Sygn. akt: KIO 2841/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Piotr Cegłowski

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 14 października 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2021 roku przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2841/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2841/21

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wdrożenie Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 września 2021 roku pod numerem 2021/S 179-466245.

27 września 2021 roku Odwołujący w oparciu o ustawę z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa") wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") oraz Ogłoszenia o zamówienia (dalej „Ogłoszenie") z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1) art. 246 ust. 1 i 2 ustawy w związku art. 16 ustawy przez przyznanie kryterium ceny wagi ponad 60% przy jednoczesnym braku zawarcia w opisie zamówienia odpowiednich wymagań jakościowych, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji;

2) art. 433 pkt 1 i pkt 2 ustawy w związku z art. 470 i 474 §1 Kodeksu Cywilnego przez określenie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie oraz ukształtowanie kary umownej niezwiązanej z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonywaniem;

3) art. 433 pkt 4 ustawy związku z art. 470 i 474 §1 Kodeksu Cywilnego przez wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy w dowolnym zakresie bez zaistnienia okoliczności zawinionych przez wykonawcę;

4) art. 99 w związku art. 16 PZP poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez I uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na I sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

5) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oraz

kryteriami oceny ofert określonymi w SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Ogłoszenia w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu poprzez zmianę wskazanych zapisów w sposób wskazany w niniejszym odwołaniu — szczegółowo w każdym zarzucie.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem postanowienia SWZ oraz Ogłoszenia powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem postanowień SWZ oraz Ogłoszenia, Odwołujący mógłby złożyć konkurencyjną ofertę, uzyskać zamówienie - a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SWZ oraz Ogłoszenia uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu. Ponadto w wyniku w/w naruszeń przepisów ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zarzut 1. Ogłoszenie - pkt 11.2.5) „Kryteria udzielenia zamówienia" oraz SWZ - pkt XX. „Kryteria oceny ofert i ich znaczenie" w zakresie Kryterium „C" - cena oferty.

W Ogłoszeniu określono następujące kryteria oceny ofert — pkt 11.2.5)

„Kryteria udzielenia zamówienia”

„Kryterium jakości - Nazwa: Kryterium „F” — posiadanie w ramach oferowanego rozwiązania standardowego gotowych funkcjonalności / Waga: 20%

Kryterium kosztu - Nazwa: Kryterium„C” — cena oferty/ Waga: 75%

Kryterium kosztu - Nazwa: Kryterium „R” — dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról. / Waga: 5%”

Zamawiający w SWZ w pkt 1 rozdziału XX. KRYTERIA OCENY OFERT ORAZ ICHZNACZENIE określił następujące kryteria oceny ofert:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

W dalszej części Rozdziału XX Zamawiający opisał sposób przyznawania punktów w kryterium kosztu:

1) Kryterium „C” —cena oferty —waga 75%.

W ramach tego kryterium oceny ofert Wykonawca może otrzymać maksymalnie 75 pkt.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną wyliczone według poniższego wzoru:

C = (Cmin / Cof)* 75 pkt

gdzie:

C —punktacja w kryterium C , Cmin—cena najniższej oferty, Cof—cena badanej oferty.

2) Kryterium „R” — dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról, które mogą mieć zastosowanie w przypadku rozliczenia wynagrodzenia za realizację Usług Administracji Systemem oraz wykonane Prace Rozwojowe w oparciu o faktycznie przepracowany czas pracy Personelu Wykonawcy wg Metody Szacunkowej Time/Material -waga 5%.

W ramach tego kryterium oceny ofert Wykonawca może otrzymać maksymalnie 5 pkt.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną wyliczone według poniższego algorytmu: Zamawiający dokona oceny w ramach każdej ocenianej roli roli/stanowiska, a wagi przypisanej do tego stanowiska:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

a) Ocena każdego stanowiska/roli (od RI do R7) zostanie dokonana wg wzoru:

Rn + (Rmin/ Rof)* WSR gdzie:

Rn - punktacja dla danego stanowiska/roli (wyliczana odrębnie dla RI,R2,R3,R4,R5,R6,R7),
Rmin - cena najniższej oferty dla ocenianego stanowiska/roli,

Rof - cena badanej oferty za badane stanowisko rolę.

WSR -waga stanowiska/roli (zgodnie z ww tabelą stanowisk/ról)

b) Ocena R dla każdej oferty będzie stanowiła sumę ocen cząstkowych (RIdo R7) wyliczonych dla stanowisk/ról pomnożony przez 5 pkt:

R = 'R1+R2+R3+R4-1 R54 R61 R7)x 5 pkt,

Odwołujący wskazał, że po zsumowaniu kryterium Cena „C” (75) i kryterium „R” dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról (5), należy stwierdzić, że aż 80% wartości kryteriów oceny stanowi cena rozwiązania.

Odwołujący podał, że Kryterium cena przekracza znacznie próg wskazany w przepisie art. 246 ust. 1 ustawy. Jednocześnie Zamawiający nie określił w SWZ warunków wskazanych w art. 246 ust. 2 ustawy.

Zamawiający zamierza oceniać ofertę pod kątem spełnienia wymagań wymienionych, jako parametry i funkcjonalności standardowe, w tabeli załącznika 3b Formularz Oferty Technicznej. W formularzy tym brak jest jakichkolwiek kryteriów jakościowych - wymienione są jedynie nazwy funkcjonalności bez ich opisu. Zamawiający zamierza dokonać ww. oceny przez policzenie wpisów dokonanych w tabeli FOT w kolumnie „Potwierdzenie funkcjonalności standardowych", potwierdzających obecność albo brak w oferowanym rozwiązaniu standardowym funkcjonalności podlegających punktacji." Odwołujący podał, że iinterpretowanie zamieszczonych w SWZ opisów za wymagania jakościowe budzi poważne wątpliwości. Z kolei innych kryteriów jakościowych w SWZ Zamawiający nie określił.

Odwołujący podkreślił, że nawet uznając, że SWZ zawiera kryteria jakościowe pozwalające na przekroczenie progu 60 % (czemu Odwołujący przeczy) bezsprzeczne pozostaje jednak, że tak sformułowane kryteria wskazują, że podstawowym kryterium wyboru oferty będzie cena oferowanego rozwiązania.

W załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia) Zamawiający zawarł ponad 240 wymagań dotyczących oczekiwanego zakresu funkcjonalnego Platformy Kanałów Elektronicznych (PKE). Jednak tylko część tych wymagań (50 wymagań) została przez Zamawiającego wskazana w Załączniku nr 3b do SWZ Formularz Oferty Technicznej jako uwzględniane do wyliczania w kryterium oceny ofert. Opisanie tych wymagań przez Zamawiającego jako „Funkcjonalności, których nie posiada obecny system bankowości elektronicznej, a których wdrożenia Zamawiający oczekuje w Systemie BE i SA" wskazuje, że pozostałe wymagania spełnia rozwiązanie obecnie funkcjonujące u Zamawiającego dostarczone przez Comarch, a które to wymagania będzie musiał spełniać system oferowany przez każdego z wykonawców. Każdego - z wyjątkiem dostawcy obecnego systemu, czyli Comarch.

Odwołujący stwierdził, że tak sformułowane kryteria oceny ofert jednoznacznie promują dotychczasowego dostawcę funkcjonującej u Zamawiającego Platformy Kanałów Elektronicznych, który zaoferuje Zamawiającemu rozwiązanie składające się z już funkcjonującego u Zamawiającego oprogramowania. Taka sytuacja w sposób oczywisty zaburza konkurencyjność postępowania.

W innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2021 roku, Zamawiający zwracał szczególną uwagę na otwartość pozyskiwanych rozwiązań oraz na możliwość ich rozwoju siłami własnymi i/lub siłami firm trzecich. Zamawiający wprost wymagał od oferentów zagwarantowania rozwiązań otwartych:

- Postępowanie DZZK/131/DI/2020 pn. „Usługa utrzymania, optymalnego rozwoju oraz transformacji systemu def2000 do postaci otwartej, umożliwiającej dalsze utrzymanie i rozwój systemu bez istotnych ograniczeń technologicznych i prawnych" — w postaci otwartej, umożliwiającej dalsze utrzymanie i rozwój systemu bez istotnych ograniczeń technologicznych i prawnych",

- Postępowanie DZZK/10/DRO/2021 pn. „Dostawa, wdrożenie, serwis, utrzymanie i rozwój systemu Platforma Płatnicza Banku „transfer wiedzy od Wykonawcy do BGK"

  w celu zapewnienia możliwości rozwijania systemów",

- Postepowanie DZZK/138/DI/2020 - Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT — Zamawiający dokładał starań do zagwarantowania sobie dostępności specjalistów IT spełniających wymagania Zamawiającego oraz posiadających odpowiednie kompetencje i doświadczenie.

Zaproponowane kryteria w sposób oczywisty pozostają w sprzeczności z tak pojmowanym interesem Zamawiającego i obiektywnymi standardami rynkowymi.

Żądanie: Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o zmianę SWZ przez:

1) Usunięcie Kryterium „R" i przesunięcie wagi punktów do kryterium „D";

2) Wprowadzenie kryterium „D"

3) Przesunięcie wagi i punktów z kryterium „R" oraz części wagi i punktów z kryterium „C" do kryterium „D",

i w tym celu wprowadzenie następujących zmian:

a) SWZ - Rozdział XX. KRYTERIA OCENY OFERT ORAZ ICH ZNACZENIE pkt 1: Zamawiający podda ocenie oferty niepodlegające odrzuceniu. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich wagą:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

b) SWZ - pkt 3.1) Rozdziału XX SWZ:

1) Kryterium „c" — cena oferty — waga 50%.

W ramach tego kryterium oceny ofert Wykonawca może otrzymać maksymalnie 50 pkt. Punkty w niniejszym kryterium zostaną wyliczone według poniższego wzoru:

C = (Cmin /Cof)* 50 pkt,

c) SWZ - dodanie w pkt 3 Rozdziału XX SWZ ppkt 3.4):

4) Kryterium „D" posiadanie w ramach oferowanego rozwiązania możliwości samodzielnego rozwoju Systemu przez Zamawiającego — waga 30%.

W ramach niniejszego kryterium ocenione zostanie posiadanie w standardzie przez oferowane rozwiązanie możliwości samodzielnego rozwoju Systemu przez Zamawiającego, np. przez dodawanie funkcjonalności do Platformy Kanałów Elektronicznych. W celu weryfikacji potwierdzenia, że oferowany System posiada ww. funkcjonalności Zamawiający żąda od Wykonawcy złożenia razem z ofertą dokumentów oraz przedmiotowego środka dowodowego w postaci: referencji co najmniej od jednego Klienta potwierdzającej wdrożenie i działanie na środowisku produkcyjnym rozwiązania Wykonawcy posiadającego możliwość rozwoju funkcjonalności siłami Zamawiającego i/lub firm trzecich oraz ścieżki dostępowej do środowiska testowego Systemu w celu wykonania zdalnej prezentacji.

d) Ogłoszenie - pkt 11.2.5)

i. W zdaniu: Kryterium kosztu - Nazwa: Kryterium „C" — cena oferty / Waga: 75% — wykreślenie Waga: 75% wpisanie w to miejsce: / Waga: 50%

ii. Wykreślenie w całości zdania: Kryterium kosztu - Nazwa: Kryterium „R" dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról. / Waga: 5%

iii. Dopisanie zdania: Kryterium jakości Nazwa: Kryterium „D" możliwość samodzielnego rozwoju Systemu przez Zamawiającego / Waga: 30%

Zarzut 2. Umowa art. 13 „ODPOWIEDZIALNOŚĆ" pkt 13.6, 13.10 (ii) oraz art. 26. „ODSTĄPIENIE OD WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ ORAZ WYPOWIEDZENIE WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ" pkt 26.4 (i) i 26.12.(i)

Odwołujący podał, że Zamawiający w Umowie w art. 13 „ODPOWIEDZIALNOŚĆ" w większości przypadków wskazał na odpowiedzialność wykonawcy za zwłokę. Jednakże w 2 przypadkach wyraźnie wskazał, że odpowiedzialność ta powstaje w przypadku opóźnienia:

13.6. Wykonawca zapłaci na rzecz BGK następujące kary umowne wynikające z niedotrzymania przez Wykonawcę czasów obsługi zgłoszeń Błędów, które określone są w Złączniku nr 2 — Usługi Zapewnienia Jakości, w przypadku niedotrzymania terminu dostarczenia Naprawy lub Neutralizacji

W tym miejscu w odwołaniu tabela

13.10 BGK jest uprawniony naliczyć Wykonawcy kary umowne w przypadku:

(i) niedotrzymania przez Wykonawcę terminu Odbioru Etapu określonego w Harmonogramie Wdrożenia lub terminu Odbioru Zamówienia określonego Harmonogramie Zamówienia Prac Rozwojowych lub terminów realizacji usług Administracji Systemem, w wysokości 0,4% wynagrodzenia netto należnego

za wykonanie odpowiednio danego Etapu lub Zamówienia, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki a w wypadku, gdy w Harmonogramie Wdrożenia lub Harmonogramie Zamówienia nie przypisano wartości wynagrodzenia do danego Etapu lub Zamówienia kara umowna wyniesie 0,2% wynagrodzenia netto należnego za dane Zamówienie lub Etap Wdrożenia, za każdy dzień zwłoki.

(ii) w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, a 1000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) dla Prac Rozwojowych i Administracji Systemem, za każdy dzień opóźnienia udostępnienia Personelu Wykonawcy, w przypadku wynagrodzenia Time&Material ; odstąpienia przez BGK od Zamówienia lub Etapu Wdrożenia z powodu jego niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę, w wysokości 30% wartości Zamówienia lub Etapu Wdrożenia netto.

Z kolei w art. 26 „ODSTĄPIENIE OD WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ ORAZ WYPOWIEDZENIE WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ" Zamawiający wskazał, że może odstąpić od umowy lub wypowiedzieć umowę w przypadku opóźnienia:

26.4 BGK przysługuje umowne prawo odstąpienia od Wdrożenia lub Zamówienia:

(i) w wypadku opóźnienia Wykonawcy w zakończeniu któregokolwiek Etapu określonego w Harmonogramie Wdrożenia lub Harmonogramie Zamówienia, o co najmniej 30 dni. W takiej sytuacji BGK wezwie Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności, do należytego wykonania odpowiednio Wdrożenia lub Zamówienia, wyznaczając odpowiedni termin, nie krótszy niż 30 dni. Po bezskutecznym upływie tego dodatkowego terminu, BGK ma prawo do odstąpienia odpowiednio od Wdrożenia lub Zamówienia;

26.12 Zamawiający może w każdym czasie wypowiedzieć Zamówienie lub dany Etap Wdrożenia, w części lub w całości, ze skutkiem natychmiastowym, w sytuacji zaistnienia ważnych powodów. Za ważne powody uzasadniające wypowiedzenie Zamówienia lub Wdrożenia uznawane są, w szczególności okoliczności wymienione w pkt 25.5 Umowy, jak również:

(i) opóźnienie Wykonawcy z przyczyn leżących po jego stronie, w zakończeniu wykonywania Zamówienia, w stosunku do Harmonogramu Zamówienia, lub Etapu Wdrożenia, w stosunku do Harmonogramu Wdrożenia, o co najmniej 5 Dni Roboczych po uprzednim wezwaniu wykonawcy i wyznaczeniu mu w tym celu dodatkowego terminu nie krótszego niż 2 Dni Robocze;

Zamawiający w powyższych postanowieniach — pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna _ odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego i ukonstytuował odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie, podczas gdy Kodeks Cywilny przewiduje odpowiedzialność za zwłokę. O0czywistym jest, że Kodeks Cywilny jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Przy czym podkreślić należy, że pozycja wierzyciela jest bardzo mocna — jest ona wzmocniona poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku — dyskryminował usługodawców w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Tymczasem właśnie taką odpowiedzialność kontraktową — niezależną od winy wykonawcy — uregulował Zamawiający wskazując w tym przypadku na odpowiedzialność za opóźnienie. A przecież opóźnienie to sam fakt niedochowania terminu, niezależnie od tego, czy Wykonawca ponosi czy też nie ponosi odpowiedzialności za niedochowanie takiego terminu. W przepisie art. 433 pkt 1 ustawy wskazano że umowa nie może kształtować odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Zamawiający nie wskazał, że zachodzi dopuszczalny wyjątek w tym zakresie.

Zaskarżone postanowienie powoduje, że Umowa jest korzystna tylko dla jednej ze stron — dla Zamawiającego, a na Wykonawcę nałożono zbyt daleko idącą odpowiedzialność. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie krytykowała takie kształtowanie stosunków umownych przez Zamawiającego jak choćby w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1698/10.

Odwołujący podał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC.

Z kolei postanowienie przepisu art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie — a mianowicie w Umowie takie oznaczone okoliczności muszą być wyraźnie określone. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 §1 KC (w związku z art. 14 i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 §1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w Umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności", w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 ś 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone." Tymczasem Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy — wbrew regulacji art. 473 § 1 KC — tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałaby być rozszerzona. A jednocześnie — odpowiedzialność tę rozszerzył.

Żądanie: Odwołujący wniósł o zmianę Umowy przez wykreślenia słowa „opóźnienie" i wpisanie w to miejsce słowa „zwłoka".

Zarzut 3. Umowa art. 26. „ODSTĄPIENIE OD WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ ORAZ WYPOWIEDZENIEWDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ" pkt 26.8

Zamawiający w Umowie w art. 26. „ODSTĄPIENIE OD WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ ORAZ WYPOWIEDZENIE WDROŻENIA LUB ZAMÓWIEŃ" ukonstytuował następującą przesłankę odstąpienia od umowy:

26.8 BGK ma prawo do odstąpienia w całości lub w części od Zamówienia (umowne prawo odstąpienia) bez podania jakiejkolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykona przedmiot Odbioru należycie.

Postanowienie to jest sprzeczne z zasadą trwałości umów zawieranych w trybie zamówień publicznych. Wykonawca nie może prawidłowo skalkulować ceny oferty, gdyż nie wie, jaką część przedmiotu zamówienia wykona. Cena oferty obejmuje koszty stałe i koszty zmienne. Regulacja pkt. 26.9 Umowy nie jest w tym zakresie wystarczająca, gdyż obejmuje tylko kwestię wynagrodzenia za usługi. Powyższe postanowienia narusza art. 433 pkt 4 ustawy, gdyż daje Zamawiającemu możliwość zrezygnowania z realizacji umowy w całkowicie nieograniczonym zakresie.

Żądanie: Odwołujący wniósł o wykreślenie pkt 26.8 Umowy.

Zarzut 4. Opis Przedmiotu Zamówienia, Rozdz. 5. Wymagania w zakresie przeniesienia danych do Systemu BE

Zamawiający oczekuje, aby ekstrakty z obecnego systemu bankowości internetowej były wykonane przez Wykonawcę. W tym celu „(...) Wykonawcy zostanie udostępniona dokumentacja (w tym dokumentacja bazy danych), środowisko testowe oraz wiedza Pracowników na temat obecnego systemu." W uproszczeniu, Wykonawca otrzyma nieokreśloną, niesprecyzowaną jakościowo dokumentację, środowisko testowe i dostęp do konsultacji z pracownikiem Zamawiającego. Natomiast za pozyskanie danych z obecnego systemu odpowiedzialnym będzie Wykonawca. Taki zapis w oczywisty sposób promuje dostawcę obecnego systemu, który ma pełną wiedzę o sposobie pozyskania tych danych, a w przypadku wygrania postępowania praktycznie nie musi ponosić żadnych nakładów, gdyż można założyć, że nowe rozwiązanie dotychczasowego dostawcy będzie oparte o taką samą strukturę danych. Powyższe narusza art. 99 w związku art. 16 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji.

Żądanie: Odwołujący wnosi o zmianę SWZ przez nadanie pkt 7 w rozdz. 5 załącznika 1 do SWZ brzmienia:

„Przenoszone dane będą pochodziły tylko z obecnego systemu bankowości elektronicznej bgk24. Na potrzeby przeniesienia danych, Wykonawcy zostaną udostępnione ekstrakty danych z obecnego rozwiązania w postaci plików migracyjnych z udokumentowana strukturą uzgodnioną na etapie projektu. Ekstrakty danych zostaną zapewnione przez Zamawiającego. Dodatkowo przed uruchomieniem produkcyjnym Systemu wymagane jest zasilenie Systemu danymi (np. historia operacji), które będą dostępne dla Użytkowników w trakcie niedostępności systemów Banku."

Zarzut 5. Opis Przedmiotu Zamówienia, 4.3. Podstawowe wymagania funkcjonalne (WP), Wymaganie WP.001

W treści wymagania WP.001 w rozdz. 4.3 Zamawiający („Ponadto System BE powinien zapewnić obsługę przynajmniej 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek, które przestały występować w ww. rankingach (na dzień dzisiejszy są to Firefox w wersji 78, IE 11, Chrome w wersji 90.") wymaga wsparcia przeglądarki Internet Explorer w wersji IE 11. Przeglądarka ta nie będzie wspierana przez producenta, tj. Microsoft w momencie uruchomienia Systemu. Jak wynika z Microsoft Lifecycle Policy przeglądarka Internet Explorer traci wsparcie producenta w dniu 15.06.2022 r. Dowód: Microsoft Ufecycle.
Dodatkowo, wskazane wymaganie jest sprzeczne z wymaganiem WT.001, tj. „W dostarczonym Systemie muszą zostać zastosowane rozwiązania i technologie, dla których nie został ogłoszony przez ich producenta koniec wsparcia, koniec działania lub termin wycofania oraz nie są rozwiązaniami informatycznymi, których rozwój zaprzestano lub planuje się jego zaprzestanie w ciągu 5 lat od ogłoszenia postępowania przetargowego". Powyższe narusza art. 99 w związku art. 16 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji, gdyż SWZ jest wewnętrznie sprzeczny.

Żądanie: Odwołujący wniósł o zmianę treści WP.001 w tabeli w rozdz. 4.3 przez nadanie mu brzmienia: „System BE powinien zapewnić obsługę przynajmniej 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek, które przestały występować w ww. rankingach (na dzień dzisiejszy są to Firefox w wersji 78, Chrome w wersji 90".

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa" lub „ustawa Pzp").

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 września 2021 roku (poniedziałek), ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 września 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane

przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego, Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 8 października 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie", w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła również stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wykonawca CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zawarte w piśmie procesowym z dnia 14 października 2021 roku „Pismo procesowe Przystępującego CA Consulting".

Izba, w trakcie rozprawy, wydała postanowienie o dopuszczeniu dowodu złożonego w trakcie rozprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawca CA Consulting spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tj. dowód nr 1 - symulacja dla nowych kryteriów.

Izba ustaliła oraz zważyła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W zakresie zarzutu (1- według numeracji z uzasadnienia odwołania) naruszenia art. 246 ust. 1 i 2 ustawy w związku art. 16 ustawy przez przyznanie kryterium ceny wagi ponad 60% przy jednoczesnym braku zawarcia w opisie zamówienia odpowiednich wymagań jakościowych, co prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Ustalono, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego kształtują się następująco:

1) Kryterium „C" - cena oferty - waga 75%.

2) Kryterium „R" - dodatkowe parametry oferty, tj. zaproponowane stawki wynagrodzenia za roboczogodzinę dla stanowisk/ról, które mogą mieć zastosowanie w przypadku rozliczenia wynagrodzenia za realizację Usług Administracji Systemem oraz wykonane Prace Rozwojowe w oparciu o faktycznie przepracowany czas pracy Personelu Wykonawcy wg Metody Szacunkowej Time/Material - waga 5%.

3) Kryterium „F" - posiadanie w ramach oferowanego rozwiązania standardowego gotowych funkcjonalności wymienionych załączniku nr 3b do SWZ - waga 20%.

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- Art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.,

- art. 246 ust. 1 ustawy - Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%,

- art. 246 ust. 2 ustawy - Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia,

- art. 4 pkt 3 ustawy - inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli pod-mioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub

- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub

- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

Izba w pierwszej kolejności wskazuje na brzmienie podniesionego przez Odwołującego zarzutu odwołania, który - jak słusznie podniósł w piśmie procesowym Zamawiający - świadczy o błędnie ustalonym stanie faktycznym, w oparciu o który budowana była również argumentacja zawarta w odwołaniu oraz ukształtowane zostały w tym zakresie wnioski odwołującego.

Regulacja art. 246 ust. 1 i 2 ustawy odnosi się do Zamawiających publicznych o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy - tj. 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, 1622 i 1649) oraz 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Zamawiający jest natomiast Zamawiającym, o którym mowa w art. 4 pkt ustawy tj. inną, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego (...). Izba zaznacza w tym miejscu, że okoliczność ta w żaden sposób nie był kwestionowana w trakcie rozprawy przez Odwołującego.

Ustalając i stwierdzając powyższe Izba zaznacza, że w odsianiu do Zamawiającego nie mają zastosowania ustawowe ograniczenia i regulacje dotyczące sposobu określania kryteriów oceny ofert w postępowaniu. Tym samym, skoro nie mają w przypadku tego Zamawiającego zastosowania przepisy, które zostały powołane przez Odwołującego i na których opierał on swoją argumentację to nie sposób uznać zasadności podniesionego zarzutu odwołania. Wymaga również w tym miejscu podkreślenia, że uzasadnienie odwołania w zakresie tego zarzutu również nakierowane jest na argumentację odnoszącą się do naruszenia przez Zamawiającego regulacji art. 246 ust. 1 i 2 ustawy. Odwołujący w zasadzie przypieczętował argumentację zawartymi w odwołaniu wnioskami, zgodnie z którymi wnioskowane kryteria miały następujące wartości - kryterium ceny miało wynosić 50%, kryterium posiadania w ramach oferowanego rozwiązania standardowego gotowych funkcjonalności 20%, a możliwość samodzielnego rozwoju Systemu przez Zamawiającego 30%.
Tak skonstruowane wnioski podkreślają spójność wywodu Odwołującego począwszy od zarzutu przez uzasadnienie zawarte w odwołaniu, a kończąc na żądaniach - jednakże całość tej argumentacji nie jest związana ze stanem faktycznym jaki istnieje w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba po pierwsze nie poszukuje argumentacji za Odwołującego, a po drugie nie może jak to podnosił na rozprawie Odwołujący w zasadzie pominąć faktu, że Odwołujący oparł się na błędnie ustalonym stanie faktycznym i w zasadzie „wyciągnąć” z treści odwołania tą argumentacje jaka pozwalałaby na ocenę zarzutu, bowiem jak wskazał Odwołujący w zakresie zarzutu 1 - tak skonstruowany został ze względu na treść ustawy. Podkreśla znaczenie art. 16, zasady jawności i przejrzystości, które nie mogą być podnoszone samodzielnie. Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach odwołania Odwołujący nie przedstawiał argumentacji nakierowanej na naruszenie zasad zawartych w art. 16 ustawy, tym bardziej nie podnosił ich w kontekście konstrukcji poszczególnych kryteriów oceny ofert zawartych w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Izba nie jest uprawniona doszukiwania się uzasadnienie jakie nie zostało przez Odwołującego zawarte

w odwołaniu jak również nie może dopuścić do zmiany przez Odwołującego zarzutów odwołania i ich uzasadnienia. Jakakolwiek zmiana, czy też podanie kolejnych zarzutów musi być postrzegane w ramach podnoszenia nowej, niezawartej w odwołaniu argumentacji. Izba dostrzegła, że podnoszone naruszenie art. 16 ustawy (jedynie przez wskazanie przepisu ustawy w treści podanego zarzutu) jest ściśle powiązane z art. 246 ust. 1 i 2 ustawy. Tym samym, mając na uwadze, że art. 16 ustawy odnosi się do zasad prowadzenia postępowania to powiązanie przez odwołującego naruszenia ww. przepisu z art. 246 ust. 1 i 2 ustawy jest prawidłowym działaniem co do konstrukcji - niemniej właśnie z powodu takiej konstrukcji zarzutu nie da się wywieść na etapie procedowania, skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia art. 16 ustawy tj. zasad w oderwaniu od ww. art. 246 ust. 1 i 2 ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał również, że tak skonstruowane kryteria oceny ofert - czyli te które zawał w SWZ Zamawiający ale w kontekście podnoszonej argumentacji prawnej opartej na art. 246 ust. 1 i 2 ustawy - promują dotychczasowego dostawcę funkcjonującej u Zamawiającego Platformy Kanałów Elektronicznych. Odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że dotychczasowy dostawca może zaoferować rozwiązanie w skład którego będzie wchodzić „już funkcjonujące u Zamawiającego oprogramowanie". Odwołujący podał w trakcie rozprawy, że domniemaniem Odwołującego jest, że skoro Zamawiający napisał, że dane funkcjonalności, które nie podlegają ocenie w kryterium oceny ofert posiada rozwiązanie, które obecnie funkcjonuje u Zamawiającego, to oznacza, że funkcjonalności, które mają być zaoferowane w tym postępowaniu pokrywają się z tymi, które posiada. Niemniej Izba dostrzegła, że Odwołujący pominął w zupełności postanowienia zawarte w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający podaje jednoznacznie, że:

System BE zastąpi obecnie używany system bgk24, eliminując występujące obecnie:

a. braki funkcjonalne i ograniczenia możliwości rozwoju;

b. wysokie koszty utrzymania i rozwoju;

c. niewspierane technologie, których wymiana obecnie wiąże się ze znaczną przebudową systemu i znacznymi nakładami finansowymi;

d. ograniczenia w zakresie możliwości dalszego zwiększenia obciążania systemu przy zachowaniu wymagań wydajnościowych Zamawiającego, których realizacja wiąże się ze znaczną przebudową systemu i znacznymi nakładami finansowymi.

Zamawiający zamierza wymienić System BE na całkowicie nowe rozwiązanie, które będzie posiadać pełny zakres funkcjonalny obecnego systemu oraz nowe funkcjonalności i udogodnienia dla Użytkowników i Pracowników wymienione w rozdziale 4 oraz wdrożyć zupełnie nową funkcjonalność Host2Host opisaną w rozdziale 6. Ponadto Zamawiający oczekuje, że wymiana systemów przebiegnie płynnie i w możliwie najmniej uciążliwy sposób dla Klientów, Użytkowników i Pracowników. (...)

Odwołujący i w tej części opierając swoją argumentację o zastosowane przez Zamawiającego kryteria oceny ofert i konieczność spełnienia określonych w art. 246 ust. 1 i 2 progów nie przedstawia argumentacji uzasadniającej, że możliwe jest wykorzystanie przez uczestnika postępowania oprogramowania, które posiada obecnie Zamawiający. Faktycznie z postanowień Załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia wynika wręcz, co podnosił uczestnik postępowania, że wymagania takie jak WIT 002, WIT 003, które potwierdzają niezgodność technologii używanych przy obecnie funkcjonującym w BGK systemie z tymi technologiami wymaganymi w zamawianym systemie. Izba podkreśla, że w zasadzie jedno zdanie uzasadnienia odwołania w tym zakresie nie zostało poparte żadną argumentacją oraz w żaden sposób nie zostało podjęta próba dowiedzenia możliwości wykorzystania istniejącego oprogramowania. Jednocześnie stanowisko to nie zostało w żaden sposób skonfrontowane z postanowieniami SWZ, w tym Załącznika nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu (2 - według numeracji z uzasadnienia odwołania) naruszenia art. 433 pkt 1 i pkt 2 ustawy w związku z art. 470 i 474 §1 Kodeksu Cywilnego przez określenie odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie oraz ukształtowanie kary umownej niezwiązanej z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonywaniem - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy

prawa:

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 433 ustawy - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione

okolicznościami lub zakresem zamówienia;

2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub

pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;

- art. 470 Kodeksu Cywilnego - Ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela do zwrotu dłużnikowi kosztów złożenia.

- art. 473 § 1 Kodeksu Cywilnego - Dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

- art. 474 Kodeksu Cywilnego - Dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonywa przedstawiciel ustawowy dłużnika.

Podniesione w zarzucie naruszenia art. 470 i 474 §1 Kodeksu Cywilnego (dalej: KC) nie sposób związać z podnoszonym naruszeniami art. 433 pkt 1 i 2 ustawy, bowiem po pierwsze w Kodeksie Cywilnym nie istnieje regulacja prawna art. 474 § 1. Regulacja art. 470 KC dotyczy - Ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela do zwrotu dłużnikowi kosztów złożenia.

W ramach tego zarzutu ustalono:

Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy:
Punkt 13

13.6 Wykonawca zapłaci na rzecz BGK następujące kary umowne wynikające z niedotrzymania przez Wykonawcę czasów obsługi zgłoszeń Błędów, które określone są w Załączniku nr 2 - Usługi Zapewnienia Jakości, w przypadku niedotrzymania terminu dostarczenia Naprawy lub Neutralizacji Błędu:

Kategoria Błędu	Wartość kary umownej:
Krytyczny	1% miesięcznej Opłaty Serwisowej, za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia.
Wysoki	3% miesięcznej Opłaty Serwisowej, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia.

Błąd Bezpieczeństwa: podatność krytyczna 1% miesięcznej Opłaty Serwisowej za każdy rozpoczęty dzień

opóźnienia.

Błąd Bezpieczeństwa: podatność wysoka 1% miesięcznej Opłaty Serwisowej za każdy rozpoczęty miesiąc

opóźnienia.

13.10 BGK jest uprawniony naliczyć Wykonawcy kary umowne w przypadku:

(■■■)

(ii) w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, a 1000 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) dla Prac Rozwojowych i Administracji Systemem, za każdy dzień opóźnienia udostępnienia Personelu Wykonawcy, w przypadku wynagrodzenia Time&Material; odstąpienia przez BGK od Zamówienia lub Etapu Wdrożenia z powodu jego niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę, w wysokości 30% wartości Zamówienia lub Etapu Wdrożenia netto.

Punkt 26

26.4 BGK przysługuje umowne prawo odstąpienia od Wdrożenia lub Zamówienia:

(i) w wypadku opóźnienia Wykonawcy w zakończeniu któregokolwiek Etapu określonego w Harmonogramie Wdrożenia lub Harmonogramie Zamówienia, o co najmniej 30 dni. W takiej sytuacji BGK wezwie Wykonawcę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności, do należytego wykonania odpowiednio Wdrożenia lub Zamówienia, wyznaczając odpowiedni termin, nie krótszy niż 30 dni. Po bezskutecznym upływie tego dodatkowego terminu, BGK ma prawo do odstąpienia odpowiednio od Wdrożenia lub Zamówienia;

26.12 Zamawiający może w każdym czasie wypowiedzieć Zamówienie lub dany Etap Wdrożenia, w części lub w całości, ze skutkiem natychmiastowym, w sytuacji zaistnienia ważnych powodów. Za ważne powody uzasadniające wypowiedzenie Zamówienia lub Wdrożenia uznawane są, w szczególności okoliczności wymienione w pkt 25.5 Umowy, jak również:

(i) opóźnienie Wykonawcy z przyczyn leżących po jego stronie, w zakończeniu wykonywania Zamówienia, w stosunku do Harmonogramu Zamówienia, lub Etapu Wdrożenia, w stosunku do Harmonogramu Wdrożenia, o co najmniej 5 Dni Roboczych po uprzednim wezwaniu Wykonawcy i wyznaczeniu mu w tym celu dodatkowego terminu nie krótszego niż 2 Dni

Izba w tym miejscu wskazuje, że argumentacja Odwołującego w zakresie podniesionego zarzutu odwołania nakierowana jest na przewidziane przez Zamawiającego w art. 13 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy i wprowadzone w punktach 13.6, 13.10 (ii) oraz w art. 26 punkt 26.4 oraz 26.12 określenie „opóźnienia". Odwołujący w podnoszonej argumentacji nie przedstawia uzasadnienia dla dalszej części zarzutu („oraz ukształtowanie kary umownej niezwiązanej z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonywaniem"). Koreluje również z tym wniosek jaki stawia w zakresie podnoszonego zarzutu żądając wykreślenia słowa „opóźnienie" i wpisania w to miejsce słowa „zwłoka".

W zakresie powyższego zarzutu odwołania w pierwszej kolejności należy wyjaśnić, czym jest opóźnienie, a czym zwłoka w wykonaniu zamówienia publicznego. Jak wskazano w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do ustawy Prawo zamówień Publicznych (Komentarz) w tym celu należy odwołać się do art. 476 KC, zgodnie z którym dłużnik dopuszcza się zwłoki, gdy nie spełnia świadczenia w terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczony, gdy nie spełnia świadczenia niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela. Nie dotyczy to wypadku, gdy opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A zatem zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Opóźnienie natomiast to każde niewykonanie zobowiązania w terminie. Przez zwłokę należy rozumieć zatem kwalifikowaną formę opóźnienia. Wykonawca, który nie wykonuje zobowiązania w terminie wyznaczonym w umowie w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność, pozostaje w zwłoce.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w przypadku punkcie 13 projektu umowy jedynie w 2 przypadkach określił kary umowne za opóźnienie, na co również sam Odwołujący wskazał w odwołaniu. Izba wskazuje, że choć art. 433 ustawy to katalog niedozwolonych postanowień, czyli takich, których projektowane przepisy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie mogą przewidywać, to jednak art. 433 pkt 1 ustawy nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza, że w sytuacjach uzasadnionych okolicznościami lub zakresem zamówienia Zamawiający będzie mógł zastrzec odpowiedzialność wykonawcy z tytułu

opóźnienia (Komentarz). Tym samym skoro komentowany przepis nie jest bezwzględnie obowiązującym to po stronie Zamawiającego krystalizuje się obowiązek wykazania, że projektowane postanowienia umowy przewidujące kary umowną /odpowiedzialność za opóźnienia są uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Zamawiający przedstawił pisemne stanowisko - Odpowiedź na odwołanie, gdzie przedstawił argumentację dotyczącą wprowadzenia w określonych postanowieniach umowy odpowiedzialności za opóźnienia. Zamawiający podał na wstępie, że ograniczył katalog kar umownych wyłącznie do kluczowych dla Zamawiającego obszarów oraz ukształtował je w taki sposób aby spełniały one przede wszystkim funkcję mobilizującą wykonawcę do wykonania zobowiązania prawidłowo i w terminie, a nie miały charakteru sankcyjnego. Zamawiający wyjaśnił również, że zasadą przyjętą w umowie jest odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie winy, a rozszerzenie tej odpowiedzialności ma charakter wyłącznie wyjątkowy (mowa jest o dwóch przypadkach), a wskazane w umowie okoliczności, w których odpowiedzialność wykonawcy uzależniona jest od opóźnienia dotyczą zdarzeń, które mają faktycznie kluczowe znaczenie dla Zamawiającego - Zamawiający argumentował również, że w tych właśnie przypadkach nie mogą być one oceniane przez pryzmat winy wykonawcy. Zgodnie z postanowieniami zawartymi w Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy Zamawiający karę umowną liczona z tytułu opóźnienia określił wyłącznie w następujących przypadkach tj. : w zakresie kar z tytułu opóźnienia w dostarczeniu Naprawy lub Neutralizacji Błędu oraz w zakresie kar z tytułu opóźnienia w udostępnieniu Personelu Wykonawcy. Wymaga wskazania również, że jak wyjaśniał Zamawiający Platforma Kanałów Elektronicznych będzie miał charakter systemu krytycznego, który musi być zbudowany w architekturze umożliwiającej zachowanie wysokiej dostępności i odpornej na awarię (zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia str. 58 rozdział 17).

Zamawiający argumentował, że dochowanie czasu naprawy systemu informatycznego istotnego dla prowadzenia działalności przez Zamawiającego (zwłaszcza, iż jest on kwalifikowany jako outsourcing funkcji krytycznej) ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie. Przedmiotowy system stanowiący przedmiot zamówienia obejmuje bankowość elektroniczną, z której operacyjnej części korzystają również klienci Zamawiającego. Określenie stosownych parametrów dostępności oraz naprawy jest w tego typu umowach kwestią zasadniczą. W konsekwencji zabezpieczenie ich dochowania przez wykonawcę przez umiejętnie określony katalog kar umownych ma decydujące znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy. Zamawiający wskazał również na wydane przez Komisję Nadzoru Finansowego w Rekomendacji D zalecenia określają co powinny zawierać umowy z dostawcami zewnętrznymi usług, w szczególności umowy powinny określać parametry dotyczące jakości świadczonych usług oraz sposoby ich monitorowania i egzekwowania, a także zasady i tryb obsługi zgłoszeń dotyczących problemów w zakresie świadczonych usług oraz zapewniać zgodność z regulacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi oraz przyjętymi w banku standardami - Zamawiający musi określić w umowie stosowny poziom usług serwisowych, w tym w szczególności zagwarantowane czasy Naprawy lub Neutralizacji Błędu umożliwiającego przywrócenie możliwości korzystania z funkcjonalności objętych Awarią.

Zamawiający wyjaśnił również, że usługi serwisu systemu są przez wykonawcę świadczone nie na zasadach „zwykłej" gwarancji, ale za odrębnym wynagrodzeniem określonym w Załączniku nr 2 do Umowy na dostawę, wdrożenie, integrację, rozwój i utrzymanie systemu Platforma Kanałów Elektronicznych - Usługi Zapewnienia Jakości. Wskazany załącznik stanowi de facto umowę określaną jako Service Level Agreement (SLA), na podstawie której wykonawca zobowiązuje się do świadczenia określonych usług zapewnienia jakości wdrożonego przez siebie rozwiązania informatycznego. Zamawiający wyjaśniał również, że z punktu widzenia Zamawiającego pierwszorzędne znaczenie ma bowiem dostarczenie naprawy w uzgodnionym przez strony terminie. Wykonawca powinien z dochowaniem najwyższej zawodowej należytej staranności dołożyć celem usunięcia błędu w czasie określonym w umowie. Określenie tego terminu na zasadzie winy powodowałoby nieuzasadnioną wątpliwość w zakresie realnego czasu naprawy, na co Zamawiający nie może sobie pozwolić. Tego rodzaju odpowiedzialność wykonawcy oczywiście jest uwzględniana w cenie oferty, gdyż z tytułu świadczenia usług zapewnienia jakości wykonawcy przysługuje wyodrębnione wynagrodzenie.

Izba w tym miejscu wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie podjął polemiki z przedstawioną przez Zamawiającego argumentacją. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że treść tej argumentacji była znana Odwołującego, bowiem odniósł się do stwierdzenia Zamawiającego dotyczącego SLA, że „standardem rynkowym w umowach SLA jest określanie w przypadku przekroczenia czasu naprawy kar umownych na zasadach niezależnych od winy", twierdząc, że takie „nie jest odwzorowaniem rzeczywistości, takie realizacje są wręcz niemożliwe". W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia czy w ramach przedstawionej argumentacji Zamawiający dowiódł, że prawidłowo określił w postanowieniach umowy odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienia co jest uzasadnione

okolicznościami lub zakresem zamówienia poboczne znaczenie mają standardy rynkowe. Oczywiście maja one określone znaczenie związane chociażby z powtarzalnością ale nie wpływa to w ocenie Izby na ocenę ww. przesłanek w kontekście danego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz argumentacji Zamawiającego.

Zamawiający uzasadniał również, że w jego ocenie kluczowe dla prawidłowego wykonania umowy jest terminowe udostępnienie Personelu Wykonawcy w ramach Prac Rozwojowych i Administracji Systemu. Zamawiający podał, że nie jest bowiem uzasadnione aby brak odpowiedniego personelu był zależny od tego czy wykonawca ponosi za to odpowiedzialność, zwłaszcza iż wykonawca ma daleko posuniętą swobodę w zmianie osób wchodzących w skład personelu, a zmiana taka nie wymaga zgody Zamawiającego jedynie poinformowania go o tym fakcie. Zamawiający wskazał również w swojej argumentacji, że istotą zamówienia rozliczanego i wynagradzanego wg metody Time&Material jest kontraktowanie roboczogodzin bezpośredniej pracy Personelu Wykonawcy (w szczególności w zakresie prac Administracji Systemem) w związku z powyższym istotą zamówienia, które przewiduje udostępnienie w określonym terminie Personelu Wykonawcy jest zapewnienie gotowości do świadczenia usług przez te osoby w określonym czasie. Zamawiający wyjaśnił również, że charakter zamówienia wymaga, żeby osoby, które mają świadczyć usług były dostępne w określonym terminie gwarantowanym przez Wykonawcę. Skoro Zamawiający decyduje się na zakup takiej usługi to termin udostepnienia jest kluczowy. Zamawiający podał również, że mimo oparcia kary o opóźnienie, to określony poziom opóźnienia (w kontekście zamawianego rodzaju usług), stanowiący podstawę do naliczania kary, która może być naliczona dopiero wtedy, gdy opóźnienie wyniesie 1 dzień, co w praktyce przenosi faktycznie największe ryzyko na Zamawiającego. Zamawiający wskazał również, że procedura Zamówienia wymaga przedstawienia oferty, a wiec wykonawca ma wpływ zaproponowany na termin kiedy jest wstanie udostępnić Personel do realizacji zamówienia. Izba stwierdziła, że w zakresie tej argumentacji Zamawiającego uzasadniającej odpowiedzialność wykonawcy w oparciu o „opóźnienie" Odwołujący nie podjął żadnej polemiki.

Zamawiający w swoim stanowisku odniósł się również do zawartych w punkcie 26.4 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy postanowień i argumentował, że konstrukcja tego postanowienia jest, po pierwsze uzasadniona charakterem niedotrzymania terminu (etap w ramach wdrożenia systemu lub zamówienia), czyli kluczowego parametru dla dostarczenia systemu lub zamówienia, a po drugie (co Odwołujący pomija) termin ten został określony na bardzo korzystnym dla wykonawcy poziomie tj. 30 dni, z jednoczesnym zastrzeżeniem przy tym konieczności dodatkowego wezwania wykonawcy do wykonania odpowiednio wdrożenia lub zamówienia i wyznaczenia przy tym dodatkowego terminu nie krótszego niż 30 dni. W praktyce aby skorzystać ze wskazanej instytucji odstąpienia opóźnienie wykonawcy musi przekraczać 60 dni. W tym zakresie, Odwołujący kwestionując ukonstytuowanie odpowiedzialności wykonawcy za „opóźnienie" nie podjął w odwołaniu, jak również na rozprawie żadnej argumentacji odnoszącej się do przedstawionych postanowień umowy.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał w przedstawionej argumentacji, że wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy za „opóźnienie" wyartykułowane w punktach 13.6, 13.10 (ii) oraz 26.4 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy jest uzasadnione okolicznościami i zakresem tego zamówienia. Każda z tych wymienionych wyżej regulacji, jednostkowa w obliczu postanowień całej umowy, przybiera kluczowe znaczenie dla realizacji zamówienia jak również na etapie korzystania z nowego Systemu. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że wprowadzenie w powyżej wskazanych przypadkach, jednostkowych w zakresie przedmiotowych postanowień umowy, nie jest uzasadnione charakterem tego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, mając na uwadze kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego, Izba dokonuje oceny zasadności podnoszonej argumentacji przez strony. Wymaga podkreślić, że skoro od Zamawiającego oczekuje się dowiedzenia, uzasadnienia podstaw wprowadzenia do umowy odpowiedzialności wykonawcy za „opóźnienia", to po stronie Odwołującego krystalizuje się obowiązek odniesienia do takiej argumentacji Zamawiającego. Ustawodawca nie określił w jaki sposób i na jakim etapie postępowania Zamawiający ma dokonać tej argumentacji. Oznacza to, że w przypadku podniesienia zarzutów odwołania w tym zakresie, podnoszenie argumentacji w piśmie procesowym przez Zamawiającego stanowi uzasadnienie stanowiska, z którym polemikę w ramach podniesionych zarzutów prowadzić winien Odwołujący. Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach zarzutów dowołania dotyczących postanowień projektowanej umowy nie dochodzi do odwrócenia ciężaru dowodu, i nadal to po stronie Odwołującego pozostaje obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne.

W zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania, w odniesieniu do postawienia punktu 26.12 (i) Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy Zamawiający zawarł w piśmie procesowym stanowisko, uzasadniając wprowadzenie odpowiedzialności za opóźnienie w tym punkcie wyjaśniając, że Odwołujący pominął fakt, że umowa wskazuje, że opóźnienie wykonawcy w realizacji Zamówienia lub Etapu wdrożenia musi wynieść co najmniej 5 Dni Roboczych, a dodatkowo Zamawiający musi wyznaczyć wykonawcy dodatkowy termin nie krótszy niż 2 Dni Robocze. Zamawiający podał również, że w tym punkcie jest „wyraźnie mowa o opóźnieniu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (co trudno uznać za rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej)".

Tym samym w ocenie Izby - skoro zwłoka to niewykonanie przez dłużnika świadczenia w terminie w wyniku okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność - to „opóźnienie wykonawcy z przyczyn leżących po jego stronie", nie stanowi „opóźnienia" w znaczeniu jakie stara nadać mu Odwołujący, bowiem jednoznacznie Zamawiający definiuje tu, że chodzi o odpowiedzialność z winy wykonawcy.

W ocenie Izby - mając na uwadze treść punktu 26.12 - nie sposób uznać, że postanowienie zawarte w punkcie 26.12 (i) Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy jest niezgodne z art. 433 pkt 1 ustawy.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że projektowane w postanowieniach umowy kary naliczane będą za zachowania wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jego prawidłowym wykonaniem (art. 433 pkt 2 ustawy). W tym zakresie, jak Izba wskazała na wstępie rozpoznania tego zarzut brak jest jakiejkolwiek argumentacji faktycznej. Odwołanie się do przepisu art. 473 § 1 KC i w zasadzie jego przytoczenie nie wyjaśnia i nie uzasadnia podnoszonego przez Odwołującego braku wskazania przez Zamawiającego „oznaczonych okoliczności". Powyżej przedstawione stanowisko Izby oraz stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, jak również poczynione powyżej ustalenia stanu faktycznego, pozwalają w ocenie Izby na stwierdzenie, że Zamawiający podał określone okoliczności jakie będą podstawą odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienia, natomiast Odwołujący w żaden sposób do tego nie referował. Tym samym zarzut ten w tej części przybrał postać zarzut określanego w orzecznictwie Izby jako zarzut blankietowy czy też kadłubowy, co oznacza zarzut bez żadnego pokrycia w argumentacji faktycznej lub z ogólną argumentacją dającą się przypisać do każdego stanu faktycznego i nie związaną z okolicznościami faktycznymi danej sprawy odwoławczej.

W zakresie zarzutu (3 - według numeracji z uzasadnienia odwołania) naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy związku z art. 470 i 474 §1 Kodeksu Cywilnego przez wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy w dowolnym zakresie bez zaistnienia okoliczności zawinionych przez wykonawcę - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 8 ust. 1 ustawy - Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

- art. 433 pkt 4 ustawy - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

- art. 470 Kodeksu Cywilnego - Ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela do zwrotu dłużnikowi kosztów złożenia.

- art. 474 Kodeksu Cywilnego - Dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonywa przedstawiciel ustawowy dłużnika.

Podobnie jak w przypadku zarzutu 2, podniesione w zarzucie naruszenia art. 470 i 474 §1

Kodeksu Cywilnego (dalej: KC) nie sposób związać z podnoszonym naruszeniami art. 433 pkt 4 ustawy, bowiem po pierwsze w Kodeksie Cywilnym nie istnieje regulacja prawna art. 474 § 1. Regulacja art. 470 KC dotyczy - Ważne złożenie do depozytu sądowego ma takie same skutki jak spełnienie świadczenia i zobowiązuje wierzyciela do zwrotu dłużnikowi kosztów złożenia.

W ramach tego zarzutu ustalono:

Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy:

26.8 BGK ma prawo do odstąpienia w całości lub w części od Zamówienia (umowne prawo odstąpienia) bez podania jakiejkolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonał przedmiot Odbioru należycie.

26.9 W wypadku skorzystania przez BGK z prawa odstąpienia, o którym mowa w punkcie

26.8:

(i) Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia za prace wykonane do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu oraz 20% wynagrodzenia na prace pozostałe do wykonania;

(ii) z chwilą złożenia oświadczenia o odstąpieniu BGK nabędzie prawa do wszelkich prac Wykonawcy dostarczonych do dnia odstąpienia od Zamówienia, a w szczególności nabędzie licencje do korzystania z Utworów na zasadach opisanych Umową lub Zamówieniem - jeśli wskazywały to szczególne warunki licencji oraz stosowny Załącznik nr 4 - Własność

intelektualna.

Punkt 1 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy; Definicje podpunkt

1.1 Zamówienie -

Zlecenie realizacji Prac Rozwojowych lub Usług Administracji

Systemem zawarte pomiędzy BGK i Wykonawcą zgodnie

odpowiednio z pkt 5.4 - 5.5 Umowy i pkt 6.4 - 6.8 Umowy.

Zamówienie podlega Odbiorowi.

Punkt 5 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy

5 USŁUGI ADMINISTRACJI SYSTEMEM

5.1 W ramach Umowy, BGK może również, zależnie od aktualnych potrzeb, zamawiać u Wykonawcy wykonanie Usług Administracji Systemem.

Punkt 6 Załącznika nr 2 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy

6 PRACE ROZWOJOWE

6.1 W ramach Umowy, BGK ma prawo zamawiać, zależnie od aktualnych potrzeb, Prace Rozwojowe. Prace Rozwojowe dotyczą modyfikacji i rozbudowy Systemu.

Zgodnie z SWZ II. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (OPZ) punkt 2 - Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte prawem opcji. (...)

Zamówienie w ramach prawa opcji (Opcja) obejmuje:

1. Świadczenie Prac Rozwojowych i Usług Administracji Systemem w stosunku do dostarczonego Systemu jako opcja zakupu do 2500 (słownie: dwa tysiące pięćset) dni roboczych (MD) pracy pracowników Wykonawcy w zakresie realizacji Prac Rozwojowych (w tym w szczególności prac programistycznych) oraz Usług Administracji Systemem. Płatność za poszczególne prace będzie dokonywana po odbiorze zamówionych prac w wysokości,

która została uzgodniona przez Strony i zaakceptowana przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez Zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Izba podkreśla w tym miejscu, że ta regulacja prawna nie znajduje żadnych wyjątków. Z przepisu wynika jednoznacznie, że możliwe jest przewidzenia w projektowanych postanowieniach umowy możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przy jednoczesnym podaniu minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Powyższa regulacja prawna pozwala na stwierdzenie, że obowiązkiem Zamawiającego jest zdefiniowanie minimalnego zakresu świadczenia na podstawie zawartej umowy, gwarantujące wykonawcy związane z tym zakresem umowy wynagrodzenie. W Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych podano, że za niedozwoloną praktykę należy uznać projektowane postanowienie umowy, które przewiduje możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o ograniczeniu zakresu świadczenia w trakcie realizacji zamówienia, jeśli w umowie nie jest wskazana minimalna gwarantowana wielkość lub wartość świadczenia stron.

Niemniej, wyżej prezentowane stanowisko jak i regulacja prawna ma zastosowanie do zamówienia podstawowego. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej, w zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący kwestionuje postanowienia dotyczące zastrzeżonego prawa opcji, co jednoznacznie wskazał w dokumentacji postępowania Zamawiający. Odwołujący w zupełności pomija tą okoliczność, czy to świadomie czy też na skutek braku dostrzeżenia, że wskazane usługi realizowane będą w ramach prawa opcji nie sposób stwierdzić na tym etapie postępowania. Niemniej okoliczność tak powoduje, że zarzut odwołania jest zupełnie bezzasadny i podobnie jak w przypadku zarzutu 1 zbudowany został w oparciu o błędnie ustalony stan faktyczny.

W zakresie zarzutów (4 i 5 - według numeracji z uzasadnienia odwołania) art. 99 w związku art. 16 ustawy przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz z naruszeniem zasady przejrzystości i zachowania uczciwej konkurencji - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- Art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.,

- art. 99 ustawy

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

4. 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 doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub

pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny".

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

W zakresie zarzutu 4:

Izba ustaliła:

Załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia

5. Wymagania w zakresie przeniesienia danych do Systemu BE

Bank oczekuje wykonanie przeniesienia danych z obecnego systemu bankowości elektronicznej do Systemu. Przeniesienie danych musi zostać wykonane przed produkcyjnym uruchomieniem Systemu i udostępnieniu go Klientom, Użytkownikom i Pracownikom.

Przeniesieniu będą podlegały m.in.:

1. dane Klientów i Użytkowników;

2. sposób logowania Użytkowników do BE;

3. Narzędzia do autoryzacji i ich parametryzacja dla Użytkowników i Klientów;

4. parametryzacja uprawnień, grup i schematów akceptacji Użytkowników w kontekście Klientów;

5. parametryzacja produktów (np. mapowanie typów rachunków na formularze, parametry obsługi gotówkowej, w tym pośredników i ustawień Klientów);

6. konfiguracja uprawnień i dostępów Pracowników do SA;

7. ustawień, które mają wpływ na działanie Systemu takich jak:

a. polityki bezpieczeństwa;

b. czas sesji Użytkownika w BE i Pracownika w SA;

c. adresy IP Użytkowników i Klientów;

d. godziny cut-off time dla poszczególnych typów Dyspozycji;

Przenoszone dane będą pochodziły tylko z obecnego systemu bankowości elektronicznej bgk24. Na potrzeby przeniesienia danych, Wykonawcy zostanie udostępniona dokumentacja (w tym dokumentacja bazy danych), środowisko testowe oraz wiedza Pracowników na temat obecnego systemu. Dodatkowo przed uruchomieniem produkcyjnym Systemu wymagane jest zasilenie Systemu danymi (np. historia operacji), które będą dostępne dla Użytkowników w trakcie niedostępności systemów Banku.

Bank nie oczekuje przeniesienia danych z obecnego systemu takich jak:

1. listy Dyspozycji;

2. listy zdarzeń tj. czynności wykonywanych przez Użytkowników i Pracowników.

Bank oczekuje, że zamiana systemów przebiegnie płynnie i w możliwie najmniej uciążliwy sposób dla Klientów, Użytkowników i Pracowników:

1. logowanie do nowego systemu musi się odbyć przy pomocy danych dostępowych z obecnego systemu bankowości elektronicznej (login i hasło, Narzędzie do autoryzacji) i musi być wymagane ustawienie nowego hasła;

2. autoryzacja operacji musi być możliwa przy wykorzystaniu tych samych Narzędzi do autoryzacji co w obecnym systemie bankowości elektronicznej (nie dotyczy tokenów mobilnych);

3. proces zamiany systemów musi być dla Klientów i Użytkowników intuicyjny i w pełni zautomatyzowany, bez udziału Pracowników.

Załącznik nr 16 do Umowy na dostawę, wdrożenie, integrację, rozwój i utrzymanie systemu Platforma Kanałów Elektronicznych - Wdrożenie 2.1 Etap 1 - Analiza
W ramach realizacji Etapu, Wykonawca przygotuje i uzgodni z Zamawiającym:

(.)

2.1.3 Szczegółowy Plan w zakresie przeniesienia danych do Systemu BE (w tym przygotowania narzędzi do tego przeniesienia dany z systemów źródłowych Zamawiającego lub prostych ekstraktów z tych systemów).

Punkt 2 - Harmonogram Wdrożenia:

- (tabela, Etap I Analiza druga kolumna pkt 3) - Szczegółowy Plan Zasilenia Systemu BE danymi Klientów oraz specyfikacja narzędzi do wykonania przeniesienia tych danych z obecnego systemu bgk24"

- (tabela, Etap III Wdrożenie produkcyjne Systemu BE i całej Platformy Kanałów Elektronicznych (.) druga kolumna pkt 6) - Narzędzia do zasilania Systemu BE danymi Klientów,

- tabela, Etap III Wdrożenie produkcyjne Systemu BE i całej Platformy Kanałów Elektronicznych (.) druga pierwsza pkt 10) - Wsparcie w Zasileniu Systemu BE danymi Klientów.

Pkt 2.2.12 - Udzieli wsparcia w trakcie produkcyjnego przeniesienia danych z obecnego systemu bankowości elektronicznej do Systemu.

Izba w przedmiotowym zakresie uwzględniła stanowisku prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym, gdzie wyjaśnia Zamawiający między innymi fakt, że zgodnie z Załącznikiem nr 16 do Umowy Szczegółowy Plan Zasilenia Systemu BE danymi Klientów oraz specyfikacja narzędzi do wykonania przeniesienia tych danych z obecnego systemu bgk24 są produktem Etapu 1, natomiast Wdrożenia są produktem Etapu 3. Zamawiający wyjaśnił również, że oczekuje dostarczenia rozwiązania technicznego, które umożliwi przeniesienie danych z jednego systemu do drugiego. Zmawiający nie przesądził także o sposobie przeniesienia tych danych, w szczególności powołując się na treść Załącznika nr 16 do Umowy, gdzie opisując zadania Etapu 2 określiliśmy iż „W ramach realizacji Etapu, Wykonawca przygotuje i uzgodni z Zamawiającym:" (pkt 2.1.3) „Szczegółowy Plan w zakresie przeniesienia danych do Systemu BE (w tym przygotowania narzędzi do tego przeniesienia danych z systemów źródłowych Zamawiającego lub prostych ekstraktów z tych systemów)." Zamawiający wskazał również, że w zakresie wdrożenia produkcyjnego przeniesienia danych produkcyjnych do nowego Systemu będzie dokonywał Zamawiający - zgodnie z Załącznikiem 16 do Umowy w ramach prac w Etapie 3 wymagane jest wsparcie w Zasileniu Systemu BE danymi Klientów oraz udzielenie wsparcia w trakcie produkcyjnego przeniesienia danych z obecnego systemu bankowości elektronicznej do Systemu.

Słusznie w ocenie Izby Zamawiający wskazał, że wyraźnie oczekuję, iż „System BE zastąpi obecnie używany system bgk24, eliminując występujące obecnie braki funkcjonalne i ograniczenia możliwości rozwoju, wysokie koszty utrzymania i rozwoju, niewspierane technologie, których wymiana obecnie wiąże się ze znaczną przebudową systemu i znacznymi nakładami finansowymi oraz ograniczenia w zakresie możliwości dalszego zwiększenia obciążania systemu przy zachowaniu wymagań wydajnościowych Zamawiającego, których realizacja wiąże się ze znaczną przebudową systemu i znacznymi nakładami finansowymi (punkt 4 SWZ).

Izba dostrzegła również okoliczność podnoszoną przez Zamawiającego, że nie można wykluczyć, że różne oferowane rozwiązania będą miały strukturę danych mniej lub bardziej zbliżoną do obecnego systemu bgk24 i w związku z tym może być różny nakład pracy związany z przeniesieniem danych do tego systemu, ale nie wynika to z preferencji przez Zamawiającego określonego rozwiązania, ale faktycznej konieczności przeniesienia danych do nowego Systemu. Słusznie również dostrzegł Zamawiający, że doświadczenie i wiedza potencjalnego wykonawcy nie mogą go dyskryminować z kolejnych postępowań.

Odwołujący w zupełności pomija powyższe regulacje zawarte w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, skupiając jedynie swoją uwagę na fragmentarycznie podanych informacjach w punkcie 5 Załącznika nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający, w tak ukształtowanych wymaganiach wskazał, że przeniesieniu będą podlegały wyłącznie dane z obecnego systemu bgk24, w szczególności zakres migrowanych danych zależy od potrzeb i możliwości zaoferowanego rozwiązania, określił które dane powinny zostać przeniesione, a przeniesienia których nie oczekuje; podał również, że oczekuje dostarczenia narzędzi, które będą służyły po przeniesienia danych (czy to bezpośrednio z bazy danych czy z przygotowanych ekstraktów), które z zostaną dostarczone po przeprowadzeniu Analizy w ramach Etapu I Wdrożenia; natomiast w zakresie produkcyjnego przeniesienia danych Zmawiający oczkuje wsparcia w trakcie produkcyjnego przeniesienia danych z obecnego systemu bankowości elektronicznej do Systemu, a samo przeniesienie będzie realizował Zamawiający.

W ocenie Izby podane przez Zamawiającego informacje pozwalają na wycenę migracji danych w ramach składanej oferty. Wymaga bowiem podkreślenia, że szczegółowa wiedza w zakresie migrowania danych zależna jest od możliwości oferowanego systemu, a w tym zakresie wiedza pozostaję po stronie wykonawcy. Nadmienić należy, że poszczególne Etapy realizacji zamówienia przewidują uzgadnianie z Zamawiającym i przygotowywanie narzędzi do migracji danych przy uwzględnieniu proponowanych rozwiązań nowego systemu.

Izba dostrzegła, że wniosek Odwołującego w zakresie w jakim dotyczy przenoszenia danych tylko z obecnego systemu bankowości elektronicznej bgk24 znajduje odzwierciedlenie w punkcie 5 Załącznik nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia. Tak samo w zakresie udostępnienia ekstraktów danych z obecnego rozwiązania w postaci plików migracyjnych na etapie projektowania zostaną udostępnione wykonawcy na etapie projektowania co wynika z powyżej wskazanej dokumentacji technicznej.

W zakresie zarzutu 5:

Izba ustaliła:

W Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu Zamówienia:

- w punkcie 4.3 Podstawowe wymagania funkcjonalne: WP.001 - Ponadto System BE powinien zapewnić obsługę przynajmniej 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek, które przestały występować w ww. rankingach (na dzień dzisiejszy są to Firefox w wersji 78, IE 11, Chrome w wersji 90.

- w punkcie 11 Wymagania w zakresie technologii: WT.001 - „W dostarczonym Systemie muszą zostać zastosowane rozwiązania i technologie, dla których nie został ogłoszony przez ich producenta koniec wsparcia, koniec działania lub termin wycofania oraz nie są rozwiązaniami informatycznymi, których rozwój zaprzestano lub planuje się jego zaprzestanie w ciągu 5 lat od ogłoszenia postępowania przetargowego”.

Odwołujący argumentował, że przeglądarka Internetowa Explorer w wersji IE11 traci wsparcie producenta w dniu 15 czerwca 2022 roku, jednakże w żaden sposób tego nie wykazał w trakcie rozprawy. Podanie jedynie adresu strony internetowej nie stanowi dowodu w sprawie jaki miałby potwierdzać stanowisko prezentowane przez Odwołującego, a w oparciu o które to stanowisko zbudowana jest argumentacja w tym zarzucie.

Zamawiający natomiast podkreślał w swoim stanowisku, że klienci Banku używają tej przeglądarki i na dzień dzisiejszy jest ona przeglądarką wspieraną przez producenta. Zamawiający wyjaśnił również, że to wymaganie podyktowane jest specyfiką działalności Zamawiającego, który nie tylko świadczy usługi i może swobodnie kształtować ich warunki, ale również na mocy prawa jest zobligowany do zapewnienia obsługi różnych podmiotów, które nie zawsze godzą się lub są wstanie zapewnić stosowanie najbardziej aktualne rozwiązania techniczne. Zamawiający wyjaśnił również, że po analizie tego stanu oczekuje, że System w zakresie obsługi przeglądarek zapewni obsługę przeglądarek, z których faktycznie korzystają Klienci. Zamawiający podał także, ze System jest rozwijany w zakresie nowych wersji przeglądarek, a wymaganie to de facto stanowi, iż oprócz obsługi nowej wersji należy zachować możliwość obsługi we wskazanych 3 najbardziej popularnych przeglądarkach, z których korzystają Klienci Zamawiającego, czyli wymaganie de facto

dotyczy takiej implementacji obsługi nowej przeglądarki, aby „nie zepsuć” dotychczasowej obsługi. Zapisane w wymaganiu rodzaje i wersje przeglądarek są faktycznie 3 najbardziej

popularnymi przeglądarkami, z których korzystają aktualnie Klienci Zamawiającego. Zamawiający argumentował, że nie może usunąć z zestawienia jednej z trzech najczęściej używanej przez Klientów przeglądarki - IE11.

W ocenie Izby stanowisko prezentowane przez Zamawiającego jest zasadne. Podkreślić należy, że postanowienia WP.001 w rozdziale 4.3 Podstawowe wymagania funkcjonalne w Załączniku nr 1 do SWZ - opis przedmiotu zamówienia zacytowane zostały przez Odwołującego w sposób wybiórczy. Zamawiający w treści wskazał bowiem, że w ramach Usług Zapewnienia Jakości System musi być dostosowany do obsługi przez nowe wersje lub nowe rodzaje wiodących przeglądarek, za które uznane są te przeglądarki, które w okresie obowiązywania umowy znajdą się w TOP 5 wg rankingów (...). Jednocześnie ponadto System BE powinien zapewnić obsługę przynajmniej 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek, które przestały występować w ww. rankingach (na dzień dzisiejszy są to Firefox w wersji 78, IE 11, Chrome w wersji 90.

W ocenie Izby zapewnienie przez System BE obsługi 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek jest wymaganiem, które zostało jednoznacznie wskazane i nie jest ograniczone faktem ogłoszenia przez ich producenta końca wsparcia, końca działania lub terminu wycofania. Takie zapewnienie obsługi przez System 3 najbardziej popularnych wśród Klientów Zamawiającego przeglądarek, które przestały występować w ww. rankingach na dzień dzisiejszy - Firefox w wersji 78, IE 11, Chrome w wersji 90 pozwala na płynną obsługę klientów Banku. Natomiast w sytuacji, gdy wsparcie producenta dla tych przeglądarek ustanie, niewątpliwie właściwym będzie zaprzestanie możliwości korzystania przez System z tych narzędzi.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....