

Sygn. akt KIO 1840/18

**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 **ClickAd Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Infinity Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy **Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. **Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Clickad Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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 Clickad Interactive Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Newco-Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Abi Media Holdings Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Konsorcjum Newco-ABI”, do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa;
2. art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z §5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Konsorcjum Newco-ABI, mimo zaniechania zbadania przez Zamawiającego czy ww. wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, jak również badania oferty tego wykonawcy pod kątem braku podstaw do wykluczenia po dokonaniu wyboru oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z ustalonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriami oceny ofert oceny punktowej i przyznanie ofercie Odwołującego zbyt małej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie Kryterium nr 1 (Pory emisji w stacjach telewizyjnych), Kryterium nr 2 (Wskaźnik emisji telewizyjnej - zasięg), Kryterium nr 4 (Pory emisji w stacjach radiowych) i Kryterium nr 5 (Wskaźnik emisji radiowej - zasięg);
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Starcom Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie, dalej „Starcom”, oraz Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Media Group”, i zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawców mimo, iż wykonawcy ci nie złożyli wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp;

5. art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty Konsorcjum Newco-ABI oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny Effective Media Group Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Warszawie, dalej „Effective Media”, w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, mimo iż poczynione przez te podmioty zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezzasadne, jak również ww. wykonawcy nie wykazali zasadności dokonanego zastrzeżenia zgodnie z przepisami prawa;
6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp (w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy), a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; wezwania Konsorcjum Newco-ABI do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa; odrzucenia oferty Starcom oraz Media Group; odtajnienia treści dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Newco-ABI (str. 65-101 oferty) oraz Effective Media (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny); przyznania ofercie Odwołującego maksymalnej liczby punktów w Kryteriach nr 1, 2, 4 i 5 oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła spółka Infinity Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 17 września 2018 r. W tym samym dniu, tj. 17 września 2018 r., przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła spółka Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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](mailto: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 przepis 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 jedynie wykonawca Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a wykonawca Infinity Media Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Odwołujący, pismem z dnia 24 września 2018 r., złożonym do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej, 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) 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.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....