

WYROK
z dnia 28 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2021 r. przez odwołującego: **R. C.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Comtel R. C. z siedzibą w miejscowości Złotokłos** (ul. Warszawska 22, 05-504 Złotokłos) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie** (ul. Sobieskiego 9, 02-957 Warszawa), przy udziale wykonawcy: **R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Robson R. C. z siedzibą w Warszawie** (ul. Zbarska 15/3, 04-009 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **R. C.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Comtel R. C. z siedzibą w miejscowości Złotokłos** (ul. Warszawska 22, 05-504 Złotokłos) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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.

.....
Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: **R. C.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Comtel R. C. z siedzibą w miejscowości Złotokłos** (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Instytut Psychiatrii i Neurologii z siedzibą w Warszawie** w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Usługę konserwacji systemu elektroenergetycznego oraz sanitarnego w obiektach Instytutu Psychiatrii i Neurologii przy ul. Sobieskiego 9 w Warszawie”. Numer referencyjny: DZP/PN/65/43/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 765335-IM-2020 w dniu 10.12.2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, wyrażające się w zaniechaniu jego zastosowania w przypadku złożenia przez Konkurenta wykazu osób, który nie potwierdza samodzielnego spełnienia warunku udziału w Przetargu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, albowiem wskazuje, że Konkurent faktycznie polega na zasobach podmiotu trzeciego, który wskazany został jako podwykonawca (zleceniobiorca), posiadający uprawnienia spawalnicze 311 (spawanie gazowe) i 111 (spawanie łukowe), niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie uprawnienia, o których mowa w pkt III ppkt A lit. c) tiret pierwszy;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wyrażające się w zaniechaniu jego zastosowania w przypadku złożenia przez Konkurenta w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa oferty z treści której wynika, że Konkurent nie będzie polegał na zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Przetargu, składając jednocześnie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w Przetargu, a tym samym podaniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego i mogącej mieć wpływ na istotne decyzje . podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu, w tym ocenę dopuszczalności zmiany oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia;
- 3) Art. 7 ust. 1 i 2 Pzp - jego niezastosowanie w szczególności w związku . z nierównym traktowaniem wykonawców, biorących udział w Przetargu, wyrażającym się w bezkrytycznym przyjęciem oferty oraz dołączonych do niej oświadczeń Konkurenta, które faktycznie pozostawały w sprzeczności z treścią złożonego przez Konkurenta wykazu osób, podczas gdy złożona przez Wykonawcę oferta wraz z dołączonymi oświadczeniami była spójna i zgodna z wymaganiami określonymi w siwz;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp - jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Wykonawcy na skutek uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, podczas gdy ocena taka została przyjęta w okolicznościach, budzących wątpliwości, które nie zostały wyjaśnione przez Zamawiającego, podczas gdy w ocenie Odwołującego się wadium zostało wpłacone na rachunek bankowy Zamawiającego w czasie, który zapewniał jego wniesienie we właściwym terminie.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej - w przypadku nieuwzględnienia poniesionego wyżej zarzutu nr 4 - Odwołujący się podnosi zarzut naruszenia:

- 5) art. 93 ust. 1 pkt 1) Ustawy, polegający na zaniechaniu unieważnienia Przetargu w przypadku, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 6) art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy, poprzez jego niezastosowanie w szczególności w związku z nierównym traktowaniem wykonawców, biorących udział w Przetargu, wyrażającym się z jednej strony na powierzchownym badaniu oferty Konkurenta, w tym w bezkrytycznym przyjęciu, przedstawionego przez Konkurenta, dokumentu w postaci wykazu osób, który pozostawał w sprzeczności z wcześniej składanymi oświadczeniami, wskazującymi, że Konkurent samodzielnie spełnia warunki udziału w Przetargu, z drugiej zaś strony na szczegółowym badaniu oferty Wykonawcy i jego eliminacji z Przetargu.

W toku Przetargu, przed upływem terminu wyznaczonego do składania ofert, złożone zostały dwie oferty, odpowiednio: oferta Konkurenta oraz oferta Wykonawcy. W wyniku rozstrzygnięcia Przetargu oferta Konkurenta została uznana za najkorzystniejszą, a oferta Wykonawcy została odrzucona. Tymczasem w ocenie Odwołującego się, to oferta

Konkurenta podlega odrzuceniu, z przyczyn, o których mowa w treści podniesionych zarzutów głównych nr 1-3, natomiast oferta Wykonawcy nie kwalifikowała się do odrzucenia.

W takim stanie sprawy - przy uwzględnieniu zarzutów głównych, podniesionych w niniejszym odwołaniu - nie budzi wątpliwości fakt posiadania przez Odwołującego się legitymacji czynnej do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący się w omawianym przypadku ma interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem Przetargu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Niezależnie podkreślić należy, że nawet w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 4 i podniesieniu zarzutów ewentualnych nr 1-2, Odwołujący się również ma interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem nawet w przypadku unieważnienia Przetargu, Odwołujący się nadal będzie miał możliwość uzyskania tego zamówienia, które będzie przedmiotem kolejnego postępowania b udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego. Przedmiot zamówienia, którym jest usługa na świadczenie powtarzające się okresowo (świadczenie ciągłe) krytyczne dla sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania jednostki zarządzanej przez Zamawiającego, przesądza o tym, że Zamawiający będzie prowadził takie postępowanie. Podkreślenia wymaga, że przedstawiony powyżej rozszerzony zakres znaczeniowy pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia” potwierdza nie tylko dotychczasowa linia orzecznicza KIO1/ ale również redakcja przepisu art. 505 ust. 1 (nowej) ustawy, która nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości, że w tym wypadku warunkiem uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej jest szeroki interes w uzyskaniu zamówienia, a zatem nie tylko w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącego danego zamówienia, ale również kolejnym takim postępowaniu (wszczętym na skutek unieważnienia aktualnego), którego przedmiotem będzie to zamówienie. Zgodnie ze stanowiskiem KIO, „Interesem każdego wykonawcy - nawet jeśli on sam został wykluczony lub jego oferta odrzucona - jest także jego równe traktowanie polegające na tym, że każdy inny wykonawca i każda inna oferta powinna zostać oceniona rzetelnie, zgodnie ze stanem faktycznym i prawnym,, a w związku z tym szkoda polega na utracie możliwości ponownego złożenia oferty w nowym postępowaniu i potencjalnej realizacji zamówienia”.

Niniejsze odwołanie dotyczy Przetargu, w którym wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 Ustawy. Przedmiotem odwołania są - zgodnie z art. 513 pkt 1) ustawy - czynności Zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty Konkurenta oraz w zakresie odrzucenia oferty Wykonawcy, a także - zgodnie z art. 513 pkt 2) ustawy - zaniechanie Zamawiającego w zakresie wykluczenia Konkurenta z Przetargu i uznaniu jego oferty za odrzuconą, a także - jednak wyłącznie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Wykonawcy - zaniechanie Zamawiającego unieważnienia Przetargu w przypadku, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zawiadomienie o wyniku Przetargu opublikowane zostało w dniu 28 grudnia 2020 r. Niniejsze odwołanie wnoszone jest w dniu 4 stycznia 2021 r., a zatem w terminie ustawowym, wyznaczonym do składania odwołania. Dzień złożenia niniejszego odwołania - zgodnie z art. 623 ustawy w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2020) - oznacza, że do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w Ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy. Tym samym podniesiony zarzut ewentualny nr 1 dotyczący zaniechania unieważnienia Przetargu jest dopuszczalny na podstawie art. art. 513 pkt 2) ustawy.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 4 stycznia 2021 r., zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konkurenta jako najkorzystniejszej oraz (2) nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w Przetargu oraz rozstrzygnięcie Przetargu zgodnie z przepisami Ustawy. ,

1) przyznanie Odwołującemu się kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

1) art 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp:

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przygotowaną na, potrzeby prowadzonego Przetargu („siwz”), Zamawiający określił m.in. warunek udziału w Przetargu, dotyczący zdolności technicznej iub zawodowej wykonawców w zakresie potencjału osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający postanowił, że uzna ten warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje m.in. dodatkowo co najmniej jednym (z przewidzianych do realizacji zamówienia) pracownikiem, który powinien posiadać aktualne uprawnienia spawalnicze 311 (spawanie gazowe) i 111 (spawanie łukowe elektrodą otuloną). Z treści oświadczeń Konkurenta, jakie zostały złożone wraz z ofertą w Przetargu wynika, że Konkurent spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego oraz że nie zamierza polegać na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Przetargu. Tym samym Konkurent oświadczył, że nie zamierza realizować zamówienia z udziałem tzw. podwykonawców kwalifikowanych, których właściwości mogą posłużyć do wykazania spełnienia warunków udziału w Przetargu. Tymczasem z treści przedstawionego przez Konkurenta wykazu osób, którego celem było potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Przetargu wynika, że Konkurent - według stanu na dzień składania oferty w Przetargu - sam nie posiadał wymaganych uprawnień (niezbędnych do realizacji zamówienia), natomiast takie uprawnienia przypisane zostały Kazimierzowi Dzieciotł (podwykonawcy), który nie był uprzednio zgłoszony jako podmiot udzielający swoich zasobów na potrzeby udziału w Przetargu. Tym samym Konkurent nie potwierdził, że - według stanu na dzień składania oferty w Przetargu - spełnia warunki udziału w Przetargu. W konsekwencji na podstawie art. 24 st. 1 pkt 12 Ustawy Konkurent kwalifikował się wyłącznie do wykluczenia z udziału w Przetargu, a jego oferta podlegała uznaniu za odrzuconą. Podkreślenia wymaga, że praktyka składania wraz z ofertą oświadczenia przez wykonawcę o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie (po wezwaniu Zamawiającego) zaprzeczenie takiemu oświadczeniu, poprzez wskazanie przez wykonawcę podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega (np. posiadającego uprawnienia niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), uznana została w orzecznictwie KIO za niedopuszczalną, albowiem narusza nie tylko zasadę niezmienności oferty, ale również zasadę uczciwej konkurencji.

W ocenie KIO, art. 22a ust. 6 Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci albo wykazanie spełnienia warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich. Przepisy ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych pozwalają (art. 22a Pzp) na zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, jednak nie przewidują możliwości zmiany oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. Zdaniem KIO, „Wskazanie na podmiot trzeci w celu zastąpienia własnych zasobów, które w toku postępowania okazały się być niedostateczne lub utraciły taki walor, powinno być dopuszczalne, jeżeli można ustalić, iż wykonawca może wykazać istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału przed terminem złożenia oferty (wniosku). Tylko staranność wykonawców w analizie własnego potencjału lub potencjalnych kontrahentów, poprzedzająca przystąpienie do postępowania, może okazać się skutecznym narzędziem zabezpieczenia interesu w uzyskaniu zamówienia.” Stanowisko KIO w ww. zakresie w dużej mierze opiera się na poglądzie TSUE, wyrażonym w wyroku C-387/14, gdzie Trybunał stwierdził, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą podmiotową po stronie wykonawcy. Dodatkowym argumentem, wskazującym na taki sposób oceny ww. praktyki, jest jej wyraźny zakaz wprowadzony na podstawie art. 123 (nowej) ustawy, zgodnie z którym „Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”

2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp:

Odwołujący się, podnosząc ten zarzut zwraca uwagę, że sprzeczności ujawnione pomiędzy treścią oferty Konkurenta wraz dołączonymi do niej załącznikami, a przedstawionym wykazem osób mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego w zakresie dokonanego badania spełniania warunków udziału w Przetargu oraz określenia sposobu realizacji zamówienia, a zatem informacji mogących mieć wpływ na istotne decyzje, podejmowane przez Zamawiającego, w tym postępowaniu, w tym ocenę spełniania warunków udziału lub ocenę dopuszczalności zmiany oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia po upływie terminu do składania ofert. W ocenie Odwołującego w omawianym przypadku, w świetle przedstawionego wyżej stanu faktycznego, doszło do stworzenia przez Zamawiającego warunków do uzyskania przez Konkurenta nieuczciwej i niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej, albowiem Zamawiający akceptował fakt zmiany sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w Przetargu.

4) art 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp:

W dniu 28 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił o rozstrzygnięciu Przetargu - wyborze najkorzystniejszej oferty (złożonej przez Konkurenta) oraz odrzuceniu oferty Wykonawcy. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że termin składania ofert w tym postępowaniu upłynął 18 grudnia 2020 r. o godz. 10:00, przy czym do upływu tego terminu wpłynęło na rachunek bankowy Zamawiającego tylko jedno wadium, wpłacone przez Konkurenta. Tymczasem Wykonawca dokonał wpłaty, określonej przez Zamawiającego w siwz kwoty 6000 zł, w dniu 17 grudnia 2020 r., a zatem w terminie zapewnającym wniesienie wadium przed terminem składania ofert. Odwołujący się w dniu 29 grudnia 2020 r., kierując do Zamawiającego korespondencją e-mail, próbował uzyskać informację, o której godzinie wpłacona przez Wykonawcę kwota została faktycznie zaksięgowana na rachunku bankowym Zamawiającego. Do chwili sporządzenia odwołania w dniu 4 stycznia 2021 r., Zamawiający nie udzielił informacji, o którą zwracał się Wykonawca.

5) art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp:

W przypadku, jeżeli każda ze złożonych ofert w Przetargu podlegała odrzuceniu, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia Przetargu. Zgodnie z art. 7 ust. 3 Ustawy, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy. Jeżeli zatem z dokumentów, znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, jednoznacznie wynika, że przedmiotowe wadium zostało wniesione z uchybieniem terminu, Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia Przetargu. Akceptacja dokumentów, przedstawionych przez Konkurenta, które nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w Przetargu jest wyraźnym przejawem nierównego traktowania wykonawców oraz wyrazem co najmniej braku staranności w rzetelnym badaniu złożonych ofert.

6) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

W ocenie Odwołującego w omawianym przypadku, w świetle przedstawionego wyżej stanu faktycznego, doszło do stworzenia przez Zamawiającego warunków do uzyskania przez Konkurenta nieuczciwej i niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej, albowiem Zamawiający akceptował fakt zmiany sposobu wykazania spełnienia warunków udziału w Przetargu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Robson R. C. z siedzibą w Warszawie, którywniósł o oddalenie odwołania i wskazał na następujące okoliczności:

1)Jednocześnie zarzutu naruszenia art.24 ust. 1 pkt 12) ustawy ustawy Pzp stwierdził, że wszystkie osoby wymienione w „Wykazie osób”, oddelegowane przez Przystępującego do realizacji zamówienia łączy bezpośredni stosunek prawny z Przystępującym. Realizacja zamówienia z udziałem osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia nie stanowi realizacji zamówienia poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego „W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok KIO/UZP 766/09, KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09”).

Ugruntowane w tym zakresie stanowisko orzecznicze znajduje odzwierciedlenie również w nowszych judykatach Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku KIO 1972/18 uznano, że: „(...) zatrudnienie osoby na podstawie umowy zlecenia nie stanowi korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Decydujące jest to, czy wykonawca dysponuje daną osobą w sposób bezpośredni czy pośredni. Zawarcie umowy zlecenia powoduje, iż między zleceniodawcą a zleceniobiorcą powstaje stosunek dysponowania bezpośredniego, co oznacza iż wykonawca będzie realizował zamówienia z udziałem zasobów własnych.”

2)W kontekście powyższych rozważań jako całkowicie chybiony jawi się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp. Dla zastosowania ww. przepisu muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: . 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wprowadzenie zamawiającego w błąd polegać może na

przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią wykazu robót budowlanych, a rzeczywistością. Przedstawione przez odwołującego informacje nie zostały potwierdzone przez podmiot, na rzecz którego prace zostały wykonane, a także materiał dowodowy wprost wykazał, że nie były to prace, których wykonanie oświadczone w wykazie. Do przedstawienia nieprawdziwych informacji doszło w warunkach winy nieumyślnej, z powodu daleko niedbałego działania odwołującego, którego czynności należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności, ponieważ jak wynika ze złożonej oferty wykonawca od co najmniej kilku lat zawodowo działa na rynku budowlanym, w tym w ramach zamówień publicznych. Odwołujący nie zabezpieczył spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu i lekkomyślnie potwierdził okoliczność nierzeczywistą w złożonym wykazie robót. Informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w przetargu, bowiem dotyczy zdolności wykonania zamówienia, a więc wprost stanowi o sklasyfikowaniu odwołującego jako wykonawcy posiadającego wymaganą w przetargu zdolność podmiotową a przy tym odwołujący zaoferował najkorzystniejszą ofertę w kryteriach oceny ofert. Gdyby odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd miał realne szanse na wygranie postępowania. W konsekwencji powyższego zamawiający miał prawo wykluczyć odwołującego z postępowania, z powodu ziszczenia się przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 Prawa zamówień publicznych (por. wyrok KIO 2045/20).

3) Skoro zarzuty związane ze sposobem, w jaki Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu okazały się bezzasadne, to również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. zasługuje na oddalenie.

4) Co się zaś tyczy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp Przystępujący również nie dostrzeżenie aby Odwołujący wykazał swoje twierdzenia. Nie ulega wątpliwości, iż wniesienie wadium jest czynnością, jaka musi zostać dokonana przed upływem terminu składania ofert. W przypadku, gdy wadium wnoszone jest w pieniądzu (art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp) wykonawca wpłaca na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy Pzp). Podkreślić należy, że wniesienie wadium w pieniądzu jest skuteczne dopiero wtedy, gdy pozostaje w dyspozycji zamawiającego, a za skuteczne wniesienie wadium uważa się moment obciążenia rachunku zamawiającego. Tym samym uznanie rachunku zamawiającego kwotą wadium należy uznać za skuteczne wniesienie wadium - wadium musi być na rachunku bankowym zamawiającego przed upływem terminu składania ofert (por. uchwała KIO z dnia 1 lutego 2019 r., KIO/KD 8/19). Z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się sformułowaniem „wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego”, co nierozdzielnie związane jest z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Tym samym, dopiero odpowiednia kwota znajdująca się na rachunku zamawiającego tytułem wadium przesądza o jego wniesieniu, a skuteczne wniesienie wadium nastąpi wtedy, gdy kwota wadium na rachunku zamawiającego zostanie uznana przed upływem terminu składania ofert. Prawdopodobnie tej konstrukcji znajduje uzasadnienie w regulacjach ustawy - Prawo Bankowe, gdzie w sposób jednoznaczny wskazano, że polecenie przelewu stanowi udzieloną bankowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego (art. 63c ustawy - Prawo bankowe). Tym samym wykonanie przez wykonawcę dyspozycji dokonania polecenia przelewu nie może być utożsamiane z wpłaceniem przelewem na rachunek bankowy kwoty wadium. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wyrażono przekonanie, iż „Prawo zamówień publicznych stanowi część prawa cywilnego, na co wskazuje odesłanie do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego (art. 14 Pzp) do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej, a zatem jest ustawą szczególną w stosunku do ogólnych norm Kodeksu cywilnego.” (wyrok SN z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt: I CSK 448/10). W wyroku z dnia 21 maja 2010 r., IX Ca 297/10, Sąd Okręgowy w Olsztynie zwrócił uwagę, że: „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem termin „wniesienie - zgodnie z art. 45 Pzp - oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego (por. wyrok KIO/UZP 31/08, wyrok KIO/UZP 113/09 i wyrok KIO/UZP 1411/09).” W wyroku z dnia 26 lutego 2015 r., I Ca 235/14, Sąd Okręgowy w Elblągu również uznał, że: „Wniesienie wadium w pieniądzu jest skuteczne tylko w przypadku uznania rachunku bankowego zamawiającego żadaną kwotą wadium (zob. wyroki (...): KIO/UZP (...); KIO/UZP (...); KIO/UZP (...)).”

bazując na powszechnie dostępnych informacjach na temat godzin rozliczeń międzybankowych w systemie Elixir prowadzonym przez Krajową Izbę Rozliczeniową rzeczywicie można dojść do wniosku, że wpłata wadium dokonana przelewem zleconym w dniu 17 grudnia 2020 r. z rachunku Odwołującego w ING Banku Śląskim mogła nie zostać zaksięgowana na rachunku Zamawiającego w PKO Banku Polskim do godz. 10:00 w dniu 18 grudnia 2020 r. (otwarcie ofert).

Wykonawca podał także, że Przystępujący posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego gdyż oddalenie odwołania jest konieczne dla zachowania szans Przystępującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego (oferta Przystępującego została uznana za ofertę najkorzystniejszą w tym postępowaniu).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł także o jego oddalenie wskazując w szczególności:

I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004r., wskazał: Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 18.12.2020 r. o godz. 10.00. Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający w SIWZ wymagał wniesienia wadium w kwocie 6000 zł i dołączenia do oferty potwierdzenia wniesienia wadium (część VII). Zamawiający wskazał numer rachunku bankowego, celem dokonania przelewu (jeśli wykonawca wybierze wniesienie wadium w formie pieniężnej) oraz podał, że wadium wniesione w pieniądzu musi wpłynąć na konto Zamawiającego do upływu terminu składania ofert. Bezsprzeczne jest, że wg stanu na dzień 18.12.2020 r. godz. 10:00, na rachunku bankowym Zamawiającego znajdowały się środki uiszczone przelewem w dniu 16.12.2020 r. wyłącznie przez Przystępującego w kwocie 6.000 zł. Wadium wpłacone przez Przystępującego wpłynęło na konto Zamawiającego przed dniem otwarcia ofert (18.12.2020 r.), tj. w dniu 16.12.2020 r. Dowód: 1) potwierdzenie wykonania operacji wpłaty wadium przez Przystępującego w kwocie 6.000 zł z dnia 16.12.2020 r. — dokument elektroniczny wystawiony przez Bank Millennium S.A.; 2) potwierdzenie wykonania operacji wpłaty wadium przez Odwołującego się w kwocie 6.000 zł z dnia 17.12.2020 r. — dokument elektroniczny wystawiony przez ING Bank Śląski S.A.; 3) historia bieżąca z rachunku bankowego Zamawiającego z datą wydruku na dzień 18.12.2020 r., godz. 10:47) — dokument elektroniczny wystawiony przez Bank Zamawiającego PKO BP S.A.; 4) historia bieżąca z rachunku bankowego Zamawiającego z datą wydruku na dzień 18.12.2020 r., godz. 14:54) - — dokument elektroniczny wystawiony przez Bank Zamawiającego PKO BP S.A.; 5) wpływ

na rachunek — szczegóły transakcji zrealizowanej - — dokument elektroniczny wystawiony przez Bank Zamawiającego PKO BP S.A., wydruk z dnia 18.12.2020 r., godz. 14:47. Z powyższych dokumentów wynika, że wadium wniesione przez Odwołującego wpłynęło na rachunek bankowy Zamawiającego w dniu 18.12.2020 r. po godz. 10:00. Jak wynika bowiem z historii wyszukiwania wpłat pod kątem uznania rachunku bankowego Zamawiającego kwotą 6.000 zł wg daty od dnia 14.12.2020 do dnia 18.12.2020, wg stanu wydruku na godz. 10:47, na rachunku bankowym widoczna jest kwota wadium wpłacona wyłącznie przez Przystępującego, która widnieje na rachunku bankowym Zamawiającego już od dnia 16.12.2020, zaś w dniu 18.12.2020 wg stanu wydruku na godz. 14:54 widnieją już dwie kwoty wpłacone przez wykonawców, tj. i przez Odwołującego i przez Przystępującego. Powyższe dokumenty wskazują jednoznacznie, że kwota wadium wpłacona przez Odwołującego wpłynęła z naruszeniem przepisu art. 45 ust. 3 ustawy PZP z 2004. Oznacza to, że wadium wniesione przez Odwołującego nie zostało wniesione skutecznie. Zamawiający podziela dość jednolite stanowisko wyrażone zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie, zgodnie z którym nie jest wystarczające samo dokonanie zlecenia przelewu wymaganej kwoty na rachunek Zamawiającego. Przepisy ustawy PZP z 2004 nie wiążą bowiem żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu konieczne jest uznanie na rachunku bankowym Zamawiającego należnej kwoty wadium przed upływem terminu składania ofert. I Podobną opinię wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wielu wyrokach, w szczególności KIO 2584/17, KIO 2584/17, KIO 217/17 oraz w uchwale z dnia 1.02.2019 r., sygn. akt KIO/KD 8/19: „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Natomiast złożenie dyspozycji przelewu określonej kwoty pieniężnej nie jest wystarczające do uznania wniesienia wadium. Jego skuteczność następuje dopiero w przypadku uznania rachunku bankowego Zamawiającego należną kwotą wadium. Wniesienie wadium jest bowiem czynnością faktyczną, a nie prawną i oznacza, że wraz z upływem terminu składania ofert winna być czynnością dokonaną. Tym samym, dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu występuje konieczność uznania rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium przed upływem terminu składania ofert. Samo zadysonowanie określonej kwoty pieniężnej w postaci zlecenia przelewu kwoty wadium na rachunek Zamawiającego tego wymogu nie spełnia. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych w tym zakresie nie wiążą żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Złożenie dyspozycji przelewu przez wykonawcę nie zabezpiecza więc w sposób należyty interesu Zamawiającego. Zamawiający w sytuacji wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustawie - Prawo zamówień publicznych, nie dysponowałby kwotą wadium oraz nie mógłby skutecznie zaspokoić swoich roszczeń. Czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być więc utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu.”

Mając powyższe na uwadze, uzasadnienie Odwołującego, że wadium zostało wpłacone przez niego na rachunek bankowy Zamawiającego w czasie, który zapewnił jego wniesienie we właściwym terminie nie ma, w świetle powyżej wskazanego przepisu, żadnego znaczenia.

II. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., wskazał:

Przystępujący w ofercie (oświadczeniu składanym jako załącznik do oferty) podał, że nie polega na zasobach innych podmiotów, ani nie polega na podwykonawcach, jak również oświadczył, że nie podlega wykluczeniu. Oświadczenie to jest kompatybilne z dokumentami złożonymi na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w SIWZ nie żądał od wykonawców, aby przedstawili, że podstawą do dysponowania osobami wykonującymi przedmiot umowy jest umowa o pracę. W dokumencie pod nazwą „Wykaz osób”, datowanym na dzień 21.12.2020 r. Przystępujący podał, że z osobami fizycznymi, które będą wykonywać przedmiot zamówienia łączyć go będzie umowa zlecenia. Dysponowanie potencjałem podmiotów trzecich odnosi się do przypadku, gdy wykonawca polega, w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej na osobach, które pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich, a nie w dyspozycji samego wykonawcy. W konsekwencji badanie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu nie odnosi się do osób pozostających w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy. W tym stanie rzeczy Zamawiający posiłkuje się aktualną opinią Urzędu Zamówień Publicznych, w której rozróżniono dwa sposoby dysponowania zasobem podmiotów trzecich: a) pośrednie — gdy wykonawca powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami, b) bezpośrednio gdy wykonawca samodzielnie dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednio). Cytowana opinia – zdaniem wykonawcy - wskazuje, że: „Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. O tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą). W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyr. KIO/UZP 766/09, KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09). O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim (argument z art. 26 ust. 2b). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. W niniejszym przypadku, w odniesieniu do osób wskazanych w dokumencie „Wykaz osób”, mamy więc do czynienia z tzw. dysponowaniem bezpośrednim. W tym kontekście uzasadnione jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia, że nie będzie on korzystał przy realizacji zamówienia z podmiotów trzecich, co niniejszym uczynił. Przywołana opinia rozstrzyga zatem problem podniesiony w zarzucie przez Odwołującego, że dysponowanie na podstawie umowy zlecenia osobą wskazaną na stanowiska (tutaj: hydraulika, elektryka, spawacza, wskazanych w „Wykazie osób”) nie jest interpretowane w kategoriach powoływania się na zasób podmiotów trzecich, a w konsekwencji nie rodzi obowiązku weryfikacji takiej osoby pod kątem braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. W świetle powyższego, wskazać należy, że nie doszło do zmiany oświadczeń składanych wraz z ofertą w stosunku do załączonych na dzień 21.12.2020 r. dokumentów, a zatem również ten zarzut Odwołującego, w ocenie Zamawiającego, jest chybiony.

III. odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., stwierdził:

Ten zarzut należy rozpatrywać w połączeniu z analizą i odpowiedzią na zarzut Odwołującego w zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, wskazany w pkt II powyżej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące Zamawiającego do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga ustalenia: 1) czy Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, 2)

czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.” Pomocnym w ustaleniu, czy w niniejszym postępowaniu zaistniały powyższe okoliczności jest wyrok KIO 782/17), w którym Izba stwierdziła, że „Kwalifikacja prawna pojęć lekkomyślności i niedbalstwa na gruncie Pzp stanowi złożone zagadnienie, z uwagi na fakt, że są one znane prawu karnemu, a prawo cywilne odwołuje się jedynie do pojęcia niedbalstwa. Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 Pzp przepisy kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia”. Podtrzymując uzasadnienie do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 (wskazane w pkt II uzasadnienia), Zamawiający wskazuje, że nie stwierdził zaistnienia w niniejszym postępowaniu uchybień po stronie Przystępującego, które polegałyby na zaistnieniu sprzeczności pomiędzy treścią oferty, a dołączonymi załącznikami, w tym Wykazem osób. Ponadto, brak jest podstaw do stwierdzenia aby działania Przystępującego skutkowały wprowadzeniem w błąd Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący nie wykazał na czym konkretnie owe wprowadzenie w błąd przez Przystępującego miałyby polegać. Niezależnie od powyższego, z uwagi na uznanie za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z 2004, również i ten zarzut w ocenie Zamawiającego jest chybiony.

IV. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 stwierdził:

Podtrzymując stanowisko wskazane w pkt II i III niniejszego uzasadnienia Zamawiający oświadcza, że bezzasadnym jest podnoszenie przez Odwołującego, w świetle powyższej argumentacji, zarzutu nierównego traktowania wykonawców biorących udział w przetargu. „Zasada równego traktowania wykonawców, jak wyjaśnił SO w Bydgoszczy, oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert (wyrok KIO 1567/13). Z kolei „(. . .) przepis art. 7 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 obliguje Zamawiającego do zapewnienia udziału w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania oraz jego przeprowadzeniem osobom gwarantujących bezstronność i obiektywizm. Wyrażona w tym przepisie zasada jest gwarancją prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Realizacją tej zasady jest art. 17 ust. 1, określający okoliczności, w których osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu (. . .)” Stawianie Zamawiającemu zarzutu braku obiektywizmu, bezstronności oraz nierównego traktowania wykonawców jest poważnym zastrzeżeniem w zakresie prawidłowego przeprowadzenia całego postępowania. Z powagą stawianych zarzutów powinien liczyć się Odwołujący. Tymczasem Odwołujący nie przedstawia na tę okoliczność żadnego uzasadnienia. Jednocześnie zarzuty związane ze sposobem wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu zostały w ocenie Zamawiającego uznane za bezzasadne. Powyższe powoduje, że również i niniejszy zarzut zasługuje na oddalenie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu], do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w niniejszej sprawie w postępowaniu odwoławczym, stosowała przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r., jednakże dla oceny zasadności zarzutu zastosowanie miały w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na datę jego wszczęcia w dniu 10 grudnia 2020 r. przepisy wskazywanej ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba, odnosząc się do zarzutów podnoszonych w odwołaniu wobec oferty wykonawcy Przystępującego (R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Robson R. C.) stwierdza, że te zarzuty nie są zasadne.

Złożony przez Przystępującego Wykaz osób potwierdza, że ten wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w przetargu, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia. Izba podzieliła pogląd Przystępującego jak i Zamawiającego, że realizacja zamówienia z udziałem osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia (także z osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą) nie stanowi (jak twierdził Odwołujący) realizacji zamówienia poprzez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, czy też realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy. Zawarcie umowy zlecenia powoduje, że między zleceniodawcą a zleceniobiorcą powstaje stosunek dysponowania bezpośredniego, co oznacza iż wykonawca będzie realizował zamówienia z udziałem zasobów własnych, a nie z udziałem podwykonawcy. Przystępujący w ofercie (oświadczeniu składanym jako załącznik do oferty) podał, że nie polega na zasobach innych podmiotów, ani nie polega na podwykonawcach, co potwierdził stosownym Wykazem osób. W tym wykazie datowanym na dzień 21.12.2020 r. Przystępujący podał, że z osobami fizycznymi, które będą wykonywać przedmiot zamówienia łączyć go będzie umowa zlecenia. Zatem złożone oświadczenie o spełnianiu warunków jest kompatybilne z dokumentami złożonymi na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwie Zamawiający w specyfikacji nie żądał od wykonawców, aby podstawą do dysponowania osobami wykonującymi przedmiot umowy była umowa o pracę. Nie wykluczył także możliwości dysponowania osobami fizycznymi, które prowadzą działalność gospodarczą, na podstawie umowy zlecenia. Odwołujący nie wykazał także, że dysponowanie taką osobą jest niezgodne z przepisami prawa w tym z ustawą Pzp. Tym samym powyższe ustalenia nie potwierdzają zarzutu odwołania, że doszło do zmiany oświadczeń składanych wraz z ofertą w stosunku do załączonych na dzień 21.12.2020 r. dokumentów.

W konsekwencji podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 i pkt 17 ustawy Pzp nie są

zasadne. Tym samym nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 i 2 ustawy Pzp związany ze sposobem wykazania przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp i podnoszony w związku z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem wybór dotyczy wykonawcy, który spełnił warunek, a zatem brak było podstaw do unieważnienia przetargu na wskazywanej podstawie prawnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia wobec oferty Odwołującego art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp Izba stwierdza, że ten zarzut nie jest zasadny, albowiem w dniu 18.12.2020 r. do godz. 10.00, a zatem do upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium nie zostało przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutecznie wniesione. Z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego bezspornie wynika, że wadium Odwołującego wpłynęło na rachunek bankowy Zamawiającego w dniu 18.12.2020 r. po godz. 10:00. Tak jak wskazywał Zamawiający, (...) *w historii wyszukiwania wpłat pod kątem uznania rachunku bankowego Zamawiającego kwotą 6.000 zł wg daty od dnia 14.12.2020 do dnia 18.12.2020, wg stanu wydruku na godz. 10:47, na rachunku bankowym widoczna jest kwota wadium wpłacona wyłącznie przez Przystępującego, która widnieje na rachunku bankowym Zamawiającego od dnia 16.12.2020, zaś w dniu 18.12.2020 wg stanu wydruku na godz. 14:54 widnieją już dwie kwoty wpłacone przez wykonawców, tj. i przez Odwołującego i przez Przystępującego*. Powyższe dokumenty wskazują bezspornie, że kwota wadium wpłacona przez Odwołującego wpłynęła na konto Zamawiającego po wymaganym terminie, co oznacza, że wadium nie zostało wniesione przez Odwołującego skutecznie. Tak jak stwierdził Zamawiający, dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu konieczne jest uznanie rachunku bankowego zamawiającego należną kwotą wadium przed upływem terminu składania ofert. Samo zadysponowanie określonej kwoty pieniężnej w postaci zlecenia przelewu kwoty wadium (w tym przypadku 17.11.2020 r.) na rachunek Zamawiającego tego wymogu nie spełnia. Przepisy ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. nie wiążą w tym zakresie żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Złożenie dyspozycji przelewu przez wykonawcę nie zabezpiecza bowiem na gruncie Pzp w sposób należyty interesu Zamawiającego, który w sytuacji wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustawie Pzp potencjalnie mógł nie dysponować kwotą wadium, a tym samym nie mógłby skutecznie zaspokoić z tego tytułu roszczeń. Zatem czynność stanowiąca polecenie wykonania przelewu nie może być utożsamiana z pojęciem wniesienia wadium w pieniądzu w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp jest niezasadny.

Dodatkowo Izba stwierdza, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności dotyczące przetargów w przedmiocie tego samego zamówienia, które to przetargi zostały unieważnione były bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte w dniu 10 grudnia 2020 r.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437.

.....