

Sygn. akt: KIO 64/13

WYROK

z dnia 28 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Aneta Mlącka

Izabela Niedzałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, ul. Wspólna 30, 00-930 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Contact Language Services Sp. J., ul. Marszałkowska 55/73 lok. 72A i P..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Contact Language Services P..... S....., ul. Zagórska 19/19, 25-339 Kielce, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę GTC AMG Sp. z o.o., ul. Rolna 155A, 02-729 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Warszawie** .

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Wykonywanie pisemnych i ustnych tłumaczeń z zakresu uczestnictwa przedstawicieli Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi we Wspólnej Polityce Rolnej, Wspólnej Polityce Rybackiej, w pracach organów Unii Europejskiej, w ramach Światowej Organizacji Handlu, Organizacji ds. Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, Organizacji Narodów Zjednoczonych ds. Wyżywienia i Rolnictwa i innych organizacji międzynarodowych, a także z zakresu dwustronnej i wielostronnej współpracy z zagranicą, z języków: angielskiego, francuskiego, rosyjskiego, niemieckiego i pozostałych języków europejskich na język polski oraz z języka polskiego na te języki obce.”*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 listopada 2012 r. pod nr 2012/S 228-375658.

W postępowaniu tym wykonawca GTC AMG Sp. z o.o. z siedzibą dla w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 11 stycznia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana i odrzucenia oferty tego wykonawcy, jak również od zaniechania odstąpienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty wybranej. Informacja o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej została przekazana Odwołującemu w dniu 2 stycznia 2013 r. mailem. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 11 stycznia 2013 r.

Zamawiający informację o złożonym odwołaniu przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 11 stycznia 2013 r. W dniu 14 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Contact Language Services Sp. J. z siedzibą w Warszawie i P..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Contact Language Services P..... S..... z siedzibą w Kielcach (zwani dalej: „Konsorcjum CLS” lub „Przystępujący”), złożyli zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowieniem z dnia 17 stycznia 2013 r. skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 25 stycznia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum CLS, która jest ofertą podlegającą odrzuceniu oraz podlegającą uznaniu za odrzuconą, a także nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu,
- 2) od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności odtajnienia oferty Konsorcjum CLS w zakresie wykazu osób oraz wykazu usług,
- 3) od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum CLS, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 4) od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum CLS, które złożyło nieprawdziwe informacje mające lub informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
- 5) od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum CLS, które podlegało wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie przedmiotowego postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania z wyłączeniem zasady jawności pomimo braku przesłanek ku temu przejawiające się w zaniechaniu odtajnienia oferty Konsorcjum CLS, która nie zawierała informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Konsorcjum CLS nie złożyło nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Konsorcjum CLS wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Konsorcjum CLS nie podlega wykluczeniu, co powoduje, iż jego oferta nie jest traktowana jak odrzucona,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CLS, której złożenie przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez naruszenie art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211, zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”), przejawiające się w wyborze oferty Konsorcjum CLS, która jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami oraz narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego, ponadto wybrana oferta zawiera nieprawdziwe informacje oraz informacje wprowadzające w błąd służące dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący podkreślił tu, że oferta Konsorcjum CLS utrudnia w sposób nieuprawniony Odwołującemu dostęp do rynku w szczególności do rynku zamówień publicznych.
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CLS, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
- art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum CLS, którego oferta nie jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu wobec czego nie wypełnia przesłanek oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oraz w rozumieniu ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum CLS jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
 - dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
 - wykluczenia Konsorcjum CLS z postępowania,
 - odrzucenia oferty Konsorcjum CLS w postępowaniu,
 - uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum CLS w postępowaniu,
 - dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w

postępowaniu.

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wymienione.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) dotyczące opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (rozdział IV ust. 1.1 SIWZ) oraz potencjału kadrowego (rozdział IV. ust. 1.2 SIWZ).

Odwołujący podkreślił, że Konsorcjum CLS nie wykazało spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu. Zwrócił uwagę, że wykonawca w wykazie usług wpisał 16 pozycji, z czego tylko 4 jego zdaniem powinny podlegać ocenie - usługa wskazana w pozycji nr 5 wykazu nie mieści się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a usługi wskazane w pozycjach nr 6 - 16 zostały wykonane na kwoty mniejsze niż wymagane przez Zamawiającego. Co do usług wskazanych w pozycjach nr 1 - 4 Konsorcjum CLS – zdaniem Odwołującego - nie wskazało czy wartość wskazanych usług wynosiła 900 000,00 zł brutto w odniesieniu do tłumaczeń pisemnych i ustnych w dziedzinie rolnictwa (w tym weterynarii), rozwoju wsi, rynków rolnych, rybołówstwa, rozwoju obszarów wiejskich, współpracy międzynarodowej w zakresie wymiany handlowej artykułów rolno-spożywczych i naukowej z obszaru rolnictwo. W przypadku zaś nie potwierdzenia powyższej informacji – zdaniem Odwołującego - powinno to skutkować wezwaniem do uzupełnienia przez wykonawcę wykazu usług poprzez wskazanie nowych pozycji. Według niego Zamawiający w odniesieniu do usługi wskazanej pod pozycją numer 2 wykazu powinien zwrócić się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie, jaka była faktycznie wykonana wartość zrealizowanej usługi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Na poparcie swojego stanowiska wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. KIO 1834/11). Jednocześnie też podkreślił, że wartość usługi wskazanej w pozycji nr 2 wykazu według informacji uzyskanych w Ministerstwie Rozwoju Regionalnego wynosiła faktycznie 602 640,91 złotych brutto i nie dotyczyła zakresu wymaganego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. W pozycji nr 3 wykazu według niego wykonawca wskazał w kolumnie wartość - informację o szacowanej wartości kontaktu. Zwrócił uwagę, że według jego wiedzy (uzyskanej w oparciu o zawartą umowę z Komisją Europejską na tożsamy zakres prac) jednoznacznie wynika, iż Komisja Europejska nie jest zobligowana do zlecenia wykonawcy jakichkolwiek prac. Odnośnie pozycji nr 4 wykazu Odwołujący wskazał, iż z dokumentu potwierdzającego

należyte wykonanie wskazanej usługi wynika, iż dotyczy ona tylko tłumaczeń pisemnych, a zgodnie z warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazaniem się posiadaniem doświadczenia w zakresie tłumaczeń pisemnych i ustnych. Dodatkowo według niego wskazana kwota dotyczy 28 000 str. „dokumentów przewidzianych”, zaś na dzień wydania referencji przetłumaczono ok. 25% tej liczby. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że kwestionowane powyżej pozycje wykazu dotyczą wyłącznie pozycji nieutajnionych złożonego wykazu usług.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum CLS nie mogło wykazać spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędnego w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o zastrzeżone usługi z racji chociażby na fakt, iż pojedyncze usługi tłumaczeń w dziedzinie rolnictwa, poza podmiotami publicznymi, nie są zlecane na tak duże kwoty, jakich wymagał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Z potwierdzonych danych rynkowych w jego ocenie wynika, że sektor prywatny nie zleca takich usług w tak dużym zakresie. W związku z powyższym domniemywał on, że utajnione usługi i referencje albo nie spełniały przedmiotowego wymagania SIWZ, a tym samym stanowiły nieprawdziwe informacje, albo dotyczyły również usług zlecanych przez sektor publicznoprawny, a tym samym nie mogą być utajnione. Odwołujący podzielił zatem pogląd, zgodnie z którym nie tylko umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne na zasadach określonych, ale także wszystkie inne dokumenty związane z taką umową w tym dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie, co znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie sądów administracyjnych, które szeroko definiują pojęcie „informacja publiczna” (powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 12 września 2006 r. (IV SA/Wr 568/06) oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 11 września 2009 r., (I SA/OI 713/09, Wspólnota 2009/44/30)).

Co do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wyłącznie w oparciu o 3 usługi wskazane w tajnej części wykazu usług Konsorcjum CLS Odwołujący wskazał, że Konsorcjum CLS złożyło również w zakresie usług utajnionych nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co powinno to skutkować wykluczeniem Konsorcjum CLS z postępowania i odrzuceniem oferty bez uprzedniego stosowania procedury uzupełniania i wyjaśniania dokumentów określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na wypełnienie dwóch przesłanek dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu. Powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 1452/12) oraz stanowisko doktryny.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka P..... S..... na okoliczność wiedzy i doświadczenia Konsorcjum CLS w dziedzinie rolnictwa wymaganej przez Zamawiającego.

Co do spełniania przez Konsorcjum CLS warunku potencjału kadrowego Odwołujący podniósł, że odnosił się do treści zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując na możliwość powtarzania się niektórych osób wskazanych w wykazie z osobami umieszczonymi w innych jawnych wykazach wskazanych przez Konsorcjum CLS w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co winno skutkować odtajnieniem takiego wykazu, a zastrzeżenie uznać za niebyłe i nieskuteczne. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż część z tych osób zawarło z Odwołującym stosowne porozumienie co do wyłączności w zakresie ich udziału w przedmiotowym postępowaniu, jednocześnie oświadczając, iż nie zamierzają one współpracować z innymi podmiotami biorącymi udział w niniejszym postępowaniu. Według doświadczeń i wiedzy Odwołującego z innych ofert Konsorcjum CLS, osobami tymi były: S..... L....., E..... Ś....., S..... F....., B..... B....., B..... M....., U..... P....., B..... B....., J..... L..... Tym samym – według niego - wskazanie tych osób przez Konsorcjum CLS stanowi jawne naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż złożone informacje mające przymiot nieprawdziwych mogły mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania. Powyższe - w jego ocenie - uniemożliwia zastosowanie procedury wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i winno skutkować wykluczeniem z przedmiotowego postępowania, a następnie odrzuceniem oferty Konsorcjum CLS, czego Zamawiający zaniechał. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 1376/12) i wyrok KIO z 6 sierpnia 2010r. (sygn. akt: KIO 1578/10)).

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że wykazywanie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o nieprawdziwe informacje w odniesieniu tak do wykazu usług, jak i wykazu osób przez Konsorcjum CLS stanowi naruszenie art. 3 ust. 1, art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym, samym zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum CLS przez Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. pkt 3 ustawy Pzp.

Według Odwołującego zawarte w ofercie Konsorcjum CLS informacje są nieprawdziwe i wprowadzają w błąd Zamawiającego. Konsorcjum CLS, nie spełniając warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu złożyło nieprawdziwe informacje o swoim przedsiębiorstwie jednocześnie zastrzegając je w sposób nieuprawniony jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a działania te miały na celu uzyskanie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem służyły uzyskaniu korzyści. Powołał się na stanowisko doktryny co do nieprawdziwych informacji.

Podkreślił też, że utrudnianie dostępu do rynku jest zarówno samodzielnym czynem nieuczciwej konkurencji, jak i rezultatem ostatecznym innych zachowań tego rodzaju w szczególności podnoszonych przez Odwołującego naruszeń art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działania podejmowane przez Konsorcjum CLS w przedmiotowym postępowaniu służyły wymuszeniu na Zamawiającym dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w oparciu o nieprawdziwe informacje jednocześnie z zamiarem utrudnienia dostępu Odwołującemu do uzyskania zamówienia poprzez między innymi zastrzeżenie istotnych dokumentów, które nie potwierdzały spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz zawierały nieprawdziwe informacje. Również powołał się na stanowisko doktryny co do utrudniania dostępu do rynku.

Jednocześnie też z ostrożności Odwołujący podniósł, iż nawet jeśliby uznać, że działania Konsorcjum CLS nie wypełniają przesłanek art. 14 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to z pewnością naruszają one art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powołał się na stanowisko doktryny oraz orzecznictwo sądów (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 listopada 2001 r., I ACa 688/2000, OSA 2001, Nr 5, s. 58; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2004 r., III CK 15/04; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 24 czerwca 1992 r., I ACr 204/92, Wok. 1993, Nr 2, s. 30).

Co do nieuprawnionego zastrzeżenia wykazu osób i usług dokonanego przez Konsorcjum CLS Odwołujący wskazał na definicje tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że jawność działań zamawiającego i wykonawców to podstawowa zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz jeden z mechanizmów kontroli mających na celu ograniczenie ewentualnych nadużyć. Umożliwia on uczestnikom postępowania wzajemną kontrolę, jednocześnie zwiększając konkurencyjność postępowania. Odwołujący podkreślił, iż pomimo złożonego przez niego wniosku o odtajnienie złożonych przez Konsorcjum CLS wykazów usług i osób Zamawiający zaniechał dopełnienia tego obowiązku i uznał wyjaśnienia Konsorcjum CLS jako potwierdzające prawidłowość dokonanego zastrzeżenia. W tym miejscu Odwołujący pragnie podnieść, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować dowolności działań wykonawców w tym zakresie. Zamawiający w dniu 3 stycznia 2012 r. odpowiedział na pismo Odwołującego nie dopuszczając do odtajnienia oferty Konsorcjum CLS z wyłączeniem jednej z usług zawartych w części tajnej wykazu usług. Powyższe uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy Konsorcjum CLS spełnia warunki

udziału w postępowaniu zwłaszcza, że w ocenie Odwołującego złożyło ono nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Powołał się na orzecznictwo w tym zakresie (wyrok KIO z 13 kwietnia 2010 r. (sygn. akt: KIO 371/10); wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 31 października 2007 r. UZP/ZO/0-1281/07).

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo przedłożył do akt sprawy, jako dowody w sprawie:

1. oświadczenie z 24 stycznia 2013 r. złożone przez panią S..... L..... wraz z korespondencją mailową prowadzona przez wskazaną osobę z panią Martą Fila oraz projektem zobowiązania podmiotu pani S..... L..... do oddania do dyspozycji Przystępującego swojego potencjału na podstawie art. 26 ust. 2b potwierdzone za zgodność z oryginałem przez panią S..... L.....,
2. korespondencję mailową prowadzoną pomiędzy panią M..... F..... a panią E..... Ś..... oraz wyjaśnienia złożone przez panią E..... Ś..... z dnia 24 stycznia 2013 r. oraz projekt zobowiązania podmiotu pani E..... Ś.....,

na okoliczność nie udzielenia pisemnego zobowiązania przez wskazane osoby wobec Przystępującego przed dniem 14 grudnia 2012 r. oraz na okoliczność złożenia oświadczeń przez wskazane osoby w dacie po 14 grudnia 2012 r. oraz na okoliczność wykazania, z jaką faktycznie datą wskazane osoby podpisały zobowiązania.

Wniósł także z ostrożności o powołanie, w charakterze świadków, powołanych wyżej osób na okoliczność jw. oraz wykazania motywów podpisania przez wskazane osoby oświadczeń na rzecz Przystępującego wobec przekonania o wygraniu niniejszego postępowania o zamówienie publiczne przez Przystępującego i bez przedmiotowości wcześniejszego zobowiązania o wyłączności na rzecz Odwołującego.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie dowodu w sprawie z treści zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa skierowanego w przedmiotowej sprawie do Prokuratury Rejonowej Warszawa śródmieście z dnia 22 stycznia 2013 r.

Wskazał dodatkowo, że Przystępujący tym samym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, spełniając go dopiero na dzień 18 stycznia 2013 r. i 20 grudnia 2012 r. w trybie nielegalnym z naruszeniem przepisów.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 21 stycznia 2013 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający podniósł, że wymienione w odwołaniu zarzuty dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 5 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp są całkowicie bezzasadne i nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko odnośnie wyboru oferty Konsorcjum CLS jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, z uwagi na to, iż Zamawiający dokonał tego wyboru w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu, z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum CLS z postępowania z powodu niespełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wskazał, że Konsorcjum CLS wraz ze swoją ofertą złożyło, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykaz usług składający się z części jawnej oraz z części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. W części jawnej wykazu zawartych zostało 16 usług, a w części zastrzeżonej - 6 usług. W wyniku oceny ofert Zamawiający uznał, że żadna z usług wymienionych w części jawnej wykazu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, natomiast spełnienie tego warunku potwierdzają 3 usługi zawarte w części zastrzeżonej wykazu przy czym były to usługi wykonane na rzecz podmiotów „prywatnych”. Podkreślił, że pismem z dnia 8 stycznia 2013 r., poinformował Odwołującego, że nie zakwalifikował żadnej z 16 usług wymienionych w części jawnej jako spełniającej warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, natomiast spośród 6 usług wymienionych w części zastrzeżonej oferty, jako spełniające ten warunek uznane zostały 3 usługi, tj. minimum wymagane w SIWZ.

Co zaś do zarzutów Odwołującego w zakresie części zastrzeżonej wykazu usług podniósł, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie oparte są tylko na przypuszczeniach Odwołującego, według którego sektor prywatny nie zleca usług tłumaczenia odpowiadających przedmiotowi zamówienia w tak dużym zakresie, ale Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tej tezy. Zgodnie zaś z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Co więcej podniósł, że Odwołujący nie wskazał, które z podanych informacji miałyby być rzekomo nieprawdziwe, a jedynie domniemywa, iż usługi i referencje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Zamawiającemu nie są jednak znane żadne inne wiarygodne okoliczności w zakresie tych usług, które mogą świadczyć o podaniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający zatem nie posiadał żadnej wiedzy, która mogłaby chociaż uprawdopodobniać, że Konsorcjum CLS posłużyło się informacjami nieprawdziwymi - za taką okoliczność z pewnością nie można bowiem uznać „domniemań” Odwołującego, nie popartych żadnymi dowodami. Zamawiający wniósł także o niepoduszczenie i nieprzeprowadzanie dowodu z zeznań świadka Piotra Siwca na „okoliczność wiedzy i doświadczenia Konsorcjum”, bowiem zostało to wykazane w załączonym do oferty wykazie usług. Co więcej podniósł, że Pan P..... S..... jest jednym ze współników Contact Language Services P. S..... P. S..... sp. jawna, tj. jednego z konsorcjantów Konsorcjum CLS i nie może zatem zeznawać w charakterze świadka, bowiem reprezentuje stronę (działa bezpośrednio w imieniu strony). Dowód z przesłuchania świadka jest zatem niedopuszczalny, bowiem przepisy ustawy Pzp w takim przypadku przewidują zupełnie inny dowód, tj. przesłuchanie stron. Powołał się na poparcie swoich twierdzeń na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 11 października 2012 r. sygn. akt KIO 2032/12, KIO 2042/12 oraz wyrok z dnia 19 września 2012 r. sygn. akt KIO 1893/12)

Odnośnie działań Zamawiającego w sprawie „odtajnienia” dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stwierdził, że zarówno Konsorcjum CLS jak i Odwołujący wezwani zostali do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, gdyż w obu ofertach podobne dokumenty zostały zastrzeżone. W przypadku obu wykonawców Zamawiający uznał złożone wyjaśnienia za uzasadnione, stwierdzając, iż co do zasady w sposób uprawniony zastrzegli oni dokumenty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z przesłankami określonymi w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedynie odnośnie oferty Konsorcjum CLS, w zakresie zastrzeżonej części wykazu usług, Zamawiający ujawnił informację dotyczącą usługi wykonanej na rzecz Ministerstwa Środowiska. Podkreślił, że działanie Zamawiającego było uzasadnione, bowiem informacja zamówień tym zamówieniu została już wcześniej podana do publicznej wiadomości w jawnym wykazie wykonanych usług, załączonym do oferty z dnia 28.10.2010 r. złożonej w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego. Natomiast pozostała część wykazu usług została skutecznie zastrzeżona przez Konsorcjum CLS. Ponadto zwrócił uwagę, że Konsorcjum CLS skutecznie zastrzegło także cały wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, dlatego też Zamawiający nie mógł ujawnić całości lub części tego wykazu osób, ani też udzielić informacji, czy w wykazie tym znajdują się osoby, które figurują w wykazie osób stanowiącym część oferty Odwołującego.

Zwrócił uwagę na to, że zarzuty Odwołującego w zakresie nieujawnienia wykazu osób Konsorcjum CLS zmierzają de facto do wykazania, że niektórzy z tłumaczy mogli naruszyć postanowienia umów zawartych z Odwołującym (w zakresie braku współpracy z innymi podmiotami). Co do tego zadaniem Zamawiającego nieuprawnione jest rozstrzygnięcie takich kwestii, ani też ustalanie, czy tłumacze naruszyli, czy też nie klauzule o „wyłącznieści”.

Podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby chociaż uprawdopodobnić, że Konsorcjum CLS podało nieprawdziwe informacje w tym zakresie, z pewnością takim dowodem nie jest oświadczenie Odwołującego, że ma zawarte umowy „na wyłączność” z tłumaczami. Nawet bowiem gdyby takie umowy były zawarte, to jest praktyką nierzadko spotykaną, jakkolwiek nie zasługująca na aprobatę, że zawartych umów się nie dotrzymuje. Niemniej jednak Zamawiający podkreślił, że nie miał żadnych podstaw do uznania, że wykaz osób przedstawiony przez Konsorcjum CLS zawiera informacje nieprawdziwe, Odwołujący tego bowiem nie udowodnił. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – wyrok z dnia 21 września 2012 r. sygn. akt KIO 1921/12.

Z uwagi na powyższe, za zupełnie niezasadne zdaniem Zamawiającego należy uznać zarzuty, zgodnie z którymi działanie Konsorcjum CLS stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Co więcej, Odwołujący zarzuca, że Konsorcjum CLS utrudnia konkurentom dostęp do rynku poprzez m.in. zastrzeżenie istotnych dokumentów podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący sam zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wykazu usług oraz cały wykaz osób. Tym samym, według Odwołującego, analogiczne działania jego samego czynu nieuczciwej konkurencji nie stanowią, ale już wykonawców - konkurentów ubiegających się o to samo zamówienie publiczne - tak.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenie pełnomocnika.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w piśmie z dnia 23 stycznia 2013 r. złożył pismem stanowisko w przedmiotowej sprawie. Poparł stanowisko Zamawiającego wskazując, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do wypełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wskazał, że każda z usług wykazanych przez niego dla wypełnienia tego warunku została wykonana na rzecz podmiotu „prywatnego” a fakt ich należytego wykonania został potwierdzony dołączonymi do oferty referencjami. Podkreślił, że wykazane doświadczenie nie budziło także zastrzeżeń Zamawiającego, który nie wezwał Przystępującego nie tylko do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale nawet do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Podniósł, że twierdzenia, na których Odwołujący buduje tezę, iż Przystępujący winien być wykluczony z przedmiotowego postępowania ze względu na fakt podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania zawartych w treści utajnionego załącznika nie zasługują na uwzględnienie. Podkreślił, że w swojej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie zastrzeżenia przez Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należytą realizację tych usług oraz wykazu usług stwierdził, że: „Usługa wymieniona w poz. 3 wykazu jest realizowana (patrz część wyjaśnień dotycząca informacji zastrzeżonych] na podstawie umowy cywilno-prawnej” (wyjaśnienia z 21 grudnia 2012 rok). Wskazał na ogólnikowość powyższych twierdzeń Odwołującego, co uniemożliwia Przystępującemu odniesienie się do stawianych zarzutów. Przystępujący przypomniał, iż zgodnie z treścią art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykazem usług przedstawionych przez Przystępującego w części niezastrzeżonej, Przystępujący stwierdził, iż ten przykładowy wykaz wykonanych/wykonywanych usług potwierdza doświadczenia w zakresie usług tłumaczeniowych, jako jednego z największych biur tłumaczeniowych na rynku, także w zakresie warunków, o jakich mowa w Rozdziale IV SIWZ. Odwołujący – w jego ocenie - nie ma żadnych podstaw, by kwestionować wartość umowy realizowanej na rzecz Ministerstwa Rozwoju Regionalnego i świadomie wprowadza Zamawiającego w błąd. Wskazał na wartość realizowanej umowy o numerze nr DUE/DEF-VIII/POPT/04/514/08, która została określona na 1 702 500 zł, co potwierdziło Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w wystawionych referencjach. Także, kwestionując wartość (potwierdzonych przez Komisję Europejską) realizacji Odwołujący – zdaniem Przystępującego - umyślnie wprowadził Zamawiającego w błąd twierdząc, iż Komisja Europejska nie jest zobligowana do zlecenia usług Przystępującemu.

W zakresie zarzutów dotyczących osób Przystępujący stwierdził, iż przed wyznaczonym terminem na złożenie ofert w przedmiotowym postępowaniu uzyskał od wszystkich osób wykazanych w treści wykazu osób pisemne zobowiązania potwierdzające chęć ich udziału w realizacji tego zamówienia. Ze względu na ilość dokumentów (60 tłumaczy) Przystępujący nie składał ich wszystkim Izbie, dołączając jedynie przykładowe zobowiązania będące w jego dyspozycji. Podkreślił też, że w przypadku chęci wglądu czy przesłania wszystkich czy też niektórych pozostałych zobowiązań pozostaje do dyspozycji.

Co do kwestii związanych z utajnieniem niektórych dokumentów jako dokumentów zawierających informację mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazał na niekonsekwencję Odwołującego. Podkreślił, że z jednej bowiem strony cytował on orzeczenie Zespołu Arbitrów z 31 października 2007 r. (UZP/ZO/0-1281/07), z drugiej natomiast nie ma oporów przed zastrzeżeniem, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji dotyczących warunków nie tylko w innych postępowaniach, ale nawet w przedmiotowym. Podniósł, iż istota problemu nie sprowadza się zatem do tego czy zastrzeżone informację dotyczą czy nie dotyczą warunku udziału w postępowaniu a tego czy spełnione zostaną przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił także, że kwestia możliwości zastrzeżenia określonych informacji była przedmiotem wielokrotnego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – przywołał wyrok z dnia 5 września 2008 roku sygn. KIO/UZP 874/08, wyrok z 30 lipca 2010 r. sygn. akt. KIO 1498/10 oraz wyrok z dnia 6 października 2010 r. sygn. akt KIO 2040/10, czy też orzecznictwo Sądów Okręgowych (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - sygn. V Ca 421/07).

Zwrócił uwagę, że również informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia mogą zostać utajniane bowiem doświadczenie wykonawcy jest informacją mającą istotną wartość gospodarczą i handlową bowiem stanowi dla wielu klientów podstawowe kryterium podejmowania decyzji o współpracy. Doświadczenie stanowi ponadto istotny składnik przedsiębiorstwa, decydujący w znacznej mierze o jego wartości. Część informacji o doświadczeniu firmy jest, oczywiście, szeroko udostępniana i ich wartość gospodarcza polega na ich powszechności. Są one dostępne dla każdego potencjalnego klienta (i nie tylko). Jednak część informacji dotyczących naszego doświadczenia (informacje, które zostały utajnione) stanowi wartość gospodarczą (potwierdza naszą wiarygodność) mimo, że nie są powszechnie dostępne. Podkreślił, iż wszystkie informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w treści złożonej oferty posiadają wartość gospodarczą, są nieujawnione do wiadomości publicznej jak również podjęto wobec nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności a więc spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie też wskazał, iż konieczność zapewnienia szczególnej poufności w zakresie danych Klientów, wielkości kontraktów oraz faktycznych realizacji jest szczególnie istotna także w obliczu działań podejmowanych w przeszłości przez Odwołującego.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzyma swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie, tj. CLS uzyskali przymiot uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego. W tym zakresie Izba uznała, że zostały wypełnione wszystkie wymogi formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, będąc jednocześnie wykonawcą sklasyfikowanym na drugiej pozycji rankingowej w postępowaniu, w wystarczający sposób wskazał swój uszczerbek z uzyskaniem zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 27 listopada 2012 r.

W zamieszczonej na stronie internetowej SIWZ Zamawiający w Rozdziale IV 1.1 SIWZ opisał warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, zaś w pkt 1.2 warunek dotyczący posiadanego potencjału kadrowego

Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu odbyło się w dniu 14 grudnia 2012 r.

W postępowaniu tym złożono dwie oferty – oferta złożona przez Odwołującego i przez Przystępującego. Obydwaj wykonawcy jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegli

dokumenty odnoszące się do spełniania zarówno warunku wiedzy i doświadczenia, jak i warunku dotyczącego potencjału kadrowego.

Zamawiający obydwu wykonawców wezwał do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w treści złożonych ofert (pisma Zamawiającego z dnia 21 grudnia 2012 r.). Obydwaj wykonawcy udzielili Zamawiającemu w tym zakresie stosownych wyjaśnień, podtrzymując swoje oświadczenia o utajnieniu części ofert (wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 grudnia 2012 r. i wyjaśnienia Przystępującego z dnia 27 grudnia 2012 r.)

Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2013 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego.

Wskazana czynność została zaskarżona w trybie odwołania aktualnie rozpoznawanego przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą podjętego w tej sprawie przez Izbę rozstrzygnięcia stanowił materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowej sprawie, w tym przede wszystkim dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego, jak też załączone do pisemnego stanowiska zaprezentowanego w sprawie przez Przystępującego (pismo z dnia 23 stycznia 2013 r.). Izba uwzględniła także pisemne i ustane stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika zaprezentowane w toku postępowania odwoławczego.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 Pzp, oddaliła w toku rozprawy wnioski dowodowe zgłoszone przez Odwołującego o przesłuchanie świadków pani S..... L..... oraz pani E..... Ś..... oraz o przesłuchanie pana P..... S..... w charakterze strony na okoliczności wskazane przez Odwołującego. Izba uznała, że fakty będące przedmiotem tez dowodowych zostały potwierdzone innymi dowodami, a przeprowadzenie tych dowodów prowadziłoby jedynie do zbędnej zwłoki.

Odnosząc się do zarzutu niespełniania przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący podnosząc ten zarzut odnosił się przede wszystkim do usług wykazanych przez Przystępującego w jawnej części wykazu usług załączonym do oferty. W tym zakresie jednak Zamawiający oświadczył, że podstawą uznania przez niego, że Przystępujący spełnia warunek wiedzy i doświadczenia były usługi wykazane przez Przystępującego w objętej

tajemnicą przedsiębiorstwa części zastrzeżonej wykazu usług. Izba ustaliła w tym zakresie, że w zastrzeżonym wykazie usług Przystępujący wskazał na trzy usługi zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych o wartości przekraczającej wymaganą w opisie warunku wartość usługi (900 000 brutto każda z tych usług), wykonanych w określonym okresie i odnoszącym się przedmiotowo do rodzaju i charakteru usług oczekiwanych przez Zamawiającego w opisie warunku. Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług Przystępujący załączył do swojej oferty dokumenty (referencje) potwierdzające ich należyte wykonanie. Przywoływane w treści odwołania jedynie domniemania Odwołującego o braku możliwości wykazania się wykonania wskazanych w opisie warunku usług oparte zasadniczo na tezie, że podobne zlecenia nie są możliwe do uzyskania poza sferą publicznoprawną, nie potwierdziły się. Z tych też względów Izba uznała, że warunek wiedzy i doświadczenia został spełniony przez Przystępującego.

Tym samym także nie potwierdził się w tym zakresie zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w treści oferty. Zarzut oparty jedynie na przypuszczeniach i domniemaniach Odwołującego, które nie znalazły żadnego oparcia w treści oferty nie znajduje uzasadnienia. Podkreślenia ponadto wymaga okoliczność, iż – zdaniem Izby – dla stwierdzenia w ofercie wykonawcy składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest wystarczające wykazanie, że określone w przedstawionym przez wykonawcę wykazie usług doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ. W takim przypadku co do zasady wykazywane może być nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu (nieudowodnienie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę), a nie podanie nieprawdziwych informacji. Podanie nieprawdziwych informacji wiąże się bowiem ze świadomym wskazaniem przez wykonawcę informacji odbiegających od rzeczywistości, które miały na celu wprowadzenie w błąd przez wykonawcę zamawiającego w celu uzyskania konkretnego zamówienia publicznego.

Bez znaczenia także pozostają informacje czy mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami w tym postępowaniu w zakresie wykazanych w części jawnej wykazu usług Przystępującego, skoro nie były one brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak ewentualnego wpływu tych informacji na wynik postępowania)

Co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych informacji Izba uznała, że wypełnione w tym zakresie zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. zastrzeżona informacja ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i tym samym posiada wartość gospodarczą dla

przedsiębiorcy, nie został ujawniona do wiadomości publicznej i podjęto wobec niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności. W tym przedmiocie stosowne wyjaśnienia złożył na wezwanie Zamawiającego sam Przystępujący.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego wskazanego przez Przystępującego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Konstrukcja rzutu odwołania w tym zakresie opiera się również na domniemaniach Odwołującego wynikających z przypuszczenia, że w ofercie Przystępującego wykorzystany był ten sam – przynajmniej w odniesieniu do kilku osób – potencjał kadrowy, z którego również skorzystał w swojej ofercie Odwołujący, podczas gdy w odniesieniu do tych osób Odwołujący korzystał z prawa wyłączności dysponowania nimi. Odwołujący nawet w treści odwołania wymienił określone osoby, które według jego wiedzy znalazły się w ofercie Przystępującego w zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazie osób. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przedłożył również w toku rozprawy określonej treści wyjaśnienia złożone przez dwie osoby (panią S..... L..... i Panią E..... Ś.....) ujęte – w jego ocenie – w wykazie osób załączonym do oferty Przystępującego.

Izba, opierając się wyłącznie na oświadczeniach złożonych samodzielnie w toku postępowania odwoławczego, tak przez Przystępującego, jak i Odwołującego, stwierdziła, że w ofertach tych dwóch podmiotów z pewnością powielone zostały dwie osoby z wymaganego przez Zamawiającego wykazu osób, tj. Pani S..... L..... i Pani E..... Ś..... Okoliczność tę potwierdził Przystępujący w treści swojego pisma procesowego, jak i w toku rozprawy do protokołu, zaś Odwołujący w samej treści odwołania. Uwzględniając tę okoliczność, Izba stwierdziła, że zarzut niespełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego w ofercie Przystępującego nie potwierdził się. Dokonując oceny zastrzeżonej części oferty Przystępującego w oparciu o opis warunku udziału w postępowaniu Izba uznała, że nie dopuszczając nawet do oceny spełniania warunku jednej osoby - Pani S..... L....., której oświadczenie przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego podważa możliwość udostępniania się przez wskazaną osobę Przystępującemu najpóźniej na dzień składania ofert, Przystępujący potwierdził w oparciu o innych tłumaczy wykazanych w wykazie osób spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu. Z przedłożonego Izbie dowodu – oświadczenia Pani S..... L..... złożonego w dniu 24 stycznia 2013 r. - wynika, że ze wskazaną osobą nikt z Konsorcjum CLS nie kontaktował się w sprawie udostępniania potencjału kadrowego przed dniem 14 grudnia 2012 r. tj. przed dniem składania ofert. Wskazana osoba oświadczyła, że przed tą datą nie udostępniała Przystępującemu żadnych zasobów do przedmiotowego postępowania, zaś złożone przez nią oświadczenie, noszące

datę 13 grudnia 2012 r., zostało przez nią *de facto* podpisane w dniu 20 grudnia 2012 r. a więc po dniu upływu terminu składania ofert. Oświadczenie o podpisaniu treści oświadczenia dla Konsorcjum CLS w dniu 20 grudnia 2012 r. z datą 13 grudnia 2012 r. potwierdza także korespondencja mailowa prowadzona w tej sprawie ze wskazaną osobą w imieniu Konsorcjum CLS przez Panią M..... F..... Korespondencja ta również została przedłożona do akt sprawy przez Odwołującego. Powyższe stanowi dowód potwierdzający okoliczność, że Przystępujący na dzień upływu terminu składania ofert nie dysponował wskazaną w treści swojej oferty osobą, stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Dowód ten nie został w żaden sposób obalony przez Przystępującego. W ocenie Izby powyższe jednak nie może stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania (ewentualnie wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) z racji niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i z powodu podnoszonego w tym zakresie przez Odwołującego zarzutu nieprawdziwych informacji. Izba bowiem, dokonując oceny treści oferty Przystępującego w jej zastrzeżonej części ustaliła, że wykazana tam ilość tłumaczy, nie uwzględniając tłumacza Pani S..... L....., jest wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia warunku potencjału kadrowego opisanego w Rozdziale IV w pkt 1.2 SIWZ. Tym samym zatem zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji również nie potwierdził się bowiem okoliczność spełnienia przez pozostały personel wskazany w wykazie osób przez Przystępującego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem powyższa informacja nie może mieć wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunek co do potencjału kadrowego. Nie znalazła zatem wypełnienia w tym zakresie druga przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. nie potwierdziło się, aby informacja o dysponowaniu przez Przystępującego na dzień składania ofert określoną osobą (panią S..... L.....) jako nieprawdziwa informacja miała wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do drugiego z dowodów – przedłożonych przez Odwołującego, a mianowicie wyjaśnienia (oświadczenia) Pani E..... Ś..... z dnia 24 stycznia 2013 r. złożonego wraz z korespondencją mailową prowadzoną w imieniu Konsorcjum CLS z Panią M..... F....., Izba stwierdziła, że dowód ten potwierdza jedynie, że wskazana osoba podpisała oświadczenie na rzecz Konsorcjum CLS o oddaniu siebie jako potencjału podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (zobowiązanie podmiotu) w dniu 18 stycznia 2013 r. –

oświadczenie sygnowane datą 13 grudnia 2012 r. Podpisanie przez Panią E..... Ś..... w dniu 18 stycznia 2013 r. oświadczenia o oddaniu siebie do dyspozycji Konsorcjum CLS z datą 13 grudnia 2012 r. nie mogło być przez Izbę ocenione negatywnie dla Przystępującego z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu, czy też potwierdzenia nieprawdziwych informacji w treści oferty Konsorcjum CLS. Przedmiotowy dokument – zobowiązanie podmiotu trzeciego – nie był wymagany w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dysponowanie określonymi osobami w ramach potencjału kadrowego miało bowiem charakter bezpośredni. Ponadto w przypadku Pani E..... Ś..... przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia i korespondencja mailowa nie wskazują, że osoba ta nie obiecała Konsorcjum CLS „oddania siebie” (swojego potencjału) w sposób bezpośredni w ramach niniejszego postępowania. Treść złożonych przez Panią E..... Ś..... wyjaśnień nie potwierdza – jak to było w przypadku Pani S..... L..... – braku kontaktu przed upływem terminu składania ofert co do oddania potencjału kadrowego Konsorcjum CLS. Wręcz przeciwnie korespondencja mailowa wskazanej osoby potwierdza, że w grudniu taki kontakt miał miejsce. Powyższe byłoby wystarczające dla potwierdzenia możliwości dysponowania przez Przystępującego na dzień składania ofert wskazaną osobą. Złożenia przez tę osobę późniejszego pisemnego oświadczenia w tym przedmiocie może mieć charakter potwierdzenia wcześniejszych zobowiązań ustnych przekazanych w tym zakresie Konsorcjum CLS.

Tym samym zatem w tym zakresie nie możemy mówić o braku wykazania spełniania warunku dotyczącego potencjału kadrowego przez Przystępującego, czy też podaniu nieprawdziwych informacji w treści oferty.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego o dysponowaniu na wyłączność przez Odwołującego określonymi osobami wskazanymi tak w treści oferty Odwołującego, jak i Przystępującego Izba uznała, że powyższe nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Przystępującego. W ocenie Izby powyższe może mieć znaczenie dla oceny stosunków pomiędzy wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, a osobami, które złożyły wykonawcy zobowiązania na zasadzie wyłączności, czy też w trybie ewentualnego, odrębnego postępowania prowadzonego w tym zakresie w wyniku zawiadomienia o podejrzeniu przestępstwa, skierowanego w tej sprawie przez Odwołującego do Prokuratury Rejonowej Warszawa – Śródmieście. Powyższe nie ma znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy określone osoby „udostępniły się” jednocześnie dwóm wykonawcom ubiegającym się o to samo zamówienie publiczne, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść oferty tego wykonawcy (Przystępującego), jak również choćby z uwagi na

fakt, że określone zamówienie publiczne i tak będzie wykonywał jeden z wykonawców, a nie obaj równocześnie, tak więc spełnienie świadczenia będzie zapewnione przez odpowiednią ilość wymaganego personelu. Podkreślenia jednak wymaga w tym zakresie także ta okoliczność, że Izba, dokonując oceny oświadczeń (listów intencyjnych) w ofercie Odwołującego, stwierdziła, że odnoszą się one do samego wykonywania usług tłumaczenia a nie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze potencjału kadrowego na zasadzie wyłączności, co zresztą upublicznił sam Odwołujący w toku rozprawy, cytując fragment listu intencyjnego załączonego do swojej oferty w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu nie odtajnienia przez Zamawiającego części oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa co do wykazu osób Izba uznała, że biorąc pod uwagę okoliczności faktycznie niniejszej sprawy, zarzut nie potwierdził się. Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze szczególną sytuacją, która wskazuje na zaostrzoną walkę konkurencyjną istniejącą pomiędzy dwoma podmiotami ubiegającymi się o ten rodzaj zamówień u tego konkretnego Zamawiającego. W tym zakresie, jak oświadczył w toku rozprawy sam Zamawiający, od kilku lat na ten sam przedmiot zamówienia zarówno Odwołujący jak i Przystępujący składają swoje oferty tocząc zaciętą walkę konkurencyjną. Powyższe potwierdza, że zakres usług objętych przedmiotem zamówienia, biorąc pod uwagę ich charakter, jak i wielkość, wskazuje na ograniczoną konkurencję na tym rynku usług. Powyższe z kolei wskazuje na to, że potencjał kadrowy wykazywany w ofertach tych dwóch wykonawców może stanowić informacji o charakterze organizacyjnym o istotnym walorze wartości gospodarczej. Wykorzystanie określonego potencjału w ofertach wykonawców – jak wykazało również niniejsze postępowanie odwoławcze i zarzuty w tym zakresie stawiane przez Odwołującego - stanowi istotny walor konkretności każdej z ofert złożonych w postępowaniu. Zastrzeżeniu w tym zakresie podlegały zarówno wykaz osób załączony do oferty Przystępującego, jak i wykaz osób załączony do oferty Odwołującego, co potwierdza istotność dla wykonawców wskazanych informacji z punktu widzenia konkurencyjności tych ofert oraz możliwości uzyskania współpracy z określoną grupą osób. Powyższe, zdaniem Izby, w tej sprawie potwierdza, że brak było podstaw do podejmowania przez Zamawiającego działań polegających na odtajnieniu wykazu osób zamieszczonego w ofercie Przystępującego. Fakt odtajnienia informacji przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego co do danych osobowych (imię i nazwisko) kilku osób, które wskazał on w treści wskazanego wykazu osób nie ma znaczenia dla skuteczności utajnienia wykazu kilkudziesięciu osób w wykazie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnoszą się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Podstawą stawianego w tym zakresie zarzutu jest wykazywanie przez Odwołującego, że Przystępujący podając nieprawdziwe informacje w treści oferty co do wykazywanego doświadczenia, jak też dysponowania określonym potencjałem kadrowym oraz ustalając części swojej oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- podał nieprawdzie bądź wprowadzające w błąd informacje o swoim przedsiębiorstwie celem przysporzenia sobie korzyści polegającej na uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego (art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji),
- utrudnił innemu przedsiębiorcy, tj. Odwołującemu dostęp do rynku tłumaczeń u Zamawiającego poprzez działanie mające na celu wymuszenie na kliencie wyboru określonego przedsiębiorcy (Przystępującego) (art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji);
- zagrożenie interesowi innemu przedsiębiorcy (Odwołującemu) poprzez działania niegodne z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Podstawy faktyczne stawianego w tym zakresie przez Odwołującego zarzutu, jak i przywołane przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zasługują – zdaniem Izby – na uwzględnienie. Odwołujący, zdaniem Izby, nie wykazał w tym zakresie żadnych nieuczciwych praktyk po stronie Przystępującego, a jedynie walkę konkurencyjną i skorzystanie z dyspozycji określonych przepisów ustawy Pzp i określonych możliwości technicznych i organizacyjnych służących wykazaniu się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w walce konkurencyjnej o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, z których to możliwości również na podobnych zasadach skorzystał Odwołujący. Tym samym zatem przywołany zarzut nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z racji nie przedłożenia wymaganego w § 3 wskazanego rozporządzenia rachunku potwierdzającego poniesienie przedmiotowych kosztów przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....