

Warszawa, dnia 03.09.2024 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 0000061197

Reprezentowani przez:
Beatę Żmudzką – pracownika obu wykonawców
Adres dla doręczeń jak dla wykonawców
e-mail: b.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 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 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 możliwością udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy polegającym na braku wskazania w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności z zakresu ochrony podczas, gdy okoliczność ta nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania;

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 29.08.2024r.

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 poinformował uczestników o unieważnieniu postępowania.
3. W decyzji o unieważnieniu, Zamawiający powołał 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.

4. 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.
5. Zdaniem Zamawiającego „Nie wyeliminowanie błędu przez Zamawiającego na etapie postępowania przed otwarciem ofert uniemożliwia podjęcie na tym etapie postępowania działania innego niż unieważnienie postępowania, tym bardziej że przedmiotowa sytuacja miała bezpośredni i znaczący wpływ na przygotowanie ofert cenowych przez Wykonawców. Zawarcie umowy w kształcie przyjętym w SWZ stanowiłoby niewątpliwie naruszenie przepisów Ustawy Pzp co w szczególności skutkowałoby groźbą unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego stosownie do przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.”
6. 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.”
7. 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

8. Decyzja Zamawiającego jest błędna i nie znajduje oparcia w ustawie Pzp.
9. 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.
10. 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.
11. Zakładając jakąkolwiek racjonalność ustawodawcy oraz zasady techniki prawodawczej,

należy uznać, że zgodnie tym przepisem w postępowaniu musi być stwierdzona taka wada, oczywiście niemożliwa do usunięcia, która spowoduje, że zawarta umowa będzie unieważniona.

12. Zwrócić przy tym należy uwagę, że ustawodawca wprost odwołał się w tym przepisie do instytucji prawnej „unieważnienia umowy”, która została zdefiniowana poprzez wskazanie katalogu zamkniętego w art. 457 ustawy Pzp przypadków, w których umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Znamienne przy tym jest, że ustawodawca w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp nie odwołał się do możliwości odstąpienia od umowy, czy jej nieważności, tylko konkretnie do „unieważnienia umowy”. Przyjmując zatem jakąkolwiek racjonalność ustawodawcy oraz zasady techniki prawodawczej, stwierdzić należy, że aby możliwym było zastosowanie przesłanki wskazanej w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, koniecznym jest równoczesne wykazanie którejkolwiek przesłanki wskazanej w art. 457 ustawy Pzp.
13. W art. 457 ustawy Pzp wskazany jest katalog zamknięty podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego i z uwagi na restrykcyjny charakter tych postanowień, które dają przecież prawo unicestwienia stosunku zobowiązaniowego, nie można stosować do nich jakiegokolwiek wykładni rozszerzającej.
14. Z treści uzasadnienia faktycznego unieważnienia wynika, że Zamawiający „upatruje” podstawę ewentualnego unieważnienia umowy w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
15. Decyzja taka jest błędna a uzasadnienie nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w tym przepisie.
16. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert.”
17. W przepisie w sposób wyraźny stypizowano, że udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy, które powoduje unieważnienie umowy, polega wyłącznie na braku wykonania obowiązków informacyjnych przez Zamawiającego, a nie jakiegokolwiek naruszenie ustawy przez Zamawiającego.
18. Gdyby intencją ustawodawcy było, aby każde naruszenie ustawy Pzp mogło stanowić podstawę unieważnienia umowy, to zbędny byłby zamknięty katalog przesłanek wskazanych w całym art. 457 ustawy Pzp, gdyż wystarczyłoby zamieścić jedno postanowienie w myśl którego, „Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub udzielenia zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy.”. Co oczywiste, nie taka była intencja ustawodawcy.
19. Niewątpliwie celem art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest unieważnienie umowy, która została zawarta z pogwałceniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w związku z tym, że nie każdy potencjalny wykonawca mógł się dowiedzieć w ogóle o postępowaniu o udzielenie zamówienia lub z wprowadzonymi zmianami, które np. powodowałyby, że po zmianach może wziąć udział w postępowaniu lub złożyłby ofertę o innej treści. Natomiast, jeżeli Zamawiający w sposób prawidłowy dokonywał publikacji, to każde inne naruszenie przepisów ustawy Pzp nie może stanowić podstawy unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

20. W zakresie interpretacji art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, warto przywołać również poprzednio obowiązującą ustawę Pzp, gdzie w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp z 2004r., ustawodawca przewidział właśnie bardzo szeroką podstawę unieważnienia umów w sprawie zamówienia publicznego wskazując, że „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.”. Nie bez przyczyny w obecnej ustawie Pzp zrezygnowano z tak szerokiego prawa unieważniania umów w sprawie zamówień publicznych, określając konkretnie wyspecyfikowane przesłanki, które umożliwiają unieważnienie umowy, a do których z całą pewnością nie należy naruszenie jakichkolwiek przepisów ustawy Pzp, nawet jeżeli to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Być może ustawodawca doszedł do przekonania, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawcy stosując środki ochrony prawnej są w stanie wyegzekwować prawidłowe działanie Zamawiającego, ale muszą mieć na to szansę znając np. treść ogłoszenia czy też mieć możliwość wniesienia tych środków przed zawarciem umowy. W przeciwnym razie należałoby uznać, że instytucja środków ochrony prawnej jest w ustawie Pzp zbędna, gdyż każde naruszenie ustawy Pzp będzie skutkowało obligatoryjnym przecież (art. 457 ust. 1 wskazuje na unieważnienia, a nie na możliwość unieważnienia), co do zasady unieważnieniem umowy i wszczęciem nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
21. Konkludując, skoro w przedmiotowej sprawie nie zachodzi przesłanka wskazana w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający dopełnił obowiązków informacyjnych a w uzasadnieniu wyłącznie odwołuje się do naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, to Zamawiający nie miał prawa unieważnić postępowania.
22. W powyższym stanie rzeczy, brak jest podstaw powoływania się na naruszenie norm wynikających z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, jako skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania. Naruszenia w obrębie tych przepisów można jedynie rozpatrywać w kontekście nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które jednak nie wywołują skutków w postaci unieważnienia umowy.
23. Co więcej wskazać należy, że nawet w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp naruszenie musi wywołać jeszcze skutek w odniesieniu do braku publikacji zmian, a mianowicie zmiany muszą mieć wpływ na treść składanych ofert. Jak wskazywano w opisie stanu faktycznego, Zamawiający konsekwentnie wskazywał w toku udzielania wyjaśnień, że osoby wykonujące usługi ochroniarskie mogą być zatrudnione w dowolnej formie np. na podstawie umowy zlecenia. Tak więc wszyscy uczestnicy mieli takie same informacje, na podstawie których mieli przygotować swoje oferty.
24. Tym samym, 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;