

WYROK

z dnia 7 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **KONCEPT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy **Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie**, ul. Boya Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Computex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa **oraz Engave Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, ul. Łopuszańska 32, 02-220 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - KONCEPT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Wodniaków 19, 03-992 Warszawa 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;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**, ul. Szamocka 3,5, 01-748 Warszawa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zakup i dostawę komputerów stacjonarnych i przenośnych wraz z wyposażeniem dodatkowym”, numer postępowania: TZ/271/37/18. Postępowanie zostało podzielone na części. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2018 r. pod numerem 2018/S 184-415643. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 18 kwietnia 2019 r. wykonawca KONCEPT Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie w zakresie części B na czynność odrzucenia jego oferty z dnia 8 kwietnia 2019 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne dokonanie tej czynności. Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 3) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Oferta Odwołującego została najwyżej oceniona spośród złożonych ofert. W konsekwencji jej bezzasadne odrzucenie, oparte na błędnym ustaleniu, że zaoferowany przedmiot nie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, skutkuje powstaniem szkody po stronie Odwołującego, polegającej na pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż w załączniku nr 2A do SIWZ, tj. Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu, Zamawiający określił m.in. następujące wymagania dla komputerów stacjonarnych typ B: Lp. 1 — „Procesor” - „Procesor nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych”; Lp. 9 — „Zgodność z systemami operacyjnymi i standardami” — „Bezterminowa licencja na system Microsoft Windows 10 Professional lub równoważny (umożliwiający, zgodnie z zapisami licencyjnymi, nieodpłatny downgrade do Windows 7 w wersji 32-bitowej lub 64-bitowej) w polskiej wersji językowej”.

Pismem z dnia 21 stycznia 2019 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przedłożył specyfikację techniczną oferowanego sprzętu, sporządzoną na podstawie treści załącznika nr 2A do SIWZ. W treści tego dokumentu, w pkt 1, w pozycji nr 1 (procesor), Odwołujący wskazał producenta (AMD)) i model oferowanego procesora tj. AMD PRO A 10-9700. Pismem z dnia 08.04.2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji Zamawiający wskazał: *„Zgodnie z dokumentacją producenta AMD, zaoferowany przez Wykonawcę procesor generacji AMD „Bristol Ridge” nie wspiera systemu operacyjnego Windows 7, co oznacza, że procesor ten ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń, zwracając komunikat podczas próby aktualizacji o niezgodności procesora z systemem operacyjnym Windows 7 — przez co nie zapewnia poprawnego działania systemu Windows 7. Analogiczne informacje podawane są przez producenta systemu operacyjnego”*. Z powyższego wynika, że odrzucenie oferty Odwołującego oparte zostało na ustaleniu, iż zaoferowany model procesora ogranicza możliwość instalacji aktualizacji dla systemu operacyjnego Windows 7.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający w sposób dowolny ustalił, że zaoferowany w komputerach stacjonarnych procesor AMD PRO A 10-9700 ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla systemu operacyjnego Windows 7 tj. jednego ze wspieranych systemów operacyjnych i oświadczył, że potwierdza, iż ww. model procesora umożliwia instalację aktualizacji zabezpieczeń dla systemu operacyjnego Windows 7 i wspiera pracę tego systemu, a sama okoliczność, w której w trakcie aktualizacji systemu pojawia się, ze strony jego producenta, informacja o niezgodności procesora z systemem operacyjnym Windows 7, nie oznacza braku spełnienia przedmiotowego wymagania. Pojawienie się tej informacji, nie uniemożliwia prawidłowej instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla systemu operacyjnego. System Windows 7 może być zainstalowany na oferowanym modelu komputera, jak również mogą być zainstalowane na nim wszystkie aktualizacje zabezpieczeń dla tego systemu, a procesor nie blokuje tej możliwości. Po tych instalacjach komputer działa w sposób prawidłowy. Przyjęcie wskazywanej obecnie przez Zamawiającego interpretacji wymagania *„Procesor nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych”*, nie tylko nie znajduje oparcia w treści SIWZ, ale również w okolicznościach faktycznych i prowadziłoby do niedających zaakceptować się z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych wniosków i świadczyłoby o ograniczeniu konkurencji.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do

pisma i przedkładanych na rozprawie oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż zarzut podniesiony w Odwołaniu jest bezpodstawny, a twierdzenia Odwołującego nieuzasadnione i nieoparte żadnymi dowodami. Zamawiający zawarł w Załączniku 2 A do SIWZ (l.p.1) wymóg by procesor nie ograniczał możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, tj. Windows 7, Windows 8.1, Windows 10, do którego wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, zgłosili szereg pytań w trybie art. 38 ustawy Pzp, wskazując m.in. że nowsze generacje procesorów nie wspierają systemu operacyjnego Windows 7 oraz wnosząc o jego zmianę w zakresie obsługiwanych systemów operacyjnych poprzez wykreślenia systemu operacyjnego Windows 7 z ww. wymogów. Zamawiający nie wyrażał zgody wskazując na uwarunkowania związane z funkcjonującym u Zamawiającego oprogramowaniem, z którym zakupywane komputery mają być zgodne.

Zamawiający stwierdził, iż celem wprowadzenia wskazanych w SIWZ wymagań było uzyskanie sprzętu współpracującego z Windows 7, gdyż Zamawiający z uwagi na ograniczenia działającego u niego oprogramowania (aplikacje KSI) nie może obecnie dopuścić sprzętu z oprogramowaniem Windows 10. Użytkowane aktualnie aplikacje i oprogramowanie uniemożliwiają poprawną pracę w systemie Windows 10. Dopuszczenie dostawy stacji roboczych wyłącznie z systemem operacyjnym Windows 10 (bez downgrade do Windows 7), spowodowałaby, że taki sprzęt nie mógłby być użytkowany przez pracowników Zamawiającego obsługujących m.in. system KSI ZUS, co podważałoby celowość dokonywanego zakupu, którym jest pilne zabezpieczenie minimalnych potrzeb sprzętowych dla tych pracowników. Ponadto, z uwagi na wnioski wykonawców, w toku postępowania, Zamawiający dokonał ponownej weryfikacji liczby zamawianych komputerów stacjonarnych w celu ograniczenia do niezbędnego wymaganego minimum sprzętów o wskazanych parametrach, które muszą zostać pilnie wymienione z uwagi na długi czas ich użytkowania i znaczną awaryjność i w jej wyniku znacząco zmniejszył zakres przedmiotu zamówienia.

W ocenie Zamawiającego wymagania w tym zakresie były jasne i klarowne dla wszystkich wykonawców oraz rozumiane dokładnie w taki sposób. Żaden z wykonawców nie zakwestionował ww. zapisów SIWZ za pomocą środków ochrony prawnej. Wymagania Zamawiającego nie zawężyły konkurencji wyłącznie do jednego, czy nawet kilku produktów, a parametry te mogły spełnić procesory różnych producentów. Ponadto w doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że Zamawiający ma prawo określić szczególne wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, jeżeli są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami i specyfiką zamówienia, co też Zamawiający uczynił w niniejszym postępowaniu.

Zmiana podejścia do oceny oferty Odwołującego w zakresie wymagań dotyczących obsługi przez oferowany procesor instalacji aktualizacji oprogramowania Windows 7, której domaga się Odwołujący, prowadziłaby natomiast do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem stanowiłaby de facto zmianę treści SIWZ po upływie terminu składania ofert, czego ustawa Pzp nie dopuszcza. Bezpodstawne jest zatem twierdzenie Odwołującego, jakoby to zaakceptowanie oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego doprowadzało do naruszenia uczciwej konkurencji w tym postępowaniu. Przeciwnie, akceptacja stanowiska Odwołującego stanowiłaby odstępstwo od istotnych wymagań zwartych w treści SIWZ.

Ponadto całkowicie nieuzasadnione jest opieranie zarzutów Odwołania, na twierdzeniu, że w SIWZ Zamawiający nie wskazał wprost, że w czasie instalacji aktualizacji systemu operacyjnego komputer nie może zwracać komunikatu o nieobsługiwany sprzęcie i wywodzić stąd wniosek, że pojawienie się takiego komunikatu nie świadczy o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Z istoty wymogu wskazanego w Specyfikacji technicznej by procesor nie ograniczał instalacji aktualizacji systemu operacyjnego, jednoznacznie wynika, że w trakcie instalacji tych aktualizacji nie mogą pojawiać się jakiegokolwiek komunikaty o nieprawidłowościach w instalacji aktualizacji systemu, a takim jest m.in. komunikat o nieobsługiwany sprzęcie. Wymóg dotyczący umożliwiania przez procesor aktualizacji wspieranych systemów operacyjnych, w tym Windows 7 był jasny i precyzyjny, w sposób oczywisty wskazywał, że nie dopuszcza ze swej istoty jakichkolwiek komunikatów wskazujących na niepowodzenie aktualizacji, a zarzuty Odwołującego w tym zakresie należy uznać za chybione. Nie jest zasadne, w ocenie Zamawiającego, oczekiwanie by przewidział i wskazał w SIWZ wszystkie rodzaje potencjalnych komunikatów o nieprawidłowościach, jakie może zwrócić komputer w trakcie instalacji aktualizacji oprogramowania.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego dotyczących źródeł, z których Zamawiający czerpał wiedzę o ograniczeniach, jakimi będzie skutkowało zainstalowanie oferowanego procesora AMD, Zamawiający wskazał, że informacje zawarte na oficjalnych stronach internetowych producenta zarówno procesora jak i systemu operacyjnego nie mogą być uznane, jak chciał tego Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyłącznie za „informacje marketingowe”. Informacje te mają bowiem charakter techniczny i należy traktować je podobnie jak instrukcję obsługi, a nie reklamę. Ponadto informacje zarówno producenta procesora AMD oraz producenta systemu operacyjnego Windows są w tym zakresie całkowicie zbieżne, a Odwołujący nie przedstawił żadnego kontrargumentu, który kwestionowałaby to ustalenie Zamawiającego,

Ponadto Zamawiający wskazał, że nie wywodzi dokonanej oceny oferowanego procesora wyłącznie z podanych na stronach internetowych informacji, lecz także z własnego

doświadczenia. W styczniu 2019 r. dokonywał bowiem weryfikacji komputerów stacjonarnych z procesorem AMD z tej samej rodziny procesorów, którą zaoferował Odwołujący i weryfikacja ta wykazała, że procesor uniemożliwia instalację aktualizacji dla systemu operacyjnego Windows 7, zwracając komunikat o nieobsługiwany sprzęcie. Pojawienie się takiego komunikatu świadczy o niezgodności procesora z systemem Windows 7 i oznacza że na komputerze nie będą instalowały się aktualizacje zabezpieczeń wydawane co miesiąc przez firmę Microsoft. Z kolei poprzez brak aktualnych zabezpieczeń komputery będą podatne na zagrożenia typu wirusy, konie trojańskie, backdoor'y, itp. co w konsekwencji może spowodować nieprawidłowe działanie, uszkodzenie systemu KSI lub, w najgorszym wypadku, wyciek danych przechowywanych w KSI ZUS, co jest sytuacją całkowicie niedopuszczalną z punktu widzenia bezpieczeństwa. ZUS przetwarza bardzo szeroki zakres danych obywateli i przedsiębiorców - w tym m.in. tzw. dane wrażliwe - dlatego też całkowicie niedopuszczalna jest dla Zamawiającego sytuacja, w której nabyłby on sprzęt niegwarantujący zachowania jego podstawowych zasad bezpieczeństwa teleinformatycznego. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie dokonuje zakupu kilku sztuk komputerów do użytku prywatnego, lecz wydatkuje znaczne środki na zakup komputerów, które muszą spełniać postawione przez niego wymagania techniczne i odpowiadać potrzebom systemowym. Zamawiający nie może podejmować nawet minimalnego ryzyka, że sprzęt ten nie będzie działał należycie i nie będzie mógł zostać wykorzystany przez Zamawiającego w sposób zgodny z jego przeznaczeniem. Zamawiający wymagał aby Windows 7 był możliwy do zainstalowania i poprawnej pracy komputera, przez co rozumie się m.in. otrzymywanie przez system operacyjny wszystkich dostępnych aktualizacji zabezpieczeń aż do zakończenia wsparcia produktu przez producenta systemu operacyjnego. Przyjęcie twierdzenia Odwołującego, że pojawienie się komunikatu o nieobsługiwany sprzęcie świadczącym o niezgodności oferowanego procesora z systemem Windows 7 jest bez znaczenia dla poprawnego funkcjonowania sprzętu nie da się pogodzić z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Komunikaty takie nie pojawiają się przy poprawnie działającym komputerze, a wyłącznie w sytuacji gdy poprawna konfiguracja i działanie sprzętu po aktualizacji nie jest możliwe.

Zamawiający załączył do pisma dowody na poparcie swoich twierdzeń tj.: wyciąg z Załącznika nr 2A do SIWZ - Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu - w zakresie dot. Części B - komputery stacjonarne, wyciąg ze złożonej przez Odwołującego Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu - w zakresie dot. Części B - komputery stacjonarne, wezwanie z dnia 1 lutego 2019 r., wyjaśnienia Odwołującego z dnia 8 lutego 2019 r., wezwanie z dnia 20 lutego 2019 r., wyjaśnienia wykonawcy z dnia 25 lutego 2019 r., wydruk informacji ze strony producenta procesora AMD, wydruk informacji ze strony producenta systemu operacyjnego Windows pochodzące z adresów stron wskazanych w wezwaniach, wezwanie

Zamawiającego z dnia 19 marca 2019 r., odpowiedź Odwołującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 marca 2019 r., informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 kwietnia 2019 r., wyciąg z pytań zdanych do SWIZ wraz z odpowiedziami z dnia 5 października 2018 r.

Odwołujący złożył pismo z dnia 6 maja 2019 r. zawierające jego pisemne stanowisko wraz z dowodami, w którym wskazał m.in. jego decyzja o zaoferowaniu Zamawiającemu komputera NTT Business W 503M z procesorem AMD PRO A10-9700 na układzie Bristol Ridge poprzedzona została gruntowną analizą wymagań SIWZ oraz specyfikacji oferowanego sprzętu. Odwołujący miał pełną świadomość wymagań SIWZ dotyczących procesora i systemu operacyjnego, które przywoływane zostały przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, tj. „Procesor nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych”. „Bezterminowa licencja na system Microsoft Windows 10 Professional lub równoważny* (umożliwiający, zgodnie z zapisami licencyjnymi, nieodpłatny downgrade do Windows 7 wersji 32-bitowej lub 64-bitowej) w polskiej wersji językowej”; Komplet sterowników do systemu operacyjnego zainstalowanego na stacji roboczej dla wszystkich elementów wymagających sterowników, wchodzących w skład urządzenia, dołączony na nośniku optycznym. Sterowniki powinny być kompatybilne z platformą Windows 7 32-bit i 64-bit oraz Windows 10 64-bit”.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego leżącej u podstaw decyzji o odrzuceniu jego oferty, Odwołujący podniósł, iż: jeśli chodzi o pojawianie się w trakcie aktualizacji zabezpieczeń dla systemu operacyjnego Windows 7, komunikatu o niezgodności procesora z tym systemem, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że pojawienie się tego komunikatu nie uniemożliwia poprawnej instalacji systemu Windows 7, jak również wszystkich aktualnie dostępnych aktualizacji zabezpieczeń tego systemu dla komputera z zaoferowanym procesorem AMD Bristol Ridge 7 generacji. Jako dowód Odwołujący przedłożył zrzuty ekranu wykonane w dwóch komputerach: pierwszy z procesorem AMD 6 generacji, którego przedmiotowy komunikat nie dotyczy oraz drugi z procesorem 7 generacji (procesor zaoferowany). W wydruku dotyczącym starszego procesora oraz w wydruku dotyczącym nowszego procesora jest nie tylko tyle samo aktualizacji, ale są to dokładnie te same aktualizacje. Zaprzecza to, zdaniem Odwołującego, zasadniczej tezie Zamawiającego leżącej u podstaw odrzucenia oferty, iż zaoferowany procesor uniemożliwia instalację wszystkich aktualizacji zabezpieczeń dla systemu Windows 7 oraz, że uniemożliwia on poprawne funkcjonowanie komputera. Z decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika z jakich przyczyn zakwestionował on ww. okoliczność, która wskazywana była Zamawiającemu w przekazywanych mu wyjaśnieniach dotyczących treści oferty (pismo z dnia 08.02.2019 r.). Odwołujący powołał się na okoliczność wskazywaną w swoich wyjaśnieniach z

dnia 08.02.2019 oraz z dnia 25.02.2019 r., że z treści SIWZ nie wynikało, że samo pojawienie się komunikatu ze strony Microsoft o „niezgodności z procesorem”, niezależnie od możliwości skutecznego zainstalowania aktualizacji zabezpieczeń, dyskwalifikuje dany procesor.

Następnie Odwołujący wskazał, iż kolejnym dowodem potwierdzającym możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń systemu Windows 7 na zaoferowanym komputerze, z zaoferowanym procesorem, jest oświadczenie producenta komputera, który stwierdza: „dalsze aktualizacje będą możliwe, w sposób manualny, korzystając z repozytorium firmy - Windows Update Catalog” W kolejnym oświadczeniu NTT potwierdza, że w laboratorium została zweryfikowana prawidłowość instalacji aktualizacji zabezpieczeń. Na dowód Odwołujący załączył oświadczenia NTT: z dnia 22.03.2019 r. oraz z dnia 29.04.2019 r. i wyjaśnił, iż instalacja wszystkich aktualizacji zabezpieczeń możliwa jest na różne sposoby, między innymi dzięki uprzedniemu zainstalowaniu kodu, dostępnego np. ze strony GitHub, której właścicielem jest Microsoft, składając na potwierdzenie wydruk ze strony internetowej: <https://github.com/zeffv/wufuc> oraz informację, że jej właścicielem GitHub jest Microsoft. Dodał, iż na możliwość skorzystania ze wskazanego wyżej sposobu umożliwiającego instalację aktualizacji zabezpieczeń, pomimo pojawienia się przedmiotowego komunikatu wskazuje się m.in. na portalu internetowym firmy Microsoft, na dowód załączając wydruk ze strony: <https://social.technet.microsoft.com/Forums/windows/en-US/8aa8da4-1243-4f0c-9d31-le30d7ef2d1c/windows-update-kaby-lake-processors?forum=w7itprosecurity>.

Odwołujący podkreślił, że komunikat Microsoft o nieobsługiwaniu sprzęcie (procesorze) nie oznacza, że to zaoferowany procesor ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla systemu Windows 7. Skoro możliwe jest skuteczne zainstalowanie na oferowanym komputerze, z oferowanym procesorem, wszystkich dostępnych aktualizacji zabezpieczeń, to nie można twierdzić, iż procesor ten ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla Windows 7. Powszechnie wiadomym jest, że przedmiotowy komunikat Microsoft pojawia się nie dlatego, że zaoferowany procesor AMD ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla Windows 7. O wsparciu przez producenta przedmiotowego procesora AMD systemu Windows 7 przesądza wskazywana powyżej okoliczność, w której producent tego procesora dostarcza sterowniki do systemu Windows 7. Powszechnie jest wiadomym, że przedmiotowy komunikat Microsoft pojawia się nie dlatego, że zaoferowany procesor AMD ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla Windows 7, ale dlatego że Microsoft, poprzez tego rodzaju działania „zachęca” użytkowników komputerów z nowszymi procesorami, zdolnymi od obsługi Windows 10, do przechodzenia na nowszy system operacyjny, na potwierdzenie Odwołujący złożył wydruk artykułu z serwisu Computerworld: <https://www.computerworld.pl/new5/Intel-zgotowal-uzytkownikom-komputerow-Windows-7-mila-niespodzianke,410687.html> i dodał, iż tego rodzaju praktyki,

producenta jednego z komponentów (systemu operacyjnego), instalowanych w komputerach nie mogą jednak decydować o możliwości oferowania w przetargach publicznych określonych konfiguracji, w tym procesorów, które faktycznie wspierają system Windows 7 i w rzeczywistości możliwe jest skuteczne zainstalowanie aktualizacji zabezpieczeń Windows 7. Przedmiotowy komunikat pojawił się dopiero w marcu 2017 r. i do tego momentu nie było problemów z aktualizacją zabezpieczeń na komputerze z zaoferowanym procesorem, w tym nie pojawiał się żaden komunikat dotyczący braku wsparcia dla przedmiotowego procesora. Okoliczność ta potwierdza, że komunikat ten nie stanowi prawnej jak i technicznej przeszkody do użytkowania Windows 7, w tym aktualizowania kolejnych zabezpieczeń tego systemu.

Odwołujący podniósł, iż decyzja o zaoferowaniu przedmiotowego procesora poprzedzona została ustaleniem, iż jego producent, mimo, że jest to procesor 7 generacji, dostarcza sterowniki niezbędne do obsługi Windows 7. Okoliczność ta potwierdza, że procesor wspiera Windows 7, a dzięki temu możliwa jest instalacja aktualizacji zabezpieczeń dla systemu Windows 7, oznaczająca spełnienie kwestionowanego przez Zamawiającego wymagania SIWZ. Na stronie AMD <https://www.amd.com/en/support/apu/amd-series-processors/amd-a10-series-apu-for-desktops/7th-Gen-a10-9700-apu> dostępne są ww. sterowniki jak również ww. możliwość znajduje potwierdzenie w oświadczeniach AMD oraz NTT. (oświadczenie AMD z dnia 18.04.2019 r. oraz oświadczenia NTT: z dnia 22.03.2019 r. i z dnia 29.04.2019 r.

W ocenie Odwołującego dowolne jest kolejne ustalenie Zamawiającego, leżące u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby zgodnie z dokumentacją producenta AMD zaoferowany model procesora nie wspierał systemu Windows 7. Istotnie na przywołanej przez Zamawiającego stronie internetowej producenta AMD, w odniesieniu do zaoferowanego procesora (7th Gen A10-9700 APU), z nazwy wymieniono jedynie trzy wspierane systemy operacyjne, wśród których brak jest systemu Windows 7. Analizując treść przedmiotowych informacji Zamawiający pomija jednakże zawartą w tym samym miejscu strony internetowej AMD dodatkową informację: „Operating System (OS) support will vary by manufacturer”, co należy tłumaczyć jako: „Wsparcie systemu operacyjnego będzie różne w zależności od producenta/fabrykanta”. Stwierdzenie to należy rozumieć w ten sposób, iż możliwe jest wsparcie przez producenta procesora również dla innych systemów operacyjnych, jednakże jest to zależne od producentów/wytwórców innych komponentów, którzy muszą zapewnić wsparcie (a w ramach tego między innymi sterowniki) dla Windows 7, co wiąże się dla nich z dodatkowymi kosztami. O wsparciu producenta przedmiotowego procesora AMD systemu Windows 7 przesądza okoliczność, w której producent tego procesora dostarcza sterowniki do systemu Windows 7.

Odwołujący podkreślił, że gdyby producent procesora nie wspierał systemu Windows 7, to nie udostępniłby on sterowników do tego systemu, niezbędnych do prawidłowej pracy

komputera na tym systemie. Istotą wsparcia systemu operacyjnego przez dany procesor jest właśnie dostarczenie przez producenta tego rodzaju sterowników. Również producenci pozostałych komponentów zainstalowanych w oferowanym komputerze zapewniają wsparcie dla systemu operacyjnego, w szczególności producent płyty głównej (firma MSI), który dostarcza sterowniki do Windows 7. Na potwierdzenie Odwołujący załączył zrzut ekranu ze strony internetowej MSI: <https://www.msi.com/Motherboard/support/A32QM-PRO-E#down-driver&Win7%2064>. Potwierdzeniem, że zaoferowany procesor wspiera system Windows 7, a tym samym, że procesor ten nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji dla wspieranego systemu operacyjnego Windows 7, jest również oświadczenie firmy AMD, z którego wynika, że procesor ten posiada komplet sterowników kompatybilnych z Windows 7, a na komputerach z tym procesorem możliwa jest poprawna instalacja tego systemu operacyjnego, Stwierdzenie, że możliwa jest poprawna instalacja systemu operacyjnego Windows 7 oznacza równocześnie, że możliwe jest zainstalowanie wszystkich dostępnych aktualizacji zabezpieczeń tego systemu (oświadczenie AMD z dnia 18.04.2019 r.). Również producent komputera potwierdza, że jego urządzenie spełnia wszystkie wymagania SIWZ, w tym wspiera system Windows 7, a zainstalowany w nim procesor nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń, co potwierdzają składane przez niego oświadczenia NTT: z dnia 22.03.2019 r. oraz z dnia 29.04.2019 r. Architektura oferowanego procesora AMD została zaprojektowana również przy uwzględnieniu potrzeby wsparcia systemu Windows 7 i w tym zakresie jest ona podobna do architektury procesorów wcześniejszej generacji, na dowód czego złożył tabele porównawcze i artykuł mówiący o podobieństwie architektury procesorów Bristol Ridge (7 generacji) do architektury procesorów 6 generacji. Na koniec Odwołujący zaprzeczył ustaleniu Zamawiającego, że system Windows 7 nie jest wspierany od strony producenta zaoferowanego procesora, co miałyby świadczyć o tym, że procesor ten ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla systemu Windows 7.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, której kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem została przekazana przez Zamawiającego oraz dowody złożone do akt sprawy przez strony i uczestników postępowania, załączone do składanych pism oraz złożone na rozprawie.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy i wysłuchaniu stanowisk stron i uczestników postępowania oraz dokonaniu analizy dowodów złożonych do akt sprawy, opisanych w uzasadnieniu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2019 r., informacja o wniesieniu odwołania została przez niego przekazana wykonawcom drogą elektroniczną w dniu 19 kwietnia 2019 r. Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał zatem w dniu 23 kwietnia 2019 r.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2019 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w tej dacie, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SUNTAR sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej również: Przystępujący Suntar”). Pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w tym samym dniu, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Engave S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej również: „Przystępujący Konsorcjum”). W ocenie Izby ww. wykonawcy uczynili to skutecznie, wypełniając wymogi, o których mowa w ww. art. 185 ust.2 ustawy Pzp., skutkiem czego stali się uczestnikami postępowania.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r., doręczonym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w tej dacie, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INNOWATION IN TECHNOLOGY Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Niekanin oraz Towarzystwo Handlowe ALPLAST Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w miejscowości Niekanin. Nastąpiło to z uchybieniem ustawowego terminu wynoszącego trzy dni. Tym samym wykonawca ten nie stał się uczestnikiem postępowania.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Computex sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Engave S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na uchybienie terminu do jego wniesienia, który według wnioskodawcy upływał w dniu 29 marca 2019 r., bowiem powinien być liczony od dnia 19 marca 2019 r, tj. od daty otrzymania przez Odwołującego pisma Zamawiającego,

zawierającego wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w postaci dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone w SIWZ.

Jak wynika z ustaleń Odwołujący za pismem z dnia 22 marca 2019 r. złożył odpowiedź na ww. wezwanie, przedstawiając w nim swoje stanowisko dotyczące zgodności oferowanego procesora z SIWZ oraz załączył taką samą Specyfikację techniczną, jak do oferty.

W ocenie Izby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów nie może być traktowane jako przejaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Jest ono wprawdzie wyrazem przedstawionych w nim oczekiwań, wiążących się z określonymi zastrzeżeniami Zamawiającego, jednak nie stanowi ostatecznej decyzji, lecz stworzenie dla wykonawcy szansy wykazania, że spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Dopiero po analizie otrzymanych na wezwanie dokumentów i wyjaśnień taka decyzja została podjęta. Z tych względów termin na wniesienie odwołania winien być liczony od daty poinformowania Odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, tj. od 8 kwietnia 2019 r., który został zachowany.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta złożona przez Odwołującego klasyfikuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w Części II jest zakup i dostawa m.in. komputerów stacjonarnych – Typ B z systemem operacyjnym i wyposażeniem dodatkowym.

Stosownie do postanowień pkt 4.4.4.1.3 SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do złożenia Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu zgodnie z wzorem z Załącznika nr 2A do SIWZ jako tzw. dokumentu przedmiotowego, tj. dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący w ofercie zaoferował jednostkę centralną (komputer stacjonarny) model NTT Business W 503M, producent NTT System S.A. W dniu 21 stycznia 2019 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący złożył szczegółową Specyfikację techniczną ww. oferowanego sprzętu, w której wskazał m.in. na procesor AMD PRO A10-9700 na układzie Bristol Ridge, który miał być zainstalowany w oferowanym komputerze.

Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego zawiera wskazanie podstawy prawnej tej czynności oraz obszerny opis stanu faktycznego, w tym: „Zamawiający w Załączniku nr 2A do

SIWZ- Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu względem Części B zamówienia (dalej: „Specyfikacja techniczna”), względem poniższych komponentów wskazał wymagane parametry techniczne, jakie spełniać mają oferowane przez Wykonawców urządzenia, w tym m.in. zawarł wymóg konieczności w pełni funkcjonalnej współpracy komputerów z systemem Windows 7, tj.:

- 1) Lp. 1 „Procesor” - Procesor nie ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych-.
- 2) Lp. 8 „Wymagania dodatkowe” - Komplet sterowników do systemu operacyjnego zainstalowanego na stacji roboczej dla wszystkich elementów wymagających sterowników, wchodzących w skład urządzenia, dołączony na nośniku optycznym. Sterowniki powinny być kompatybilne z platforma Windows 7 32-bit i 64-bit oraz Windows 10 64-bit lub systemem równoważnym:
- 3) Lp. 9 „Zgodność z systemami operacyjnymi i standardami” - Bezterminowa licencja na system Microsoft Windows 10 Professional lub równoważny (umożliwiający, zgodnie z zapisami licencyjnymi, nieodpłatny downgrade do Windows 7 wersji 32-bitowej lub 64-bitowej) w polskiej wersji językowej.

Wykonawca w ofercie zaoferował jednostką centralną model NTT Business W 503M, producent NTT System S.A. W dniu 21.01.2019 r. w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawca złożył Specyfikację techniczną ww. sprzętu oferowanego, w której wskazał m.in. na procesor AMD PRO A10-9700 na układzie Bristol Ridge. W dniu 01.02.2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w zakresie treści złożonej Specyfikacji technicznej w zakresie potwierdzenia, że:

- a) procesor wskazany w złożonym Załączniku 2A do SIWZ nie będzie ograniczał możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla systemów: Windows 7, Windows 8.1, Windows 10 oraz Zamawiający podczas instalowania aktualizacji zabezpieczeń nie otrzyma komunikatu o nieobsługiwanej konfiguracji sprzętu (<https://support.microsoft.com/en-us/help/4012982/the-processor-is-not-supported-together-with-the-windows-version-that>)?.
- b) zaoferowany model komputera posiada komplet sterowników dla wszystkich elementów wymagających sterowników w szczególności: Chipset Driver, Display Driver, USB 3.0 Driver oraz że sterowniki są kompatybilne z Windows 7 32-bit i 64-bit oraz Windows 10 64-bit,
- c) na zaoferowanym modelu komputera jest możliwość zainstalowania Windows 7 32-bit i 64-bit,

d) zaoferowany BIOS ma możliwość ustawienia Master + User HDD Password lub tylko User HDD Password przy czym hasłem Master HDD jest hasło Administratora BIOS.

W uzasadnieniu wezwania, Zamawiający poinformował, iż zaoferowany procesor AMD PRO A10-9700 na układzie Bristol Ridge, zgodnie z dostępną dokumentacją producenta, wspiera jedynie system operacyjny Windows 10x64 (<https://www.amd.com/en/support/apu/amd-series-processors/amd-a10-series-apu-for-desktops/7th-gen-a0-9700-apu>).

W dniu 08.02.2019 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca złożył oświadczenia potwierdzające zakresy określone w lit. a)-d) powyżej wskazując jednocześnie, iż „na podstawie przeprowadzonych testów funkcjonalnych oświadczamy i potwierdzamy, że procesor wskazany w złożonym Załączniku 2A do SIWZ umożliwia instalację aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, tj. dla systemów Windows 7, Windows 8,1 i Windows 10”. Jednakże Wykonawca nie potwierdził, że podczas instalowania aktualizacji zabezpieczeń nie otrzymał komunikatu o nieobsługiwanej konfiguracji sprzętu. Wykonawca poinformował tylko, że kwestia wskazanego powyżej komunikatu o nieobsługiwanej konfiguracji sprzętu nie była przedmiotem zapisów zawartych w SIWZ, a w zakresie pytania zadanego przez potencjalnego Wykonawcy o ww. komunikacie, zostały podtrzymane zapisy SIWZ.

W związku z powyższym oraz wskazaniem Wykonawcy, iż „na podstawie przeprowadzonych testów funkcjonalnych oświadczamy i potwierdzamy, że procesor wskazany w złożonym Załączniku 2A do SIWZ umożliwia instalację aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, tj. dla systemów Windows 7, Windows 8,1 i Windows 10”, w dniu 20.02.2019 r. Zamawiający ponownie wezwał Wykonawcę do wyjaśnień, prosząc o potwierdzenie:

- a) czy na podstawie przeprowadzonych testów funkcjonalnych zainstalowane zostały wszystkie dostępne (na dzień składania ofert, tj. 10.12.2018 r.) aktualizacje zabezpieczeń wraz ze wszystkimi wymaganymi restartami komputera,
- b) potwierdzenie czy po instalacji wszystkich dostępnych (na dzień składania ofert) aktualizacji zabezpieczeń wraz ze wszystkimi wymaganymi restartami komputera przy wyszukiwaniu nowych aktualizacji z Windows Update nie pojawia się komunikat o nieobsługiwanej konfiguracji sprzętu: (<https://support.microsoft.com/en-us/help/4012982/the-processor-is-not-supported-together-with-the-windows-version-that>).

W dniu 08.02.2019 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca złożył oświadczenie potwierdzające zakres określony w lit. a) powyżej, informując jednak jednocześnie, że „po Instalacji wszystkich dostępnych (na dzień składania ofert), przeznaczonych dla oferowanej konfiguracji sprzętowej komputera, aktualizacji zabezpieczeń wraz ze wszystkimi wymaganymi restartami komputera przy wyszukiwaniu nowych aktualizacji z Windows Update

mogą pojawiać się różne komunikaty generowane przez producenta systemu operacyjnego (...). Jednym z tych komunikatów może być komunikat o treści wskazanej przez Zamawiającego".

W związku z tym, iż w świetle dostępnych informacji podawanych przez producenta procesora, jak również producenta systemu operacyjnego, złożona przez Wykonawcę Specyfikacja techniczna oraz uzyskana treść ww. wyjaśnień spełnienia przez oferowany procesor wymagania SIWZ - „Procesor nie ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych”, tj. Windows 7, Windows 8,1, Windows 10, Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że zaoferowany sprzęt (Komputer stacjonarny typ-B) spełnia wymagania określone w SIWZ tj. poprawionej Specyfikacji technicznej.

W dniu 22.03.2019 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca nie złożył wnioskowanej poprawionej Specyfikacji technicznej, udzielając jedynie kolejnych wyjaśnień ze wskazaniem, iż twierdzenie Zamawiającego, że zaoferowane procesory AMD nie wspierają systemu Windows 7, oparte zostało nie na dokumentacji producenta, a na informacjach marketingowych zawartych na stronie internetowej producenta.

Wykonawca nie wykazał, że dokonane przez Zamawiającego ustalenia w zakresie braku wsparcia wskazanego w Specyfikacji technicznej procesora dla systemu operacyjnego Windows 7 były nieprawidłowe.

Zamawiający uznał, że wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowany procesor umożliwi instalację wszystkich aktualizacji zabezpieczeń do systemu operacyjnego Windows 7, a następnie poprawne funkcjonowanie komputera. Ponadto, wskazanie przez Wykonawcę strony producenta na której znajdują się sterowniki do systemu Windows 7 dla oferowanego procesora, nie przesądza o nie ograniczeniu przez oferowany procesor możliwości Instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych - tym samym o spełnieniu wymagania w tym zakresie określonego w SIWZ, gdyż informacje te dotyczą innego zagadnienia technicznego. Ponadto, informacje te pochodzą z tej samej strony internetowej, do której odnosił się Zamawiający w wezwaniach.

Zgodnie i wymaganiami Zamawiającego procesor nie może ograniczać możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, tj. Windows 7, Windows 8.1, Windows 10. Określone w Specyfikacji technicznej (poz. 9 „Zgodność z systemami operacyjnymi i standardami”) wymaganie bezterminowej licencji na system Microsoft Windows 10 Professional lub równoważny (umożliwiający, zgodnie z zapisami licencyjnymi, nieodpłatny downgrade do Windows 7 wersji 32-bitowej lub 64-bitowej) w polskiej wersji językowej oznacza, że wymagane jest aby Windows 7 był możliwy do i poprawnej pracy

komputera. Poprzez poprawną pracę komputera rozumie się otrzymywanie przez system operacyjny wszystkich dostępnych aktualizacji zabezpieczeń aż do zakończenia wsparcia produktu przez producenta systemu operacyjnego. Zgodnie z dokumentacją producenta AMD, zaoferowany przez Wykonawcę procesor generacji AMD „Bristol Ridge” nie wspiera systemu operacyjnego Windows 7, co oznacza, że procesor ten ogranicza możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń, zwracając komunikat podczas próby aktualizacji o niezgodności procesora z systemem operacyjnym Windows 7 – przez co nie zapewnia poprawnego działania systemu Windows 7. Analogiczne informacje podawane są przez producenta systemu operacyjnego. Informacje o braku pełnej zgodności z systemem operacyjnym Windows 7 dla poszczególnych generacji procesorów (w tym wskazanych przez Wykonawcę w Specyfikacji technicznej w pozycji 1 kolumna 5) producent systemu operacyjnego Windows 7 podaje od 2017 roku.

W związku z powyższym oferowany przez Wykonawcę komputer stacjonarny typ B nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w Załączniku 2A do SIWZ – Specyfikacja techniczna oferowanego sprzętu.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty przedstawione w odwołaniu, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Z obszernie powyżej przedstawionego stanu faktycznego, z SIWZ oraz wyjaśnień do niej wynika jakie są oczekiwania Zamawiającego, w tym z czego one wynikają. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że musi być spełniony wymóg dotyczący konieczności w pełni funkcjonalnej współpracy oferowanych komputerów z systemem operacyjnym Windows 7, czyli m.in. oferowany przez wykonawcę procesor musi zapewniać możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych oraz musi być zapewniona zgodność z systemami operacyjnymi i standardami - Bezterminowa licencja na system Microsoft Windows 10 Professional lub równoważny (umożliwiający, zgodnie z zapisami licencyjnymi, nieodpłatny downgrade do Windows 7 wersji 32-bitowej lub 64-bitowej) w polskiej wersji językowej.

Przedmiotem sporu jest to, czy wskazany przez Odwołującego w Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu procesor AMD PRO A10-9700 na układzie Bristol Ridge (sprzęt 7 generacji) pozwala na stwierdzenie spełnienia wymogów postawionych w SIWZ.

W ocenie Izby materiał dowodowy przedstawiony w sprawie nie potwierdza spełniania przez zaoferowany przez Odwołującego procesor wymogów SIWZ, w związku z tym odrzucenie oferty tego wykonawcy należy uznać za uzasadnione.

Jak wyżej wskazano zaoferowany procesor nie może ograniczać możliwość instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych. Tymczasem zostało wykazane, że z procesorem zaoferowanym przez Odwołującego takie ograniczenia się wiążą. Nie potwierdziło się bowiem stwierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, że oferowany przez niego procesor wspiera pracę tego systemu. Przeciwnie, zostało wykazane, że procesor ten nie wspiera Windows 7 i nie jest wspierany przez ten system operacyjny. W konsekwencji oznacza to, że nie będą się aktualizowały aktualizacje wydawane przez producenta systemu operacyjnego tj. Microsoft, co może stwarzać ryzyko nieprawidłowości działania używanego przez Zamawiającego systemu.

Wykazywana przez Odwołującego możliwość aktualizacji polega na jej manualnym dokonaniu (zainstalowaniu) przez użytkownika komputera, co w przypadku Zamawiającego oznacza tysiące, a nie pojedynczego pracownika, nadto w sposób nieautoryzowany. Tymczasem z SIWZ z ww. Lp 1 „Procesor” wynika wymóg braku ograniczeń ze strony procesora możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, a nie dla niewspieranych systemów operacyjnych.

Wbrew uwagom Odwołującego zawartym m.in. w jego odpowiedziach na wezwanie do wyjaśnień, okoliczność, iż SIWZ nie zawiera postanowień wprost odnoszących się do komunikatów ze strony wsparcia Microsoft o nieobsługiwaniu sprzęcie nie oznacza, iż SIWZ dopuszczała nieautoryzowany sposób instalacji aktualizacji zabezpieczeń. Skoro Zamawiający wymagał procesora, który nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów operacyjnych, jest zrozumiałe, że nie dopuszczał komunikatów wskazujących, że tak nie jest. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż są opracowywane np. przez osoby korzystające z wskazanego przez niego portalu, sposoby na dokonanie instalacji zabezpieczeń, pomimo wsparcia producenta systemu operacyjnego Windows, nie oznacza, że sposoby te zostały dopuszczone w SIWZ. Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie wskazał takiego postanowienia SIWZ, z którego taka możliwość wynika.

Powyższa ocena została oparta na dowodach przedłożonych do akt sprawy dotyczących przedmiotu sporu. W szczególności wskazania wymaga:

Zgodnie z przedłożonymi informacjami AMD zamieszczonymi na jego stronie internetowej, jak również z korespondencji mailowej złożonej przez Przystępującego Sutar pochodzącej od Menagera ds. Sprzedaży produktów komercyjnych AMD, zaoferowany przez Odwołującego procesor nie wspiera systemu operacyjnego Windows 7., natomiast m.in. z opinii prywatnej złożonej przez Odwołującego, którą należy traktować jako stanowisko strony, na której zlecenie została sporządzona wynika, że na początku marca 2017 r. producent systemu operacyjnego Windows, tj. Microsoft wprowadził poprawkę do systemu Windows 7, skutkiem której „nowe generacje procesorów będą wspierane tylko przez Windows 10. W efekcie według firmy Microsoft jedynie na komputerach wyposażonych w procesory generacji 6-ej i starszych będzie działać funkcja aktualizacji systemu Windows 7”. (str.3).

Znajduje to również potwierdzenie w piśmie Zamawiającego z dnia 5 października 2018 r. w pytaniu nr 1, z którego wynika, że ostatnia generacja wspierająca system Windows 7 to generacja 6. Pokazuje to jednocześnie, że po stronie wykonawców jest wiedza w tym zakresie, nadto, że Zamawiający zdecydowanie odpowiedział, iż podtrzymuje zapisy SIWZ- jego obecna architektura systemów informatycznych uniemożliwia wykorzystywanie Windows 10.

Potwierdzają to także złożone do akt komunikaty pojawiające się podczas próby aktualizacji, w tym komunikat: *„Nieobsługiwany sprzęt Twój komputer korzysta z procesora, który jest przeznaczony dla najnowszej wersji systemu Windows. Ponieważ procesor nie jest obsługiwany przez wersję systemu Windows, której obecnie używasz, w systemie nie zostaną zainstalowane aktualizacje zabezpieczeń”*, jak również złożone przez Przystępującego Konsorcjum wydruki ze strony AMD zawierające specyfikacje procesorów 6. i 7. generacji, z których wynika, że w przypadku 6. generacji obsługa systemu operacyjnego dotyczy Windows 10-wersja 64-bitowa i Windows 7-wersja 64 bitowa, natomiast w przypadku 7. generacji obsługa systemu operacyjnego dotyczy tylko wersji Windows 10-wersja 64-bitowa. Znajduje się tam wprawdzie przypis, wskazujący, iż obsługa systemu operacyjnego zależy od producenta, jednakże Odwołujący nie udowodnił, iż producent oferowanego przez niego procesora zapewnia, iż wymogi SIWZ zostaną spełnione.

Potwierdza to także złożony przez Odwołującego wydruk z GitHub, z którego wynika, iż „jest domem dla ponad 36 milionów programistów, którzy wspólnie pracują nad hostowaniem i przeglądaniem kodu, zarządzaniem projektami i tworzeniem oprogramowania” z którego wynika, że dotyczy niewspieranych procesorów. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność i złożony przez niego wydruk z Wikipedii wskazujący, że właścicielem GitHub jest Microsoft nie oznacza, że autoryzuje on podawane na tej platformie sposoby pozyskania aktualizacji jego programów.

W ocenie Izby wykazywana przez Odwołującego możliwość instalacji aktualizacji manualnie, na co wskazuje np. złożone na rozprawie oświadczenie NTT System z dnia 22 marca 2019 r., w którym znalazło się stwierdzenie: *„Jednocześnie informujemy iż jako producent komputera jesteśmy w stanie dostarczyć obraz systemu operacyjnego Windows 7, który będzie na dzień produkcji posiadał wszelkie zalecane aktualizacje przez firmę Microsoft. Dalsze aktualizacje będą możliwe, w sposób manualny, korzystając z repozytorium firmy Microsoft – Windows Update Catalog.”* nie potwierdza, że wymóg SIWZ w omawianym zakresie został spełniony.

Skoro procesor nie może ograniczać możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń dla wspieranych systemów i ma występować zgodność z systemami operacyjnymi i standardami, to nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający wymagał zapewnienia możliwości instalacji aktualizacji zabezpieczeń w autoryzowany sposób (co następuje bez angażowania użytkowników).

W tych okolicznościach przedstawianie przez Odwołującego wyników przeprowadzonych przez siebie testów, wskazujących że jest fizycznie możliwe zainstalowanie aktualizacji, należy uznać za nieskuteczną próbę wykazania zgodności oferowanego sprzętu z wymogami SIWZ. Po pierwsze, aktualizacje te zostały przeprowadzone w określonych datach: 29 kwietnia 2019 r. oraz 1-2 maja 2019 r. i dotyczą, jak zostało stwierdzone przez Zamawiającego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, tego samego pakietu aktualizacji, instalowanego na przestrzeni kilku dni. Po drugie nie zostało wykazane przez Odwołującego, że dokonanie takich aktualizacji będzie możliwe w przyszłości, tj. przez oczekiwany przez Zamawiającego okres całego cyklu życia produktu. Po trzecie, Zamawiający wymaga, aby były możliwe wszystkie aktualizacje, zaś przedłożony przez Odwołującego dowód wskazuje, że nie wszystkie kończą się powodzeniem.

Jak wskazał na rozprawie Przystępujący Suntar stosownie pkt. 8 licencji udzielonej przez Microsoft, dostępnej na jego oficjalnej stronie (str. 9), czemu Odwołujący nie zaprzeczył i nie przedstawił dowodu w postaci postanowień licencji Microsoft 10, o której mowa w pkt 3 oświadczenia NTT z dnia 29 kwietnia 2019 r., użytkownik nie może omijać ograniczeń technicznych oprogramowania.

Zauważenia wymaga również, że ww. pkt Postanowień licencyjnych dotyczących oprogramowania Microsoft Windows 7 Professional wskazuje, że oprogramowanie jest licencjonowane a nie sprzedawane. Na mocy tej umowy Licencjobiorcy przysługują tylko niektóre prawa do korzystania z funkcji zawartych w wersji oprogramowania, na którą uzyskał stosowną licencję. Licencjobiorca może korzystać z oprogramowania tylko w sposób wyraźnie dozwolony w umowie. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym i Przystępującymi, iż

użytkownik jest obowiązany do korzystania z jego funkcji zgodnie z opisanymi w licencji zasadami.

Wbrew stanowisku Odwołującego to, iż producent systemu operacyjnego tj. jednego z komponentów informuje, że nie współpracuje z danym procesorem, oznacza, iż nie jest spełniony wymóg, że zaoferowany przez niego procesor nie ogranicza możliwości instalacji aktualizacji dla wspieranych systemów operacyjnych (w przedmiotowym przypadku Windows 7). Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż aktualizacje są przez niego instalowane na komputerze i ten działa, nie wpływa na zmianę tej oceny. Jak wcześniej zaznaczono, to, że korzystając z nieautoryzowanych sposobów udało się na określoną datę zainstalować określone aktualizacje (nie wszystkie), nie oznacza, że będzie to możliwe również w okresie późniejszym.

Nadto, nie należy pomijać w tym zakresie przedstawionej na rozprawie przez Przystępującego Suntar argumentacji dotyczącej odpowiedzialności, z której wynika, iż NTT, jako integrator jedynie odpowiada za sprzęt. Microsoft jako producent systemu operacyjnego Windows wymaga, aby korzystano z niego zgodnie z licencją, co oznacza, że w przypadku stosowania obejść, Microsoft nie ponosi odpowiedzialności. Natomiast Zamawiający odpowiada za bezpieczeństwo m.in. danych przechowywanych przez ZUS. Odwołujący nie zaprzeczył tym twierdzeniom i nie przedstawił dowodów, że po dokonaniu sugerowanymi przez niego sposobami instalacji aktualizacji, zapewni odpowiedzialność Microsoft, nie przedstawił dowodów na to, że Microsoft autoryzuje takie sposoby instalacji aktualizacji zabezpieczeń, że są to legalne sposoby instalacji.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: