

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 3 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 stycznia 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **GTC AMG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Rolna 155a, 02-729 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Kancelaria Sejmu**, ul. Wiejska 4/6/8, 00-902 Warszawa

orzeka:

1 Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy na podstawie art. 522 ust. 4 Ustawy, a w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – GTC AMG Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr. (piętnaście tysięcy złotych) wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

KIO 91/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Kancelarię Sejmu w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług tłumaczeń ustnych i pisemnych związanych z obsługą międzynarodowej współpracy Sejmu RP i Kancelarii Sejmu w latach 2025-2026 (nr postępowania: BIT.ZP.301231.2024.AMW), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25.10.2024 r., S 209/2024 649915-2024, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części A (tłumaczenia ustne), wniesione zostało 10.01.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy GTC AMG Sp. z o.o. z/s w Warszawie (sygn. akt KIO 91/25).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej 31.12.2024 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 pkt 2 lit a i b Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty GEMRA, mimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonych w pkt III 2.4.1.1 lit. „a”, „b” i „c” swz oraz mimo, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, dotyczące zakresu swojego doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy GEMRA, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

2. alternatywnie – w przypadku nie uwzględnienia zarzutu 1

naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy GEMRA do poprawienia lub uzupełnienia wykazu usług, w sytuacji gdy usługi, na które wykonawca powołuje się w wykazie – nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonych w pkt III 2.4.1.1. lit „a”, „b”, „c” – czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty GEMRA, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie udostępnienia informacji zawartych w wykazie osób i załącznikach 6/1 do tego wykazu złożonych przez wykonawcę GEMRA, dotyczących doświadczenia osób (bez udostępnienia informacji o imionach i nazwiskach tych osób) – mimo, że wykonawca nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło zweryfikowanie czy wykonawca GEMRA potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III 2.4.1.2 swz, jak również uniemożliwiło zweryfikowanie prawidłowości punktacji przyznanej ofercie tego wykonawcy w kryterium oceny ofert dotyczącym doświadczenia osób skierowanych do wykonania zamówienia – czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty GEMRA jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odtajnienia informacji zawartych w wykazie osób złożonym przez GEMRA wraz z informacjami zawartymi w załącznikach 6/1, odrzucenie oferty GEMRA, alternatywnie wezwanie wykonawcy GEMRA do poprawienia lub uzupełnienia wykazu usług.

Odwolujący wskazał na wątpliwości związane z oceną doświadczenia opisanego w wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt III.2.4.1.1 lit. a, b i c swz. Wykonawca nie złożył referencji do wszystkich usług, część usług realizował w ramach konsorcjum i nie wiadomo jaki zakres usługi wykonywał on sam. Dotyczy to usługi „Eurojust”. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia i uzupełnienia dokumentów dotyczących tej umowy, tj. tłumaczenia na język polski dokumentów załączonych do „oświadczenia w sprawie referencji Agencji Eurojust” oraz wyjaśnienia przyczyn, które uniemożliwiły złożenie referencji, bądź innego dokumentu potwierdzającego ich należyte wykonanie.

Odwolujący wskazał w odniesieniu do usług mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt III.2.4.1.1. lit. a swz na:

- brak referencji dotyczących usługi realizowanej na rzecz Kancelarii Sejmu,
- brak spełnienia wymogu pełnych 6 miesięcy świadczenia umowy w ramach usługi dla Kancelarii Senatu (obie umowy) jak również brak referencji po zakończeniu jej wykonania. Załączona referencja wskazuje na świadczenie realizowane w konsorcjum, co uniemożliwia ustalenie zakresu w jakim usługa świadczona była przez GEMRA.

Odwolujący wskazał w odniesieniu do usług mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt III.2.4.1.1. lit. b swz na:

- brak referencji dotyczących usługi realizowanej na rzecz Kancelarii Sejmu,
- brak referencji dotyczących usługi realizowanej na rzecz Urzędu m.st. Warszawy.

Odwolujący wskazał w odniesieniu do usług mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt III.2.4.1.1. lit. c swz na:

- referencje Agencji Defaco-Frontex datowane są na 29.06.2024 r., czyli na 4 miesiące przed wykonaniem usługi co miało miejsce 27-28.10.2023 r.
- usługi na rzecz Agencji UE ds. Współpracy Wymiarów Sprawiedliwości w Sprawach Karnych (Eurojust) realizowane w konsorcjum i brak informacji o zakresie w jakim Gemra realizowała usługi. Złożone tłumaczenie dwóch stron umowy nie zawiera informacji o zakresie usługi, terminie, miejscu wykonania. Żaden z dokumentów nie potwierdza, że usługi miały miejsce, a jeśli już, to nie zawiera informacji o liczbie tłumaczonych języków (kabin) – informacja w tym zakresie pochodzi wyłącznie od Gemra. Brak referencji, jak i dowodu potwierdzającego brak możliwości ich uzyskania.

Działania wykonawcy polegające na nieskładaniu referencji, ukrywaniu informacji odnoszących się do zakresu usług zawartych w wykazie i wreszcie próbie wykorzystania doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum – w pełni jako własnego – należy w ocenie odwołującego zakwalifikować jako przedstawiania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd – co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa. Wykonawca podlega zatem wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy.

Zarzut alternatywny odwołujący formułuje na wypadek oddalenia zarzutu nr 1 wskazując, że wykaz usług i pozostałe podmiotowe środki dowodowe nie pozwalają na stwierdzenie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, a wykonawca powinien być co najmniej wezwany w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia lub uzupełnienia wykazu usług.

W zakresie zarzutu dotyczącego utajnienia wykazu osób odwołujący nie żąda udostępnienia imion i nazwisk, ale jedynie zakresu doświadczenia osób, które jest kluczowe dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak również prawidłowej liczby punktów w kryterium pozacenowym. Ponadto, odwołujący domniemywa, że utajnione mogły być referencje (poza dwiema udostępnionymi przez zamawiającego), jeżeli zostały one złożone. Wnosi o ich odtajnienie.

Zamawiający w ramach kryterium oceny punktował dodatkowe doświadczenie tłumaczy skierowanych do realizacji zamówienia. wykonawca złożył wykaz osób, który w całości został utajniony jako tajemnica przedsiębiorstwa, wraz z załącznikami 6/1. Uzasadnienie utajnienia jest ogólne, lakoniczne i nie zawiera dowodów na potwierdzenie podejmowania środków mających na celu zachowanie w poufności informacji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w części zarzut nr 2 i wniósł o umorzenie postępowania w tej części, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający uwzględnił w części zarzut nr 2 w odniesieniu do usług realizowanych na rzecz Kancelarii Senatu oraz Agencji Defaco-Frontex i Eurojust, co w jego ocenie czyni bezprzedmiotowym zarzut nr 1 i wnosi o jego oddalenie. Na posiedzeniu zamawiający przyznał, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Gemra w zakresie opisanym w pkt III.2.4.1.1. lit. a i c wymaga uzupełnienia i zamierza powtórzyć czynność badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w celu ustalenia zakresu usług realizowanych przez Gemra przy umowach zawartych w konsorcjach.

W odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa Gemra zastrzegł informacje zawarte w liście tłumaczy (załącznik 5/1) oraz w oświadczeniach wykonawcy dotyczących doświadczenia tłumacza ustnego (załącznik 6/1). Zamawiający uwzględnił okoliczność, że we wszystkich 8 ofertach złożonych na część A i B wykonawcy (w tym i odwołujący) zastrzegli wykazy osób (listy tłumaczy) wraz z odpowiednimi załącznikami. Zamawiający ocenił zastrzeżenie informacji przez Gemra jako zasadne. Z uwagi na brak wydzielenia do odrębnego pliku referencji, z oznaczeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający uznał, że referencje powinny pozostać jawne zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że wycofuje zarzut nr 1 w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III. 2.4.1.1. lit. b swz, wynikającego z oceny wykazu usług, w którym usługi świadczone na rzecz zamawiającego były wystarczające dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

W zawiązku z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w części, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust 4 Ustawy. Zgodnie z tą podstawą W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Ponieważ w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 podlegało umorzeniu. Ponieważ odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III.2.4.1.1. lit. b swz, na skutek oświadczenia zamawiającego, czynność badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaga powtórzenia w odniesieniu do warunku opisanego w pkt III 2.4.1.1. lit. a i b swz, co zamawiający zapowiedział. Pomimo oświadczenia zamawiającego odwołujący podtrzymał odwołanie w pozostałym zakresie. Izba skierowała do rozpoznania odwołanie w tym zakresie.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron prezentowane ustnie na rozprawie i w pismach procesowych.

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego.

Ustalenia Izby.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot zamówienia podzielony został na dwie części, tj. część A – tłumaczenia ustnie i część B – tłumaczenia pisemne. W pkt III swz opisane zostały warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący doświadczenia (pkt 2.4.1), jak również osób skierowanych do realizacji zamówienia, tłumaczy ustnych (pkt 2.4.2).

W części A w zakresie doświadczenia zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem: *nabytym w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie polegającym na wykonaniu lub wykonywaniu należyście:*

- a) *co najmniej 2 umów w zakresie tłumaczeń ustnych (warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem lub wykonywaniem umów w zakresie zarówno wyłącznie tłumaczeń ustnych, jak również w zakresie tłumaczeń ustnych oraz pisemnych w ramach jednej umowy), spełniających łącznie warunki:*
 - *umowy były wykonywane przez okres co najmniej 6 miesięcy każda;*
 - *umowy były lub są wykonywane na rzecz urzędów administracji centralnej RP albo równoważnych urzędów administracji centralnej w państwach członkowskich Unii Europejskiej, dla instytucji Unii Europejskiej, innych urzędów i instytucji państwowych oraz samorządowych.*
- b) *Co najmniej 4 usług w zakresie obsługi konferencji międzynarodowych obejmujących tłumaczenia symultaniczne na co*

najmniej 3 języki obce jednocześnie (3 kabiny);

c) Co najmniej 2 usług w zakresie obsługi konferencji międzynarodowych obejmujących tłumaczenia ustne symultaniczne na co najmniej 6 języków obejmujących łącznie (6 kabin).

W celu wykazania spełnienia warunków doświadczenia, o których mowa w pkt III.2.4.1.1) lit b i c wykonawca może wykazać spełnienie tych warunków także w przypadku jeżeli usługi, o których w nich mowa, były wykonywane w ramach jednej lub kilku umów, w tym także w ramach umów wykazywanych w celu spełnienia warunku, o którym mowa w pkt III.2.4.1. lit. a.

W zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. tłumaczy ustnych:

2.1) Realizacja przedmiotowego zamówienia wymaga aby wykonawca dysponował określoną liczbą tłumaczy w poszczególnych grupach językowych (wykaz języków obcych, w których zamawiający przewiduje tłumaczenia w okresie realizacji zamówienia wraz z podziałem na grupy, zawiera Załącznik nr 2 do Rozdziału II „Opis przedmiotu zamówienia” dla części A:

a) w I grupie językowej:

- co najmniej 8 tłumaczy z języka angielskiego oraz co najmniej po 4 tłumaczy z pozostałych języków, w tym co najmniej 1 tłumacza z języka angielskiego, który posiada ważne poświadczenie bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „tajne” oraz ważne zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, zgodnie z ustawą z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2024 r., poz. 632),
- w przypadku tłumaczenia z języka obcego na język obcy co najmniej po 2-óch tłumaczy w każdym zestawie językowym,

b) w II grupie językowej:

- podgrupa A: co najmniej po 3 tłumaczy z każdego języka,
- podgrupa B: co najmniej po 2 tłumaczy z każdego języka,

c) w III grupie językowej:

co najmniej po 2 tłumaczy z każdego języka

2.2) Tłumacze skierowani do realizacji zamówienia powinni odznaczać się praktycznymi umiejętnościami i doświadczeniem (współpraca z poniżej wymienionymi instytucjami).

Zamawiający będzie brał pod uwagę tłumaczenia ustne wykonywane w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Tłumacze skierowani do realizacji zamówienia w poszczególnych grupach językowych powinni spełniać wymagania polegające na posiadaniu doświadczenia w zakresie zrealizowania:

a) I grupa językowa – co najmniej 5 tłumaczeń dla co najmniej 1 z wymienionych instytucji: Kancelarii Prezydenta RP, Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministerstw, równoważnych urzędów innych państw, instytucji Unii Europejskiej, organizacji międzynarodowych;

b) w przypadku tłumaczeń ustnych bezpośrednio z języka obcego na inny język obcy (zestawy językowe: angielski/niemiecki, angielski/francuski) co najmniej 2 tłumaczeń (w danym zestawie językowym) dla co najmniej 1 z wymienionych instytucji: Kancelarii Prezydenta RP, Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministerstw, instytucji Unii Europejskiej, równoważnych urzędów innych państw, ambasad, a także dla innych urzędów i instytucji państwowych (krajowych i zagranicznych), organizacji międzynarodowych;

c) II grupa językowa:

podgrupa A:

co najmniej 3 tłumaczy dla co najmniej 1 z wymienionych instytucji: Kancelarii Prezydenta RP, Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, ministerstw, równoważnych urzędów innych państw, ambasad, instytucji Unii Europejskiej, organizacji międzynarodowych, a także dla innych urzędów i instytucji państwowych (krajowych i zagranicznych);

podgrupa B:

co najmniej 2 tłumaczy dla co najmniej 1 z wymienionych instytucji dla podgrupy A;

d) III grupa językowa:

co najmniej 2 tłumaczeń dla urzędów i instytucji państwowych (krajowych i zagranicznych), ambasad, organizacji międzynarodowych.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający żądał złożenia wykazu usług, którego wzór stanowi załącznik 4/1 (dla części A) wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie/wykonywanie, a także wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik 5/1) wraz z załącznikiem 6/1. Załączniki 5/1 i 6/1 stanowią jednocześnie podstawę dla dokonania oceny w kryteriach dodatkowe tłumaczenie zgodnie z pkt XVIII swz. Załączniki 5/1 i 6/1 składane były wraz z ofertą, zgodnie z pkt XII swz.

Podmiotowe środki dowodowe składane były na wezwanie przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (pkt VIII swz).

W pkt XVIII swz zamawiający opisał kryteria oceny ofert, w których poza ceną oceniane było również w części A – dodatkowe tłumaczenia ustne w I grupie językowej (20 pkt) oraz w II i III grupie językowej (20 pkt). Zamawiający przyznawał punkty za dodatkowe, powyżej minimalnego progu kwalifikacji i doświadczenia opisanego w pkt III.2.4.1.2.2 lit a lub b oraz pkt III.2.4.1.2.2. lit c lub d i tylko w sytuacji gdy tłumacz spełni warunki tam określone. Wykonawca otrzyma 1 punkt za danego tłumacza, który wykonał co najmniej 1 tłumaczenie ustne w danym języku dla następujących instytucji: Kancelarii Prezydenta RP, Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, Ministerstwa Spraw Zagranicznych lub instytucji Unii Europejskiej.

W rozdziale XXII swz zamawiający zamieścił zasady dotyczące danych osobowych.

W terminie składania ofert złożonych zostało na obie części zamówienia osiem ofert, w tym na część A trzy oferty. Odwołujący złożył oferty na obie części.

Wykonawca A.G., której oferta najwyżej oceniona została w części A zamówienia, wezwana została pismem z 10.12.2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi złożone zostały dokumenty, w tym wykaz usług (załącznik 4/1) z podziałem na warunki opisane w pkt III.2.4.1.1 lit a, b i c. Wykonawca w tabeli wskazywał zamawiającego (podmiot dla którego wykonywana była umowa) lub nazwę organizatora i nazwę konferencji, a także odpowiednio datę realizacji/okres na jaki umowa została zawarta lub datę realizacji. W tabeli z lit. a w opisie należało określić rodzaj tłumaczenia (ustne, pisemne), a w tabeli z lit. b liczbę języków obcych (kabin) jednocześnie podlegających symultanicznemu tłumaczeniu ustnemu.

W tabeli z lit. a Gemra wskazała dwóch zamawiających: Kancelarię Sejmu oraz Kancelarię Senatu. W tabeli z lit. b wskazanych zostało dziewięciu organizatorów konferencji. W przypadku Agencji Unii Europejskiej ds. Współpracy Wymiarów Sprawiedliwości w Sprawach Karnych (Eurojust) w kolumnie dotyczącej daty realizacji zaznaczono, że jest to informacja poufna.

Do wykazu załączone zostały referencje Kancelarii Senatu z 1.02.2024 r. wystawione dla konsorcjum GEMRA tłumaczenia specjalistyczne i IURIDICO Legal & Financial Translations Sp. z o.o., referencje z 29.06.2023 r. od Defact sp. z o.o. dotyczące konferencji i wydarzeń organizowanych dla Agencji Frontex, a także oświadczenie własne Gemra w sprawie referencji Agencji Eurojust. Wykonawca w oświadczeniu wskazał na realizowane od 22.07.2021 r. tłumaczenia ustne w oparciu o zawartą na okres 4 lat umowę ramową z Agencją Eurojust, która zawarta została w konsorcjum. Wykonawca załączył dwie pierwsze strony umowy w języku angielskim oraz wskazał, że:

Agencja Eurojust wielokrotnie podkreślała podczas spotkań zadowolenie z jakości świadczonych usług tłumaczenia, ale zgodnie z przyjętą polityką wewnętrzną nie wystawia referencji. Opinię o świadczonych usługach można uzyskać mailowo u p. N.K., który odpowiada po stronie Eurojustu za tę umowę (e-mail: n.).

Zamawiający pismem z 18.12.2024 r. wezwał Gemra na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do złożenia i uzupełnienia dokumentów, w tym przetłumaczonych na język polski dokumentów załączonych do „Oświadczenia w sprawie referencji Agencji Eurojust”. Zamawiający jednocześnie wystąpił o wyjaśnienie przyczyn, dla których nie było możliwe złożenie referencji bądź innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. Zamawiający wskazała, że *jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, powinien przedstawić obiektywne przeszkody, które to uniemożliwiają, a co najmniej udowodnić, że podjął próby pozyskania odpowiednich dokumentów, wykazując staranność i wolę ich pozyskania.*

Gemra w wyjaśnieniach z 19.12.2024 r. wskazała:

W uzupełnieniu do oświadczenia z dn. 16.12.2024 niniejszym oświadczam, że podjęliśmy starania w celu uzyskania referencji od Agencji Eurojust na potwierdzenie należytego wykonania umowy nr 2020/EJ/05/PO/HAN już w 2022 roku. Podjęte działania okazały się nieskuteczne z przyczyn obiektywnych, niezależnych od nas. Przedstawiciel Eurojust odpowiedział, że ze względu na obowiązującą politykę wewnętrzną agencji wystawienie referencji nie jest możliwe.

W związku z powyższym oświadczam niniejszym, że usługi określone w umowie nr 2020/EJ/05/PO/HAN (tłumaczenia ustne konsekwentne i symultaniczne oraz okazjonalny wynajem sprzętu do tłumaczenia wraz z obsługą), w tym wymienione w wykazie usług złożonym jako podmiotowy środek dowodowy w postępowaniu pn. „Świadczenie usług tłumaczeń ustnych i pisemnych związanych z obsługą międzynarodowej współpracy Sejmu RP i Kancelarii Sejmu w latach 2025-2026”, były wykonane należyście.

Potwierdzenie należytego wykonania umowy można uzyskać kontaktując się z p. Nicolasem KARAYANNISem, który odpowiada po stronie Eurojustu za przedmiotową umowę (e-mail: n.).

Procedura obsługi zlecenia określona w umowie nr 2020/EJ/05/PO/HAN nie przewiduje protokołu odbioru, zatem nie

dysponujemy dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie poszczególnych zleceń.

Ponadto obiektywnym potwierdzeniem należytego wykonywania umowy, w ramach której świadczymy usługi tłumaczenia od ponad trzech lat, jest fakt dwukrotnego przedłużenia umowy po upływie pierwszych 24 miesięcy na okres kolejnych 12 miesięcy (patrz art. 1.3 przedmiotowej umowy ramowej wraz z tłumaczeniem na jęz. polski - załącznik nr 1 do niniejszego oświadczenia). Agencja Eurojust miała możliwość nieprzedłużenia umowy, z której nie skorzystała, co dowodzi należytego wykonania usług przez konsorcjum Wykonawców.

Do wyjaśnień załączone zostały pierwsze strony umowy ramowej wraz z załącznikiem nr 1 dotyczącym jej przedłużenia. Umowa ramowa zawarta została z trzema podmiotami określanymi jako „Wykonawca”, w tym z Gemra tłumaczenia specjalistyczne.

Zamawiający pismem z 31.12.2024 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części A wskazując ofertę GEMRA tłumaczenia specjalistyczne A.G.. Oferta uzyskała maksymalną liczbę punktów, a trzy oferty złożone w tej części w dwóch kryteriach za dodatkowe tłumaczenia otrzymały po 20 pkt.(maksymalna punktacja).

Wszyscy wykonawcy w swoich ofertach zastrzegli, jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki 5/1 i 6/1, tj. wykaz tłumaczy oraz opis doświadczenia (załącznik 6/1). W ofertach załączono wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Znaczenie informacji dotyczących tłumaczy wraz z ich doświadczeniem ma kluczowe znaczenie dla podmiotu, którego działalność opiera się na tych zasobach, co faktycznie prowadzi do budowania pozycji na rynku. Wykonawca Gemra wskazał na powszechne traktowanie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na rynku, oceniając tą praktykę jako dobry standard. Do wyjaśnień nie zostały załączone dowody.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 1 odwołania, Izba zobowiązana była uwzględnić skutki, jakie dla rozstrzygnięcia ma ustalenie, że czynność badania spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie powtórzona (uzupełniona) w zakresie dotyczącym spełnienia warunku z pkt III 2.4.1.1. lit a i b swz. Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut, którego podstawą była ocena doświadczenia wymaganego zgodnie z pkt III 2.4.1.1. lit b swz. Ponieważ zarzut nr 1 (w zakresie podtrzymanym) dotyczył zaniechania odrzucenia oferty GEMRA, mimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej określonych w pkt III 2.4.1.1 lit. „a”, „b” i „c” swz oraz mimo, że wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, dotyczące zakresu swojego doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – czego konsekwencją jest nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy GEMRA, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, na moment rozpoznania nie można było przesądzić, czy wskazane w wykazie usług doświadczenie jest niewystarczające.

Ponieważ zamawiający zobowiązany jest, w związku z uwzględnieniem zarzutu nr 2, powtórzyć czynność badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dopiero po zakończeniu tej oceny możliwe będzie ustalenie, czy wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 226 ust.1 pkt 2 lit a i b Ustawy. Pomimo uwzględnienia zarzutu nr 2 dotyczącego zaniechania wezwania GEMRA do uzupełnienia wykazu usług, odwołujący zdecydował o podtrzymaniu zarzutu nr 1, który jest zarzutem dalej idącym. Bez przeprowadzenia obowiązkowej procedury na podstawie art. 128 Ustawy, ocena podmiotowa nie może być uznana za zakończoną, a tym samym nie można uznać zasadności odwołania w zakresie związanym z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ zamawiający wcześniej nie wzywał GEMRA do uzupełnienia wykazu usług wraz z referencjami, dopiero umożliwienie przeprowadzenia pełnej procedury badania, w tym wyjaśnienie okoliczności związanych z zakresem usług realizowanych w konsorcjach, pozwoli zamawiającemu na podjęcie decyzji o wyborze lub odrzuceniu oferty GEMRA. Również Izba na obecnym etapie postępowania przetargowego nie może w sposób ostateczny ocenić doświadczenia tego wykonawcy i uwzględnić zarzutu zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b swz (w odwołaniu błędnie wskazano art. 224 ust. 1 pkt 2 lit a i b Pzp – nie ma takiego przepisu, a art. 224 dotyczy wyjaśnienia ceny). Jednocześnie Izba zobowiązana jest na podstawie art. 552 ust 1 Ustawy uwzględnić stan, jaki wywołuje oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów, których skutkiem jest konieczność uzupełnienia czynności w zakresie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z jednej strony prowadzi ono do umorzenia postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutu uwzględnionego, co powoduje również ten skutek, że nie jest możliwa ocena przyszłej czynności, od której wykonawcy przysługiwać będzie środek ochrony prawnej. Odwołujący formułując zarzut alternatywny w taki sposób, że jego rozpoznanie przez Izbę miało być możliwe wyłącznie w sytuacji oddalenia zarzut nr 1, nie mógł wyłączyć skutku, jaki dla wyniku sprawy ma oświadczenie zamawiającego o jego uwzględnieniu. Konstrukcja zarzutów nie stanowi dla zamawiającego przeszkody formalnej w tym znaczeniu, że uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 128 ust.1 Ustawy wywołuje skutek dla przebiegu postępowania przetargowego. Ponadto należy wskazać, że takie oświadczenie jest spójne z przepisami, w których wskazuje się na obowiązek

wezwania do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia dokumentów, co warunkuje zakończenie procedury badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba dostrzega zamysł procesowy w takim sformułowaniu zarzutu, w którym odwołujący dąży do odrzucenia oferty, a nie powtórzenia czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie może to jednak ograniczać zamawiającego w taki sposób, że od konstrukcji zarzutu miałyby zależeć, jakie czynności podejmie zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadrzędnym celem formalizmu jest bowiem doprowadzenie do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponieważ zamawiający uznał odwołanie w części wskazującej na potrzebę powtórzenia czynności, oznaczało to, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy nie mógł być uwzględniony.

Ponieważ zarzutem nr 1 objęta została również czynność zaniechania odrzucenia oferty GEMRA w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy, koniecznym było rozstrzygnięcie, czy oferta nie podlega odrzuceniu na tej podstawie, co stanowiłoby przeszkodę do wezwania wykonawcy do uzupełnienia, złożenia lub poprawienia złożonych dokumentów.

Wykonawca zarzut ten opierał na twierdzeniu o celowym braku złożenia referencji, jak również braku wskazania zakresu usług realizowanych przez GEMRA w konsorcjum w sposób pozwalający na ustalenie jaki był jego udział, co miało wskazywać na chęć przedstawienia doświadczenia w całości jako własnego i wprowadzać zamawiającego w błąd, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Izba uznała zarzut ten za bezpodstawny. O braku wprowadzania zamawiającego w błąd świadczą składane podmiotowe środki dowodowe jak i wyjaśnienia GEMRA. Odwołujący poza sformułowaniem domysłów i projekcji własnych zastrzeżeń nie wykazał, aby informacje prezentowane zamawiającemu były obiektywnie nieprawdziwe. W szczególności odnosząc się do brakujących referencji, w przypadku usług, których odbiorcą był zamawiający, ich brak nie mógł świadczyć o wprowadzaniu w błąd. Przepisy Ustawy pozwalają bowiem w takiej sytuacji przyjąć do oceny informacje, jakie posiada zamawiający, zgodnie z art. 127 ust. 2 Ustawy. Ponadto należy podkreślić, że odwołujący miał wiedzę, o tym że zamawiający ocenił to doświadczenie jako spełniające warunek udziału w postępowaniu, co zostało mu zakomunikowane w korespondencji z dnia 19.12.2024 r. Zamawiający wskazał odwołującemu na zakres umowy z 9.04.2020 r., obejmującej wszystkie grupy językowe, jak również ocenił jej wykonanie jako należyte i potwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt III.2.4.1.1 lit a i b swz. W odniesieniu natomiast do referencji związanych z umową realizowaną dla Eurojust GEMRA wskazywała w sposób konsekwentny na przeszkody w uzyskaniu referencji, z uwagi na politykę wewnętrzną Agencji, jak i procedurę obsługi umowy, w której nie ma protokołów odbioru. Jednocześnie wskazał na możliwość skierowania pytania do osoby z ramienia Agencji. Powyższe nie mogło prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca wprowadzał zamawiającego w błąd przez celowe unikanie złożenia referencji. Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej, chociażby nie wystąpił pod wskazywany adres do organu o potwierdzenie lub zaprzeczenie udziału GEMRA w umowie ramowej, jako konsorcjanta, czy też ustalenia możliwości uzyskania referencji. To na odwołującym spoczywał ciężar wykazania zasadności zarzutu podania nieprawdziwych informacji. W miejsce dowodu wskazującego na odmienny stan od opisanego w dokumentach złożonych w postępowaniu, odwołujący ograniczył się do twierdzenia o próbie ukrycia pewnych faktów, bez ich konkretyzacji. Powyższe uniemożliwiało przyjęcie, że zachodziła wobec GEMRA podstawa do odrzucenia oferty z art. 226 ust 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust 1 pkt 10 Ustawy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 uznk, tj. zaniechania odtajnienia i udostępnienia informacji zawartych w wykazie osób i załącznikach 6/1, odwołujący kwestionował samą skuteczność zastrzeżenia informacji prezentowanych w dokumentach. Odwołujący nie kwestionował charakteru i znaczenia informacji, które sam w swojej ofercie również objął klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazywał, że naruszenie to uniemożliwiało zweryfikowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt III 2.4.1.2 swz, jak również prawidłowość oceny punktowej. Jednocześnie odwołujący nie formułował zarzutu braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i ilości punktów przyznanych GEMRA, chociażby w formule zarzutu ewentualnego.

Uwzględniając charakter informacji, jak i przyjętą w postępowaniu przez wszystkich wykonawców praktykę chronienia tożsamyh informacji, ocena skuteczności utajnienia nie powinna być oderwana od tych okoliczności. Zamawiający oceniając skuteczność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych personalnych tłumaczy, jak i ich doświadczenia, kierując się zasadą przejrzystości, jak i uczciwej konkurencji, uznał w sposób zasadny, że informacje te zasługują na ochronę. Odwołujący podkreślał brak skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakiem wykazania w szczególności podjętych działań mających na celu ochronę informacji. Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy zarzut ten miał wyłącznie charakter formalny i opierał się na wykazaniu niedostatecznej treści uzasadnienia utajnienia, co miałyby pozbawiać ochrony danych dotyczących tłumaczy.

Odnosząc się zatem do samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie GEMRA należy

wskazać, że oceny tej należy dokonać z uwzględnieniem okoliczności szczególnych, jakie wynikają z charakteru tych informacji. Ponieważ nie są to dane wprost opisujące know-how przedsiębiorcy, również ocena skuteczności podjętych działań powinna uwzględniać ten charakter. Jak słusznie podkreślały strony, dane dotyczące tłumaczy faktycznie stanowią istotę zasobów, na których opiera się działalność gospodarcza wymagająca wyspecjalizowanej wiedzy. Wraz z kolejnymi doświadczeniami tłumaczy z jakimi podmiot współpracuje zwiększa się atrakcyjność przedsiębiorstwa, co jednoznacznie traktowane jest na rynku jako wartość gospodarcza. Należy przy tym podkreślić, że w postępowaniu wszyscy wykonawcy w ten sposób chronili dane, chociaż każde uzasadnienie różni się zakresem, rozbudowaną więcej lub mniej argumentacją. W ocenie składu, w tej sprawie, brak dowodów na podjęcie środków mających na celu ochronę informacji, nie mógł prowadzić do uznania, że zastrzeżenie to było nieskuteczne. Ochronie podlegają bowiem informacje poufne dotyczące danych personalnych i doświadczenia osób, które jest specyficzne i wymaga szczególnej ochrony z uwagi na charakter świadczonej usługi tłumaczenia ustnego. Słusznie wskazał zamawiający na wyjątkowy zakres świadczeń, które wymagają osobistego towarzyszenia najważniejszym osobom reprezentującym organy państwowe, czy też międzynarodowe. W ocenie składu takie doświadczenie ma charakter unikatowy, a przez to może pozwolić na identyfikację osób angażowanych do świadczenia i nie może być traktowane inaczej niż dane personalne tłumaczy. Nie jest zatem wystarczającym samo zastrzeżenie danych personalnych, jak widzi to odwołujący w stosunku do oferty konkurencyjnej. Potrzeba ochrony opisu kwalifikacji i doświadczenia również jest nierozdzielnie związana z konkretną osobą, której identyfikacja może istotnie zaburzać pozycję przedsiębiorcy na rynku. GEMRA, tak jak inni uczestnicy rynku, chroni te dane, co ma nie tylko znaczenie z punktu widzenia oceny oferty, ale przede wszystkim pozwala utrzymać pozycję na rynku i ją rozwijać. Również względy bezpieczeństwa uzasadniać mogą ochronę danych osób, które miałyby być skierowane do świadczenia umowy, co wymaga towarzyszenia najważniejszym osobom w państwie. Zarówno wykonawcy jak i zamawiający nie są zainteresowani ujawnianiem tych danych, co jest w pełni uzasadnione.

Formalizm procedury nie powinien w tej sprawie stać na pierwszym miejscu. W ocenie składu orzekającego zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie nie powinna przesadzać oceny w rodzaj konkursu na najlepsze uzasadnienie zastrzeżenia. Odwołujący kładł nacisk na udowodnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności podejmowanych działań w celu zachowania w poufności. W przepisach uznk nie ma informacji pozwalających zidentyfikować te działania. Nie ma zatem jednego wzorca do którego wykonawcy mogliby się stosować. Zawsze uzasadnienie może budzić zastrzeżenia. Jednak w tej sprawie nie można twierdzić, aby uzasadnienie było lakoniczne i gołosłowne. Miało ono spójny i logiczny wywód, korespondujący ze sposobem traktowania tych informacji przez pozostałych wykonawców. Zamawiający mógł ocenić zasadność zastrzeżenia z perspektywy wagi i znaczenia osób, które będą uczestniczyć w pracach parlamentu, nawet jeżeli nie było to akcentowane w uzasadnieniu. Ponieważ wszyscy uczestnicy procedury zastrzegali ten sam rodzaj informacji, decyzja zamawiającego o uznaniu skuteczności nałożenia klauzuli na informacje zawarte w ofertach utrzymywała równowagę podmiotów zarówno w postępowaniu jak i szerzej na rynku. Niezależnie od wyniku, żaden z wykonawców nie miał możliwości poznania szczegółów związanych z doświadczeniem tłumaczy, co było podyktowane ich wspólną postawą wobec tych danych. W ocenie składu, w tych okolicznościach, nie ma podstaw do formułowania wobec zamawiającego zarzutu naruszenia zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców, jak również jawności.

Odwołujący na rozprawie powołał się na orzeczenie TSUE w sprawie C-54/21, w której Trybunał miał potwierdzić możliwość utajnienia informacji punktowanych w kryteriach, co nie powinno mieć znaczenia dla możliwości korzystania z środków ochrony prawnej. Argumenty te w ocenie Izby wykroczały poza zakres zarzutu, w którym odwołujący nie wskazywał na naruszenie obowiązku zamawiającego przygotowania informacji pozwalającej na zweryfikowanie dokonanej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i liczby przyznanych punktów w kryteriach pozacenowych.

Jednocześnie warto w tym miejscu podkreślić, że w orzeczeniu tym Trybunał wskazał na możliwość odmowy pełnego dostępu do informacji, jeżeli – nawet gdy nie mają one takiej wartości handlowej (jak określona w pkt 2 sentencji) – ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym. Wyrok ten wskazuje zatem na dopuszczalność zastrzeżenia jako informacji poufnych nie tylko informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz również innych, które, m.in. „mogłyby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy”. Prowadzi to zatem do wniosku o potrzebie zapewnienia ochrony interesów wykonawców nie tylko z perspektywy uregulowanej szczególnej procedury ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i restrykcyjnych wymogów formalnych tej procedury, ale również z uwzględnieniem skutków, jakie miałyby dla wykonawcy i interesu publicznego ujawnienie informacji poufnych. W ocenie składu orzekającego ocena dokonana przez zamawiającego nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. Zamawiający uwzględnił szereg okoliczności, które pozwoliły ocenić znaczenie informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jako ważnych dla pozycji podmiotów prowadzących działalność na rynku (mających wartość handlową), jak również mających znaczenie dla ochrony interesu

publicznego, rozumianego jako ochrona danych osób, które mogą mieć dostęp do najważniejszych osób piastujących urzędy państwowe jak i międzynarodowe.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 15.000 zł.

Przewodnicząca:.....