Sygn. akt: KIO 3216/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Teatr Polski we Wrocławiu

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Teatr Polski we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Teatr Polski we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. w Warszawie kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3216/24

U z a s a d n i e n i e

Teatr Polski we Wrocławiu, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest ochrona osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 sierpnia 2024 r., nr 2024/BZP 00450563.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 3 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Seris Konsalnet Ochrona sp. z o.o. w Warszawie oraz Seris Konsalnet Security sp. z o.o. w Warszawie, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że 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. 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. 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."

Odwołujący argumentował, że 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."

Odwołujący podniósł także, że 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

Zdaniem odwołującego decyzja Zamawiającego jest błędna i nie znajduje oparcia w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 255 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia postepowania w sprawie zamówienia publicznego tylko i wyłącznie w razie zaistnienia co najmniej jednej z przesłanek wskazanych w tym przepisie. Odwołujący argumentował, że 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. 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.

Odwołujący zwracał 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.

Odwołujący podniósł, że 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 jakiejkolwiek wykładni rozszerzającej. Wskazał, że z treści uzasadnienia faktycznego unieważnienia wynika, że Zamawiający „upatruje" podstawę ewentualnego unieważnienia umowy w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Według odwołującego decyzja taka jest błędna a uzasadnienie nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w tym przepisie.

Odwołujący podniósł, że 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 jakiekolwiek naruszenie ustawy przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego 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 udzielnie zamówienia publicznego lub udzielenia zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy.". Według odwołującego 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.

Odwołujący argumentował także, że 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.”. Zdaniem odwołującego 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.

Według odwołującego, 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. 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.

Odwołujący wskazywał, 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.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków

zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 95 ust. 1 Pzp stanowi, że 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).

Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 457 ust. 1 Pzp stanowi, że Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) 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 albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Art. 457 ust. 5 Pzp stanowi, że Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest ochrona osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu.

Ustalono także, że w SWZ zamawiający przewidział m.in.:

12. Wymagania dot. Zatrudnienia na umowę o pracę.

12.1 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.

Kolejno ustalono, że 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

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęło osiem ofert, w tym oferta odwołującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z dnia 29 sierpnia 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o unieważnieniu postępowania na odstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Powyższy przepis stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postepowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia umowy zostały natomiast określone w art. 457. Jedną z takich przesłanek mówi że umowa podlega unieważnieniu jeżeli zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem ustawy. Co niewątpliwie miałoby miejsce w niniejszym przypadku.

Zgodnie bowiem z art. 95 ust. 1 Ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek określenia 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. Na podstawie art. 95 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wskazać wszystkie czynności, których wykonanie będzie zawierało cechy stosunku pracy. W niniejszym przypadku wskazane w dokumentacji postępowania czynności zostały określone zbyt wąsko co stanowi naruszenie przepisu art.95 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z linią orzeczniczą zamawiający zobowiązany jest do wyspecyfikowania wszystkich tych czynności w danym zamówieniu. Niezgodne z treścią art. 95 ust. 1 jest wskazanie tylko niektórych z nich choćby miały znaczenie doniosłe dla zamawiającego i pominięcie innych mających np. znaczenie drugorzędne.

Zgodnie z opinią uwzględniającą wspólne stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Generalnego Inspektora Danych Osobowych co do zasady, pracowniczy charakter będą miały czynności wykonywane przez ochroniarzy (czynności świadczenia usług ochrony). Powyższe czynności polegają na świadczeniu pracy w rozumieniu art. 22 § 1 kodeksu pracy. Powyższe stanowisko powielają również liczne orzeczenia KIO.

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.

Mając na względzie powyższe, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Ustawy Pzp. jest konieczne i uzasadnione.

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie zostało skierowane przez odwołującego przeciwko czynności unieważnienia postępowania z dnia 29 sierpnia 2024 r.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z ww. przepisu, aby unieważnić postępowanie na jego podstawie konieczne jest spełnienie łącznie wszystkich przesłanek z niego wynikających:

a) wada niemożliwa do usunięcia,

b) uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dostrzeżenia wymagało również, że zgodnie z art. 260 ust. 1 Pzp obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie i przesłanie wykonawcy stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania. Obowiązek podania uzasadniania faktycznego czynności unieważnienia stanowi przejaw zasady przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 16 Pzp. Podkreślenia wymagało również, że podanie podstawy faktycznej czynności unieważnienia jest kluczowe celem zapewnienia wykonawcy pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn podjęcia określonych czynności przez zamawiającego. Poznanie motywacji zamawiającego ma wpływ nie tylko na podjęcie przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej ale także wywiera wpływa na kształt i treść środka odwoławczego. Dopiero należycie uzasadniona czynność unieważnienia postępowania pozwala wykonawcy prawidłowo sformułować i uzasadnić zarzuty odwołania.

Jak wynikało z uzasadnienia zaskarżonej przez odwołującego czynności unieważnienia postępowania z dnia 29 sierpnia 2024 r., zamawiający upatrywał wady postępowania w niezgodnym z art. 95 Pzp opisaniu w SWZ wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności z zakresu ochrony. Zamawiający wskazał także, że ponieważ postępowanie znalazło się już na etapie po otwarciu ofert, to nie miał już możliwości usunięcia wady przez stosowną zmianę SWZ, a zatem wada była niemożliwa do usunięcia.

Odwołujący w treści odwołania nie zakwestionował, że ww. okoliczność stanowi wadę postępowania, która na obecnym etapie jest niemożliwa do usunięcia. Wobec powyższego okoliczność ta pozostawała niesporna pomiędzy stronami.

Jak wynikało z treści odwołania, sporne między stronami okazało się wyłącznie spełnienie drugiej przesłanki, a zatem czy tak opisana wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis art. 255 pkt 6 Pzp łączy bowiem obowiązek unieważnienia postępowania wyłącznie z takimi wadami, które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Regulacja ta nakazuje zatem odwołanie się przez zamawiającego i wykazanie jednej z przesłanek unieważnienia umowy, które z kolei zostały opisane przez ustawodawcę w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp a także w art. 457 ust. 5 ustawy Pzp z zw. z art. 70^5 § 1 Kodeksu cywilnego.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 29 sierpnia 2024 r. zamawiający powołał się wyłącznie na przesłanki unieważnienia umowy wynikające z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący zakwestionował zaś w odwołaniu spełnienie wyłącznie tej jednej przesłanki, na jaką powołał się zamawiający. Wobec powyższego przedmiotem orzeczenia Izby mogłoby być rozstrzygnięcie tylko tak opisanego sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym. Przypomnienia wymaga bowiem w tym miejscu również to, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.

Nie można było podzielić stanowiska zamawiającego, jakoby zawarta umowa podlegała unieważnieniu na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ten ostatni przepis stanowi, że 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 albo ofert. Powyższy przepis zawiera kilka przesłanek unieważnienia umowy, lecz sformułowanie „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia" jest zawężone jedynie do naruszeń związanych z niezamieszczeniem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nieprzekazaniem ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Przyjęcie założenia, że sformułowanie „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia", o którym mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, stanowi samodzielną przesłankę unieważnienia umowy oznaczałoby, że każde bez wyjątku naruszenie ustawy, nawet

niemające wpływu na wynik postępowania, prowadziłoby do takiego skutku. W tej sytuacji wszystkie inne przesłanki unieważnienia umowy opisane odrębnie przez ustawodawcę w art. 457 Pzp okazałyby się zbędne, gdyż objęte byłyby zakresem przesłanki „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia". Wykładnia przepisu art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp dokonana przez zamawiającego okazała się zatem chybiona. Dla spełnienia dyspozycji tego

przepisu, oprócz wykazania znamienia „z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia" konieczne jest zatem dodatkowo wykazanie przez zamawiającego jednej z przesłanek:

a) bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie,

b) bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

Zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności nie powoływał się na niewykonanie przez siebie któregokolwiek z obowiązków informacyjnych, o jakich mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że postępowanie nie powinno podlegać unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, jak wskazał zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zaskarżona w odwołaniu czynność unieważnienia postepowania z dnia 29 sierpnia 2024 r., z takim uzasadnieniem faktycznym i prawnym, jakie sporządził zamawiający, nie odpowiadała prawu i powinna zostać unieważniona.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: