

WYROK
z dnia 18 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu / w dniach* 18.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Datacom System S. A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa** protestu / protestów* z dnia 7 grudnia 2007 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Makronet Sp. z o.o. ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa, Asseco Systems S.A. ul. 17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa, ZETO Rzeszów Sp. z o.o. ul. Rejtana 55, 35-326 Rzeszów** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzyć czynność oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Datacom System S. A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7.664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Narodowy Bank Polski ul. Świętokrzyska 11/21 00-919 Warszawa** na rzecz **Datacom System S. A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Datacom System S. A. ul. Taborowa 10, 02-699 Warszawa**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę serwerów, instalację i serwis”, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655). Postępowanie to jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 15 września 2007 r. pod numerem 2007/S 178-217584.

W trakcie postępowania złożono trzynaście ofert. Kryterium oceny ofert była najniższa cena. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o., a po niej kolejno oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o zamówienie: MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o. oraz oferta Datacom System S.A. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana wykonawcom, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu, 30 listopada 2007 r. i tego dnia otrzymał ją również Odwołujący.

Dnia 7 grudnia 2007 r. Odwołujący złożył protest, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, do której był on zobowiązany na mocy przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj.

1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o., a w konsekwencji niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych uznanie tej oferty za ofertę najkorzystniejszą oraz

2. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o., czyli naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 ust. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie obu ww. ofert.

Odwołujący przedstawił identyczne zarzuty dotyczące obu ofert. Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. oraz oferta złożona przez MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone, ponieważ:

1. Wykonawcy ci, w części oferty o nazwie „Szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu” niektóre opisy sporządzili w języku angielskim. Zarzut ten dotyczy np. opisu biblioteki taśmowej, gdzie wykonawcy zawarli zdanie „European power cords, 1 year component level advanced replacement sevice included, 3 years warranty.” Jest to niedopuszczalne na gruncie art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozdz. X pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi oferta powinna być sporządzona w języku polskim. (Zamawiający nie dopuścił składania ofert w języku angielskim.) W związku z powyższym, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający miał obowiązek tę ofertę odrzucić jako niezgodną z ustawą Prawo zamówień publicznych.

2. Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” zażądał w punkcie „oprogramowanie” dotyczącym serwerów od A do G, aby było do nich dołączone „oprogramowanie producenta sprzętu wspomagające instalację i konfigurację systemu operacyjnego” oraz „oprogramowanie producenta sprzętu zarządzającego serwerem”. Oferta ww. Wykonawców nie spełnia tego warunku, ponieważ NTT System S.A. - producent oferowanego sprzętu, nie posiada takiego oprogramowania producenta sprzętu i tym samym nie mógł go zaoferować. W związku z powyższym oferowany sprzęt jest pozbawiony bardzo istotnej funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego – dlatego oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna zostać odrzucona.

3. Zamawiający w rozdz. III pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wszystkie serwery posiadały certyfikat Microsoft potwierdzający poprawną współpracę oferowanych serwerów z systemem operacyjnym Microsoft Windows Serwer 2003, który miał być na tych serwerach zainstalowany. Natomiast zaoferowane serwery NTT Tytan X7DB3 Advanced i Business takiego certyfikatu nie posiadają (jak wynika z oficjalnych informacji opublikowanych na stronach internetowych Microsoft taki certyfikat posiada jedynie model NTT Tytan X7DB3, a więc inny niż zaoferowane), skutkiem czego także w tym punkcie treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, więc oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia powyższych ofert naruszyło interes prawny Odwołującego, ponieważ pozbawiło go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Dnia 10 grudnia 2007 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu. 12 grudnia 2007 r. do protestu, po stronie Zamawiającego, przyłączyły się Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. oraz MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu w zakresie ich ofert.

Dnia 17 grudnia 2007 r. Zamawiający oddalił protest w całości uzasadniając to tym, iż:

Ad. 1 „Szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu” zawiera opis komponentów w języku polskim oraz opis parametrów technicznych przedstawionych w postaci nazw własnych – sformułowań technicznych zarówno polskich jak i angielskich – nie tłumaczonych na język polski, lecz powszechnie stosowanych i zrozumiałych w opisach parametrów technicznych oprogramowania i sprzętu informatycznego, jak nazwy własne, które po przetłumaczeniu nabrałyby innego znaczenia. Zgodnie z przepisami ustawy o języku polskim nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług. Ponieważ wykonawcy użyli dopuszczonych przez ustawę Prawo zamówień publicznych nazw własnych oraz zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej i technicznej, Zamawiający nie miał podstaw odrzucić tych ofert.

Ad. 2 Zdaniem Zamawiającego, zaoferowane serwery spełniają wszystkie wymagane parametry techniczne, a Zamawiający nie żądał dołączenia do oferty oświadczeń

producentów oferowanych serwerów, że wyposażone są w wyżej wymienione oprogramowanie.

Ad. 3 Zamawiający wymagał, aby oferowane serwery posiadały ww. certyfikat Microsoft i potwierdzeniem tego jest oświadczenie Wykonawcy zawarte w punkcie 4 a) „Formularza oferty cenowej”, natomiast Zamawiający nie wymagał potwierdzenia posiadania tego certyfikatu w postaci publikacji tej informacji na stronie internetowej Microsoft.

Na powyższe oddalenie protestu Odwołujący wniósł 21 grudnia 2007 r. (wpływ bezpośredni) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący w stosunku do zarzutu 1. i 2. rozwinął argumenty podniesione w proteście polemizując z argumentami przedstawionymi przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, natomiast w stosunku do zarzutu nieposiadania przez przedmiotowe serwery certyfikatu Microsoft, zrezygnował z podtrzymywania zarzutów.

Odnosnie punktu 1. Odwołujący stwierdził, iż sporne zdania w języku angielskim nie mogą być zakwalifikowane do katalogu wyłączeń określonych przepisami art. 11 pkt 1, 5 i 6 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.), a jego przetłumaczenie nie nadałoby mu innego znaczenia. Wykonawca podał informacje dotyczące funkcjonalności i gwarancji oferowanego sprzętu, a sporny zapis nie zawiera nazw własnych, zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej lub technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych ani oznaczeń pochodzenia towarów i usług oprócz nazwy „European”, która podlega tłumaczeniu na język polski.

Odnosnie punktu 2. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający żądał wyposażenia serwerów w oprogramowanie spełniające trzy wymogi funkcjonalne: zapewnienie wspomaganie instalacji systemu operacyjnego, zapewnienie, przy pomocy dołączonego do serwerów oprogramowania, możliwości konfiguracji już zainstalowanego systemu operacyjnego oraz dostarczenie oprogramowania zarządzającego serwerami. Ponieważ nie są to wymagania tożsame, a Zamawiający nie dopuścił rozwiązań alternatywnych, wszystkie wymagane warunki powinny być spełnione łącznie. Z treści oświadczenia złożonego przez producenta serwerów Odwołujący wnosi, iż przedmiotowe serwery nie posiadają oprogramowania wspierającego konfigurację systemu operacyjnego.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert,
3. nakazanie odrzucenia ofert złożonych przez Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. oraz MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o.

Dnia 16 stycznia 2008 r. do odwołania przystąpił, po stronie Zamawiającego, Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje (z uwagi na fakt, iż w stosunku do obu ofert Odwołujący przedstawił dwa, te same zarzuty merytoryczne, zostały one opisane łącznie).

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. oraz MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o. ze względu na to, iż Wykonawcy, w części oferty o nazwie „Szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu” niektóre opisy sporządzili w języku angielskim (a dokładniej - pozostawili nieprzetłumaczone na język polski), co jest niedopuszczalne na gruncie art. 9 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozdz. X pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi oferta powinna być sporządzona w języku polskim – Izba podziela stanowisko Odwołującego.

Ponieważ Zamawiający nie zezwolił na złożenie ofert w języku innym niż polski, zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać, iż jedynym odstępstwem od zasady stosowania języka polskiego są przypadki określone w ustawie z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. Nr 90, poz. 999 z późn. zm.), zgodnie z którą nie podlegają tłumaczeniu na język polski nazwy własne, zwyczajowo stosowana terminologia naukowa i techniczna, znaki towarowe, nazwy handlowe oraz oznaczenia pochodzenia towarów i usług.

Pomimo twierdzenia, iż wskazane zwroty są nazwami własnymi oraz zwyczajowo stosowaną terminologią naukową i techniczną ani Zamawiający, ani Przystępujący nie wykazali powyższego. Jakkolwiek w powszechnej praktyce opisywania konfiguracji sprzętu komputerowego często rezygnuje się z tłumaczenia nazw i pojęć na język polski, ponieważ, pomimo istnienia ich polskich odpowiedników, wyrażenia angielskojęzyczne są wygodne, powszechnie zrozumiałe i stosowane, można by je więc zakwalifikować do zakresu „terminologii technicznej” i Wykonawca mógłby ewentualnie pozostawić je w ich angielskojęzycznym brzmieniu, to z treści części kwestionowanych wyrażen zapisanych

w języku angielskim wynika, iż Wykonawca podał informacje dotyczące funkcjonalności i gwarancji oferowanego sprzętu, a sporny zapis nie zawiera nazw własnych, zwyczajowo stosowanej terminologii naukowej lub technicznej, znaków towarowych, nazw handlowych ani oznaczeń pochodzenia towarów i usług, na które powołują się Zamawiający i Przystępujący, a ilość słów angielskojęzycznych została wyraźnie nadużyta. Najbardziej widocznym przykładem jest właśnie przywołany przez Odwołującego opis biblioteki taśmowej, gdzie charakterystykę tej biblioteki przedstawiono w następujący sposób „Tandberg 2U StorageLoader, 10 slots, 1xLTO-2HH (expandable to 2), Barcode Leader, 60 barcode labels, Rackmount rail kit, Remote Management, Symantec Backup Exec QS Single server Edition, LVD wide SCSI cable & terminator, 10' shielded Ethernet cable, European Power cords, 1 year component level advanced replacement service* included, 3 years warranty.” Nawet przy przyjęciu, że część słów użytych w tym opisie spełnia warunek dopuszczalności ich użycia w angielskim brzmieniu, to co najmniej cała część dotycząca serwisu i gwarancji już nie, a zwłaszcza nie można uznać, iż przetłumaczenie jej treści na język polski spowodowałoby zmianę znaczenia tego zapisu.

W związku z powyższym Izba uznaje, iż, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający miał obowiązek tę oferty odrzucić jako niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Makronet Sp. z o.o., Asseco Systems S.A. i ZETO Rzeszów Sp. z o.o. oraz MCSI Ltd. Sp. z o.o. i IT.EXPERT Sp. z o.o. ze względu na to, iż oferty ww. Wykonawców nie spełniają warunku Zamawiającego zawartego w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, w którym Zamawiający, w punkcie „Oprogramowanie” zażądał, aby serwery posiadały „oprogramowanie producenta sprzętu wspomagające instalację i konfigurację systemu operacyjnego. Oprogramowanie producenta sprzętu zarządzającego serwerem” – Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zamawiający, przygotowując formularze oferty, w tym formularz pod nazwą „Szczegółowa specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu” i żądając w nim „opisu produktu” nie wyjaśnił jednocześnie, jakie informacje o produkcie muszą w nim ująć Wykonawcy. W związku z powyższym nie można uznać, iż brak w tym opisie informacji o zastosowanym oprogramowaniu jest równoznaczny z jego nieuwzględnieniem w oferowanym przedmiocie zamówienia.

W związku z powyższym Izba stwierdza, iż zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*