

Warszawa, dnia 21.10.2024 roku

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Zamawiający:**  
**Teatr Polski we Wrocławiu**  
**Ul. Gabrieli Zapolskiej 3**  
**50-032 Wrocław**  
NIP nr 896-000-50-29  
Fax nr +48 71 316 07 01-02  
Email: sekretariat@teatrpolski.wroc.pl

**Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie:**

**1) Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o.,**  
ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa,  
KRS nr 0000043331

**2) Seris Konsalnet Security sp. z o.o.,**  
ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa,  
KRS nr 0000043331

Reprezentowani przez:  
Beatę Żmudzką – pracownika obu wykonawców  
Adres dla doręczeń jak dla wykonawców  
Email: beata.zmudzka@konsalnet.pl

**Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP w dniu 8.08.2024 roku pod nr 2024/BZP 00450563**

**Przedmiot zamówienia: „Ochrona osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu” nr postępowania ZP/TP/3/2024**

## **ODWOŁANIE**

Niniejszym, na podstawie art. 505 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), działając na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. i Seris Konsalnet Security sp. z o.o. (dalej: Odwołujący”), wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego – Teatr Polski we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „**Ochronę osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu**” (dalej: „Postępowanie”).

**Niniejsze odwołanie wnoszone jest wobec czynności polegających na unieważnieniu postępowania.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

**Art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 70(5) § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez ich błędne zastosowanie i przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z faktem, że strona przyszłej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami podczas, gdy sytuacja taka nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu a dodatkowo Zamawiający wbrew własnym twierdzeniom prawidłowo określił wymagania w zakresie wymogu realizacji umowy przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy.

Podnosząc wskazane zarzuty, wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

#### **Termin na wniesienie odwołania**

Informacje o czynności unieważnienia, Odwołujący powziął w dniu 17.10.2024r.

Tym samym, odwołanie zostało wniesione z dochowaniem terminu wskazanego w art. 515 ust. 1 pkt a) ustawy Pzp.

#### **Naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę w postępowaniu, która – gdyby Zamawiający podjął czynności zgodne z ustawą Pzp, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący został już wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie Zamawiającego powoduje, że Odwołujący ponosi szkodę w postaci braku możliwości pozyskania zamówienia.

### **UZASADNIENIE**

#### **STAN FAKTYCZNY**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie.
2. W dniu 29.08.2024r., Zamawiający po raz pierwszy poinformował uczestników o unieważnieniu postępowania powołując jako podstawę prawną art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym wskazał m.in., że zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek określenia w dokumentach zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudniania przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w

zakresie realizacji zamówienia jeśli czynności te zawierają cechy stosunku pracy.

3. Zamawiający uznał, że w niniejszym przypadku wskazane w dokumentacji postępowania czynności zostały określone zbyt wąsko co stanowi naruszenie przepisu art.95 ust.1 ustawy Pzp, gdyż wskazał, iż na podstawie stosunku pracy mają być zatrudnione osoby wykonujące czynności obsługi administracyjnej kontraktu. W konkluzji Zamawiający wskazał, że takie skutkuje unieważnieniem umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
4. Odwołujący wniósł na powyższą czynność odwołanie i wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.09.2024r. w sprawie sygn. akt KIO 3216/24, Izba uwzględniła w całości odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
5. W dniu 17.10.2024r., Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i w tym samym dniu ponownie unieważnił postępowanie.
6. Tym razem, Zamawiający w podstawie unieważnienia wskazał jako podstawę prawną art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp oraz rat. 70(5) § 1 k.c. a w uzasadnieniu faktycznym wskazał na te same argumenty jak w poprzednim unieważnieniu, odnosząc je jednak do przesłanki unieważnienia wskazanej w art. 70(5) § 1 k.c. podnosząc, że brak określenia w dokumentach zamówienia, że pracownicy ochrony mają być zatrudnieni na podstawie umowy o pracę jest sprzeczne z prawem.
7. W pkt 12.1 SWZ, Zamawiający wskazał:  
„Stosownie do dyspozycji art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wymaga, aby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca lub Podwykonawca zatrudniał na podstawie stosunku pracy, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r.- Kodeks pracy (tj. Dz.U z 2019 r. poz. 1320), osoby wykonujące czynności obsługi administracyjnej kontraktu.”
8. W odpowiedziach na pytania Wykonawców z dnia 14.08.2024r., Zamawiający wskazał:  
**PYTANIE 16:**  
Czy wszystkie roboczogodziny powinny być wypracowane w oparciu o umowę o pracę?  
**Odpowiedź:** Tylko osób, dla których wymagane jest zatrudnienie w oparciu o umowę o pracę w niniejszym postępowaniu.

Oraz

**PYTANIE 40:**

Czy Zamawiający dopuszcza dowolną formę zatrudnienia dla pracowników ochrony np. umowa zlecenie?

**Odpowiedź:** TAK

## **ARGUMENTACJA DOT. ZARZUTU**

9. Decyzja Zamawiającego jest błędna i nie znajduje oparcia w przepisach prawa.
10. Zgodnie z art. 255 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w razie zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek wskazanych w tym przepisie.
11. Zgodnie z pkt 6 przywołanego przepisu, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

12. Zgodnie z art. 70(5) § 1 k.c.:

„Organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie.”

13. W ocenie Odwołującego, Zamawiający na gruncie przepisów ustawy Pzp, nie ma możliwości unieważnienia postępowania odwołując się do dyspozycji art. 70(5) k.c., pomimo brzmienia art. 457 ust. 5 ustawy Pzp.
14. Stanowisko wskazane w tezie nr 13 wynika z faktu, że w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp ustawodawca w sposób wyraźny odniósł normę do przypadków, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega obligatoryjnemu unieważnieniu. Świadczy o tym użyte w przepisie sformułowanie „niepodlegającej unieważnieniu”.
15. W art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał natomiast pięć przypadków obligatoryjnego, a więc nie podlegających ocenie, unieważnienia umowy i to unieważnienia umowy od momentu jej zawarcia. W istocie rzeczy, ewentualny wyrok w sprawie unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem przepisów art. 457 ust. 1 pkt 1 – 5 ma charakter deklaratoryjny.
16. Odmienne rzecz się ma w odniesieniu do art. 70(5) k.c., gdzie wyrok sądu ma zawsze charakter konstytutywny.
17. W ocenie Odwołującego odwołanie w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp do art. 70(5) k.c. ma logiczne i uzasadnione podstawy, **co jednak nie oznacza**, że przesłanki wskazane w tym przepisie mogą stanowić podstawę unieważnienia postępowania.
18. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: „Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”
19. Brak zatem wskazania w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70(5) k.c. powodowałby w świetle normy zawartej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, brak możliwości takiego działania, gdyż **„unieważnienie”** umowy w sprawie zamówienia publicznego zostało autonomicznie uregulowane w ustawie Pzp. Innymi słowy w razie braku art. 457 ust. 5 w ustawie Pzp, podmioty uprawnione wskazane w art. 70(5) k.c. nie mogłyby żądać unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn wskazanych w tym przepisie.
20. Tym samym, zdaniem Odwołującego przywołanie art. 70(5) k.c. w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp było konieczne, ale w żadnym razie nie należy „włączać” możliwości unieważnienia umowy na podstawie art. 70(5) k.c. do normy wskazanej w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.
21. Za powyższym stanowiskiem tj. braku możliwości powoływania się przy unieważnieniu postępowania w związku z dyspozycją art. 70(5) k.c. przemawia również fakt, że w odniesieniu do tego przepisu organ władnym do wydania rozstrzygnięcia w tej sprawie jest wyłącznie sąd powszechny, a zatem rozstrzyganie czy konkretna umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu na podstawie art. 70(5) k.c. leży poza

kognicją Krajowej Izby Odwoławczej (vide art. 554 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp). Przyjmując pogląd przeciwny, należałoby uznać, że Izba orzekając w sprawie unieważnienia postępowania musiałaby w zastępstwie sądu powszechnego „wydać wyrok” w sprawie ewentualnego unieważnienia umowy w oparciu o art. 70(5) k.c., do czego nie jest uprawniona.

22. Reasumując, w ocenie Odwołującego podstawa unieważnienia postępowania w odniesieniu do art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, może być tylko i wyłącznie wykazanie, że zachodzi którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, ale nie może stanowić takiej przesłanki możliwość unieważnienia umowy na podstawie art. 70(5) k.c. tym bardziej, że przepis ten wskazuje jedynie na możliwość a nie obligatoryjność unieważnienia umowy.
23. Abstrahując na ten moment od oceny Zamawiającego w zakresie naruszenia przez niego dyspozycji art. 95 ustawy Pzp, o czym będzie mowa poniżej, Odwołujący wskazuje z uwagi na restrykcyjny charakter postanowień w zakresie unieważnienia postępowania oraz unieważnienia umowy, które dają przecież prawo unicestwienia stosunku zobowiązaniowego, nie można stosować do nich jakiegokolwiek wykładni rozszerzającej.
24. Przyjmując z daleko posuniętej ostrożności, że jednak możliwe jest unieważnienie postępowania z odwołaniem się do art. 70(5) k.c., Odwołujący wskazuje, że z przywołanego powyżej przepisu kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami musiało mieć wpływ na wynik postępowania.
25. Zamawiający, powołując się zatem na przesłankę wynikającą z art. 70(5) k.c. oprócz wykazania, że – w tym przypadku - jego działanie było sprzeczne z prawem, musi jednocześnie wykazać, że miało wpływ na wynik postępowania.
26. W uzasadnieniu unieważnienia, Zamawiający całkowicie zaniechał wykazania drugiej przesłanki wskazanej w przepisie, co jest o tyle oczywiste, gdyż taka przesłanka w niniejszej sprawie nie zachodzi.
27. Wbrew bowiem twierdzeniom Zamawiającego, w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny opisano wymagania w zakresie realizacji umowy przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy poprzez wskazanie w pkt 12.1 SWZ, wykonywanie których czynności będzie objęte takim obowiązkiem oraz udzielając jednoznacznej odpowiedzi na pyt. nr 40, że obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy nie dotyczy ochroniarzy i w stosunku do tych osób wykonawcy mają pełną swobodę tj. mogą zatrudniać takie osoby na podstawie umowy zlecenia.
28. Brak jest zatem podstaw do uznania, że w tym zakresie wymagania Zamawiającego były sformułowane w sposób nieprecyzyjny czy niepełny.
29. Wszyscy uczestnicy postępowania otrzymali od Zamawiającego te same informacje, nie budziły one żadnych wątpliwości uczestników i na podstawie tych informacji zostały przygotowane przez uczestników oferty w postępowaniu. Budzi zatem uzasadnione wątpliwości stwierdzenie Zamawiającego, że udzielenie zamówienia w tym stanie faktycznym i prawnym naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.
30. Za całkowicie nieudowodnione przy tym należy uznać również stwierdzenie Zamawiającego, że inni uczestnicy uwzględnili w swoich ofertach obowiązek zatrudnienia ochroniarzy na podstawie stosunku pracy.
31. Z zestawienia ofert w niniejszym postępowaniu oraz stawek zaoferowanych przez poszczególnych uczestników, wynika raczej wniosek przeciwny do twierdzeń Zamawiającego

- tj., że właśnie wszyscy wykonawcy skalkulowali oferty uwzględniając brak wymogu zatrudniania ochroniarzy na podstawie stosunku pracy.
32. Podnieść przy tym należy, że Zamawiający, jedynie na 3 stronie (ostatni akapit) uzasadnienia decyzji o unieważnieniu wskazuje enigmatycznie, że „Przyjąć zatem należy, iż to działanie Zamawiającego wywołało skutek w postaci zmiany zaistniałego wyniku przetargu w stosunku do wyniku, który wystąpiłby, gdyby takie oddziaływanie nie miało miejsca.”, przy czym nie jest jasne o czym Zamawiający pisze w tym fragmencie uzasadnienia.
  33. Jak wskazano bowiem powyżej, wszyscy wykonawcy otrzymali dokładnie te same informacje od Zamawiającego w odniesieniu do wymagań wynikających z art. 95 ustawy Pzp i nie ma w tym zakresie żadnych wątpliwości, gdyż zostały one jednoznacznie wyjaśnione w toku postępowania poprzez udzielenie odpowiedzi na pyt. nr 16 i 40.
  34. Warto również zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt, świadczący o tym, że argumentacja Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna i pozbawiona logiki. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji w drugim akapicie od końca, wskazuje, że dopiero po otwarciu ofert „wykrył błąd” w SWZ. Już ten fakt należy uznać za absurdalny, ponieważ w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, wykonawcy zadawali pytania w zakresie konieczności zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, więc miał świadomość tego zagadnienia. Natomiast, co ciekawsze, Zamawiający po otwarciu ofert wskazał, że planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2.400.000 zł, co przy wymaganiu zatrudnienia na podstawie stosunku pracy oznaczałoby, że każda oferta, aby zmieścić się w tej kwocie, podlegałaby odrzuceniu z powodu niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa w sprawie minimalnego wynagrodzenia. Minimalny koszt pracownika na podstawie stosunku pracy to obecnie kwota 36,21 zł, co przy zakładanej liczbie roboczogodzin w miesiącu i długości kontraktu, daje kwotę ok. 2,5 mln PLN netto.
  35. Niezależnie jednak od powyższego, Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że Zamawiający nie wykazał w żaden sposób jak jego wymagania w odniesieniu do wypełnienia dyspozycji art. 95 ustawy Pzp, wpłynęły konkretnie na wynik tego konkretnego postępowania.
  36. Odnosząc się natomiast do kwestii, czy w ogóle doszło do naruszenia dyspozycji art. 95 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie takie naruszenie nie nastąpiło. W toku poprzedniego postępowania, Odwołujący w ogóle nie odnosił się do tej kwestii, gdyż była ona zupełnie irrelevantna z punktu widzenia postawionego zarzutu.
  37. W ocenie Odwołującego z takim naruszeniem jednak nie mamy do czynienia w realiach przedmiotowej sprawy.
  38. Zgodnie bowiem z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp: „Zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 oraz z 2024 r. poz. 878 i 1222).”
  39. W uzasadnieniu unieważnienia, Zamawiający odwołuje się w tym zakresie m.in. do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej czy stanowiska Prezesa UZP. W szczególności w odniesieniu do stanowiska Prezesa UZP, Zamawiający podnosi, że jest ono jednoznaczne i nakazuje przyjąć, że pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez m.in. ochroniarzy.
  40. Odwołujący wskazuje, że abstrahując od tego, że opinia Prezesa UZP stanowi tylko i wyłącznie

opinię a nie normę prawa bezwzględnie obowiązującą, to również sama opinia w tej kwestii nie jest jednoznaczna, gdyż w przywołanym, pogrubionym i podkreślonym fragmencie opinii wskazanym w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, Prezes UZP wskazał jedynie, że „co do zasady”, a nie zawsze takie czynności będą miały charakter pracowniczy.

41. Nawet z bogatego orzecznictwie sądów powszechnych z zakresu problematyki prawa pracy absolutnie nie wynika teza, że wykonywanie czynności ochrony oznacza, że osoba realizująca takie świadczenie musi być zawsze zatrudniona na podstawie stosunku pracy.
42. Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający w żadnym miejscu swojego uzasadnienia, oprócz przytoczenia wzmiankowanej opinii Prezesa UZP, nie wykazuje dlaczego – w jego ocenie – w tym konkretnym postępowaniu, przy konkretnie sformułowanym opisie przedmiotu zamówienia oraz konkretnych postanowieniach projektu umowy, wykonywanie czynności ochroniarskich musi być wykonywane przez osoby na podstawie stosunku pracy. Za niewystarczające należy uznać przywołanie w tym zakresie opinii Prezesa UZP czy odwoływanie się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, natomiast jakakolwiek próba uzasadnienia tej decyzji na obecnym etapie nie powinna być brana pod uwagę przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż to argumentacja wskazana w decyzji o unieważnieniu wyznacza zarzuty i ramy postępowania odwoławczego.
43. Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) Kopie pełnomocnictw wraz z opłatą skarbową;
- 2) Informacje z KRS dot. Odwołującego;
- 3) Dowód uiszczenia wpisu;
- 4) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;