

**Sygn. akt KIO/UZP 218 /09**

**WYROK  
z dnia 10 marca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Ewa Jankowska**

**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa** protestu z dnia **5 lutego 2009 r.**

przy udziale **Comtegra Sp. z o.o. ul. Puławska 474, Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SYGNITY S.A. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**.

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostarczenie i uruchomienie systemu backupu i archiwizacji danych oraz zapewnienie trzyletniego wsparcia technicznego dla wdrożonego systemu backupu i archiwizacji danych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, w dniu 25 października 2008 r., pod numerem 2008/S 208-276181.

W dniu 5 lutego 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez: Comtegra Sp. z o.o. oraz Advatech Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust.1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 2 i 3 i wnosząc o: unieważnienie decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonanie

powtórnej oceny ofert, odrzucenie oferty Comtegra Sp. z o.o. i Advatech Sp. z o.o. oraz wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący się zarzuca, iż część oferty Comtegra Sp. z o.o., niezgodnie z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, została złożona w języku obcym. Zgodnie z powołanymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim, a jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie oferty również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym. Z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiotowego postępowania nie wynika wprost uprawnienie dla wykonawców do składania ofert w języku innym niż polski. Zgodnie z postanowieniem rozdziału X pkt 9 SIWZ, dokumenty w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę. W pkt 10 SIWZ Zamawiający zezwolił na używanie w oświadczeniach, ofercie oraz innych dokumentach określeń obcojęzycznych, w zakresie określonym w art. 11 ustawy o języku polskim (Dz. U. z 1999 r., Nr 90, poz. 999 ze zm.). Zgodnie z treścią przedmiotowego przepisu, nie wymaga się tłumaczenia na język polski: nazw własnych, obcojęzycznych dzienników, czasopism, książek oraz programów komputerowych, z wyjątkiem ich opisów i instrukcji, działalności dydaktycznej i naukowej szkół wyższych, szkół i klas z obcym językiem wykładowym lub dwujęzycznych, nauczycielskich kolegiów języków obcych, a także nauczania innych przedmiotów, jeżeli jest to zgodne z przepisami szczególnymi, twórczości naukowej i artystycznej, zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych oraz oznaczeń pochodzenia towarów i usług, norm wprowadzanych w języku oryginału zgodnie z przepisami o normalizacji. Według wiedzy Odwołującego się, również do czasu otwarcia ofert Zamawiający nie wyrażał zgody na złożenie oferty w języku obcym.

Tymczasem wykonawca Comtegra Sp. z o.o. w ofercie na stronie 13 i 14 zawarł specyfikację ilościowo-techniczną Sprzętu i Oprogramowania, która w większej części sporządzona jest w języku angielskim. Odwołujący się zwraca przy tym uwagę, że użycie języka angielskiego nie odnosi się wyłącznie do nazw własnych oferowanych urządzeń, ale także do dokonanego opisu urządzenia, a zatem nie mieści się w katalogu możliwości używania nazw obcojęzycznych określonych przez art. 11 ustawy o języku polskim. W konsekwencji należy uznać, że sporna oferta jest niezgodna zarówno z ustawą, jak i treścią SIWZ.

Niezależnie od powyższego, w opinii Odwołującego się, oferta Comtegra Sp. z o.o. podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, z innych przyczyn. Zgodnie z odpowiedziami na pytania przesłanymi do wykonawców w dniu 9 grudnia 2008 r., składający ofertę byli zobowiązani do zaproponowania rozwiązania zawierającego stację zarządzającą, na której możliwe będzie uruchomienie konsoli zarządzających do oprogramowania i

sprzętu. W ofercie Comtegra Sp. z o.o. brak jest zaoferowania wymaganej stacji zarządzającej, co jest równoznaczne z zaistnieniem podstaw do odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwolujący się podnosi, iż analogiczne zarzuty dotyczące sporządzenia oferty w języku obcym oraz braku zaoferowania wymaganej stacji zarządzającej stawia wykonawcy Advatech Sp. z o.o. W szczególności wykonawca ten na stronach 17 -19 złożonej oferty zamieścił specyfikację zaproponowanego sprzętu i oprogramowania, która podobnie jak w ofercie Comtegra Sp. z o.o., zawiera opis oferowanych urządzeń w języku angielskim. Zatem przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili: Comtegra Sp. z o.o. oraz Advatech Sp. z o.o.

W dniu 13 lutego 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć ofertę wraz z załącznikiem zawierającym szczegółowy opis zaproponowanego rozwiązania oraz specyfikację ilościowo-techniczną Sprzętu i Oprogramowania (Załącznik 6 do SIWZ). Zgodnie z powyższym Wykonawcy, do których odnosi się protest, przedstawili wymagane informacje, dzieląc je na dwie części. W części: „Szczegółowy opis zaproponowanego rozwiązania” dokonali w języku polskim wymaganego opisu zaproponowanego rozwiązania na dostarczenie i uruchomienie systemu do wykonywania, odtwarzania i zarządzania kopiami zapasowymi, zwanego "systemem backupowym". Opis ten umożliwił Zamawiającemu ocenę, czy oferta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. W drugiej części "Specyfikacja ilościowo-techniczna Sprzętu i Oprogramowania" zawarte zostało tabelaryczne zestawienie oferowanych produktów, podające ich oryginalne, anglojęzyczne nazwy i zwyczajowo stosowane techniczne określenia w języku oryginalnym (j. angielskim). Omawiana specyfikacja zawiera pola: „produkt”, „opis” i „ilość”. Pole „produkt” zawiera symbol produktu w katalogu producenta. Pole „opis” zaś jest nierozdzielnie związane z symbolem katalogowym i zawiera w rzeczywistości nazwę własną oraz handlową produktu. Opisywanie technicznej konfiguracji sprzętu komputerowego w języku angielskim jest formą zwyczajowo przyjętą na rynku usług i dostaw komputerowych. Praktyka ta nie narusza ustawy o języku polskim stosownie do postanowień art. 11 pkt 1, 5 i 6 tej ustawy, a w konsekwencji, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie narusza art. 9 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie bowiem do przepisów ustawy o języku polskim, dopuszczalne jest stosowanie w innym języku niż polski, nazw własnych, nazw handlowych oraz zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej. W tych okolicznościach opisy przedstawione w tabeli spełniają warunki dopuszczalności ich użycia w angielskim brzmieniu. Użyta terminologia nie musi być

tłumaczona na język polski, bowiem jest powszechnie stosowana i zrozumiała w opisach parametrów technicznych oprogramowania i sprzętu informatycznego, jako nazwy własne, które po przetłumaczeniu nabrałyby innego znaczenia.

Zarówno w SIWZ, jak i w odpowiedzi na pytanie nr 7 Zamawiający nie wymagał, aby stacja zarządzająca i moduł zarządzający (w przypadku produktu HP Data Protector - Cell manager) były osobnymi elementami sprzętowymi. Zamawiający nie narzucał na tym etapie szczegółów oferowanych rozwiązań. Wymagane było dostarczenie sprzętu w ilości niezbędnej do realizacji zaproponowanego rozwiązania. W szczególności oferta firmy Comtegra Sp z o.o. zawiera moduł zarządzający instalowany w konfiguracji klastrowej i przewiduje zainstalowanie konsoli zarządzającej bezpośrednio na tym module. Moduł zarządzający pełni więc rolę stacji zarządzającej.

W dniu 23 lutego 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podnosi, iż na str. 13 i 14 oferty Comtegra Sp. z o.o. znajdują się nieprzetłumaczone nazwy handlowe i poprawności ich zastosowania w języku angielskim nie kwestionował i nie kwestionuje (np. HP Data Prot Advandc Bckp Osk czy też HP Data Prot On-line Backup). Jednakże, w języku angielskim jest sporządzony również opis oferowanych urządzeń, który powinien, zgodnie z obowiązującym prawem, być przetłumaczony na język polski i to bez uszczerbku dla treści oferty.

Odwołujący się zauważa ponadto, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się wprost do zarzutów stawianych wobec oferty wykonawcy Advatech Sp. z o.o.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że Zamawiający wymagał zaoferowania w ofercie (a nie na jakimkolwiek późniejszym etapie) rozwiązania zawierającego stację zarządzającą, z zainstalowanym modułem zarządzającym, odpowiedzialnym za sterowanie procesami backupu i za gromadzenie danych o ich przebiegu w systemie backupowym. Zaś, rozwiązanie zaoferowane przez Comtegra Sp. z o.o. zbudowane jest w oparciu o architekturę niezgodną z wymaganą przez Zamawiającego.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Przepis art. 9 ust. 2 ustawy Pzp wyraża normę, z której wynika obowiązek prowadzenia postępowania w języku polskim. Zasadą jest więc posługiwanie się w toku postępowania językiem polskim. Przedmiotowa norma adresowana jest do wszystkich uczestników postępowania. Ustawodawca wskazuje bowiem, że postępowanie, a więc cały

proces udzielania zamówienia odbywa się w języku polskim, co oznacza, że wszystkie podmioty występujące na jakimkolwiek etapie postępowania, są zobowiązane do stosowania języka polskiego. Odstępstwo od wskazanej reguły przewiduje przepis art. 9 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

W niniejszej postępowaniu, Zamawiający nie odstąpił od zasady prowadzenia postępowania w języku polskim, wskazując wprost, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez wykonawcę (rozdział X pkt 9 SIWZ). Zatem, zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy zobowiązani są stosować język polski. Jednakże Zamawiający wskazał jednocześnie, że dopuszcza się używanie w oświadczeniach, ofercie oraz innych dokumentach określeń obcojęzycznych w zakresie określonym w art. 11 ustawy o języku polskim.

W istocie rozstrzygnięcie zawistego sporu, we wskazanym aspekcie (naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy użyte w kwestionowanych ofertach zwroty mieszczą się w zakresie pojęć „nazwa własna, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna czy też nazwa handlowa” (tylko bowiem wymienione pojęcia mogą być przedmiotem rozważań w okolicznościach niniejszej sprawy), czy też stanowią opis produktu. Kwalifikacja powyższych okoliczności będzie bowiem determinowała ocenę ofert.

W tej sytuacji należy dokonać oceny treści przedmiotowych specyfikacji ilościowo-technicznych, w świetle wskazanych wyżej pojęć, o których mowa w pkt 1, 2, 5, 6 ustawy o języku polskim. Wyniki tej oceny prowadzą do wniosku, że choć w istocie w obu przedmiotowych specyfikacjach dołączonych do spornych ofert, dokonano wyraźnego rozróżnienia produktu od jego opisu (odrębne kolumny), to jednak należy stwierdzić, że elementy opisu znajdujące się w kolumnie pod nazwą „opis”, zostały dokonane przy użyciu zwyczajowo stosowanej terminologii technicznej. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nieuzasadnione jest twierdzenie, że znajdująca się w kolumnie "opis" treść stanowi jedynie nazwę własną, czy też nazwę handlową produktu. Jak wynika bowiem z przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego wyciągów z katalogu produktów firmy HP, numer katalogowy produktu nie zawsze odpowiada temu samemu produktowi u różnych dystrybutorów. Pod jednym numerem może kryć się też kilka produktów. Nie ulega natomiast wątpliwości, że identyfikacja produktu informatycznego nie jest wystarczająca przez wskazanie numeru katalogowego lub nazw. Stąd powszechnie stosowana na rynku informatycznym jest identyfikacja produktu poprzez jego opis, za pomocą zwyczajowo

stosowanej i powszechnie znanej terminologii technicznej, która w świetle art. 11 pkt 5 ustawy o języku polskim nie wymaga przekładu na język polski. Przedmiotowa regulacja stanowi z pewnością przejaw dbałości i woli zapewnienia przez ustawodawcę jednoznaczności i precyzji terminologii naukowej, czy technicznej, której znaczenie jest nie do przecenienia.

Wspomniane elementy opisu, a ściślej elementy pozwalające na identyfikację produktu, w odniesieniu do programów komputerowych, nie stanowią opisu w rozumieniu art. 11 pkt 3 ustawy o języku polskim. W analizowanych specyfikacjach brak bowiem opisu w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc charakterystyki wszystkich cech (funkcjonalności) programu. Występują jedynie określenia determinujące wersję (rodzaj) i w tym zakresie użycie terminologii technicznej, zwyczajowo stosowanej, jest dopuszczalne. Nie mamy bowiem do czynienia z opisem, a identyfikacją produktu.

W tych okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia, iż kwestionowane oferty są niezgodne z ustawą, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego się, specyfikacja ilościowo-techniczna Sprzętu i Oprogramowania zawarta w obu spornych ofertach, zawiera opis produktu w języku angielskim, co dyskwalifikuje oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Prezentowanego stanowiska nie podziela jednak Krajowa Izba Odwoławcza. Zwrócić bowiem należy uwagę, że zgodnie z rozdziałem X pkt 2 SIWZ, do Formularza ofertowego wykonawca ma obowiązek dołączyć wypełniony załącznik A, zawierający szczegółowy opis zaproponowanego rozwiązania, umożliwiający weryfikację, czy spełnia ono warunki SIWZ oraz specyfikację ilościowo-techniczną Sprzętu i Oprogramowania. Zatem, należy przyjąć, że przedmiotowa specyfikacja ma obejmować wskazanie konkretnego produktu, który zostanie użyty do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz jego ilość. Opis produktów nie był w ogóle wymagany. Skoro tak, to nawet opisanie produktu w języku angielskim nie może stanowić podstawy do oceny oferty, w tym zakresie, w odniesieniu do treści SIWZ. Brak, bowiem przedmiotowego wymogu w SIWZ powoduje, że dokonanie opisu produktu w języku innym niż polski, nie może stanowić podstawy do oceny oferty, w świetle regulacji zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Istota zarzutu merytorycznego sprowadza się do twierdzenia (co w sposób nie budzący wątpliwości przyznał Odwołujący się na rozprawie), iż wymogiem Zamawiającego było dedykowanie jednostki sprzętowej do stacji zarządzającej. Zdaniem Odwołującego się, powyższe wynika z odpowiedzi na pytanie nr 7, udzielonej w piśmie z dnia 9 grudnia 2008 r. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, pogląd Odwołującego się nie znajduje uzasadnienia. Otóż, należy zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest dostawa określonego systemu wraz ze sprzętem i oprogramowaniem. Zamawiający postawił pewne wymagania w tym zakresie

(załącznik nr 1 do SIWZ), jednakże zaproponowanie rozwiązania leżało po stronie wykonawców. Wskazuje na to treść pkt 1, w którym mowa o dostawie sprzętu i oprogramowania niezbędnego do realizacji zaproponowanego rozwiązania, a więc rozwiązania dostarczonego przez wykonawcę, wskazuje się również, że sporządzony przez wykonawcę projekt techniczny musi zawierać opis koncepcji systemu backupowego, a w załączniku nr A do Formularza ofertowego należy zamieścić szczegółowy opis zaproponowanego rozwiązania. W okolicznościach sprawy, pytanie nr 7 dotyczy więc rozwiązania (na które składa się zarówno oprogramowanie, jaki i sprzęt, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia), obejmującego stację zarządzającą, na której możliwe będzie uruchomienie konsoli zarządzających do oprogramowania i sprzętu. Odpowiedź twierdząca Zamawiającego, w tym zakresie, dotyczy rozwiązania jako całości, tzn. Zamawiający potwierdził, że rozwiązanie ma mieć wskazaną przez wykonawcę cechę. Nie wynika z tego jednakże, że wskazana cecha dotyczy sprzętu. Nie przesądza o tym, ani treść pytania, ani tym bardziej, odpowiedź udzielona przez Zamawiającego. Zamawiający, potwierdził bowiem swoją intencję, jednocześnie wyjaśniając, że opracowane rozwiązanie, w sensie rozwiązania systemowego, musi zawierać moduł zarządzający odpowiedzialny za sterowanie procesami backupu i za gromadzenie danych o ich przebiegu w systemie backupowym, zaś moduł zarządzający tym systemem wraz z bazą musi pracować w konfiguracji klastrowej i mieć możliwość przełączenia się między dwiema lokalizacjami NBP. W przedmiocie sprzętu, Zamawiający wskazał, że należy go dostarczyć w takiej ilości, aby zapewnił realizację zaproponowanego rozwiązania.

W tych okolicznościach nie sposób przyznać racji Odwołującemu się, że Zamawiający potwierdził, iż stacja zarządzająca to jednostka sprzętowa i to jednostka dedykowana do wskazanych potrzeb. Powyższego faktu nie udowodnił Odwołujący się. Brak jakiegokolwiek potwierdzenia, że stacja zarządzająca w języku informatycznym oznacza jednostkę sprzętową. Przeciwnie stanowisko wynika zaś z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego, jak i z analizy ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Oprócz, bowiem Odwołującego się, żaden z wykonawców nie zaproponował rozwiązania, opartego na koncepcji, gdzie stacja zarządzająca stanowi odrębną jednostkę sprzętową, na której zostanie uruchomiona konsola zarządzająca do oprogramowania i sprzętu. Ponadto, sam Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nie ograniczył się wyłącznie do wyjaśnień odnośnie sprzętu, co byłoby uzasadnione, gdyby jak twierdzi Odwołujący się, stację zarządzającą definiowano jako sprzęt. Tymczasem Zamawiający, zajął stanowisko zarówno w kwestii oprogramowania, jak i sprzętu.

Prawidłowe jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że zarówno treść SIWZ, jak i spornego pytania i odpowiedzi nie przesądza o stacji zarządzającej w rozumieniu sprzętu. W tym względzie wykonawcy mieli możliwość zaproponowania dowolnego rozwiązania, zatem



oferty złożone zarówno przez Odwołującego się, jak i pozostałych wykonawców w rozważanym zakresie są prawidłowe.

W związku z faktem nie potwierdzenia się za zarzutu naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....