

Warszawa, 19 czerwca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **14 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **27 maja 2024 r.**

przez wykonawcę: **Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup subskrypcji systemu kopii zapasowej wraz z wdrożeniem i wsparciem technicznym* (EZP.26.58.2024)

prowadzonym przez zamawiającego: **Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: **Perceptron sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim stało się zbędne rozpoznanie zarzutów dotyczących pierwotnego brzmienia załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, pkt I. Wymagania dla wdrożenia systemu, pkt 1. oraz pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania, pkt: 5., 7., 17., 20., 22., 28., 30., 33., 35., 36., 37., 38., 39., 47., 57., 60., 67., 75., 80., 83., 89., 100., 103. i 104., a także co do wycofanych zarzutów dotyczących pkt II, pkt: 96., 97., 101. i 102.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie poniżej wskazanych pkt z pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w jego pierwotnym brzmieniu i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian:
 - 1) pkt 2. – nadanie brzmienia: *Oprogramowanie musi współpracować z infrastrukturą VMware w wersji 6.x, 7.x i 8.0 oraz Microsoft Hyper-V 2012, 2012R2, 2016, 2019 i 2022. Wszystkie funkcjonalności w specyfikacji muszą być dostępne na platformach wirtualizacyjnych VMware i Hyper-V.*
 - 2) pkt 11. – usunięcia w całości
 - 3) pkt 46. – usunięcia frazy w brzmieniu: *...bez użycia jakiegokolwiek agenta zainstalowanego wewnątrz maszyny wirtualnej.*
 - 4) pkt 85. i 87. – usunięcia w całości.
3. Oddala odwołanie w zakresie dotyczącym pkt 27. z pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia w jego pierwotnym brzmieniu.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w $\frac{3}{4}$ a Odwołującego w $\frac{1}{4}$ i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz łącznie kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uzasadnionych kosztów Odwołującego,
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8325 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy).

Na niniejsze 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**.

Uzasadnienie

Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup subskrypcji systemu kopii zapasowej wraz z wdrożeniem i wsparciem technicznym* (EZP.26.58.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 20 maja 2024 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00331482.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

27 maja 2024 r. Symmetry sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Symmetry” lub „Odwołujący”} wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści SWZ w zakresie objętym poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że opisał przedmiot zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę (tj. rozwiązanie Veeam), co prowadzi do wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, a co nie wynika z uzasadnianych potrzeb Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zaskarżonych postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób sprecyzowany w uzasadnieniu odwołania.

{okoliczności faktyczne}

W uzasadnieniu odwołania następująco zostały sprecyzowane zarzuty i żądania dotyczące poszczególnych pkt z pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}, tj. w zakresie, który do zamknięcia rozprawy pozostał sporny.

Pkt 2.: *Oprogramowanie musi współpracować z infrastrukturą VMware w wersji 6.x, 7.x i 8.0 oraz Microsoft Hyper-V 2012, 2012R2, 2016, 2019 i 2022. Wszystkie funkcjonalności w specyfikacji muszą być dostępne na wszystkich wspieranych platformach wirtualizacyjnych chyba, że wyszczególniono inaczej.*

Według Odwołującego Zamawiający dyskryminuje producentów, którzy mają szerokie wsparcie dla platform wirtualizacyjnych. Przy czym ponieważ każda z tych platform posiada swoje unikalne właściwości i funkcjonalności, nie wszystkie funkcjonalności wymienione w specyfikacji mogą być wspierane na wszystkich hypervisorach.

Odwołujący wniósł o nadanie pkt II.2. OPZ brzmienia: *Oprogramowanie musi współpracować z infrastrukturą VMware w wersji 6.x, 7.x i 8.0 oraz Microsoft Hyper-V 2012, 2012R2, 2016, 2019 i 2022. Wszystkie funkcjonalności w specyfikacji muszą być dostępne na platformach wirtualizacyjnych VMware i Hyper-V.*

Pkt 11.: *Oprogramowanie nie może instalować żadnych stałych agentów wymagających wdrożenia czy upgradowania wewnątrz maszyny wirtualnej dla jakichkolwiek funkcjonalności backupu lub odtwarzania*

Odwołujący podał, że rozwiązanie Veeam, które preferuje Zamawiający, nie instaluje trwałych agentów, ale wstrzykuje ich na chwilę do maszyny wirtualnej w celu wspomaganie różnego rodzaju operacji. Natomiast zdecydowana większość rozwiązań konkurencyjnych wykorzystuje zainstalowanych w maszynach wirtualnych agentów, jeżeli jest to konieczne. Z punktu widzenia operacyjnego oba podejścia są równoważne, gdyż dzięki pełnej automatyzacji nie ma konieczności wdrażania czy też upgradeowania tych trwałych agentów, co następuje automatycznie.

Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt II.11.

Pkt 27.: *Oprogramowanie musi wspierać bezpośrednią integrację z urządzeniami deduplikacyjnymi. Minimalnie wsparcie wymagane dla Dell DataDomain, HPE StoreOnce, ExaGrid, Fujitsu CS800Quantum DXi oraz InfiniGuard.*

Według Odwołującego wsparcie dla wszystkich wymienionych urządzeń deduplikacyjnych zapewnia tylko oprogramowanie Veeam.

Natomiast oferowane przez Odwołującego rozwiązanie zapewnia wsparcie dla liderów na rynku deduplikatorów sprzętowych, tj. Dell DataDomain oraz HPE StoreOnce.

Odwołujący wniósł o nadanie pkt II.27. OPZ brzmienia: *Oprogramowanie musi wspierać bezpośrednią integrację z urządzeniami deduplikacyjnymi. Minimalnie wsparcie wymagane dla Dell DataDomain oraz HPE StoreOnce.*

Pkt 46.: *Oprogramowanie musi umożliwiać szybkie granularne odtwarzanie obiektów aplikacji bez użycia jakiegokolwiek agenta zainstalowanego wewnątrz maszyny wirtualnej.*

Według Odwołującego tak sformułowane wymaganie wskazuje bezpośrednio na rozwiązanie Veeam.

Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt II.46.

Pkt 85.: *Rozwiązanie musi wspierać możliwość wykonywania kopii zapasowych stacji klienckich, lokalnie do repozytorium tymczasowego (cache) gdy połączenie sieciowe do głównego repozytorium kopii zapasowych jest niedostępne.*

Pkt 87.: *Rozwiązanie musi posiadać ochronę przed ransomware poprzez automatyczne odmontowanie nośnika po wykonanym backupie stacji klienckiej.*

Według Odwołującego wymagane rozwiązanie nie podnosi bezpieczeństwa danych, gdyż backup w dalszym ciągu znajduje się na tym samym nośniku i w przypadku jego awarii lub utraty urządzenia dane zostaną utracone.

Natomiast analogiczną funkcjonalność można uzyskać dzięki włączeniu na chronionej stacji mechanizmu kopii migawkowych, bez ograniczania listy oprogramowania, które może być zaoferowane.

Odwołujący nadmienił, że oferowane przez niego oprogramowanie Commvault, które od 12 lat jest liderem Gartnera w obszarze Backup&Recovery, oraz inne funkcjonujące na tym rynku rozwiązania w porównaniu do Veeam posiadają często dużo efektywniejsze mechanizmy przechowywania danych (globalna deduplikacja), kładą dużo większy nacisk na bezpieczeństwo danych, ze szczególnym naciskiem przechowywanych haseł serwisowych (w przypadku Veeam wydobywanie haseł z bazy konfiguracyjnej jest zadaniem dość prostym).

{okoliczności prawne}

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to obowiązek, ale jednocześnie uprawnienie Zamawiającego, gdyż odzwierciedla jego rzeczywiste potrzeby. Stąd zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, adekwatnie opisać przedmiot zamówienia, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający zobowiązany jest przy tym respektować art. 99 ust. 4 ustawy pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, przy czym podkreślenia wymaga, że powyższa norma nie jest równoznaczna z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności.

Jak to podkreśliła Izba w uzasadnieniu wyroku z 2 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 786/20: „zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania.

Jak to rekomenduje Urząd Zamówień Publicznych w zakresie systemów IT: Kolejnym uwarunkowaniem, które musi być wzięte pod uwagę, jest konieczność zapewnienia spójności funkcjonowania infrastruktury informatycznej składającej się z komponentów różnych producentów. Jakkolwiek postępująca standaryzacja i dążenie do interoperacyjności powodują, że zdolność współpracy urządzeń czy oprogramowania różnych producentów, jest dziś istotnie większa, niż jeszcze kilka lat temu, to jednak ciągle nie sposób uniknąć sytuacji, w których osiągnięcie zamierzonego celu możliwe jest wyłącznie przy zastosowaniu konkretnego produktu czy konkretnej technologii. Wynika to z naturalnego faktu, iż producenci złożonych rozwiązań informatycznych tworzą je w określonych technologiach i nie jest dla nich priorytetem, by zapewnić maksymalną otwartość tych rozwiązań na współpracę z produktami konkurencyjnymi. Jest przy tym oczywiste, że zamawiający powinien dążyć do tego, by budowane przez niego środowisko informatyczne w maksymalnym możliwym stopniu zapewniało możliwość jego utrzymania czy rozbudowy w trybach konkurencyjnych. Z uwagi na fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych, wskazane jest w szczególności takie dobieranie dostępnych technologii czy rozwiązań, by nie determinowały one dalszych zakupów poprzez brak interoperacyjności i możliwości integracji z produktami innych producentów. Nie sposób jednak wykluczyć sytuacji, w której nawet pomimo dołożenia przez zamawiającego najwyższej staranności w celu uniknięcia zagrożeń wynikających z uzależnienia od danej technologii czy produktu, kolejne zakupy rozwiązań informatycznych będą jednak w jakiś sposób zdeterminowane poprzednimi. Należy podkreślić, że dopuszczenie opisu przedmiotu zamówienia wskazującego na konkretny produkt, pod warunkiem dopuszczenia rozwiązań równoważnych, nie może być narzędziem służącym ograniczaniu konkurencji. Jest to odstępstwo od ogólnej zasady konkurencyjnego i obiektywizowanego opisywania przedmiotu zamówienia, które może być zastosowane nie za każdym razem, ale tylko wtedy, gdy okoliczności danego zamówienia to usprawiedliwiają (gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób). Sięganie do tej metody musi być więc w poszczególnych przypadkach rzeczywiście uzasadnione [cytat za odwołaniem].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak na wstępie, dodatkowo wywodząc, że planując zakup subskrypcji systemu kopii zapasowych wraz z wdrożeniem, w ramach opisu przedmiotu zamówienia skopiował większość funkcjonalności właściwych dla Veeam, a jednocześnie – jak to określono – *nie dopuścił równoważności alternatywnych rozwiązań, które spełniłyby ten sam cel.* Ich dopuszczenie jest zarówno korzystne dla Zamawiającego, jak i zabezpieczałoby interes publiczny, dzięki obniżeniu kosztów zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 czerwca 2024 r. wniósł o jego oddalenie, co następująco uzasadnił pod względem faktycznym w odniesieniu do poszczególnych pkt z pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania OPZ, tj. w zakresie, który do zamknięcia rozprawy pozostał sporny.

Ad pkt 2. Zamawiający stwierdził, że wymaganie takiej samej funkcjonalności systemu backupu nie ogranicza mu możliwości zmiany wirtualizatora na inny w sytuacji np. wzrostu kosztu obsługi posiadanego systemu, w tym w związku ze zmianą systemu licencjonowania. Przy czym podał, że dla użytkowanego środowiska VMware od br. nastąpiła taka zmiana z licencji wieczystych na subskrypcje, co oznacza wzrost kosztów utrzymania.

Ad pkt 11. i 46. Zamawiający uzasadnił, że – jak to określił – „podejście bezagentowe” jest mniej wymagające w administrowaniu oraz znajduje zastosowanie również w przypadku maszyn wyłączonych, bez komunikacji sieciowej z systemem backupu czy w jakikolwiek inny sposób wyizolowanych. Innymi słowy każda funkcjonalność prowadząca do uproszczenia administracji systemem wpływa na zmniejszenie obciążenia zespołu IT, co w rezultacie może również oznaczać niższe koszty zatrudnienia (mniej etatów).

Według Zamawiającego nowoczesne rozwiązania backupowe pozwalają na odzysk granularny bez jakiegokolwiek agenta, choćby wstrzykiwanego w momencie wykonywania kopii zapasowej.

Zamawiający jako przykłady rozwiązań oferujących tzw. bezagentowe podejście wskazał na Nakivo Backup & Replication czy Acronis Backup for VMware (dawniej: vmProtect 9).

Ad pkt 46. Zamawiający oświadczył, że chciałby móc skorzystać z szerokiej palety urządzeń deduplikujących i nie leży w jego interesie ograniczanie konkurencji rozwiązań sprzętowych, które zamierza zakupić w przyszłości. Nadmieniał, że istnieją rozwiązania zapewniające wsparcie dla szerokiej gamy rozwiązań deduplikujących.

Ad pkt 85. i 87. Zamawiający zauważył, że migawki nie są tożsame z backupem. Uzasadnił wymaganie potrzebą zachowania ciągłości – jak to określił – „polityki backupu” w razie utraty połączenia sieciowego. W ocenie Zamawiającego wykorzystanie mechanizmów zewnętrznych, migawkowych nie pozwoli na realizację spójnej polityki zabezpieczania danych.

Zamawiający stwierdził, że odmontowanie nośnika po wykonanym backupie tworzy kopię offline/airgapped, która jest odporna na ataki ransomware. Według Zamawiającego również w rozwiązaniu Commvault tego typu mechanizmy uznawane są za zwiększające bezpieczeństwo od ransomware, co prowadzi do wniosku, że wymagana funkcjonalność podnosi bezpieczeństwo danych.

Generalnie Zamawiający wywiódł, że ma obowiązek zakupu systemów, które w sposób należyty zabezpieczą jego obecne i przyszłe potrzeby, tj. zapewnią bezpieczeństwo danych i jednocześnie pozwolą uniknąć zarzutu niegospodarności w wydatkowaniu środków publicznych.

W ramach argumentacji prawnej Zamawiający zacytował następujące fragmenty uzasadnień wyroków Izby odnoszące się do kwestii uprawnienia do kształtowania opisu przedmiotu zamówienia.

...Zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb zamawiającego. To bowiem zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji. Tym bardziej nie można utożsamiać z takim naruszeniem sytuacji, w której wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami zamawiającego, ale zaoferowanie innych produktów pozwoliłoby na złożenie korzystniejszej (np. bardziej konkurencyjnej cenowo) oferty [wyrok z 2 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 786/20].

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. Akt 585/19 odpowiednio, że: „określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. (...) Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35).” oraz, że „każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby [wyrok z 30 czerwca 2023 r. sygn. akt KIO 1719/23].

W ocenie Zamawiającego dołożył należytej staranności, aby przygotować opis przedmiotu zamówienia w zgodzie z powyższymi wytycznymi wynikającymi z orzecznictwa.

W piśmie procesowym z 14 czerwca 2024 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, co pod względem faktycznym następująco uzasadnił w odniesieniu do poszczególnych pkt z pkt II – Wymagania funkcjonalne dla oprogramowania OPZ, tj. w zakresie, który do zamknięcia rozprawy pozostał sporny.

Ad pkt 2. stwierdził, że w przypadku oprogramowania backupowego standardem jest oferowanie wsparcia dla

różnych platform wirtualizacyjnych, którego zakres jest taki sam dla każdej z nich.

Według Przystępującego Odwołujący powinien wykazać, że którakolwiek z platform wirtualizacyjnych cechuje się unikalnymi właściwościami, które uniemożliwiają zapewnienie konkretnej funkcjonalności.

W opinii Przystępującego uczynienie zadość żądaniu odwołania stwarzałoby ryzyko braku możliwości skorzystania przez Zamawiającego ze wszystkich funkcjonalności (nie wiadomo jednocześnie, z których) systemu backupowego.

Ad pkt 11. wyraził opinię, że oprogramowania do backupu, które wymaga instalacji stałych agentów, trapią liczne problemy, wynikające chociażby z potrzeby ich zainstalowania i aktualizacji, co wiąże się zazwyczaj z koniecznością ponownego uruchomienia systemu, co skutkuje opóźnieniami w pracy takiego systemu. Komunikując się z systemem, agenci generują ruch sieciowy ze środka maszyny wirtualnej, co może istotnie ograniczyć transfer pozostałych danych. Każdy agent zajmuje też miejsce (przestrzeń dyskową) oraz angażuje procesor i pamięć RAM. Natomiast w przypadku tzw. bezagentowego oprogramowania do backupu użytkownik unika wszystkich tych problemów i ograniczeń, przez co obsługa backupu staje się prostsza i mniej kosztowna.

Według Przystępującego ponieważ nowoczesne oprogramowania backupowe pozwalają na zrealizowanie wszystkich wymaganych funkcjonalności bez użycia jakichkolwiek agentów, wymaganie jest w pełni uzasadnione.

Ad pkt 27. stwierdził, że wymienione w nim zostały najpopularniejsze spośród urządzeń deduplikujących, z którymi współpracują różne programy backupowe. Nadmieniał, że na rynku dostępne są różne programy do backupu, które oferują integrację z różnymi urządzeniami deduplikacyjnymi.

Natomiast według Przystępującego żądanie odwołania, zmierzające do zawężenia listy tych urządzeń, jest sprzeczne z interesem Zamawiającego. też swoich tez i twierdzeń.

Ad pkt 46. wyraził przekonanie, że użycie agenta dla przeprowadzenia granularnego odtwarzania obiektów aplikacji (czyli np. odtworzenia wyłącznie części maszyny wirtualnej), wiązało się będzie z komplikacjami, które opisał w kontekście pkt 11.

Ad pkt 85. i 87. wyraził opinię, że funkcjonalności te są bardzo pożądane, gdyż podnoszą bezpieczeństwo danych. Automatyczne odmontowanie nośnika po wykonanym backupie stacji klienckiej oznacza bowiem utworzenie kopii, która jest odporna na ataki ransomware. Natomiast tworzenie kopii migawkowych (tzw. snapshot) nie stanowi backupu danych.

Poza tym Przystępujący podniósł generalną argumentację prawną zbieżną z odpowiedzią na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

{umorzenie w zakresie, który przestał być sporny}

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował również o dokonaniu 12 czerwca 2024 r. zmiany treści załącznika nr 1 do SWZ – Opisu przedmiotu zamówienia, załączając pismo wprowadzające te zmiany, w tym w zakresie pkt 1. z pkt I. Wymagań dla wdrożenia systemu oraz pkt: 5., 7., 17., 20., 22., 28., 30., 33., 35., 36., 37., 38., 39., 47., 57., 60., 67., 75., 80., 83., 89., 100., 103. i 104. z pkt II – Wymagań funkcjonalnych dla oprogramowania (według systematyki OPZ w pierwotnym brzmieniu).

Z kolei Odwołujący wycofał odwołanie w zakresie dotyczącym pkt: 96., 97., 101. i 102. z pkt II – Wymagań funkcjonalnych dla oprogramowania (według systematyki OPZ w pierwotnym brzmieniu).

W powyżej opisanym zakresie dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego stało się zatem zbędne.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust 1 – odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 – cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Z kolei według art. 568 pkt 1 ustawy pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: cofnięcia odwołania. Z przywołanych przepisów wynika zatem, że w zakresie zarzutów odwołania, które następnie zostały wycofane, Izba zobowiązana jest do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Z art. 568 pkt 2 pzp wynika, że Izba umarza postępowanie odwoławcze w razie stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny (niż cofnięcie odwołania lub uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego) zbędne lub niedopuszczalne.

Jednocześnie Izba na mocy art. 552 ust. 1 ustawy pzp wydając wyrok, obowiązana jest wziąć pod uwagę za jego podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Obliguje to Izbę do ustalenia z urzędu, na jakim etapie jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie, aby wydać prawidłowe rozstrzygnięcie. Stąd Izba musiała wziąć pod uwagę zmiany treści SWZ wprowadzone przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, które ostatecznie uznała za asumpt do umorzenia postępowania

odwoławczego w powyżej omówionym zakresie.

Stąd w tych okolicznościach Izba – działając na podstawie 568 pkt 1 i 2 pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w tej sprawie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa w zakresie zarzutów dotyczących pkt: 2., 11., 27., 46., 85. i 87. z pkt II – Wymagań funkcjonalnych dla oprogramowania Załącznika nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (według systematyki z pierwotnego jego brzmienia) została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego – którzy zakwestionował jako naruszający przepisy ustawy pzp opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia mu złożenie mu oferty, spełnia powyższe przesłanki, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Wymaganie z pkt 2. oznacza, że z jednej strony akceptowanie jest rozwiązaniem wspierające wyłącznie środowiska VMware i Hyper-V. Z drugiej strony, jeżeli oferowane oprogramowanie do backupu współpracuje również z innymi, bliżej niesprecyzowanymi, platformami wirtualizacyjnymi, dla każdej z nich jest wymagany taki sam zakres funkcjonalności, jaki został opisany dla powyżej wskazanych środowisk, które aktualnie użytkuje Zamawiający.

Paradoksalnie i zarazem oczywiście faworyzuje to rozwiązania wspierające tylko te dwie platformy wirtualizacyjne, kosztem rozwiązań umożliwiających również backup dla innych środowisk, nawet jeżeli nie w takim samym zakresie szczegółowych funkcjonalności, co zresztą może wynikać z właściwości danego środowiska wirtualizacyjnego. Innymi słowy zaoferowanie systemu kopii zapasowych oferującego więcej niż aktualnie potrzebuje i wymaga co do zasady Zamawiający obarczone zostało dodatkowym wymaganiem. Logika tego wymagania jest wręcz absurdalna, gdyż sprowadza się do żądania od wykonawców, którzy zaoferują oprogramowanie wykraczające funkcjonalnością ponad wymagane minimum, aby zaoferowali jeszcze więcej, bo być może wtedy Zamawiający zapragnie zmienić użytkowane platformy wirtualizacyjne.

Wymaganie z pkt 11. nie dotyczy żadnej istotnej funkcjonalności systemu backupu jako takiego, gdyż sprowadza się wyłącznie do uczynienia preferowanego przez Zamawiającego sposobu działania takiego oprogramowania jedynym dopuszczalnym, co w oczywisty sposób dyskryminuje rozwiązania bazujące na odmiennej technologii. Z kolei w pkt 46. realizacja wskazanej w nim szczegółowej funkcjonalności, w postaci tzw. backupu granularnego, została zawężona wyłącznie do tej samej preferowanej przez Zamawiającego technologii tzw. bezagentowej.

Wymagania z pkt 85. i 87. nie sposób uznać za istotne, skoro poza wszelkim sporem jest, że aktualnie użytkowny przez Zamawiającego system nie obejmuje stacji klienckich. Trudno je również uznać za wymagania rzeczywiście określone funkcjonalnie, skoro generalnie celem wdrożenia systemu backupu jest zapobieżenie utracie danych, w tym na skutek ataku typu ransomware, co powinno abstrahować od zawężania sposobu jego osiągnięcia. Tymczasem również ten szczegółowy cel, w postaci ochrony stacji roboczych przed ransomware, można również osiągnąć w inny sposób, np. dzięki mechanizmowi tzw. kopii migawkowej na chronionej stacji.

W powyższym zakresie Izba oceniła twierdzenia Odwołującego jako wiarygodne a dodatkowo w przeważającej mierze *de facto* konkretnie niezaprzeczone, gdyż zgodnie z art. 533 ust. 2 ustawy pzp, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej sprawy, może uznać fakty te za przyznane. W pozostałym zakresie Izba oceniła twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego za nieistotne i wynikające wyłącznie z przyjętej taktyki procesowej.

W szczególności osadzone w treści odpowiedzi na odwołanie informacje deklarowane jako zrzuty ekranów ze wskazanych za pomocą linków stron internetowych nie mogły zostać poczytane za dowody, gdyż są nieweryfikowalne, a ponadto Odwołujący wykazał na rozprawie, że zostały przetłumaczone w sposób wybiórczy, co czyni bazujące na nich twierdzenia Zamawiającego oczywiście niewiarygodnymi.

Natomiast zarzut dotyczący wymagania z pkt 27. w odwołaniu sprowadza się *de facto* do domagania się ograniczenia wymaganego zakresu kompatybilności z urządzeniami deduplikującymi do takiego, jakie występuje w rozwiązaniu, które chciałby zaoferować Odwołujący, bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

Z kolei sformułowanie takiego uzasadnienia dopiero w złożonym na rozprawie piśmie procesowym złożonym jako tzw. opinia eksperta, czyli po upływie zawitego terminu na zaskarżenie w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia, nie mogło zostać wzięte pod uwagę jako spóźnione sprecyzowanie zarzutu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła,

że odwołanie jest w przeważającej mierze zasadne.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Powyższe uregulowanie należy poczytać za uszczegółowienie w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia zasad udzielania zamówień publicznych z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, które nakazują każdemu zamawiającemu m.in. właśnie przygotowanie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (oraz równe traktowanie wykonawców) i proporcjonalny.

W poprzednim stanie prawnym, tj. pod rządami Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”}, zbieżne uregulowania zawierały odpowiednio: co do opisu przedmiotu zamówienia, którego nie można dokonywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – art. 29 ust. 4, a odnośnie zasad uczciwej konkurencji i proporcjonalności (ta ostatnia została wyrażona *explicite* na skutek jednej z ostatnich nowelizacji) – art. 7 ust. 1. W konsekwencji generalnie zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa co do interpretacji tych norm prawnych.

O ile nie ulega wątpliwości, że określenie przedmiotu postępowania o udzielenie zamówienia jest zawsze decyzją własną zamawiającego, który decyduje o tym, co chce nabyć, o tyle przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym właśnie opisanie przedmiotu zamówienia musi się odbyć na zasadach określonych w ustawie pzp, w szczególności z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Przed wszystkim zamawiający nie może więc określać przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Oznacza to konieczność eliminacji z tego opisu wszelkich sformułowań, które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę czy produkt, bądź też takich, które eliminowałyby konkretnych wykonawców czy produkty, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodując sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców lub jeden z produktów byłby uprzywilejowany w porównaniu do pozostałych.

W piśmiennictwie formułowane są również poglądy, że nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, gdyż narusza to zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Podkreśla się też, że określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty. Wskazuje się również, że zakaz, o którym mowa w art. 29 ust. 2 popzp [obecnie art. 99 ust. 4 pzp] zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne [zob. A. Panasiuk, A. Mikołajczyk, T. Siedlecki, *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Warszawa 2004, str. 97-98, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. T. Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, str. 112].

Niewątpliwie zatem zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie, uprawniony jest do opisu parametrów technicznych w taki sposób, aby nabywany produkt odpowiadał zarówno jego uzasadnionym potrzebom, jak i możliwościom finansowym, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i możliwości złożenia ofert przez wykonawców będących w stanie podołać wymaganiom zamawiającego, w sposób nie naruszający równowagi pomiędzy dobrem zamawiającego a wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia na dany rodzaj przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma więc prawo sprecyzować przedmiot zamówienia w oparciu o określone minimalne standardy techniczne dzięki wskazaniu parametrów i może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym.

Granicę uprawnień zamawiającego wyznaczają jednak przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, które są przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Ponieważ dyspozycją art. 29 ust. 2 popzp [obecnie art. 99 ust. 4 pzp] objęte jest zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji, jej spełnienie niekoniecznie musi przybierać charakter bezpośredniego godzenia w uczciwą konkurencję. Skoro ustawodawca w art. 29 ust. 2 pzp [obecnie art. 99 ust. 4 pzp] zawarł wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zakazane jest więc nie tylko dokonywanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wskazuje na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Swoboda precyzowania przez zamawiającego swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przez szczegółowe określenie parametrów oczekiwanego towaru jest więc ograniczona, a jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji. W szczególności dokonywanie opisu

przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji.

Izba uznała zatem, że w ustalonych w tej sprawie okolicznościach faktycznych, adekwatne są wywody prawne poczynione uprzednio w wyrokach: Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 stycznia 2012 r. sygn. akt VI ACa 965/11, Sądu Okręgowego w Poznaniu z 11 sierpnia 2006 r. sygn. akt IX Ga 137/06 i Sądu Okręgowego w Szczecinie z 30 maja 2011 r. sygn. akt I C 317/09, które znajdują również odzwierciedlenie w utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej.

W zakresie, w jakim odwołanie zostało oddalone, zaznaczyć należy, że sprecyzowanie na nowo stawianego zarzutu dopiero piśmie procesowym nie mogło być wzięte pod uwagę z uwagi na specyfikę postępowania odwoławczego, która wyraża się w szczególności uregulowaniem zawartym w art. 555 ustawy pzp (poprzednio w art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.), zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

W orzecznictwie Izby takie stanowisko należy uznać za utrwalone. *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść [z uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23].*

Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to nie mogą być one brane przez Izbę pod uwagę jako spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi. korzyść [z uzasadnienia wyroku z 26 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 719/22].

Zwięźlej ujęto w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. *Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].*

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale

również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Co istotne, Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych, który wręcz rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 w zw. z art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. i 3. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się wpis od odwołania oraz potwierdzone złożonym rachunkiem uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, orzeczono w pkt 4. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437).