

**Sygn. akt: KIO 2343/16**

**WYROK**

**z dnia 29 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia br. przez wykonawcę Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Usług Wspólnych w Warszawie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 2 grudnia 2016 r., polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża Centrum Usług Wspólnych w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Centrum Usług Wspólnych w Warszawie na rzecz Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 15 034 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy trzydzieści cztery złote, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i uiszczonych opłat skarbowych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

I. Centrum Usług Wspólnych w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę telefonów komórkowych dla Jednostek Administracji Państwowej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 8 października 2016 r., poz. 2016/S 195-351034. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 grudnia 2016 r. Polkomtel spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu, że unieważniając przedmiotowe postępowanie rażąco naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadne przyjęcie, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie odwołującego Zamawiający doprowadził tym samym do naruszenia wyrażonej w art. 7 Prawa zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji. W konsekwencji Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności obejmującej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie. Jego zdaniem prawidłowo unieważnił postępowanie, choć nie było prowadzone w częściach. Wskazywał, że nie ma w przepisach Prawa zamówień publicznych instytucji częściowego unieważnienia postępowania. Zamawiający poszukiwał więc rozwiązań sytuacji, ale mógł podejmować działania jedynie w oparciu o przepisy prawa. Poszukiwał brakujących środków, wykonał analizę, kto miałby dla trzech jednostek sfinansować postępowanie. Nie znalazł takiego podmiotu, zresztą każda jednostka ma autonomiczny budżet.

Przywoływał orzeczenie KIO 2091/10, w którym Izba stwierdziła, że okoliczności zaistniałe po otwarciu ofert mogą wpłynąć na wysokość środków, które Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje: Zamawiający przed otwarciem ofert podał ilość środków, jakie zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Postępowanie nie jest prowadzone w częściach. Cena najkorzystniejszej oferty nie przekroczyła podanych środków, mimo to Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający powoływał się na okoliczność, że prowadzi postępowanie w imieniu kilkudziesięciu jednostek, spośród których trzy nie zgodziły się zwiększyć środków przeznaczonych na realizację umowy (postępowanie nie było prowadzone w częściach, ale każda z jednostek miała zawrzeć odrębną umowę). W ocenie Zamawiającego uzasadnia to unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, natomiast zdaniem Odwołującego nie zaistniały przesłanki, o których mowa w tym przepisie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że ocena Odwołującego jest trafna i Zamawiający nieprawidłowo unieważnił postępowanie w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie było sporne, że w niniejszej sytuacji to nie nastąpiło: cena oferty Odwołującego nie przewyższała kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (a którą, zgodnie z art. 86 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zamawiający podaje do wiadomości wykonawców bezpośrednio przed otwarciem ofert). Okoliczności, które zaistniały po otwarciu ofert (ustalenie, że trzy jednostki nie mogą zwiększyć środków na realizację umów) pozostają bez wpływu na kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a więc na podstawę unieważnienia postępowania, na którą Zamawiający się powołuje. Nie ulega wątpliwości, że przesłanki unieważnienia postępowania powinny być interpretowane ściśle. W konsekwencji nie zaistniała przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....