

Sygn. akt: KIO/UZP 844/08

**WYROK**  
z dnia 29 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum: **Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PRIMA Sp. z o.o., Kabit Sp. z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Poznaniu, ul. Głogowska 17, 60-943 Poznań** protestu z dnia xxx

~~przy udziale wykonawcy **XXX** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się,~~

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia i nakazuje Zamawiającemu powtórne badanie i ocenę ofert w części 1 zamówienia.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Poznaniu, ul. Głogowska 17, 60-943** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum: **Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PRIMA Sp. z o.o., Kabit Sp. z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) przez **Przedsiębiorstwo Użyteczności Publicznej Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Poznaniu, ul. Głogowska 17, 60-943** na rzecz konsorcjum: **Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PRIMA Sp. z o.o., Kabit Sp. z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z wpisu,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum: **Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PRIMA Sp. z o.o., Kabit Sp. z o.o., ul. Okrężna 56, 02-925 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający PPUP Poczta Polska Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Poznaniu, ul. Głogowska 17, 60-943 Poznań, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego na potrzeby jednostek organizacyjnych Poczty Polskiej (sprawa nr P 18/2008). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej się 01.04. 2008 r. – 2008/S 63-085200.

21.07. 2008 r. Zamawiający zawiadomił, że dokonał wyboru oferty Asseco Poland S.A., jako najkorzystniejszej oraz że odrzucił ofertę Odwołującego Konsorcjum Makronet ze względu na zaoferowanie niewłaściwego procesora Intel Dual Core E1400, który nie odpowiada specyfikacji (Zamawiający nie wymagał by komputer spełniał wspieranie technologii VT, a oferowany komputer przeszedł pomyślnie testy funkcjonalne COI Poczty Polskiej na spełnianie identycznego warunku).

25.07. 2008 r. Konsorcjum wykonawców Makronet Sp. z o.o., ZETO Rzeszów Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe PRIMA Sp. z o.o., KABIT Sp. z o.o., zwane dalej Odwołującym Makronet, składa protest na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp – przez nie przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum, którego Liderem jest firma Makronet Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wezwania Odwołującego Makronet do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
- 4) błędne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez uznanie, iż treść oferty Protestującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Protestujący (Odwołujący Makronet) wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2008 roku (pismo nr CI OR/ID/1451/P 18/2008 otrzymane faksem w dn. 21 lipca 2008 r.) polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Makronet;
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2008 roku (pismo nr CI OR/ID/1451/P 18/2008 otrzymane faksem w dn. 21 lipca 2008 r.) polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, którą to została oferta firmy Asseco Systems S.A.;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert;
- 4) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 5) wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

01.08. 2008 r. konsorcjum Unia zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

06.08. 2008 r. Zamawiający oddalił protesty argumentując:

Zamawiający w specyfikacji przedstawił wymogi dotyczące sprzętu komputerowego, a co za tym idzie, poszczególne punkty specyfikacji dotyczyły wbudowanych w sprzęt technologii. Z punktu widzenia Zamawiającego niemożliwe jest rozpatrywanie poszczególnych elementów takich jak procesor w sposób izolowany i ocenić tylko jego wydajność, w przypadku, gdy wykorzystane technologie poszczególnych elementów mają wpływ na spełnienie dalszych punktów specyfikacji.

W przypadku zastosowania procesorów z rodziny Intel izolację części uruchomionego systemu realizuje się z wykorzystaniem technologii VT. Jak zauważył Odwołujący Makronet, pytania dotyczące tej technologii zostały zadane już na etapie przygotowania ofert, a co za tym idzie Odwołujący Makronet miał pełną świadomość, jakie na rynku wykorzystywane są technologie. Brak jednoznacznej odpowiedzi na pytania, ze strony Zamawiającego w żadnym przypadku nie wyklucza możliwości weryfikacji danej technologii, na etapie oceny.

Technologia VT dotyczy tylko procesorów firmy Intel, w procesorach firmy AMD taka technologia określana jest nazwą Pacific. W związku z powyższym Zamawiający nie miał możliwości w sposób jednoznaczny wskazać ww. technologii. W przypadku zaoferowania procesorów firmy AMD, procesory weryfikowane byłyby pod kątem zgodności z technologią Pacific. Jak Odwołujący Makronet trafnie zauważył na zaoferowanych komputerach NTT System z procesorami Intel Celeron E1400, możliwe jest zainstalowanie kilku systemów operacyjnych na niezależnych partycjach i jest to fakt bezsporny, do którego Zamawiający nie wносиła żadnych zastrzeżeń. Jednakże w opisanych przez Odwołującego Makronet sposobach realizacji izolacja części uruchomionego systemu, w sposób jednoznaczny wskazuje na rozwiązania natury softwarowej (hierarchiczny system uprawnień, stosowanie systemu plików NTFS, EXT2, EXT3, itp.).

Przedmiotem opisu w specyfikacji były sprzęt komputerowy i zawarte w nim wymogi dotyczyły sprzętu komputerowego, a nie możliwych potencjalnie rozwiązań programowych, czy systemów operacyjnych.

Zdaniem Zamawiającego, w przypadku rozwiązań programowych Zamawiający nie ujmowałby spornego postanowienia w wymogach specyfikacji. Dodatkowo Odwołujący Makronet, zwrócił uwagę iż procesor Intel Celeron E1400 posiada wbudowaną funkcję Execute Disable Bit, a systemy Windows XP SP2 i Vista, posiadają wbudowaną technologię Data Execution Prevention, która umożliwia zabezpieczenia przed wykonaniem kodu z segmentu danych, przez oznaczenie obszarów pamięci danych atrybutem NX. Rozwiązanie takie pomaga w ochronie przed exploitami (złośliwy kod) wykorzystującymi przepełnienie bufora. Niestety DEP (Data Execution Prevention) nie obsługuje ASLR (Address Space Layout Randomization), co powoduje, że może zostać wyłączone przez atak wykorzystujący błędy w aplikacji, polegający na wykorzystaniu błędu przepełnienie bufora. Pozwala to na

nadpisanie adresu powrotu w stosie wywołań aplikacji i przekierowanie sterowania do wybranej funkcji, a co za tym idzie rozwiązania takiego nie można uznać, za w pełni funkcjonalnego. Jak ogólnie wiadomo, proponowane rozwiązania programowe w niewielkim stopniu dorównuje stosowanym technologiom VT, czy Pacific.

Przystąpienie do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu po stronie Zamawiającego jednego z Wykonawców potwierdza fakt, że przytoczone argumenty są zasadne.

12.08. 2008 r. Odwołujący Makronet składa odwołanie od oddalenia protestu oraz wskazuje, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w zakresie naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum, którego Liderem jest Makronet Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp – przez nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez uznanie, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) art. 7 ust. 3 Pzp – przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący Makronet konkluduje:

- 1) Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Protestującego, nie biorąc pod uwagę treści ani oferty ani wyjaśnień złożonych w proteście;
- 2) Zamawiający powinien skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp i wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 3) żadne sformułowanie oferty Wykonawcy nie potwierdza słuszności tezy Zamawiającego, zatem odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji jest nieuzasadnione i krzywdzące dla Wykonawcy, gdyż pozbawia go możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący Makronet wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2008 roku (pismo nr CI OR/ID/1451/P 18/2008 otrzymane faksem w dniu 21 lipca 2008 r.) polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;

- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2008 roku (pismo nr CI OR/ID/1451/P 18/2008 otrzymane faksem w dniu 21 lipca 2008 r.) polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, którą to została oferta wykonawcy Asseco Systems S.A.;
- 3) ponowną ocenę ofert przez Zamawiającego oraz wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Argumentacja Odwołującego Makronet:

W opisie dotyczącym Komputerów PC1 i PC2 specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wykonawca zaoferował procesor dwurdzeniowy osiągający w teście CPU Score programu PCMarkO5 co najmniej 4750 punktów.

W wymaganiach dotyczących Funkcji zarządzania, Zamawiający zaznaczył, że komputer musi posiadać wbudowaną technologię zdalnego dostępu, zarządzania elementami sprzętowymi i zainstalowanym oprogramowaniem działającą niezależnie od stanu i obecności systemu operacyjnego oraz stanu włączenia komputera. Komputer musi posiadać możliwość uruchamiania na niezależnych partycjach kilku systemów operacyjnych oraz izolować część aktualnie uruchomionego systemu. Oprogramowanie umożliwiające wykonanie kopii zapasowej (na dysku lokalnym, nośniku optycznym oraz dyskach sieciowych) oraz odtworzenie systemu operacyjnego bez jego udziału.

Odwołujący w swojej ofercie zaoferował, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, procesor dwurdzeniowy Intel Celeron Dual Core E1400 osiągający 5084 punktów w teście Cpu Score programu PCMarkO5.

Odwołujący oświadczył również, że komputer posiada wbudowaną technologię dostępu, zarządzania elementami sprzętowymi i zainstalowanym oprogramowaniem działającą niezależnie od stanu i obecności systemu operacyjnego oraz stanu włączenia komputera. Komputer posiada możliwość uruchamiania na niezależnych partychach kilku systemów operacyjnych oraz izolowania części aktualnie uruchomionego systemu Oprogramowanie umożliwiające wykonanie kopii zapasowej (na dysku lokalnym, nośniku optycznym oraz dyskach sieciowych) oraz odtworzenie systemu operacyjnego bez jego udziału.

Według Zespołu Arbitrów (wyrok z dnia 24.04.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-442/07) specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, warunki na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej. Postanowienia zawarte w specyfikacji powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z zasadą równości i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreśla, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający sam stwierdza, iż brak było jednoznacznej odpowiedzi na pytania zadane do specyfikacji, dotyczące technologii VT.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 31.10.2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-1292/07) nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do Zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2007 roku, sygn. akt KIO/UZP 1404/07).

Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie wskazać swoje wymagania dotyczące zamówienia (w tym wypadku parametrów sprzętu komputerowego). Jednakże w specyfikacji nie znalazło się jednoznaczne sformułowanie dotyczące procesora, mówiące o konieczności posiadania przez procesor sprzętowej technologii wirtualizacji, a takie stwierdzenie nie wskazuje konkretnej technologii z nazwy, sugerującej konkretne producenta procesorów, a więc byłoby w pełni zgodne z zasadami uczciwej konkurencji zawartymi w ustawie.

Odwołujący zauważa, że odpowiedź twierdząca na pytanie nr 5 i 9 o treści: „Czy Zamawiający uzna za równoważne komputery wyposażone w technologie Intel VT?” nie była by równoznaczna z zabronieniem zaoferowania procesora z technologią sprzętowej wirtualizacji innej firmy niż Intel (np. procesora firmy AMD z technologią Pacifica). Odpowiedź taka sugerowałaby tylko, że procesor firmy Intel z technologią Intel VT spełnia wymagania Zamawiającego, co jest zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego Zamawiający w tym wypadku nie może się powoływać na brak sprzętowej technologii wirtualizacji w zaoferowanym procesorze Intel Celeron E1400, ponieważ z treści specyfikacji, pytań i odpowiedzi nie wynika, że taką technologię powinien posiadać.

Według Odwołującego niedopuszczalne jest oparcie oddalenia protestu przez Zamawiającego na twierdzeniu, iż Odwołujący do spełnienia warunków specyfikacji użył rozwiązania natury programowej. Postanowienie specyfikacji „Funkcje zarządzania” brzmi: „Komputer musi posiadać możliwość uruchamiania na niezależnych partycjach kilku systemów operacyjnych oraz izolować część aktualnie uruchomionego systemu.”. Odwołujący w 100% spełnił to postanowienie w zaoferowanych przez siebie komputerach będących połączeniem wymaganego przez specyfikację sprzętu oraz oprogramowania.

Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie wskazać na swe wymagania dotyczące zamówienia, a w przytoczonym powyżej fragmencie specyfikacji „Funkcji zarządzania” ani w pytaniach i odpowiedziach, nie ma podania szczegółów na temat sposobu w jaki

Zamawiający życzy sobie realizację takiej funkcji, czy to w sposób sprzętowy czy programowy.

Odwołujący Makronet zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu bagatelizuje rozwiązania programowe, argumentując, że specyfikacja opisuje tylko część sprzętową, i Zamawiający jakoby nie może dostarczać rozwiązań spełniających wymagania specyfikacji za pomocą metod programowych, co jest oczywistą nieprawdą, ponieważ Zamawiający wymaga dostarczenia w pełni funkcjonującego komputera, działającego poprawnie z wymaganymi i zamówionymi przez Zamawiającego systemami Windows XP Pro SP2 jak i Windows Vista Business oraz kilkoma innymi programami narzędziowymi, wspomagającymi ochronę jak i zarządzanie komputerem.

Odwołujący Makronet wskazuje, że we fragmencie specyfikacji „Funkcje zarządzania” Zamawiający użył sformułowania: „Komputer musi posiadać możliwość uruchamiania na niezależnych partycjach kilku systemów operacyjnych oraz izolować część aktualnie uruchomionego systemu.”. Cytując za internetową wersją Encyklopedii PWN Wydawnictwa Naukowego PWN S.A. definicja słowa komputer jest następująca: „komputer [< łac. computare rozważać”, obliczyć”], elektroniczna maszyna cyfrowa, urządzenie elektroniczne przeznaczone do przetwarzania informacji (danych) przedstawionych w postaci cyfrowej, sterowane programem zapisanym w pamięci.”. Z definicji słowa „komputer”, wyraźnie wynika, że komputer to połączenie sprzętu i oprogramowania, więc rozwiązania przedstawione przez Odwołującego w oferowanych komputerach bazują na połączeniu sprzętu i oprogramowania wymaganego przez Zamawiającego i bezpodstawnym są wyjaśnienia Zamawiającego na temat sposobu spełnienia funkcji żądanych w specyfikacji, jeśli spełniają one w 100% wymagania specyfikacji jak i w żadnym punkcie nie są one sprzeczne z postanowieniami specyfikacji oraz pytaniami zadanyymi w trakcie postępowania i odpowiedziami na nie, stanowiącymi integralną część specyfikacji.

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu podaje także informacje nieprawdziwe na temat technologii DEP (Data Execution Prevention) oraz ASLR (Address Space Layout Randomization). Jeśli chodzi o technologię ASLR, rzeczywiście Windows XP nawet z Service Pack 2 lub 3 nie posiada technologii ASLR, natomiast system Windows Vista z Service Pack 1 lub bez, jest już wyposażony w tę technologię, co jest niezgodne z treścią uzasadnienia Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący chciałby zauważyć, że technologia ASLR polegająca na zamianie alokacji miejsca w pamięci, w którym znajdują się wczytywane aplikacje i biblioteki po restarcie komputera, utrudniając w ten sposób pisanie szkodliwego oprogramowania mającego na celu przejęcie kontroli na komputerem i jest tylko dodatkowym utrudnieniem dla hakerów. Dodatkową funkcją zapewniającą izolację systemu jest zaproponowana przez Odwołującego w swoim rozwiązaniu funkcja DEP (Data Execution Prevention) w uzasadnieniu pokazana niezgodnie z tym w jaki sposób Odwołujący wskazał



na jej użycie. Funkcja DEP (Data Execution Prevention) nawet bez zaimplementowanej technologii ASLR (Address Space Layout Randomization) gwarantuje 100% izolację pamięci ze względu na użycie procesora z sprzętowa obsługą bitu NX (w przypadku Intel Celeron E1400 wbudowana technologia Execute Disable Bit), włączenie tej funkcjonalności w BIOS komputera, oraz ustawienie działania technologii DEP (Data Execution Prevention) systemu Windows nie tylko dla systemu operacyjnego, ale dla systemu i aplikacji (w ten sposób eliminowana jest sugerowana przez Zamawiającego możliwość wykorzystania przepełnienia bufora w posiadających błędy aplikacjach). W tak skonfigurowanej funkcjonalności izolacja za pomocą technologii DEP (Data Execution Prevention) wykonywana jest sprzętowo, a nie programowo. Informacja na temat technologii DEP (Data Execution Prevention) z bazy wiedzy firmy Microsoft pod adresem <http://support.microsoft.com/kb/875352/pl>:

„Sprzętowa funkcja DEP (Data Execution Prevention) oznacza wszystkie lokalizacje pamięci używane w procesie jako zawierające kod niewykonywalny, o ile nie określono wyraźnie, że w danej lokalizacji znajduje się kod wykonywany. Istnieje klasa ataków polegających na próbie wstawienia i uruchomienia kodu z lokalizacji pamięci zawierających kod niewykonywalny. Funkcja DEP (Data Execution Prevention) ułatwia zapobieganie takim atakom, przechwytyjąc je i zgłaszając wyjątek.

Sprzętowa funkcja DEP (Data Execution Prevention) używa procesora do przypisania obszarowi pamięci atrybutu, który uniemożliwia wykonywanie kodu z tego obszaru pamięci. Funkcja DEP (Data Execution Prevention) działa na stronach pamięci wirtualnej i zwykle zaznacza stronę pamięci, zmieniając bit we wpisie tablicy stron (PTE).

Podstawową zaletą funkcji DEP (Data Execution Prevention) jest zapobieganie wykonywania kodu ze stron zawierających dane, takich jak domyślne strony sterty, różne strony stosu oraz strony puli pamięci. Zwykle kod nie jest uruchamiany z domyślnej sterty ani domyślnego stosu. Sprzętowa funkcja DEP (Data Execution Prevention) wykrywa kod znajdujący się w takich lokalizacjach i zgłasza wyjątek przy próbie jego wykonania. Jeśli wyjątek nie zostanie obsłużony, proces zostanie zatrzymany. Wyjątek dotyczący kodu z pamięci chronionej w trybie jądra jest przyczyną wystąpienia błędu zatrzymania.”

Ponadto Zamawiający uzasadnia swoją decyzję tym, że „programowe rozwiązanie w niewielkim stopniu dorównuje technologiom VT czy Pacifica”. Jako iż całe postępowanie oparte jest na przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a w specyfikacji nie występuje mowa o technologii wirtualizacji VT czy Pacifica, używanie subiektywnych opinii odznaczających się dużą względnością na temat równorzędności rozwiązań izolacji systemu za pomocą funkcji DEP, Intel VT czy AMD Pacifica, nie może być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 2 listopada 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-3120/05) dopóki Zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp i

nie wyjaśni swojego przypuszczenia o sprzeczności treści oferty ze specyfikacją, to nie wolno mu odrzucić tej oferty.

Z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości i zasada uczciwej konkurencji.

Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonana z uwzględnieniem tych samych kryteriów.

Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach (J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wydanie 8, Warszawa 2007 r., str. 54-55).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna być jednocześnie na tyle precyzyjna i czytelna, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt I Ca 29/05).

Specyfikacja w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez Zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobro lub usługę, które odpowiadać będą ściśle jego potrzebom (wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry dobro lub usługa ma spełniać – one winny wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30.05.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z 18.08.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2197/05). Wykonawca, działając w zaufaniu do ustalonej przez zamawiającego treści specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania zamawiającego, o ile zaniedbanie to nie skutkuje nieważnością postępowania (wyrok Zespołu Arbitrów z 08.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-394/05).

**Krajowa Izba Odwoławcza** dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania, a w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty oraz wyjaśnień stron.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, zważyła i stwierdza, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący wnosząc odwołanie posiada interes prawny, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący ma możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

18.07.2008 r. Zamawiający zawiadomił, zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części 1 zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu wykonawców i o odrzuceniu ofert. Oferta Odwołującego Makronet została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty tym, że cyt. >>W ofercie dla komputerów PC1 i PC2 został podany procesor Intel Celeron Dual Core E1400. Procesor nie wspiera technologii VT, która jest niezbędna do spełnienia „Funkcji Zarządzania” określonej w SIWZ. Procesor nie wspiera możliwości uruchomienia z niezależnych partycji kilku systemów operacyjnych oraz izolacji części aktualnie uruchomionego systemu.<<. Jednak Zamawiający nie podał w tym piśmie, do którego postanowienia specyfikacji nie zastosował się wykonawca. Odwołujący Makronet podkreśla, że w całej specyfikacji Zamawiający nie użył wyrażeń dotyczących technologii VT. Odwołujący Makronet dodaje, że na prośbę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie cyt. „Czy Zamawiający uzna za równoważne komputery wyposażone w technologię Intel VT?” – identyczne pytania 5 i 9, Zamawiający udzielił przed terminem składania ofert, 18.04. 2008 r. identycznych odpowiedzi (na pytanie 5 i 9) cyt. „Zamawiający wymaga pełnej funkcjonalności zgodnej z opisem zawartym w SIWZ.”.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argument o odrzuceniu oferty na podstawie przyczyn, o których nie było mowy w specyfikacji ani w wyjaśnieniach treści specyfikacji nie może być podnoszony przez Zamawiającego i jest to sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych po bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego Makronet. Dlatego zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 Pzp, co wskazał Odwołujący Makronet.

Według Zespołu Arbitrów (wyrok z dnia 24.04.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-442/07) specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, warunki na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej. Postanowienia zawarte w specyfikacji powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Dlatego zamawiający nie może po terminie składania ofert zmieniać postanowień specyfikacji, szczególnie że w postępowaniu były składane wnioski o wyjaśnienie treści specyfikacji i Zamawiający nie skorzystał z możliwości wyjaśnienia swojego stanowiska przed terminem składania ofert, zgodnie z art. 38 Pzp. Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 31.10.2007 roku (sygn. akt UZP/ZO/0- 1292/07) nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do Zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 17 grudnia 2007 roku, sygn. akt KIO/UZP 1404/07). Zamawiający ma obowiązek jednoznacznie wskazać swoje wymagania dotyczące zamówienia (w tym wypadku parametrów sprzętu komputerowego). Jednakże w specyfikacji nie znalazło się jednoznaczne sformułowanie dotyczące procesora, mówiące o konieczności posiadania przez procesor sprzętowej technologii wirtualizacji. Takie stwierdzenie nie wskazuje konkretnej technologii z nazwy, sugerującej konkretnego producenta procesorów i byłoby w pełni zgodne z zasadami uczciwej konkurencji zawartymi w ustawie.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut Odwołującego Makronet naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp został wykazany.

Problem również uwidacznia się na poziomie leksykalnym. Zgodnie z definicjami encyklopedycznymi jak i potocznym rozumieniem słowa „komputer” jest to urządzenie sterowane nierozdzielnie związanymi z nimi programami czyli jest to sprzęt z niezbędnym oprogramowaniem. Dlatego zarzut Zamawiającego o wymaganiach zamówienia dotyczących wyłącznie poziomu sprzętowego nie może być podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą, szczególnie, że Zamawiający w specyfikacji odnosi się do sfery sprzętowej oraz do sfery oprogramowania – fragmenty specyfikacji str. 6 kolejne rubryki noszą tytuły „Funkcje zarządzania” oraz „system operacyjny” i „Dodatkowe oprogramowanie”. Nie można więc przychylić się do twierdzenia Zamawiającego, że przedmiotowe zamówienie dotyczyło

wyłącznie sprzętu, a nadto nawet nie można stwierdzić, że gdzieś w specyfikacji przebiega granica między wymaganiami dotyczącymi wyłącznie sprzętu a wymaganiami dotyczącym oprogramowania.

Zamawiający w uzasadnieniu oddalenia protestu podał informacje nie poparte dowodami na temat technologii DEP (Data Execution Prevention) oraz ASLR (Address Space Layout Randomization). Odwołujący Makronet podniósł, że właściwie udokumentowana Informacja na temat technologii DEP znajduje się w bazie wiedzy firmy Microsoft pod adresem <http://support.microsoft.com/kb/875352/pl> . A z zamieszczonych tam informacji nie można wnioskować o niewłaściwym zaoferowaniu przedmiotu zamówienia przez Odwołującego Makronet. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zdania Odwołującego Makronet i stwierdza, że odrzucenie oferty na tej podstawie nie było zgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w trakcie rozprawy powołał się na opinie wyrażane przez użytkowników na forach internetowych, że zastosowane rozwiązania i przedstawione przez Odwołującego w zakresie technologii DEP w wielu przypadkach mogą działać niestabilnie i tworzyć dodatkowe problemy. Jednak Zamawiający nie poparł swoich wywodów żadnymi dowodami, a argument Odwołującego Makronet o tym, że na forach częściej piszą użytkownicy z różnych przyczyn niezadowoleni niż popierający dane rozwiązanie jest z psychologicznego punktu widzenia zasadny. Ponadto Zamawiający nie wskazywał w specyfikacji, że będzie brać pod uwagę w trakcie badania ofert to źródło informacji, a z dokumentacji (której rzetelności Zamawiający nie podważa) producenta nie wynika, żeby zaoferowany sprzęt i oprogramowanie działały niestabilnie lub w sposób utrudniający prawidłowe użytkowanie komputerów. Dlatego argument brania pod uwagę opinii zamieszczonych na forach internetowych nie może być podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ponadto Zamawiający nie podważał oficjalnych dokumentów producenta, które potwierdzają właściwe działanie sprzętu i oprogramowania w przedmiotowym zakresie.

Zamawiający twierdzi, że w specyfikacji przedstawił wymogi dotyczące sprzętu komputerowego, a co za tym idzie, poszczególne punkty specyfikacji dotyczyły wbudowanych w sprzęt technologii. Z punktu widzenia Zamawiającego niemożliwe jest rozpatrywanie poszczególnych elementów takich jak procesor w sposób izolowany i ocenić tylko jego wydajność, w przypadku, gdy wykorzystane technologie poszczególnych elementów mają wpływ na spełnienie dalszych punktów specyfikacji.

Jednak to na zamawiającym spoczywa obowiązek właściwego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i całej specyfikacji – art. 29 i n. Pzp – i następnie wymagania stosowania się do tego opisu przez wykonawców oraz badanie ofert pod kątem oceniania spełniania wymogów specyfikacji przez wykonawców. Zamawiający nie może po terminie

składania ofert wprowadzać nowych wymagań i musi badać i oceniać oferty na podstawie ich zgodności ze specyfikacją, a w tym z opisem przedmiotu zamówienia, co jest unormowane w art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 3, art. 38 ust. 4-7 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela argumentów Zamawiającego i stwierdza, że bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego Makronet.

Zamawiający twierdzi, że w przypadku zastosowania procesorów z rodziny Intel izolację części uruchomionego systemu realizuje się z wykorzystaniem technologii VT, że pytania dotyczące tej technologii zostały zadane już na etapie przygotowania ofert, a co za tym idzie Odwołujący Makronet miał pełną świadomość, jakie na rynku wykorzystywane są technologie. Brak jednoznacznej odpowiedzi na pytania, ze strony Zamawiającego w żadnym przypadku nie wyklucza możliwości weryfikacji danej technologii, na etapie oceny. Technologia VT dotyczy tylko procesorów firmy Intel, w procesorach firmy AMD taka technologia określana jest nazwą Pacific. W związku z powyższym Zamawiający nie miał możliwości w sposób jednoznaczny wskazać ww. technologii. Na zaoferowanych przez Odwołującego Makronet komputerach NTT System z procesorami Intel Celeron E1400, możliwe jest zainstalowanie kilku systemów operacyjnych na niezależnych partycjach i jest to fakt bezsporny, do którego Zamawiający nie wysuwa żadnych zastrzeżeń. Jednakże w opisanych przez Odwołującego Makronet sposobach realizacji izolacja części uruchomionego systemu, w sposób jednoznaczny wskazuje na rozwiązania natury softwarowej (hierarchiczny system uprawnień, stosowanie systemu plików NTFS, EXT2, EXT3, itp.). Natomiast przedmiotem opisu w specyfikacji były sprzęt komputerowy i zawarte w nim wymogi dotyczyły sprzętu komputerowego, a nie możliwych potencjalnie rozwiązań programowych, czy systemów operacyjnych. Zdaniem Zamawiającego, w przypadku rozwiązań programowych, Zamawiający nie ujmowałby spornego postanowienia w wymogach specyfikacji.

I z tym twierdzeniem Zamawiającego, że na tej podstawie należy odrzucić ofertę Odwołującego Makronet, Krajowa Izba Odwoławcza nie może się zgodzić, gdyż zamawiający musi w swoim postępowaniu stosować się do specyfikacji i jeżeli nie zawarł w niej, ani w odpowiedziach na żądaniach wyjaśnień treści specyfikacji (art. 38 ust. 1 Pzp) odpowiednich wymagań, to po terminie składania ofert nie może formułować argumentów niezwiązanych ze specyfikacją, na której podstawie wykonawcy opracowywali oferty na równych zasadach, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp. Takie dopasowywanie i modernizowanie warunków i wymagań po terminie składania ofert do konkretnych ofert byłoby właśnie naruszeniem jednej z głównych zasad systemu zamówień publicznych – równego traktowania wykonawców, art. 7 ust. 1 Pzp.

Dodatkowo Zamawiający uzasadnia swoją decyzję tym, że „programowe rozwiązanie w niewielkim stopniu dorównuje technologiom VT czy Pacifica”. Jednak wysnuwanie przez Zamawiającego subiektywnych opinii, nie zakotwiczonych w postanowieniach specyfikacji, nie może być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego Makronet w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto w przypadkach wątpliwych, gdzie rolę może grać opinia Zamawiającego, zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 2 listopada 2005 roku (sygn. akt UZP/ZO/0-3120/05) dopóki Zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 1 Pzp i nie wyjaśni swojego przypuszczenia o sprzeczności treści oferty ze specyfikacją, to nie wolno mu odrzucić tej oferty.

Z przepisu art. 7 ust. 1 Pzp wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości i zasada uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Przy realizacji tej zasady należy brać pod uwagę fakt, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach (J. Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” wydanie 8, Warszawa 2007 r., str. 54-55). Dlatego też specyfikacja powinna być jednocześnie na tyle precyzyjna i czytelna, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 28.09.2005 r., sygn. akt I Ca 29/05). Specyfikacja w postępowaniu o zamówienie publiczne tworzona jest przez Zamawiającego po to, aby otrzymał w wyniku zamówienia dobro lub usługę, które odpowiadać będą ściśle jego potrzebom (wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05). Wykonawca nie może domyślać się, jakie parametry wymagane dobro lub wymagana usługa mają spełniać – parametry te muszą wynikać w sposób jednoznaczny ze specyfikacji. Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, iż otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, iż jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30.05.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1076/05; wyrok ZA z 18.08.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-2197/05). Wykonawca, działając w zaufaniu do ustalonej przez zamawiającego treści specyfikacji, nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniedbania zamawiającego, o ile zaniedbanie to nie skutkuje nieważnością postępowania

(wyrok Zespołu Arbitrów z 08.05.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-394/05). Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odrzucenie oferty Odwołującego Makronet było bezpodstawne.

Zamawiający przekonuje, że skoro zamówienie dotyczyło sprzętu, to powinien otrzymać ofertę ze sprzętowymi rozwiązaniami postawionych wymagań. Na str. 6 i 7 w rubrykach „Funkcje zarządzania” Zamawiający postawił identyczne wymagania w stosunku do dwóch rodzajów komputerów PC 1 i PC 2 cyt.

„Komputer musi posiadać wbudowaną technologię zdalnego dostępu, zarządzania elementami sprzętowymi i zainstalowanym oprogramowaniem działającą niezależnie od stanu i obecności systemu operacyjnego oraz stanu włączenia komputera.

Komputer musi posiadać możliwość uruchomienia na niezależnych partycjach kilku systemów operacyjnych oraz izolować część aktualnie uruchomionego systemu.

Oprogramowanie umożliwiające wykonanie kopii zapasowej (na dysku lokalnym, nośniku optycznym oraz dyskach sieciowych) oraz odtworzenie systemu operacyjnego bez jego udziału”.

Zostały tam użyte pojęcia dotyczące sprzętu oraz oprogramowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że twierdzenie Zamawiającego o używaniu przez Zamawiający pojęć odnoszących się tylko do sprzętu nie może się ostać.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający nie może opierać swojego zdania na tym, że jeden z wykonawców czy większa ich liczba przystąpiła do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Fakt przystąpienia do tego postępowania nie poparty żadnymi argumentami, jak w przedmiotowym przypadku, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, gdyż omawiane przystąpienie do postępowania – bez przytoczenia argumentów zgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – jest tylko wyrażeniem interesów przystępujących. Zamawiający może posłużyć się argumentami przytoczonymi przez przystępującego, jednak w przedmiotowym przypadku przystępujący nie wniósł żadnych dodatkowych uzasadnień, które przemawiałyby za odrzuceniem oferty Odwołującego Makronet.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.



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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*