

Sygn. akt: KIO 360/12

WYROK
z dnia 1 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska
	Renata Tubisz
Protokolant:	Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 r. przez wykonawcę **BULL Polska Spółka z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa - Minister Finansów, Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** reprezentowanego przez **Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, Izba Celną w Krakowie, Al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2” (znak 350000-ILGW-253-182/2011).

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **17 460 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **BULL Polska Spółka z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BULL Polska Spółka z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Odwołującego - **BULL Polska Spółka z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** na rzecz Zamawiającego – **Skarb Państwa - Minister Finansów, Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** reprezentowanego przez **Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, Izba Celna w Krakowie, Al. Krasieńskiego 11B, 31-111 Kraków** kwotę **2 460 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych i zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 1 marca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 360/12

Zamawiający – Minister Finansów, Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, Izba Celną w Krakowie, Al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2” (znak 350000-ILGW-253-182/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21.12.2011 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

W dniu 23.12.2011 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 247-401470.

W dniu **10.02.2012 r.** Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ.

Na powyższą czynność w dniu **20.02.2012 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodność z ustawą czynności (względnie zaniechań) tego ostatniego polegających na:

1. dokonaniu zmiany treści SIWZ w części dotyczącej załącznika nr 7 do SIWZ - w zakresie § 11 pkt 7a oraz § 15 Istotnych Postanowień Umowy (zwanym dalej "IPU") - w sposób powodujący nierówne traktowanie wykonawców i ograniczenie konkurencji, obejście przepisów Pzp w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (wymogu proporcjonalności do przedmiotu zamówienia), a zarazem obejście nakazu dokonania zmiany SIWZ wynikającego z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 20/12., ponadto powodujący że IPU stoją w sprzeczności z naturą stosunku który ma być zawiązany między Zamawiającym i wykonawcą wyłonionym w przetargu oraz zasadami współżycia społecznego;

2. zaniechaniu dokonania zmiany treści SIWZ w części dotyczącej określenia terminów przewidzianych dla realizacji poszczególnych faz realizacji zamówienia, w szczególności Fazy II.1 - Opracowanie Specyfikacji Wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych), pomimo zmiany terminu składania ofert, przez co wykonanie świadczenia stanowiącego przedmiot postępowania stało się obiektywnie niemożliwe.

Wskutek powyższego, w ocenie Odwołującego, w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 4, art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp oraz art. 353¹, art. 387 i art. 483 k.c. a także inne przepisy powołane w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W wyniku naruszenia przepisów Pzp uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem Odwołujący jako podmiot posiadający kadrę o międzynarodowym doświadczeniu, złożoną z osób posługujących się językiem angielskim, znalazł się w nierównej pozycji konkurencyjnej i został potraktowany gorzej niż wykonawcy wywodzący się z Polski. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę polegającą utracie możliwości pozyskania zamówienia i osiągnięcia zysku z tytułu należytego wykonania umowy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany treści SIWZ z dnia 10.02.2012 r., alternatywnie nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ poprzez:

- wykreślenie z §11 pkt 7a w całości;
- zmianę §15 w następujący sposób:
 - w pkt 7 - wykreślenie zwrotu „(przy czym przez biegłą znajomość języka polskiego rozumie się posługiwanie się językiem polskim jako językiem ojczystym lub też znajomość tego języka na poziomie C2 zgodnie ze skalą biegłości językowej określonej przez Radę Europy)” oraz zwrotu „(...) który będzie posiadał kwalifikacje opisane w pkt 11 poniżej i który przetłumaczy rozmowę/korespondencję pomiędzy taką osobą/osobami a Zamawiającym”
 - w pkt 8 - wykreślenie zwrotu „(...) oraz sporządzone przez osobę biegłą posługującą się językiem polskim, (przy czym przez biegłą znajomość języka polskiego rozumie się posługiwanie się językiem polskim jako językiem ojczystym lub też znajomość tego języka na poziomie C2 zgodnie ze skalą biegłości językowej określonej przez Radę Europy)”;
 - w pkt. 9 - wykreślenie w drugim zdaniu zwrotu „(...) który będzie posiadał kwalifikacje opisane w pkt 11 poniżej.”
 - w pkt. 11 - wykreślenie całej zawartości punktu od użytego po raz pierwszy zwrotu „a ponadto (...)”
 - w pkt. 12 - wykreślenie ppkt b) w całości;

- wykreślenie pkt. 13 w całości;
- w pkt. 15 - wykreślenie zwrotu „lub stylistyczne”;
- wykreślenie pkt. 16 w całości;
- nadanie pkt. 18 brzmienia - „W przypadku nienależytego wykonania tłumaczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu przysługuje prawo żądania należytego wykonania tłumaczenia w wyznaczonym terminie, a po jego bezskutecznym upływie zlecenie wykonania tłumaczenia na koszt Wykonawcy;
- w pkt. 19 - zmianę ppkt. b) poprzez wykreślenie słów „stylistyczne”, „edytorskie”, „ortograficzne”;
- wykreślenie punktu 20 w całości;

3) Zmianę terminu wykonania Fazy II.1 - Opracowanie Specyfikacji Wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych) na 3 miesiące od daty zawarcia umowy.

Odwołujący wskazał, że informacja o zmianie treści SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej www.krakow.ic.gov.pl w dniu 10 lutego 2012 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy został dotrzymany.

I. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, iż wyrokiem z dnia 18 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 20/12) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła poprzednie odwołanie wniesione w niniejszym Postępowaniu przez Bull Polska Sp. z o. o. W odniesieniu do zarzutu nieproporcjonalności wymogu znajomości i biegłej znajomości języka polskiego w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział V ust. 6 SIWZ oraz pkt III.2.3) ogłoszenia zamówieniu), Izba uznała, że "wymóg ten w niniejszym przypadku jest nieproporcjonalny i, zdaniem Izby, nie zapewni Zamawiającemu osiągnięcia założonego, wskazanego podczas rozprawy celu". W uzasadnieniu wyroku Izby wskazano, że "Z jednej strony co prawda znajomość języka polskiego przez najważniejszy personel zaangażowany w projekt jest ułatwieniem dla Zamawiającego, jasne jest też, że usprawnia zrozumienie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Jednak z drugiej strony wymóg taki, jeśli owa znajomość języka ma być biegła lub realna, de facto oznacza konieczność zaangażowania Polaków, co z kolei jest oczywistym utrudnieniem udziału w postępowaniu podmiotów

zagranicznych, a więc może zostać poczytane za postanowienie pośrednio utrudniające swobodę przepływu usług pomiędzy państwami UE. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest projekt z dziedziny informatyki, która ze swojej natury charakteryzuje się dużą internacjonalnością, między innymi ze względu na pewną uniwersalność języków programowania i umiejętności informatyków. (...) To, że z Zamawiającym należy porozumiewać się w języku polskim, sporządzać dokumenty w tym języku i takimi dokumentami się posługiwać, jest odrębną kwestią od koniecznej osobistej znajomości tego języka przez personel danego wykonawcy, a ustawa o języku polskim nie stanowi przeszkody w korzystaniu z usługą lub zatrudnianiu cudzoziemców. Brak znajomości języka polskiego przez czołowy personel rzeczywiście może wykonawcy utrudnić realizację zamówienia ze względu na konieczność ich tłumaczenia, choć trudno od razu zakładać, że na pewno ją opóźni i z tego powodu takiego wykonawcę dyskredytować, natomiast koszty tłumaczeń i ich skalkulowanie w cenie oferty są już problemem dotyczącym wykonawcy i konkurencyjności jego oferty".

Odwołujący podniósł, że uwzględniając odwołanie Izba nakazała Zamawiającemu zmianę treści SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (rozdział V pkt 6 ppkt 1 i 2 SIWZ) poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego «biegłego władania językiem polskim» oraz «znajomości języka polskiego».

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 6 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował, że w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012r., sygn. KIO 20/12 modyfikuje SIWZ, m. in. poprzez wykreślenie w rozdziale V pkt. 6 SIWZ (warunek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia) wymogu dotyczącego «biegłego władania językiem polskim» oraz «znajomości języka polskiego» przez osoby, którymi wykonawca dysponuje przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że w powyższym zakresie Zamawiający dokonał czynności nakazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

II. W zakresie zmiana treści Załącznika nr 7 do SIWZ - Istotne Postanowienia Umowy Odwołujący podniósł, że z kolei pismem z dnia 10 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował o następnej modyfikacji treści SIWZ, tym razem w zakresie Załącznika nr 7 do SIWZ - IPU, gdzie zmieniono brzmienie § 15 [Postanowienia końcowe] oraz dodano pkt 7a w § 11 [Kary umowne]. Jako podstawę czynności Zamawiającego wskazano art. 38 ust. 4 Pzp, powołując się przy tym na wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt 20/12.

W ocenie Odwołującego powyższe zmiany sprowadzają się do rozszerzenia obostrzeń związanych z używaniem przez Wykonawcę języka polskiego w kontaktach z

Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że w pierwotnym tekście IPU § 15 obejmował osiem punktów, z czego jedynie pkt 5 dotyczył kwestii językowych. Brzmiał on następująco: "Strony komunikują się w języku polskim, przy czym dopuszcza się używanie w oświadczeniach, ofertach oraz innych dokumentach określeń obcojęzycznych w zakresie określonym w art. 11 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 224). Strony Umowy podejmą w dobrej wierze wysiłek w celu rozwiązania wszelkich sporów powstałych pomiędzy stronami, które wynikły w związku z realizacją Umowy i/lub jej interpretacją. O ile rozwiązanie sporu nie powiedzie się, zostanie on poddany pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego właściwego dla siedziby Izby Celnej w Krakowie".

Jak wskazał Odwołujący po opublikowaniu w dniu 10 lutego 2012 r. informacji o zmianie treści SIWZ okazało się, że objętość § 15 IPU wzrosła do dwudziestu sześciu punktów, gdzie przede wszystkim drobiazgowo uregulowano następujące kwestie:

1. Posługiwania się językiem polskim (pkt 5 i 6);
2. Komunikowania się Wykonawcy z Zamawiającym w języku polskim przez osoby władające językiem polskim w stopniu biegłym, przez co należy rozumieć osoby, dla których język polski jest językiem ojczystym lub osoby posiadające znajomość tego języka na poziomie C2 zgodnie ze skalą biegłości językowej określoną przez Radę Europy (pkt 7, 8 i 9), co dotyczy również wszelkiej korespondencji między stronami oraz dokumentacji przekazywanej Zamawiającemu w związku z wykonywaniem umowy przez Wykonawcę;
3. Zapewnienie udziału tłumacza w komunikacji między stronami, posiadającego określone kwalifikacje i doświadczenie (pkt 7, 9, 10 i 11);

W zakresie kwalifikacji zawodowych i doświadczenia tłumaczy "Zamawiający wymaga, aby tłumaczenie było dokonane przez osobę posiadającą tytuł magistra filologii języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonane na język polski lub tytuł tłumacza przysięgłego języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonane na język polski lub kwalifikacje dotyczące znajomości języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonane na język polski poświadczone dokumentem wystawionym przez jednostkę certyfikującą przeprowadzającą egzaminy językowe oraz wydającą zaświadczenia o znajomości języka, stwierdzającym znajomość danego języka na poziomie C2 - zgodnie ze skalą biegłości określoną przez Radę Europy, a ponadto, w przypadku tłumaczeń pisemnych osobę:

- a) posiadającą kwalifikacje wymienione w pkt 11 powyżej oraz co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach pisemnych, tj. osobę, która tłumaczyła po uzyskaniu kwalifikacji wymienionych w pkt 11 powyżej co najmniej 2000 stron (każda min. 1125

znaków) z języka, z którego dokonywane będą tłumaczenia w ramach Umowy na język polski i jest w stanie to udokumentować oraz

b), która dokonała co najmniej 5 tłumaczeń, z których każde obejmuje co najmniej 20 stron (każda min. 1125 znaków) z zakresu objętego przedmiotem niniejszej Umowy tj. z zakresu księgowo-finansowego lub z zakresu informatyki oraz przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo- księgowej a ponadto, w przypadku tłumaczeń ustnych osobę:

c) posiadającą kwalifikacje wymienione w pkt 11 powyżej oraz co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach ustnych tj. osobę, która posiada dwuletnie doświadczenie liczone od uzyskania kwalifikacji wymienionych w pkt 11 powyżej w tłumaczeniach ustnych symultanicznych i konsekutywnych, w trakcie którego taka osoba dokonała tłumaczenia min. 10 spotkań i jest w stanie to udokumentować,

d) która dokonała co najmniej 5 tłumaczeń spotkań, dotyczących zakresu objętego przedmiotem niniejszej Umowy tj. z zakresu księgowo-finansowego lub z zakresu informatyki oraz przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo-księgowej.";

Odwołujący wskazał, iż w § 15 IPU określono wymagania dotyczące przedstawienia Zamawiającemu przed zawarciem umowy imiennej listy tłumaczy, z których Wykonawca zamierza korzystać w ramach wykonywania umowy wraz z przedstawieniem na żądanie Zamawiającego dokumentacji potwierdzającej spełnienie przez tłumaczy wymagań wymienionych w pkt 11 dotyczących kwalifikacji zawodowych i doświadczenia (pkt 12 lit. b) oraz procedurę zmiany tłumaczy, którymi posługuje się wykonawca (pkt 13). Wskazał ponadto na uregulowania odnoszące się do zasady odpowiedzialności Wykonawcy za działania tłumaczy, z pomocy których korzysta w wykonywaniu umowy (pkt. 15 i 16) w tym odpowiedzialności odszkodowawczej w oparciu o kary umowne, kwestii sporów interpretacyjnych, kosztów związanych z tłumaczeniami itd. (pkt 18,19, 20).

Podniósł również, że z kolei w § 11 IPU dodano pkt 7a rozszerzający katalog kar umownych, jakich zapłaty może żądać Zamawiający od Wykonawcy. Zgodnie z brzmieniem nowego § 11 pkt 7a IPU: "W przypadku nienależytego wykonania tłumaczenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1,000,00 zł za każde nienależycie wykonane tłumaczenie, niezależnie o tego czy jest to tłumaczenie pisemne, czy ustne".

III. W zakresie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku zmiany treści Załącznika nr 7 do SIWZ – IPU Odwołujący podniósł, że w wyniku dokonanej w dniu 10 lutego 2012 r. zmiany treści SIWZ doszło po raz kolejny do

naruszenia podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynność dokonana przez Zamawiającego spowodowała de facto powstanie skutków sprzecznych z wyrokiem KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 20/12, gdzie Izba nakazała Zamawiającemu usunięcie z SIWZ postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu, które naruszały zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 i 3 Pzp) oraz zasadę proporcjonalności i związania z przedmiotem zamówienia (art. 22 ust. 1 i 4 Pzp).

W ocenie Odwołującego zmodyfikowane w dniu 10 lutego 2012 r. postanowienia IPU, choć nie odnoszą się wprost do warunków udziału w postępowaniu, to faktycznie powodują, że część wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu (w tym również Odwołujący korzystający z kadry o międzynarodowym pochodzeniu) znajduje się w gorszej pozycji konkurencyjnej niż wykonawcy krajowi, posługujący się w przeważającej większości obywatelami Polski, a więc osobami władającymi biegle językiem polskim w rozumieniu § 15 pkt 5 i 6 IPU.

W ocenie Odwołującego naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. w niniejszej sprawie, poprzez zmianę treści SIWZ w zakresie Załącznika nr 7 do SIWZ należy rozpatrywać wielowątkowo.

1. Odwołujący wskazał, że przekroczeniem swobody Zamawiającego w kształtowaniu przyszłego stosunku umownego (art. 353¹ k.c.), sprzecznym z zasadami poszanowania konkurencji i równego traktowania wykonawców jest ustalenie w treści § 15 pkt 7 i 8 IPU sposobu rozumienia pojęcia "posługiwania się językiem polskim w stopniu biegłym". Interpretacja ww. postanowień SIWZ wskazuje, że w rozumieniu Zamawiającego językiem polskim biegle posługują się dwie kategorie osób: a) osoby, dla których język polski jest językiem ojczystym, a także b) osoby posiadające znajomość języka polskiego na poziomie C2, zgodnie ze skalą biegłości językowej określoną przez Radę Europy.

W ocenie Odwołującego powyższe rozważania pozwalają stwierdzić, że Zamawiający ogranicza dostęp do zamówienia Wykonawcom, którzy podczas wykonywania umowy zamierzają komunikować się z Zamawiającym w języku polskim, jednakże przy wykorzystaniu osób nie dysponujących znajomością języka polskiego "w stopniu biegłym", w znaczeniu, jakie nadał temu pojęciu Zamawiający w treści § 15 pkt 7 i 8 IPU. Zamawiający nie wyjaśnił przyczyn, dla których odmawia biegłej znajomości języka polskiego osobom, dla których język polski nie jest językiem ojczystym oraz posiadającym znajomość języka polskiego na poziomie innym niż C2, zgodnie ze skalą biegłości językowej określoną przez Radę Europy.

Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił, kogo należy rozumieć pod pojęciem "osoby posługującej się językiem polskim jako językiem ojczystym". Nie jest jasne, czy chodzi tutaj o obywateli Polski, czy też o osoby urodzone na terytorium RP, czy też o osoby pochodzenia polskiego zamieszkałe za granicą. Wykonawca dysponując szeroką kadrą osób urodzonych w różnych częściach świata, w tym na terytorium RP, lecz mieszkających i pracujących przez całe życie za granicą nie jest w stanie ocenić, czy biegłość językowa tych osób zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego. Z punktu widzenia Wykonawcy nie sposób jednoznacznie ocenić (z czym wiąże się kalkulacja ceny ofert) zakresu konieczności sięgania po pomoc tłumacza, co może być konieczne w pewnych sytuacjach określonych w § 15 pkt 7 i 8 IPU.

Zdaniem Odwołującego nie ma podstaw aby osoby posiadające znajomość języka polskiego na innym poziomie niż C2 traktowane były gorzej niż osoby posiadające taką znajomość. Przykładowo Osoba posługująca się językiem na poziomie C1 "rozumie szeroki zakres trudnych, dłuższych tekstów, dostrzegając także znaczenia ukryte, wyrażone pośrednio. Potrafi się wypowiadać płynnie, spontanicznie, bez większego trudu odnajdując właściwe sformułowania. Skutecznie i swobodnie potrafi posługiwać się językiem w kontaktach towarzyskich i społecznych, edukacyjnych bądź zawodowych. Potrafi formułować jasne, dobrze zbudowane, szczegółowe, dotyczące złożonych problemów wypowiedzi ustne lub pisemne, sprawnie i właściwie posługując się regułami organizacji wypowiedzi, łącznikami, wskaźnikami zespolenia tekstu." (Europejski System Opisu Kształcenia Językowego wg. Rady Europy). Wykonawca współpracując z osobami niebędącymi obywatelami Polski, jednak posiadającymi umiejętność biegłego posługiwania się językiem polskim, potwierdzoną stosownym certyfikatem, np. na poziomie C1, będzie zmuszony skorzystać z pomocy tłumacza, choć w praktyce umiejętności językowe jego kadry będą pozwalały na pełne zrozumienie się z przedstawicielami Zamawiającego.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, wymagania wprowadzone do treści SIWZ w § 15 pkt 7 i 8 IPU powodują, że Wykonawca, w trakcie wykonywania zamówienia, zmuszony jest posłużyć się w kontaktach z Zamawiającym wyłącznie osobami, dla których język polski jest językiem ojczystym (co jest pojęciem nieostrym) lub osobami posiadającymi znajomość języka polskiego na poziomie C2, zgodnie ze skalą biegłości językowej określoną przez Radę Europy (co nie koniecznie decyduje o uznaniu biegłości językowej konkretnej osoby). Takie ukształtowanie treści Załącznika nr 7 do SIWZ, który co prawda nie odnosi się bezpośrednio do warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne z punktu widzenia zasad proporcjonalności oraz związania z przedmiotem zamówienia, gdyż pośrednio utrudnia udział w postępowaniu części Wykonawców, szczególnie pochodzącym z innych państwa członkowskich Unii Europejskiej (swobodny przepływ osób i usług).

Po drugie - co należy powiązać z wcześniejszymi rozważaniami - biegła znajomość języka polskiego (jakkolwiek rozumiana), zdaniem Odwołującego, nie ma znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem. Dla należytego spełnienia świadczenia po stronie Wykonawcy kluczowe znaczenie ma bowiem znajomość technologii informatycznych i formalnych języków programistycznych przez osoby biorące udział w wykonaniu zamówienia. Odwołujący przypomina stanowisko, jakie zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2011 r. (sygn. akt: KIO 1549, 1569/11), zgodnie z którym: "Uniwersalnym językiem porozumiewania się w informatyce jest natomiast język angielski. To właśnie znajomość angielskiej terminologii technologii informatycznych i umiejętność pracy z nią w języku angielskim decyduje nie tylko o powodzeniu informatyka w karierze zawodowej i przyczynia się do sukcesu firmy informatycznej w kraju i na świecie, ale także o powodzeniu i uniwersalności stworzonego przez nią systemu. A ponieważ informatycy stanowią jedną z najbardziej hermetycznych społeczności, posługujących się własnym specyficznym językiem ograniczenie zespołu zaangażowanego w realizację przedmiotowego zamówienia, w skład którego wchodzić będzie przede wszystkim grupa informatyków, do osób posługujących się językiem polskim przy realizacji przedmiotowego zamówienia jest nieuzasadnione z punktu widzenia realizacji zamówienia".

W tym samym orzeczeniu Izba wyjaśniła również, że: "Język polski w zakresie terminologii informatycznych posługuje się bowiem także terminologią zapożyczoną z języka angielskiego. Uniwersalność rozwiązań, jak i terminologii języka informatycznego możliwym więc czyni prawidłową realizację zamówienia przy zaangażowaniu do jego realizacji osób, które nie deklarują biegłej znajomości języka polskiego".

Powyższe stanowisko znalazło odbicie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt 20/12, dotyczącym przedmiotowego postępowania: "To, że z Zamawiającym należy porozumiewać się w języku polskim, sporządzać dokumenty w tym języku i takimi dokumentami się posługiwać, jest odrębna kwestia od koniecznej osobistej znajomości tego języka przez personel danego wykonawcy, a ustawa o języku polskim nie stanowi przeszkody w korzystaniu z usług lub zatrudnianiu cudzoziemców".

Przechodząc dalej, Odwołujący wskazał, że wymogi stawiane tłumaczom w § 15 pkt 11 IPU wykraczają poza ustawowe uprawnienia Zamawiającego w zakresie określenia sposobu wykonywania zamówienia, przez co naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest świadczenie usług z zakresu tłumaczeń, w związku z czym krytycznie należy odnieść się do warunków w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, jakie posiadać muszą tłumacze wspomagający komunikowanie się Wykonawcy z Zamawiającym. Warunki te wpleciono do Istotnych Postanowień Umowy, jednak w istocie stanowią one nowy element warunków

udziału w postępowaniu. Świadczy o tym drobiazgowość, z jaką Zamawiający określił katalogowych wymagań oraz fakt, że nie przewidziano od nich żadnych wyjątków. Warunki określone w § 15 pkt 11 IPU wraz z obostrzeniami dotyczącymi prowadzenia imiennej listy tłumaczy (§ 15 pkt 12 lit b i § 15 pkt 13 IPU) powodują, że uszczerbku doznają kluczowe zasady rządzące systemem zamówień publicznych. Nie chodzi tutaj wyłącznie o ewidentne naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, ale również o zamach na zasadę proporcjonalnego i związanego z przedmiotem zamówienia kształtowania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej części uzasadnienia odwołania zostało wskazane, że specyfika czynności podjętej przez Zamawiającego w dniu 10 lutego 2012 r. powoduje, że skład orzekający musi zmierzyć się w przedmiotowym postępowaniu z oceną podjętej przez Zamawiającego próby zakamufłowania naruszeń art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 22 ust. 1 i 4 Pzp pod pozorem modyfikowania Istotnych Postanowień Umowy. Nie inaczej należy nazwać wprowadzenie do § 15 pkt 11 IPU wymagań dotyczących kwalifikacji czy doświadczenia zawodowego tłumaczy.

W szczególności zdumiewające jest oczekiwanie, że tłumacze ci - poza określonymi w § 15 pkt 11 IPU kwalifikacjami - posiadać będą co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach pisemnych, licząc od uzyskania kwalifikacji wymienionych w § 15 pkt 11 IPU, tj. tłumaczenie co najmniej 2000 stron (każda min. 1125 znaków) w tym 5 tłumaczeń, z których każde obejmuje co najmniej 20 stron (każda min. 1125 znaków) z zakresu księgowo-finansowego lub z zakresu informatyki oraz przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo-księgowej (w przypadku tłumaczeń pisemnych). Ponadto, w przypadku tłumaczeń ustnych wymagani są tłumacze posiadający kwalifikacje wymienione w § 15 pkt 11 IPU oraz co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach ustnych liczone od uzyskania ww. kwalifikacji, tj. w tłumaczeniach ustnych symultanicznych i konsekwentnych, z tym że wymagane jest doświadczenie w dokonaniu tłumaczenia min. 10 spotkań oraz co najmniej 5 tłumaczeń spotkań z zakresu księgowo-finansowego lub z zakresu informatyki, w tym przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo-księgowej.

W ocenie Odwołującego powyższe wymagania są niewspółmierne do celu, jaki ma realizować niniejsze Postępowanie, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wśród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców spełniających warunki udziału w Postępowaniu.

Wymaganie jest również nieuzasadnione z punktu widzenia funkcji, jaką mieliby pełnić tłumacze w toku realizacji przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Po raz kolejny dochodzi więc do nierównego potraktowania Wykonawców zdolnych do złożenia w oferty w

Postępowaniu, przez co naruszenia doznaje zasada zachowania uczciwej konkurencji. Można odnieść wrażenie, że przedmiotem zamówienia są usługi tłumaczenia, a nie dostawa oprogramowania!

Godzi się również wspomnieć, że oczekiwania Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, są sprzeczne z przepisami ustawy dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (Dz. U. Nr 273, poz. 2702 z późn. zm.). Zgodnie z art. 2 ust 1 ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego tłumaczem przysięgłym może być osoba fizyczna, która: (1) ma obywatelstwo polskie albo obywatelstwo jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, Konfederacji Szwajcarskiej lub, na zasadach wzajemności, obywatelstwo innego państwa; (2) zna język polski; (3) ma pełną zdolność do czynności prawnych; (4) nie była karana za przestępstwo umyślne, przestępstwo skarbowe lub za nieumyślne przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu obrotu gospodarczego; (5) ukończyła wyższe studia i uzyskała tytuł magistra lub równorzędny w państwie, o którym mowa w pkt 1; (6) złożyła z wynikiem pozytywnym egzamin z umiejętności tłumaczenia z języka polskiego na język obcy oraz z języka obcego na język polski (egzaminem na tłumacza przysięgłego). Z kolei z treści art. 5 ust. 1 ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego wynika, że uprawnienia do wykonywania zawodu tłumacza przysięgłego nabywa osoba, która zdała egzamin na tłumacza przysięgłego. Żaden z przepisów ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego nie wymaga od osób chcących wykonywać ten zawód posiadania określonego doświadczenia zawodowego. W związku z czym brak jest podstaw do formułowania takich wymagań w § 15 IPU. Zamawiający nie jest uprawniony do dowolnego kształtowania treści przyszłej umowy z Wykonawcą, gdyż w zakresie, w jakim ukształtowano niektóre punkty § 15 IPU uszczerbku doznał szereg przepisów ustawy Pzp oraz ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego. Przedmiotem zamówienia nie jest wykonywanie tłumaczeń, tak więc brak jest podstaw do stawiania Wykonawcom warunków podmiotowych dotyczących w istocie elementów zewnętrznych dla realizacji umowy.

Podobnie, w ocenie Odwołującego, nie jest uzasadniony wymóg przedstawienia Zamawiającemu przed zawarciem umowy zarówno imiennej listy pracowników Wykonawcy lub innych osób, którymi planuje się posługiwać Wykonawca przy wykonaniu zamówienia (§ 15 pkt 12 lit a IPU), jak również imiennej listy tłumaczy, z których Wykonawca zamierza korzystać w ramach jęgo wykonywania (§ 15 pkt 12 lit b IPU).

Wymóg ten mający służyć weryfikacji umiejętności językowych pracowników lub innych osób, którymi planuje się posługiwać Wykonawca przy wykonaniu zamówienia oraz sprawdzeniu kwalifikacji i doświadczenia tłumaczy w rzeczywistości służy utrudnieniu części Wykonawców dostępu do postępowania. Z zarzutem tym łączą się wszystkie przytoczone

wcześniej argumenty dotyczące restrykcyjnych wymagań, jakie Zamawiający wprowadził do Załącznika nr 7 do SIWZ.

Unormowanie pozostałych kwestii poruszonych w § 15 IPU, tj. zasad odpowiedzialności Wykonawcy za działania tłumaczy (pkt 14, 15, 16 i 17) w tym odpowiedzialności odszkodowawczej w oparciu o kary umowne, rozwiązywania sporów interpretacyjnych, czy ponoszenia kosztów związanych z tłumaczeniami (pkt 18, 19, 20, 21 i 22) również wychodzi poza przyjęte w praktyce udzielania zamówień publicznych ujęcie warunków przyszłej umowy.

Zgodnie z § 15 pkt 15 IPU "jeżeli tłumaczenie dokonywane przez tłumacza jest niezgodne z umową, a w szczególności jest niedokładne, zawiera błędy techniczne, językowe lub stylistyczne, Zamawiający może wnieść umotywowane zastrzeżenie do korzystania przez Wykonawcę z konkretnego tłumacza". Powyższe postanowienia budzą wątpliwości Odwołującego co do intencji Zamawiającego, gdyż wynika z nich, że Zamawiający jest w stanie zweryfikować poprawność pracy tłumaczy, z których korzysta Wykonawca, z czego należy wnioskować, że przedstawiciele Zamawiającego będą dysponowali większymi umiejętnościami językowymi niż sami tłumacze. Powyższe stawia pod znakiem zapytania intencje Zamawiającego, który wymaga posługiwania się tłumaczami, a jednocześnie skrupulatnie weryfikuje ich pracę pod względem błędów... stylistycznych. Co więcej, z faktem stwierdzenia takich błędów Zamawiający łączy m.in. roszczenie o zapłatę kary umownej na zasadach i w wysokości określonej w § 11 ust. 7a IPU.

Zdaniem Odwołującego na uwagę zasługuje określenie w § 15 pkt 19 IPU sytuacji kwalifikowanych jako nienależyte tłumaczenie. Zgodnie z ww. postanowieniem: "Przez nienależyte tłumaczenie należy rozumieć w szczególności: (a) tłumaczenie wykonane przez tłumacza innego niż wskazanego w pkt 16 powyżej, a w szczególności przez tłumacza nie spełniającego wymagań, o których mowa w pkt 7 oraz pkt 9 powyżej; (b) tłumaczenie zawierające błędy stylistyczne, edytorskie, ortograficzne, merytoryczne, gramatyczne; (c) tłumaczenie pisemne dokonane niezgodnie z normą PN:EN 15038:2006 bądź równoważnym dokumentem, w zakresie usług dokonywania tłumaczeń; (d) tłumaczenie wykonane przez tłumacza za pomocą translatorów elektronicznych czy programów do tłumaczenia automatycznego tekstów bez przeprowadzania późniejszej weryfikacji oraz dostosowania tekstu".

Jak wskazał Odwołujący z powyższym łączy się treść pkt 7a dodanego w § 11 IPU, zgodnie z którym: "W przypadku nienależytego wykonania tłumaczenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1,000,00 zł za każde nienależycie wykonane tłumaczenie, niezależnie o tego czy jest to tłumaczenie pisemne, czy ustne". Jego zdaniem

absurdalność tego rozwiązania jest tak jaskrawa, że od razu rzuca się w oczy, nawet postronnemu obserwatorowi Postępowania. Tymczasem takie usankcjonowanie odpowiedzialności Wykonawcy za poczynania tłumacza stoi, w ocenie Odwołującego, w sprzeczności z szeregiem norm prawnych, poczynając od przepisów ustawy Pzp, kończąc zaś na ustawie o zawodzie tłumacza przysięgłego. Przede wszystkim aktualne pozostają argumenty przedstawione wyżej na okoliczność naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający surowo traktuje Wykonawców posługujących się tłumaczami, pomijając przy tym, że inni Wykonawcy, posługujący się wyłącznie osobami władającymi językiem polskim w sposób biegły również mogą popełnić błędy, w szczególności stylistyczne, ortograficzne, gramatyczne czy też edytorskie lub merytoryczne, wynikające z braków w znajomości technik informatycznych czy też zwykłych omyłek. Takie zróżnicowanie w traktowaniu Wykonawców nie jest niczym uzasadnione, a dodatkowo budzi wątpliwości w świetle wspólnotowych swobód przepływu osób, usług i kapitału. Zarazem nakładanie kar za błędy w tłumaczeniach nie może się ostać chociażby dlatego, że nie stanowi to o nienależytym wykonaniu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza że Zamawiający dopuszcza i nie karze za podobne błędy w dokumentach sporządzonych pierwotnie w języku polskim.

Podsumowując powyższe rozważania Odwołujący podnosi, że czynność zmiany treści SIWZ, do jakiej doszło w wyniku opublikowania pisma Zamawiającego w dniu 10 lutego 2012 r. nosi znamiona retorsji stanowiącej odpowiedź na wcześniejszą modyfikację SIWZ spowodowaną wydaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku w dniu 18 stycznia 2012 r. uwzględniającego poprzednie odwołanie wniesione w niniejszym Postępowaniu przez Wykonawcę Buli Polska Sp. z o. o.

Działanie Zamawiającego mało ma wspólnego z postulatem rzetelnego prowadzenia Postępowania. Wprowadzone do SIWZ modyfikacje treści Istotnych Postanowień Umowy powodują rażące naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz innych przepisów wskazanych powyżej. Pod pozorem działania zgodnego z prawem, jakim może się wydawać doprecyzowanie postanowień przyszłej umowy między Zamawiającym a Wykonawcą faktycznie dokonano przywrócenia skutków postanowień SIWZ godzących w zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania, których usunięcia nakazano wyrokiem KIO z dnia 18 stycznia 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 20/12. Obostrzenia wprowadzone do SIWZ w zakresie posługiwania się językiem polskim w kontaktach między Wykonawcą a Zamawiającym jawią się Odwołującemu jako odwet za wcześniejsze odwołanie, w którym Odwołujący domagał się usunięcia postanowień SIWZ o zbliżonym skutku, tj. ograniczającym Odwołującemu możliwość konkurowania z innymi Wykonawcami w przedmiotowym Postępowaniu. Wobec powyższego powstała konieczność nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zmiany treści SIWZ z dnia 10 lutego 2012 r.

IV. Zaniechanie dokonania zmiany treści SIWZ w części dotyczącej określenia terminów przewidzianych dla realizacji poszczególnych faz realizacji zamówienia, w szczególności Fazy II.1 - Opracowanie Specyfikacji Wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych).

Aktualny termin składania ofert upływa 5 marca 2012 r. i zakładając że nie ulegnie zmianie za najwcześniejszy termin podpisania umowy należy przyjąć ostatnie dni marca. Zakładając bowiem 3 dni na ocenę ofert, w tym ewentualne uzupełnienia braków formalnych (co wydaje się być wariantem niezwykle optymistycznym) oraz przynajmniej jedno odwołanie, które Zamawiający musi uwzględniać w szacunkach terminowych, które zostanie rozpoznane przez Izbę w ciągu ok. 10 dni, możliwość zawarcia umowy powstaje ok. 28 marca 2012 r. Jako że Zamawiający ma 20 dni roboczych na odbiór każdego produktu, aby zachować obecny termin wykonania Opracowania Specyfikacji Wymagań (funkcjonalnych oraz pozafunkcjonalnych) należałoby je przekazać do odbioru w ciągu 2 dni od podpisania umowy, co jest niewykonalne. Tym samym obecny termin dla tej czynności jest niemożliwy do zachowania i czyni całą umowę dotkniętą wadą prawną (świadczenie niemożliwe). Dlatego nakazanie jego zmiany jest jedynym rozwiązaniem, aby postępowanie z dniem upływu terminu składania ofert nie stało się obarczone nieusuwalną wadą skutkującą obowiązkiem jego unieważnienia.

W toku rozprawy Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na dokonanej w dniu 10.02.2012 r. modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie Istotnych Postanowień Umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba uznała za niezasadny zgłoszony przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania w całości, ze względu na niedochowanie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej w stosunku do zarzutu nr 2 odnoszącego się do terminu realizacji pierwszej fazy projektu. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Ponadto argumentacja Zamawiającego oparta na zarzucie nadużycia prawa ze względu na podniesienie w jednym odwołaniu spóźnionego zarzutu oraz zarzutów wniesionych z zachowaniem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej również nie zasługuje na aprobatę. Stoi temu na drodze preferowana przez ustawodawcę zasada koncentracji środków ochrony prawnej – zatem jej wypełnienie nie sposób uznać za nadużycie prawa. W związku z powyższym oraz w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Izba uznała, iż brak jest podstaw do odrzucenie przedmiotowego odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Zdaniem Izby w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ w zakresie postanowień umowy podmiotem posiadający interes we wniesieniu środka ochrony prawnej jest każdy zainteresowany wykonawca, który uprawdopodobni, że postanowienia te uniemożliwiają temu wykonawcy udział w postępowaniu lub naruszają uczciwą konkurencję. W tym wypadku należy przychylić się do reprezentowanego w doktrynie i orzecznictwa szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba uwzględniła również dowody zgłoszone przez Odwołujące w toku rozprawy w postaci wyciągów z umów zawieranych w ramach zamówień publicznych na systemy informatyczne przez Ministerstwo Finansów oraz dokumenty związane z realizacją przez Odwołującego umów na rzecz Ministerstwa Finansów i dotyczących pana Rene K.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie oraz rozwój Systemu ZEFIR 2.

Po drugie Izba ustaliła, że w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 18 stycznia 2012 r. zostało wydane przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczenie w postaci wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 20/12. W powyższym orzeczeniu Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zmianę treści SIWZ oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:

- warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (rozdział V pkt 6 ppkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego „biegłego władania językiem polskim” oraz „znajomości języka polskiego”.
- wymogu, aby z treści gwarancji (poręczenia) jednoznacznie wynikało, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta (rozdział VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Izba ustaliła ponadto, iż Odwołujący w ramach odwołania rozpoznanego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 20/12, wniósł alternatywnie w zakresie zarzutu dotyczącego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, obok głównego żądania dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez wykreślenie z opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagania biegłego władania językiem polskim przez personel kierowniczy zespołu projektowego po stronie wykonawcy oraz znajomości języka polskiego przez pozostałe osoby wchodzące w skład zespołu projektowego wykonawcy o „jednoczesne (ewentualne) wprowadzenie wymagania zapewniającego możliwość komunikowania się z Zamawiającym w języku polskim i sporządzania dokumentów w języku polskim ze wskazaniem (ewentualnym) zasad tej komunikacji” (str. 5 uzasadnienia wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 20/12).

Po trzecie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 10.02.2012 r. dokonał pismem z tego samego dnia modyfikacji SIWZ w zakresie Istotnych Postanowień Umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) powołując się na wykonanie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 20/12.

W ramach powyższej modyfikacji wprowadziła do treści Istotnych Postanowień Umowy następujące zapisy:

1. Załącznik nr 7 do SIWZ – Istotne Postanowienia Umowy § 15 „postanowienia końcowe” otrzymuje brzmienie:

1. W sprawach nieuregulowanych Umową zastosowanie mają odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego, ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ustawy o ochronie danych osobowych oraz wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Ofercie Wykonawcy.

2. W przypadku rozbieżności lub niespójności pomiędzy treścią Umowy a treścią Załączników stanowiącej jej część, pierwszeństwo mają postanowienia Umowy. W przypadku sprzeczności pomiędzy postanowieniami Załączników do Umowy i dokumentów załączonych do tych Załączników – pierwszeństwo mają postanowienia Załączników.

3. Wykonawca nie może przenieść na osobę trzecią praw i obowiązków wynikających z Umowy, w całości lub w części. Wykonawca może jednak dokonać cesji wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia z tytułu Umowy lub przenieść obowiązek zapłaty kar umownych oraz odszkodowań należnych Zamawiającemu, za uprzednią zgodą Zamawiającego wyrażoną pod rygorem nieważności na piśmie.

4. Umowa podlega prawu polskiemu i zgodnie z nim powinna być interpretowana.

5. Strony w trakcie całej realizacji umowy, na każdym jej etapie oraz w każdej formie komunikują się w języku polskim, przy czym dopuszcza się używanie w oświadczeniach, ofertach oraz innych dokumentach określeń obcojęzycznych w zakresie określonym w art. 11 ustawy z dnia 07.10.1999 r. o języku polskim (t. j. Dz. U. z 2011 Nr 43, poz. 224).

6. Wykonawca w toku realizacji niniejszej Umowy zobowiązany jest do komunikowania się z Zamawiającym wyłącznie w języku polskim – wymóg ten dotyczy wszelkich środków porozumienia się pomiędzy Stronami, w tym w szczególności wszelkiej korespondencji, rozmów w trakcie spotkań, telekonferencji oraz innych rozmów przeprowadzanych pomiędzy Zamawiającym a pracownikami Wykonawcy oraz innymi osobami, którymi posługuje się Wykonawca przy wykonywaniu niniejszej Umowy.

7. Jeżeli pracownicy Wykonawcy lub inne osoby, którymi posługuje się Wykonawca przy wykonywaniu niniejszej Umowy, wskazane przez Zamawiającego w SIWZ jako osoby, którymi Wykonawca ma dysponować na potrzeby realizacji niniejszej Umowy lub też, które Wykonawca wskaże jako osoby, z którymi ma kontaktować się Zamawiający w związku z realizacją niniejszej Umowy nie posługują się językiem polskim w stopniu biegłym, (przy czym przez biegłą znajomość języka polskiego rozumie się posługiwanie językiem polskim jako językiem ojczystym lub też znajomość tego języka na poziomie C2 zgodnie ze skalą biegłości językowej określoną przez Radę Europy), wówczas we wszelkich kontaktach pomiędzy tymi osobami a Zamawiającym, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia udziału tłumacza z języka, którym posługuje się dana osoba/osoby na język polski, który

będzie posiadał kwalifikacje opisane w pkt 11 poniżej i który przetłumaczy rozmowę/korespondencję pomiędzy taką osobą/osobami a Zamawiającym.

8. Wszelka dokumentacja oraz jakiegokolwiek inne materiały przekazywane Zamawiającemu w związku z wykonywaniem Umowy przez Wykonawcę lub inne osoby, którymi posługuje się Wykonawca w ramach realizacji niniejszej Umowy powinny być dostarczone Zamawiającemu w języku polskim oraz sporządzone przez osobę biegłą posługującą się językiem polskim, (przy czym przez biegłą znajomość języka polskiego rozumie się posługiwanie językiem polskim jako językiem ojczystym lub też znajomość tego języka na poziomie C2 zgodnie ze skalą biegłości językowej określonej przez Radę Europy).

9. Jeżeli jakiegokolwiek dokument lub inny materiał, który ma być przekazany Zamawiającemu w związku z realizacją niniejszej Umowy zostanie wytworzony pierwotnie w innym języku niż język polski, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do przetłumaczenia takiego dokumentu na język polski przez tłumacza, który będzie posiadał kwalifikacje opisane w pkt 11 poniżej. W takim przypadku wraz z przekazaniem Zamawiającemu dokumentu lub innego materiału przetłumaczonego na język polski Wykonawca zobowiązany jest przekazać oryginalny, źródłowy dokument lub materiał, który był tłumaczony na język polski.

10. Wszelkie tłumaczenia wykonywane w ramach niniejszej Umowy, o których mowa w pkt 7 oraz pkt 8 powinny być dokonywane w sposób profesjonalny oraz z najwyższą starannością, bez usterek językowych oraz technicznych.

11. W przypadku dokonywania przez Wykonawcę tłumaczeń o których mowa w pkt 7 oraz pkt 9 powyżej, Zamawiający wymaga, aby tłumaczenie było dokonane przez osobę posiadającą tytuł magistra filologii języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonywane na język polski lub tytuł tłumacza przysięgłego języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonywane na język polski lub kwalifikacje dotyczące znajomości języka obcego, z którego tłumaczenie ma być dokonywane na język polski poświadczone dokumentem wystawione przez jednostkę certyfikującą przeprowadzającą egzaminy językowe oraz wydająca zaświadczenia o znajomości języka, stwierdzającym znajomość danego języka na poziomie C2 – zgodnie ze skalą biegłości językowej określonej przez Radę Europy, a ponadto, w przypadku tłumaczeń pisemnych osobę:

a) posiadającą kwalifikacje wymienione w pkt 11 powyżej oraz co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach pisemnych, tj. osobę która przetłumaczyła po uzyskaniu kwalifikacji wymienionych w pkt 11 powyżej co najmniej 2000 stron (każda min. 1125 znaków) z języka, z którego dokonywane będą tłumaczenia w ramach Umowy na język polski i jest w stanie to udokumentować,

b) która dokonała co najmniej 5 tłumaczeń, z których każde obejmuje minimum 20 stron (każda min. 1125 znaków) z zakresu objętego przedmiotem niniejszej Umowy, tj. z zakresu księgowo-finansowego lub z zakresu informatyki, przy czym przynajmniej jedno tłumaczenie

powinno dotyczyć informatyki oraz przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo-księgowej,

a ponadto, w przypadku tłumaczeń ustnych osobę:

c) posiadającą kwalifikacje wymienione w pkt 11 powyżej oraz co najmniej dwuletnie doświadczenie w tłumaczeniach ustnych tj. osobę, która posiada dwuletnie doświadczenie liczone od uzyskania kwalifikacji wymienionych w pkt 11 powyżej w tłumaczeniach ustnych symultanicznych i konsekwentnych, w trakcie którego osoba taka dokonała tłumaczenia nim. 10 spotkań i jest w stanie to udokumentować,

d) która dokonała co najmniej tłumaczeń 5 spotkań dotyczących zakresu objętego przedmiotem niniejszej Umowy, tj. zakresu księgowo-finansowego lub zakresu informatyki, przy czym przynajmniej jedno tłumaczone spotkanie powinno dotyczyć informatyki oraz przynajmniej jedno tłumaczenie powinno dotyczyć problematyki finansowo-księgowej.

12. Przed zawarciem Umowy Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu:

a) imienną listę pracowników Wykonawcy lub innych osób, którymi planuje się posługiwać Wykonawca przy wykonywaniu niniejszej Umowy, które zostały wskazane przez Zamawiającego w SIWZ jako osoby, którymi Wykonawca ma dysponować na potrzeby realizacji niniejszej Umowy lub też, które Wykonawca planuje wskazać jako osoby, z którymi ma kontaktować się Zamawiający w związku z realizacją niniejszej Umowy wraz ze wskazaniem, która z tych osób biegle posługuje się językiem polskim, z przedstawieniem na żądanie Zamawiającego oświadczenia każdej z osób wskazanych jako biegle posługujących się językiem polskim, że biegle posługuje się językiem polskim;

b) imienną listę tłumaczy, spełniających wymagania, o których mowa w pkt 11, z których zamierza skorzystać w ramach wykonywania Umowy wraz z przedstawieniem na żądanie Zamawiającego dokumentacji potwierdzającej spełnienie przez tłumaczy wymagań, o których mowa w pkt 11 powyżej.

13. Jeżeli w toku wykonywania Umowy Wykonawca zamierza zmienić tłumacza, który będzie wykonywał tłumaczenia na potrzeby realizacji Umowy wówczas przed przystąpieniem do prac nowego tłumacza Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu imię i nazwisko nowego tłumacza spełniającego wymagania, o których mowa w pkt 11, z którego zamierza skorzystać Wykonawca w ramach wykonywania Umowy wraz z przedstawieniem na żądanie Zamawiającego dokumentacji potwierdzającej spełnienie przez tego tłumacza wymagań, o których mowa w pkt 11 powyżej.

14. Wykonawca odpowiada za działania tłumaczy, o których mowa w pkt 12 b) oraz pkt 13, z których korzysta przy wykonywaniu niniejszej Umowy jak za działania własne.

15. Jeżeli tłumaczenie dokonywane przez tłumacza, o którym mowa w pkt 12 b) lub pkt 13 powyżej jest niezgodne z Umową, a w szczególności jest niedokładne, zawiera błędy techniczne, językowe lub stylistyczne, Zamawiający może wnieść umotywowane

zastrzeżenia do korzystania przez Wykonawcę z konkretnego tłumacza. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest korzystać z innego tłumacza, o którym mowa w pkt 12 b) lub pkt 13 lub wskazać Zamawiającemu, zgodnie z pkt 13 powyżej nowego tłumacza, z którego Wykonawca będzie korzystał.

16. Na potrzeby realizacji niniejszej Umowy Wykonawca zobowiązany jest korzystać jedynie z tych tłumaczy, o których mowa w pkt 7 oraz pkt 9 powyżej, których imienne dane przedstawił Zamawiającemu w sposób wskazany w pkt 12 b) oraz 13 Umowy i w stosunku do których Zamawiający nie wniósł umotywowanych zastrzeżeń.

17. Dokonywanie przez Wykonawcę tłumaczeń w toku wykonywania Umowy nie wpływa na terminy realizacji wynikającej z niniejszej Umowy.

18. W przypadku nienależytego wykonania tłumaczenia przez Wykonawcę Zamawiającemu przysługuje jednocześnie prawo:

- a) żądania zmiany tłumacza na zasadach opisanych w pkt 15 powyżej,
- b) żądania wykonania nowego tłumaczenia na koszt Wykonawcy lub też zlecenie wykonania tłumaczenia na koszt Wykonawcy,
- c) żądania zapłaty kary umownej na zasadach i w wysokości określonej w § 11 pkt 7a.

19. Przez nienależyte tłumaczenie rozumie się w szczególności:

- a) tłumaczenie wykonane przez tłumacza innego niż wskazanego w pkt 16 powyżej, a w szczególności przez tłumacza nie spełniającego wymagań, o których mowa pkt 7 oraz pkt 9 powyżej
- b) tłumaczenie zawierające błędy stylistyczne, edytorskie, ortograficzne, merytoryczne, gramatyczne;
- c) tłumaczenie pisemne dokonane niezgodnie z normą PN:EN 15038:2006 bądź równoważnym dokumentem, w zakresie usług dokonywania tłumaczeń.
- d) tłumaczenie wykonane przez tłumacza za pomocą translatorów elektronicznych czy programów do tłumaczenia automatycznego tekstów bez przeprowadzania późniejszej weryfikacji oraz dostosowania tekstu.

20. Wszelkie spory interpretacyjne związane z tłumaczeniami dokonanymi na zlecenie Wykonawcy rozstrzygane będą na korzyść Zamawiającego.

21. Za wady Systemu powstałe wskutek nieprawidłowego tłumaczenia odpowiada Wykonawca.

22. Wszelkie koszty związane z tłumaczeniami ponosi Wykonawca.

23. Strony Umowy podejmą w dobrej wierze wysiłek w celu rozwiązania wszelkich sporów powstałych pomiędzy Stronami, które wynikły w związku z realizacją Umowy i/lub jej interpretacją. O ile rozwiązywanie sporu nie powiedzie się, zostanie on poddany pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego właściwego dla siedziby Zamawiającego.

24. Umowa wchodzi w życie z dniem jej podpisania przez Strony.

25. Umowę sporządzono w czterech jednobrzmiących egzemplarzach, w tym trzy dla Zamawiającego i jeden dla Wykonawcy.

26. Załączniki stanowiące integralną część Umowy:

2. W § 11 IPU „Kary umowne” dodaje się pkt 7a o następującym brzmieniu: „W przypadku nienależytego wykonania tłumaczenia Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kare umowną w wysokości 1.000,00 zł za każde nienależyte wykonane tłumaczenie, niezależnie od tego, czy jest to tłumaczenie pisemne, czy ustne”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. W odniesieniu do zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 387 ustawy Kodeks cywilny (umowa o świadczenie niemożliwe – termin realizacji I etapu) Izba wskazuje, iż ze względu na jego wycofanie przez Odwołującego w toku rozprawy, nie podlegał on merytorycznemu rozpoznaniu.

II. W odniesieniu do zarzutów dotyczących dokonanej w dniu 10 lutego 2012 r. modyfikacji Istotnych Postanowień Umowy (zwanym w dalszej części uzasadnienia IPU), tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 4, art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ i art. 483 ustawy Kodeks cywilny, Izba uznała, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje na wstępie, iż za nieuprawnione i nieskuteczne należy uznać powiązanie dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji w zakresie IPU z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. Ocena postanowień umowy w ramach normy prawnej odnoszącej się do opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie znajduje swojego uzasadnienia prawnego. Postanowienia umowy należy bowiem rozpatrywać w kontekście elementów odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia a nie warunków podmiotowych formułowanych przez Zamawiającego.

Ponadto, w ocenie Izby, również podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp należy uznać za nietrafny. Adresatem normy prawnej wskazanej w powyższym przepisie jest Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca określone odwołanie, zatem uczynienie zarzutu naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiającemu nie znajduje swojego normatywnego uzasadnienia. Ponadto, jak wskazał Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy, nie kwestionuje on poprawności wykonania w dniu 5 lutego 2012 r. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO

20/12. Tym samym zarzuty naruszenia art. 22 ust. 4 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Rozpoznając zarzuty odnoszące się do postanowień IPU Izba uznała za zasadne przywołanie w niniejszym orzeczeniu stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w tym zakresie w toku rozprawy. Dokonana przez umocowanego pełnomocnika Zamawiającego wykładnia poszczególnych postanowień IPU stanowi bowiem istotną informację, nie tylko dla Odwołującego, ale również dla pozostałych uczestników postępowania i winna zostać zakomunikowana, przy uwzględnieniu zasady transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę fakt, iż jak zostało wskazane w toku rozprawy przez Zamawiającego, wyjaśnienia te oddają rzeczywiste znaczenie poszczególnych postanowień IPU są one wiążące, zarówno dla Zamawiającego, jak również uczestników postępowania. Wyjaśnienia te uczyniły poszczególne wymogi mniej rygorystycznymi. Tym samym ich powołanie Izba uznała za konieczne w dalszej części uzasadnienia.

W tym miejscu Izba w odniesieniu do pozostałych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 353¹ oraz art. 483 ustawy Kodeks cywilny w związku z czynnością Zamawiającego obejmującą modyfikację SIWZ z dnia 10.02.2012 r. poprzez wprowadzenie do IPU wszystkich zapisów dotyczących komunikacji oraz tłumaczeń Izba wskazuje, iż nie doszukała się w odwołaniu wzorca kontroli, w postaci przepisów ustawy Pzp lub ustawy Kodeks cywilny, których naruszenie mogłoby doprowadzić do niemożności ubiegania się Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Wszakże przyjęcie nawet, iż doszło do zachwiania równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ ustawy Kodeks cywilny poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym bardziej nie sposób doszukać się jego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu wskazać, iż do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dochodzi niezmiernie rzadko. Ponadto wymaga to wykazania, iż jednocześnie dochodzi do zróżnicowania pozycji danego wykonawcy na skutek naruszenia zasady

równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał, iż tylko na niego Zamawiający narzucił niewspółmiernie wysokie wymagania we wzorze umowy związane z kwestią języka komunikacji, tłumaczeń oraz tłumaczy przysięgłych. W ocenie Izby przy tak sformułowanych postanowieniach umowy każdy wykonawca znajdujący się w identycznej sytuacji faktycznej, tj. nie dysponujący osobami władającymi językiem polskim będzie podlegał rygorom wynikającym z § 15 IPU.

W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż zapisy te uniemożliwiają Odwoławczemu udział w przedmiotowym postępowaniu.

Izba powtórnie wskazuje, iż niezmiernie rzadko może dojść do samoistnego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zazwyczaj do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych, wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dochodzi w przypadku zróżnicowania sytuacji wykonawców na skutek odmiennego zastosowania instytucji uregulowanych w innych przepisach, które nakazują zamawiającemu dokonanie określonych czynności w przypadku ziszczenia się pewnych okoliczności faktycznych. Biorąc pod uwagę powyższe naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp następuje zazwyczaj, gdy dochodzi do nadużycia pewnej instytucji uregulowanej w ustawie Pzp lub zaniechania jej zastosowania wobec tylko niektórych wykonawców i odmiennego zastosowania tej instytucji wobec pozostałych – mimo faktu, iż wykonawcy ci znajdują się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej.

Nie sposób w tym miejscu pominąć również faktu, iż umowa zawierana jest z jednym wykonawcą i wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenie oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego sporządzenia wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednio lub pośrednio przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienie na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej. Jeżeli do powyższego dochodzi ze względu na formę prawną wykonawcy, jego strukturę organizacyjną, odległość od miejsca świadczenia, doświadczenie, posiadany personel, środki techniczne itp. – a więc ze względu na właściwości samego wykonawcy - nie można mówić o wpływie wymagań przyszłej umowy na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do innych potencjalnych uczestników postępowania. Tego rodzaju elementy wymagają jedynie większego nakładu środków i pracy celem należytego wykonania zamówienia. Zatem jeżeli dodatkowe wymagania wynikające z

umowy, mające znaczenie dla wykonawcy ze względu na jego odmienną sytuację prawną i faktyczną, wymagają większej staranności w toku jej realizacji i uwzględnienia tych wymagań w cenie ofertowej to nie sposób ich powiązać z obiektywnym brakiem możliwości udziału w postępowaniu, w tym udziałem na zasadach zapewniających równe traktowanie wykonawców i zapewnienie zasad uczciwej konkurencji. Udział taki może być nieracjonalny ze względów ekonomicznych, który to interes wykonawcy nie jest przedmiotem ochrony w ustawie Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących zapisów § 15 IPU Izba pragnie również wskazać, iż należy ocenić ich ewentualny wpływ na możliwość uzyskania zamówienia oraz ewentualny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Na tym etapie postępowania niemożność ubiegania się danego wykonawcy o zamówienie należy zrównać z wpływem na jego wynik materializujący się zawężeniem kręgu uczestników postępowania. W toku merytorycznego rozpoznania odwołania ustalenia wymaga, czy stwierdzenie naruszenia określonych przepisów przekłada się na obiektywny brak możliwości uzyskania zamówienia, tj. w odniesieniu do postanowień umowy, czy poza zwiększonym ryzykiem ekonomicznym wykonawca został pozbawiony możliwości sporządzenia ważnej oferty. W ocenie Izby przewidywane przez Odwołującego problemy i niedogodności w toku realizacji umowy, jak również trudności we współpracy z Zamawiającym nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uwzględnienia zarzutów odnoszących się do postanowień umowy. O takim naruszeniu mogłoby stanowić naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp lub na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Kodeks cywilny na skutek zawarcia w umowie określonych postanowień przy jednoczesnym ich wpływie na możliwość sporządzenia przez wykonawcę ważnej oferty i tym samym samą możliwość udziału w danym postępowaniu. W tym miejscu należy uznać za zasadne założenie, iż naruszenie, wskutek zawarcia w umowie określonych i jednocześnie naruszających obowiązujące prawo zapisów, pozwala na przyjęcie jako określonego modelu obiektywnej zasadności wykonawcy do rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takich okolicznościach, tj. przy naruszających prawo elementach przyszłego stosunku zobowiązaniowego racjonalny wykonawca odstąpiłby od złożenia oferty ze względu na określone ryzyka, w tym zawarcie nieważnej umowy, jak również ze względu na obiektywną niemożność należytego spełnienia świadczenia.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma prawo zakładać, iż dojdzie do zawarcia ważnej umowy i jednocześnie istnieje obiektywna możliwość należytego spełnienia świadczenia przez reprezentatywną część wykonawców działających w danej branży i spełniających warunki udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku brak możliwości uzyskania zamówienia wykonawca ma prawo upatrywać w przeszkodach tkwiących w samej

umowie. Trudno jest bowiem uznać, iż naruszające prawo zapisy umowy są pozbawione znaczenia dla decyzji potencjalnego wykonawcy. Jednocześnie nie sposób założyć, iż pogodzenie się wykonawcy z takimi postanowieniami umowy i nieodstąpienie od ubiegania się o zamówienie stanowi li tylko autonomiczną decyzję wykonawcy podyktowaną względami ekonomicznymi. Nieopłacalność realizacji zamówienia przez określonego wykonawcę nie jest tożsama z brakiem możliwości spełnienia świadczenia przez wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wszakże ich postawienie ma określić grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Jeżeli na przeszkodzie temu, tj. udziałowi w postępowaniu, stoją jedynie postanowienia umowy mogą stać się przedmiotem zarzutów w ramach środków ochrony prawnej. Tym samym za przedmiot zaskarżenia można, przy uwzględnieniu specyficznych dla danego postępowania warunków, uznać tylko niektóre z postanowień umowy.

Wskazać należy również, że w przypadku gdyby doszło do naruszenia któregokolwiek z przepisów ustawy Kodeks cywilny nie wszystkie uwzględnione zarzuty odnoszące się do postanowień przyszłej umowy mogą skutkować uwzględnieniem odwołania, ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Tylko bowiem ustalenie wpływu na wynik postępowania stwierdzonych naruszeń może powodować uwzględnienie odwołania.

Nie należy jednak powyższego odnosić do ekonomicznej strony świadczenia, w tym jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk. Pierwsze stanowią pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, te drugie zaś mogą zostać wycenione i ujęte w cenie ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego. Umowa bowiem, stanowiąca w części element opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego związanych z realizacją świadczenia – mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

W ocenie Izby za przedmiotowo istotne elementy mogące wywierać powyższy wpływ na ważność oferty i obiektywną celowość ubiegania się o zamówienie należy uznać te postanowienia umowy, które odnoszą się do zakresu przedmiotowego świadczenia, w tym sposobu jego realizacji, wynagrodzenia oraz terminu. Izba wskazuje w tym miejscu, że nie jest to oczywiście katalog zamknięty, gdyż w określonych sytuacjach wymagana okazać się może indywidualna ocena wpływu zaskarżonego postanowienia umowy na możliwość ubiegania się wykonawcy o zamówienie. Należy również wskazać, iż zarówno opis przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz termin wykonania są tymi elementami, które w sposób bezpośredni przekładają się na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

Jak wyżej wskazano umowa zawierana jest z jednym wykonawcą i wpływ jej postanowień na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) winien być oceniany z zachowaniem ostrożności i przy uwzględnieniu bezpośredniego wpływu tych postanowień na sporządzenia oferty i przebieg samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołana przez Odwołującego teza wyroku Sąd Najwyższego z dnia 4 listopada 2011 r. (sygn. akt I CSK 799/10), iż sam fakt, że podmiot będący jednostką publiczną realizuje zadania związane z wydatkowaniem środków publicznych nie stawia jej w stosunkach umownych na uprzywilejowanej pozycji i nie pozbawia prawa oceny w oparciu o art. 5 ustawy Kodeks cywilny jest o tyle nieadekwatna w ramach argumentacji Odwołującego, że odnosi się ona do normy prawnej związanej ze stosowaniem prawa. Wszakże art. 5 ustawy Kodeks cywilny stanowi, że „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Tym samym ocena czynności Zamawiającego, dla której podstawę normatywną będą stanowiły postanowienia IPU, może nastąpić w oparciu o powyższą normę prawną dopiero na etapie realizacji umowy, tj. po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu należy również wskazać, iż większość obaw Odwołującego związana jest z etapem realizacji umowy, a nie czynnościami przedsięwziętymi przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu Izba wskazuje również na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

Z powyższego wyroku wynika również, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie.

Izba wskazuje ponadto na ekonomiczne znaczenie postanowień umowy. Jeżeli bowiem postanowienia umowy łagodzą konsekwencje ryzyk związanych z jej realizacją to wykonawca nie musi ich ujmować w cenie oferty. Jeżeli umowa nie zawiera postanowień łagodzących określone ryzyka zamawiający musi się liczyć z tym, iż zostaną one w kalkulowanej w zaoferowanej przez wykonawcę cenie za realizację przedmiotu zamówienia. Wówczas zamawiający płaci za ryzyko uwzględnione przez wykonawcę.

Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na

etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie informacje odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności mające swój wpływ na przedmiotowo istotne postanowienia umowy (*essentialia negotii*), w tym na zakres przedmiotowy umowy, terminy realizacji oraz wynagrodzenie winny być przez Zamawiającego uzewnętrznione w treści dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ raz załącznikach do niej). Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie powyższego przepisu. Norma wyrażona w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie elementy przedkładające się na sporządzenie i przygotowanie przez wykonawcę oferty w sposób gwarantujący kompleksowe ujęcie przedmiotu świadczenia i jego należytą wycenę. Jednakże Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dopatrując się braku możliwości uzyskania zamówienia i równego dostępu do niego przez poszczególnych wykonawców w kwestiach związanych z trudnościami związanymi z etapem realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba, biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz biorąc pod uwagę zapisy § 15 oraz § 11 ust. 7a IPU wprowadzonych modyfikacją SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 10.02.2012 r. uznała, iż zarzuty podniesione w treści wobec tych postanowień IPU nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby, ze względu na ich praktyczną doniosłość i ewentualne konsekwencje na etapie realizacji umowy, dodatkowego omówienia wymagają wprowadzone wraz z modyfikacją SIWZ, zawartą w piśmie z dnia 10.02.2012 r., postanowienia IPU odnoszące się do podmiotowego zakresu wymagań związanych z językiem komunikacji (§ 15 ust. 7 oraz ust. 12 lit. a IPU); rozstrzygania sporów interpretacyjnych (§ 15 ust. 20 IPU) oraz kar umownych (§ 11 ust. 7a w związku z § 15 ust. 19 lit. a – d IPU).

W odniesieniu do pozostałych postanowień umowy, wprowadzonych modyfikacją SIWZ z dnia 10.02.,2012 r., Izba nie dopatrzyła się ich jakiegokolwiek wpływu na ewentualne uczestnictwo Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, uznając je za pozbawione restrykcyjnego charakteru.

1. Izba biorąc pod uwagę zarzuty wskazane w treści odwołania poddała dodatkowej analizie, jako budzący uzasadnione wątpliwości, § 15 ust. 20 IPU, który stanowi, że: „Wszelkie spory interpretacyjne związane z tłumaczeniami dokonanyymi na zlecenie Wykonawcy rozstrzygane będą na korzyść Zamawiającego”.

W tym miejscu Izba za konieczne uznała przywołanie dokonanej w toku rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego wykładni powyższego zapisu. Zamawiający wskazał bowiem, iż: „Pkt 20 § 15 IPU stanowi o rozstrzygnięciu sporów, tj. jeżeli dokonane tłumaczenie ma wpływ na powstanie zobowiązań Zamawiającego to zakres tego zobowiązania będzie rozstrzygany właśnie na korzyść Zamawiającego”. Tym samym, w ocenie Izby, powyższe twierdzenie przeczy rozumieniu tego zapisu przez Odwołującego - jako odnoszącego się do oceny sposobu wykonania tłumaczenia przez wykonawcę realizującego umowę. Zamawiający wskazał bowiem, iż dotyczy ono jedynie zobowiązań Zamawiającego będących wynikiem dokonanych tłumaczeń.

Izba uznała powyższą wykładnię za uzasadnioną - wszakże o rozstrzygnięciu wszelkich sporów pomiędzy stronami zawartej w przyszłości umowy stanowi § 15 ust. 23 IPU, który stanowi, że: „Strony Umowy podejmą w dobrej wierze wysiłek w celu rozwiązania wszelkich sporów powstałych pomiędzy Stronami, które wynikły w związku z realizacją Umowy i/lub jej interpretacją. O ile rozwiązanie sporu nie powiedzie się, zostanie on poddany pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego właściwego dla siedziby Zamawiającego”.

2. W zakresie kar umownych należy wskazać, że instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w uzyskaniu zamówienia. Ocena tej instytucji pod kątem samej racjonalności oraz wysokości i przesłanek zastosowania następuje bowiem na etapie realizacji umowy i stosowania jej postanowień. Wówczas może dojść do naruszenia art. 5 ustawy Kodeks cywilny w przypadku nadużycia przez Zamawiającego tego prawa. Wówczas zaistniałe okoliczności faktyczne przy zastosowaniu instytucji uregulowanych w art. 5 ustawy Kodeks cywilny (nadużycie prawa podmiotowego) i art. 484 § 2 ustawy Kodeks cywilny (miarkowanie wysokości kary umownej) będą stanowiły podstawy normatywne kontroli działań Zamawiającego. Kontrola ta następuje wobec czynności związanych z realizacją umowy a nie jej projektu związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. Aby mogło dojść do oceny tej instytucji musi nastąpić jej zastosowanie. Wszelkie hipotezy i domniemania Odwołującego w tym zakresie nie mogą prowadzić do uwzględnienia zarzutów i do wyeliminowania tej instytucji z projektu umowy lub jej „miarkowania”.

Jedynie na marginesie należy wskazać na implikacje praktyczne postanowień § 15 IPU. Jeżeli bowiem Odwołujący w ramach realizacji przedmiotu zamówienia zatrudni osobę zdolną do sporządzenia pierwotnej dokumentacji postępowania w języku polskim brak będzie podstaw do stosowania zapisów umowy odnoszących się do tłumaczenia dokumentów i tym samym możliwości naliczenia kar umownych. Analogiczna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku, gdy do kontaktów z Zamawiającym zostanie zaproponowana osoba biegle władająca językiem polskim. Wszakże Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że: „Wymagana jest 1 osoba, która mówi biegle w języku polskim lub jeden tłumacz, który będzie tłumaczył pisemnie lub symultanicznie”.

W odniesieniu do naruszenia art. 483 ustawy Kodeks cywilny należy wskazać, iż na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne, tj. przed realizacją umowy trudno jest dokonać oceny zasadności kary umownej, jej wysokości oraz okoliczności jej naliczenia.

3. Izba analizując postanowienia umowy zawarte w § 15 ust. 7 oraz ust. 12 lit. a) IPU wskazuje, że budzi wątpliwości użycie w ich treści zwrotu językowego „lub też”, który wskazuje raczej na koniunkcję – a nie alternatywę zwykłą. Tym samym można odczytać ten zapis jako pośrednio ograniczający zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców, którzy dysponują personelem nie władającym językiem polskim. Przy rozumieniu jego poprzez użycie zwrotu „lub też” jako koniunkcji wymuszałyby dla takich wykonawców korzystanie z tłumaczy niezależnie od osób wskazanych do kontaktów z Zamawiającym. Powodowałoby to również konieczność wyceny tego elementu przyszłego świadczenia.

Jednakże Zamawiający w toku rozprawy wskazał, że: „§ 15 ust. 7 IPU posługuje się alternatywą zwykłą – zatem zapis tego postanowienia IPU należy odczytać w taki sposób, iż wymagania mają spełnić albo osoby wskazane w ofercie lub osoby przeznaczone do komunikacji” oraz wskazał, że: „§ 15 ust. 7 i 12 zawierają wymóg znajomości języka dotyczący osób wskazanych przez wykonawcę do kontaktów z zamawiającym”.

Tym samym dokonana w toku rozprawy przez Zamawiającego wykładnia § 15 ust. 7 oraz 12 lit. a) IPU doprecyzowała, iż zapisy te posługują się alternatywą zwykłą i tym samym Odwołujący spełni wymagania tychże postanowień umowy jeżeli jedynie do kontaktów z Zamawiającym wskaże osobę biegle posługującą się językiem polskim. Tym samym dokonana w toku rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego interpretację należy uznać za wiążącą.

Jak wskazał w toku rozprawy Zamawiający Odwołujący w ramach odwołania o sygn. akt KIO 20/12 wnosił o doprecyzowanie zasad związanych z komunikacją co jednoznacznie

wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2012 r. o sygn. akt KIO 20/12.

Wobec powyższego, uwzględniając dodatkowo powyższą argumentację, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp i ustawy Kodeks cywilny związanych z powyższym postanowieniem umowy i tym samym brak jest związku § 15 ust. 7, ust. 12 oraz ust. 20, jak również § 11 ust. 7a IPU z możliwością ubiegania się Odwołującego o zamówienie.

W odniesieniu do dowodów przedstawionych w toku rozprawy przez Odwołującego Izba wskazuje, iż postanowienia umów zawieranych przez Ministerstwo Finansów w ramach innych postępowań nie stoją na przeszkodzie odmiennego ukształtowania tych samych zagadnień w sposób bardziej rygorystyczny – nawet przez tego samego Zamawiającego. W odniesieniu do dowodów odnoszących się do udziału pana Rene K. w dotychczasowych kontaktach z Ministerstwem Finansów związanych z realizacją innych systemów informatycznych należy wskazać, iż nie potwierdzają one zasadności zarzutów podniesionych w ramach środka ochrony prawnej. Jednakże, w ocenie Izby, mogą one stanowić ze strony Odwołującego istotny praktyczny atut na etapie realizacji umowy, którego wpływ może doprowadzić do uznania kwalifikacji tej osoby i tym samym ustanowienia pana Rene K. jako przedstawiciela Odwołującego w kontaktach z Zamawiającym.

Tym samym Izba uznała, iż brak jest podstaw do uznania, że czynność Zamawiającego polegająca na modyfikacji pismem z dnia 10.02.2012 r. treści SIWZ poprzez wprowadzenie do IPU dodatkowych postanowień odnoszących się do języka komunikacji, tłumaczeń oraz konsekwencji związanych z nienależytą realizacją tychże obowiązków spowodowała naruszenie przepisów, które uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu lub powoduje nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji

Jednakże na marginesie Izba wskazuje, iż wprowadzone przez Zamawiającego w ramach modyfikacji z dnia 10.02.2012 r. postanowienia § 15 IPU mogą odnieść odmienny od zamierzonego skutek i wpłynąć na praktyczne i formalne trudności na etapie realizacji umowy. Za niecelowe dla uzyskania zamierzonego przez Zamawiającego efektu należy bowiem uznać, na co zwracał uwagę w toku rozprawy Odwołujący, uzależnienie poprawności wykonania tłumaczeń od osoby tłumacza (§ 15 ust. 19 IPU). Za budzący wątpliwości interpretacyjne Izba uznaje również wyspecyfikowany w § 15 ust. 19 lit. b) IPU katalog błędów związanych z tłumaczeniami. Powyższe jest spowodowane, co w ocenie Izby zostało wykazane w toku rozprawy przez Odwołującego, wątpliwościami interpretacyjnymi jego

postanowień ale również jego otwartym charakterem. Ponadto takie ukształtowanie postanowień umowy może spowodować wycenę dodatkowego ryzyka związanego z realizacją umowy, co przełoży się na budżet przedmiotowego zamówienia.

Izba zważyła, iż zawarte w ogólnej części uzasadnienia rozważania oraz dodatkowe argumenty odnoszące się do § 15 ust. 7, ust. 12 oraz ust. 20, jak również § 11 ust. 7a IPU powodują, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 4, art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ oraz art. 483 ustawy kodeks cywilny.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

