

SKUTKI UZNANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO ZARZUTÓW ODWOŁANIA W CAŁOŚCI
art.. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Uznanie przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości
(przy spełnieniu wszystkich przesłanek art. 186 ust. 2 ustawy pzp)

Krajowa Izba Odwoławcza **ma obowiązek umorzenia postępowania odwoławczego**

Zamawiający pomimo uznania zarzutów odwołania
nie ma obowiązku wykonania czynności zgodnie z zarzutami odwołania
jeśli byłoby to niezgodne z przepisami ustawy pzp

Krajowa Izba Odwoławcza nie bada zasadności odwołania ani uznania zarzutów odwołania

Wykonawca może ponownie wnieść odwołanie
jeżeli spełnione są **łącznie** dwie przesłanki:

- zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z uznanymi zarzutami odwołania
- powtórzona czynność zamawiającego jest niezgodna z przepisami ustawy pzp.

UWAGA: Art. 186 ust. 2 ustawy pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy zarzutów odwołania, konieczne jest wykazanie naruszenia przepisów ustawy pzp.

UZASADNIENIE - ORZECZNICTWO

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-04-05, KIO 554/18

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w pkt 1 i 2 listy zarzutów odwołania. Co prawda Zamawiający nie uznał zarzutu z pkt 3 listy zarzutów, jednak z konstrukcji odwołania wynika, że jest to zarzut alternatywny w stosunku do uznanych zarzutów, o czym świadczy, że żądanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp ma charakter ewentualny w stosunku do żądań związanych z zarzutami zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i uzupełnienia dokumentów. Zarzut z pkt 4 listy zarzutów ma charakter niesamodzielny, a ponadto Zamawiający już unieważnił dokonany uprzednio wybór oferty. (...) Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej przypomnieć należy, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z treści uzasadnienia pism Zamawiającego wynika, że uczynił on już zadość żądaniom zgłoszonym w związku z uznaniem w całości zarzutami.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-04-04, KIO 544/18

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że odwołanie wniesione wobec zmienionych postanowień SIWZ ograniczało się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie sformułował żadnych innych zarzutów, odnoszących się merytorycznie do zgodności zaskarżonych postanowień SIWZ z przepisami ustawy, a jedynie skoncentrował się na czysto formalnej stronie wprowadzonych zmian, wskazując na ich niezgodność z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tak sformułowanego odwołania stwierdzić należy, że nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualne naruszenie tego przepisu nie jest bowiem wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania, bez poddania kontroli Izby merytorycznej prawidłowości zaskarżonych czynności, które zostały podjęte w wykonaniu żądań uwzględnionego odwołania. Pogląd taki został wielokrotnie wyrażony w orzecznictwie Izby, np. w wyrokach o sygn. akt: KIO 1124/16, KIO 2296/12, KIO 2804/12.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami - wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

Przyjęcie stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu w przypadku stwierdzenia - jedynie od strony formalnej - że zamawiający nie zrealizował żądań uwzględnionego przez siebie odwołania, mogłoby prowadzić do niedopuszczalnej sytuacji nakazywania egzekwowałnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Zamawiający może bowiem uwzględnić zarzuty odwołania, które są niezasadne (uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego nie podlega kontroli Izby) i zobowiązać się w ten sposób do realizacji żądań, których skutek będzie niezgodny z przepisami prawa. W takiej sytuacji Izba musiałaby uwzględnić odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i nakazać Zamawiającego wykonanie czynności niezgodnych z prawem. Ponieważ sytuacja taka jest nie do zaakceptowania, w orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na konieczność takiej interpretacji ww. przepisu, która uwzględnia cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że norma wynikająca z art. 186 ust. 2 ustawy wywołuje skutki procesowe w toku postępowania odwoławczego, nie stanowi jednak samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie mogłoby stanowić podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie właśnie wynikające z orzecznictwa Izby wnioski, które skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.

W związku z tym, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący ograniczył się do zarzutu natury formalnej (tj. naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy poprzez niewykonanie żądań odwołania, które Zamawiający uwzględnił), nie podejmując opartej na normach materialnoprawnych polemiki z nowym brzmieniem postanowień SIWZ, Izba nie mogła ocenić zaskarżonych postanowień od strony merytorycznej, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-03-19, KIO 475/18

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający faktycznie już podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-01-10, KIO 2719/17

Jednakże - wbrew odmiennemu pogładowi Odwołującego - art. 186 ust. 2 pzp w żaden sposób nie zabezpiecza wykonawcy przed wykonaniem przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem uznanego poprzednio odwołania utrzymania. W ustawie pzp art. 186 ust. 2 pzp został skorelowany z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, co przesądza jedynie o tym, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał.

W przeciwnej sytuacji jedynym skutkiem dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.

Istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże bowiem Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego.

Stąd w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 pzp, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem. Z tego względu zamawiający dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 pzp, a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy pzp, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów. merytorycznym rozpoznanie.

Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp. Nie sposób uznać, że zamawiający - dokonując czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu - nie ma możliwości działania zgodnie z materialnymi przepisami ustawy pzp. Zamawiający powinien kierować się przepisami prawa oraz działać w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna być ich zgodność z przepisami ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte sposób właściwy sposób podejmowania czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli zatem po takim umorzeniu postępowania odwoławczego zamawiający dokonuje czynności niezgodnie z żądaniem uznanego poprzednio odwołania, wykonawca ma prawo odwołania się od tej czynności, co musi jednak nadal polegać na wskazaniu, z jakim konkretnie przepisem ustawy pzp jest ona niezgodna. W takim przypadku dojdzie zatem jedynie do odłożenia rozstrzygnięcia sporu na tle merytorycznej zgodności określonej czynności lub jej zaniechania z przepisem ustawy pzp do następnego postępowania odwoławczego, wywołanego odwołaniem wniesionym od ponownie dokonanej lub nadal zaniechiwanej czynności przez zamawiającego, pomimo uznania zarzutów poprzedniego odwołania.

Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 2017-09-12, II Ca 487/17

Co warte podkreślenia, ustawa w brzmieniu mającym zastosowanie w sprawie- nie przewiduje uprawnienia Krajowej Izby Odwoławczej do merytorycznej kontroli zasadności tego oświadczenia i uznania za bezskuteczne. Jak słusznie podkreśla się w orzeczeniach I., oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu całości zarzutów, przy spełnieniu pozostałych przesłanek, zwalnia Izbę z obowiązku rozstrzygnięcia o ich zasadności i umożliwia umorzenie postępowania odwoławczego [vide postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2014 roku, KIO 1868/14, LEX nr 1540698]. Przyjmując więc należy, że złożenie oświadczenia zasadniczo wiąże zarówno zamawiającego, jak i Izbę, a także wykonawcę wnoszącego odwołanie i wykonawców, którzy przystąpili do postępowania po jego stronie. Kompetencje do podważenia skutków procesowo - prawnych tego oświadczenia i żądania merytorycznego rozpoznania odwołań posiadają wyłącznie

wykonawcy uprawnieni do zgłoszenia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Innymi słowy w świetle art. 186 ust. 2 ustawy, po złożeniu oświadczenia, organ ma obowiązek umorzenia postępowania i nie może (przy braku aktywności procesowej wykonawców przystępujących do postępowania po stronie zamawiającego) podjąć decyzji o przystąpieniu do merytorycznego badania odwołania. Użyty w treści art. 186 ust. 2 ustawy Prawa Zamówień Publicznych zwrot " może" nie oznacza swobody I. w wyborze sposobu zakończenia postępowania (fakultatywności rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania), w którym zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego a odnosi się jedynie do możliwości umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2016-07-07, KIO 1124/16

Reasumując, fakt uwzględnienia zarzutów odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp, nie oznacza, że Zamawiający musi wykonać wszystkie żądania odwołania co do joty. W przypadku, gdy uzna, że co innego nakazują mu przepisy prawa - może, a nawet powinien wykonać w postępowaniu czynności inaczej niż żądano tego w odwołaniu. **Dokonanie czynności niezgodnie z żądaniami odwołania - w tym wypadku ponowne wykluczenie wykonawcy i niezaproszenie go do składania ofert - będzie czynnością nową, którą wykonawcy będą mogli zakwestionować w drodze odwołania, na którego wniesienie termin liczony będzie zgodnie z art. 182 ust. 1, tj. od daty podjęcia tej czynności. I w przypadku, gdy Zamawiający ponownie nie zmieni zdania i takiego odwołania nie uwzględni, kwestia prawidłowości wykluczenia zostanie wreszcie oceniona przez Izbę w zakresie jej zgodności z przepisami prawa określającymi egzekwowanie warunków udziału w postępowaniu, a nie z normą art. 186 ust. 3 Pzp.** Podstawą uwzględnienia lub oddalenia takiego odwołania będzie istnienie bądź nieistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy i prawidłowość nowej czynności w tym zakresie, a nie jej zgodność bądź niezgodność z art. 186 ust. 3 i żądaniami uprzednio uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania.

Kwestia zgodności powtórzonej po uwzględnieniu odwołania czynności z żądaniami tego odwołania ma natomiast znaczenie w kontekście przesłanek odrzucenia odwołania - w przypadku gdy zamawiający wykonuje swoją czynność w zgodzie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcy nie mogą kwestionować jej na drodze środków ochrony prawnej (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy).