

WYROK
z dnia 11 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego** - POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., ul. Sandomierska 35, 80-051 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, przy udziale **Wykonawcy** - COLAS Polska Sp. z o.o., ul. Nowa 49, 62-070 Pałędzie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., ul. Sandomierska 35, 80-051 Gdańsk, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., ul. Sandomierska 35, 80-051 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., ul. Sandomierska 35, 80-051 Gdańsk na rzecz **Zamawiającego** – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, kwotę **4 223 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia trzy złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „roboty w zakresie bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie.”

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w zakresie zadania nr 6, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji,
2. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania Odwołującego i uznanie na podstawie art. 24 ust 4 oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą,
3. art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu na uzupełnienie dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich uzupełnienie,
4. w konsekwencji art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanego w postępowaniu jedyne go kryterium oceny ofert w postaci ceny oferty, w sytuacji, gdy ofertę najtańszą spośród niepodlegających odrzuceniu złożył w postępowaniu w części nr 6 Odwołujący
5. w konsekwencji art. 46 ust 4a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium w kwocie 50.000,00 zł pomimo braku podstaw dla dokonania takiej czynności.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności oceny ofert i w jej wyniku:

- dokonanie czynności unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp, uwzględniając, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało przekazane Odwołującemu już po upływie terminu na ich uzupełnienie, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia ponownego terminu na

uzupełnienie dokumentów;

- względnie w przypadku uznania czynności uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego w dniu 7 stycznia 2014 r. za skuteczne, o uznanie złożonych dokumentów za uzupełnione skuteczne i w sposób potwierdzający spełnianie warunków w postępowaniu, bowiem ponowienie czynności wezwania w sytuacji, gdy Zamawiający jest w posiadaniu tych dokumentów złożonych w odpowiedniej formie i potwierdzających spełnienie warunków byłoby czynnością nieuzasadnioną zasadą ekonomiki postępowania o zamówienie publiczne
- w konsekwencji powyższych czynności dokonanie zwrotu wadium Odwołującemu jako zatrzymanego z naruszeniem art. 46 ust 4a ustawy Pzp,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego co w konsekwencji skutkować będzie uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że treści spornego wezwania Odwołujący nie otrzymał w formie e-mailowej (jednocześnie z ostrożności z uwagi na dopuszczony w SIWZ sposób komunikacji faksowej Odwołujący potwierdził, iż także w tej formie wezwania nie otrzymał). Odwołujący zwrócił uwagę, że gdyby treść zawiadomienia o wezwaniu do uzupełnienia dokumentów dotarła do Odwołującego w terminie, w jakim Zamawiający twierdzi, iż skierował tę korespondencję do Odwołującego, tj. w dniu 23 grudnia 2013 r., to wyznaczenie terminu na uzupełnienie tych dokumentów na dzień 2 stycznia 2014 r. mogłoby być uznane za wyznaczenie terminu wystarczającego dla skutecznego ich uzupełnienia w miejscu i w formie wymaganej przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdza, iż treść wezwania do uzupełnienia dokumentów dotarła do niego już po upływie terminu wyznaczonego na ich uzupełnienie, co potwierdzają przekazane Zamawiającemu potwierdzenia otrzymania. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tj. pismo datowane na 23 grudnia 2013 r. dotarło do Odwołującego wyłącznie w formie pisemnej w dniu 2 stycznia 2014 r. o godzinie 12:50. Odwołujący potwierdza także i podtrzymuje, iż przed upływem tego terminu nie miał możliwości zapoznania się z treścią wezwania w inny sposób, w szczególności za pośrednictwem poczty elektronicznej. Zaś, uwzględniając fakt wyznaczenia w wyżej wskazanym piśmie terminu dla uzupełnienia dokumentu na dzień 2 stycznia 2014 r. na godz. 12:00 uczynienie zadość wezwaniu Zamawiającego nie było z oczywistych przyczyn możliwe.

Odwołujący podniósł, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentu przekazane po upływie terminu wyznaczonego można zakwalifikować w trybie art. 14 Pzp w zw. z art. 58 § 1 k.c. jako czynność niemożliwą do wykonania a tym samym nieważną, tj. nie wywołującą skutku, o którym mowa w art. 26 ust 3 ustawy Pzp w postaci skutecznego wezwania do

uzupełnienia dokumentu.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z treścią wezwania Zamawiającego, po jego otrzymaniu w dniu 2 stycznia 2014 r. niezwłocznie poprzez oświadczenie telefaksowe przesłane do Zamawiającego potwierdził fakt otrzymania wezwania w tym samym dniu o godzinie 12:50. Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający potwierdził w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, iż brakujący dokument z ZUS został Zamawiającemu dostarczony przez Wykonawcę przesyłką pocztową w dniu 7 stycznia 2014 r., a jednocześnie Odwołujący przesłał niniejszy dokument także drogą mailową oraz faksem dnia 3 stycznia 2014 r.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż sporna wiadomość nie dotarła do serwera pocztowego Odwołującego, zatem Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z treścią wiadomości i zastosowania do treści wezwania.

Skutkiem powyższych czynności było dokonanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz zatrzymania wadium. W ocenie Odwołującego, czynność ta stanowi skutek naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można bowiem mówić o nieuzupełnieniu dokumentów na wezwanie Zamawiającego w sytuacji, gdy termin na uzupełnienie upłynął w dacie otrzymania wezwania. Stąd też, w ocenie Odwołującego, czynność zatrzymania wadium została dokonana z naruszeniem ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z częścią 8 pkt 8 ppkt 8.3.4 SIWZ, Zamawiający wymagał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przedłożenia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzających, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie w części 18 SIWZ pkt 8.1 Zamawiający postanowił, iż: *„Wszelkie oświadczenia, pytania, wnioski, zawiadomienia oraz inne informacje Zamawiający oraz Wykonawcy będą przekazywać pisemnie lub faksem (nr faksu Zamawiającego: 91/4843997 lub 91/4325323) lub drogą elektroniczną (e-mail: igabska@gddkia.gov.pl, szczecin@gddkia.gov.pl) z uwzględnieniem pkt 18.2. Zamawiający wymaga niezwłocznego potwierdzenia przez Wykonawcę pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (zgodnie z*

wyborem Zamawiającego) faktu otrzymania każdej informacji przekazanej w innej formie niż pisemna, a na żądanie Wykonawcy potwierdzi fakt otrzymania od niego informacji.”

Odwołujący wraz z ofertą nie złożył przedmiotowego dokumentu. Jednocześnie w treści oferty Odwołujący wskazał, że wszelką korespondencję w sprawie przedmiotowego postępowania należy kierować na poniższy adres: "POL-DRÓG Gdańsk" Spółka z o.o. Oddział Człuchów 77- 300 Barkowo 84, Imię i nazwisko: P..... K....., tel. 59 822 67 22 fax 59 822 67 22 e-mail: czluchow@poldrog.pl.

Pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. (znak: GDDKiA O/Sz-D-3-az-284/48/18/2013) Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia spornego dokumentu wskazując, że „Wykonawca nie złożył wraz z ofertą ww. dokumentu, w związku z czym Zamawiający wzywa do złożenia dokumentu który potwierdzi spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wskazane powyżej dokumenty należy złożyć pisemnie na adres: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin, Sekretariat (I piętro) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 02.01.2014 roku do godziny 12:00. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jednocześnie, zgodnie z art. 27 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, prosimy o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania niniejszego pisma na fax nr 9143 25 323.” Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że przedmiotowe pismo zostało wysłane i dostarczone do Odwołującego za pośrednictwem operatora publicznego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego wydruk wiadomości ze skrzynki poczty elektronicznej I..... G....., z której treści wynika, że w dniu 23 grudnia 2013 r. o godz. 15:26 wysłano wiadomość na adres: czluchow@poldrog.pl, dotyczącą uzupełnienia dokumentów w niniejszym postępowaniu. Wskazanie na załącznik z nr 18 przesądza, że chodzi o pismo z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie uzupełnienia. Jednocześnie kolejna wiadomość zarejestrowana w skrzynce internetowej ww. osoby (od: Microsoft Exchange do: czluchow@poldrog.pl) wskazuje, że ww. wiadomość została wysłana o godz. 15:27, ma status przekazanej (temat: Przekazana), a w jej treści zawierało następującą informację: „Wiadomość została dostarczona do następujących adresatów lub list dystrybucyjnych, ale miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu wiadomości: czluchow@poldrog.pl. (...) Wysłano za pomocą programu Microsoft Exchange Server 2007.”

Pismem z dnia 2 stycznia 2014 r., wysłanym *via fax* o godz. 14:56, Odwołujący potwierdził m.in. „otrzymanie (dostarczenie przez pocztę) w/w pism w dniu dzisiejszym tj. 02.01 2014 r. o godz. 12:50.” W tym samym dniu o godz. 15:29, Odwołujący nadał do Zamawiającego, za pośrednictwem faksu, pismo w sprawie wyznaczenia nowych terminów z uwagi na fakt wyznaczenia terminów niemożliwych do zachowania przez Wykonawcę wobec doręczenia wezwania do uzupełnienia dokumentów w dniu, w którym upływał termin na uzupełnienie.

Wraz z pismem z dnia 3 stycznia 2014. przesłanym do Zamawiającego *via fax* w tym samym dniu o godz. 10:53 Odwołujący przedstawił zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 16.10.2013 r. W formie pisemnej przedmiotowe zaświadczenie zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 7 stycznia 2014 r.

Pismem z dnia 13 stycznia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że „w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dnia 23.12.2013 roku drogą mailową oraz pisemnie wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzą spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu tj. Aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Do uzupełnienia braków oferty Zamawiający wyznaczył Wykonawcy określony termin (2 stycznia 2013 r. do godz. 12:00) w którym to terminie należało dostarczyć (fizycznie) Zamawiającemu wskazany dokument. W wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądany dokument nie dotarł do Zamawiającego. Niniejszy dokument został dostarczony przez Wykonawcę dopiero po upływie wyznaczonego mu terminu, przesyłka pocztowa w dniu 7 stycznia 2014 r. Wykonawca przesłał niniejszy dokument także drogą mailową oraz faksem dnia 3 stycznia 2014 r. Jednocześnie Zamawiający nadmienia, że wyznaczony termin na uzupełnienie dokumentu nie był obiektywnie nierealny, ponieważ inni Wykonawcy w tym samym terminie uzupełnili brakujące dokumenty. (...) Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający działając w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium w wysokości 50 000,00 zł wraz z odsetkami Wykonawcy Pol-Dróg Gdańsk Sp. z o.o. w związku z tym, iż Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 nie złożył dokumentów lub oświadczeń o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”

Odwołujący jest członkiem Grupy Kapitałowej POL-DRÓG Sp. z o.o. (oświadczenie Jarosława Bojarskiego z dnia 5 lutego 2014 r.) NetArt Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz wymienionej grupy kapitałowej zobowiązała się skonfigurować oraz podłączyć serwer fizyczny z oprogramowaniem NetAdmin do sieci Internet i udostępnić go

do wyłącznego użytku rzeczonyj grupie kapitałowej. Nadto, NetArt Consulting Sp. z o.o. zobowiązała się do wynajmu przedmiotowego serwera (pkt I ust. 1 i 2 umowy o świadczenie usług zawartej pomiędzy stronami w dniu 06.12.2010 r.). Z załącznika nr 1 do przedmiotowej umowy wynika, że usługi pocztowe obejmują m.in. Active.mail – program do zarządzania pocztą przez www, serwer poczty SMTP, serwer poczty POP3, blokadę niechcianej poczty. Konta e-mail założone są w domenie nazwa.pl. Izba ustaliła, na podstawie informacji zamieszczonych w przedmiotowej domenie, że serwer poczty SMTP dotyczy poczty wychodzącej, zaś serwer poczty POP3 dotyczy poczty przychodzącej.

Izba ustaliła, że administrator serwerów Odwołującego w dniu 21 stycznia 2014 r. wysłał wiadomość elektroniczną do przedstawiciela NetArt Consulting Sp. z o.o. z zapytaniem, „czy w dniu 23.12.2013 r. na skrzynkę czluchow@poldrog.pl został przesłany mail z adresu igabska@gddkia.gov.pl.” W odpowiedzi poinformowano Odwołującego, że „w logach SMTP nie widnieje informacja aby w dniu 22-24.12.2013 została dostarczona wiadomość z adresu igabska@gddkia.gov.pl na adres czluchow@poldrog.pl. Sprawdzona została również możliwość ewentualnej pomyłki (tzw. literówki) w nazwie konta, lecz i w tym przypadku nie odnaleziono wpisów dotyczących takiej wiadomości.”

Nadto, z treści wiadomości elektronicznej z dnia 7 lutego 2014 r. wysłanej przez administratora serwerów Odwołującego przedstawicielowi NetArt Consulting Sp. z o.o. wynika, iż ww. zwrócił się z zapytaniem: „Czy jest możliwość otrzymania logów serwera pocztowego dotyczących adresu czluchow@poldrog.pl z dnia 23.12.2013 r.?” W odpowiedzi przesłano „logi SMTP dla konta czluchow@poldrog.pl z dnia 23.12.2013 r.” Analiza tychże pozwala na stwierdzenie, że wszystkie dotyczą wiadomości z dnia 23 grudnia 2013 r. z godz. 12:35:06 – 12:35:09, zwraca uwagę zapis to=konkretny adres mailowy przy każdym logu oraz pojawiający się termin „sent”. W rzucie z poczty elektronicznej Odwołującego widnieją w dniu 23 grudnia 2013 r. trzy wiadomości z godz. 11:26, 12:04, 12:34,15:13.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest chwila złożenia oświadczenia woli. Rozstrzygnięcia wymaga, czy oświadczenie woli złożone Odwołującemu przez Zamawiającego – wezwanie do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społecznie i zdrowotne, zostało złożone w dniu 23 grudnia 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. Drugim elementem koniecznym do przyjęcia, że oświadczenie woli zostało złożone skutecznie jest możliwość zapoznania się adresata z jego treścią. W niniejszej sprawie Odwołujący kwestionuje dojście oświadczenia woli do Odwołującego, przyjmując, iż wobec

braku doręczenia nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią.

W ocenie Izby, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala na przyjęcie takiego stanowiska. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający dysponuje potwierdzeniem dostarczenia Odwołującemu spornej wiadomości elektronicznej na wskazany przez Odwołującego adres. Co prawda w treści przedmiotowego potwierdzenia odnajdujemy również informację, że miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu przedmiotowej wiadomości, jednakże powyższe nie oznacza, zdaniem Izby, iż sporna wiadomość w istocie nie została dostarczona. Zauważyć bowiem należy, że komunikat, iż wiadomość została dostarczona różni się zasadniczo w swej treści od komunikatu, że nie odesłano potwierdzenia dostarczenia przedmiotowej wiadomości. Odesłanie potwierdzenia jest reakcją na dostarczenie i nie zawsze musi być generowane automatycznie. W niniejszej sprawie przyjąć należy, na podstawie analizy wiadomości wysłanej Odwołującemu przez Zamawiającego w dniu 22 stycznia 2014 r., iż Odwołujący ma tak skonfigurowaną pocztę, że dostarczenie wiadomości nie skutkuje potwierdzeniem tego faktu. Rzeczony komunikat jest zaś przesyłany po przeczytaniu wiadomości przez jej adresata. Oznacza to, że Zamawiający nie może uzyskać potwierdzenia dostarczenia wiadomości, a jedynie informację o jej przeczytaniu, która jak doświadczenie życiowe wskazuje, generowana jest przez adresata wiadomości, a więc zależna jest od jego woli.

Powyższe oznacza, iż Zamawiający przedstawił dowody, które pozwalają na przyjęcie, że sporna wiadomość została doręczona Odwołującemu w dniu 23 grudnia 2013 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. Jednocześnie analiza dowodów zaofiarowanych przez Odwołującego nie może prowadzić do skutecznego zakwestionowania przedmiotowych ustaleń. W pierwszej kolejności dostrzec należy, iż Odwołujący stara się wykazać fakt niedostarczenia spornej wiadomości za pomocą logów SMTP oraz zrzutu wiadomości odebranych w dniu 23 grudnia 2014 r. podnosząc, iż brak przedmiotowej wiadomości we wskazanych narzędziach przesądza o braku jej dostarczenia. Zauważyć należy, że jeśli rzeczony dokumenty miałyby służyć wykazaniu powołanych okoliczności powinny pozostawać w korelacji co do treści. Tymczasem w zestawieniu logów nie odnajdujemy informacji identyfikujących nadawców wiadomości uwidocznionych na zrzucie, na próżno również poszukiwać wśród rzeczonych logów informacji o wiadomościach odebranych o godzinie uwidocznionej we wspomnianym zrzucie. Zaś, z informacji przesłanych przez przedstawiciela NetArt Consulting Sp. z o.o. wynika, że przedłożono wszystkie logi SMTP z dnia 23 grudnia 2014 r. Powyższe czyni rzeczony dokumenty niewiarygodnymi.

Co istotne również w niniejszej sprawie, to okoliczność, że w dyspozycji Odwołującego pozostaje zarówno serwer pocztowy SMTP oraz POP3. Z informacji zamieszczonych na stronach internetowych NetArt Consulting Sp. z o.o. dowiadujemy się,

że serwer pocztowy SMTP dotyczy poczty wychodzącej, zaś POP3 przychodzącej. Analiza rzeczonych logów potwierdza, że nie inaczej jest w przypadku Odwołującego. Przeciętny użytkownik poczty elektronicznej dysponuje wiedzą, iż zwrot „to i wskazanie konkretnego adresu e-mail” oznacza, że wiadomość jest skierowana do tegoż adresata, zaś termin „sent” oznacza jej wysłanie. Powyższe pozwala na przyjęcie, że przedstawione logi SMTP dotyczą poczty wychodzącej. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż sam przedstawiciel NetArt Consulting Sp. z o.o. nie wskazuje, że chodzi o logi poczty przychodzącej, a jedynie, że są to logi SMTP. Nadto, z rzeczonych logów wynika, że na serwerze pocztowym zarejestrowano w dniu 23 grudnia 2013 r. jedynie wiadomości z godz. 12:35, co nie tylko pozostaje w sprzeczności z treścią zrzutu wiadomości, przedstawionego przez Odwołującego, ale również poddaje w wątpliwość kompletność rzeczonych logów. Powyższe wskazuje, że dowody mające kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania i są elementem taktyki procesowej, z pewnością nie zasługującej na aprobatę.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że nieskuteczność wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy również wiązać z brakiem potwierdzenia otrzymania wiadomości e-mail z dnia 23 grudnia 2013 r. Jakkolwiek w treści rzeczony wiadomości Zamawiający wyartykułował taką prośbę, na podstawie pkt 8.1 części 8 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.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że okoliczność, iż Odwołujący nie potwierdził otrzymania wiadomości e-mail z dnia 23 grudnia 2013 r. nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż wezwanie do uzupełnienia brakującego dokumentu było bezskuteczne.

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 uzupełnienia dokumentu na wezwanie zamawiającego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 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 uzupełnienia/wyjaśnień kierował drogą elektroniczną do wszystkich wykonawców.

Powyższa ocena determinuje dalszą ocenę działań Zamawiającego. Skoro Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył, że sporna wiadomość e-mail została mu dostarczona w dniu 23 grudnia 2013 r., nie podnosząc jednocześnie, że mimo dostarczenia, Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z rzeczoną wiadomością, to uznać należy, iż wezwanie wywoływało skutki prawne od wskazanego dnia (dnia dostarczenia wiadomości). Jednocześnie wobec przyznania przez Odwołującego, że termin liczony od dnia 23 grudnia 2013 r. był wystarczający do spełnienia obowiązku nałożonego przez Zamawiającego, przyjąć należy, że brak uzupełnienia przez Odwołującego we wskazanym terminie żadanego dokumentu, skutkuje wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i nie daje podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 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.

Jednocześnie powiązanie przez Odwołującego zarzutu naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jedynie z brakiem skutecznego wezwania z dnia 23 grudnia 2013 r. do uzupełnienia brakujących dokumentów czyni przedmiotowy zarzut, wobec niepotwierdzenia się powołanej okoliczności, bezpodstawnym. Innych przyczyn skutkujących ewentualnie uznaniem, iż Odwołujący nie uzupełnił żądanych dokumentów z powodów nieleżących po jego stronie Odwołujący nie wskazał, zatem brak było podstaw do dalszych rozważań.

Nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek Przystępującego w przedmiocie otwarcia rozprawy na nowo celem przedłożenia rachunku dokumentującego wysokość wynagrodzenia

pełnomocnika Przystępującego z tytułu zastępstwa procesowego. Z mocy przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy ustawodawca nakazuje wiązać z ujawnieniem okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że w kategorii tej mieszczą się jedynie nowe fakty i dowody ujawnione po zamknięciu rozprawy lub stwierdzenie uchybień procesowych, które skutkowałyby ewentualnie uchyleniem wyroku. Zaś, niezłożenie rachunku nie stanowi okoliczności nie tylko istotnej, ale w ogóle niemającej znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W tym miejscu zauważyć należy, że rzeczony wniosek jest bezprzedmiotowy i z tej przyczyny, że do kosztów postępowania odwoławczego, z mocy § 3 ust. 2 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), zalicza się co do zasady uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a jedynie w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw. Wobec braku zaktualizowania się w niniejszej sprawie przesłanek wyartykułowanych w powołanym przepisie koszty Przystępującego nie mogą być zaliczone do kosztów postępowania odwoławczego.

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 i b 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 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 623,00 zł, udokumentowane za pomocą faktury VAT.

Przewodniczący: