty, która spełnia wymogi SWZ. Oferta Przystępującego jest prawidłowa oraz spełnia wymogi SWZ, a w końcu ma najkorzystniejszą cenę. Poza wszystkim Przystępujący jest również zdolny do należytej realizacji zamówienia.

Załącznik nr 6 do SWZ - Wzór Umowy stanowi, że:

§1 ust. 6. Gwarantowaną dostępność usług opieki medycznej przedstawia Załącznik nr 3 do Umowy.

Załącznik nr 3 - Gwarantowana dostępność usług opieki medycznej zawiera wykaz miejscowości, w których wykonawca powinien świadczyć usługi oraz zakres tych usług. Zakres usług medycznych gwarantowanych różni się w zależności od miejscowości. Kwestie te stanowią w zasadzie odzwierciedlenie spornego warunku udziału w Postępowaniu.

Jednocześnie Wzór Umowy przewiduje mechanizm w sytuacji, gdy świadczenie usług w zakresie określonym w Załączniku nr 3 do Umowy jest niemożliwe - w takim przypadku użytkownik może skorzystać z dowolnej placówki podmiotu trzeciego, a kosztem będzie obciążony wykonawca. Z punktu widzenia Zamawiającego nie ma więc ryzyka nieprawidłowego świadczenia usługi:

§1 ust. 8. W przypadku, gdy realizacja usługi opieki medycznej w placówkach będących w dyspozycji Wykonawcy (w tym placówkach współpracujących) nie będzie możliwa w terminach przewidzianych w załączniku nr 3 do umowy, Wykonawca powiadomi o tym fakcie Uprawnionego w terminie 3 dni od powzięcia przez Wykonawcę informacji o braku możliwości spełnienia świadczenia i zapewni mu refundację kosztów usługi. Uprawnionemu, który we własnym zakresie poniesie koszty realizacji świadczenia medycznego wykonanego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje zwrot w pełnej wysokości poniesionego przez niego kosztu świadczenia, jeżeli przedmiotowe świadczenie objęte jest posiadanym przez Uprawnionego pakietem. Zwrot kosztu, o którym mowa w zdaniu drugim, dokonywany będzie na podstawie rachunku lub faktury wystawionej na Uprawnionego. Zwrot tych kosztów Wykonawca zrealizuje pod warunkiem przekazania przez Uprawnianego rachunku/faktury Wykonawcy za realizację tego świadczenia w terminie nie dłuższym niż 14 dni od zaistnienia zdarzenia. Zwrot tych kosztów Wykonawca dokona na rachunek bankowy wskazany przez Uprawnionego w terminie 14 dni od przekazania rachunku/faktury.

Przystępujący zamierza świadczyć usługę w sposób (przy pomocy placówek) wskazanych w wykazie stanowiącym Załącznik nr 5 do niniejszego pisma. Natomiast uwzględniając dynamiczny charakter wykazu placówek, Zamawiający uwzględnił, że zmiana w zakresie wykazu placówek wykonawcy i placówek współpracujących nie stanowi zmiany umowy wymagającej zawarcia aneksu:

§13 ust. 1 pkt 6): Wszelkie zmiany i uzupełnienia niniejszej Umowy mogą być dokonywane pod rygorem nieważności jedynie w formie pisemnej w postaci aneksu do Umowy podpisanego przez obydwie Strony, z wyłączeniem przypadków wyraźnie wskazanych w Umowie jako niestanowiących zmiany Umowy oraz z wyłączeniem zmian: (...)

6) Wykaz placówek Wykonawcy i placówek współpracujących (...)

Ponadto warto uwzględnić, że Zamawiający w ramach udzielania wyjaśnień treści SWZ ( tura pytań nr 7, pkt 6 ) wskazał, że sposób realizacji § 1 ust. 13 Wzoru Umowy leży po stronie Wykonawcy: Uprawnieni będą diagnozowani i leczeni zgodnie z najnowszymi uznanymi wytycznymi postępowania medycznego. Przypadki trudne diagnostycznie będą konsultowane z autorytetami w danej dziedzinie. Uprawniony będzie informowany przez lekarza o nieprawidłowych wynikach badań.

Zamawiający przewiduje (i słusznie) we Wzorze Umowy, że zakres dostępności usług medycznych u wykonawcy ma charakter dynamiczny i może ulec zmianie w czasie. Z tego względu wprowadził we Wzorze Umowy mechanizm zabezpieczający. W rezultacie nawet gdyby hipotetycznie wykonawca tymczasowo (z uwagi na zmiany w placówkach) nie gwarantował dostępności usług określonej w Załączniku nr 3 do Umowy, Umowa nadal będzie realizowana. Ponadto Zamawiający potwierdził, że sposób realizacji usług zależy od wykonawcy.

W związku z powyższym (i) Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu, (ii) treść oferty Przystępującego jest zgodna w warunkami zamówienia (Postępowania) oraz (iii) Przystępujący nie złożył oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego. Przystępujący zastrzega prawo poszerzenia argumentacji na posiedzeniu przez Krajową Izbą Odwoławczą. Mając powyższe na względzie, wnoszę jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w formie elektronicznej, w trybie przetargu nieograniczonego na usługi społeczne o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Usługi medyczne dla pracowników Grupy TAURON”, numer referencyjny: PZP/TPE/05142/2023.

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 183-572045 z dnia 22 września 2023 r. (Dz.U./S S183 572045-2023-PL), dalej jako „Ogłoszenie o zamówieniu”

Postępowanie prowadzone za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON dostępnej pod adresem <https://swoz.tauron.pl>

Dokumenty zamówienia zostały opublikowane w dniu: 22 września 2023 r.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej opublikowana w dniu 15 listopada 2023 roku.

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605, z późn. zm.), dalej jako „ustawa Pzp” Odwołujący LUX MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego TAURON Polska Energia S.A. z siedzibą w Katowicach.

Czynności lub zaniechania zamawiającego, którym odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy Pzp:

- 1) dokonanie w 15-11- 2023 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego MEDICOVER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego,
- 3) zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty.

Zarzuty odwołania, naruszenie poniżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczy zdolności technicznej lub zawodowej, nie posiada placówek własnych lub współpracujących, a tym samym nie zapewnia Nielimitowanego dostępu do specjalistów lub badań w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy.

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie zapewnia gwarantowanego dostępu do usług medycznych świadczonych w formie pakietów medycznych, których szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony przez zamawiającego we wzorze umowy

3) art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, (UZNK), polegającego na przekazaniu zamawiającemu nieprawdziwych i wprowadzających zamawiającego w błąd informacji o zakresie posiadania własnych placówek medycznych we wszystkich wymaganych przez zamawiającego miejscowościach, tj.: złożenia oświadczenia, że jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w swz oraz, że przedmiot oferty jest zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, jak również złożenia nieprawdziwego oświadczenia, że posiada placówki własne lub współpracujące zapewniające Nielimitowany dostęp do specjalistów lub badań w miejscach i w zakresie wyspecyfikowanym w załącznikach do projektu umowy

Żądanie odwołania: Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty przystępującego i wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dowody: na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z 538 ustawy Pzp, odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów:

- 1) pismo LUX MED z dnia 31 października 2023 r. (znak: 34/10/2023), „Informacja o nieprawidłowościach w ofercie”, 2) „dostępność lekarzy i świadczeń” tabela scalona 27.10.2023 - dokument Excel.

**Izba** przeprowadziła postępowanie dowodowe z akt sprawy (dokumentacja postępowania doręczona przez zamawiającego), mając na uwadze postawione zarzuty odwołania. Przede wszystkim co do nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dostępności lekarzy i świadczeń medycznych, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ponadto co do braku zagwarantowania zamawiającemu świadczenia zgodnie z jego oczekiwaniami opisanymi w specyfikacji warunków zamówienia. W konsekwencji wprowadzenia w błąd zamawiającego w powyższym zakresie, skutkującym złożeniem oferty w ramach czynu nieuczciwej konkurencji. Izba rozpoznając postawione zarzuty odwołania uwzględniła i oceniła przedstawione przez odwołującego w poczet materiału dowodowego, dokumenty w toku

sprawy. Jak również przyjęła wyjaśnienia i oświadczenia złożone przez stawających w sprawie, na posiedzeniu i rozprawie (vide protokół z posiedzenia i rozprawy – w aktach sprawy).

**Izba** na posiedzeniu i rozprawie przyjęła złożone dokumenty oraz związane z nimi wyjaśnienia odwołującego, a także stanowiska i ocenę tych dokumentów przez zamawiającego i przystępującego, mając na uwadze znaczenie oraz przydatność dokumentów dla rozstrzygnięcia sporu w sprawie.

**Izba dokonując badania i oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz dokonując analizy w zakresie zasadności i słuszności stanowisk stron i uczestnika, na podstawie dokonanych ustaleń stanu faktycznego i prawnego w sprawie, w wyniku przeprowadzonych: posiedzenia i rozprawy nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, oddalając odwołanie w całości.**

W związku z powyższym **Izba** w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego po jego stronie uczestnika postępowania. W tym celu Izba we wstępnej części uzasadnienia wyroku zamieściła pełne treści: odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, stanowiska przystępującego, jak i repliki odwołującego na odpowiedź na odwołanie.

**Izba** odsyła do stanowiska zamawiającego i przystępującego, jako do argumentacji stanowiącej podstawę do oddalenia odwołania jako bezpodstawnego, ponieważ Izba uznaje ją za słuszną, adekwatną do sprawy oraz uprawniona w kontekście postanowień swz jak i złożonej oferty przystępującego. Tym samym w ocenie Izby zamawiający nie naruszył prawa w tym ustawy PZP, jak UZNK, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego. Izba również podziela ocenę zamawiającego i przystępującego, że przedstawione przez odwołującego jako dowody w sprawie wykazy placówek, zakresy świadczonych usług nie stanowią dowodów na wykazanie stanu faktycznego, tylko pozostają twierdzeniami odwołującego. Izba może tylko docenić jako wielki nakład pracy na zebranie informacji drogą mailową oraz telefoniczną o zakresie usług medycznych w poszczególnych miejscowościach, ale nie stanowi to dowodu na istniejącą rzeczywistość, a tylko stanowi twierdzenie odwołującego, nie potwierdzone przez podmiot, którego ta informacja dotyczy. Izba w tym miejscu pomija jaki charakter i wartość oraz miarodajność ma zakres uzyskanych przez odwołującego informacji z racji uwarunkowań marketingowych, biznesowych podmiotów udzielających informacji czy to jako potencjalnemu z tzw. ulicy pacjentowi, czy to podmiotowi konkurencyjnemu jakim jest odwołujący w stosunku do placówek medycznych, które udzielały informacji.

Na kanwie sporu, co do kwestii podwykonawstwa, udziału podmiotu trzeciego, **Izba** stwierdza, że użycie przez zamawiającego jako własnego udziału w usłudze, placówki współpracującej jest dopuszczalne. Co prawda jest to podmiot (jednostka współpracująca) nie definiowany przez PZP, ale funkcjonujący na rynku w tym jako specyfika funkcjonowania służby zdrowia w tzw. Sieci. W ocenie Izby wskazane rozwiązanie nie świadczy o ułomności postanowień swz, ale o zrozumieniu przez zamawiającego specyfiki przedmiotowych usług i jest to rozwiązanie do zaakceptowania.

**Izba** również przyznaje rację argumentacji, że cechą charakterystyczną przedmiotowych świadczeń jest jej dynamiczność, zmienność, a w pewnym sensie nieprzewidywalność, co z kolei wymusza operatywność, dyspozycyjność, szybkość reakcji w funkcjonowaniu jednostek medycznych. Natomiast słusznie przystępujący w przedstawianym stanowisku, przywołuje zasady refundacji kosztów usługi medycznej w przypadku jej nie zapewnienia i przewidzianej w umowie zamawiającego.

**Izba** podsumowując na mocy art. 552 ust.1 w zw. z art.553 i art.554 ust.1 pkt 1) ustawy PZP, nie stwierdza naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co przesądza o oddaleniu odwołania w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych oraz zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot 3.600,00 zł tytułem poniesionych kosztów na wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie złożonej faktury vat.

**Przewodniczący:**.....