

Sygn. akt KIO 3291/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez Unitypartners Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez Narodowy Bank Polski (NBP) siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy Sutar sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wobec ich bezprzedmiotowości.
- B. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie tj. zarzutów podniesionych wobec pozacenowych kryteriów oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Unitypartners Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3291/24

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Zakup sprzętu komputerowego dla jednostek organizacyjnych NBP”. Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego sprzętu komputerowego, w tym: notebooków menadżerskich, notebooków podstawowych, monitorów ekranowych 27"2K, monitorów ekranowych 32"4K. Przedmiot zamówienia podzielono na cztery części, opisanych w Rozdz. 4 SWZ. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w DzUUE: 5147782024 Nr Dz.U. S: 167/2024 Data: 28/08/2024

Unitypartners Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na sporządzeniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) z naruszeniem: • art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny, W zakresie opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów pozacenowych naruszenie: • art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp przez zastosowanie w postępowaniu w celu wyboru oferty

najkorzystniejszych kryteriów w sposób nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,

- art. 239 ust 2 Pzp przy zastosowaniu kwestionowanych kryteriów oceny

prowadzących do uznania za najkorzystniejszą ofertę, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny,

- art. 241 ust 3 Pzp przez zastosowanie kryteriów oceny ofert, które w istocie odnoszą

się nie do przedmiotu zamówienia, tj. jakościowych cech przedmiotowych produktów, ale do produktu jednego producenta (HP),

- art. 242 ust. 2 pkt Pzp, przez określenie kryterium oceny ofert w sposób, który nie

premii faktycznie produktu lepszego,

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia naruszenie:

- art. 16 pkt 1 i 3 Pzp tj. obowiązku przygotowania Postępowania w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny,

- art. 17 ust 1 oraz 2 Pzp przez zastosowanie w postępowaniu wymagań objętych

zarzutami odwołania nie zapewniających najlepszej jakości, uzasadnionej charakterem zamówienia i nie prowadzących do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów,

- art. 99 ust 2 Pzp przez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję, przez taki dobór wymagań objętych zakresem zaskarżenia, które stanowią nieuzasadnioną barierę w dostępie do postępowania przy jednoczesnym braku uzasadnienia obiektywnymi przyczynami wprowadzenia takich ograniczeń.

Wniósł o uwzględnienie Odwołania i zmianę SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, a także wymagań granicznych opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania.

Kwestionowane postanowienia SWZ pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach.

UZASADNIENIE

1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki i zasady realizacji określono w

Projektowanych postanowieniach umowy Zał Nr 6 do SWZ, dla każdej z czterech części zamówienia.

Szczegółową specyfikację techniczną Sprzętu z wyspecyfikowaniem rodzaju, minimalnych technicznych wymagań i ilości przedstawiono w:

- 5.1 Uszczegółowieniu „Formularza ofertowego” Części I zamówienia, Zał Nr 4A do SWZ;
- 5.2 Uszczegółowieniu „Formularza ofertowego” Cz. II zamówienia, Zał Nr 4B do SWZ;
- 5.3 Uszczegółowieniu „Formularza ofertowego” Cz. III zamówienia, Zał Nr 4C do SWZ;
- 5.4 Uszczegółowieniu „Formularza ofertowego” Cz. IV zamówienia, Zał Nr 4D do SWZ.

2. Zgodnie z SWZ Zamawiający przewiduje dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu następujących kryteriów oceny ofert:

2.1 w odniesieniu do Części I oraz Części II zamówienia:

Kryterium	Waga
Cena oferty brutto	74%
Parametr techniczny 1 -szyfrowany kontroler fizycznie odizolowany oraz BIOS posiadający mechanizm samokontroli i samoczynnej autonaprawy	7%
Parametr techniczny 2 -czujnik obudowy/zdjęcia pokrywy notebooka	7%
Parametr techniczny 3 -rozwiązanie zaimplementowane na poziomie BIOS	7%
Okres gwarancji i rozszerzonej rękojmi oraz rozszerzonej gwarancji producenta Sprzętu, o której mowa w § 4 Projektowanych postanowień umowy	5%

W odniesieniu do kryterium Dodatkowe funkcjonalności sprzętu ocena będzie dokonywana w wg wzoru.

- 4.1 Zasady dotyczące określania pozacenowych kryteriów oceny ofert w postępowaniach Zarówno Dyrektywy Wspólnotowe, jak i przepisy ustawy Pzp wskazują na obligatoryjny ścisły związek kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z Dyrektywą - Art. 67 Kryteria udzielenia zamówienia - instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Z kolei kryteria związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego mogą np. obejmować jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki.

Wybór kryteriów nie może być dowolny i zależny od nieograniczonego uznania zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywny, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Jak wskazuje orzecznictwo:

KIO 1611/18 Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych

do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji. KIO 1029/16, O ile istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego zamawiającego, o tyle promowanie danego rozwiązania musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. podobnie: KIO 1611/18.

Tymczasem Zamawiający w sposób oczywisty preferuje jednego wykonawcę i dąży do tego, aby po raz kolejny ten właśnie wykonawca świadczył na jego rzecz usługi kolokacji. (...) Określenie kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość pkt w danym kryterium narusza pzp tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Zamawiający nie posiada nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji. Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych red. H.Nowaka UZP Warszawa 2021 s. 748: Swoboda przyznana zamawiającym w zakresie wyboru kryteriów

ocen ofert może być realizowana tylko przy założeniu, że wybór dokonywany przez zamawiających nie jest arbitralny i że wybrane kryteria nie naruszają prawa. /.../ W orzeczeniu KIO 3667/21 z 7 stycznia 2022 r. Izba podkreśla, że istotą zamówień publicznych jest stworzenie transparentnego, jasnego i przejrzystego modelu gospodarowania środkami publicznymi. Zamawiający w ramach zamówień publicznych nie rozporządzają własnym mieniem, wedle własnych osobistych preferencji czy powiązań, ale mieniem publicznym. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż takie dysponowanie mieniem publicznymi, środkami publicznymi powinno mieć na celu dążenie do uzyskania zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokojenia potrzeb leżących w interesie publicznym (lokalnym). Konieczne jest przy tym zapewnienie, aby przy zaspokajaniu owych potrzeb publicznych zachowana była zasada wolności gospodarczej i możliwości dostępu do wykonywania zadań publicznych na niedyskryminacyjnych warunkach przez przedsiębiorców działających na rynku.

(...) Nie ulega wątpliwości, że kryteria pozacenowe to określone parametry/właściwości dotyczące przedmiotu zamówienia. /.../

Wprowadzenie kryterium pozacenowego może mieć potencjalnie charakter dyskryminujący i powodować ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom działającym na rynku. Uzasadnieniem potencjalnie dyskryminującego pozacenowego kryterium ofert jest właśnie wykazanie przez instytucje publiczne rzeczywistych i uzasadnionych potrzeb jakie mają być zrealizowane w interesie publicznym. Nie chodzi jednakże o ogólne stwierdzenie zamawiającego, iż otrzymuje lepszą jakość, bardziej zaspokaja swoje potrzeby, ale o wskazanie w jaki sposób dane kryterium pozacenowe przekłada się na lepszy jakościowo, technicznie czy funkcjonalnie przedmiot zamówienia. Bez identyfikacji ulepszonej wartości gospodarczej świadczenia, jakie otrzyma zamawiający poprzez zastosowanie określonych kryteriów pozacenowych, ich wprowadzenie jest wyłącznie czynnością pozorną, a tym samym powoduje nieuzasadnione dyskryminowanie wykonawców działających na rynku. Izba uznała, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał czemu służyć mają wprowadzone kryteria. Innymi słowy, Zamawiający nie uzasadnił jakie dodatkowe korzyści związane z jakością przedmiotu zamówienia zostaną uzyska poprzez zawężenie zakresu wymaganych parametrów technicznych nawierzchni, a tym samym potencjalne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom działających na rynku.

/.../

4.1. Zarzuty dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert - Parametr techniczny 1 – Szyfrowany kontroler fizycznie odizolowany oraz BIOS posiadający mechanizm samokontroli i samoczynnej autonaprawy

Zamawiający przyznaje w ramach tego kryterium dodatkowych 7 pkt w odniesieniu do tej funkcjonalności.

Odwołujący wskazuje, że wartości parametrów od których możliwe jest uzyskanie dodatkowej punktacji wskazują wprost na produkty konkretnego producenta HP, który jako jedyny uzyskuje dodatkową punktację. Lista komputerów oferujących takie rozwiązanie jest dostępna pod linkiem producenta HP. Link: [ENW.pdf](#)

Modyfikacja, o jaką wnosi Wykonawca pozwoli na przywrócenie konkurencyjności postępowania i nie spowoduje, że punktacja zostanie przyznana produktom, które utracą walory z powodu których Zamawiający zdecydował się na dodatkową punktację i preferencje jakościowe. Aktualnie aż 7% wartości kryterium uzyskuje konkretny produkt konkretnego producenta, przy czym co należy podkreślić, wartości punktowanych parametrów technicznych nie uzasadniają takiej dodatkowej punktacji.

Uwzględniając fakt, że beneficjentem punktacji w całości może być tylko jeden konkretny produkt wydaje się oczywistym, że aktualne zasady punktacji pełnią w istocie wyłącznie funkcję ograniczenia konkurencyjności i przekładają się bezpośrednio na wynik postępowania (urządzenia tej samej klasy posiadają bardzo zbliżone ceny).

Warto zauważyć, że przyznanie nieadekwatnie wysokiej punktacji za cechy techniczne produktu w praktyce uniemożliwia konkurowanie z produktem idealnie dopasowanym do potrzeb Zamawiającego i w praktyce eliminuje produkty podobnej klasy, z reguły takie produkty mają dość podobne ceny, a już z pewnością nieodbiegające aż o prawie 7 procent.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o zmianę zasad punktacji dodatkowej w kryterium oceny Dodatkowe funkcjonalności w sposób gwarantujący konkurencyjność przy poszanowaniu uzasadnionych interesów Zamawiającego.

Zamawiający w SWZ, w Formularzu Technicznym Oferty - Część I zamówienia, parametr Zabezpieczenia, zawarł

zapisy odnoszące się do podstaw punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Parametry techniczne”: „Lp. 35*** Parametr techniczny 1 Notebook wyposażony w:

- zintegrowany z płytą główną szyfrowany kontroler fizycznie odizolowany,

odpowiedzialny za weryfikację i ochronę BIOS oraz jego samoczynną naprawę w przypadku nieautoryzowanego jego nadpisania lub uszkodzenia. - BIOS posiadający mechanizm samokontroli i samoczynnej autonaprawy, działający automatycznie przy każdym uruchomieniu komputera, który sprawdza integralność i autentyczność uruchamianego podsystemu BIOS oraz musi chronić Master Boot Record (MBR) oraz GUID Partition Table (GPT) przed uszkodzeniem lub usunięciem. Weryfikacja poprawności BIOS musi się odbywać z wykorzystaniem zintegrowanego z płytą główną szyfrowanego kontrolera fizycznie odizolowanego, o którym mowa w wyżej.”

oraz analogicznie dla części II zamówienia:

„Lp. 36*** Parametr techniczny 1

Notebook wyposażony w:

- zintegrowany z płytą główną szyfrowany kontroler fizycznie odizolowany,

odpowiedzialny za weryfikację i ochronę BIOS oraz jego samoczynną naprawę w przypadku nieautoryzowanego jego nadpisania lub uszkodzenia. - BIOS posiadający mechanizm samokontroli i samoczynnej autonaprawy, działający automatycznie przy każdym uruchomieniu komputera, który sprawdza integralność i autentyczność uruchamianego podsystemu BIOS oraz musi chronić Master Boot Record (MBR) oraz GUID Partition Table (GPT) przed uszkodzeniem lub usunięciem. Weryfikacja poprawności BIOS musi się odbywać z wykorzystaniem zintegrowanego z płytą główną szyfrowanego kontrolera fizycznie odizolowanego, o którym mowa w wyżej.”

Powyższe postanowienia SWZ wskazują bezpośrednio na konkretne rozwiązania tylko jednego producenta, tj. HP. które producent nazywa: „HP Sure Recover”.

Punkt 35 dla części I i punkt 36 dla części II odnosi się do zastosowanego przez producenta kontrolera: „HP Endpoint Security Controller (HP ESC)”.

Aktualne postanowienia SWZ są naruszeniem naczelných zasad postępowania, takich jak zasada proporcjonalności i obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Rozwiązania techniczne zawarte w OPZ wskazują jednoznacznie na konieczność zaoferowania komputera z konkretnej, wysokiej półki cenowej przy czym rozwiązania tej klasy posiada kilku producentów gwarantując pełną konkurencyjność postępowania, która prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Tymczasem w chwili obecnej postanowienia SWZ ograniczają:

- po pierwsze w ogóle możliwość zaoferowania komputerów przenośnych innych

producentów niż HP (wymagania graniczne o których mowa poniżej) a ponadto

- nawet w przypadku usunięcia tych wymagań eliminujących konkurencyjność,

pozostawienie jako punktowanych parametrów o których mowa powyżej, wciąż powoduje, że jedynym producentem którego produkty będą punktowane w ramach tak określonego kryterium oceny ofert będzie producent HP. Przywołane powyżej postanowienia SWZ odnoszące się do punktacji w ramach kryterium oceny ofert (których suma stanowi aż 7% wagi kryterium), wprost wskazuje na całkowitą niekonkurencyjność ofert Wykonawców, którzy chcieliby zaoferować sprzęt innego niż HP producenta (o ile usunięto by aktualne całkowite ograniczenie konkurencji). Wykonawcy ci, po złożeniu oferty sprzętu producenta innego niż HP tracą automatycznie 7% wagi kryteriów a ich oferta nie ma w tej sytuacji żadnych realnych szans na uzyskanie zamówienia a ofertowanie z innymi niż HP produktami

staje się całkowicie nieuzasadnione ekonomiczne i bezcelowe a konkurencyjność przetargu całkowicie pozorna i fikcyjna.

Funkcjonalności o których mowa nie stanowią rozwiązań które uzasadniają punktację dodatkową w ramach jakościowego kryterium oceny, a ponadto mamy do czynienia z produktami tej samej półki cenowej, co wyklucza aby możliwe było realnie obniżenie przez konkurentów ceny tak aby konkurencja była realna i możliwa.

Odwołujący argumentuje poniżej:

Parametr techniczny 1:

- BIOS posiadający mechanizm samokontroli i samoczynnej autonaprawy, działający

automatycznie przy każdym uruchomieniu komputera, który sprawdza integralność i autentyczność uruchamianego podsystemu BIOS oraz musi chronić Master Boot Record (MBR) oraz GUID Partition Table (GPT) przed uszkodzeniem lub usunięciem. Rozwiązanie takie jest szeroko stosowane przez producentów notebooków, i w przypadku takiego rozwiązania w chwili wykrycia naruszeń spójności głównego BIOS następuje jego odtworzenie z zapasowej kopii BIOS.

Kopia zapasowa może być przechowywana w kilku miejscach – na wbudowanym dysku SSD lub na zewnętrznej pamięci masowej USB w przypadku gdy nie wykryto jej na dysku SSD.

Porównanie zawartości głównego BIOS z zapasowym następuje każdorazowo przy aktualizacji BIOS, dodatkowo w tym momencie następuje też weryfikacja sygnatur bezpieczeństwa BIOSu głównego oraz zapasowego. Pozwala to jednoznacznie potwierdzić zgodność nowo zapisanych wartości pamięci z plikami udostępnionymi przez producenta, oraz poprzez fakt iż kopia zapasowa jest aktualizowana tylko we wcześniej opisanym trybie – należy uznać pamięć zapasową za wzorcową dla głównej.

Po wykryciu niespójności następuje proces odtworzenia zawartości BIOS z kopii zapasowej, który po odczycie kopii zapasowej powoduje odtworzenie głównego BIOS oraz weryfikację sum kontrolnych w celu potwierdzenia poprawnego odtworzenia. Proces ten nie powoduje zmiany ustawień BIOS wprowadzonych przez administratora.

Metoda taka jest standardem rynkowym oraz jest szeroko stosowana przez producentów komputerów przenośnych.

4.2. Zarzuty dotyczące pozacenowych kryteriów oceny ofert Parametr techniczny 3 – rozwiązanie zaimplementowane na poziomie BIOS

Zamawiający w SWZ, w Formularzu Technicznym Oferty - Część I zamówienia, parametr Zabezpieczenia, zawarł zapisy odnoszące się do podstaw punktacji w ramach kryterium oceny ofert „Parametry techniczne”: „Lp. 37***
Parametr techniczny 3

Rozwiązanie zaimplementowane na poziomie BIOS, działające niezależnie od istniejącego systemu operacyjnego zainstalowanego w komputerze i danych zainstalowanych na dysku twardym komputera, umożliwiające bezpieczne, zautomatyzowane odzyskiwanie obrazu systemowego zainstalowanego w komputerze oparte o wbudowanego trwale w płytę główną komputera, odizolowanego, niezależnego, modułu wewnętrznej pamięci masowej, na której lokalnie znajduje się kopia obrazu systemowego, dzięki czemu cały proces przywrócenia systemu operacyjnego. Rozwiązanie musi zapewniać integralność instalowanego obrazu systemu operacyjnego za pomocą za pomocą publicznego klucza kryptograficznego.

Rozwiązanie to powinno również umożliwiać administratorowi jego zdalną konfigurację na poziomie BIOS z wykorzystaniem dedykowanej wtyczki dla System Center Configuration Manager (SCCM) lub za pomocą dedykowanej biblioteki skryptów PowerShell integrujących to rozwiązanie z innymi konsolami zarządzającymi. Przywrócenie obrazu systemu operacyjnego musi się odbywać z wykorzystaniem zintegrowanego z płytą główną szyfrowanego dedykowanego kontrolera fizycznie odizolowanego, odpowiedzialnego i dedykowanego do zarządzania funkcjami bezpieczeństwa.” „Lp. 38*** Parametr techniczny 3

Rozwiązanie zaimplementowane na poziomie BIOS, działające niezależnie od istniejącego systemu operacyjnego zainstalowanego w komputerze i danych zainstalowanych na dysku twardym komputera, umożliwiające bezpieczne, zautomatyzowane odzyskiwanie obrazu systemowego zainstalowanego w komputerze oparte o wbudowanego trwale w płytę główną komputera, odizolowanego, niezależnego, modułu wewnętrznej pamięci masowej, na której lokalnie znajduje się kopia obrazu systemowego, dzięki czemu cały proces przywrócenia systemu operacyjnego. Rozwiązanie musi zapewniać integralność instalowanego obrazu systemu operacyjnego za pomocą za pomocą publicznego klucza kryptograficznego.

Rozwiązanie to powinno również umożliwiać administratorowi jego zdalną konfigurację na poziomie BIOS z wykorzystaniem dedykowanej wtyczki dla System Center Configuration Manager (SCCM) lub za pomocą dedykowanej biblioteki skryptów PowerShell integrujących to rozwiązanie z innymi konsolami zarządzającymi. Przywrócenie obrazu systemu operacyjnego musi się odbywać z wykorzystaniem zintegrowanego z płytą główną szyfrowanego dedykowanego kontrolera fizycznie odizolowanego, odpowiedzialnego i dedykowanego do zarządzania funkcjami bezpieczeństwa.”

Powyższe postanowienia SWZ wskazują bezpośrednio na konkretne rozwiązania tylko jednego producenta, tj. HP. które producent nazwał: HP Sure Recover.

Punkt 37 dla części I i punkt 38 dla części II odnosi się do powiązanego ze wspomnianym kontrolerem rozwiązania: „HP Sure Recover with Embedded Reimaging”.

W chwili obecnej zapisy SWZ ograniczają:

- w ogóle możliwość zaoferowania komputerów przenośnych innych producentów niż HP (wymagania graniczne o których mowa niżej w kolejnych pytaniach) a ponadto
- nawet w przypadku usunięcia tych wymagań, pozostawienie jako punktowanych parametrów, wciąż powoduje, że jedynym produktem punktowanym w ramach kryterium oceny ofert będzie HP.

Przywołane powyżej postanowienia SWZ odnoszące się do punktacji w ramach kryterium oceny ofert (których suma stanowi aż 7% wagi kryterium), wprost wskazuje na całkowitą niekonkurencyjność ofert Wykonawców, którzy chcieliby zaoferować sprzęt innego niż HP producenta (o ile usunięto by aktualne całkowite ograniczenie konkurencji). Wykonawcy ci, po złożeniu oferty sprzętu producenta innego niż HP tracą automatycznie 7% wagi kryteriów a ich oferta nie ma w tej sytuacji żadnych realnych szans na uzyskanie zamówienia a ofertowanie z innymi niż HP produktami staje się całkowicie nieuzasadnione ekonomiczne i bezcelowe a konkurencyjność przetargu całkowicie pozorna i fikcyjna.

Należy podkreślić, że funkcjonalności o których mowa nie stanowią rozwiązań które uzasadniają punktację dodatkową w ramach jakościowego kryterium oceny a ponadto to produkty tej samej półki cenowej co wyklucza aby możliwe było realnie obniżenie przez konkurentów ceny zaoferowanego asortymentu tak aby konkurowanie było realne i możliwe. Zgodnie z opisem kryterium oceny ofert: Parametr techniczny 3

Rozwiązanie zaimplementowane na poziomie BIOS, działające niezależnie od istniejącego systemu operacyjnego zainstalowanego w komputerze i danych zainstalowanych na dysku twardym komputera, umożliwiające bezpieczne odzyskiwanie obrazu systemowego zainstalowanego w komputerze oparte o wydzieloną partycję recovery wbudowanego dysku twardego.

Rozwiązanie takie jest szeroko stosowane przez producentów notebooków, w tym przez HP w konfiguracjach bez wykorzystania dodatkowego kontrolera oraz dodatkowej zewnętrznej pamięci.

Zauważyć należy, iż obsługa awarii dysku twardego jest realizowana przez administratorów lub wewnętrzny dział wsparcia IT Zamawiającego. Zwyczajowo użytkownicy komputerów przenośnych, czyli pracownicy nie wykonują takich zadań, a wręcz nie jest to zezwolone – dodatkowym kryterium punktowanym jest czujnik otwarcia obudowy, który chroni podzespoły komputera – w tym dysk twardy – przed nieautoryzowanym dostępem osób postronnych również osób zatrudnionych, które chciałby np. wykraść dane.

Hipotetycznie: w chwili wystąpienia awarii dysku twardego w komputerze HP, zawierającym zaoferowaną dodatkową pamięć pozwalającą na odzyskanie systemu – rozwiązanie HP Sure Recover with Embedded Reimaging istnieje możliwość przywrócenia systemu operacyjnego,

ale przywrócenie obejmuje tylko system operacyjny w wersji producenta. Przywróceniu nie ulegają: sterowniki, aplikacje oraz pozostałe dane użytkownika.

Aby przywrócić pełną funkcjonalność komputera, sprzęt taki wręcz musi wrócić do administratorów lub wewnętrzny dział IT Zamawiającego, aby wykwalifikowani pracownicy przywrócili dostęp do aplikacji, plików oraz do domeny którą skonfigurował Zamawiający. Świeżo przywrócony obraz systemu operacyjnego z dodatkowej pamięci HP Sure Recover with Embedded Reimaging nie pozwoli skorzystać z możliwości opisanej w OPZ w części SO – System Operacyjny.

Podsumowując – wykorzystanie HP Sure Recover with Embedded Reimaging pozwala przywrócić system operacyjny, ale nadal pełen dostęp do wymaganych przez pracowników Zamawiającego narzędzi pracy jest realizowany przez administratorów lub wewnętrzny dział wsparcia IT. Podkreśla to bezzasadność punktowania dodatkowo tego rozwiązania.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o usunięcie w całości kryteriów dodatkowo punktowanych, opisanych w Części I zamówienia, w parametrze Zabezpieczenia jako Lp. 35, 36 oraz 37, analogicznie dla Części II zamówienia, w parametrze Zabezpieczenia jako Lp. 36, 37 oraz 38.

Modyfikacje SWZ, o jakie wnosi Wykonawca w odniesieniu do kryteriów oceny ofert pozwolą na przywrócenie konkurencyjności postępowania a opis przedmiotu zamówienia gwarantuje właściwą i wysoką jakość zamawianych komputerów. Aktualnie łącznie aż 14% wartości kryterium uzyskuje konkretny produkt konkretnego producenta przy czym co należy podkreślić wartości punktowanych parametrów technicznych nie uzasadniają takiej punktacji. Uwzględniając że beneficjentem punktacji w całości może będzie jeden konkretny producent HP oczywistym jest, że aktualne zasady punktacji pełnią w istocie wyłącznie funkcję ograniczenia konkurencyjności i przekładają się bezpośrednio na wynik postępowania. Przyznanie nieadekwatnie wysokiej punktacji za cechy techniczne produktu w praktyce uniemożliwia konkurowanie z produktem idealnie wręcz dopasowanym do potrzeb Zamawiającego i w praktyce eliminuje produkty podobnej klasy, albowiem z reguły takie produkty mają dość podobne ceny, a już z pewnością nieodbiegające aż o łącznie 14 procent.

5. Wymagania dotyczące wymagań granicznych OPZ. Zasady sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. /zarzut ten według oświadczenia odwołującego stał się bezprzedmiotowy wobec zmiany SWZ – przyp. KIO/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia przedłożona przez zamawiającego, stanowiska przedstawione wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba zważyła, co następuje.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Sporne parametry opisujące pozacenowe kryteria oceny ofert ocenie izby nie eliminują z postępowania zainteresowanych wykonawców zamierzających oferować produkt innego producenta niż komputer przenośny firmy HP wielokrotnie przywoływany w treści odwołania. Kryterium na poziomie tzw. wagi 7% nie jest tak istotne, jak twierdzi odwołujący. W szczególności wskazanie, że pozostałe produkty z tej samej „półki cenowej” nie są w stanie skutecznie

konkurować właśnie ceną, nie zostało potwierdzone, wszak ceny na tym poziomie nie są tożsame. Tym niemniej, rzeczywiście, parametr może stanowić utrudnienie dla rozwiązań nie dających punktacji w tym kryterium.

Przypominając zatem, że spór nie dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, co zdaje się sugerować odwołujący, lecz kryterium w wymiarze jw. skład orzekający wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, reprezentującego, co do zasady, interes publiczny, w zakresie wyznaczonym zadaniami realizowanymi przez zamawiającego.

Uzasadnione potrzeby zamawiającego muszą oczywiście być realizowane w zgodzie z wyraźnie wyróżnionymi w ustawie Pzp zasadami, w szczególności z zasadą zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, obowiązku przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny, najkorzystniejszej kryteriów w sposób uzasadniony charakterem zamówienia i prowadzący do uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów (art. 16 i 17 pzp).

Zamawiający uzasadnia zastosowanie kwestionowanego kryterium względami bezpieczeństwa, którego poziom ma być relatywnie zwiększony i rzeczywiście premiiowany w kryterium pozacenowym. Wskazuje w tym względzie na potrzebę minimalizowania ryzyka

niedostępności do użytkowanego systemu z zewnątrz, szybkiego przywrócenia działania, aktywnej ochrony, wyższej odporności systemu, możliwości szybkiego wykrycia i naprawy. Takich walorów upatruje w rozwiązaniu preferowanym uznając je nawet za wyjątkowe, bezpieczniejsze wobec odzyskiwania systemu z dodatkowego odizolowanego dysku, a przy tym odporniejsze na cyberataki z zewnątrz.

Stwierdza przy tym, że nie kwestionuje przy tym innych dostępnych na rynku IT, rozwiązań. Skład orzekający uznaje za przekonujące i uzasadnione stanowisko zamawiającego co do przyczyn wprowadzenia do specyfikacji rozwiązań będących obecnie przedmiotem rozpatrzenia.

Zamawiający wskazał także na rosnącą liczbę zewnętrznych ataków cybernetycznych, jakich doświadcza w kolejnym roku oraz wdrażanie regulacji prawnych w zakresie cyberbezpieczeństwa.

Skład orzekający uznaje, że zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp, w tym zasad udzielania zamówień publicznych opisując swoje uzasadnione potrzeby w treści opisu przedmiotu zamówienia, co jest okolicznością bezsporną, jak i formułując pozacenowe kryteria oceny ofert przez wskazanie rozwiązania preferowanego, a jednocześnie nie eliminując dostępu do zamówienia wykonawcom potencjalnie oferujących rozwiązania o podobnym zaawansowaniu technicznym i technologicznym, jakkolwiek odmiennym od preferowanego.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: