

WYROK

Warszawa, dnia 14 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Oskar Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 października 2024 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: 1) Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, 2) Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław**

orzeka:

1. **Uwzględnić częściowo odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego: Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław art. 255 pkt 6 i art. 457 ust. 5 ustawy Prawa zamówień publicznych oraz art. 70 (5) § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w zw. z art. 95 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych i nakazać Zamawiającemu: Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław unieważnienie czynności z 17 października 2024 r. unieważnienia postępowania**
2. kosztami postępowania obciąża Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław w części 1/2 oraz Konsorcjum Firm: 1) Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, 2) Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa w części 1/2 i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500, 00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, 2) Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa tytułem uiszczonego wpisu odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od **Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, 2) Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** kwotę **5 550, 00 zł** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

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 3914/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Ochrona osób i mienia w obiektach Teatru Polskiego we Wrocławiu*”, nr postępowania ZP/TP/3/2024, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.08.2024 r. pod nr 2024/BZP 00450563 przez: Teatr Polski we Wrocławiu, ul. Gabrieli Zapolskiej 3, 50-032 Wrocław zwana dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „*Pzp*” albo „*PZP*” albo „*p.z.p.*”.

D n i a 17.10.2024 r. (za pośrednictwem platformy elektronicznej prowadzonego postępowania tj. <https://platformazakupowa.pl/transakcja/965751>) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 Pzp oraz art. 70⁵ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny. Stwierdził, że: „(...) Zgodnie z art. 255 pkt 6 p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone 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 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. 70⁵ 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. 70⁵ § 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 p.z.p. Co istotne, zamawiający nie może odstąpić od stosowania art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 80 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 obowiązuje 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 kategorycznego obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę pracowników świadczących usługi ochrony wyraził w aktualnej nadal opinii / 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./ 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 sprząający (czynności sprzątania), 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. (...).

Dnia 22.10.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 17.10.2024 r. złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Firm: 1) Seris Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, 2) Seris Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa zwany dalej: „Konsorcjum Seris Konsalnet” albo „Odwołującym”.

Odwołujący zarzucił 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 unieważnienia czynności unieważnienia postępowania; - dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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 art. 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.Uz 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 zatrudnienia 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 jakkolwiek 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.

Zamawiający w dniu 22.10.2024 r. (za pośrednictwem platformy elektronicznej prowadzonego postępowania tj. <https://platformazakupowa.pl/transakcja/965751>) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 08.11.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Złożone odwołanie opiera się de facto na dwóch zarzutach, iż przedmiotowe postępowanie nie jest obciążone

wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy wobec niemożności zastosowania art. 70⁵ Kodeksu Cywilnego powiązaniu z art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p. oraz zarzut drugi, iż Zamawiający wbrew własnym twierdzeniom nie określił w sposób błędny wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Co do zarzutu niemożności zastosowania art. 70⁵ k.c. w powiązaniu z art. 255 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 5 p.z.p.:

Stanowisko zawężające zakres zastosowania art. 457 p.z.p. – t.j. jedynie do jego ust. 1 jako podstawy unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 p.z.p., jest nietrafne, gdyż:

1) art. 255 pkt 6 p.z.p. nie odsyła wyłącznie do przesłanek unieważnienia postępowania z art. 457 ust. 1 p.z.p., odnosi się on do różnych podstaw unieważnienia umowy, także w oparciu o art. 189 k.p.c. lub art. 58 k.c. KIO wypowiedziała się jednoznacznie w tym zakresie chociażby w wyroku z 17.06.2024 r. KIO 1808/24: „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 stwierdzenia nieważności umowy w drodze powództwa określonego w art. 189 k.p.c. (o ile powód powołuje się na inne okoliczności niż określone w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 p.z.p.), jak również unieważnienia umowy w oparciu o art. 70⁵ k.c. (art. 457 ust. 5 p.z.p.). Poza przypadkami wzruszalności umowy, o których mowa wyżej, może zachodzić również przypadek bezwzględnej nieważności umowy na podstawie art. 58 § 1, § 2 KC.”

2) o powyższym świadczy także fakt, że art. 255 pkt 6 p.z.p. literalnie nie odsyła do żadnego z ustępów art. 457 p.z.p., który odnosi się do nieważności umowy, a zatem jednej z przesłanek, wymienionych w art. 255 pkt 6 (przy czym art. 255 pkt 6 p.z.p. wskazuje zarówno na nieważność umowy, jak i wadę postępowania), a przyjęta w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej możliwość zastosowania tego przepisu jest wynikiem powszechnie przyjętej wykładni, związanej z unieważnianiem postępowań prowadzonych w oparciu o przepisy prawa zamówień publicznych;

3) zgodnie z orzecznictwem KIO dopuszczalne jest unieważnienie postępowania przez Zamawiającego w oparciu o przesłanki z art. 457 ust 5 p.z.p., odwołujące się do podstaw unieważnienia z art. 70⁵ §1 k.c. w ramach zastosowania przez Zamawiającego prerogatyw z art. 255 p.z.p., tytułem przykładu:

- wyrok KIO z 14.02.2022 r., KIO 229/22: „Zgodnie z art. 457 ust. 5 p.z.p. przepis ust. 1 tego artykułu (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ k.c., który stanowi, że 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. Przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy zamawiający (strona umowy) przez nieprawidłowe opisanie wzoru w ramach kryterium oceny ofert wpływa na wynik tego postępowania.”;

- wyrok KIO z 02.11.2021 r. KIO 2939/21: „W sytuacji, kiedy oferty w postępowaniu zostały otwarte, a Izba stwierdza niezgodność treści dokumentów zamówienia z przepisami ustawy, jedynym narzędziem pozwalającym na to, aby wyrok Izby usunął stan niezgodności z prawem, jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, nie jest już bowiem możliwe nakazanie zmian w treści dokumentów zamówienia. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby natomiast do tego, że naruszenie ustawy na jego wcześniejszym etapie miałoby wpływ na wynik tego postępowania. W tej sytuacji Izba uznała za zasadne wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 ustawy p.z.p., zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 k.c. stanowi, że 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 ocenie Izby przepis ten mógłby być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, **gdy zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą p.z.p. opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania.**”

4) unieważnienie postępowania w oparciu o w.w. podstawy powinno mieć miejsce także w przypadku, gdy umowa nie została jeszcze zawarta, a zamawiający dostrzega wadę, mającą wpływ na wynik postępowania.

Co do kwestii poruszonej w pkt 14 odwołania: stanowisko wskazane w tezie nr 13 wynika z faktu, że w art. 255 pkt 6 ustawy p.z.p. 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”:

Z art. 255 pkt 6 p.z.p. **wynika nakaz obligatoryjnego unieważnienia postępowania, nie zaś obligatoryjnego unieważnienia umowy i Odwołujący myli obydwa pojęcia.** Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17.03.2016 r., KIO 314/16: „Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom P.z.p., którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających.”

Nie ma zatem znaczenia, czy umowa podlega obligatoryjnemu (art. 457 ust. 1 p.z.p.) czy fakultatywnemu (art. 457 ust. 5 p.z.p.) unieważnieniu – ta teza nie wynika z art. 255 pkt 6 p.z.p. Nacisk położony jest na wystąpienie wady, niemożliwej do usunięcia w oparciu o procedury p.z.p., w związku z czym podstawę unieważnienia postępowania należy traktować szerzej – nie chodzi tu o „konieczność” lub „możliwość” unieważnienia umowy. Ustawodawca posługuje się pojęciem: „niepodlegającej unieważnieniu umowy”, co oznacza, że w każdym wypadku konieczne jest podjęcie akcji, prowadzącej do owego unieważnienia, czego nie należy mylić z obowiązkiem lub możliwością Zamawiającego w zakresie decyzji, czy postępowanie unieważnić. To bowiem, jak wprost wynika z art. 255 pkt 6 p.z.p. jest zawsze obowiązkiem Zamawiającego, o czym stanowi sformułowanie – „zamawiający **unieważnia** postępowanie”.

Innymi słowy, pod pojęciem: „umowy niepodlegającej unieważnieniu” nie należy rozumieć umowy „podlegającej obligatoryjnemu unieważnieniu” z art. 457 ust. 1, ale po prostu umowy ważnej. Chodzi zatem o umowę, która zarówno musiałaby, jak i mogłaby zostać unieważniona.

„Do zastosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu (tzw. nieważność względna umowy, której przypadki na gruncie przepisów P.Z.P. zostały określone w art. 457 ust. 1). Nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obciążonej nieważnością bezwzględną, np. z przyczyn określonych w art. 58 K.C. Wada postępowania, która ma być podstawą jego unieważnienia, musi mieć więc charakter nieusuwalny i powodujący równocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek istnienia tej wady, względnie nieważna (będzie podlegać unieważnieniu).” /tak: Komentarz do art. 255 red. M. Jaworska 2023, Legalis/

Co do kwestii poruszanej w pkt 15, 16 odwołania: „W istocie rzeczy, ewentualny wyrok w sprawie unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem przepisów art. 457 ust. 1 pkt 1 – 5 ma charakter deklaratoryjny. Odmienne rzecz się ma w odniesieniu do art. 70(5) k.c., gdzie wyrok sądu ma zawsze charakter konstytutywny.”

Nie istnieją wyroki deklaratoryjne unieważniające umowę. Każdy wyrok unieważniający umowę ma charakter konstytutywny, a art. 457 ust. 3 p.z.p. stanowi dodatkowo, iż: „unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b”. **Wszystkie wyroki stwierdzające nieważność umowy mają zatem charakter konstytutywny. Teza odwołującego jest w tym zakresie niezrozumiała i nie znajduje odzwierciedlenia w istniejącym porządku prawnym.**

Co do kwestii poruszanej w pkt 19-24 odwołania:

Odwolujący w dalszym ciągu myli unieważnienie umowy z unieważnieniem postępowania. Odwołujący nie zauważa, że Zamawiający ma samodzielne uprawnienia do unieważnienia postępowania, a inne podmioty – wymienione w art. 70⁵ k.c., .t.j uczestnik aukcji lub przetargu, mogą jedynie wystąpić o sądowe unieważnienie umowy. Możliwość posłużenia się przesłankami z art. 70⁵ k.c. przez Zamawiającego nie oznacza, że unieważnia on umowę, a jedynie postępowanie w sytuacji, gdy umowa mogłaby podlegać unieważnieniu. Nie oznacza to także rozszerzenia kognicji Krajowej Izby Odwoławczej o możliwość unieważnienia umowy, której faktycznie może dokonać jedynie sąd powszechny. Odwołujący przy tym nie zauważa sprzeczności własnych twierdzeń, zapominając, że w odwołaniu **nie żąda unieważnienia czynności unieważnienia umowy, ale czynności unieważnienia postępowania.**

Co do kwestii z pkt 25, 26 i 27 odwołania:

Jak wynika z decyzji o unieważnieniu postępowania, istotą podjętej decyzji Zamawiającego był fakt, iż Zamawiający określił zbyt wąsko (a zatem nieprecyzyjnie) wymogi zatrudnienia osób, wykonujących czynności ochrony ograniczając je jedynie do osób administrujących, podczas gdy zgodnym z prawem było narzucenie wymogu zatrudnienia w stosunku do wszystkich osób, wykonujących te czynności.

Wbrew pogładowi Odwołującego, nie chodzi o nieprecyzyjne lub niejasne odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, ale okoliczność, że zbyt wąskie określenie przesłanek zatrudnienia w SWZ mogło doprowadzić do błędnego przygotowania ofert przez wykonawców. Dalsze udzielenie odpowiedzi na pytania wykonawców jedynie utrwaliło błędne założenia SWZ i mylne wyobrażenia wykonawców co do przedmiotu oferty.

Należy zatem uznać, że to SWZ w opisanym zakresie zawierało nieprecyzyjne, zbyt wąskie, niejednoznaczne określenie „zatrudnienia”.

Zamawiający w piśmie będącym informacją o unieważnieniu postępowania wbrew twierdzeniom Odwołującego wskazał wyraźnie, że wada polegająca na braku doprecyzowania podstawy zatrudnienia osób realizujących czynności ochrony ma charakter wady kwalifikowanej, czyli takiej która miała istotne znaczenie dla przygotowania oferty, a więc wpłynęła na wynik postępowania. Dalej Zamawiający wskazał również, iż opisana przez niego wada polegająca na sprzecznym z prawem określeniu zakresu osób, w stosunku do których wymagany jest obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, wywołała skutek w postaci zmiany zaistniałego wyniku przetargu. Wynik ten byłby inny, w stosunku do wyniku, który wystąpiłby gdyby takie działanie nie miało miejsca, gdyż wówczas wszyscy wykonawcy zobowiązani byłiby do skonstruowania oferty uwzględniając jej koszt zatrudnienia pracowników na stanowisku strażnik-portier w oparciu o umowę o pracę.

Na uwagę zasługuje okoliczność niedostrzeżona przez Odwołującego, podana przez niego w treści odwołania (tj. w punkcie 31), w którym wprost Odwołujący przyznaje, że **jednoznacznie i w sposób nie**

budzący wątpliwości odczytał wymogi SWZ w zakresie zatrudnienia pracowniczego. Skoro wymogi te były błędne (niezgodne z art. 95 p.z.p.), gdyż wychodziły z założenia o dopuszczalności świadczenia usług w oparciu o umowy zlecenia, a Odwołujący zrozumiał je jednoznacznie, **oznacza to, że Odwołujący skalkulował swoją ofertę także w oparciu o zatrudnienie na umowę zlecenie**. Spośród ośmiu złożonych ofert co najmniej oferta Odwołującego oparta została na błędnych, wadliwych prawnie przesłankach, zakładających zatrudnienie w oparciu o umowę zlecenia. Przemawia to za koniecznością unieważnienia postępowania, a co za tym idzie, uznaniem decyzji Zamawiającego za zasadnej.

Co kwestii z pkt 31 odwołania:

Zamawiający wyjaśnia, iż nie chodzi o to, że wszyscy wykonawcy tak samo zrozumieli wymogi Zamawiającego, ale okoliczność, że te wymogi były niezgodne z art. 95 p.z.p. i to trzeba podkreślić. Właśnie z tej przyczyny, że błąd Zamawiającego został popełniony już na etapie formułowania SWZ, następnie utrwalony w odpowiedziach do wykonawców, uznać należy, że **wszyscy wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd, co implikuje konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 6 p.z.p.** Niewątpliwie bowiem przedmiotowa wada postępowania wpłynęłaby na ważność umowy, jaka zostałaby zawarta w oparciu o błędnie sformułowaną ofertę.

Co kwestii z pkt 38-42 odwołania:

Biorąc pod uwagę treść art. 95 p.z.p. dokonując opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający powinien ustalić, jakie czynności w toku wykonywania zamówienia powinny być kwalifikowane jako czynności polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p. Zgodnie z art. 22 § 1 k.p. *przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem*. Posłużenie się w art. 95 p.z.p. przez ustawodawcę sformułowaniem "określa" przesądza o obligatoryjnym charakterze tej czynności. Ustęp 2 rzeczonoego przepisu w dalszej kolejności reguluje podstawowy zakres informacji jakie zamawiający musi zawrzeć w dokumentach zamówienia.

"Przepis nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia analizy, czy w ramach realizacji zamówienia znajdują się czynności, których wykonanie może zostać zakwalifikowane jako wykonywanie pracy w sposób określony w art. 22 § 1 k.p., i jeżeli wynik tej analizy jest pozytywny, zamawiający ma obowiązek wskazać rodzaj tych czynności do wykonywania w oparciu o stosunek pracy. W stosunku do innych czynności, które takiego charakteru nie mają i z których specyfiki wynika, że mogą być świadczone w oparciu o umowy cywilnoprawne, jak np. umowa o dzieło, umowa zlecenie lub kontrakt menedżerski, takiego obowiązku nie ma. Z przepisu wynika, że zamawiający ma obowiązek taki wymóg postawić i nie może w żaden sposób uzależniać tego od woli wykonawcy." /tak: E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 95./

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dokonał takiej analizy i wziął pod uwagę następujące okoliczności: istotne dla ustalenia istnienia stosunku pracy jest to, że właściciel obiektu chronionego narzuca wymagania co do charakteru pełnionej ochrony i sposobu jej wykonywania. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia stanowiącym integralną część dokumentów zamówienia w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający narzucił sposób pełnionej ochrony wskazując, że dozór fizyczny wykonywany będzie przez strażników-portierów w trybie zmianowym w formie dozoru fizycznego (obchody), obsługi portierskiej, kontroli systemu czip, obsługi urządzeń centrali telefonicznej, systemu sygnalizacji włamań, itp. Już w tym miejscu należy stwierdzić, że tak określony katalog czynności wskazuje na niewielką samodzielność decyzyjną osób, którzy mieliby te czynności wykonywać. Kolejną cechą konieczną dla uznania, że czynności pracownika ochrony powinny zostać zakwalifikowane jako umowa o pracę jest fakt, że pracownik ochrony jest zobligowany do osobistego, ciągłego świadczenia pracy, ma on określone grafikiem godziny pracy i nie ma wolności decyzyjnej w zakresie wymiaru i czasu wykonywanej pracy. Zamawiający w OPZ wskazał, że nadzór fizyczny wykonywany ma być całodobowo, w trybie zmianowym w systemie godzinowym 8/12/24 h. Dodatkowo w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ Zamawiający wskazał, że Wykonawca zobowiązany jest przedstawić każdorazowo na dany miesiąc grafik pracowników ochrony z uwzględnieniem dni i godziny ochrony. Grafik ma być przekazany Zamawiającemu najpóźniej do końca miesiąca poprzedzającego miesiąc wykonywania usługi (§ 5 ust. 4 projektu umowy). Wymogi wskazane przez Zamawiającego wskazują, że pracownik ochrony jest podporządkowany w zakresie czasu pracy i jego organizacji. Pracownik ochrony jest ponadto zobligowany do wykonywania bieżących poleceń zamawiającego, tj. świadczenia pracy pod kierownictwem.

Zgodnie z projektem umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ pracownicy ochrony podlegają w czasie pełnienia służby upoważnionemu przedstawicielowi Wykonawcy oraz kierownictwu Zamawiającemu lub upoważnionej przez niego osobie (§ 8 ust. 2 projektu umowy). Jak wynika z powyższego, pracownik ochrony wykonuje pracę zgodnie z wymogami Zamawiającego i nie może odmówić wykonania poleceń dotyczących zadań bieżących. Pracownicy ochrony mają obowiązek wykonywania pracy osobiście i nie mogą powierzyć zastępstwa za siebie w czasie nieobecności w pracy osobie trzeciej. Zastępstwo za nieobecnego pracownika ochrony wyznacza Wykonawca. Ponadto zgodnie z projektem umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ zmiana pracownika ochrony, w tym także w czasie urlopu, choroby lub innej okoliczności, każdorazowo wymaga poinformowania Zamawiającego (§ 4 ust. 5 projektu umowy).

Reasumując, niewątpliwie opisane wyżej okoliczności przemawiają za koniecznością przyjęcia, że wszystkie osoby wykonujące czynności ochrony powinny być zatrudnione w oparciu o umowę o pracę. Ograniczenie tego wymogu jedynie do osób administrujących nie miało podstaw, co więcej, nie wynikało z żadnego racjonalnego uzasadnienia, a zatem stanowiło istotną wadę prawną w rozumieniu art. 95 w zw. z art. 255 pkt 6 p.z.p.

Niezależnie od powyższego, na marginesie tych rozważań, Zamawiający zwraca jednak uwagę na fakt, iż żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych (jak również postanowienia aktów prawa wewnętrznego) nie obligują go do umieszczenia w dokumentacji postępowania przeprowadzonej analizy dotyczącej konieczności zatrudnienia na umowę o pracę.

Co do kwestii podniesionych w pkt 35 i 42, odnoszących się do brakujących zdaniem Odwołującego elementów pisma o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający zwraca uwagę, że Odwołujący nie podniósł zarzutów, opartych na przepisie art. 260 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 2 p.z.p. w petitum odwołania, powołując je wyłącznie w jego uzasadnieniu. Biorąc pod uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zakresem wniesionych zarzutów, **wywód i uzasadnienie odnoszące się do tych kwestii uznać należy za bezprzedmiotowe.**

Podsumowanie. Podkreślił, iż:

- 1) Zamawiający nieprawidłowo sformułował przesłanki SWZ, czym wprowadził w błąd wykonawców, a co mogło mieć wpływ na wynik postępowania w postaci zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy;
- 2) Wpływ Zamawiającego na wynik postępowania był sprzeczny z prawem (art. 95 p.z.p. i art. 22 § 1 k.p.).
- 3) Zamawiający nie miał możliwości wyeliminowania błędu dokumentacji postępowania na etapie postępowania, na którym Zamawiający błąd ten dostrzegł, tj. po upływie terminu otwarcia ofert, co uniemożliwiło mu podjęcie innego działania niż unieważnienie niniejszego postępowania;
- 4) W przypadku braku unieważnienia postępowania i doprowadzenia do zawarcia umowy, umowa ta byłaby obciążona wadą, prowadzącą do unieważnienia umowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta ma najkorzystniejszą cenę i został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych w wypadku potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuscił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, odpowiedzi na pytania (pismo z 14.08.2024 r.), ofert, w tym oferty Odwołującego, pierwszego unieważnienia postępowania z 29.08.2024 r., wyroku KIO z 20.09.2024 r., sygn. akt: KIO 3216/24 oraz informacji z 17.10.2024 r. o ponownym unieważnieniu postępowania.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1. SWZ postępowania wraz z wzorem umowy prowadzonego przez Muzeum Gdańskie z roku 2024, z których to dowodów wynika, że świadczenie ochrony osób i mienia w obiektach nie musi być realizowane przez osoby zatrudnione na umowę o pracę.
2. SWZ postępowania wraz z wzorem umowy prowadzonego przez Muzeum Gdańskie z roku 2023, z których to dowodów wynika, że świadczenie ochrony osób i mienia w obiektach nie musi być realizowane przez osoby zatrudnione na umowę o pracę.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 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 obciążone 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.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści unieważnienia postępowania z 17.10.2024 r., odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie.

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 niemożliwością 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. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.*

Art. 70⁵ KC

§ 1. 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.

§ 2. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

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

W dniu 29.08.2024r., Zamawiający po raz pierwszy poinformował uczestników o unieważnieniu postępowania. Odwołujący wniósł na powyższą czynność odwołanie i wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 20.09.2024r. w sprawie sygn. akt: KIO 3216/24, Izba uwzględniła w całości odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. W dniu 17.10.2024r., Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i w tym samym dniu ponownie unieważnił postępowanie.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu odwołania, Izba uznała w/w zarzut za podlegający częściowemu uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że art. 457 ust. 1 Pzp nie jest jedynym, który reguluje przypadki, kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zdaniem Izby, zasadne jest wskazanie na przepis art. 457 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 18 1964 r. – Kodeks cywilny. Art. 70⁵ § 1 Kc stanowi zaś, że 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 ocenie Izby przepis ten może być podstawą unieważnienia umowy również w sytuacji, gdy Zamawiający (strona umowy) poprzez niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia, prowadzące do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, wpływa na wynik tego postępowania. Tak w wyroku KIO z 02.11.2021 r., sygn. akt KIO 2939/21, w którym istotne wady opisu przedmiotu zamówienia zostały stwierdzone po upływie terminu składania ofert. Prawidłowość ww. rozstrzygnięcia Izby została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 28.01.2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 139/21. Podobnie, w uchwale KIOz 19.12.2023 r., sygn. akt: KIO/KU 20/23. Tak też M. Grabarczyk: „Unieważnienie postępowania w powodu jego wady”, Przetargi Publiczne Nr 7/2023 r., str. 8: „(...) Kolejny kierunek orzecznictwa wskazuje na szczególne znaczenie, którego w nowym stanie prawnym nabiera art. 457 ust. 5 pzp. W myśl tego przepisu przywołany art. 457 ust. 1 pzp, określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy, nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ kc. Artykuł ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. (...)”.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, należy dokonać analizy i wykazać istnienie okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 457 Pzp lub określonych przepisów kodeksu cywilnego (wyrok KIO z 06.12.2022 r., sygn. akt: KIO 3075/22). W konkluzji także art. 457 ust. 5 Pzp w związku z art. art. 70⁵ K.C. W tym kontekście Zamawiający mógł dokonać unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp w związku z art. 457 ust. 5 Pzp w związku z art. 70⁵ K.C.

Inną kwestią jest to czy określenie w przedmiocie zamówienia wymogu tego rodzaju, że pracownik ochrony powinien być zatrudniony na umowę o pracę było sprzeczne z prawem i wpłynęło na wynik postępowania.

W tym wypadku, Izba podkreśla, że Zamawiający miał w tym zakresie dowolność, gdyż mógł zakwalifikować pracownika ochrony stałej (strażnik – portier realizujący dozór fizyczny w trybie zmianowym) jako osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę, jak i umowy zlecenia. W tym stanie faktycznym w toku postępowania określił dwukrotnie odpowiedź na pytanie 16 i 40, że miał być zatrudniony na umowę zlecenia. W ocenie Izby, brak było niebezpieczeństwa, że Wykonawcy, wobec jednoznacznej deklaracji różnie interpretuje wymogi SWZ w tym zakresie i złożą nieporównywalne oferty (brak jakichkolwiek podstaw i dowodów złożonych przez Zamawiającego na tą okoliczność). Wobec braku niebezpieczeństwa przyjęcia różnych form zatrudnienia pracowników ochrony i wpłynięcia w ten sposób na ostateczną wartość ofert poszczególnych Wykonawców, nie miała miejsca wada kwalifikowana, mająca znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpływ na wynik postępowania. Nadto, w ocenie Izby zatrudnienie pracownika ochrony na umowę zlecenia nie jest zawsze sprzeczne z prawem (brak wymogu, że osoba wykonująca czynności ochrony, zawsze musi być zatrudniona na podstawie stosunku pracy), a zawarcie takiej umowy nie skutkowałoby nieważnością zawartej umowy. Potwierdzają to także dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego dotyczące SWZ postępowania wraz z wzorem umowy prowadzonego przez Muzeum Gdańska z roku 2023 i 2024: „Świadczenie usług ochrony osób i mienia w obiektach Muzeum Gdańska”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się tylko częściowo zarzut odwołania, częściowo zaś niezasadny. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/2 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7.500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600 zł (łącznie 11.100 zł).

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5.550,00 zł (11.100,00 zł ÷ 2 = 5.550,00).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 11.100,00 zł (7.500,00 zł tytułem wpisu oraz 3.600 zł wynagrodzenie pełnomocnika), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.550,00 zł (11.100,00 zł ÷ 2 = 5.550,00). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę

5.550,00 zł (11.100,00 – 5.550,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 5.550,00zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający ($0 + 5.550,00 = 5.550,00$).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....