

POSTANOWIENIE
z dnia 26 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: **Anna Osiecka**
Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2018 r. przez wykonawcę **Effective Media Solutions Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie**

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Effective Media Solutions Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.
3. Zasądzić od wykonawcy **Effective Media Solutions Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie** 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 (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Polska Agencja Inwestycji i Handlu z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaplanowanie i wykup czasu antenowego w stacjach telewizyjnych i w stacjach radiowych kampanii promującej działania Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. w kontekście rozwoju sieci Zagranicznych Biur Handlowych*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 149-341654 w dniu 4 sierpnia 2018 r.

W dniu 13 września 2018 r. spółka Effective Media Solutions Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanego w dniu 3 września 2018 r., oraz oceny oferty Odwołującego w zakresie następujących kryteriów:

- nr 1 - pory emisji w stacjach telewizyjnych
- nr 3 - kontekstowe podkreślenie dotarcia w stacjach telewizyjnych do przedsiębiorców przy programach merytorycznych poświęconych gospodarce, rozwojowi, inwestowaniu i handlu na rynkach międzynarodowych
- nr 4 - pory emisji w stacjach radiowych
- nr 6 - kontekstowe podkreślenie dotarcia w stacjach radiowych do przedsiębiorców przy audycjach merytorycznych poświęconych gospodarce, rozwojowi, inwestowaniu i handlu na rynkach międzynarodowych

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania powtórnej czynności oceny oferty Odwołującego w zakresie kryteriów nr 1, 3,4, 5, zgodnie z kryteriami oceny ofert.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło także zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abi Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Newco Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie

3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał wykonawcy w dniu 13 września 2018 r. pocztą elektroniczną. Taka forma porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami została przez Zamawiającego przewidziana w Rozdziale IX SIWZ. W tym dniu Zamawiający przesłał wykonawcy skan odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na adres poczty elektronicznej wskazany w ofercie, tj. b.k@newco.pl. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Uzasadniając liczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od dnia 13 września 2018 r., tj. od dnia skutecznego przekazania informacji o wniesionym odwołaniu oraz kopii odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres zgłaszającego przystąpienie wykonawcy, przywołać należy kwalifikowaną teorię doręczeń, wynikającą z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którą 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. Dodatkowo wskazać należy na art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego, który określa samodzielną normę zapoznania się z treścią oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej. W przypadku oświadczeń woli złożonych innej osobie wyrażonych w postaci elektronicznej ustawodawca przyjął, że oświadczenie to jest złożone z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Podkreślić należy, że adresata wiadomości obciążają negatywne konsekwencje niezapoznania się z otrzymaną drogą elektroniczną informacją. Dla oceny skuteczności złożenia oświadczenia istotne jest to czy adresat miał możliwość zapoznania się z jego treścią, a nie data faktycznego zapoznania się z treścią tej informacji. Co do zasady dowód wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej pociąga za sobą domniemanie faktyczne, że adresat mógł zapoznać się z treścią komunikatu, zaś ciężar dowodu, że adresat z uzasadnionych względów nie mógł zapoznać się z oświadczeniem spoczywa na odbiorcy wiadomości.

Przenosząc powyższe rozważania na rozpatrywany stan faktyczny, wskazać należy,

że ustawa Pzp nie zawiera przepisów dotyczących sposobu liczenia terminów w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji zastosowanie znajdzie art. 14 ustawy Pzp stanowiący, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisu Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art.111 Kodeksu cywilnego termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Nadto, stosownie do art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Biorąc powyższe pod uwagę termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 17 września 2018 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 19 września 2018 r. Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie można zatem uznać, że wniesienie przystąpienia w dniu 19 września 2018 r. było skuteczne.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 13 września 2018 r., w formie elektronicznej, kopii odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgłoszone w dniu 19 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Abi Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Newco Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu, co skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu. Nadto, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, złożonym na posiedzeniu, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Abi Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Newco Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie przekazali kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu, co stoi w sprzeczności z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż cofa odwołanie. Oświadczenie o wycofaniu zostało złożone przez osobę upoważnioną do reprezentowania Odwołującego i skutkuje koniecznością umorzenia postępowania odwoławczego.

W związku z cofnięciem odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba postanowiła o zwrocie na rzecz Odwołującego 90% wpisu, zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 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. z 2018 r. poz. 972), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z wnioskiem Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....

.....