

Sygn. akt KIO/W 14/21

POSTANOWIENIE
z dnia 23 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Członkowie: Ewa Kisiel
Marek Koleśnikow

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 23 stycznia 2021 r. w Warszawie wniosku z dnia 18 lutego 2021 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług przez Agencję Pracy Tymczasowej polegających na kierowaniu osób do wykonywania pracy tymczasowej”, znak: p/111/BZP/2020.

postanawia:

odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy
do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia
kończącego postępowanie odwoławcze.

Uzasadnienie

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, zwana dalej: „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, na „Świadczenie usług przez Agencję Pracy Tymczasowej polegających na kierowaniu osób do wykonywania pracy tymczasowej”, znak: p/111/BZP/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 lipca 2020 r. nr 2020/S 127-310855.

W dniu 18 lutego 2021r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Wniosek ten został złożony w związku z wniesieniem w dniu 12 lutego 2021 r. odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Work Temps E. B. z siedzibą w Warszawie oraz D. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Work TMPS Group D. Z. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący).

Zamawiający wskazał, że istnieje pilna i uzasadniona potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie rozstrzygnięcia odwołania. Zamawiający argumentował, że wniesione przez Odwołującego jest trzecim w przedmiotowym postępowaniu o zamówienia, natomiast przedmiot zamówienia jest niezwykle istotnym zamówieniem zarówno ze względu na interes Zamawiającego, jak i na interes społeczny. Zamawiający podkreślił jak istotne znaczenie ma dla niego wykonywanie pracy przez pracowników zatrudnionych przez agencję pracy tymczasowej.

Zdaniem Zamawiającego, ważny interes publiczny wyraża się w konieczności zapewnienia Zamawiającemu zachowania ciągłości w realizacji jego zadań niezmiernie istotnych a związanych ze zwalczaniem skutków epidemii COVID-19, w szczególności w ramach projektu pn. „Dotacja na kapitał obrotowy”. Jak wyjaśnił Zamawiający brak realizacji tych zadań przez pracowników tymczasowych spowoduje proces udzielania wsparcia przedsiębiorcom, którzy się o nie ubiegają, co negatywnie wpłynie na stan polskiej gospodarki.

Zamawiający wskazał, że został obciążony dodatkowymi obowiązkami w związku z pandemią COVID-19, a także opracowaniem i wdrożeniem rządowych tarcz antykryzysowych jako działań zaradczych i minimalizujących m.in. ryzyko upadłości polskich przedsiębiorców. W rezultacie Minister Rozwoju, Pracy i Technologii powierzył Zamawiającemu realizację zadań związanych z ww. projektem pn. „Dotacja na kapitał obrotowy”, w ramach którego świadczona jest pomoc średnim przedsiębiorcom, którzy w związku z zakłóceniami w funkcjonowaniu gospodarki na skutek wystąpienia pandemii COVID-19, znaleźli się w trudnej sytuacji ekonomicznej. Zamawiający podkreślił, że jego udział w procesie zwalczania skutków pandemii wirusa COVID-19 ma charakter wielowymiarowy i wymaga zaangażowania merytorycznego, rzeczowego, organizacyjnego i

finansowego licznych podmiotów administracji centralnej. Jak wyjaśnił Zamawiający obok etatowych pracowników PARP, zadania te realizują również pracownicy tymczasowi. Oprócz ww. projektu Zamawiający uruchomił w 2020 roku szereg innych dodatkowych działań zmierzających do szybkiej poprawy kondycji finansowej polskich przedsiębiorców. Zamawiający wskazał, że w działania te również zaangażowani są pracownicy tymczasowi. Ponadto w 2021 roku Zamawiający ma zaplanowane opracowanie koncepcji konkursów na poczet nowej perspektywy finansowej, której start jest zaplanowany jeszcze w bieżącym roku.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze argumentację podniesioną we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, oraz przepisy art. 578 ust. 2-4 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) uznała, iż wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania w przedmiocie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „nową ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. Zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wynikał z wniesienia odwołania w dniu 12 lutego 2021 r. Postępowanie odwoławcze zostało zatem wszczęte po dniu 31 grudnia 2020 r.

Stosownie do przepisu art. 578 ust. 2 nowej ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli:

- 1) niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) zamawiający uprawdopodobnił, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest zatem wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 577 nowej ustawy Pzp, wobec czego nie może być interpretowany rozszerzająco. Jak wynika z przywoływanego przepisu, dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp, konieczne jest stwierdzenie, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia. Z kolei dla zaistnienia przesłanki przywołanej wyżej w art. 578 ust. 2 pkt 2 nowej ustawy Pzp, konieczne jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w swojej argumentacji przedstawionej we wniosku koncentrował się przede wszystkim na przesłance z art. 578 ust. 2 pkt 1 nowej ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego „zachodzi pilna potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia, wynikająca z przyczyn zarówno społecznych, jak i organizacyjnych Zamawiającego, przy czym potrzeby tej nie można było wcześniej przewidzieć ani nie wynika ona z winy Zamawiającego (Zamawiający nie mógł przewidzieć ani rozprzestrzenia się COVID-19 ani skali działań niezbędnych do zwalczania skutków pandemii). Jego wymiernym efektem będzie utrzymanie miejsc pracy dla co najmniej 60 osób, zachowanie ciągłości pracy u Zamawiającego jaki i tak ważne w obecnej sytuacji gospodarczej zachowanie ciągłości świadczenia wsparcia przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19. Nawet miesięczny przestój 60 pracowników tymczasowych stanowi bardzo duże ryzyko realizacji pozostałych zadań Zamawiającego w I kwartale 2021 roku.”

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, że niezawarcie tej konkretnej umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu, który przewyższałby inne interesy, w tym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu prywatnego. W szczególności nie przekonał Izby argument o tym że niezawarcie umowy uniemożliwi zachowanie ciągłości zatrudnienia przez pracowników tymczasowych aktualnie świadczących tę pracę. Zamawiający zaniechał bowiem wyjaśnienia dlaczego nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, do czego Izba szerzej odniesie się poniżej. Podobnie argumentacja dotycząca szkolenia przez Zamawiającego pracowników tymczasowych do wykonywania u niego pracy co podnosi ich kompetencje o wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji działań statutowych Zamawiającego, nie była przekonująca. Izba wskazuje, że konieczność zapewnienia pracownikom cyklu szkoleń wewnętrznych, jak i płatnych szkoleń zewnętrznych, a także czas trwania procesu wdrożenia takich pracowników powinny zostać wzięte przez

Zamawiającego pod uwagę na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia i planowanego terminu jego ogłoszenia.

Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że w tym przypadku nie może zawrzeć umowy w trybie niekonkurencyjnym, na czas trwania postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tak aby zapewnić sobie ciągłość pracy. W tym miejscu zauważenia wymaga, że Zamawiający w treści złożonego wniosku podaje szereg przyczyn, które mogą prowadzić do konkluzji, że Zamawiający właśnie zmierza do wykazania, że spełnia przesłanki do jego zastosowania. Jeśli zaś chodzi o możliwość przedłużenia dotychczasowej umowy to Zamawiający w treści złożonego wniosku niestety ograniczył jedynie się do lakonicznego stwierdzenia o tym, że „Zamawiający nie dysponuje możliwością przedłużenia czasu trwania dotychczasowej umowy na świadczenie usług pracy tymczasowej”. Istotnym jednak jest to, że Zamawiający nie wyjaśnił, jaka jest przyczyna, powód takiego stanu rzeczy (np. brak możliwości finansowania). W tej sytuacji należało stwierdzić, że na chwilę rozpoznawania wniosku brak jest podstaw do stwierdzenia, że dojdzie do przerwania ciągłości pracy u Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego należało wskazać, że Zamawiający, będąc odpowiedzialnym za zorganizowanie postępowania przetargowego, powinien mieć na uwadze czas potrzebny do jego przeprowadzenia, z uwzględnieniem prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. W tym kontekście nie można uznać za trafną argumentacji zamawiającego, który podnosił, że w tym postępowaniu mamy do czynienia już z trzecim odwołaniem ze strony wykonawcy. Izba wskazuje, że tego rodzaju sytuacja nie jest czymś nadzwyczajnym w procesie udzielenia zamówienia publicznego a tym samym nie może przesądzać o tym, że kolejne odwołanie jest wnoszone przez wykonawcę jedynie w celu uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, nie zostały wykazane przez zamawiającego w sposób uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Z uwagi na powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 578 ust. 3 i ust. 4 nowej ustawy Pzp, uznając, że przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy nie zostały spełnione, a to skutkowało odmową uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Stosownie do art. 578 ust. 4 zd. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....