

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 11 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę **INGOT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A z siedzibą we Wrocławiu** przy udziale

wykonawcy **AIR SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **INGOT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2225/23

UZASADNIENIE:

Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa i montaż urządzeń i instalacji dla zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczany mechanicznie do pomieszczeń inkubatora ICT w budynku Dolnośląskiego Centrum Sportu na Polanie Jakuszyckiej w Szklarskiej Porębie (hipoksyjny i hiperoksyjny system normobaryczny)”, w ramach projektu pn.: „Wsparcie przedsiębiorców sektora MŚP dzięki utworzeniu Inkubatora ICT w dziedzinie sportu i profilaktyki zdrowotnej” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa 1 Przedsiębiorstwa i innowacje, Działanie: 1.3 Rozwój przedsiębiorczości, Poddziałanie: 1.3.2 Rozwój przedsiębiorczości – ZIT WrOF, Schemat 1.3.B Wsparcie infrastruktury przeznaczonej dla przedsiębiorców. Numer postępowania ZP/PN/03/2022.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 lipca 2022 pod numerem: 2022/S 140-397132.

W postępowaniu tym wykonawca **INGOT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie** (dalej: „Odwołujący”) 31 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:

a) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez **AIR SPORT sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach**, dalej jako „**AIR SPORT sp. z o.o.**”

b) zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego się;

c) zaniechaniu prawidłowego badania i oceny ofert, a także nieprawidłowej ocenie pisma Odwołującego się z dn. 7.07.2023r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 122 p.z.p. dotyczącego wykazania samodzielnego spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia;

d) odrzuceniu oferty Odwołującego się wobec stwierdzenia, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty oraz uznanie, że oferta

została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 23.06.2023r. Odwołujący się wykazał samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

b)art. 239 p.z.p. w zw. z art. 242 ust. 1 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty AIR SPORT sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego się, która niezasadnie została uprzednio odrzucona;

c)art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 122 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. w art. 57 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt. 4 p.z.p. w zw. z art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. ze Specyfikacją Warunków Zamówienia cz. I - Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VII, pkt. 3, ppkt 3.1 poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 122 p.z.p. Odwołujący nie wykazał samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy jak wynika z wykazu dostaw oraz przedłożonej dokumentacji i argumentacji - Odwołujący dostarczył system hipoksji i hiperoksji dla Klubu Sportowego Centrum sp. z o.o. (dalej KSC) w Dąbrowie Górniczej oraz system hipoksji dla AWF w Krakowie o cechach i właściwościach wystarczających dla uznania, że dysponuje wymaganym doświadczeniem dla wykonania zamówienia w niniejszej sprawie

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

a)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dalej nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

b)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;

Nadto, wniósł o:

a)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej dokumentacji:

-pismo z dn. 28.07.2023r. Klubu Sportowego Centrum sp. z o.o. — w celu wykazania, że instalacja hipoksyjna wykonana przez Odwołującego się dla w/w spółki (wskazana w wykazie dostaw) spełnia wymagania stawiane pomieszczeniom noclegowym i treningowym;

-wydruki ze stron internetowych:

✓ <https://www.awf.krakow.pl/4609-konferencja-prasowa-w-pracownifizjologicznych-podstaw-adaptacji-z-hipoksyjna-komoratermoklimatyczna>

✓ <https://www.mojacukrzyca.org/?a=text&id=6142&des=z-cukrgyca-naszczyt-eksperyment-w-hipoksyjnej-komorze-termoklimatycznej>

w celu wykazania, że instalacja hipoksyjna wykonana przez Odwołującego się w Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie spełnia najwyższe wymogi dotyczące bezpieczeństwa oraz nadaje się do stosowania w pomieszczeniach noclegowych, a w ramach projektu realizowanego w Pracowni Fizjologicznych Podstaw Adaptacji ochotnicy zrekrutowani do badań spędzili 48 godzin w komorze hipoksyjnej w warunkach symulowanej wysokości do 3500 m n. p. m.

b)zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pełnej dokumentacji związanej z przeprowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ze szczególnym uwzględnieniem protokołów oraz dokumentów, a także korespondencji z Odwołującym i AIR SPORT sp. z o.o., związanych z wyborem oferty w przedmiotowym postępowaniu, a następnie dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji na okoliczność przebiegu postępowania, treści ofert, wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i treści tych wyjaśnień oraz wykazania przez Odwołującego się warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Pismem z dn. 23.06.2023r. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 122 p.z.p. o wykazanie samodzielnego spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu albo zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem.

7.07.2023r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie, wykazując samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

21.07.2023r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty AIR SPORT sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego się. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, Zamawiający podał, iż została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, albowiem żadna z inwestycji wskazanych w wykazie dostaw Odwołującego nie potwierdza wykonania systemu hipoksji w pomieszczeniach noclegowych.

Z powyższym stanowiskiem nie zgadza się Odwołujący, podnosząc, że wykazał samodzielne spełnianie warunków udziału w w/w postępowaniu oraz przedłożył w tym zakresie właściwą dokumentację.

Zamawiający w zakresie zdolności technicznych i zawodowych wymagał, by Wykonawcy: „W okresie ostatnich 5 lat, a jeśli okres prowadzenia działalności gospodarczej był krótszy, wykonali co najmniej 1 dostawę wraz z montażem

urządzeń, których zakres był tożsamy z przedmiotem zamówienia tj. dotyczył dostawy i montażu stacjonarnego systemu hipoksyjnego opartego na trwale zamontowanych urządzeniach i instalacjach oraz w ramach której obok systemu hipoksyjnego zastosowano technologię nadmiarowego tlenu (hiperoksji) do regeneracji wysiłkowej, dla budynku w którym dostawa i montaż systemów obejmowała co najmniej system hipoksyjny w pomieszczeniach noclegowych oraz siłowni lub sali treningowej oraz system hiperoksyjny w co najmniej jednym pomieszczeniu, przy czym warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli dostawa i montaż systemu hiperoksyjnego została zrealizowana w innym budynku, odrębnie od systemu hipoksyjnego.

Zgodnie z przepisem art. 112 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wrażliwą je jako minimalne poziomy zdolności.

Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania Zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia.

Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji.

Odwołujący przywołał treść uzasadnienia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., KIO/KD 76/12 oraz wyroku o sygn. akt KIO 457/20.

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymaga, by dostawa i montaż systemów w ramach warunku określonego w SWZ cz. I Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VII, pkt 3, ppkt 3.1 winna być tożsama z przedmiotem zamówienia co należy interpretować w znaczeniu przedmiotowym, jak i zakresowym w stosunku do przedmiotu zamówienia tj.:

- a) w znaczeniu przedmiotowym dotyczyć dostawy i montażu stacjonarnego systemu hipoksyjnego opartego na trwale zamontowanych urządzeniach i instalacjach oraz w ramach której obok systemu hipoksyjnego zastosowano technologię nadmiarowego tlenu (hiperoksji) do regeneracji wysiłkowej, oraz
- b) w znaczeniu zakresowym (sprzętowym) uwzględniać złożoność i charakter systemów.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia cz. III — Opis Przedmiotu Zamówienia instalacja do zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczonym mechanicznie do pomieszczeń winna obejmować 26 pomieszczeń z regulowaną zawartością tlenu. Z punktu widzenia budowy instalacji do każdego pomieszczenia wymagane jest podłączenie:

- a) układu doprowadzenia powietrza z regulowanym stężeniem tlenu kanałami do każdego z 26 pomieszczeń (instalacja bazująca na sprężarkach) dla 40 osób zakwaterowanych w pokojach albo 30 osób ćwiczących jednocześnie w siłowniach.
- b) układu sterowniczo-pomiarowego o cechach wymienionych w SWZ cz. III Opis Przedmiotu Zamówienia, m.in.:
 - stałe monitorowanie i sterowanie stężeniami tlenu i dwutlenku węgla,
 - podwojony układ pomiarowy tlenu,
 - centralny układ sterowania systemem,
 - 4 poziomowy system zabezpieczeń.

Zamawiający zwraca uwagę także, że w ramach niniejszego postępowania wymaga dostawy i montażu systemu hipoksyjnego i hiperoksyjnego, który będzie obsługiwać 21 pokoi noclegowych, 3 siłownie oraz 2 dodatkowe pomieszczenia, które są zlokalizowane na różnych kondygnacjach w ramach jednego budynku i dodatkowo poszczególne układy dostarczające mechanicznie powietrze z obniżoną lub zwiększoną zawartością tlenu muszą działać w trybie naprzemiennym oraz w niektórych przypadkach jednocześnie w ramach jednego wspólnie sterowanego dla całości budynku systemu, co zostało jednoznacznie wskazane w SWZ cz. III — Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt 4, pkt 6 ppkt 2), pkt 6 ppkt 5), pkt 6 ppkt 6).

Wykonawca Ingot sp. z o.o. dostarczył system hipoksji i hiperoksji dla Klubu Sportowego Centrum sp. z o.o. (dalej KSC) w Dąbrowie Górniczej bazujący na sprężarkach dla łącznie 77 osób przebywających jednocześnie we wszystkich pomieszczeniach. To jest niemal dwukrotnie większa liczba osób niż w przypadku instalacji będącej Przedmiotem Zamówienia.

Instalacja dostarczona dla KSC składa się z łącznie 6 pomieszczeń (5 pomieszczeń hipoksyjnych i 1 pomieszczenia hiperoksyjnego) o łącznej powierzchni 614 m². Z posiadanej przez wykonawcę wiedzy wynika, iż do tej pory nie wykonano w Polsce instalacji hipoksji i hiperoksji dla większej powierzchni czy większej liczby osób.

Instalacja wykonana przez Ingot sp. z o.o. dla KSC jest najbardziej zbliżona wielkościowo (powierzchniowo) do instalacji będącej Przedmiotem Zamówienia. System hipoksji i hiperoksji dostarczony przez Ingot sp. z o.o. można dopasować do dowolnej liczby pomieszczeń poprzez multiplikowanie części instalacji związanej bezpośrednio

z pomieszczeniem (układ doprowadzenia powietrza z regulowaną zawartością tlenu, układ pomiarowy atmosfery, układ zabezpieczeń, urządzenia peryferyjne jak np. monitory czy panele HMI).

Odwołujący podkreśla, że nie ma znaczenia funkcja pomieszczenia hipoksyjnego (czy to jest pomieszczenie noclegowe, czy treningowe), ponieważ zestaw urządzeń niezbędnych do poprawnego i bezpiecznego działania instalacji jest dla każdego pomieszczenia hipoksyjnego dokładnie taki sam, czyli: układ doprowadzenia powietrza oraz układ monitorowania i sterowania. Jedyną różnicą to liczba i rodzaj urządzeń peryferyjnych typu: monitory LCD, panele operatorskie, lampy UVC, pulsoksymetry, które można dowolnie konfigurować w systemie, a które nie wpływają na poprawne działanie i bezpieczeństwo pracy instalacji. Innymi słowy wystarczy w pomieszczeniu hipoksyjnym — np. takim jak Odwołujący się wykonał w KSC — umieścić łóżko i już to będzie pomieszczeniem noclegowym, w którym jest hipoksja (nazwa pomieszczenia i możliwość w nim spania nie ma znaczenia z perspektywy konstrukcji systemu, używanych urządzeń i instalacji, a tym samym doświadczenia Wykonawcy). Instalacja i system zamontowany w KSC przez Odwołującego się umożliwia wytworzenie i utrzymanie warunków hipoksyjnych w okresie snu człowieka, a czy ta instalacja będzie wykorzystywana w ten sposób zależy nie od kwestii technicznych a od decyzji właściciela/zarządcy obiektu, który w każdej chwili może przemianować pomieszczenia z treningowego na noclegowe i odwrotnie.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, jak wynika z pisma KSC z dn. 28.07.2023r., planowane jest wykorzystanie sal hipoksyjnych jako wieloosobowych pomieszczeń noclegowych służących do aklimatyzacji dla osób przygotowujących się do wypraw wysokogórskich. Przeprowadzono odpowiednie testy i potwierdzono, że instalacja hipoksyjna pracuje stabilnie w warunkach wielogodzinnych (bez konieczności ciągłego nadzoru) niezależnie od tego, czy osoby przebywające w salach hipoksyjnych wykonują trening fizyczny czy przebywają w nich biernie.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Zamawiający powołuje się na tryb sportowy czy tryb badawczy oraz tryb noclegowy w systemie hipoksji, ale takiego rozróżnienia nie przewiduje dokumentacja postępowania, w tym SWZ. Rozróżnienie na tryby pracy systemu po raz pierwszy pojawiło się w piśmie Zamawiającego z dn. 21.07.2023r. i zostało wykreowane na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego się. (...)

Zamawiający wskazuje na to, że w trybie noclegowym warunki muszą być utrzymywane na stałym poziomie przez dłuższy czas w odróżnieniu od sal treningowych (a zatem dla Zamawiającego istotne jest utrzymywanie określonych warunków przez system, a nie faktyczny sposób użytkowania pomieszczenia). Powyższe dotyczy czynnika ludzkiego i tak naprawdę ustawienia odpowiednich parametrów w systemie przez personel, co jest cechą i standardem każdego z tego rodzaju systemów. W zależności od potrzeb dokonuje się ustawień w systemie w zakresie zawartości tlenu, czasu oraz warunków utrzymywania tych parametrów i wola użytkownika związana ze spaniem w warunkach hipoksji nie wiąże się z jakimkolwiek dodatkowym elementem systemu czy instalacji innym niż dla sali treningowej.

Argumenty podnoszone przez Zamawiającego w punkcie 3 pisma z dn. 21.07.2023r. pozostają bez znaczenia, albowiem przedmiotem odwołania i wcześniejszych czynności Zamawiającego nie jest kwestia wykonywania systemu hipoksji i hiperoksji w jednym czy dwóch budynkach. Zaś od początku postępowania i zgodnie z jego dokumentacją było jasne, że system urządzeń i instalacji jest taki sam dla pomieszczeń noclegowych i pomieszczeń treningowych.

Zamówienie w niniejszym postępowaniu nie polega na stworzeniu pokoi noclegowych poprzez ich wyposażenie np. łóżka, ale na stworzeniu systemu i instalacji, która będzie mogła być wykorzystywana w trakcie treningu i noclegu (stworzy właściwe warunki) i Odwołujący się posiada doświadczenie w stworzeniu takiej instalacji, albowiem wykonał ją dla KSC w Dąbrowie Górniczej jak i dla AWF w Krakowie. Innymi słowy, Ingot sp. z o.o. z punktu widzenia instalacji i systemu hipoksyjnego wykonanego w KSC czy dla AWF w Krakowie stworzył pomieszczenia noclegowe, ponieważ system pozwala wytworzyć i utrzymać warunki do spania (noclegu), jakich będzie wymagała konkretna osoba. Okoliczność, że zarządzający obiektem w KSC jeszcze nie wstawił łóżek do tych pomieszczeń, nie oznacza, że Odwołujący się nie posiada doświadczenia w stworzeniu instalacji w pokojach noclegowych.

Co więcej, jak wynika z powszechnie dostępnych informacji dot. inwestycji w Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie, instalacja hipoksyjna wykonana przez Odwołującego się spełnia najwyższe wymagania dotyczące bezpieczeństwa oraz nadaje się do stosowania w pomieszczeniach noclegowych, a w ramach projektu realizowanego w Pracowni Fizjologicznych Podstaw Adaptacji ochotnicy zrekrutowani do badań spędzili 48 godzin w komorze hipoksyjnej w warunkach symulowanej wysokości do 3500 m n. p. m.

Zamawiający stwierdza także, że „System w trybie noclegowym różni się także pod względem czasu jego użytkowania z uwagi na to, że warunki hipoksyjne muszą być utrzymywane tam na stałym poziomie przez o wiele dłuższy czas (przez całą noc) niż w przypadku siłowni czy sal treningowych, gdzie czas podtrzymywania atmosfery hipoksyjnej jest zazwyczaj skorelowany z czasem trwania treningu, który jest zdecydowanie krótszy”.

Zamawiający, aby odrzucić ofertę Wykonawcy Ingot sp. z o. o., błędnie interpretuje zapisy SWZ, a to nie powinno następować na niekorzyść Odwołującego się. Zamawiający nie określił w SWZ, że sale treningowe będą wykorzystywane przez krótki czas w ciągu dnia, tym samym nie wskazał, że dla sal treningowych są obniżone wymagania względem pomieszczeń noclegowych. W tym miejscu Odwołujący wskazał treść pkt 4 Części III - Opis

Przedmiotu Zamówienia z którego wynika, że instalacja będąca przedmiotem zamówienia ma zapewnić dowolność w uzyskiwaniu warunków hipoksyjnych lub hiperoksyjnych, a jedynym ograniczeniem przewidzianym przez Zamawiającego w SWZ jest wykluczenie możliwości jednoczesnego uruchomienia hipoksji w pomieszczeniach noclegowych i w salach treningowych. Każdy oferent dobierając wydajność urządzeń i elementy systemu hipoksji, winien przewidzieć, że hipoksja we wszystkich pokojach noclegowych może być uruchomiona przez całą noc (ok. 12 godzin), a hipoksja we wszystkich salach treningowych może być uruchomiona przez cały dzień (również ok. 12 godzin). Nie można przecież wykluczyć, że treningi kolejnych grup sportowców będą odbywały się w hipoksyjnych salach treningowych w sposób ciągły (przez cały dzień) w okresie, gdy obłożenie obiektu będzie maksymalne. (...) Dlatego Odwołujący nie zgadza się z argumentem Zamawiającego, że czas funkcjonowania sal treningowych będzie „zdecydowanie krótszy”, ponieważ nie wynika to wprost z SWZ (...)

Z punktu widzenia budowy instalacji nie ma znaczenia czy pracuje ona w sposób ciągły w dzień, czy w sposób ciągły w nocy, ponieważ stabilność pracy systemu jest podstawowym elementem bezpieczeństwa. Poza tym system nie rozróżnia pory dnia, a tworzy i utrzymuje warunki zadane przez człowieka (personel obsługujący).

Niezależnie od przeznaczenia pomieszczeń z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu instalacja ma za zadanie zapewnić stabilne warunki przez cały czas, gdy w danym pomieszczeniu jest to wymagane. Należy podkreślić, że w sali treningowej równie ważna jest stabilność utrzymania nastawionego stężenia tlenu z dokładnie tego samego powodu, co w pomieszczeniu noclegowym. Prawdłowo ujął to Zamawiający w piśmie nr 943/WDPIN/2023 z dnia 21.07.2023 r. wskazując, że *„zjawisko hipoksji jest to silnie oddziaływujący bodziec na organizm, który zaburza normalne funkcjonowanie organizmu człowieka”*. Tak samo jak osoba śpiąca w pokoju będzie indywidualnie reagować na różne stężenie tlenu, tak samo osoba trenująca będzie indywidualnie reagować na różne stężenie tlenu w sali treningowej. Dlatego wymagania techniczne i wymagania bezpieczeństwa dotyczące instalacji hipoksji dla obu typów pomieszczeń winny być i są takie same.

Zamawiający kreuje nowe warunki udziału w postępowaniu (tryb sportowy, tryb badawczy oraz tryb noclegowy) bez podania szczegółów technicznych odróżniających te tryby, które powodowałyby konieczność stosowania np.:

- różnych wydajności urządzeń skutkujących zmienną szybkością obniżania stężenia tlenu w poszczególnych typach pomieszczeń; np. w pokojach hotelowych obniżenie stężenie tlenu z 20,9% tlenu do 16,3% tlenu w czasie 30 minut, a w salach treningowych w czasie 60 minut;
- różnych stężeń tlenu; np. dla sal treningowych nie mniej niż 13% O₂, a dla pokoi noclegowych nie mniej niż 10% O₂.
- różnych szybkości usuwania dwutlenku węgla; np. ze względu na aktywność fizyczną i wydychanie przez osoby trenujące dużych ilości CO₂ wymaga się, żeby sale treningowe miały zwiększoną efektywność usuwania tego gazu.

Zamawiający wykorzystuje jedynie nazewnictwo do nadania pomieszczeniom nowych cech, które nie implikują żadnych zmian w instalacji będącej przedmiotem zamówienia. Odwołujący przywołał treść pkt. 6 ust. 5) Części III oraz pkt. 7 ust. 5) Części III - Opis Przedmiotu Zamówienia (...): *„Zapis ten należy interpretować jako zdolność do uzyskania opisanych wyżej warunków jednocześnie we wszystkich 21 pokojach hotelowych jednocześnie albo we wszystkich siłowniach z instalacjami hipoksyjnym jednocześnie”*. Tym samym Zamawiający jednoznacznie wskazał, że te same wymagania są dla pokoi hotelowych i sal treningowych, innymi słowy nie ma różnicy między pracą instalacji w dzień i w nocy.

Zamawiający przewidział wyższy poziom dwutlenku węgla w salach treningowych kumulujący się w wyniku aktywności fizycznej trenujących tam osób. Pomimo tego Zamawiający nie wskazał w SWZ dla tych pomieszczeń bardziej efektywnego systemu usuwania CO₂. (...)

Układ pomiaru stężenia tlenu w pomieszczeniach hiperoksji może zostać wyposażony w czujniki o skali pomiarowej 0-95% tlenu, aby możliwy był pomiar stężeń tlenu powyżej 25%. Zamawiający wymaga, aby w salach hiperoksji stężenie tlenu w powietrzu wzrosło o dodatkowe 30%, a maksymalne możliwe stężenie tlenu w pomieszczeniach hiperoksji nie może przekroczyć 35%. Spełnienie tych wymagań zapewni czujnik tlenu Air Check o zakresie pomiarowym 0-95%. Taki system został zainstalowany przez Ingot sp. z o.o. dla KSC w Dąbrowie Górniczej. (...)

Każde pomieszczenie z regulowanym stężeniem tlenu wg technologii wykorzystywanej przez Ingot sp. z o.o. jest wyposażone w układ doprowadzania powietrza hipoksyjnego i hiperoksyjnego regulowany za pomocą zaworów sterowanych sygnałem ze sterownika głównego w oparciu o wskazania czujników zainstalowanych w poszczególnych pomieszczeniach. (...)

Wykonawca Ingot sp. z o.o. w standardzie wykonuje system ciśnieniowego rozprowadzenia powietrza hipoksyjnego ze względu na lepszą możliwość sterowania, wysoką szczelność i niską bezwładność systemu. System kanałowy wykonany przez Zamawiającego jest — w ocenie Wykonawcy systemem przestarzałym, nieefektywnym i niezapewniającym szczelności. Wykonawca nie miał wpływu na ten zakres robót, ale dostosuje instalację do wykonanego systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Wykonawca Ingot sp. z o.o. jest w stanie dostarczyć każde urządzenie peryferyjne zgodnie z SWZ, które może być podłączone do centralnego systemu sterowania.

System hipoksji i hiperoksji dostarczany przez Ingot sp. z o.o. stale monitoruje proces wytwarzania i utrzymywania warunków hipoksyjnych i hiperoksyjnych w pomieszczeniach. System Wykonawcy Ingot sp. z o.o. posiada 18 różnych poziomów zabezpieczeń zapewniających najwyższy poziom bezpieczeństwa (8 poziomów dotyczy pomiarów tlenu i dwutlenku węgla, 4 poziomy systemowe i 6 poziomów procesowych). Zamawiający wymaga tylko 4 poziomów zabezpieczeń.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, jest on w stanie samodzielnie zrealizować dostawę i montaż urządzeń i instalacji dla zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczanym mechanicznie do pomieszczeń inkubatora ICT w budynku Dolnośląskiego Centrum Sportu na Polanie Jakuszyckiej w Szklarskiej Porębie (hipoksyjny i hiperoksyjny system normobaryczny). (...)

Zdaniem Odwołującego nie ma znaczenia nazewnictwo pomieszczeń czy ich ilość, albowiem doświadczenie Wykonawcy Ingot sp. z o.o. umożliwia realizację samodzielną przedmiotowego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości i tym samym spełniony jest samodzielną warunek udziału w postępowaniu wynikający ze Specyfikacji Warunków Zamówienia cz. I — Instrukcja dla Wykonawców, Rozdział VII, pkt. 3, ppkt 3.1.

W złożonej pismem z 10 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Podniesione przez Odwołującego zarzuty choć swych podstaw dopatrują się w różnych przepisach PZP, sprowadzają się do twierdzenia, że faktycznie Odwołujący wykazał się doświadczeniem w dostawie i montażu systemu zbliżonego do stopnia skomplikowania przedmiotu prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, gdyż według Odwołującego systemy hipoksji i hiperoksji dla Klubu Sportowego Centrum sp. z o. o. w Dąbrowie Górniczej oraz system hipoksji dla AWF w Krakowie posiadają cech i właściwości wystarczające dla uznania, że Odwołujący dysponuje wymaganym doświadczeniem pomimo braku wykonania w ramach powołanych realizacji systemu hipoksji w pomieszczeniach noclegowych, której wykonanie było warunkiem udziału w postępowaniu.

Przedstawione przez Odwołującego stanowisko jest o tyle zdumiewające, że w trakcie prowadzonego przez Zamawiającego poczynawszy od 22 lipca 2022 roku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uczestniczący w nim Odwołujący nigdy nie podejmował nawet próby wykazania samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co wymaga dobitnego podkreślenia przez cały ten okres Odwołujący posługiwał się tym samym wykazem dostaw uwzględniającym realizację systemów hipoksji i hiperoksji dla Klubu Sportowego Centrum sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej oraz system hipoksji dla AWF w Krakowie, przy czym Odwołujący zdając sobie sprawę z treści warunków udziału w postępowaniu i ich znaczenia dla realizacji planowanego przez Zamawiającego zadania inwestycyjnego, nigdy nie próbował nawet wywodzić, że dysponuje wymaganym doświadczeniem dla wykonania zamówienia w niniejszej sprawie. Przeciwnie. Odwołujący zdając sobie sprawę ze specyfiki przedmiotu zamówienia nigdy nie kwestionował warunków udziału w postępowaniu podejmując czynności, z których obiektywnie wynika, że osobiście nie posiadał i nie posiada wymaganych zdolności do ubiegania się o zamówienie. Odwołujący przez cały okres trwania prowadzonego postępowania polegał na zdolnościach innego podmiotu, które były niezbędne do wykonania zamówienia. Powyższe zdaniem Zamawiającego stanowi samodzielną podstawę dla przyjęcia bezpodstawności podniesionych na obecnym etapie postępowania zarzutów. Skoro Odwołujący przez okres bez mała roku podejmowała działania mające na celu wykazanie zdolnościach innego podmiotu (na którym polegał, a które są niezbędne do wykonania zamówienia) trudno przyjąć aby przy założeniu braku możliwości zmiany warunków wykonania tego zamówienia podejmował tego rodzaju czynności mając świadomość możliwości samodzielnego spełnienia tych warunków.

Zamawiający podnosi, że Odwołujący na etapie składania ofert zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie znaczenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych, określonego w Rozdziale VII, pkt 3, ppkt 3.1 Części I SWZ, co stanowiło przedmiot odpowiedzi Zamawiającego dotyczącego znaczenia oraz zakresu niniejszego warunku oraz wymagań jakie musi spełniać Wykonawca w celu jego spełnienia. Zamawiający udzielił w tym zakresie szczegółowego wyjaśnienia w odpowiedzi nr 2 oraz 3 w Powiadomieniu Przetargowym nr 1 opublikowanym na stronie postępowania w dniu 17.08.2022 r. Jednocześnie Wykonawca na etapie składania ofert zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem zmianę warunku w zakresie możliwości dopuszczenia podziału wykonania instalacji hipoksyjnej oraz hiperoksyjnej w odrębnych budynkach, na co Zamawiający wyraził zgodę dopuszczając możliwość wykonania instalacji hiperoksyjnej odrębnie od instalacji hipoksyjnej, co zostało potwierdzone w odpowiedzi nr 1 w Powiadomieniu Przetargowym nr 1 opublikowanym na stronie postępowania w dniu 17.08.2022 r. Przedmiotem wniosków Odwołującego nie była nigdy próba wyłączenia pomieszczeń noclegowych z brzmienia warunku ustanowionego przez Zamawiającego w celu spełnienia warunku udziału w

postępowaniu. W związku z powyższym Wykonawca składając ofertę w postępowaniu miał pełną wiedzę co do zakresu i znaczenia warunku, co potwierdza fakt, że dysponował zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby Hypoxico Europe GmbH na zdolnościach i sytuacji którego polegał w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, i który to podmiot dysponował odpowiednim doświadczeniem potwierdzającym spełnienie niniejszego warunku („Dostawa, montaż i uruchomienie systemu hipoksji K2-300 dla dziesięciu dwuosobowych pokoi hipoksyjnych oraz jednej hipoksyjnej sali treningowej” wykonane na rzecz Centrum Sportowego Urhea-halli Oy w Helsinkach), czego Zamawiający nigdy nie kwestionował. Brak złożenia na wcześniejszym etapie postępowania wymaganych dokumentów w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby w terminach wyznaczonych przez Zamawiającego i w konsekwencji zajęciem podstaw wykluczenia wobec tego podmiotu, obciąża wyłącznie Wykonawcę a nie Zamawiającego. Skutkiem tego utrata podmiotu udostępniającego zasoby dysponującego odpowiednim doświadczeniem, przy jednoczesnym braku wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku zastąpienia wykluczonego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami nie może prowadzić do zmiany przez Zamawiającego ustalonego wcześniej warunku bądź potwierdzenia, że Wykonawca go spełnia w przypadku gdy z przedstawionych dokumentów jawnie wynika brak doświadczenia Wykonawcy w tym zakresie. (...)

- 1) Wykonawca w dniu 07.07.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazał 2 inwestycje mające rzekomo potwierdzać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu, tj. Utworzenie specjalistycznego Centrum Badawczo-Rozwojowego metod hipoksyjnych będących wynikiem współpracy pomiędzy Klubem Sportowym Centrum Sp. z o. o. oraz Instytutem Sportu – Państwowym Instytutem Badawczym w Warszawie oraz AWF Katowice, wykonane na rzecz Klubu Sportowego Centrum Sp. z o. o. w Dąbrowie Górniczej.
- 2) Dostawa aparatury badawczej: komory hipoksyjnej wraz z systemem do wytwarzania i podtrzymywania warunków hipoksyjnych, komory hiperbarycznej wraz z systemem do wytwarzania i podtrzymywania warunków hiperbarycznych, sauny fińskiej w ramach wyposażenia laboratorium, wykonanie projektu technologicznego i zamiennego oraz wykonanie robót budowlanych i dostawa materiałów warunkujących prawidłowe funkcjonowanie zespołu komór i sauny oraz pomieszczeń pomocniczych, wykonane na rzecz Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie.

Żadna z wskazanych inwestycji nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykonania w ich zakresie systemu hipoksji w pomieszczeniach noclegowych, co jest niezgodne z warunkiem udziału w postępowaniu. Wynika to bezpośrednio z przedstawionego przez Wykonawcę Wykazu dostaw/usług wykonanych (Załącznik nr 6 do Części I SWZ):

- a) w zakresie inwestycji wskazanej w pkt 1) zakres wykonywanych dostaw i usług poświadcza wykonanie instalacji hipoksyjnej w 5 pomieszczeniach, które nie pełnią i nie pełniły funkcji pomieszczeń noclegowych – brak spełnienia warunku postępowaniu,
- b) w zakresie inwestycji wskazanej w pkt 2) zakres wykonywanych dostaw i usług poświadcza wykonanie jednej komory hipoksyjnej służącej jako aparatura badawcza, która nie pełni i nie pełniła funkcji pomieszczeń noclegowych – brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo potwierdzone jest to zarówno w piśmie Odwołującego z dnia 07.07.2023r. przesłanego na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak i w treści odwołania – Odwołujący potwierdza, że inwestycje wskazane przez niego w Wykazie dostaw/usług wykonanych nie potwierdzają dysponowania wymaganym doświadczeniem w postaci wykonania instalacji hipoksyjnej w pomieszczeniach noclegowych, którego brak Odwołujący próbuje argumentować faktem, że w jego subiektywnej opinii funkcja i przeznaczenie pomieszczenia hipoksyjnego nie ma znaczenia. Stanowisko Odwołującego jest sprzeczne zarówno z literalną treścią warunku określającego minimalne wymogi, a także stanowiskiem Zamawiającego, co do znaczenia funkcji poszczególnych pomieszczeń hipoksyjnych (tj. w tym przypadku pomieszczeń noclegowych wyposażonych w instalację hipoksyjną) oraz celu jakim będą służyć te pomieszczenia. Odwołujący próbując udowodnić swoją tezę, w załączeniu do odwołania przekazuje pismo z dnia 28.07.2023 r. od Klubu Sportowego Centrum Sp. z o. o. oraz wydruki ze stron internetowych dotyczących eksperymentu przeprowadzonego w komorze hipoksyjnej znajdującej się w AWF w Krakowie. Zamawiający odnosząc się do załączonych dokumentów wskazuje:

- 1) W przypadku pisma sporządzonego przez Klub Sportowy Centrum Sp. z o. o., Zamawiający w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że z treści pisma jednoznacznie wynika, że pomieszczenia tam się znajdujące nigdy nie pełniły funkcji noclegowej, a ewentualna zmiana funkcji wykorzystywania pomieszczeń jest dopiero planowana. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu wymaga wykazania się doświadczeniem nabytym, a nie możliwym do uzyskania w przyszłości. Jednocześnie opinia podmiotu o rzekomym spełnieniu wymagań dla pomieszczeń noclegowych, który to podmiot nie posiada żadnego doświadczenia w zakresie prowadzenia działalności polegającej na udostępnianiu i użytkowaniu pomieszczeń noclegowych, w szczególności z instalacją hipoksyjną, a poparta wyłączenie

twierdzeniem (bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów) o przeprowadzeniu testów, w opinii Zamawiającego nie jest w żaden sposób wiarygodna.

2)W przypadku informacji zawartych w wydrukach ze stron internetowych dotyczących komory hipoksyjnej znajdującej się w AWF w Krakowie, Zamawiający zwraca uwagę, że jednoznacznie wynika z nich, że niniejsza komora nie pełni funkcji noclegowej, a przeprowadzony tam jednorazowy eksperyment służył celom badawczym i odbywał się pod stałym nadzorem szeregu specjalistów oraz lekarzy z różnych dziedzin, co jest sprzeczne z planowanym wykorzystywaniem pomieszczeń noclegowych z hipoksją przez Zamawiającego, które nie będzie opierać się nad koniecznością zapewniania specjalnego nadzoru nad osobami tam śpiącymi. W związku z czym takiego doświadczenia, tj. że instalacja ta funkcjonuje prawidłowo i w bezpieczny sposób dla użytkowników w sposób ciągły oraz bez specjalnego nadzoru, wymaga Zamawiający od Wykonawców w niniejszym postępowaniu, a nie w ramach przeprowadzonego jednego eksperymentu w celach badawczych i wynikającą z niego krótkotrwałą adaptacją na jego potrzeby. Wobec złożonych jako dowody przez Odwołującego powyżej wskazanych dokumentów,

Zamawiający dodatkowo zwrócił uwagę, że na § 9 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.0.2415).

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący trywializuje przedmiot niniejszego postępowania, twierdząc że: "wystarczy w pomieszczeniu hipoksyjnym - np. takim jakie Odwołujący się wykonał w KSC - umieścić łóżko i już to będzie pomieszczeniem noclegowym w którym jest hipoksja" oraz "a czy ta instalacja będzie wykorzystywana zależy nie od kwestii technicznych a od decyzji właściciela/zarządcy obiektu, który w każdej chwili może przemianować pomieszczenia z treningowego na noclegowe i odwrotnie". Możliwość wykorzystywania pomieszczeń jako noclegowych wynika z przepisów prawa budowlanego oraz warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie w zakresie budynków zamieszkania zbiorowego, dlatego spełnienie określonych warunków technicznych oraz norm i wymagań musi być uwzględnione w dokumentacji projektowej obiektu na podstawie, której zostaje wydana decyzja udzielająca pozwolenia na budowę oraz decyzja udzielająca pozwolenia na użytkowanie, bądź ewentualna zmiana sposobu użytkowania pomieszczeń musi zostać poprzedzona złożeniem odpowiedniego zgłoszenia wraz z dokumentacją projektową do organu administracji architektoniczno-budowlanej i potwierdzona brakiem wniesienia sprzeciwu organu w drodze decyzji. Wprost przeciwne twierdzenie Odwołującego stanowi kolejne potwierdzenie braku posiadanego przez niego doświadczenia wymaganego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazuje ponadto, że nieprawdą jest twierdzenie Odwołującego, iż dokumentacja projektowa nie rozróżnia pomieszczeń noclegowych od innych, gdyż w udostępnionej Wykonawcom w ramach postępowania dokumentacji projektowej obiektu, w zakresie instalacji wentylacyjnej zaprojektowanej i wykonanej pod system hipoksyjny, indywidualnie dla każdego z pomieszczeń noclegowych (w przeciwieństwie do innych pomieszczeń) zostały przewidziane dodatkowe awaryjne układy wentylacyjne wywiewne i nawiewne oraz zestawy przepustnic szczelnych i regulatorów zmiennego przepływu zarówno dla instalacji nawiewnowywiewnej bytowej, jak i hipoksyjnej, co biorąc pod uwagę ilość pomieszczeń noclegowych, implikuje fakt, że instalacja hipoksyjna w tym zakresie jest bardziej skomplikowana i powinna uwzględniać więcej parametrów oraz zmiennych przy jednoczesnej ciągłej pracy. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający określając to w SWZ cz. III - Opis Przedmiotu Zamówienia, nakłada na Wykonawcę obowiązek w pierwszej kolejności wykonania projektu wykonawczego instalacji hipoksyjnej i hiperoksyjnej wykonanego przez uprawnionych projektantów branży sanitarnej i elektrycznej, uzgodnionego z rzeczoznawcami d/s bezpieczeństwa przeciwpożarowego i d/s bezpieczeństwa i higieny pracy oraz Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, gdyż to Wykonawcy muszą dysponować odpowiednią wiedzą i doświadczeniem w projektowaniu oraz wykonywaniu takiej instalacji, przy jednoczesnym zapewnieniu podstawowych wytycznych do systemu jakie przewidział Zamawiający. (...)

Zgodnie z pkt. 4 SWZ cz. III – Opis Przedmiotu Zamówienia, zakres instalacji hipoksyjnej stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, która ma być zrealizowana na rzecz Zamawiającego, obejmuje wykonanie instalacji w:

1)21 pokojach hotelowych,

2)3 siłowniach,

3)2 pomieszczeniach dodatkowych (laboratorium oraz pomieszczenie odpoczynku), co stanowi łączną liczbę 26 pomieszczeń stanowiących miejsce mechanicznego doprowadzenia powietrza z obniżoną zawartością tlenu oraz instalacji i układów sterowniczo – pomiarowych.

Pokoje hotelowe pod względem ilościowym stanowią 80% łącznej liczby pomieszczeń oraz 43% pod względem powierzchni (m²) oraz kubatury (m³). Dodatkowo wymogiem jest aby system wyposażony był w możliwość jednoczesnej obsługi 40 osób zakwaterowanych w pokojach hotelowych albo 30 osób ćwiczących jednocześnie w siłowniach i przestrzeni laboratorium. Z powyższej charakterystyki obiektu i zaplanowanego systemu jednoznacznie wynika, że pokoje hotelowe stanowią istotną część przedmiotu zamówienia, w którym instalacja hipoksyjna będzie

użytkowana przez większą ilość osób w pomieszczeniach o przeznaczeniu pomieszczeń noclegowych, niż w stosunku do pozostałych pomieszczeń o przeznaczeniu sportowym lub badawczym. (...)

Zamawiający podkreśla również, że istotne znaczenie w formułowaniu warunku udziału w postępowaniu miało przeznaczenie pomieszczeń, w których planowany jest montaż systemu hipoksji. Z uwagi na charakterystykę obiektu i zakres ilościowy dotyczący pomieszczeń noclegowych, co zostało wskazane powyżej, wyraźnie wskazany jest fakt, że Zamawiający będzie korzystał z trybu hipoksyjnego przeznaczonego dla pomieszczeń noclegowych w co najmniej równym bądź większym stopniu w stosunku do trybu sportowego lub badawczego (Zamawiający używając sformułowania "tryb noclegowy, sportowy, badawczy" nie kreuje żadnych nowych warunków udziału w postępowaniu jak twierdzi Odwołujący, tylko używa go w celu rozróżnienia odmiennej aktywności osób w zależności od przeznaczenia pomieszczenia). (...) Zjawisko hipoksji jest to silnie oddziaływający bodziec na organizm, który zaburza normalne funkcjonowanie organizmu człowieka. W trybie sportowym podczas ćwiczeń zawodnicy, trenerzy czy nadzór techniczny systemu są w stanie na bieżąco parametryzować warunki hipoksyjne w pomieszczeniu oraz monitorować parametry organizmu jak i samopoczucie i osoby wykorzystujące ten tryb trenują tam w określonym czasie, zazwyczaj w grupach i przy asyście trenera/fizjoterapeuty oraz pod stałym nadzorem obsługi. Jest to przeciwieństwo trybu noclegowego, który musi charakteryzować się stabilnością w zakresie utrzymywania przez cały okres funkcjonowania ściśle określonych parametrów bez możliwości ich zmiany, gdzie osoby śpiące (często pojedynczo) w warunkach hipoksji są nieświadome pierwszych alarmów wysyłanych przez organizm w przypadku przekroczenia parametrów lub nieprawidłowego funkcjonowania systemu, w związku z czym mają ograniczone lub opóźnione możliwości zgłoszenia nieprawidłowości lub użycia ręcznego trybu awaryjnego (w związku z czym przewidziano tam dodatkowy system bezpieczeństwa). System w trybie noclegowym różni się także pod względem czasu jego użytkowania z uwagi na to, że warunki hipoksyjne muszą być utrzymywane tam na stałym poziomie przez o wiele dłuższy czas (przez całą noc) niż w przypadku siłowni czy sal treningowych, gdzie czas podtrzymywania atmosfery hipoksyjnej jest zazwyczaj skorelowany z czasem trwania treningu, który jest zdecydowanie krótszy. (...)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca AIR SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach (dalej: „Uczestnik postępowania”). Pismem z 09 sierpnia 2023 r. odniósł się do zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, wykazu dostaw, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę AIR SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba ustaliła, że:

Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dostawa i montaż urządzeń i instalacji dla zapewnienia warunków z regulowaną zawartością tlenu w powietrzu dostarczanym mechanicznie do pomieszczeń inkubatora ICT w budynku Dolnośląskiego Centrum Sportu na Polanie Jakuszyckiej w Szklarskiej Porębie (hipoksyjny i hiperoksyjny system normobaryczny)”, w ramach projektu pn.: „Wsparcie przedsiębiorców sektora MŚP dzięki utworzeniu Inkubatora ICT w dziedzinie sportu i profilaktyki zdrowotnej” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2014-2020, Oś priorytetowa 1 Przedsiębiorstwa i innowacje, Działanie: 1.3 Rozwój przedsiębiorczości, Poddziałanie: 1.3.2 Rozwój przedsiębiorczości – ZIT WrOF, Schemat 1.3.B Wsparcie infrastruktury przeznaczonej dla przedsiębiorców. Numer postępowania ZP/PN/03/2022.

Zamawiający realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1576/23, 23 czerwca 2023 r. dokonał unieważnienia czynności z dnia 25 maja 2023 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę INGOT Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie. Jednocześnie 23 czerwca 2023r., w związku z powtórzeniem czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wykonawcy INGOT Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie, Zamawiający wezwał tego Wykonawcę, w trybie art. 128 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych z uwzględnieniem dyspozycji art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w związku z zajęciem podstaw wykluczenia wobec podmiotu udostępniającego zasoby Hypoxico Europe GmbH na zdolnościach i sytuacji którego polegał Wykonawca na zasadach określonych w art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zażądał na tej podstawie, aby Wykonawca: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i mając na uwadze treść art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w powyższym zakresie.

07 lipca 2023r. Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu dostaw/usług (Załącznik nr 6 do Części I SWZ) wraz z referencjami i protokołem odbioru końcowego oraz pisma przewodniego.

Zamawiający po dokonaniu badania i oceny złożonych przez INGOT Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie dokumentów dokonał odrzucenia jego oferty z uwagi na brak wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu - „INGOT” Sp. z o. o. z siedzibą w Częstochowie nie wykonała systemu hipoksji w pomieszczeniach noclegowych.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 57 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Dalej, zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:*

- 1. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
- 2. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
 - 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
 - 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
 - 4) zdolności technicznej lub zawodowej.*

Informację o warunkach udziału w postępowaniu zamawiający obowiązany jest zawrzeć w dokumentacji postępowania, w tym w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia oraz opisie potrzeb i wymagań (, , ustawy Pzp). Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powinien przede wszystkim zapoznać się z określonymi przez zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu. Powinien również zweryfikować czy określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są zgodne z normami wyrażonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu kształtuje krąg podmiotów, które mogą ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Doniosłość dokumentu, jakim jest ogłoszenie, specyfikacja warunków zamówienia, opis potrzeb i wymagań sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, w tym warunki udziału w postępowaniu, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert.

Podkreślenia wymaga fakt, że postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania, w szczególności specyfikacji warunków zamówienia są wiążące dla wykonawców oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferty zostaną poddane ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy zauważyć należy, że argumentacja Odwołującego w zasadzie sprowadza się do kwestionowania warunku udziału w postępowaniu, mianowicie: niezasadnego wymagania przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie dostawy i montażu stacjonarnego systemu hipoksyjnego opartego na trwale zamontowanych urządzeniach i instalacjach oraz w ramach której obok systemu hipoksyjnego zastosowano technologię nadmiarowego tlenu (hiperoksji) do regeneracji wysiłkowej, dla budynku w którym dostawa i montaż systemów obejmowała co najmniej system hipoksji w **pomieszczeniach noclegowych**. Odwołujący przedstawia szereg twierdzeń, że montaż wyżej wskazanego systemu jest taki sam zarówno w pomieszczeniach noclegowych jak i w salach treningowych ponadto wstawienie łóżka do sali treningowej jest wystarczające do uznania tej sali za pomieszczenie noclegowe. I być może argumentacja Odwołującego byłaby zasadna ale wyłącznie w sytuacji, gdy

Odwołujący kwestionowałby warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający w sposób jednoznaczny, konkretny wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest doświadczenie w dostawie i montażu systemu hipoksyjnego w pomieszczeniach noclegowych oraz siłowni lub sali treningowej. Skoro Zamawiający uznał za zasadne aby system został zamontowany w pomieszczeniach noclegowych to Odwołujący powinien wykazać, że wykonał dostawę i montaż wskazanego systemu w pomieszczeniach noclegowych.

Z treści wykazu dostaw, jak również oświadczeń Odwołującego wynika, że posiada on doświadczenie w dostawie i montażu systemu hipoksyjnego w salach treningowych, które teoretycznie mogą w przyszłości stać się pomieszczeniami noclegowymi. Co za tym idzie Odwołujący nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący z ostrożności, ale też należytej staranności winien był zapytać Zamawiającego, czy warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca dostarczył i zamontował system w pomieszczeniach innych niż noclegowe, ale mogące pełnić taką funkcję z uwagi na to, że zestaw urządzeń niezbędnych do działania instalacji jest dla każdego pomieszczenia hipoksyjnego taka sama. Jeśli wykonawca ma jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób zapisy SWZ należy interpretować ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Odwołujący mógł również, w odpowiednim terminie, wnieść odwołanie kwestionując określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Skoro Odwołujący tego nie zrobił, zapisy te stały się wiążące dla wszystkich i zamawiający ma obowiązek egzekwować powyższe na etapie dokonywania oceny ofert.

Z uwagi na jednoznaczne brzmienie warunku udziału w postępowaniu, bezprzedmiotowe pozostają wszelkie dywagacje dotyczące sposobu instalacji systemów wskazanych w SWZ.

Odnosząc się do zarzutu oznaczonego w pkt. 2 lit. b) petitum odwołania, tj. naruszenia art. 239 w zw. z art. 242 ust 1 ustawy Pzp, zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisu ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca. Zatem zarzut ten nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: