

WYROK

z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2013 r. przez **Odwołującego** – Mirosława K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Restauracja Kaszubska Mirosław K., ul. Żeromskiego 63, 81-198 Kosakowo, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Politechnika Gdańska, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Mirosława K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Restauracja Kaszubska Mirosław K., ul. Żeromskiego 63, 81-198 Kosakowo, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Mirosława K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Restauracja Kaszubska Mirosław K., ul. Żeromskiego 63, 81-198 Kosakowo, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** – Mirosława K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Restauracja Kaszubska Mirosław K., ul. Żeromskiego 63, 81-198 Kosakowo, na rzecz **Zamawiającego** - Politechnika Gdańska, ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk, kwotę **1.627 zł 92 gr** (słownie: tysiąc sześćset dwadzieścia

siedem złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w ramach przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usług cateringowych na potrzeby Działu Organizacyjnego Politechniki Gdańskiej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2013 r. pod numerem 2013/S 164-285876.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego i nieskutecznego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez nieskuteczne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uznanie, iż wezwanie z dnia 11 września 2013 r. zostało skutecznie odebrane przez Odwołującego, podczas gdy:
 - a) wysłana w dniu 11 września 2013 r. drogą e-mail wiadomość z domeny pg.gda.pl sklasyfikowana została przez filtr antyspamowy Gmail (poczta hostowana na serwerze Google Apps) jako spam w związku z czym Odwołujący nie miał możliwości w normalnym, realnym toku czynności odbioru powyższej wiadomości z uwagi na przekierowanie jej nie do wiadomości w skrzynce odbiorczej lecz do spam;
 - b) Odwołujący w związku z nedoręczeniem wezwania nie potwierdził jego odbioru, czego żądał w e-mailu z 11 września 2013 r. Zamawiający;
2. art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie ustalenia, dlaczego Odwołujący nie potwierdził odebrania e-maila z dnia 11 września 2013 r. oraz nie złożył wyjaśnień, mimo żądania przez Zamawiającego potwierdzenia odbioru e-maila oraz złożenia wyjaśnień w terminie tym bardziej, iż złożenie przez Odwołującego wyjaśnień determinowało jego dalszy udział w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji nieskutecznego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie stosownych wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny;
4. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, złożonej przez Magdalenę S-G., prowadzącą działalność

gospodarczą pod firmą Agencja Promocyjna Denver Magdalena S-G. jako najkorzystniejszej na podstawie kryterium cena, w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Odwołującego, którego ofertę niesłusznie odrzucono, była korzystniejsza;

5. art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 10 września 2013 r. złożył ofertę w niniejszym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego zawierała najkorzystniejszą (najniższą) cenę. Od tego dnia Odwołujący praktycznie codziennie śledził stronę internetową Zamawiającego w zakresie toczącego się przetargu oraz kilkakrotnie dzwonił do Zamawiającego w celu ustalenia, czy oferta jest prawidłowa. Dnia 20 września 2013 r. Odwołujący powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z pisma Zamawiającego, zamieszczonego na stronie internetowej.

Odwołujący podaje, że w tej sytuacji, natychmiast skontaktował się telefonicznie z Zamawiającym z zapytaniem, dlaczego jego oferta została odrzucona. Zamawiający w rozmowie telefonicznej poinformował Wykonawcę, iż w dniu 11 września 2013 r. został do niego przesłany e-mail z wezwaniem datowanym na dzień 10 września 2013 r. do złożenia wyjaśnień. Wykonawca natychmiast poinformował Zamawiającego telefonicznie, iż nie dostał żadnego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny.

Dalej Odwołujący wyjaśnia, że po uzyskaniu powyższej informacji Odwołujący przystąpił do przeszukania wszystkich skrzynek pocztowych i nie znalazł żadnej wiadomości. Dopiero po przeszukaniu folderów spam (zawierających wiadomości sklasyfikowanych przez serwer Google Apps jako zawierających niebezpieczne elementy) Odwołujący rzeczywiście odnalazł wiadomość z 10 września 2013 r. od Zamawiającego, jak również z 20 września 2013 r., dotyczącą zawiadomienia o wyborze ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący podnosi, że według uzyskanych przez Odwołującego od informatyka Leszka C. informacji, wiadomości które docierały na skrzynkę mailową a.K.@restauracia-kaszubska.pl z adresu joanna.dworak@pg.gda.pl zostały sklasyfikowane przez filtr antyspamowy Gmail (poczta Wykonawcy jest hostowana na serwerze Google Apps) jako

spam. W związku z powyższym Odwołujący stwierdza, że nie miał możliwości w normalnym, realnym toku czynności odbioru powyższej wiadomości z uwagi na przekierowanie jej nie do wiadomości w skrzynce odbiorczej lecz do spam.

Odwołujący podaje, że informatyk odszukał usuniętego ze skrzynki pocztowej e-maila z dnia 11 września 2013 r. na kliencie pocztowym THUNDERBIRD (skonfigurowanym przez pomocy protokołu IMAP, który umożliwia odwzorowanie folderów na serwerze pocztowym), który znajdował się w folderze spam. Co istotne, na rzucie widoczna była również prośba o potwierdzenie doręczenia, która była niezaaceptowana. Na zapytanie obsługujących serwer o przyczynę zakwalifikowania wiadomości do spam udzielono odpowiedzi, iż *wiele wiadomości z domeny pg.gda.pl to spam*. Powyższe oznacza, iż wiadomości pochodzące z ww. domeny zawierały elementy niebezpieczne, które filtr antyspamowy od razu klasyfikował do spam.

Odwołujący podkreślił, że w treści e-maila z dnia 11 września 2013 r. znalazło się stwierdzenie: *„Proszę o potwierdzenie otrzymania tej wiadomości i udzielenie odpowiedzi w terminie wskazanym w piśmie”*. W załączniku zaś pismo datowane na dzień 10 września 2013 r., wzywające do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w terminie do dnia 12 września 2013 r. do godziny 15.00. Wezwanie z dnia 10 września 2013 r. miało zatem kapitalne znaczenie dla dalszego udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nieudzielenie wyjaśnień umożliwia Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający jednakże mimo wysłania e-maila z prośbą o potwierdzenie odbioru i złożenie wyjaśnień w określonym terminie nie zainteresował się w żaden sposób, dlaczego Wykonawca nie tylko nie potwierdza otrzymania wiadomości, ale i dlaczego nie złożył stosownych wyjaśnień. Odwołujący powołuje się w tym przedmiocie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 346/13, w którym negatywnie oceniono takie postępowanie zamawiającego.

Odwołujący stwierdza, że nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający był uprawniony w myśl art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, jak i treści SIWZ (str. 7 pkt VII 1) do wysłania do Wykonawcy e-maila z wezwaniem do złożenia wyjaśnień. W SIWZ jednakże zastrzeżono, iż: *„W przypadku porozumiewania się za pomocą faxu lub drogą elektroniczną każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania”*.

W opinii Odwołującego, oświadczenie woli Zamawiającego, zawarte w wezwaniu z dnia 10 września 2013 r., a wysłane e-mailem dnia 11 września 2013 r., nie zostało Odwołującego skutecznie doręczone, tj. w sposób, aby miał realną (w normalnym toku czynności) możliwość zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący stoi na stanowisku, że na podstawie art. 14 ustawy Pzp do kwestii doręczeń należy stosować przepisy kodeksu cywilnego, tj. art. 61 § 1 i 2 k.c. Z powołanych przepisów wynika, zdaniem Odwołującego, że skuteczność złożonego oświadczenia woli przez Zamawiającego, co do jego treści zawartej w piśmie z dnia 10 września 2013 r. zależy od tego, aby Odwołujący mógł zapoznać się z jego treścią i dopiero od chwili możliwości zapoznania się z jego treścią uważa się je za skutecznie złożone. Zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 6 k.c., na składającym oświadczenie woli spoczywa w takich przypadkach ciężar dowodu, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności, natomiast na adresacie tego oświadczenia spoczywa ewentualnie ciężar wykazania, że nie miał on rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią (*Z. Radwański (w:) System Prawa Prywatnego, t. 2, s. 301; por. M. Piekarski (w:) Komentarz 1972, t. 1, s. 179; B. Ziemianin, Z. Kuniewicz, Prawo cywilne. Część ogólna, Poznań 2007, s. 169*). W każdym razie przyjmuje się, że domniemanie doręczenia przesyłki rejestrowanej, wynikające z dowodu jej nadania, może być przez adresata obalone dowodem przez wykazanie, że nie miał on możliwości zapoznania się z zawartym w niej oświadczeniem (wyrok SN z dnia 17 marca 2010 r., II CSK 454/09, OSNC 2010, nr 10, poz. 142, z glosą K. Mularskiego, OSP 2011, z. 7-8, poz. 79).

W niniejszym przypadku, w ocenie Odwołującego, zakładając nawet, iż wydruk z e-maila z dnia 11 września 2013 r. stanowić może dowód (*prima facie*) wprowadzenia wiadomości do systemu elektronicznego w sposób, aby druga strona mogła zapoznać się z jego treścią, jest nadal dowodem niepewnym, zaś domniemanie skutecznego doręczenia (tj. w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią) może zostać obalone przez Odwołującego, który twierdzi, iż wezwanie z dnia 10 września 2013 r. nie zostało mu skutecznie doręczone, albowiem e-mail z dnia 11 września 2013 r. nie dotarł do adresata w sposób, aby mógł się z nim zapoznać.

Odwołujący potwierdza, że znane jest Odwołującemu orzeczenie Sądu Najwyższego z 10 grudnia 2003 r., sygn. akt: V CZ 127/2003 (OSNC Nr 1 z 2005 r., poz. 12) jednakże, zdaniem Odwołującego, nie ma zastosowania w niniejszych okolicznościach. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Sądu Najwyższego z treści art. 61 k.c. wynika jednoznacznie, że ustawodawca, wyznaczając chwilę, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli innej osobie, opowiedział się za teorią doręczenia i przyjął, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W rozumieniu przytoczonego przepisu możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata nie może, z jednej strony, być utożsamiana z rzeczywistym zapoznaniem się przez niego z tym oświadczeniem (faktem zapoznania się), co oznacza, że skuteczne złożenie oświadczenia woli następuje także w sytuacji, w której co prawda adresat oświadczenia woli nie zna jego treści, ale miał realną

możliwość zapoznania się z nią, gdyż doszła ona do niego w taki sposób, że mógł się z nią zapoznać. Z drugiej jednak strony, realna możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli nie może być pojmowana abstrakcyjnie, powinna być oceniana z uwzględnieniem okoliczności danego wypadku. Otrzymanie awiza (zapoznanie się z nim) nie jest równoznaczne z dojściem do adresata oświadczenia woli w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią. Możliwość taka powstaje dopiero wówczas, gdy adresat oświadczenia w zwykłym biegu zdarzeń uzyskał realną możliwość zapoznania się z treścią awizowanej przesyłki pocztowej, co wymaga udania się na pocztę (wyrok SN z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt: V CSK 215/11, LEX nr 1212829).

W ocenie Odwołującego, wiadomość zakwalifikowana przez serwer (a ściślej filtr antyspamowy) jako spam (co nastąpiło bez jakiegokolwiek udziału, jak i niezależnie od Wykonawcy), która następnie trafia do folderu Spam nie mogła być w normalnym toku czynności odczytana przez Wykonawcę. Większość standardowych użytkowników korzystających ze skrzynki pocztowej np. Outlook czy Thunderbird (jak Wykonawca) otwierając skrzynkę ma na pulpicie pokazane foldery (które mogą różnić się nazewnictwem): Wiadomości Odebrane, Wiadomości Wysłane, Robocze, Spam (lub jak w Outlook Śmieci). W normalnym toku czynności klika się i otwiera wiadomości odebrane. Wyjątkowo zaś przeszukuje się np. folder Spam (czy Śmieci).

Odwołujący zwraca uwagę, iż przedstawiciel Odwołującego Anna K., po złożeniu oferty (tj. po 10 września 2013r.) kilkakrotnie kontaktowała się telefonicznie (pod numer wskazany jako kontaktowy do Zamawiającego) z Zamawiającym (tj. reprezentującymi je osobami) z zapytaniem, czy coś wiadomo w sprawie ofert. W rozmowie żadna z osób nie wspomniała nawet o wysłanym do Wykonawcy w dniu 11 września 2013 r. e-mailu. Wykonawca nie miał zatem nawet podstaw, aby poszukiwać jakichkolwiek wiadomości i nadal sprawdzał po prostu swoją skrzynkę pocztową w folderach Odebrane.

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym przypadku nie mamy do czynienia z wadliwością urządzenia Wykonawcy. Komputery, jak i oprogramowanie, skrzynka mailowa Wykonawcy były w pełni sprawne. To zaś na skutek wysłania przez Zamawiającego zawierającej niebezpieczne elementy (być może wirusa) wiadomości e-mail została ona automatycznie odrzucona przez system (filtr) antyspamowy, w który wyposażony jest serwer GoogleApps i trafiła do folderu Spam. To zaś spowodowało, iż Wykonawca w normalnym, realnym toku czynności, obsługując skrzynkę pocztową, otwierał tylko wiadomości w folderze Odebrane nie zaś w Spam. Wiadomość wysłana zarówno dnia 11 września 2013 r., jak i kolejna dnia 20 września 2013 r. nie mogła zostać w normalnym toku czynności odebrana, a co się z tym wiąże, oświadczenie woli zawarte w e-mailu, jak i załączniku nie dotarło skutecznie do Wykonawcy.

W opinii Wykonawcy, Zamawiający swoimi czynnościami (a także zaniechaniem

ponownego wezwania) naruszył wskazywane powyżej przepisy art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Pzp przez nieskuteczne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uznanie, iż wezwanie z dnia 11 września 2013 r. zostało skutecznie odebrane przez Odwołującego, jak również przez zaniechanie ustalenia, dlaczego Odwołujący nie potwierdził odebrania maila z dnia 11 września 2013 r. mimo żądania jego potwierdzenia przez Zamawiającego tym bardziej, iż złożenie przez Odwołującego wyjaśnień determinowało jego dalszy udział w postępowaniu, co więcej jego wygranie, z uwagi na oferowanie najkorzystniejszej ceny. W konsekwencji Zamawiający naruszył również art. 89 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. W sytuacji bowiem nieskutecznego wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwiono Odwołującemu złożenie stosownych wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny. W związku zaś z powyższymi uchybieniami Zamawiający naruszył z kolei art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty innego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy cena zaoferowana przez Odwołującego była najniższa, a jedynym kryterium ofert była cena. Wszystkie zaś z przytoczonych powyżej uchybień, w opinii Wykonawcy, świadczą o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Do argumentacji tam zawartej Odwołujący ustosunkował się w piśmie procesowym z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Jako jeden ze sposobów porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami, Zamawiający wskazał drogę elektroniczną. Jednocześnie Zamawiający postanowił, że „w przypadku porozumiewania się za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania” (rozdział VII pkt 1 SIWZ).

Zamawiający zarówno wezwanie do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 10 września 2013 r., wysłane do Odwołującego w dniu następnym), jak również zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej doręczył Odwołującemu za pomocą poczty elektronicznej. Przedmiotowe pisma dotarły do Odwołującego. Podane wyżej okoliczności są bezsporne w niniejszej sprawie.

Izba ustaliła, na podstawie dowodów przedłożonych przez Odwołującego z odwołaniem (wydruk wiadomości e-mail z dnia 11 września 2013 r.), że wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostało wysłane z adresu:

malrewuc@pg.gda.pl, zaś informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (zrzut z ekranu z przedmiotową wiadomością) została wygenerowana z adresu: joanna.dworak@pg.gda.pl.

Na jednym z zrzutów ekranu, wykonanych przez Leszka C., a przedłożonych przez Odwołującego wraz z pismem procesowym z dnia 14 października 2013 r. widoczna jest informacja, że *„wiadomości, które znajdowały się w folderze Spam dłużej niż 30 dni, zostaną usunięte automatycznie”*. Jednocześnie według oświadczenia ww. osoby, umieszczonego nad przedmiotowym zrzutem, *„Gmail usuwa pocztę z folderu Spam po ok. 30 dniach.”* Powyższe daje podstawę do przyjęcia, że wiadomości z folderu Spam mogą być usuwane ręcznie lub automatycznie, przy czym zanim zostaną usunięte automatycznie są przechowywane co najmniej 30 dni.

Leszek C. w piśmie z dnia 21 września 2013 r. złożył oświadczenie, że wiadomości, które dotarły do Odwołującego z adresu: joanna.dworak@pg.gda.pl sklasyfikowane zostały przez filtr antyspamowy Gmail jako spam. Jednocześnie na jednym z zrzutów ekranu, zawierającym wiadomość z dnia 20 września 2013 r. znajduje się informacja, że wiele wiadomości z domeny pg.gda.pl to spam.

Odwołujący stoi na stanowisku, że sporne wezwanie do złożenia wyjaśnień automatycznie zostało zakwalifikowane jako spam i umieszczone w folderze Spam. W ocenie Izby, stanowisko powyższe nie znajduje potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Po pierwsze, zauważyć należy, że jedynie Anna K., przedstawiciel Odwołującego stwierdza, że rzeczona wiadomość nie znajdowała się w folderze Odebrane a w folderze Spam. Brak natomiast takiego oświadczenia ze strony Leszka C., który jest informatykiem i wspomagał Odwołującego w tym przedmiocie, również gromadząc materiały na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego. Nie można pomijać, że oświadczenie Leszka C. z dnia 21 września 2013 r. dotyczy wiadomości wysłanej z adresu: joanna.dworak@pg.gda.pl w dniu 20 września 2013 r., a nie spornej wiadomości, zawierającej wezwanie do złożenia wyjaśnień, wysłane z adresu: malrewuc@pg.gda.pl. Co istotne również, oświadczenie korelujące ze stanowiskiem Odwołującego składa osoba, będąca pełnomocnikiem Odwołującego, a więc bezpośrednio zainteresowana wynikiem postępowania. Po drugie, brak potwierdzenia w formie zrzutu z ekranu, iż sporna wiadomość została automatycznie sklasyfikowana jako spam, w ocenie Izby, potwierdza wątpliwości co do wiarygodności oświadczenia złożonego przez Annę K.. Zauważyć bowiem należy, że co do wiadomości, zawierającej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i zakwalifikowaniu jej jako spam znajdujemy potwierdzenie w oświadczeniu Anny K., oświadczeniu Leszka C. i w zrzucie z ekranu przedmiotowej wiadomości. Zaś, w przypadku spornej wiadomości, o czym była mowa wyżej, brak potwierdzenia powyższego w oświadczeniu Leszka C., jak i brak zrzutu dokumentującego ten fakt. Jednocześnie brak podstaw do przyjęcia, iż przeszkodą do wykonania tego zrzutu był upływ czasu, na skutek

czego wiadomość z folderu Spam została usunięta. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że z informacji, o których była mowa wyżej, wynika, że wiadomości znajdujące się w folderze Spam są usuwane automatycznie po upływie 30 dni. Oznacza to, że na dzień wniesienia odwołania (30 września 2013 r.) z całą pewnością istniała możliwość wygenerowania rzutu spornej wiadomości, jeśliby nawet przyjąć, że zawarta była w folderze Spam. Co więcej, również na dzień złożenia oświadczenia (11 października 2013 r.) przez Leszka C., załączonego przy piśmie procesowym z dnia 14 października 2013 r., nie było przeszkód do wykonania przedmiotowego rzutu (30 dni od dnia wysłania wiadomości). Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że jeszcze w dniu 11 października 2013 r. Leszek C. wygenerował wiadomości spam z dnia 13 września 2013 r. (rzut), tym bardziej więc należy przyjąć, że na dzień wniesienia odwołania było to dostępne. Nie można również pomijać, że Leszek C. dokonywał rzutu z folderu spam już w dniu 21 września 2013 r., co potwierdza złożone oświadczenie, załączone do odwołania, jednakże dokonuje rzutu jedynie wiadomości z dnia 21 września 2013 r., natomiast nie czyni powyższego w odniesieniu do wiadomości spornej, mimo że upłynęło jedynie 10 dni od jej wysłania. Wreszcie, skoro w dniu 21 września 2013 r. Leszek C. oświadczył, że wiadomość z dnia 20 września 2013 r. znalazł na kliencie pocztowym Thunderbird w folderze Spam i wykonał rzut powyższej wiadomości, to tym bardziej mógł wykonać taki rzut w odniesieniu do spornej wiadomości, skoro według twierdzeń Odwołującego, zawartych w treści odwołania (str. 4), *„Informatyk odszukał usuniętego ze skrzynki pocztowej maila z dnia 11 września 2013 r. na kliencie pocztowym Thunderbird, który znajdował się w folderze SPAM”*.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest chwila złożenia oświadczenia woli. Rozstrzygnięcia wymaga, czy oświadczenie woli złożone Odwołującemu przez Zamawiającego – wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, zostało złożone w dniu 11 września 2013 r.

Z teoretycznego punktu widzenia możliwe są różne sposoby wyznaczenia chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie. Sformułowano w tej kwestii różne teorie, w szczególności:

- 1) teorię oświadczenia, która za rozstrzygający przyjmuje moment przejawienia woli;
- 2) teorię wysłania, zgodnie z którą złożenie oświadczenia woli następuje z chwilą wysłania (nadania) go do adresata;
- 3) teorię doręczenia, według której oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy dotarło do adresata (zostało mu doręczone);

4) teorię zapoznania się, która za rozstrzygający przyjmuje moment zapoznania się adresata z doręczonym mu oświadczeniem woli (Z. Radwański (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, 2002, s. 297).

Wobec braku regulacji w ustawie Prawo zamówień publicznych w tym przedmiocie, mając jednocześnie na uwadze przepis art. 14 ustawy Pzp, dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii, należało się odwołać do regulacji zawartej w przepisie art. 61 k.c. Z treści komentowanego przepisu wynika jednoznacznie, że ustawodawca opowiedział się za teorią doręczenia, a właściwie za tzw. kwalifikowaną teorią doręczenia, przyjmując, że oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (M. Wojewoda (w:) M. Pyziak-Szafnicka, *Komentarz*, 2009, s. 643 i n.).

W świetle komentowanego przepisu zdarzeniem istotnym dla skuteczności oświadczenia woli jest jego dojście do adresata w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Nie jest natomiast istotne to, kiedy oświadczenie woli zostało wyrażone albo wysłane do adresata. Samo sporządzenie pisma zawierającego oświadczenie woli nie może być uznane za złożenie oświadczenia woli w rozumieniu art. 61 k.c., chociażby nawet istniała możliwość faktycznego zapoznania się z treścią oświadczenia przez adresata, o ile nie nastąpiło przekazanie tego pisma z zamiarem wywołania skutków prawnych (wyrok SN z dnia 4 listopada 1982 r., II CR 380/82, OSNC 1983, nr 8, poz. 117; wyrok SN z dnia 20 sierpnia 1984 r., I PRN 111/84, OSNC 1985, nr 4, poz. 57, z glosą T. Liszcz, PiZS 1985, nr 11, s. 68). W razie niedojścia wysłanego oświadczenia woli do adresata nie można zatem mówić o skutecznym jego złożeniu (uchwała SN (7) z dnia 20 lutego 1967 r., III CZP 88/66, OSNC 1967, nr 12, poz. 210). W takim wypadku adresat nie ma bowiem możliwości zapoznania się z jego treścią, a to oznacza, że oświadczenie nie zostało skutecznie złożone i nie wywarło skutków prawnych (por. A. Wypiórkiewicz (w:) *Praktyczny komentarz...*, *op. cit.*, s. 161 i n.).

Z punktu widzenia skuteczności oświadczenia woli nieistotne jest również to, czy i kiedy adresat zapoznał się z jego treścią. Wystarczające jest, że oświadczenie woli doszło do niego w sposób stwarzający mu realną możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia (wyrok SN z 19 października 1976 r., I PR 125/76, Lex nr 14332; wyrpk SN z dnia 6 listopada 1980 r., I PRN 109/80, PiZS 1982, nr 5, s. 53; wyrok SN z dnia 15 stycznia 1990 r., I CR 1410/89, Lex nr 9006; postanowienie SN z dnia 5 października 1995 r., I CR 9/95, Palestra 1996, z. 11-12, s. 218 i n., z glosą J.P. Naworskiego; wyrok SN z dnia 18 grudnia 1996 r., I CKU 44/96, Prok. i Pr. 1997, nr 6, poz. 30; uchwała SN z dnia 6 października 1998 r., III ZP 31/98, OSNP 1999, nr 3, poz. 80; wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 9/08, Lex nr

371831; postanowienie SN z dnia 9 lipca 2009 r., II PZP 3/09, Lex nr 519963). Dla prawidłowego stosowania art. 61 k.c. nie wymaga się zatem badania, czy adresat rzeczywiście zapoznał się z oświadczeniem woli, ale weryfikuje się, czy istniała taka możliwość (wyrok SN z dnia 23 kwietnia 2010 r., II PK 295/09, Lex nr 602254).

W świetle art. 61 § 2 k.c. dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej miarodajna jest chwila, w której "*wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej*". Chociaż nie wynika to wprost z komentowanego przepisu, to z jego kontekstu należy wyprowadzić wniosek, że chodzi tu o środek komunikacji elektronicznej należący do adresata lub kontrolowany przez niego. Wskazuje na to końcowe sformułowanie tego przepisu, wymagające zapewnienia adresatowi możliwości zapoznania się z treścią oświadczenia woli. Możliwość taka zachodzić będzie tylko wówczas, gdy oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej stanie się dostępne w kontrolowanym przez niego środku komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z teorią doręczenia, leżącą u podstaw art. 61 § 2 k.c., ryzyko niedojścia oświadczenia woli do adresata spoczywa na składającym oświadczenie. Ewentualne przeszkody w dostępie do sieci informatycznej, wadliwości jej funkcjonowania, niesprawność serwerów pośredniczących w przekazie itp. obciążają nadawcę (J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, *op. cit.*, s. 54). Oświadczenie woli powinno być poza tym przesłane przy użyciu takiego programu, który bez trudu pozwoli adresatowi na jego odczytanie. Zastosowanie pliku niestandardowego, nieznanego się w powszechnym użyciu i przez to szczególnie kłopotliwego do odczytania, nie może być uznane za skuteczne wprowadzenie oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata (M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, *Komentarz*, t. I, 2008, s. 351). Po wprowadzeniu oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej adresata ryzyko niemożności zapoznania się z treścią oświadczenia woli, spoczywa na odbiorcy oświadczenia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić, że pierwszym elementem warunkującym złożenie oświadczenia woli jest jego dojście do adresata. Przesłanka ta w niniejszej sprawie została spełniona, bowiem Odwołujący potwierdził, że sporna wiadomość dotarła do niego. Drugim elementem koniecznym do przyjęcia, że oświadczenie woli zostało złożone skutecznie jest możliwość zapoznania się adresata z jego treścią. Odwołujący stanął na stanowisku, że automatyczne umieszczenie wiadomości elektronicznej w folderze Spam uniemożliwiło powyższe. Nie kwestionował natomiast, że gdyby sporna wiadomość znajdowała się w folderze Odebrane z pewnością możliwość zapoznania się z rzeczoną wiadomością by posiadał. Izba ustaliła, iż brak

dowodów potwierdzających, że wiadomość z dnia 11 września 2013 r. znajdowała się w folderze Spam, co przy jednoczesnym przyznaniu przez Odwołującego, że wiadomość tę otrzymał, przyjąć należało, że znalazła się w folderze Odebrane. Skoro tak, to brak podstaw do twierdzenia, że wezwanie skierowane do Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostało skutecznie złożone.

Na marginesie należy jedynie wskazać, że nawet gdyby przyjąć, że sporna wiadomość została automatycznie zakwalifikowana jako spam, to nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że Odwołujący nie miał rzeczywistej możliwości zapoznania się z jego treścią. Po pierwsze bowiem, Odwołujący pomija, że istnieje realna możliwość zapoznania się z treścią wiadomości umieszczonej w folderze Spam. Po drugie, sięgnięcie do folderu Spam nie wymaga podjęcia jakichś nadzwyczajnych, niestandardowych czynności. Po trzecie, filtr antyspamowy jest jedynie narzędziem służącym do zarządzania pocztą elektroniczną i wola użytkownika jest, czy będzie wykorzystywany w konfiguracji standardowej (ustawienia globalne), zaproponowanej przez producenta, czy wedle indywidualnych ustawień (ustawienia danego konta). Po czwarte wreszcie, filtr antyspamowy jak każde narzędzie nie jest narzędziem doskonałym, jest opracowany w oparciu o rachunek prawdopodobieństwa. Zaś doświadczenie uczy, że zdarza się błędna kwalifikacja wiadomości jako spam, ostrzegają o tym również producenci tego typu oprogramowań. Każdy przeciętny użytkownik poczty elektronicznej posiada wiedzę w tym przedmiocie.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że nie ma przeszkód do zapoznania się z wiadomością, która znajduje się w folderze Spam, nadto przeciętny użytkownik, a tym bardziej przedsiębiorca, do którego stosuje się podwyższony miernik należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.), wykorzystując skrzynkę pocztową jako narzędzie do komunikacji z zamawiającym i mając na uwadze, że filtr antyspamowy może być jedynie pomocny w zarządzaniu wiadomościami, ale częstokroć stanowi rozwiązanie zawodne, winien kontrolować automatyczną klasyfikację wiadomości jako spam. Niedochowanie staranności w tym przedmiocie, zdaniem Izby, nie może być ocenione jako brak realnej możliwości zapoznania się z oświadczeniem woli, znajdującym się w folderze Spam. Tym samym zarzut nieskutecznego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień należy uznać za chybiony.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje okoliczność, że Odwołujący kilkakrotnie kontaktował się z Zamawiającym telefonicznie. Wskazany sposób komunikacji nie stanowi sposobu porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami, stąd też podjęcie działań w tym zakresie nie może być poczytane jako zachowanie należytej staranności obowiązującej przedsiębiorcę.

Zaś fakt, że Odwołujący dysponował sprawnym komputerem, oprogramowaniem i skrzynką elektroniczną, w ocenie Izby, przemawia za przyjęciem, że Odwołujący posiadał, w normalnym toku czynności, możliwość zapoznania się z wszystkimi wiadomościami

znajdującymi się w skrzynce elektronicznej, a w ramach szczególnej staranności wymaganej od profesjonalisty, mieści się kontrolowanie klasyfikowania przez filtr anyspamowy wiadomości jako spam. Przy czym nie jest konieczne, aby Wykonawca zrezygnował z korzystania z tego narzędzia w ogóle, czy też nawet z ustawień globalnych filtra anyspamowego, ale konieczne jest wykazanie się określoną czujnością, skoro doświadczenie życiowe wskazuje, że automatyczna klasyfikacja wiadomości jako spam nie zawsze jest prawidłowa.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że miernik podwyższonej staranności stosowany wobec przedsiębiorcy odnosi się *stricte* do przedmiotu działalności gospodarczej. W tym zakresie Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/05, że należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

Okoliczność, iż wiele wiadomości z domeny pg.dga.pl jest zaliczanych do spam nie daje podstaw do przyjęcia, że wiadomość wysłana drogą elektroniczną do Odwołującego w dniu 11 września 2013 r. również została w ten sposób zakwalifikowana. Przedmiotowej oceny nie zmienia fakt, że wiadomość z dnia 20 września 2013 r. została automatycznie zakwalifikowana jako spam już z tej przyczyny, że została wysłana z innego adresu. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że gdyby zasadą było umieszczanie wiadomości z domeny pg.dga.pl w folderze Spam z pewnością Zamawiający miałby o tym wiedzę, bowiem problemy z komunikacją dotyczyłyby wtenczas wielu wykonawców. Tymczasem już chociażby wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę problemów takich nie zgłaszał.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że nieskuteczność wezwania Odwołującego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy również wiązać z brakiem potwierdzenia otrzymania wiadomości e-mail z dnia 11 września 2013 r. Jakkolwiek w treści rzeczonyj wiadomości Zamawiający wyartykułował taką prośbę, na podstawie pkt 1 rozdziału VII SIWZ, to nie można pomijać, że ustawodawca z brakiem tego potwierdzenia nie wiąże żadnych skutków prawnych. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z dnia 10 maja 2006 r.) dotychczasowe brzmienie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp: „*Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą teleksu, telefaksu lub drogą*

elektroniczną uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie” zostało zastąpione regulacją obowiązującą w obecnym kształcie. Analiza dokonanych zmian prowadzi do wniosku, że ustawodawca sposób komunikowania drogą elektroniczną uważa za pewny, niewymagający potwierdzenia w formie pisemnej. Zaś możliwość żądania potwierdzenia otrzymania oświadczenia ma jedynie walor dowodowy. Na gruncie przepisu art. 61 k.c., przyjmując ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu, wyrażoną w art. 6 k.c., na składającym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej, spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać. Natomiast brak potwierdzenia otrzymania oświadczenia woli w żaden sposób nie potwierdza, że oświadczenie woli nie zostało skutecznie złożone.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że okoliczność, iż Odwołujący nie potwierdził otrzymania wiadomości e-mail z dnia 11 września 2013 r. nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny było bezskuteczne. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Zdaniem Izby, ani przepis art. 27 ust. 2 ustawy Pzp ani też podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, wyrażone w art. 7 ustawy Pzp nie dają podstaw do zrekonstruowania obowiązku zamawiającego dokonywania ustaleń dotyczących braku potwierdzenia odebrania oświadczenia woli złożonego przez zamawiającego w postaci elektronicznej i braku złożenia wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż wykonawca jest samodzielnym i profesjonalnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie jest reprezentantem interesów żadnego wykonawcy. Brak działania po stronie wykonawcy nawet w sytuacji, w której niesie to dla niego negatywne konsekwencje, nie rodzi po stronie zamawiającego obowiązku podejmowania wszelkich czynności, które miałyby zapobiec tym skutkom. Równe traktowanie wykonawców wymaga, aby zamawiający stworzył wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu równe warunki uczestniczenia w nim. W ocenie Izby, obowiązkiem tym w niniejszym postępowaniu Zamawiający sprostał. W tym miejscu nadmienić należy, że oświadczenia woli w przedmiocie wezwania do wyjaśnień kierował drogą elektroniczną do wszystkich wykonawców.

Powyższa ocena determinuje dalszą ocenę działań Zamawiającego. Brak udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego w przedmiocie rażąco niskiej, wobec skutecznego wezwania

w tym zakresie, skutkuje odrzuceniem oferty. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Wobec prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na zaoferowaną cenę, należało uznać, wobec braku zarzutów skierowanych wobec oferty najkorzystniejszej, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest obarczona błędem, co przesądza o nietrafności zarzutów naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 1627,92 zł, udokumentowane za pomocą faktury VAT. Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego w przedmiocie zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz kosztów dojazdu w kwocie 35,20 zł, wobec nieprzedłożenia do akt sprawy rachunku. Zauważyć bowiem należy, że podstawą do przyznania rzeczonych kosztów jest rachunek przedłożony do akt sprawy (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia) a nie zestawienie kosztów. Na gruncie postępowania cywilnego spis kosztów jest podstawą do przyznania kosztów, a strona nie ma obowiązku udokumentowania wysokości kosztów wymienionych w spisie (art. 109 § 1 k.p.c.), przepis ten nie znajduje jednak zastosowania w postępowaniu odwoławczym, w którym powyższą kwestię regulują przepisy powołanego wyżej rozporządzenia, udokumentowanie wysokości poniesionych kosztów jest zaś warunkiem niezbędnym do ich przyznania i dotyczy to zarówno kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, jak i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: