

POSTANOWIENIE
z dnia 12 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Emil Kawa

Ewa Kisiel

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego w dniu 12 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Mercury P. W. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, przy udziale wykonawcy Doktor Leks S.A. z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

postanawia:

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na sukcesywną dostawę środków czystości (nr sprawy: ZP/PN/24/17/IEL), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 marca 2017 r., pod nr 48305-2017.

24 kwietnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie części (pakietu) 2 zamówienia, oferty wykonawcy SWISSPOL Ltd. sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Wykonawca S”).

2 maja 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Centrum Mercury P. W. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”), w którym, w zakresie części 2 zamówienia, zaskarżono:

1. rażące naruszenie prawa przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy S, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
2. rażące naruszenie prawa przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S ze względu na fakt, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiadała treści SIWZ oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. rażące naruszenie prawa przez zaniechanie badania oferty Odwołującego i dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
4. rażące naruszenie prawa przez nierzetelne dokonanie czynności badania złożonych ofert, w wyniku czego podjęta została decyzja o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiadała treści SIWZ oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

5. rażąco naruszenie prawa przez złamanie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców uczestniczących w Postępowaniu i przeprowadzenie nierzetelnego badania oferty Wykonawcy S.

Odwołujący stwierdził, że wskazane powyżej czynności i zaniechania stanowią naruszenie:

1. art. 82 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy S, której treść nie odpowiadała treści SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
3. art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ze względu na fakt, że jej treść odpowiadała treści SIWZ oraz powinna uzyskać największą ilość punktów,
4. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, polegającym na przyjęciu, że treść oferty Wykonawcy S odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części 2 zamówienia:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ponownego badania oferty Wykonawcy S,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy S na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. przeprowadzenia badania oferty Odwołującego,
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ w wyniku dokonania i zaniechania ww. czynności jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą, przez co uzyska on zamówienie publiczne do realizacji.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca Doktor Leks S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Izba, wobec spełnienia przez ww. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

Uwzględniając przedstawione powyżej stanowisko, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie bezspornie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Podstawą wniesionego odwołania Odwołujący uczynił przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, kwestionując zasadność wyboru jako najkorzystniejszej, w części 2 zamówienia, oferty Wykonawcy S.

W powyższych okolicznościach skład orzekający uznał, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, jako że dotyczy czynności innej niż wymieniona w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań uczynić należy przepis art. 180 ust. 2 *in fine* Pzp, zgodnie z którym w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych odwołanie przysługuje wyłącznie (podkreślenie Izby) wobec czynności wymienionych w pkt 1-6 tej regulacji.

Z powyższego należy wyprowadzić dwa wnioski – po pierwsze, że ustawodawca przesądził, że odwołanie w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych ma charakter wyjątkowy (przysługuje bowiem w ściśle określonych przypadkach), a ewentualne kwestionowanie poprawności sposobu procedowania zamawiającego następuje w drodze informacji, o której mowa w przepisie art. 181 ust. 1 Pzp. Po drugie, że każda z przesłanek dopuszczalności odwołania musi być interpretowana ściśle, zgodnie z zakazem rozszerzającej wykładni wyjątków.

Izba wskazuje, że 28 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która w art. 1 pkt 159 lit. a tiret drugie, rozszerzyła przesłanki wniesienia odwołania w tzw. postępowaniach poniżej progów m.in. o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe nie oznacza jednak, w ocenie składu orzekającego, że w obowiązującym stanie prawnym odwołanie w takim postępowaniu przysługuje wobec wszystkich działań i zaniechań, które finalnie doprowadziły zamawiającego do zaskarżonego odwołaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Przemawiają za tym – poza wskazanymi wcześniej argumentami – następujące racje.

Analiza użytego w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp pojęcia „czynności” (podkreślenie Izby) wyboru oferty najkorzystniejszej” uzasadnia wniosek, że ustawodawca wykluczył z jego zakresu wszelkie potencjalne zaniechania, które mogą być przez zamawiającego popełnione w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej (np. zaniechanie odrzucenia oferty,

która następnie została uznana za najkorzystniejszą, bądź zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została za taką uznana). Ergo – komentowany przepis odnosi się li tylko do zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert. Co ważne, wraz z wprowadzeniem omawianej przesłanki ustawodawca nie zdecydował się na wyeliminowanie z katalogu zawartego w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp przesłanek z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie przysługuje wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty odwołującego i czynności wykluczenia go z postępowania. Nie ma zatem podstaw do wnioskowania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert.

Odnosząc się w tym miejscu do znaczenia przytoczonego wyżej pojęcia należy powiedzieć, że nie sposób twierdzić, jakoby definiował je tytuł Rozdziału 4 Pzp „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Zamieszczono w nim bowiem szereg norm odnoszących się do różnych czynności, które nie składają się na wybór najkorzystniejszej oferty i siłą rzeczy nie mogą go stanowić. Są to, np. normy dotyczące przygotowania postępowania (dopuszczenie składania ofert wariantowych – art. 83 Pzp), uprawnień wykonawcy (art. 84 Pzp), przepisy techniczne dotyczące otwarcia czy przechowywania ofert, obowiązki informacyjne związane z udzieleniem zamówienia *etc.* Ponadto szereg czynności, które Zamawiający musi bezwzględnie przeprowadzić, i które mają składać się na dynamiczny proces badania ofert oraz decydują o ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, regulowane jest poza ww. rozdziałem. Są to, np. kwestie podmiotowej kwalifikacji wykonawcy składającego ofertę i jego wykluczenia z postępowania.

Przedstawione zapatrywanie wspiera dodatkowo okoliczność, że w tzw. postępowaniach powyżej progów odwołanie służy nie tylko wobec niezgodnej z Pzp czynności zamawiającego, ale również wobec zaniechania czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie Pzp (argument z art. 180 ust. 1 Pzp), podczas gdy w art. 180 ust. 2 Pzp mowa jest, że odwołanie służy wyłącznie od czynności. W ocenie Izby nie ma zatem podstaw, aby przyjmować, że akurat w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona nie tylko czynność, lecz również zaniechanie czynności (co istotne – innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 Pzp katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał natomiast o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku wspomnianej nowelizacji Pzp. Ustawodawca nadal koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zdecydowano się zatem na zniesienie różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach

podprogowych i postępowaniach powyżej progów, a jedynie na nieznaczne poszerzenie katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal ma charakter wyjątku od zasady, to nie może być on interpretowany rozszerzająco.

Podobnych wniosków dostarcza porównanie przepisu art. 180 ust. 2 i art. 181 ust. 1 Pzp, w którym to również ujęto zarówno czynności, jak i zaniechania czynności. Oznacza to, że w tzw. postępowaniach poniżej progów wobec czynności zamawiającego można złożyć informację z art. 181 ust. 1 Pzp, bądź, w przypadkach enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp – odwołanie, zaś w odniesieniu do zaniechań czynności – wyłącznie wspomnianą informację.

Przypomnieć należy także, że w toku uzgodnień międzyresortowych dotyczących nowelizacji Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w tzw. postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczył w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak, stwierdzając, tu cytując, *„Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”*). Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 – unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi właśnie założeniami, ukształtowała się treść art. 180 Pzp. Odmiennych zamiarów autora nowelizacji nie sposób wyczytać z innych materiałów z prac legislacyjnych, w tym z samego uzasadnienia projektu ustawy, a należałoby zakładać, że jeśli ustawodawca chciał tak dalece znieść dotychczas obowiązujące ograniczenia, to byłaby to zmiana na tyle istotna, że doczekałaby się odpowiedniego komentarza w uzasadnieniu nowelizacji. Należy więc stwierdzić, że intencja autora nowelizacji co do zakresu zaskarżenia w postępowaniach poniżej progów unijnych została wyrażona podczas uzgodnień międzyresortowych, ze wskazaniem na zamiar utrzymania wyłączeń dotyczących zaniechań zamawiającego i nie może być pomijana przy interpretacji przepisów.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko, tj. jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, przeczy regule racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w tzw. postępowaniach poniżej progów pozostawałoby w istocie jedynie

unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czemu przeczy chociażby zamknięty katalog przesłanek wniesienia odwołania w postępowaniach poniżej progów, czy objęcie ich zakresem jedynie czynności zamawiającego.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy są również wnioski płynące z przepisów unijnych oraz zmian ustawodawstwa krajowego, na które zwrócił uwagę skład orzekający w uzasadnieniu postanowienia z 2 marca 2017 r., sygn. akt KIO 326/17, które Izba podziela i przyjmuje za własne. Czytamy w nim, że:

„[...]Dyrektywy odwoławcze 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniające dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/WG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do naruszeń przepisów dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych, lub przepisów krajowych implementujących postanowienia tych dyrektyw, tj. w aktualnym stanie prawnym – dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchwalone 26 lutego 2014 r. i odnoszące się do zamówień o wartości powyżej progów wyznaczonych powołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r. poz. 2263). Nie są objęte zakresem dyrektyw odwoławczych zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie podlegają postanowieniom dotyczącym procedur udzielania zamówień publicznych.

W kwestii dopuszczalności i zakresu stosowania środków odwoławczych w postępowaniach podprogowych liczą się regulacje ustawodawcy krajowego. Jednocześnie jednak Komisja Europejska, uwzględniając orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zwracała uwagę na konieczność zapewnienia środków ochrony prawnej dla najistotniejszych decyzji mogących naruszać interes wykonawców, takich jak wykluczenie ich z postępowania czy też odrzucenie oferty. Takie stanowisko znalazło wyraz w Komunikacie wyjaśniającym KE dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r.

Realizując powyższe postulaty ustawodawca krajowy zmienił treść art. 184 ust. 1 Pzp w brzmieniu z dnia 13 kwietnia 2007 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560) – mówiącego, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty

określone w przepisach, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania UOPWE ogłoszeń o zamówieniach – i w kolejnej nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadził przepis art. 184 ust. 1a w brzmieniu: W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Przy czym dla powyższej nowelizacji przedstawiono następujące uzasadnienie projektu ustawy:

„Niezbędne jest zatem wprowadzenie systemu gwarantującego ochronę podstawowych interesów wykonawców, który nie będzie ograniczał się jedynie do postępowań, których wartość przekracza progi wynikające z przepisów dyrektyw. Mając to na względzie, proponuje się ujednoczenie zasad wnoszenia środków ochrony prawnej dla zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne. W postępowaniach tych wykonawca powinien mieć zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego najistotniejszych interesów, a mianowicie:

- 1) nieprawidłowego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, wolnej ręki, zapytania o cenę,*
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,*
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,*
- 4) odrzucenia oferty.*

Proponowane zmiany dotyczące systemu środków ochrony prawnej wpłyną pozytywnie na przebieg procedury udzielania zamówień publicznych. Przede wszystkim w przypadku zamówień na roboty budowlane zostanie wprowadzona ochrona prawna dla zamawiających do progu 5 150 000 euro polegająca na wyeliminowaniu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy). Wykonawcy będą mieli zagwarantowane efektywne środki ochrony we wszystkich postępowaniach poniżej progów na decyzje zamawiających, godzące w ich podstawowe interesy (obecnie wykonawcy nie mają prawa do wniesienia odwołania poniżej progów właściwych dla dostaw i usług), przy czym skarżone będą mogły być wyłącznie te czynności zamawiającego, które bezpośrednio dotyczą wykonawcy wnoszącego dany środek ochrony prawnej”.

Następna nowelizacja z dnia 2 grudnia 2009 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w omawianym zakresie – pozostawała w związku z wyeliminowaniem instytucji protestu i wprowadziła przepis art. 180 ust. 2 Pzp, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego

– miała więc znaczenie jedynie doprecyzowujące i obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r., tj. w aktualnym brzmieniu.[...]”.

W związku z powyższym, dokonując oceny przedmiotowej kwestii również w ujęciu historycznym, uwzględniającym zmiany przepisów dotyczących środków ochrony prawnej i możliwości korzystania z nich, uprawniony wydaje się wniosek, że ustawodawca – decydując się na dopuszczalność odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych i, jak wspomniano, nieznacznie rozszerzając przesłanki dopuszczalności ich wnoszenia, nigdy nie zrezygnował z wyjątkowości tego sposobu kwestionowania działań/zaniechań zamawiającego.

Podkreślenia wymaga również, że orzecznictwo Izby pozostaje w omówionym zakresie jednolite i zgodne – wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie kryteriów wyboru ustanowionych przez zamawiającego w SIWZ. Możliwość kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty nie obejmuje zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Takie stanowisko zajęła Izba m.in. w postanowieniach: z 5 września 2016 r. sygn. akt KIO 1599/16, z 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1674/16, z 21 września 2016 r. sygn. akt KIO 1696/16, z 29 września 2016 r. sygn. akt KIO 1750/16, z 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2059/16, z 7 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2059/16, z 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2026/16, z 16 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2084/16, z 17 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2128/16, z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2162/16, z 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2232/16, z 1 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2211/16, z 7 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2203/16, z 13 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2292/16, z 14 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2283/16, z 15 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2298/16, z 22 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2355/16, z 30 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2397/16, z 2 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2405/16, z 5 stycznia

2017 r., sygn. akt 2462/16, z 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2467/17, z dnia 9 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/16, z 30 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 160/17, z 31 stycznia, sygn. akt KIO 115/17, z 15 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 260/17, czy w cytowanym powyżej postanowieniu z 2 marca 2017 r., sygn. akt KIO 326/17.

Co więcej, stanowisko Izby zostało zaaprobowane w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: XII Ga 837/16 oraz w wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z 1 lutego 2017 r., sygn. akt: IV Ca 1051/16.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie mieszczą się w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś o zaniechaniu czynności odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji postanowienia) orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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.2010.231.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....