**Sygn. akt: KIO 1392/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 14 maja 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodniczący:**Marek Bienias**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **AX SYSTEM Spółka z o.oz siedzibą w Poznaniu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr im. Aleksandra Fredry w Gnieźnie,**

**orzeka:**

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AX SYSTEM Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AX SYSTEM Spółka z o.oz siedzibą w Poznaniu**, tytułem wpisu od odwołania.

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 1392/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Teatr im. Aleksandra Fredry w Gnieźnie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa sprzątania obiektów teatralnych w Teatrze im. A. Fredry w Gnieźnie", numer postępowania 2/2024/ZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznychw dniu 13 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00245754/01.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. wykonawca AX SYSTEM Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł odwołanie:

**1.**od niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności Zamawiającego , podjętej w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego pn. : „Usługa sprzątania obiektów teatralnych w Teatrze im. A. Fredry w Gnieźnie" numer postępowania 2/2024/ZP , numer publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2024r. : 2024/BZP 00245754/01 , polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Wykonawcy AX SYSTEM Spółka z o.o. , ul. Strzeszyńska 31 , 60-476 Poznań oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Perfekt Błysk Firma Sprzątająca T.G. Ruszków Drugi ul. Laurowa 4 , 62-604 Kościelec ( wybór oferty w dniu 15 kwietnia 2024r.) , podczas gdy to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą,

**2.**od niezgodnego z przepisami zaniechania wyboru oferty Odwołującego Wykonawcy AX SYSTEM Spółka z o.o. , podczas gdy to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

**-** art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c. i art. 8 p.z.p. poprzez czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego – Wykonawcę AX SYSTEM Spółka z o.o. podczas , gdy oferta złożona przez Odwołującego nie powinna zostać odrzucona , gdyż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania , ponieważ należycie wykonał wszystkie istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Zamawiającym w dniu 4 grudnia 2023r. , a do rozwiązania rzeczonej umowy doszło w wyniku jej zwykłego rozwiązania przez Zamawiającego za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia , co było uprawnieniem obu Stron umowy , a nie z przyczyn leżących po stronie Odwołującego , który rzekomo w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z tej umowy.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosiło uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

**1.** unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego , unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Perfekt Błysk Firma Sprzątająca T.G. , powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

**2.** zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania , w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę AX SYSTEM Spółka z o.oz siedzibą w Poznaniu, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 maja 2024 r. (pismo z dnia 8 maja 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli
została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 5 k.c. i art. 8 p.z.p. poprzez czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego – Wykonawcę AX SYSTEM Spółka z o.o. podczas , gdy oferta złożona przez Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania , ponieważ należycie wykonał wszystkie istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z Zamawiającym w dniu 4 grudnia 2023r. , a do rozwiązania rzeczonej umowy doszło w wyniku jej zwykłego rozwiązania przez Zamawiającego za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia , co było uprawnieniem obu Stron umowy , a nie z przyczyn leżących po stronie Odwołującego , który rzekomo w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z tej umowy, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, zaś w myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Izba zważa, że istota sporu sprowadzała się do pytania, czy w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, którą to podstawę wykluczenia Zamawiający przewidział w rozdziale VI SWZ oraz w pkt 5.2) Ogłoszenia o zamówieniu, był obowiązany w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP zastosować instytucję odstąpienia od umowy wynikającą z § 8 ust. 1 lit. a umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., zamiast instytucji wypowiedzenia uregulowanej w § 3 ust. 2 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. oraz czy Odwołujący mógł skorzystać z zatrudnienia osób na

podstawie umów cywilnoprawnych (umów o świadczenie usług), czy tylko z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w ramach stosunku pracy.

Izba zważa, iż w dniu 30 stycznia 2024 r. Zamawiający na podstawie § 3 ust. 2 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. wypowiedział ww. umowę z zachowaniem trzymiesięcznego terminu, który upływał w dniu 30 kwietnia 2024 r., wskazując powód wypowiedzenia umowy jako nieprzestrzeganie przez Odwołującego postanowień § 2 ust. 18 i nast. Umowy.

Izba wskazuje, iż zgodnie z § 3 ust. 2 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. „Każda ze stron może rozwiązać umowę za trzymiesięcznym okresem wypowiedzenia. Wypowiedzenie takie jest skuteczne na koniec miesiąca kalendarzowego i powinno nastąpić na piśmie", z kolei w myśl § 8 ust. 1 lit. a umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. „Zamawiający zastrzega sobie prawo natychmiastowego odstąpienia od umowy w terminie 30 dni, chyba że z przepisów prawa wynika dłuższy termin na skorzystanie z prawa odstąpienia od Umowy lub bezterminowe uprawnienie Zamawiającego w tym względzie, od dowiedzenia się o zaistnieniu jednej z poniższych przyczyn:

a) rażącym naruszeniu przez Wykonawcę obowiązków wynikających z niniejszej umowy, w szczególności, gdy Wykonawca nie rozpoczął realizacji umowy bez uzasadnionych przyczyn, a także gdy nie kontynuuje jej pomimo wezwania Zamawiającego na piśmie po upływie wyznaczonego terminu, realizuje przedmiot umowy w sposób niezgodny z niniejszą umową lub uzasadnionymi wskazaniami Zamawiającego, a Zamawiający bezskutecznie wezwał go do zmiany sposobu wykonania umowy i wyznaczył mu w tym celu odpowiedni termin".

W pierwszej kolejności Izba zważa, iż zapisy § 8 ust. 1 lit. a umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. mówią wyłącznie o prawie (tj. uprawnieniu, a nie obowiązku) Zamawiającego do skorzystania z instytucji odstąpienia od umowy, tak więc w ocenie Izby nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, iż nie skorzystał z ww. instytucji, lecz skorzystał z instytucji wypowiedzenia.

Izba zważa, że podanie przyczyny wypowiedzenia umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., jakkolwiek niewymagane formalnie, nie czyni wypowiedzenia wadliwym czy bezskutecznym, na co zwrócił również uwagę Zamawiający w mailu z dnia 31 stycznia 2024 r. W ocenie Izby, wskazanie przez Zamawiającego przyczyny wypowiedzenia ww. umowy, nie powoduje, że nie ma ono „żadnej doniosłości prawnej i nie wywołuje żadnych skutków prawnych wobec Odwołującego".

Zdaniem Izby, jest wręcz przeciwnie, jeśli Zamawiający zdecydował się już wskazać przyczynę wypowiedzenia, to jednocześnie uwypuklił naruszenie Odwołującego, wskazując na naruszenie postanowień § 2 ust. 18 i nast. Umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., mimo niezastosowania instytucji odstąpienia od umowy, do czego Zamawiający, jak już Izba wskazała powyżej, nie był zobowiązany.

Izba zważa, iż wskazanie przez Zamawiającego naruszeń przez Odwołującego m.in. § 2 ust. 18 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., zgodnie z którym: „Ponieważ realizacja przedmiotu umowy musi odbywać się poprzez wykonywanie czynności w warunkach określonych w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy — na rzecz Wykonawcy lub podwykonawcy, w miejscu i czasie wskazanym przez Wykonawcę lub podwykonawcę — Zamawiający, zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga zatrudnienia w trakcie realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności bezpośrednio związanych z utrzymaniem czystości określonych w opisie przedmiotu zamówienia — załącznik nr 6 do SWZ, stanowiącym jednocześnie załącznik do umowy", jest w ocenie Izby naruszeniem przez Odwołującego postanowień umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. wyłącznie z przyczyn leżących po jego stronie.

Jednocześnie Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP ma miejsce nie tylko w przypadku sankcji, jaką jest odstąpienie od umowy, ale również w przypadku sankcji w postaci wypowiedzenia umowy (zastosowanej przez Zamawiającego), przy czym innymi rodzajami sankcji wskazanymi w ww. przepisie są odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Co istotne, ww. sankcje mają charakter alternatywny (niezależny od siebie), zatem wystarczające jest, by wobec niewykonania zobowiązania przez Wykonawcę Zamawiający tylko wypowiedział umowę.

Konkludując, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, nie był obowiązany w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP zastosować instytucję odstąpienia od umowy wynikającą z § 8 ust. 1 lit. a umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., lecz mógł również zastosować instytucję wypowiedzenia umowy uregulowanej w § 3 ust. 2 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., wskazując przy tym przyczynę wypowiedzenia, mimo iż nie był do tego formalnie zobowiązany.

Przechodząc zaś do zarzutu, gdzie zdaniem Odwołującego w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP mamy do czynienia wyłącznie z możliwością zatrudnienia pracowników na umowy cywilnoprawne, to w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 5-7 załącznika nr 6 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia), zgodnie z którymi: „Wykonawca zapewni ciągłość sprzątania w czasie urlopów wypoczynkowych i zwolnień chorobowych pracowników wyznaczonych do realizacji usługi sprzątania"; „Wykonawca

zobowiązany jest do przestrzegania przepisów BHP i ppoż"; „Wykonawca do realizacji przedmiotu zamówienia skieruje pracowników posiadających aktualne badania lekarskie i przeszkolonych pod względem przestrzegania przepisów BHP i Ppoż. na stanowisku pracy", co też ma swoje odzwierciedlenie w postanowieniach umowy z dnia 4 grudnia 2023 r.: „Wykonawca zobowiązuje się utrzymywać na bieżąco ład i porządek nie naruszając mienia znajdującego się w pomieszczeniach Zamawiającego, przestrzegając przepisów BHP i p.poż. Wykonawca zobowiązany jest zapoznać osoby wykonujące usługi na rzecz Zamawiającego z obowiązującymi u Zamawiającego zasadami i przepisami BHP oraz PPOŻ i zobowiązać te osoby do ich przestrzegania ( § 2 ust. 2 umowy), jak również„Wykonawca obowiązany jest do zapewnienia należytych warunków bezpieczeństwa i higieny podczas realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca zapewni ciągłość sprzątania w czasie urlopów wypoczynkowych i zwolnień lekarskich pracowników świadczących usługę ( § 2 ust. 7 umowy), są w ocenie Izby zapisami, które jednoznacznie świadczą o tym, że w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP, mamy do czynienia ze stosunkiem pracy, gdzie pracownicy mają być zatrudnieni przez Odwołującego w ramach umowy o pracę, a nie jak sugeruje Odwołujący w odwołaniu, jak i na rozprawie, w ramach umów cywilnoprawnych.

Należy bowiem zauważyć, że aspekty BHP, badań lekarskich, zwolnień lekarskich, czy też w szczególności urlopów wypoczynkowych, są domeną stosunku pracy, w tym umów o pracę uregulowanych w Kodeksie pracy, a nie umów zlecenia/umów o świadczenie usług uregulowanych w Kodeksie cywilnym. Na marginesie Izba wskazuje, że sam Odwołujący w odwołaniu posługuje się pojęciem „pracownika", które to pojęcie zarezerwowane jest dla osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, a nie umów cywilnoprawnych.

Izba zważa, że Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego, w Wykazie pracowników realizujących usługę, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., wskazał 4 osoby, w tym jedną osobę zatrudnioną na podstawie umowy o pracę (Panią.M., która to, jak wskazał Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz w odpowiedzi na odwołanie nie świadczyła w ogóle usług sprzątania w siedzibie Zamawiającego) oraz 3 osoby zatrudnione na podstawie umów o świadczenie usług (Panią.B., Panią.A., Panią.E.). Jak wskazał Odwołujący w odwołaniu „ (..) z powodów rodzinnych, w/w pracownik nie mógł podjąć pracy od początku stycznia 2024 r. w obiekcie Zamawiającego. W związku z powyższym, Wykonawca skierował w zastępstwie dodatkowe osoby, które miały realizować usługę w niepełnym wymiarze czasu pracy (...) Do dnia 10 stycznia 2024 r. Wykonawca nie otrzymał jednak zaświadczeń od lekarza potwierdzających tę zdolność (z powodu okresu świąteczno-noworocznego, oczekiwanie na lekarza w Gnieźnie to ok. 2-3 tygodnie)" są zdaniem Izby irrelewantne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, przy czym warte jest jednak zauważenia, iż w ocenie Izby dopiero brak uzyskania aktualnych badan lekarskich dla Pani Beaty Nowak, Pani Angeliki Gzubickiej, Pani Ewy Chojnackiejspowodowało, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu umowy oświadczenie usług, a nie umowy o pracę, co było niezgodne z wymaganiami opisanymi w rozdziale III ust. 5pkt 2 SWZ w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP.

Izba zważa, że zgodnie z rozdziałem III ust. 5pkt 2 SWZ, Zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający na podstawie art. 95 ust. 1) ustawy Pzp wymaga zatrudnienia, przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, na podstawie stosunku pracy, osób bezpośrednio zaangażowanych do świadczenia **usługi sprzątania**, zgodnie z art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. Zamawiający nie określa wymiaru etatu (...)". W ocenie Izby, brak określenia przez Zamawiającego wymiaru etatu, nie oznacza jeszcze, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia ze stosunkiem pracy, zwłaszcza że powyższe podyktowane zostało potrzebami Zamawiającego polegającymi na świadczeniu określonego wymiaru (godzinowego) usług, który jest zmienny w czasie, bowiem wynika z repertuaru i potrzeb zespołu artystycznego, na co zwrócił uwagę Zamawiający w piśmie z dnia 16 stycznia 2024 r. oraz w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 maja 2024 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający zdecydował się na outsourcing usług sprzątających, co skutkuje tym, iż podmiotem zatrudniającym pracowników realizujących usługę sprzątania jest Odwołujący, a nie Zamawiający i to na Odwołującym spoczywa pełna odpowiedzialność za realizację usługi zgodnie z postanowieniami SWZ, zwłaszcza załącznika nr 6 do SWZ i podpisanej umowy z dnia 4 grudnia 2023 r.

Co ważne, wszystkie wymagania i warunki określone przez Zamawiającego w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP nie były kwestionowane przez Odwołującego na etapie prowadzonego postępowania, co skutkowało tym, iż ostatecznie Odwołujący podpisał umowę z Zamawiającym. W ocenie Izby, jeśli Odwołujący nie zgadzał się z zapisami SWZ, twierdząc obecnie, że realizacja przedmiotu zamówienia mogła się odbyć wyłącznie na podstawie umów cywilnoprawnych, to mógł zadać pytanie do Zamawiającego w ramach wyjaśnień do SWZ w trybie art. 135 ustawy PZP, jak również wnieść stosowne odwołanie, a czego zaniechał Odwołujący w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP.

Izba zważa, że zgodnie z art. 22 § 1 KP 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, przy czym w myśl art. 22 § $1^1$

KP, zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy, zaś w myśl art. 22 § $1^2$ KP, nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, określonych w § 1.

W ocenie Izby osoby wykonujące usługi porządkowe na rzecz Zamawiającego nie decydują samodzielnie o zakresie/rodzaju, czasie i miejscu realizacji ich obowiązków, lecz działają w tym zakresie na polecenie Odwołującego. To Odwołujący był władny precyzować przedmiot ich zobowiązania, jak również był władny wyznaczyć miejsce ich pracy oraz zobowiązać do współpracy z Zamawiającym. Nawet, jeśli Zamawiający określa grafik (plan pracy), wskazując na potrzebę korzystania z usług sprzątania, to wpierw należy zauważyć, że grafik taki jest pewnym sposobem sformułowania zamówienia na konkretne usługi oraz że jego realizacja de facto następuje na polecenie Odwołującego. Poza tym, z załącznika nr 6 do SWZ nie wynika, że to Kierownik Działu Administracyjno-Eksploatacyjnego Zamawiającego miałby wzywać konkretne osoby do pracy w związku z określonym w przedmiocie zamówienia zapotrzebowaniem na „sprzątanie dwu- lub trzykrotne w ciągu doby, (także w niedziele i święta), nawet w nocy, w zależności od ilości przedstawień, prób i imprez obcych, które są ustalane w tygodniowych rozkładach zajęć".

Nadto wskazywane przez Odwołującego postanowienia § 1 ust. 3 pkt 1, 2, 4 i 5 oraz § 2 ust. 11, a także § 5 ust. 4 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r., zdaniem Izby nie świadczą jeszcze o tym, iż wskazane tam uprawnienia Zamawiającego (np. „Zamawiający może zlecić sprzątanie dwu- lub trzykrotnie w ciągu doby, a Wykonawca zobowiązuje się wykonać zlecenie", „Wykonawca, stosownie do zamówień Zamawiającego, zobowiązany jest świadczyć usługi także w niedzielę i święta, nawet w nocy, w zależności od ilości przedstawień, prób i imprez obcych, które są ustalane w tygodniowych rozkładach zajęć", „Środki czystości i niezbędny sprzęt dostarcza Zamawiający", „Na żądanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest odsunąć od realizacji usług przewidzianych w niniejszej umowie osoby, co do których Zamawiający zgłosi uzasadnione zastrzeżenia co do posiadanych przez te osoby umiejętności niezbędnych do świadczenia usług") są uprawnieniami kierowniczymi. Fakt, że zgodnie z zamówieniem usługi miały być wykonywane wielokrotnie w ciągu dnia, w ocenie Izby, nie stanowi argumentu za tym, że osoba realizująca w ten sposób usługi nie może być zatrudniona na podstawie umowy o pracę, zwłaszcza że Odwołujący jako profesjonalista, który zawodowo zajmuje się świadczeniem usług sprzątania, powinien posiadać personel zatrudniony na podstawie umowy o pracę w ramach stosunku pracy, który przykładowo pracując na zmiany, może się zmieniać przy wykonywaniu usług na rzecz Zamawiającego.

Izba zważa, że powoływanie się przez Odwołującego na zapisy rozdziału III ust. 5 załącznika nr 6 do SWZ: „Teatr dysponuje 1 etatowym pracownikiem, który w zespole sprzątającym pełni funkcję brygadzisty", również w ocenie Izby nie oznacza, że w postępowaniu o numerze sprawy nadanym przez Zamawiającego 1/2023/ZP, osoby świadczące usługi sprzątania podlegały bezpośredniemu kierownictwu Zamawiającemu, ponieważ jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, osoby realizujące usługi na rzecz Zamawiającego podlegały de facto tylko „**pośredniemu i krótkotrwałemu** zwierzchnictwu tzw. brygadzisty reprezentującego zamawiającego, który był uprawniony by przekazywać wskazówki dotyczące realizacji zlecenia, natomiast zgodnie z pkt III.3 załącznika nr 6 do SWZ, to odwołujący winien był zapewnić stały nadzór na wykonywaną usługą i jej jakością", o czym świadczy zapis w rozdziale III ust. 3 załącznika nr 6 do SWZ: „Wykonawca winien zapewnić **stały nadzór** nad wykonywaną usługą i jej jakością". Tym samym rację ma Zamawiający, że: „nie będąc stroną umowy z osobami realizującymi usługi porządkowe nie posiada uprawnień kierowniczych, które przykładowo pozwalałyby na egzekwowanie ich obowiązków poprzez stosowanie sankcji umownych lub decydowanie o kontynuacji lub zerwaniu umowy".

W związku z powyższym, Izba za Zamawiający uznała, iż ustalanie szczegółowych planów pracy, czy też współpraca z etatowym pracownikiem Zamawiającego (brygadzistą), miały charakter tylko organizacyjny.

Nadto Izba zważa, że przedmiotem zamówienia była przewidywana liczba godzin świadczenia usług porządkowych. I tak w § 1 ust. 1 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. ilość godzin usług sprzątania została określona na poziomie 6000 godzin, natomiast w § 1 ust. 3 pkt 4 umowy Zamawiający ustalił, że szacunkowa ilość roboczo-godzin przewidzianych do realizacji w ciągu miesiąca wynosi średnio 500 godzin. W ocenie Izby, tak sformułowanie zapisów umowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie powodowało, iż: „(...) Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć ich ilości i w konsekwencji zatrudnić na podstawie umowy o pracę odpowiedniej ilości osób", pomimo braku, jak to określił Odwołujący „stałej minimalnej ilości godzin sprzątania". Trzeba bowiem zauważyć, że zgodnie z § 2 ust. 10 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. Odwołujący oświadczył, iż: „*Wykonawca oświadcza, że posiada odpowiednie zasoby osobowe, organizacyjne i finansowe niezbędne dla prawidłowej realizacji niniejszej umowy. Wykonawca zobowiązuje się, iż do realizacji przedmiotu niniejszej umowy kierować będzie odpowiednią ilość osób oraz wyłącznie osoby posiadające odpowiednie umiejętności i kwalifikacje, niezbędne szkolenia oraz posiadające aktualne zaświadczenie o zdolności do pracy, aktualne zaświadczenie o przeszkoleniu z zakresu BHP. Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest przedstawić stosowne dokumenty potwierdzające spełnianie wskazanych wymogów przez osoby realizujące usługi sprzątania.*" Tym samym,

zdaniem Izby, Odwołujący jako profesjonalista prowadzący przedsiębiorstwo usługowe zadeklarował, że posiada stosowne zaplecze, w tym osobowe, umożliwiające realizację zamówienia według szczególnych potrzeb Zamawiającego określonych w zamówieniu.

Izba odniesie się jeszcze w tym miejscu do twierdzeń Odwołującego, który w odwołaniu na stronie 8 wskazał, iż prosił Zamawiającego o „dostarczenie wytycznych, ewentualnie zmodyfikowanie umowy lub wyrażenie akceptacji na powyższą formę zatrudnienia w oparciu o powyższe ustalenia", to Izba chciałaby podkreślić, iż modyfikacja taka (tj. zatrudnienie osób sprzątających na podstawie umów cywilnoprawnych) po pierwsze miałaby charakter istotny, co wymuszałoby na Zamawiającym przeprowadzenie nowego postępowania o udzielenie zamówienia (art. 454 ust. 1 ustawy PZP),a po drugie postanowienia § 10 umowy z dnia 4 grudnia 2023 r. nie przewidują zmiany umowy w powyższy sposób. W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP.

Konkludując, osoby (pracownicy) wykonujące usługi porządkowe na rzecz Zamawiającego powinny być zatrudnione na podstawie stosunku pracy, co skutkuje tym, iż Odwołujący nie mógł skorzystać z zatrudnienia osób na podstawie umów cywilnoprawnych (umów o świadczenie usług), lecz tylko z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w ramach stosunku pracy, a w konsekwencji prawidłowo Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z niniejszego postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Tym samym zostały spełnione wszystkie przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, tj. Wykonawca dopuścił się nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy z Zamawiającym z dnia 4 grudnia 2023 r., ze względu na wskazany tam wymóg zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia; nienależyte wykonanie miało charakter znaczący, ponieważ dotyczyło istotnego zobowiązania umownego, jakim był aspekt społeczny, czyli zatrudnianie osób na podstawie umowy o pracę, a które to zobowiązanie w ogóle nie było realizowane przez Odwołującego w ramach stosunku pracy, a tym samym nienależyte wykonanie umowy z powodu powyższych okoliczności nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do sankcji w postaci wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego z dnia 30 stycznia 2024 r.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż oświadczenie Zamawiającego o naliczeniu kar umownych z dnia 2 kwietnia 2024 r. ma w ocenie Izby wyłącznie charakter wtórny i co istotne kara umowna nie stanowiła podstawy sankcyjnej.

Nadto Izba zważa, że pismo Odwołującego z dnia 30 kwietnia 2024 r. dotyczące naliczenia kar umownych wniesione na posiedzeniu wraz z protokołami odbioru usługi sprzątania, jak również porównanie zapisów SWZ (rozdziału III ust. 2 i 5 załącznika nr 6 do SWZ w ramach poprzedniego postępowania) oraz przedmiotowego postępowania na rozprawie, są zdaniem Izby irrelewantne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Poza tym, w ocenie Izby, ww. protokoły odnoszą się wyłącznie co do jakości świadczonej usługi, a nie do kwestii formalnoprawnych, o których Izba wskazała powyżej w uzasadnieniu, na co słusznie także zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

Na marginesie Izba wskazuje, iż Odwołujący nie zgadzając się z nałożeniem kar umownych, jak i ich wysokością, może wystąpić do sądu powszechnego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** …….