

Wrocław, dnia 17.10.2024r.

**Zamawiający:**

Teatr Polski we Wrocławiu  
ul. G. Zapolskiej 3  
50-032 Wrocław

**Wykonawcy w postępowaniu**

**INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

**Dotyczy: OCHRONA OSÓB I MIENIA W OBIEKTACH TEATRU POLSKIEGO WE WROCŁAWIU  
( NR POSTĘPOWANIA - ZP/TP/3/2024)**

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p) Zamawiający zawiadamia, że na podstawie art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. oraz art. 70<sup>5</sup> § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Ochrona osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu*” (nr postępowania – ZP/TP/3/2024), ponieważ postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Uzasadnienie**

Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pierwszy wymagany przepisem art. 255 pkt 6 p.z.p. element dotyczy wystąpienia nieusuwalnej wady postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a zatem takiej, która nie podlega konwalidacji i obciąża postępowanie w sposób nieodwracalny. Mogą to być zarówno nieprawidłowe działania, jak i zaniechania zamawiającego. Takie wady nieusuwalne dotyczyć mogą błędów w SWZ, których nie można modyfikować na etapie postępowania toczącym się po terminie składania ofert. Drugi element wymieniony przepisem art. 255 pkt 6 p.z.p. związany z nieusuwalną wadą dotyczy braku możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, co z kolei powoduje, że jego zastosowanie następuje z uwzględnieniem przesłanek do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Te przesłanki wynikają z art. 457 ust. 1 i ust. 5 p.z.p. Zatem z oceną wady postępowania, musi wiązać się co najmniej uzasadnione przypuszczenie, że dalsze jego prowadzenie nie pozwoli na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3384/23).

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej art. 255 ust. 6 p.z.p. nawiązuje do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast w żaden sposób nie odsyła wyłącznie do art. 457 ust. 1 p.z.p. Z tego też względu ww. przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 ust. 1 p.z.p. Należy jednak zwrócić uwagę, że p.z.p. nie wyłącza możliwości unieważnienia umowy w oparciu o art. 70<sup>5</sup> k.c. na podstawie art. 457 ust. 5 p.z.p. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1808/24).

Zgodnie z art. 70<sup>5</sup> § 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.

W niniejszym postępowaniu wadliwość dokumentacji dotyczyła braku precyzyjnego i zgodnego z przepisami ustawy p.z.p. opisu wymogu realizacji umowy przez osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że wymaga zatrudnienia w ramach stosunku pracy osób wykonujących czynności związane z obsługą administracyjną kontraktu, zupełnie pomijając formę zatrudnienia osób, które będą wykonywać czynności związane z ochroną, co jest niezgodne z art. 95 ust. 1 p.z.p. i art. 99 ust. 1 p.z.p.

Na podstawie art. 95 ustawy p.z.p. Zamawiający jest obowiązany wskazać wszystkie czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy. Wskazuje na to bezpośrednio między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.07.2020 r. (sygn. akt [KIO 1398/20](#)), zgodnie z którym: *"na zamawiającym spoczywa obowiązek przeanalizowania i stwierdzenia, czy czynności konieczne dla realizacji przedmiotu zamówienia z punktu widzenia powyżej przywołanych przepisów Kodeksu pracy powinny być wykonywane w ramach stosunku pracy. Innymi słowy, w ramach opisu przedmiotu zamówienia zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy konkretne czynności muszą być wykonywane w ramach stosunku pracy, czy też mogą być wykonane na podstawie umowy cywilnoprawnej. W razie stwierdzenia, że wykonywanie czynności niezbędnych dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia polega na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., zamawiający nie może odstąpić od określenia w specyfikacji co najmniej zagadnień, o których mowa w art. 36 ust. 2 pkt 8a p.z.p. Co istotne, zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a p.z.p. z powołaniem się na nieposiadanie wystarczającej wiedzy co do tego, jaki rodzaj czynności jest niezbędny dla wykonania zamówienia, które zamierza udzielić. Stąd przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia powinno również obejmować przeprowadzenie analizy w tym zakresie, jako przejawu uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, do czego obliuguje przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 1 p.z.p."* Z kolei Wyrok KIO z 07.07.2020 r. (sygn. akt [KIO 928/20](#)) wskazuje wyraźnie, iż *"odnajdując czynności mające charakter czynności z Kodeksu pracy, zamawiający będzie zobowiązany do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności. Niezgodne z treścią art. 29 ust. 3a p.z.p. byłoby wskazanie tylko niektórych czynności, choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne."*

W niniejszym przypadku wskazane w dokumentacji postępowania czynności zostały określone zbyt wąsko, w szczególności nie został sformułowany wymóg zatrudnienia na umowę o

pracę osób wykonujących usługi ochrony stałej (tj. stanowisko strażnik – portier realizujący dozór fizyczny w trybie zmianowym z zakresem obowiązków określonym odpowiednio w treści Załącznika nr 9 do SWZ oraz Szczegółowym zakresem przedmiotu zamówienia określonym w treści Załącznika nr 1a do SWZ, co stanowi naruszenie przepisu art. 95 ust. 1 p.z.p. Jednoznaczną opinię w kwestii kategorię obowiązków zatrudnienia na umowę o pracę pracowników świadczących usługi ochrony wyraził w aktualnej nadal opinii<sup>1</sup> Urząd Zamówień Publicznych, gdzie jak wskazano "(...) nie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie określał wymagania dotyczące zatrudniania na umowę o pracę. (...) Natomiast, w każdym postępowaniu na usługi lub roboty budowlane na zamawiającym będzie spoczywał ciężar ustalenia, czy takie czynności będą wchodziły w realizację zamówienia. (...) W tym miejscu zasadne jest wskazanie, które czynności w ocenie Urzędu Zamówień Publicznych, co do zasady, mogą polegać na świadczeniu pracy, a które nie. Podnieść należy, że jest to katalog przykładowy i otwarty, a jego konkretyzacja następuje w odniesieniu do stanu faktycznego zamówienia. Co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez personel sprzątający (czynności sprzątkania), czy ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p."

Nieobjęcie obowiązkiem zatrudnienia na podstawie stosunku pracy pracowników ochrony prowadziłoby do zawarcia i realizacji umowy w sposób sprzeczny z prawem, a co za tym idzie skutkowałoby nieważnością zawartej umowy.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia sprzecznie z art. 95 ust. 1 p.z.p. oraz art. 99 ust. 1 p.z.p., tj. w sposób nieprecyzyjny, niepełny i niezgodny z ustawą, oraz dopuszczenie do wykonania przedmiotu zamówienia przez osoby zatrudnione na podstawie umów zlecenia stanowiłoby naruszenie przepisów p.z.p., prawa pracy oraz zasad uczciwej konkurencji. Błędne określenie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu formy zatrudnienia przez wykonawców osób świadczących usługi ochrony, miało istotny wpływ na wynik postępowania i skutkowało różną jego interpretacją przez wykonawców i złożeniem ofert, które nie były porównywalne przy zastosowaniu obiektywnych kryteriów oceny. Przyjęcie różnych form zatrudnienia do realizacji określonych czynności ma bowiem istotne znaczenie dla ustalenia ilości osób niezbędnych do realizacji usług, kosztów ich wynagrodzenia oraz kosztów dodatkowych (np. zapewnienia badań lekarskich, odzieży roboczej itp.), co miało znaczący wpływ na ostateczną wartość ofert poszczególnych wykonawców. Zatem należy uznać, że wada polegająca na niedoprecyzowaniu podstawy zatrudnienia osób realizujących czynności ochrony, ma charakter wady kwalifikowanej, czyli takiej która miała znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęła na wynik postępowania.

Udzielenie zamówienia i zawarcie umowy w tym stanie faktycznym i prawnym naruszałoby zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, którzy sporządzili swoje oferty zgodnie z przepisami prawa i biorąc pod uwagę zatrudnienie pracowników ochrony na podstawie stosunku pracy w zgodzie z art. 95 ust. 1 p.z.p. i art. 22 k.p., co miało wpływ na rozbieżność w cenach wynikających z ofert wykonawców.

W tej sytuacji Zamawiający byłby uprawniony do żądania unieważnienia zawartej umowy, gdyż zostałaby ona zawarta w sposób sprzeczny z prawem w wyniku opisanego wyżej uprzedniego

<sup>1</sup> Pismo Urząd Zamówień Publicznych Opinia dotycząca art. 29 ust. 3a ustawy Pzp uwzględniająca wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych z dnia 28 kwietnia 2017 r.

działania Zamawiającego. 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.

Zamawiający wykrył błędy w SWZ po złożeniu ofert przez Wykonawców i nie miał możliwości wyeliminowania błędu dokumentacji postępowania na tym etapie, co uniemożliwiło mu podjęcie innego działania niż unieważnienie niniejszego postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając na uwadze powyższe unieważnienie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego jest konieczne i uzasadnione.

DYREKTOR  
Teatru Polskiego we Wrocławiu

Jacek Gawroński

*Janina Stępa*