Sygn. akt: KIO 1576/23

WYROK

z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **INGOT sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie**w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **AIR SPORT sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie w zakresie zarzutu wycofanego, opisanego w pkt 2 lit. e) petitum odwołania

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 lit. d) petitum odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i w jej ramach wezwanie wykonawcy INGOT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, w trybie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych z uwzględnieniem dyspozycji art. 122 ustawy Pzp.

3.w pozostałym zakresie oddala odwołanie

4.kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/3 Zamawiającego i w 2/3 Odwołującego i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2.zasądza od zamawiającego Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz odwołującego INGOT sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowiekwotę 6 200 zł (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych, zero groszy).

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

……..

Sygn. akt: KIO 1576/23

Uzasadnienie

Zamawiający Dolnośląski Park innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „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, nr postępowania ZP/PN/03/2022.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Pzp.

W dniu 2 czerwca 2023 roku wykonawca INGOT Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej, bezpodstawnym odrzuceniu oferty odwołującego oraz zaniechaniu czynności wymienionych w odwołaniu.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a)art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania AIR SPORT sp. z o.o. do poprawienia lub złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu dostaw oraz dokumentacji dot. zdolności technicznej i zawodowej (tj. referencje wystawione przez Action S.A. z siedzibą w

Zamieniu z dn. 25.04.2023r.; poświadczenie Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu z dn. 4.05.2023r.) w sytuacji, gdy dokumenty te są niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nie potwierdzają spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu (co szczegółowo zostanie opisane w uzasadnieniu odwołania);

b)art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, w sytuacji gdy dokumenty przedłożone przez AIR SPORT sp. z o.o. są niejednoznaczne, nieprecyzyjne i nie potwierdzają spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu (co szczegółowo zostanie opisane w uzasadnieniu odwołania) i dodatkowo w sytuacji gdy na etapie badania podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego się — Zamawiający korzystał z procedury z art. 128 ust. 5 Pzp mimo że dokumentacja była jednoznaczna (naruszenie zasady równego traktowania);

c)art. 239 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty AIR SPORT sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy przedłożone przez AIR SPORT sp. z o.o. dokumenty są niejednoznaczne, nieprecyzyjne, budzą wątpliwości i nie potwierdzają spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu (co szczegółowo zostanie opisane w uzasadnieniu odwołania), a Zamawiający nie podjął jakichkolwiek czynności mających na celu zweryfikowane przedłożonej dokumentacji poprzez żądanie wyjaśnień, uzupełnień, poprawienia dokumentów albo informacji od podmiotów trzecich;

d)art. 122 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego się do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby — Hypoxico Europe GmbH, w sytuacji gdy bezspornym jest, że Zamawiający nie zakwestionował jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego bezpośrednio Odwołującego się, ani też nie stwierdził braku jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego bezpośrednio Odwołującego się, a skoro Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego i stanowiska w przedmiocie przedkładania odpowiednich dokumentów z Niemiec, to winien skierować żądanie na podstawie art. 122 Pzp

e)art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty oraz uznanie, że Odwołujący się nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw "kluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy przedłożono dokumenty wystawione w kraju, w którym Hypoxico Europe GmbH ma siedzibę potwierdzająceodpowiednio okoliczności mające znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, zaś Zamawiający winien zweryfikować, czy w ogóle wydawany jest inny dokument w zakresie przez niego żądanym i czy istnieją podstawy do żądania innego dokumentu albo dodatkowego oświadczenia wykonawcy — czego nie dokonał w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie złożonego odwołania i

1)w przypadku uwzględniania zarzutu 2d - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego się - w tym wezwania go do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (HYPOXICO EUROPE GmbH) innym podmiotem lub podmiotam albo samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2)w przypadku uwzględniania zarzutów 2a — c - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

-wezwanie AIR SPORT sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznych i zawodowych

-zwrócenie się przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 Pzp do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia (tj. Action S.A. oraz Centralny Ośrodek Sportu w Wałczu), o przedstawienie informacji lub dokumentów dot. wykonywanych przez AIR SPORT sp. z o.o. inwestycji, ich zakresu i beneficjentów w perspektywie warunków udziału w niniejszym postępowaniu (w szczególności zdolności technicznych i zawodowych); i następnie ponowne badanie i ocenę oferty;

3)w przypadku uwzględniania zarzutu 2e - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego się pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, a następnie nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

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

Ponadto odwołujący wnosił o:

a) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z załączonej dokumentacji tj. odpis z KRS dot. Action S.A.; odpis z KRS dot. Action Zone sp. z o.o.; odpis z KRS dot. Air Sport sp. z o.o.; zrzuty ekranu ze stron internetowych AIR SPORT Sp. z o. o oraz AIR ZONE, pismo Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu z dn. 17.08.2021 r wraz z załącznikami (umowa z aneksami oraz protokół częściowego odbioru robót), zrzut ekranu ze strony internetowej COS w Wałczu dot. hipoksji dla wykazania, iż przedłożone przez AIR SPORT sp. z o.o. dokumenty są niejednoznaczne, nieprecyzyjne, budzą wątpliwości i nie potwierdzają spełniania przez AIR SPORT sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, a konieczne było podjęcie przez Zamawiającego czynności sprawdzających i wyjaśniających;

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 "borem 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 bierności Zamawiającego wobec budzących wątpliwości dokumentów przedkładanych przez AIR SPORT sp. z o.o.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

W dniu 22.07.2022 roku Zamawiający Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. z siedzibą we Wrocławiu opublikował za pośrednictwem platformy zakupowej (pod adresem https://platformazakupowa.pl/transakcja/643038) oraz w witrynie TED (Dz.U./S S140, 22/07/2022, 397132-2022-PL) ogłoszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwoty wskazane w art. 3 ust. 1 pkt. 1 Pzp 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)".

Jest to drugie postępowanie dot. dostawy i montażu 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. W poprzednim postępowaniu o numerze ZP/PN/01/2021 Zamawiający zawiadomił w dn. 6.12.2021r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę AIR SPORT sp. z o.o. Od powyższej czynności zostało wniesione odwołanie, które zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 3639/21).

Wyrokiem z dnia 30 grudnia 2021 r. Izba uwzględniła wniesione odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. I oraz art. 16 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, stwierdzając, że Zamawiający będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i ponowne wezwanie do wyjaśnienia informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas pierwotnie złożonych wyjaśnień, niepopartych dowodami, należy uznać za naruszenie art. 224 ust. 1 oraz. art. 16 ustawy Prawo Zamówień Publicznych i obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty wykonawcy AIR SPORT Sp. z o. o. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę AIR SPORT Sp. z o. o. na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Wobec powyższego Zamawiający w dn. 31.01.2022r. zawiadomił o odrzuceniu oferty AIR SPORT sp. z o.o., a następnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt. 3 Pzp.

Przed opublikowaniem ogłoszenia o postępowaniu o nr ZP/PN/03/2022 jak i w toku tego postępowania w ocenie Odwołującego Zamawiający podjął kolejne czynności naruszające zasadę bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców — co zostanie szczegółowo opisane poniżej.

Stan faktyczny w postępowaniu o nr ZP/PN/03/2022

W dniu 26.09.2022 roku nastąpiło otwarcie ofert, a informacje w tym zakresie Zamawiający opublikował na platformie zakupowej w tym samym dniu.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego się i AIR SPORT sp. z o.o., przy czym oferta Odwołującego się zawierała niższą cenę, przy tym samym okresie gwarancji.

Od tego czasu rozpoczęło się niezasadne przedłużanie postępowania przez Zamawiającego i Odwołujący się musiał wielokrotnie zwracać się o podejmowanie czynności w sprawie. Jak wynika z dokumentacji znajdującej się w aktach postępowania:

a)w dn. 20.10.2022r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem, dlaczego nie podejmuje czynności zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty;

b)w dn. 24.10.2022r. Zamawiający odpowiedział, że prowadzi czynności polegające na badaniu i ocenie ofert oraz

wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż „cena wydaje się Zamawiającemu rażąco niska".

c)w dn. 3.11.2022r. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, choć żadna z przesłanek z art. 224 ust. 2 Pzp nie zaistniała, by Zamawiający żądał takich wyjaśnień;

d)w dn. 17.11.2022r. — wobec bezczynności Zamawiającego - Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji: na jakim etapie znajduje się obecnie niniejsze postępowanie i jakie czynności podejmuje Zamawiający w celu rozstrzygnięcia w/w postępowania;

e)w dn. 22.11.2022 r. Zamawiający odpowiedział, że prowadzi czynności polegające na badaniu i ocenie ofert;

f)w dn. 13.12.2022 r. wobec bezczynności Zamawiającego - Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji:

1.Na jakim etapie znajduje się obecnie niniejsze postępowanie i jakie czynności podejmuje Zamawiający w celu rozstrzygnięcia w/w postępowania?

2.Jakie przeszkody zaistniały po stronie Zamawiającego powodujące niepodejmowanie niezwłocznie czynności w postępowaniu w celu jego rozstrzygnięcia (poza czynnością wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny)?

3.Jakie czynności zamierza podjąć Zamawiający w związku ze zbliżającym się upływem terminu związania ofertą?

g)w dn. 14.12.2022r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a Odwołujący się taką zgodę wyraził.

h)w dn. 23.12.2022r. Zamawiający ponownie poinformował, że prowadzi czynności polegające na badaniu i ocenie ofert, a prace komisji przetargowej zamierza zakończyć do 31.12.2022r.;

i)w dn. 31.12.2022r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych;

j)w dn. 16.01.2023r. Odwołujący się odpowiedział na wezwanie, składając dokumenty;

k)w dn. 9.02.2023r. - wobec bezczynności Zamawiającego - Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji:

1. Na jakim etapie znajduje się obecnie niniejsze postępowanie i jakie czynności podejmuje Zamawiający w celu rozstrzygnięcia w/w postępowania?
2. Jakie czynności zamierza podjąć Zamawiający w związku ze zbliżającym się upływem terminu związania ofertą (po jego przedłużeniu)?

l)w dn. 10.02.2023r. Zamawiający odpowiedział, że weryfikuje złożone podmiotowe środki dowodowe;

m)w dn. 20.02.2023r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a następnie przedłużył termin składania dokumentów do 20.03.2023r.;

n)w dn. 20.03.2023r. Odwołujący się odpowiedział na wezwanie;

o)w dn. 4.04.2023r. Zamawiający wezwał jeszcze Odwołującego się do złożenia wyjaśnień (wyłącznie w zakresie kwestii imienia przedstawiciela podmiotu udostępniającego zasoby);

p)w dn. 6.04.2023r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie;

q)w dn. 25.05.2023r. (godz. 22:24:56) Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty AIR SPORT sp. z o.o. i odrzuceniu oferty Odwołującego się.

<u>Wezwanie AIR SPORT sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.</u>

Jak wynika z dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, w dn. 21.04.2023 r. Zamawiający wezwał AIR SPORT sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Te zostały złożone w dn. 5.05.2023r., a już 12.05.2023 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia AIR SPORT sp. z o.o. wyłącznie w zakresie danych o niekaralności. Zaskakującym jest tak szybkie podejmowanie czynności przez Zamawiającego, skoro analiza analogicznych dokumentów składanych przez Odwołującego zajęła ponad miesiąc.

Tym niemniej Odwołujący podnosi, że wezwanie na tym etapie AIR SPORT sp. z o.o. było pozbawione braku podstaw, albowiem zgodnie z art. 122 Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, <u>zamawiający żąda</u> aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że w związku z tym, że Wykonawca polegał na zdolnościach i sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku przeprowadzonego badania złożonych przez Wykonawcę w dniu 16.01.2023 r. podmiotowych środków dowodowych stwierdzono brak poniżej wskazanych dokumentów dotyczących tego podmiotu. Zamawiający w wezwaniu na podstawie art. 128 ust. 1 w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 108 ust. I pkt 1) i 2) oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), w przypadku jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach i sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, żądał złożenia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 5 Rozdziału VIII SWZ cz. I — Instrukcja dla

Wykonawców:

1)dokumentów dotyczących podmiotu Hypoxico Europe, Im Sachsenhausen 5, 64404 Bickenbach, sporządzonych nie wcześniej niż 6 miesięcy przed ich złożeniem, wymienionych w pkt. 5 ppkt. 5.1 Rozdziału VIII SWZ cz. I Instrukcja dla Wykonawców zgodnie z pkt. 11 ppkt. 11.1 Rozdziału VIII SWZ cz. I Instrukcja dla Wykonawców, potwierdzających brak wpisu w odpowiednim rej estrze w zakresie prawomocnego skazania za przestępstwo zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w stosunku do osoby I.K. pełniącego funkcję Prezesa Zarządu

2)dokumentów dotyczących podmiotu Hypoxico Europe, Im Sachsenhausen 5, 64404 Bickenbach, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem, wymienionych w pkt. 5 ppkt. 5.5 Rozdziału VIII SWZ cz. I Instrukcja dla Wykonawców zgodnie z pkt. 11 ppkt. 11.3 Rozdziału VIII SWZ cz. I — Instrukcja dla Wykonawców, potwierdzających że nie naruszono obowiązków płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

W konsekwencji jeśli Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego i stanowiska w przedmiocie przedkładania w/w dokumentów, to bezspornym jest, że Zamawiający nie zakwestionował jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego bezpośrednio Odwołującego się, ani też nie stwierdził braku jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego bezpośrednio Odwołującego się. Niezależnie zatem od stwierdzenia czy decyzja Zamawiającego o nieprzedłożeniuwłaściwej dokumentacji dot. podmiotu udostępniającego zasoby była słuszna (co będzie jeszcze zakwestionowane), to sam fakt stwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby nie spełnia warunków postępowania winien spowodować żądanie od wykonawcy w terminie określonym przez zamawiającego zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu — co w niniejszej sprawie ze strony Zamawiającego nie nastąpiło.

Co więcej, w Specyfikacji Warunków Zamówienia (Rozdz. VII, pkt. 12) wskazano, że ‚Jeżeli zdolności o którym mowa w pkt. 11 (przyp. podmiotu udostępniającego zasoby) nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie:

1.„Jeżeli spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegało na udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego, który nie wykazał jego spełnienia, to skutkuje to koniecznością wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo samodzielnego spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2022 r. KIO 1483/22, Legalis nr 2842090);

2.„Trafnie zauważył Odwołujący, że treść artykułu 122 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do Zamawiającego. Sformułowanie "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia” powinno zostać rozstrzygnięte przez Zamawiającego. Pozostawienie oceny w tym zakresie Wykonawcy nie stanowi o wypełnieniu obowiązku nałożonego przez Zamawiającego art. 122 PrZamPubl, gdyż na etapie badania i oceny ofert rozstrzyganie o spełnianiu bądź nie warunków udziału w postępowaniu stanowi dyskrecjonalne uprawnienie Zamawiającego. Co istotne, Zamawiający w treści wezwania z dnia 13 kwietnia 2021 roku nie przedstawił w treści pisma żadnej innej podstawy wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, uzupełnienia dokumentów, jak tylko wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Wezwanie Zamawiającego jest zatem jasne - Zamawiający wnosił (co potwierdził także w trakcie rozprawy z udziałem stron), aby Odwołujący przedstawił Zamawiającemu uzupełnione zobowiązanie o podmiotu trzeciego o treść wynikającą z odpowiedzi Odwołującego na wyjaśnienia z 9 kwietnia 2021 roku. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, samo wskazanie przepisu ustawy nie mogło stanowić wskazówki, że Zamawiający domaga się, aby Wykonawca czy to wykazał samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy dokonał ewentualnej zmiany podmiotu trzeciego, czy zakresu jego zobowiązania. Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do wskazania faktycznej podstawy wezwania i wyartykułowania, co stanowi podstawę i zakres tego wezwania. Z wezwania z 13 kwietnia wynikało wyłącznie wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. ” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2021 r. KIO 1323/21, Legalis nr 2623533).

W niniejszej sprawie Zamawiający, jak wynika z pisma z dn. 20.02.2023r., wskazał, że działa na podstawie art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp, zwracając się o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych, a następnie zaniechał dalszych czynności wobec Odwołującego się, a zwrócił się do AIR SPORT sp. z o.o. o złożenie podmiotowych środków dowodowych.

Zaniechania Zamawiającego w zakresie badania podmiotowych środków dowodowych złożonych przez AIR SPORT sp.

z o.o.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny dokumentacji przedłożonej przez AIR SPORT — szczególnie, że uprzednio szczególnie uważnie i długotrwale analizował dokumentację Odwołującego się.

Otóż, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych AIR SPORT sp. z o.o. przedłożyła:

a)referencje wystawione przez Action S.A. z siedzibą w Zamieniu z dn. 25.04.2023 r.,

b)poświadczenie Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu z dn. 4.05.2023 r.

W zakresie w/w referencji wystawionych przez Action S.A. Odwołujący wskazuje, że:

a)w referencjach nie wskazano, że AIR SPORT sp. z o.o. dokonywał dostawę i montaż instalacji hipoksji i hiperoksji na rzecz Action S.A., co budzi wątpliwości, co do tego czy Action S.A. jest podmiotem właściwym do wystawienia referencji (w referencjach wskazano wprost, że AIR SPORT sp. z o.o. realizowała dostawęw Action Zone z siedzibą w Zamieniu);

b)ACTION S.A. jest spółką z branży IT oraz producentem i dystrybutorem z w obszarach ICT, smart home i rozwiązań z zakresu fotowoltaiki oraz prowadzi szereg projektów e-commerce, a z danych dostępnych w Krajowym Rejestrze Sądowym nie wynika, by przedmiotem jej działalności była działalność obiektów służących poprawie kondycji fizycznej (93,13,Z), dowód: odpis z KRS dot. Action S.A.

c)pod tym samym adresem co Action S.A. (tj. Zamienie, ul. Dawidowska 10) ma także siedzibę Action Zone sp. z o.o. Przedmiotem działania tej spółki jest działalność obiektów służących poprawie kondycji fizycznej (93,13,Z). Jednoosobowy zarząd tej spółki tworzy R.K., który jest także jej wspólnikiem (razem z Agnieszką Leszczyńską). dowód: odpis z KRS dot. Action Zone

d)Action Zone sp. z o.o. została zarejestrowana w KRSie w dn. 20.11.2021r., a jako swój adres e-mail podaje w KRSie — b. (umowa spółki zawarta 17.11.202 lr. — co zaskakujące w kontekście wskazania w referencjach, że zadanie AIR SPORT sp. z o.o. wykonywał w Action Zone od listopada 2021r.); dowód: odpis z KRS dot. Action Zone sp. z o.o.

e)R.L. tworzy jednoosobowy zarząd i posiada prawie całość udziałów w AIR SPORT sp. z o.o. dowód: odpis z KRS dot. AIR SPORT sp. z o.o.

f)na ogólnodostępnej stronie internetowej — inwestycja w Zamieniu dot. hipoksji i hiperoksji określona jest jako AIRZONE (brak jest informacji na temat inwestycji pod nazwą ACTION ZONE w Zamieniu — jak wskazano w referencjach, natomiast zakres tej inwestycji wskazuje niewątpliwie na nazwę AIRZONE). W zakładce „kontakt" (https://airzone.pVkontakt/) podano dane: AIR SPORT Sp. z o.o. 72-500 Międzyzdroje, ul. Ustronie Leśne 13, NIP 986 024 97 03, e-mail: b., zaś w zakładce aktualności jest informacja, że Technologia Hipoksyjna AirZone należąca do AirSport Sp z o.o. jest już dostępna w Centralnym Ośrodku Sportu — Ośrodku Przygotowań Olimpijskich w Wałczu. Nadto numer telefonu do kontaktu w sprawie AIRZONE jest tym samym numerem telefonu, co podany do kontaktu na stronie internetowej https://airsport.com.pl/kontakt/ AIR SPORT Sp. z o.o. dowód: zrzuty ekranu ze stron internetowych AIR SPORT Sp. z o.o. oraz AIR ZONE.

Reasumując, pod adresem w Zamieniu wskazanym w referencjach nie było inwestycji o nazwie Action Zone — jak wskazano w wykazie dostaw i referencjach. Była inwestycja AIRZONE i według dostępnych informacji została prawdopodobnie wykonana przez AIR SPORT Sp. z o.o. dla AIR SPORT Sp. z o.o. Brak jest informacji o tym, by jakikolwiek związek z tą inwestycja miała Action S.A., skoro na stronie internetowej AIRZONE są bezpośrednie odniesienia i dane AIR SPORT.

Gdyby jednak uznać, że treść referencji wskazuje na to, że technologia/inwestycja AIRZONE została wykonana dla ACTION ZONE sp. z o.o. to wówczas brak podstaw do wystawienia referencji przez Action S.A.

Powyższe informacje są powszechnie dostępne i co najmniej powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, który winien uruchomić procedurę przewidzianą w art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp, a czego nie dokonał. W ocenie Odwołującego się — przedłożone referencje z 25.04.2023r. wprowadzają w błąd co do kwestii inwestycji związanej z hipoksją i hiperoksją, a AIR SPORT sp. z o.o. winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień i przedłożenia umowy na wykonanie tej inwestycji oraz dokumentów rozliczeniowych lub Zamawiający winien zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Wymaga tu dodania, że w przypadku Odwołującego się — Zamawiający nie tylko wzywał do złożenia dodatkowych dokumentów, ale nawet zwrócił się do Klubu Sportowego Centrum sp. z o.o. w związku z przedstawieniem przez Wykonawcę INGOT Sp. z o. o., w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, informacji dotyczących realizacji inwestycji pn. "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" na rzecz podmiotu Klub Sportowy "Centrum"

Sp. z o. o. z Dąbrowy Górniczej, o udzielenie informacji w zakresie:

1)Czy w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego został wykonany system hiperoksji w jednym z budynków, który wchodzi w skład kompleksu obiektów należących do Klubu Sportowy "Centrum" Sp. z o. o. z Dąbrowy Górniczej?

2)Czy w ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego system hiperoksji został wykonany w oparciu na trwale zamontowanych urządzeniach i instalacjach, które wytwarzają atmosferę hiperoksyjną w obrębie całego pomieszczenia, do którego dostarczane jest powietrze o zwiększonej zawartości tlenu, czy instalacja oparta jest np. na indywidualnych przewodach i maskach dla użytkowników, bądź innym rozwiązaniu o podobnej specyfice?

W odniesieniu do AIR SPORT Sp. z o.o. Zamawiający takich czynności nie dokonywał.

W zakresie poświadczenia Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu z dn. 4.05.2023 r. Odwołujący podnosi, że:

a) w wykazie dostaw złożonym przez AIR SPORT Sp. z o.o. wskazano, że zadanie polegało na wykonaniu instalacji hipoksji, ale już w zakresie dostawy wskazano, że prace obejmowały także hiperoksję — co jest istotne albowiem zgodnie z SWZ obok doświadczenie Wykonawców miało obejmować dostawę systemu hipoksyjnego oraz technologii hiperoksji do regeneracji wysiłkowej;

b) w poświadczeniu wskazano, że wykonano instalację hipoksji i hiperoksji, ale z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, by przedmiotem zamówienia była dostawa hiperoksji. Postępowanie było prowadzone pod nazwą: Wykonanie robót budowlanych związanych z wykonaniem instalacji hipoksji w Centralnym Ośrodku Sportu w systemie zaprojektuj i wybuduj (nr referencyjny: Nz/P/18/2020),

c) w lipcu i sierpniu 202 Ir. Odwołujący zwracał się do udostępnienie informacji publicznej w postaci następującej dokumentacji dotyczącej przeprowadzonego przez Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie (działającego w imieniu i na rzecz Ośrodków Przygotowań Olimpijskich: w Wałczu, w Spale oraz im. Feliksa Stamma Cetniewo we Władysławowie) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie robót budowlanych związanych z wykonaniem instalacji hipoksji w Centralnym Ośrodku Sportu w systemie zaprojektuj i wybuduj"; (nr referencyjny: NZ/P/18/2020) oraz dotyczącej wykonania zadania:

1)umowa o wykonanie zadania publicznego, która zawarta została w związku z przeprowadzonym postępowaniem oraz aneksy do umowy (w sytuacji, gdy były takie zawierane),

2)protokół odbioru całości dokumentacji projektowej oraz protokoły odbiorów częściowych (jeśli protokoły częściowe zostały sporządzone),

3)dokumentacja projektowa sporządzona przez Wykonawcę w ramach umowy,

4)protokoły częściowe z odbioru robót budowlanych,

5)protokoły robót zanikających i ulegających zatarciu,

6)protokół odbioru końcowego robót budowlanych,

7)protokołu końcowego odbioru przedmiotu umowy i przekazania dokumentacji powykonawczej

Z przesłanej przez Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu dokumentacji, w tym zawartej umowy i aneksów nie wynika, by zamówienie obejmowało instalację hiperoksyjną. dowód: pismo Dyrektora Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu z dn. 17.08.2021r. wraz z załącznikami (umowa z aneksami oraz protokół częściowego odbioru robót).

d)na stronie internetowej Centralnego Ośrodka Sportu w Wałczu (https://vvalcz.cos.pl/6020/hipoksja) jest informacja, „że w marcu oddaliśmy do Państwa dyspozycji 20 nowoczesnych pokoi 2-osobowych z instalacją hipoksji zamontowaną w technologii AIRZONE, zapewniającą imitację warunków odpowiadających zadanej wysokości. Ponadto udostępniamy również nowoczesną salę treningową wyposażoną w 20 ergometrów wioślarskich oraz 10 rowerów stacjonarnych Tomahawk. " Brak jest informacji o hiperoksji. dowód: zrzut ekranu ze stron internetowej COS w Wałczu dot. hipoksji.

e)na stronie internetowej AIR SPORT sp. z o.o. (https://airsport.com.pl/aktualnosci/hipoksja-airzone-dostepna-w-coswalcu) jest informacja, że Wszyscy klienci COS — OPO Wałcz, w tym zawodnicy dyscyplin olimpijskich skorzystają z 20 specjalnie przygotowanych pokoi sypialnych (40 miejsc noclegowych) oraz 1 sali treningowej. Dzięki technologii AirZone sportowcy będą mogli symulować pobyt na wysokości nawet do 6 000 m n.p.m. Brak jest informacji o hiperoksji i — jak wskazano w wykazie dostaw o „1 sali regeneracyjnej w warunkach hiperoksji (do 35% 02) " dowód:

zrzut ekranu ze strony internetowej AIR SPORT sp. z o.o.

f)na stronie internetowej AIRZONE (https://airzone.pl/aktualnosci/hipoksiaw-cos-opo-walcz/) wskazano, że „technologia Hipoksyjna AirZone należąca do AirSport Sp. z o.o. jest już dostępna w Centralnym Ośrodku Sportu — Ośrodku Przygotowań Olimpijskich w Wałczu. Dzięki inwestycji dofinansowanej ze środków Funduszu Rozwoju Kultury Fizycznej w ramach programu inwestycji o szczególnym znaczeniu dla sportu — edycja 2020, stworzono idealne warunki do symulacji treningu wysokościowego." Brak jest informacji o hiperoksji i — jak wskazano w wykazie dostaw o „l sali regeneracyjnej w warunkach hiperoksji (do 35% 02) " dowód: zrzut ekranu ze strony internetowej

AIRZONE

Powyższe informacje są powszechnie dostępne i co najmniej powinny budzić wątpliwości Zamawiającego, który winien uruchomić procedurę przewidzianą w art. 128 ust. 1, 4 i 5 Pzp, a czego nie dokonał. W ocenie Odwołującego się — przedłożone poświadczenie może wprowadzać w błąd co do kwestii inwestycji związanej z hiperoksją, a AIR SPORT sp. z o.o. winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentacji potwierdzającej wykonanie hiperoksji lub Zamawiający winien zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przepis art. 128 ust. 5 Pzp pozwala Zamawiającemu w razie powzięcia wątpliwości co do podmiotowych środków dowodowych zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Taka weryfikacja nie wyłącza jednak skorzystania z dyspozycji art. 128 ust. 1 Pzp w sytuacji ustalenia, że podmiotowy środek dowodowy jest niekompletny lub zawiera błąd.

Wymaga zatem wskazania, że Zamawiający dokonał naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym uznaniu, iż złożone przez wykonawcę AIR SPORT sp. z o.o. podmiotowe środki dowodowe (w tym w zakresie wykazania zdolności technicznych i zawodowych) są wystarczające do stwierdzenia, że AIR SPORT sp. z o.o., spełnia warunki udziału w postępowaniu przy bezpodstawnym uznaniu, że ofertę Odwołującego należało odrzucić i nie kierować żądania w trybie art. 122 Pzp.

Kwestia podstaw odrzucenia oferty Odwołującego się.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje także, że oferta Wykonawcy została niezasadnie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp

Zamawiający, bowiem stwierdził, co następuje:

1) W zakresie żądanych dokumentów wymienionych w pkt. 5 ppkt. 5.1 Rozdziału VIII SWZ cz. I — Instrukcja dla Wykonawców zgodnie z pkt. 1 1 ppkt. 11.1 Rozdziału VIII SWZ cz. I — Instrukcja dla Wykonawców — Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Nie zostało złożone zaświadczenie o niekaralności w stosunku do osoby I.K. pełniącego funkcję Prezesa Zarządu spółki Hypoxico Europe, Im Sachsenhausen 5, 64404 Bickenbach, wystawione przez odpowiedni podmiot w tym zakresie tj. Bundemsat mr Justiz (Federalny Urząd Sprawiedliwości).

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy - § 4 ust. 1 pkt. 1 - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt l.

W niniejszym postępowaniu Wykonawca przedłożył informację z Centralnego Rejestru Handlowego wydaną przez Federalny Urząd Sprawiedliwości - zgodnie z §150, ustęp 1, zdanie 1 Przepisów Handlowych o HYPOXICO Europe GmbH, z którego wynika, że nie odnotowano jakichkolwiek wpisów. Nie jest przy tym wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. Oczywiste jest bowiem, że porządki prawne poszczególnych państw różnią się zarówno katalogiem czynów zabronionych, przesłanek popełnienia czynu, jak też wysokością kary.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje wyraźnie, że podmiot w pierwszej kolejności zobowiązany jest przedłożyć zaświadczenie wydane przez właściwy organ. Tym samym, ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, co w oczywisty sposób każdorazowo prowadziłoby do stwierdzenia różnic pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi. W konsekwencji Zamawiający winien zweryfikować, czy uzasadnione i możliwie do realizacji jest żądanie złożenia dodatkowej dokumentacji dot. Igora Kotlyar, w sytuacji, gdy przedłożono informację z Centralnego Rejestru Handlowego wydaną przez Federalny Urząd Sprawiedliwości - zgodnie z § 150, ustęp l, zdanie I Przepisów Handlowych o HYPOXICO Europe GmbH. Skoro zaś I.K. jest osobą reprezentującą HYPOXICO Europe GmbH i ujawnioną w przedstawionym Zamawiającemu wypisie (wyciągu) z rejestru handlowego wydany przez Sąd Rejonowy w Darmstadt to oznacza, że zachodzą podstawy powodujące wykluczenie z prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Nadto Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego się stwierdził, że:

2) w zakresie żądanych dokumentów wymienionych w pkt. 5 ppkt. 5.5 Rozdziału VIII SWZ cz. I — Instrukcja dla Wykonawców zgodnie z pkt. 1 1 ppkt. 1 1.3 Rozdziału VIII S WZ cz. I — Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów. Wykonawca złożył zaświadczenie z Finanzamt Darmstadt (Urząd Skarbowy Darmstadt), które potwierdza brak zaległości podatkowych w zakresie podatku obrotowego, podatku dochodowego, podatku dochodowy od osób prawnych, podatku od działalności gospodarczej. Złożony dokument nie stanowi zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, który stanowiłby dokument wystawiony przez odpowiedni podmiot w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Co do żądania dokumentu dotyczącego uiszczania podatków, opłat i składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne wymaga wskazania, że Wykonawca przedłożył zaświadczenie wystawione przez Urząd Skarbowy w Darmstadt, z którego wynika, że:

a)Hypoxico Europe GmbH odprowadza od dnia 13.11.2006 r. następujące rodzaje podatków: podatek obrotowy, podatek dochodowy (pracodawca), podatek dochodowy od osób prawnych, podatek od działalności gospodarczej;

b)aktualnie nie istnieją żadne zaległości podatkowe;

c)nie są odroczone żadne kwoty podatku;

d)nie ma żadnych kwot podatkowych zawieszonych przed egzekucją;

e)ustalone i należne podatki są płacone punktualnie;

f)obowiązkowe rozliczenia podatkowe są zawsze składane punktualnie.

W konsekwencji Wykonawca złożył uprzednio dokument wystawiony w kraju, w którym Hypoxico Europe GmbH ma siedzibę potwierdzający odpowiednio okoliczności mające znaczenie w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający winien zweryfikować, czy w ogóle wydawany jest inny dokument w zakresie przez niego żądanym i czy istnieją podstawy do żądania innego dokumentu albo dodatkowego oświadczenia wykonawcy — czego nie dokonał w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 14 czerwca 2023 r. wniósł, w postaci elektronicznej, odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 15 czerwca 2023 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie AIR SPORT sp. z o.o. złożył do akt sprawy pisemne stanowisko wobec podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, ofertę odwołującego i przystępującego oraz korespondencję prowadzoną przez zmawiającego w postępowaniu po złożeniu ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W terminie wskazanym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca AIR SPORT sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie zakresie zarzutu opisanego w pkt II lit e) petitum odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.* Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.*

Odwołujący w oświadczeniem na posiedzeniu cofnął odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana

możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba rozpoznała zarzuty odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym, twierdzenia Odwołującego podnoszone w toku rozprawy o wątpliwościach, co do realizacji przez Przystępującego, w ramach inwestycji COS w Wałczu salki do hipoksji należy uznać, za wykraczające poza zarzuty podniesione w odwołaniu i jako takie niepodlegające rozpoznaniu (art. 555 ustawy Pzp).

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła, że:

Stan faktyczny dot. czynności Zamawiającego względem czynności Zamawiającego dokonanych po upływie terminu składania ofert opisany przez Odwołującego w odwołaniu, odpowiada ustaleniom Izby, więc nie będzie powtarzany.

Uzupełniająco Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale VII SWZ ustalił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W pkt.3 ppkt 3.1 SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają zdolności techniczne lub zawodowe, tj.:

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 system hipoksyjny w pomieszczeniach noclegowych oraz siłowni lub sali treningowej oraz system hiperoksyjny w co najmniej jednym pomieszczeniu.

W rozdziale VIII SWZ Zamawiający określił wykaz środków dowodowych od podmiotów biorących udział w postępowaniu.

Ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp tj. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
   1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
   2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
2. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp tj. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.
3. art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp tj. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.
4. art. 122 ustawy Pzp tj. jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że

samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

5.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców

6.art. 239 ustawy Pzp tj.:

1)Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2)Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

7.art. 242 ust. 1 ustawy Pzp tj. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;

2) ceny lub kosztu.

Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut zaniechania wezwania Odwołującego w trybie art. 122 ustawy Pzp do samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu lub do zastąpienia podmiotu udostępniającego innym podmiotem. Izba wskazuje, iż zgodnie z orzeczeniami TSUEw przypadku gdy wykonawca osobiście nie posiada wymaganych zdolności, może ubiegać się o zamówienie, polegając na zdolnościach innych podmiotów, ale tylko w przypadku, jeśli wykaże instytucji zamawiającej, że będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (C-234/14 Ostas celtnieks (pkt 23), C-27/15 Pippo Pizzo, C-94/12 Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino). Tytułem wstępu należy wskazać także, że zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp skorelowany jest z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa (jednokrotnie) wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Jednocześnie art. 122 Pzp wskazuje na dopuszczalne działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdy wykonawca powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego. Jak wskazuje doktryna w sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w treści takiego wezwania zamawiający – uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów – winien powołać się na dyspozycję art. 122 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia. Wówczas w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów, dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) lub wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego.

Izba podkreśla, że zastosowanie trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem art. 122 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego. Zastosowanie tego trybu jest obligatoryjne, a jego pominięcie możliwe tylko w sytuacji gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Następstwem wystosowania prawidłowego wezwania oraz niezłożenia m.in. podmiotowych środków dowodowych jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zasadnym jest podkreślenie, że w dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1, 4, 5 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, wyznaczając termin ich doręczenia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dostrzeżone przez Zamawiającego braki, w złożonych uprzednio dokumentach, zostały precyzyjnie przez Zamawiającego wyspecyfikowane tak samo jak i dokumenty jakie powinny zostać uzupełnione. Wśród wezwań Zamawiającego względem podmiotowych środków dowodowych znalazło się również wezwanie „do złożenia referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot Centrum Sportowe Urhea-halli Oy, Mäkelänkatu 49, 3.krs, 00550 Helsinki, potwierdzających, że przedmiotowa dostawa została wykonane należycie lub przedstawienia przez Wykonawcę uzasadnienia potwierdzającego, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, na skutek czego zostało złożone wyłącznie oświadczenie wydane przez podmiot Hypoxico Europe, Im

Sachsenhausen 5, 64404 Bickenbach, wraz fakturami oraz potwierdzeniami przelewu w zakresie niniejszej dostawy." Niewątpliwie, wezwanie w tym zakresie mieści się w warunku stosowania art. 122 Pzp tj. „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, (…) podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (…). Zamawiający na wniosek Odwołującego wydłużył również termin złożenia wskazywanych w wezwaniu dokumentów. Wobec niezłożenia żądanych dokumentów w zakreślonym terminie, Zamawiający w dniu 25.05.2023 r., odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Dostrzeżenia jednak wymaga, iż Zamawiający pomimo jednoznacznego wyspecyfikowania dokumentów jakie wykonawca winien złożyć, w tym odnoszących się do podstaw do wykluczenia wykonawcy oraz do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie uwzględnił w wezwaniu, iż dotyczy ono złożenia również dokumentów podmiotu trzeciego tj. nie ujął w wezwaniu żądań ewentualnych co do podjęcia przez wykonawcę działań wynikających z art. 122 Pzp.

Wobec powyższego, Izba stwierdza, że nie ma racji Zamawiający wskazując, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 122 Pzp, względem ofert Odwołującego, gdyż jego oferta została odrzucona z powodu niezłożenia wymaganych dokumentów, a okoliczność ta nie mieści się w hipotezie ww. przepisu. Jak ustaliła Izba, niezłożenie przez Odwołującego części podmiotowych środków dowodowych związanych z oceną podmiotu trzeciego i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego było czynnością następczą, wobec stwierdzonych przez Zamawiającego pierwotnych braków w podmiotowych środkach dowodowych złożonych przez Odwołującego. Ocena zasadności zastosowania art. 122 względem oferty Odwołującego winna nastąpić przed wystosowaniem pierwszego wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp. Okoliczność ta, jest szczególnie istotna, ze względu na zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia, którą przywołano już powyżej. Jednakże zasada ta doznaje ograniczenia w sytuacji, gdy wystosowane wezwanie było niepełne, z czym mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zamawiający wystosowując wezwanie do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, pominął dyspozycję art. 122 Pzp i nie zrealizował obowiązku wynikającego z tego przepisu względem oferty Odwołującego. W tej sytuacji, w ocenie Izby, istnieją podstawy prawne do zobowiązania zamawiającego, do wystosowania kolejnego wezwania do Odwołującego, w celu uzupełnienia dokumentów, w postaci wykazania samodzielnego spełniania warunków, jak też do zastąpienia HYPOXICO EUROPE GmbH innym podmiotem/podmiotami trzecimi i złożenia dokumentów podmiotowych dla tego/tych podmiotów.

W związku z powyższym potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 Pzp jako zarzut wynikowy.

Uwzględnieniu nie podlegały zarzuty względem badania i oceny oferty Przystępującego. W ocenie Izby zarzuty te miały charakter wyłącznie spekulatywny. Podkreślić należy, iż Zamawiający co do zasady działa w zaufaniu do oświadczeń i dokumentów przedkładanych przez wykonawców. Oczywiście, w toku postępowania, Zamawiający, może powziąć wątpliwości co do ich prawdziwości lub prawdziwości informacji w nich zawartych, co z kolei powinno skutkować wszczęciem procedury wyjaśniającej, lecz powinno to nastąpić w konsekwencji wystąpienia zdarzeń lub powzięcia informacji podważających wiarygodność podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący nie wykazał, że wszczęcie takiej procedury czy to na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp czy też na podstawie art. 128 ust. 4 lub ust. 5 Pzp było zasadne i konieczne. Należy podkreślić, iż dla zastosowania procedury z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp kluczowe jest wystąpienie po stronie Zamawiającego wątpliwości co do złożonych podmiotowych środków dowodowych. W ocenie Izby, wobec treści złożonych dokumentów oraz dowodów przedłożonych w toku postępowania odwoławczego, ocena podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego była prawidłowa. Izba zważyła, iż Przystępujący w wykazie dostaw wskazał dwie realizacje, przy czym dla spełnienia postawionego w postępowaniu warunku wystarczające było wykazanie jednej realizacji spełniającej zakreślone przez Zamawiającego parametry. Pierwsza pod nazwą „Action Zone - dostawa i montaż urządzeń wytwarzających warunki hipoksji i hiperoksji oraz wyposażenia sal sportowych" zrealizowaną na rzecz Action S.A., oraz druga „Wykonanie robót budowlanych związanych z wykonaniem instalacji hipoksji w COS-OPO w Wałczu" zrealizowana na rzecz Centralnego Ośrodka Sportu z siedzibą w Warszawie. Przystępujący na potwierdzenie należytego wykonania ww. zadań przedłożył Zamawiającemu referencje wystawione przez firmę ACTION S.A. oraz poświadczenie Centralnego Ośrodka Sportu Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Wałczu. W ocenie Izby, Przystępujący wykazał spełnianie określonego warunku doświadczenia zgodnie z wymaganiami SWZ. Zgodzić się również należało z Zamawiającym i Przystępującym, iż charakter podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw oraz referencji lub innych dokumentów określających, że dostawy zostały wykonane należycie, określa § 9 Rozporządzenia Ministra rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dn. 23.12.2020 r. Zgodnie z tą regulacją to wykaz jest dokumentem który potwierdza spełnianie warunku, natomiast referencje czy inne dokumenty pełnią rolę potwierdzenia, że wskazane w nim dostawy czy usługi zostały wykonane należycie.

Stanowisko Odwołującego, jakoby zachodziła podstawa z, 4 i 5 ustawy Pzp do wezwania Przystępującego do poprawienia lub złożenia wyjaśnień wykazu lub do zwrócenia się o informacje do podmiotów bezpośrednio je posiadających, zostało oparte wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego. Odwołujący nie udowodnił stawianych tez.

Trudno uznać za uzasadniające podnoszone wątpliwości powoływanie się przez Odwołującego na informacje internetowe czy też domniemywane relacje biznesowe. Dla przykładu inwestycja z poz. 1 wykazu dotycząca realizacji na rzecz ACTION S.A. budziła wątpliwości Odwołującego w związku z nazwą inwestycji podaną przez Przystępującego „ Action Zone" zamiast „AIR ZONE" oraz podmiotu dla którego została wykonana. Odwołujący wywodził, iż nie wiadomy jest związek ACTION S.A. z tą inwestycją, gdyż spółka ta ma inny profil działalności. Natomiast Przystępujący przedłożył, referencję wystawioną przez ACTION S.A. o treści zgodnej z oświadczeniem w wykazie dostaw. Z przedmiotowych referencji wynika, iż Przystępujący wykonał w budynku ACTION S.A. dostawę i montaż stacjonarnej instalacji hipoksji i hiperoksji. Okoliczność prowadzenia działalności pn. AIR ZONE w Zamieniu przez ACTION S.A. polegającej m.in. n świadczeniu usług hipoksji oraz aklimatyzacji nocnej znajduje potwierdzenie w dowodach załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego (paragon i faktura). Faktem jest, że Przystępujący w toku postępowania odwoławczego sprostował nazwę pod jaką prowadzone jest centrum, jednakże w ocenie Izby, nie powoduje to dyskwalifikacji doświadczenia nabytego przez Przystępującego przy realizacji tego centrum niezależnie od jego nazwy. Z przedłożonych referencji i oświadczenia wynika, iż wykonał on wymagane dostawy i prace, a z dowodów uzupełniających przedłożonych w toku postępowania odwoławczego wynika, iż ACTION S.A. świadczy usługi w centrum zrealizowanym przez Przystępującego.

Odnośnie drugiej z realizacji należy wskazać, że poświadczenie COS w Wałczu ma następujące brzmienie: *„Centralny Ośrodek Sportu Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Wałczu poświadcza, że firma AIR SPORT Sp. z o.o. z siedzibą w Międzyzdrojach, ul. Ustronie Leśne 13, jako wykonawca wybrany do realizacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zrealizowała na rzecz COS OPO Wałcz roboty budowlane związane z wykonaniem instalacji hipoksji i hiperoksji w systemie zaprojektuj wybuduj. Zakres prac określonych umową oraz prac dodatkowych obejmował poza przeprowadzeniem kompleksowych remontów pomieszczeń, montaż instalacji hipoksji w: jednej siłowni o powierzchni 120 m2, dwudziestu pokojach mieszkalnych z dodatkową funkcją wykorzystania ich jako salki treningowe dzięki zamontowaniu w nich na stałe urządzeń sportowych w postaci drabinek wielofunkcyjnych a także jednej salki tlenowej (hiperoksyjnej).*

Zadanie zrealizowano w okresie od marca 2021 do lutego 2022 roku. Wykonawca wykonał zadanie zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo je ukończył zarówno pod względem technologicznym jak i budowlanym, co potwierdzone zostało protokołem odbioru końcowego zadania. Wartość brutto zawartej umowy wyniosła 6 062 670,00 zł.

Na podstawie powyższego uznać należy, że Air Sport Sp. z o.o. zrealizował zamówienie należycie i upoważnia do wydania polecenia Wykonawcy jako podmiotu profesjonalnie realizującego inwestycje obejmującej zaawansowane wykorzystanie technologii hipoksji i hiperoksji.". Odwołujący w odwołaniu wywodził, względem realizacji na rzecz COS w Wałczu przedłożone poświadczenie może wprowadzać w błąd co do kwestii inwestycji związanej z hiperoksją. Izba, stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, iż Przystępujący nie wykonał instalacji hiperoksji w tym ośrodku, jak również nie wykazał, iż Zamawiający w związku z otrzymanymi od Przystępującego dokumentami miał podstawy do powzięcia wątpliwości względem zakresu tej realizacji. W złożonym wykazie dostaw, Przystępujący wskazał zakres wykonanego zadania, potwierdzając posiadanie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Z przedłożonego poświadczenia podpisanego przez Dyrektora COS w Wałczu, wynika, iż realizacja obejmowała wymagany zakres również w odniesieniu do instalacji hiperoksji. Pomimo znaczenia tych dokumentów nadanego im przez Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych, wskazać należy, iż poświadczenie wydane przez dyrektora COS w Wałczu dość szczegółowo wskazywało na zrealizowany zakres. Jednocześnie nie można uznać złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci umowy i protokołów za potwierdzające argumentację Odwołującego, gdyż w samym piśmie przewodnim Zamawiający wskazuje, iż nie jest w posiadaniu pewnych dokumentów gdyż nie były one sporządzane. Powyższe w ocenie Izby, skutkuje nie możnością uznania, iż skutecznie podważone zostało twierdzenie Przystępującego, o wykonaniu instalacji hiperoksji w ramach robót zamiennych. Oceniając zebrany materiał dowodowy, Izba uznała, że wnioski wyciągane przez Odwołującego z braku określonych informacji na stronie internetowej lub z nazwy postępowania, która nie referowała do hiperoksji, uznać należy za nadmierne. Niejednokrotnie nazwy postępowań nie obejmują wszystkich elementów jakie wykonywane są w ramach zlecenia, a formułowane są w celu oddania charakteru zamówienia i zazwyczaj dotyczą głównego jego przedmiotu. Natomiast informacje zawarte na stronach internetowych nie muszą być rzetelne i aktualne, wobec czego ich moc dowodowa jest ograniczona.

Tym samym, w ocenie Izby, na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, brak było podstaw do stwierdzenia, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co obligowałoby Zamawiającego do wezwania Przystępującego do poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 2 lit a) petitum odwołania). Nie wykazano też, zdaniem składu orzekającego, iż po stronie Zamawiającego powinny powstać uzasadnione obiektywnie wątpliwości skutkujące wezwaniem Przystępującego do wyjaśnień w oparciu o ustawy Pzp (zarzut nr 2 lit a) petitum odwołania) lub zwróceniem się do podmiotów, na rzecz których wykonano roboty budowlane, na podstawie ustawy Pzp, o przedstawienie informacji na temat tego, jaki podmiot realizował roboty

budowlane (zarzut nr 2 lit a) petitum odwołania).
Jednocześnie, wobec wyjaśnień Zamawiającego, co do przyczyn czasu trwania postępowania, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia w tym zakresie naruszenia zasad ustawy Pzp. Zamawiający powoływał się na konieczność oceny zagranicznych dokumentów podmiotu trzeciego oraz uzyskania zgód korporacyjnych, co w ocenie Izby może prowadzić do dłuższego niż standardowo przyjęte czasu dokonywania czynności w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jegoh wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2, ust. 6 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), obciążając strony postępowania odwoławczego kosztami, wskazanymi w pkt 4 sentencji, stosowanie do wyniku sprawy oraz uwzględniając liczbę zarzutów uwzględnionych i oddalonych, a także koszty dotychczas poniesione.

Biorąc pod uwagę wniosek o zasądzenie kosztów na podstawie spisu kosztów, złożony przez Przystępującego, Izba w okolicznościach niniejszej sprawy nie znalazła podstaw prawnych do zasądzenia wnioskowanych kosztów na rzecz Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

……