**Sygn. akt: KIO 2586/24**

**WYROK**

Warszawa, dnia 19 sierpnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca:Irmina Pawlik
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 r. przez wykonawcę MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy Intaris Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od odwołującego MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawiena rzecz zamawiającego Centralnego Zarządu Służby Więziennej z siedzibą w Warszawiekwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:…….…….....

**Sygn. akt: KIO 2586/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający Centralny Zarząd Służby Więziennej z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę komputerów stacjonarnych typu All-in-one oraz komputerów przenośnych typu laptop (wewnętrzny identyfikator: 9/24/KS). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 52/2024 z dnia 13 marca 2024 r. pod numerem 153623-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 lipca 2024 r. wykonawca MBA System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Intaris sp. z o.o. (dalej jako „Przystępujący") jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy oraz wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części 1 zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

2.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3.art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości;

zarzut ewentualny:

4.zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu w części 1 zamówienia: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3) odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, 4) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert; ewentualnie – unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji uznania przez Izbę, że oferty Odwołującego oraz Przystępującego podlegają odrzuceniu.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów odwołania.

Pisemne stanowisko w sprawie w dniu 8 sierpnia 2024 r. przedstawił także Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że wykonawca Suntar Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w dniu 12 sierpnia 2024 r. wycofał zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez wykonawcę Intaris Spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, wobec czego ww. wykonawca stał się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, którego oferta została odrzucona i który w drodze wniesionego odwołania dąży do unieważnienia tej czynności, jak i do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz do odrzucenia oferty Przystępującego wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, złożone przez wykonawców przedmiotowe środki dowodowe, w tym protokoły z testów BAPCo, zawiadomienie o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu ofert, protokół postępowania.

Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1.załączonych do odwołania:
- –formularz ofertowy Suntar sp. z o.o. z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w 2023 roku;
- –wydruk z testu BAPCo Sysmark 25 złożony w 2023 r. przez Suntar sp. z o.o. (wersja polskojęzyczna i anglojęzyczna);
- –formularz ofertowy Intaris sp. z o.o. z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w 2023 roku;
- –wydruk z testu BAPCo Sysmark 25 w języku angielskim, złożony w 2023 r. przez Intaris sp. z o.o. (wersja polskojęzyczna i anglojęzyczna);

2.złożonych przez Odwołującego drogą elektroniczną przed posiedzeniem:
- –wydruk ze strony https://support.microsoft.com/pl-pl (Izolacja rdzenia - opis wyłączania funkcji Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity);
- –wyciąg z dokumentacji oprogramowania BAPCo SYSmark 25 - pkt 3.2 (wersja anglojęzyczna i polskojęzyczna);
- –wydruk ze strony https://bapco.com/support - Czy wyłączenie programu Windows Defender wpływa na wynik wydajności SYSmark? Czy ochrona Windows Tamper Protection wpływa na wynik wydajności SYSmark?;
- –wyciąg z instrukcji użytkownika BAPCo SYSmark 25 – Instalacja (wersja polskojęzyczna i anglojęzyczna);
- –wyciąg z dokumentacji oprogramowania BAPCo SYSmark 25 - system kalibracji w komputerze referencyjnym (wersja polskojęzyczna i anglojęzyczna);
- –oświadczenie Lenovo Technology B.V. Sp. z o.o. z dnia 7 sierpnia 2024 r. (wraz z pełnomocnictwem oraz odpisem z KRS);

3.złożonych przez Odwołującego na rozprawie:
- –korespondencja mailowa pomiędzy przedstawicielami firm BAPCo i Lenovo wraz z tłumaczeniem;

4.złożonych przez Przystępującego wraz z pismem procesowym:

–oryginał zaszyfrowanego wyniku testu BAPCo SYSmark 25;

5.złożonych przez Przystępującego na rozprawie:

–wydruki czterech protokołów z testów BAPCo (wraz z tłumaczeniem);

–transkrypcja poradnika Lenovo Windows 11 Settings: Privacy and Security;

–wydruk artykułu „Bezpieczeństwo systemu Windows" (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wydruk ze strony internetowej https://support.microsoft.com/pl-pl - Uniemożliwianie zmian ustawieniach zabezpieczeń za pomocą funkcji Ochrona przed naruszeniami;

–wydruk artykułu „Ochrona System Guard Secure Launch i SMM" (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wydruk artykułu „Włącz ochronę integralności kodu opartą na wirtualizacji" (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wydruk ze strony internetowej https://bapco.com/support - Czy wyłączenie programu Windows Defender wpływa na wynik wydajności SYSmark? Czy ochrona Windows Tamper Protection wpływa na wynik wydajności SYSmark?;

–wydruk ze strony internetowej www.microsoft.com dotyczący aktualnej wersji systemu Windows 11;

–wydruk artykułu „Windows 11, wersja 21H2 – koniec obsługi (edycje Home i Pro)";

–wydruk informacji dotyczących wersji 21H2 Windows 11 (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wyciąg z podręcznika użytkownika BAPCo SYSmark 25 – Zasady benchmarkingu (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wyciąg z Białej księgi BAPCo SYSmark 25 (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

–wydruk ze strony internetowej https://results.babco.com – Wyniki SYSmark 25 (wersja anglojęzyczna oraz polskojęzyczna);

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, powołane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego w pismach procesowych i na rozprawie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z pkt IV.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa komputerów stacjonarnych typu All-in-one oraz komputerów przenośnych typu laptop. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwie części. Przedmiotem zamówienia w części 1 jest dostawa 2500 szt. komputerów stacjonarnych typu All-in-one do jednostek organizacyjnych Służby Więziennej. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do umowy, której projekt stanowi załącznik nr 1 do SWZ.

W pkt V SWZ zawarto wykaz przedmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą. W ppkt 11 wskazano, że na potwierdzenie parametrów technicznych Zamawiający wymaga dostarczenia protokołów z przeprowadzonych testów w formie wydruku komputerowego, potwierdzonego przez Wykonawcę, że został on utworzony za pomocą oprogramowania licencjonowanego BAPCo i Wykonawca nie ingerował w żaden sposób w jego treść.

W formularzu ofertowym dla Części 1 należało wypełnić m.in. dane dotyczące oferowanego sprzętu i jego parametrów. W tabeli zawartej w pkt 2 formularza, w poz. 4 „Określenie wymaganej wydajności" Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „Zamawiający oczekuje, że Wykonawca przedstawi wyniku testu zrealizowanego za pomocą oprogramowania BAPCo® SYSmark® 25 – wynik ogólny (Overall) o minimalnej wartości 1650 pkt. Wszystkie ustawienia do testów muszą być zgodne z domyślną konfiguracją wprowadzoną przez producenta oprogramowania. Testy muszą być przeprowadzone na automatycznych ustawieniach konfiguratora dołączonego przez firmę BAPCo oraz przy włączonych wszystkich urządzeniach. Nie dopuszcza się: - stosowania overclockingu, - stosowania oprogramowania wspomagającego pochodzącego z innego źródła niż fabrycznie zainstalowane oprogramowanie przez producenta, - ingerowania w ustawienia BIOS (tzn. wyłączania urządzeń stanowiących pełną konfigurację), - ingerowania w środowisku systemowym (tzn. wyłączania usług, zmniejszania rozdzielczości poniżej 1920x1080, zmian jasności i kontrastu itp.); Testy powinny być przeprowadzone na urządzeniu z zainstalowanym systemem operacyjnym zgodnym z oferowanym przez Wykonawcę – Zamawiający dopuszcza możliwość, aby testy wykonane zostały na systemie w wersji językowej angielskiej." W kolumnie „Wartość parametru" należało podać wynik testu.

W postępowaniu w zakresie Części 1 wpłynęły trzy oferty: oferta Odwołującego z ceną 8 483 925 zł, oferta Przystępującego z ceną 10 654 875 zł oraz oferta wykonawcy Suntar Sp. z o.o. z ceną 8 849 850 zł.

Odwołujący zaoferował sprzęt producenta Lenovo, model ThinkCenter M90a Gen 5 Intel, PN: 12SKCTO1WW (konfiguracja pod projekt zgodna z wymaganiami SWZ). Do oferty załączył wydruk testu BAPCo dla oferowanego sprzętu, potwierdzający wynik wydajności na poziomie 1747 pkt, w którym w tabeli „System operacyjny" w wierszach „Ochrona przed naruszeniem integralności" (ang. 'Tamper Prtotection'), „Bezpieczeństwo oparte na wirtualizacji" (ang. 'Virtualization-based Security') oraz „Integralność pamięci" (ang. 'Memory Integrity') wskazano „wyłączony" (ang.

‘disabled’), zarówno dla testowanego urządzenia, jak i dla systemu kalibracji.

Przystępujący zaoferował sprzęt producenta Dell, model OptiPlex All-in-One Plus 7420 PN: 210-BKVZ. Do oferty załączył wydruk testu BAPCo dla oferowanego sprzętu, potwierdzający wynik wydajności na poziomie 1693 pkt, w którym w tabeli „System operacyjny” w wierszach „Ochrona przed naruszeniem integralności” (ang. ‘Tamper Prtotection’), „Bezpieczeństwo oparte na wirtualizacji” (ang. ‘Virtualization-based Security’) oraz „Integralność pamięci” (ang. ‘Memory Integrity’) wskazano „włączony” (ang. ‘enabled’), dla testowanego urządzenia. Dla systemu kalibracji wskazano „wyłączony” (ang. ‘disabled’).

Zamawiający pismem z dnia 10 lipca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w Części 1 zamówienia.

Równocześnie zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz oferty wykonawcy Suntar Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, że z załączonych do ofert ww. Wykonawców przedmiotowych środków dowodowych w postaci protokołów (w formie wydruków komputerowych) z przeprowadzonych testów, zrealizowanych za pomocą oprogramowania BAPCo® SYSmark® 25, wynika, że testy zostały przeprowadzone w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, tj. testy zostały wykonane przy wyłączonych usługach systemowych” Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono w odwołaniu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, ze Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie zaś z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

Izba oddaliła zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że jego oferta odpowiadała warunkom zamówienia w zakresie sposobu przeprowadzenia testów wydajnościowych BAPCo.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że Odwołujący przeprowadził testy wydajnościowe oferowanego sprzętu za pomocą oprogramowania BAPCo® SYSmark® 25 przy wyłączonych elementach zabezpieczeń systemu Windows, tj. Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity.

Istota sporu sprowadzała się do oceny czy powyższe działanie było zgodne z wymaganiem zawartym w poz. 4 tabeli z pkt 2 formularza ofertowego dla Części 1, gdzie wskazano *„Zamawiający oczekuje, że Wykonawca przedstawi wyniku testu zrealizowanego za pomocą oprogramowania BAPCo® SYSmark® 25 – wynik ogólny (Overall) o minimalnej wartości 1650 pkt. Wszystkie ustawienia do testów muszą być zgodne z domyślną konfiguracją wprowadzoną przez producenta oprogramowania. Testy muszą być przeprowadzone na automatycznych ustawieniach konfiguratora dołączonego przez firmę BAPCo oraz przy włączonych wszystkich urządzeniach. Nie dopuszcza się: - stosowania overclockingu, - stosowania oprogramowania wspomagającego pochodzącego z innego źródła niż fabrycznie zainstalowane oprogramowanie przez producenta, - ingerowania w ustawienia BIOS (tzn. wyłączania urządzeń stanowiących pełną konfigurację), - ingerowania w środowisku systemowym (tzn. wyłączania usług, zmniejszania rozdzielczości poniżej 1920x1080, zmian jasności i kontrastu itp.)”* Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z ww. wymaganiem, ponieważ jego zdaniem Odwołujący dokonał nieuprawnionej ingerencji w środowisko systemowe i wyłączył ww. usługi systemowe w celu przeprowadzenia testów.

Pierwszym z argumentów podniesionych w odwołaniu była okoliczność, że Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity nie są ani usługami, ani urządzeniami, lecz funkcjami zabezpieczeń systemu Windows. Powyższe pozostaje jednak w ocenie Izby bez znaczenia dla stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, ponieważ Zamawiający wyraźnie w SWZ zakazał jakiegokolwiek ingerowania w środowisko systemowe, a wskazanie na zakaz wyłączania usług czy rozdzielczość miało jedynie charakter przykładowy. Ponadto Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie odparł argumentacji przedstawionej w piśmie Przystępującego, że ww.

funkcje systemu Windows 11 Pro wchodzą w skład wbudowanych usług zabezpieczeń systemu operacyjnego i są domyślnie włączone. Okoliczność, że Zamawiający nie wyartykułował wprost w katalogu niedozwolonych działań zakazu wyłączania funkcji zabezpieczeń systemu nie oznacza, że zakaz taki nie obowiązywał, skoro wyłączenie tych funkcji prowadziło lub mogło prowadzić do wyłączania usług zabezpieczeń systemu. Przykładowo - jak wskazał Przystępujący i co poparł dowodem - wyłączenie funkcji Virtualization-based Security powoduje wyłączenie usług Virtualization-based Security Services. Odwołujący twierdzeń tych nie podważył.

W dalszej kolejności Odwołujący twierdził, że program BAPCo SYSmark 25 w celu przeprowadzenia testu wykorzystuje swoje autorskie rozwiązania służące do zmodyfikowania działania funkcji i usług systemu Windows w momencie autokonfiguracji testowanej jednostki. Odwołujący wskazał, że modyfikacje te są podzielone na trzy kategorie: Wymagana, Zalecana i Opcjonalna. Odwołujący wskazał, że opcje wymagane i zalecane są domyślnie wszystkie włączone, jednak, aby program BAPCo SYSmark25 miał możliwość wprowadzenia zmian w systemie przez autokonfigurator, przy próbie uruchomienia testu pojawia się komunikat, z którego wynika, że opcja Tamper protection jest włączona, co wpływa na wydajność systemu operacyjnego. Funkcje tą trzeba wyłączyć ręcznie w celu umożliwienia poprawnego działania autokonfiguratora BAPCo Dalej Odwołujący wskazał, że w instrukcji użytkownika BAPCo SYSmark 25 znajduje się informacja, iż opcja Virtualization-based Security w systemie Windows jest uruchamiana automatycznie w przypadku zastosowania spełniającej technologii do obsługi tej funkcji, włączenie to jest zmianą domyślnej wartości w systemie Windows. Funkcja ta jest bezpośrednio połączona z funkcją Memory Integrity, zaś obie stanowią dodatkowe funkcje zabezpieczeń, które nie są wymagane do poprawnej i bezpiecznej pracy na komputerze z systemem Windows, lecz do ich wykorzystania jest potrzeba spełnienia kilku warunków technologicznych opisanych w instrukcji użytkownika BAPCo SYSmark 25 na stronie 5 i 6.

W ocenie Izby powyższe stanowisko Odwołującego nie wykazuje zgodności jego oferty z warunkami zamówienia, tj. z wymaganiem, aby testy wydajnościowe zostały przeprowadzone bez ingerencji w środowisko systemowe oferowanego urządzenia. Jeśli chodzi o funkcję Tamper protection nie było sporne, że jest to funkcja domyślnie włączona i że Odwołujący w celu przeprowadzenia testów wyłączył ją manualnie (ręcznie). Jednocześnie nie zostało przez Odwołującego wykazane, że wyłączenie tej funkcji było niezbędne do prawidłowego działania oprogramowania BAPCo SYSmark25. Po pierwsze, komunikat, na który powołał się Odwołujący pojawiał się w przypadku wersji systemu operacyjnego 21H2, która nie jest już wersją aktualną (od 10 października 2023 r.). Powyższa okoliczność została wykazana przez Przystępującego dowodami, a Odwołujący jej nie kwestionował. Po drugie, z komunikatu tego wynika jedynie, że funkcja Tamper protection jest włączona, co wpływa na wydajność systemu, a zatem nie oznacza to, że przeprowadzenie testów nie jest możliwe bez jej wyłączenia. Wręcz przeciwnie, w okienku zawierającym ww. komunikat, można było kliknąć opcję „OK", aby kontynuować, a brak reakcji w określonym czasie prowadził do automatycznej kontynuacji autokonfiguracji, przy włączonej funkcji Tamper protection. Komunikat ten miał zatem jedynie walor informacyjny, a podmiot przeprowadzający test urządzenia miał możliwość dokonania wyboru, czy chce go wykonać przy włączonej, czy przy wyłączonej funkcji Tamper protection. Jeśli zaś chodzi o funkcje Virtualization-based Security oraz Memory Integrity to stanowisko Odwołującego sprowadzało się do stwierdzenia, że obie stanowią dodatkowe funkcje zabezpieczeń, które nie są wymagane do poprawnej i bezpiecznej pracy na komputerze z systemem Windows. Okoliczność ta nie stanowi jednak usprawiedliwienia dla ręcznego wyłączenia tych funkcji, skoro w systemie Windows 11 Pro są one domyślnie włączone, a Zamawiający zakazał ingerencji w środowisko systemowe. Fakt, że system może działać poprawnie i bezpiecznie pomimo ich wyłączenia, w świetle postanowień SWZ, nie uprawniał Odwołującego do takiego działania. Odwołujący nie dowiódł, że ręczne wyłącznie ww. trzech funkcji było niezbędne do poprawnego działania oprogramowania BAPCo SYSmark25. Nie budziło zaś wątpliwości Izby, że przeprowadzenie testów przy włączonych ww. funkcjach, które są domyślnymi funkcjami systemu Windows 11 Pro, było możliwe, potwierdza to chociażby wydruk protokołu z testów załączonych do oferty Przystępującego, jak i dowody złożone przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym (w tym wydruki protokołów z testów).

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że wynik testu BAPCo SYSmark25 to wskaźnik, w jakim stopniu komputer jest lepszy lub gorszy od komputera referencyjnego, a komputer referencyjny, którego opis i konfiguracja jest wyspecyfikowana na każdym wydruku z testu BAPCo, był testowany z wyłączonymi opcjami Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity, aby zachować najdokładniejsze przełożenie faktycznej wydajności na punktację uzyskaną w teście, Izba stwierdziła, że powyższa argumentacja również nie wykazuje zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący – z pominięciem wymagań wynikających z SWZ – uznał, że test z włączonymi ww. funkcjami nie byłby miarodajnym testem względem jednostki referencyjnej, na bazie której obliczane są wyniki testów, podczas gdy Zamawiający jednoznacznie zakazał w SWZ jakiejkolwiek ingerencji w środowisko systemowe. Okoliczność, że test referencyjny był przeprowadzony przy wyłączonych funkcjach nie oznacza, że postanowienia SWZ zakazujące ingerencji w środowisko systemowe należy traktować jako niewiążące. Nie jest

zasadne także twierdzenie Odwołującego, że Zamawiającynie opisał i nie doprecyzował, co rozumie pod pojęciem wyłączania usług w środowisku systemowym, a w szczególności nie wskazał że zabrania w czasie wykonywania testów wyłączania elementów takich jak Tamper Protection, Virtualization-based Security czy Memory Integrity. Jak wskazano powyżej, Zamawiający jasno sprecyzował, że nie dopuszcza ingerowania w środowisko systemowe.

Należy podkreślić, że na obecnym etapie postępowania Izba nie może dokonywać oceny, czy wymagania nałożone na wykonawców zostały skonstruowane prawidłowo. Zamawiający w taki, a nie inny sposób ukształtował przedmiotowy wymóg w zakresie testów BAPCo SYSmark25 i na etapie oceny ofert był on wiążący zarówno dla Zamawiającego, jak i wykonawców. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21, precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich brzmienia. Jeżeli w ocenie Odwołującego wynik testu przy włączonych spornych funkcjach zabezpieczeń systemu Windows jest wynikiem niemiarodajnym, to swoje wątpliwości w tym zakresie powinien był zgłosić wcześniej, po opublikowaniu przez Zamawiającego dokumentów zamówienia. Podobnie Odwołujący powinien był wcześniej zasygnalizować rzekome niejednoznaczności w treści spornego wymagania, na które powoływał się podczas rozprawy, tj. że wymóg, aby wszystkie ustawienia do testów były zgodne z domyślną konfiguracją producenta oprogramowania miałby wykluczać wymóg nieingerowania w środowisko systemowe. Tymczasem Odwołujący nie tylko nie zwrócił Zamawiającemu na powyższe uwagi na etapie składania ofert, ale nie przedstawił nawet takiego argumentu w treści odwołania, co czyni jego twierdzenia spóźnionymi. W konsekwencji nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia także dowody składane przez Odwołującego (w szczególności korespondencja mailowa przedstawicieli Lenovo i BAPCo oraz oświadczenie firmy Lenovo) na okoliczność wykazania, że wyłączenie funkcji Tamper Protection, Virtualization-based Security czy Memory Integrity stanowi domyślną konfigurację wprowadzoną przez producenta oprogramowania.

W odwołaniu nie zawarto także argumentacji, że wyłączenie funkcji Tamper Protection, Virtualization-based Security czy Memory Integrity w celu przeprowadzenia testów BAPCo SYSmark nie wpływa na wydajność urządzenia, którą test ten miał potwierdzić. Dlatego też prezentowane podczas rozprawy twierdzenia, że różnice w poziomie wydajności przy włączonych i wyłączonych ww. funkcjach są minimalne, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przez Izbę, która związana jest zarzutami odwołania zgodnie z art. 555 ustawy Pzp. Również podnoszony podczas rozprawy argument o lakoniczności uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie z tego względu, że Odwołujący nie zawarł takich twierdzeń w odwołaniu ani nie podniósł zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak zaś wykazało postępowanie odwoławcze, pomimo zwięzłego uzasadnienia faktycznego zakomunikowanego przez Zamawiającego Odwołujący nie miał żadnych problemów z właściwym zidentyfikowaniem przyczyn odrzucenia jego oferty i wdał się w tym zakresie w merytoryczny spór.

Odnosząc się jeszcze do twierdzeń Odwołującego, że w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego wykonawcy przedstawiali wydruki testów przeprowadzonych na identycznych ustawieniach jak ustawienia zastosowane obecnie przez Odwołującego (tj. z wyłączonymi funkcjami Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity) i zostały one uznaneprzez Zamawiającego za zgodne z warunkami zamówienia, Izba wskazuje, że nie neguje faktu, że działanie Odwołującego mogło być w jakimś stopniu spowodowane tym, że w poprzednich postępowaniach Zamawiający nie kwestionował testów przeprowadzonych przy wyłączeniu ww. funkcji. Niemniej Izba nie może obecnie dokonywać oceny działania Zamawiającego podjętego w innych postępowaniach. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest wyłącznie ocena tego, czy w tym konkretnym postępowaniu odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a tą okoliczność Izba weryfikuje przez pryzmat dokumentów tego konkretnego zamówienia. Dlatego ww. twierdzenia Odwołującego pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie także stanowisko Odwołującego, że Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Pomijając okoliczność, że właściwym przepisem w zakresie wyjaśniania treści przedmiotowych środków dowodowych jest art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, należy wskazać, że wyjaśnienie przyczyn przeprowadzenia przez Odwołującego testu BAPCo SYSmark 25 z wyłączonymi funkcjami Tamper Protection, Virtualization-based Security oraz Memory Integrity nie miałoby wpływu na wynik postępowania, skoro Odwołujący na właściwym etapie na zaskarżył postanowień SWZ, które zakazywały ingerencji w środowisko systemowe ani nie zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie stosownych wyjaśnień. Odwołujący złożył wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy - wydruk protokołu z testów wydajnościowych urządzenia, który został przeprowadzony po ręcznym wyłączeniu trzech funkcji systemu Windows, a zatem po ingerencji w środowisko systemowe, która nie była dozwolona w świetle wiążących wykonawców postanowień dokumentów zamówienia. Przy czym, mając na uwadze, że jest tu mowa o przedmiotowym środku dowodowym, Izba wyjaśnia, że nie dokonywała oceny w zakresie możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia

przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (przewidzianej w pkt XVIII.7 SWZ), ponieważ nie było to objęte zakresem zaskarżenia.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby nie zostało wykazane, aby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarzut nr 2).

Twierdzenia Odwołującego, że wydruk protokołu z testów BAPCo przedstawiony przez Przystępującego nosi znamiona niedozwolonej modyfikacji, nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący powoływał się jedynie na pewne różnice graficzne (inna czcionka, inne rozmieszczenie elementów) dostrzegalne pomiędzy wydrukiem złożonym przez Przystępującego a wydrukiem możliwym do pobrania ze strony BAPCo, niemniej Przystępujący wyjaśnił, co było powodem tych różnic, wskazując, że wynikało to z konieczności deszyfrowania dokumentu za pomocą aplikacji zewnętrznej w celu opatrzenia go podpisem. Odwołujący podczas rozprawy twierdzeń tych w żaden sposób nie odparł. Izba miała ponadto na uwadze, że Odwołujący poza odniesieniem się do szaty graficznej dokumentu nie przedstawił żadnych twierdzeń, które wskazywałyby, że mogło dojść do jakiejkolwiek ingerencji w merytoryczną treść dokumentu, tj. w szczególności w wynik testów. Będący przedmiotowym środkiem dowodowym wydruk protokołu z testów BAPCo służył potwierdzeniu deklarowanej w formularzu ofertowym wydajności oferowanego sprzętu, a wynikający z SWZ wymóg potwierdzenia przez wykonawcę, że nie ingerował on w treść wydruku protokołu z testów miał na celu potwierdzenie, że protokół ten prezentuje wynik testów wydajnościowych w sposób wiarygodny. Odwołujący nie kwestionował w ogóle wyniku testów BAPCo przeprowadzonych na sprzęcie oferowanym przez Przystępującego i nie przedstawił żadnej argumentacji, która mogłaby wskazywać na jakąkolwiek niedopuszczalną ingerencję w wynik testów wydajnościowych czy inne istotne elementy protokołu. Z kolei Przystępujący złożył w postępowaniu odwoławczym wydruk protokołu z testów przed jego deszyfrowaniem, który zawierał te same wartości co dokument złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ma zatem żadnych podstaw do tego, aby uznać, że przedstawiony przez Przystępującego przedmiotowy środek dowodowy nie potwierdzał deklaracji zawartej w formularzu oferty, a w konsekwencji nie ma podstaw, aby stwierdzić, że oferta Przystępującego nie odpowiadała warunkom zamówienia w zakresie wymaganej minimalnej liczby punktów w teście wydajności oferowanego urządzenia.

W świetle powyższego nie znalazł potwierdzenia także zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Przystępującego, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości. Odwołujący nie dowiódł naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ani w kontekście odrzucenia jego oferty, ani w kontekście zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Ponadto wobec braku wykazania przez Odwołującego podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, bezzasadny okazał się również zarzut ewentualny nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 16 w zw. z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym przypadku nie wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegały odrzuceniu, zatem nie została spełniona przesłanka, o której mowa w tym przepisie.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:…….…….....