

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 3 stycznia 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Kot**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 3 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 roku przez odwołującego: Spółdzielnię Mleczarską MLEKOVITA z siedzibą w Wysokie Mazowieckie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - Spółdzielnię Mleczarską MLEKOVITA z siedzibą w Wysokie Mazowieckie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego - Spółdzielnię Mleczarską MLEKOVITA z siedzibą w Wysokie Mazowieckie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 3595/21**

## **UZASADNIENIE**

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” oraz „KOWR”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020 Podprogram 2021 koszyk 1 (Nr postępowania: 221/2021/C) (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 6 sierpnia 2021 roku pod numerem: 2021/S 151-399474.

W dniu 14 października 2021 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego Postępowania. W zakresie zadania częściowego nr 3 (dostawy mleka UTH) jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez Spółdzielnię Mleczarską MLEKOVITA z siedzibą w Wysokie Mazowieckie (dalej: „Odwołujący” oraz „SM MLEKOVITA”).

Wyżej wymienione postępowanie podlegało, zgodnie z art. 613 ustawy Pzp, kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Pismem z dnia 17 listopada 2021 roku KOWR został poinformowany o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nr KU/147/21/DKZP. W ramach przedmiotowej kontroli nie stwierdzono naruszeń w Postępowaniu.

W związku z powyższym, Zamawiający działając na podstawie art. 616 ust. 4 ustawy Pzp, po zakończeniu kontroli uprzedniej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wezwał Odwołującego pismem z dnia 29 listopada 2021 roku do zawarcia umowy, przesyłając teść umowy do podpisu (zgodną z Załącznikiem nr 4 do SWZ). KOWR wskazał termin na złożenie bądź przesłanie do Zamawiającego dwóch egzemplarzy umowy podpisanej przez osoby upoważnione – reprezentujące wykonawcę, do dnia 3 grudnia 2021 roku. Przedmiotowe wezwanie zostało wysłane do SM MLEKOVITA pocztą elektroniczną w dniu 29 listopada 2021 roku.

W dniu 13 grudnia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez SM MLEKOVITA od czynności Zamawiającego w ramach Postępowania.

Odwołujący jako podstawę faktyczną do wniesienia odwołania wskazał wezwanie do zawarcia umowy w Postępowaniu z dnia 29 listopada 2021 roku z określeniem terminu jej zawarcia, krótszego niż termin minimalny tj. do dnia 3 grudnia 2021 r., przy jednoczesnym naruszeniu przepisu ustawy Pzp i braku uwzględnienia zastrzeżeń wykonawcy sformułowanych w treści pism SM MLEKOVITA z dnia 25 października 2021 r. oraz z dnia 30 listopada 2021 r., dotyczących niezgodności projektu umowy nr POPŻ/W/03/2021 z uwagi na naruszenie przepisu ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do których był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na wprowadzeniu do umowy podstawy do zwiększenia wysokości wynagrodzenia w § 14 i jednoczesnym pominięciu art. 440 ustawy Pzp, w zakresie postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 2-4 ustawy Pzp i tym samym zapewnieniu przejrzystości postępowania w zakresie ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany przepisów podatkowych zakreślając na podpisanie takiej umowy termin do dnia 3 grudnia 2021 roku.

Odwołujący zarzucił KOWR naruszenie następujących przepisów:

1. art. 264 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wskazanie jako końcowego terminu na podpisanie umowy, krótszego niż minimalny pomimo braku wyeliminowania z przeprowadzonego postępowania elementu niezapewniającego zachowania jego przejrzystości, w szczególności wskutek przedłożenia do podpisania wykonawcy projektu umowy zawierającego w § 14 umowy sformułowania umożliwiające Zamawiającemu arbitralne traktowanie wykonawców, w tym Odwołującego, w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia w przypadku zaistnienia określonych treścią § 14 podstaw do jego zmiany obejmujących przepisy podatkowe,
2. art. 440 ustawy Pzp w zw. z art. 439 ust. 2-4 ustawy Pzp poprzez brak wprowadzenia do projektu umowy przed jego przekazaniem do podpisania Odwołującemu, szczegółowych postanowień dotyczących zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia zgodnie z art. 439 ust. 2-4 ustawy Pzp i pomimo wskazania w treści § 14 projektu umowy podstaw do zmiany wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku zmian podatkowych.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazania Zamawiającemu wprowadzenia do treści projektu umowy zmiany § 14 poprzez wprowadzenie odpowiedniej modyfikacji w taki sposób, aby paragraf ten uzyskał treść wskazaną w odwołaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania i umorzenie postępowania odwoławczego w całości.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego KOWR w pierwszej kolejności wskazał, że termin na wniesienie odwołania na postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w Postępowaniu, w tym postanowienia Załącznika nr 4 do SWZ – Wzoru umowy, upłynął w dniu 16 sierpnia 2021 roku (zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – licząc 10 dni od dnia 6 sierpnia 2021 roku tj. od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego dokumentu zamówienia jakim jest SWZ na Platformie Zakupowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej – 6 sierpnia 2021 roku). Zamawiający podkreślił, że postanowienia Załącznika nr 4 do SWZ – Wzoru umowy w trakcie Postępowania nie były zmieniane. Wobec powyższego odwołanie na treść wzoru umowy, złożone po upływie terminu na wniesienie odwołania tj. po dniu 16 sierpnia 2021 roku – w ocenie Zamawiającego – winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie KOWR podniósł, że odwołanie w zakresie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do zawarcia umowy nie stanowi czynności w postępowaniu i jest czynnością pozostającą poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazała, że Odwołujący jako podstawę faktyczną do wniesienia odwołania wskazał czynność wezwania SM MLEKOVITA do zawarcia umowy w Postępowaniu z dnia 29 listopada 2021 roku. W treści odwołania Odwołujący kwestionował zapisy wzoru umowy oraz termin wyznaczony na podpisanie umowy w Postępowaniu.

Odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 roku, a więc po upływie 10-dniowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym stawianie zarzutów wobec treści Załącznika nr 4 do SWZ – Wzoru umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej są spóźnione. Odwołujący na wstępnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zgłaszał zastrzeżeń w odniesieniu do zapisów SWZ, wobec powyższego postanowienia wzoru umowy przyjęły charakter ostatecznych i wiążą zarówno Zamawiającego, Wykonawców jak i Izbę.

Odnosnie natomiast zarzutu dotyczącego wskazania końcowego terminu podpisania umowy należy zauważyć, że wynika on z pisma Zamawiającego z dnia 29 listopada 2021 roku – Wezwania do podpisania umowy. W ocenie Izby twierdzenie KOWR, iż odwołanie w zakresie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu SM MLEKOVITA do zawarcia umowy stanowi czynność pozostającą poza kognicją Krajowej Izby Odwoławczej jest nieuzasadnione. Izba wskazuje, że dopuszczalne jest wniesienie odwołania od wyżej wymienionej czynności. Kwesta ta była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 roku o sygn. akt KIO 2443/14, w którym Izba zauważyła, że choć czynność zaproszenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest literalnie wymieniona w ustawie Prawo zamówień publicznych, to jest niewątpliwie czynnością zamawiającego podejmowaną w toku postępowania, związaną i zmierzającą do udzielenia zamówienia publicznego, która podlega ocenie co do zgodności z przepisami ustawy. Pomimo, iż powyższe orzeczenie zostało wydane na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) przytoczona teza wciąż pozostaje aktualna. Ponadto Izba podkreśla, że stosownie do brzmienia art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Zgodnie z komentarzem Urzędu Zamówień Publicznych do nowej ustawy Prawo zamówień publicznych (pod red. H. Nowaka, M. Winiarza) „(...) *Konsekwencją wyboru najkorzystniejszej oferty jest z zasady zawarcie umowy z wykonawcą, który tę ofertę złożył. Czynności dokonywane pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego są czynnościami w postępowaniu (...)*”.

Zasadne jest zatem przyjęcie, że wezwanie do zawarcia umowy stanowi czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która podlega ocenie Izby.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp i postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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 2020 r., poz. 2437) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....