

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2016 r. przez **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale **TRAKT Sp. z o.o., Górki Szczukowskie 1 k/Kielc; 26-065 Piekoszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Remont sieci drogowej na terenie administrowanym przez Oddział Rzeszów GDDKiA: Zad.2. „Remont dk 19 Knźnica-Barwinek w km 414+625 - 416+950 odc. Zarzecze — Nisko”.*

Dnia 1 sierpnia 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 11 sierpnia 2016 roku wykonawca Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul Przęsłowa 2a, 25-670 Kielce (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że złożył on wyjaśnienia zażądane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust 1 p.z.p. a zamawiający nie dokonał oceny tych wyjaśnień, jako potwierdzających że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w osobie radcy prawnego.

Odwołujący wskazał, iż z uzasadnienia faktycznego zawartego pkt III. 1. zawiadomienia, które odwołujący otrzymał w dniu 1 sierpnia 2016 roku, zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego w dniu 14.06.2016 roku wyjaśnienia wraz z dowodami w zakresie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z s.i.w.z. oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna i czy wykonawca będzie w stanie zrealizować

zamówienie - nie wyjaśniły wszystkich wątpliwości zamawiającego oraz były rozbieżne z treścią s.i.w.z. Tom II. Dopiero z treści tego zawiadomienia odwołujący dowiedział się, że pismem z dnia 4.07.2016 roku, zamawiający wezwał go do złożenia dodatkowych wyjaśnień i wyjaśnienia rozbieżności w terminie do 11.07.2016 roku a ponieważ takich wyjaśnień nie otrzymał w wyznaczonym terminie uznał, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty odwołującego. Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od zamawiającego przedmiotowego wezwania i nie miał realnych możliwości zapoznania się z jego treścią w związku z czym jest rzeczą oczywistą, że nie mógł też złożyć dodatkowych wyjaśnień jakich żądał zamawiający, przy czym należy podkreślić, że nie było żadnych przeszkód ze strony odwołującego, aby takowe wyjaśnienia złożyć. W dniu 2.08.2016 roku przedstawiciel odwołującego udał się do siedziby zamawiającego i dopiero wtedy uzyskał odpis-ksero „powtórnego wezwania do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny” datowanego na dzień 4 lipca 2016 roku i mógł zapoznać się z treścią. Według adnotacji na przedmiotowym piśmie sprawę prowadził B. M., e-mail: bm.@gddkia.gov.pl, który powinien przekazać odwołującemu się przedmiotowe pismo: pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną zgodnie z określonym w s.i.w.z. sposobem porozumiewania się w niniejszym postępowaniu, a zamawiający żądał niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania tego pisma.

Jak zaś wynika z uzyskanego w siedzibie zamawiającego w dniu 2.08.2016 roku wyciągu z poczty elektronicznej przedmiotowe pismo z dnia 4.07.2016 roku miało być przekazane drogą elektroniczną w dniu 4.07.2016r przez Pana P. K., przy czym bezspornym (w ocenie odwołującego) w sprawie jest, że przekazujący pismo nie otrzymał potwierdzenia, że adresat (odwołujący) otrzymał wiadomość ani nawet informacji, że wiadomość wyświetliła się u adresata. Zamawiający nie interweniował w sprawie nie wykonania przez odwołującego obowiązku potwierdzenia otrzymania wiadomości zawierającej pismo - „powtórne wezwanie do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny” i nie podjął nawet próby wyjaśnienia przyczyn nie otrzymania potwierdzenia otrzymania pisma z dnia 4.07.2016 r., zawierającego wezwanie. Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu Zawiadomienia i uzyskaniu odpisu pisma z dnia 4.07.2016 roku podjął czynności zmierzające do ustalenia, czy przedmiotowa wiadomość, która według zamawiającego miała być wysłana pocztą elektroniczną na adres e-mail odwołującego dotarła na jego skrzynkę odbiorczą i okazało się, że takowa wiadomość w żadnym trybie nie dotarła do odwołującego, nie została też usunięta ani nie trafiła, jako „spam” do kosza.

Podczas prowadzonej przez zamawiającego korespondencji z odwołującym wyłącznie w drodze elektronicznej za każdym razem uzyskiwał potwierdzenie otrzymania pisma, a w ślad za potwierdzeniem otrzymywał również odpowiedź. Pomimo zaś nie uzyskania potwierdzenia od odwołującego faktu otrzymania pisma z dnia 4.07.2016 roku i nie podjęcia nawet próby wyjaśnienia przyczyn takiego stanu rzecz w kontekście dotychczasowego

przebiegu zdarzeń, zamawiający bezpodstawnie uznał, że odwołujący otrzymał w dniu 4.07.2016 roku, powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień i w wyznaczonym tam terminie nie złożył wyjaśnień. Z treści uzasadnienia faktycznego zawartego w pkt. III. 1. Zawiadomienia z dnia 1.08.2016 r., jednoznacznie wynika, że jedyną przyczyną odrzucenia oferty odwołującego było nie złożenie przez niego wyjaśnień żądanych w piśmie zamawiającego z dnia 4.07.2016 roku, bowiem zamawiający nie stwierdził tam, aby przyczyną odrzucenia oferty była ocena złożonych wyjaśnień potwierdzająca, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Skoro zaś nie zostało wykazane przez zamawiającego, aby odwołujący otrzymał pismo z dnia 4.07.2016 r., zawierające powtórne wezwanie do złożenia wyjaśnień, a odwołujący wykazał, że nie otrzymał przedmiotowego wezwania a więc nie miał możliwości zapoznania się z jego treścią a tym samym do złożenia żądanych wyjaśnień w zakreślonym tam terminie, to odwołanie, jako oczywiście uzasadnione powinno być uwzględnione. Nie powinno zaś budzić żadnych wątpliwości, że gdyby odwołujący otrzymał przedmiotowe wezwanie, to niewątpliwie złożyłby satysfakcjonujące zamawiającego wyjaśnienia. Należy bowiem zauważyć, że w wybranej przez zamawiającego ofercie zaoferowana cena jest tylko o kilkanaście tysięcy wyższa od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Zgodnie z art. 90 ust 1 p.z.p. zamawiający jest uprawniony i obowiązany do skierowania do wykonawcy wezwania o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a wykonawca jest obowiązany do złożenia wyjaśnień w zakreślonym terminie pod rygorem odrzucenia oferty zgodnie z art. 90 ust 3 p.z.p. Obowiązek ten winien być przez zamawiającego wykonany nie tylko z poszanowaniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (wyznaczenie takiego samego dla wszystkich wzywanych wykonawców i wystarczającego na przygotowanie wyjaśnień terminu), ale także z należytą starannością mając przekonanie, że wezwanie dotarło do wykonawcy. Zdaniem odwołującego, sankcja wskazana przez ustawodawcę w art. 90 ust. 3 p.z.p. - „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień”, a sformułowanie „wykonawca, który nie złożył wyjaśnień” niewątpliwie należy odnieść do procedury wezwania, o której mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p. Aby odwołujący mógł złożyć wyjaśnienia to musi otrzymać takowe wezwanie, aby mógł zapoznać się z jego treścią.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interes prawny odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, że odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, jako podmiot oferujący najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił TRAKT Sp. z o.o. , Górki Szczukowskie 1 k/Kielc; 26-065 Piekoszków.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego.

Wskazać należy, iż odwołujący w treści odwołania postawił (poza zarzutami dotyczącymi naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że złożył on wyjaśnienia żądane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający nie dokonał oceny tych wyjaśnień, jako potwierdzających, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę.

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego podał, że odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca nie złożył wyjaśnień.

Izba ustaliła, że zamawiający działając w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dnia 7 czerwca 2016 roku, zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący, pismem z dnia 14 czerwca 2016 roku, udzielił zamawiającemu wyjaśnień oraz przedstawił stosowne dowody.

Zamawiający uznał jednakże, że złożone wyjaśnienia nie wyjaśniły wszystkich wątpliwości zamawiającego oraz były rozbieżne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia tom II, dlatego też dnia 4 lipca 2016 roku, powtórnie zwrócił się do odwołującego o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

W wyznaczonym przez zamawiającego terminie odwołujący wyjaśnień nie przedłożył, stwierdzając, iż w dacie 4 lipca 2016 roku, nie otrzymał od zamawiającego powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień, dlatego też decyzja zamawiającego uznająca, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, ponieważ wykonawca nie złożył wyjaśnień, jest decyzją wadliwą.

W ocenie Izby *clou* sprawy dotyczy okoliczności związanych z prawidłowością dokonanego przez zamawiającego wezwania z dnia 4 lipca 2016 roku, a konsekwencją powyższego jest uznanie przez zamawiającego, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił w sposób dostateczny okoliczności, które spowodowały brak możliwości zapoznania się z wezwaniem zamawiającego z dnia 4 lipca 2016 roku. Dowód, na który powoływał się odwołujący, a mianowicie „zestawienie-wydruk korespondencji elektronicznej przychodzącej do odwołującego w dniach 4 i 5 lipca 2016 roku, z poziomu administratora” stanowi jedynie wydruk zrzutu ekranu poszczególnych elementów skrzynki pocztowej (e-mail), tj. skrzynki odbiorczej, wiadomości-śmieci, elementy usunięte. Izba stoi na stanowisku, iż takie zrzuty z ekranu dowodzą jedynie faktu, iż w dniu ich wykonania w określonych folderach nie znajduje się korespondencja kierowana do odwołującego przez zamawiającego. Niską jakością dowodową powyższych wydruków potwierdza fakt, iż dostarczoną wiadomość można łatwo wykasować ze skrzynki odbiorczej (wiadomości śmieci), spamu lub wiadomości usuniętych, znajdujących się na komputerze odbiorcy nie pozostawiając śladu, a przy odpowiednio skonfigurowanym programie pocztowym, również z serwera pocztowego odbiorcy (opcja „usuń” z serwera po usunięciu z „Elementów usuniętych”).

Podnieść należy, iż podstawą działania poczty elektronicznej jest pewność dostarczenia wiadomości do adresata. Wszystkie protokoły i zasady rządzące działaniem poczty elektronicznej mają za zadanie zapewnienie, danie pewność wysyłającemu, że w momencie wysyłki wiadomości elektronicznej do odbiorcy wiadomość ta zostanie do niego i tylko do niego dostarczona. W celu zapewnienia pewności dostarczenia poczty wprowadzono mechanizmy informujące nadawcę o nieprawidłowym lub błędnym nadaniu poczty lub też o błędzie serwera odbiorczego. W przypadku błędów zarówno ze strony nadawcy w postaci np. nieprawidłowego adresu odbiorcy, jak i problemów z dostarczeniem wiadomości do

serwera pocztowego odbiorcy, nadawca otrzymuje wiadomość zwrotną z informacją, że wysłana wiadomość nie została dostarczona oraz kod błędu opisujący przyczynę (np. niedostępność serwera pocztowego odbiorcy, przepełnienie skrzynki odbiorczej odbiorcy, itp.). Dlatego też, jeżeli nadawca w ciągu kilku, kilkunastu minut nie otrzyma informacji o błędzie w związku z wysłaną wiadomością, oznacza to, że wiadomość została prawidłowo dostarczona do serwera pocztowego odbiorcy, a tym samym, przy najbliższym połączeniu klienta pocztowego odbiorcy, zostanie ona pobrana przez odbiorcę na jego komputer.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba dała wiarę wyjaśnieniom i dowodom złożonym przez zamawiającego, tj. wydrukowi z poczty zamawiającego z dnia 4 lipca 2016 roku, godzina 15.50., w którym automatyczny system pocztowy programu Microsoft Exchange Server 2007 potwierdził, że „Wiadomość została dostarczona do następujących adresatów lub list dystrybucyjnych, ale miejsce docelowe nie odesłało powiadomienia o dostarczeniu wiadomości: sekretariat@kprd.com.pl”, wewnętrznej korespondencji e-mail zamawiającego pomiędzy pracownikiem a informatykiem obsługującym pocztę elektroniczną zamawiającego, wydrukowi z serwera pocztowego zamawiającego, które do dokumenty potwierdzają jednoznacznie opuszczenie wiadomości z serwera zamawiającego, co potwierdza również wydruk logu serwera.

Nie sposób zatem zarzucić zamawiającemu, iż działając z należytą starannością, nie dopełnił obowiązku wysłania powtórnego wezwania do odwołującego, gdyż ww. dowody jasno wskazują, że zamawiający ze swojego obowiązku wywiązał się należycie. Ponadto wskazać należy, iż odwołujący na rozprawie potwierdził prawidłowość wskazanego w potwierdzeniu adresu e-mail (sekretariat@kprd.com.pl) odwołującego.

Zgodnie natomiast z teorią domniemania doręczenia, wyrażoną w przepisie art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 11 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 110/14, 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, nieznajdującego 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.

Przedkładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, wskazać należy, iż zamawiający w sposób prawidłowy wyraził swoją wolę poprzez prawidłowe wprowadzenie określonych treści do środka komunikacji elektronicznej (co potwierdzają ww. dowody), umożliwiając odwołującemu zapoznanie się z ich treścią. Okoliczność, iż odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z rzeczonym e-mailem nie została przez odwołującego udowodniona, tym samym uznać należało, że zamawiający prawidłowo doręczył odwołującemu powtórne wezwanie.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż w związku z brakiem jakiegokolwiek argumentacji po stronie odwołującego, co do stwierdzenia przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, Izba uznała, powyższą kwestię za bezsporną, tym samym nie wymagającą dodatkowego uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: