Sygnatura akt: KIO 2189/25

WYROK
Z 4 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:J.G.
Członkowie: Beata Konik
Małgorzata Jodłowska
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 maja 2025 r. przez wykonawcę:

Axians IT Services Poland sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000029743)ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Bankowy Fundusz Gwarancyjny Warszawa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy:

Comarch Polska S.A. Kraków (KRS: 0000307263)

orzeka:

Umarza odwołanie w zakresie zarzutów opisanych w punkcie 3.2 lit. a), b), c), f), h) i) odwołania;

Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 3.2. lit. d) odwołania i nakazuje zamawiającemu usunąć z warunków zamówienia wymóg posiadania przez wykonawcę w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego statusu autoryzowanego partnera Comarch S.A.;

Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża po połowie odwołującego i zamawiającego:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;

4.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 9 300 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca:……

Członkowie: .....
.....

U z a s a d n i e n i e

Bankowy Fundusz Gwarancyjny (ul. ks. Ignacego Jana Skorupki 4 00-546 Warszawa) (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2024r. poz. 1320) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup usługi utrzymania i rozwoju Zintegrowanej Platformy Analitycznej Klasy Business Intelligence (ZIPLA) wraz ze świadczeniem innych usług oraz dostaw", nr postępowania: DAZ/ZP/3/2025, ogłoszenie o zamówieniu w Dz.U. UE z 20 maja 2025 r., pod numerem 322945-2025 (dalej Postępowanie). Zasady, warunki i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

30 maja 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca Axians IT Services Poland sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000029743) (dalej odwołujący). Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1, 4, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieproporcjonalny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Po udostępnieniu przez zamawiającego kopii odwołania, 30 maja 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budimpol Sp. z o.o. Warszawa (KRS: 0000123720) (dalej przystępujący). Izba uznała przystąpienie za skuteczne wobec wypełnienia przesłanek art. 525 Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści dokumentacji zamówienia:

a)zmianę treści rozdziału II ust. 14 SWZ oraz § 8 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ - Projekt Umowy poprzez dopuszczenie możliwości powierzenia podwykonawcom realizacji Usługi Utrzymania, Fazy Przygotowawczej oraz Usługi Exit Planu (ust. IV uzasadnienia odwołania);

b)usunięcie wymogu posiadania przez personel wykonawcy określony w rozdziale II ust. 2.2 SWZ wskazanych tam certyfikatów, w tym w szczególności certyfikatu związanego z aplikacją Comarch Data Editor, ewentualnie zmianę treści rozdziału II ust. 2.2 SWZ poprzez wskazanie, że Zamawiający wymaga, by wymienione tam certyfikaty były posiadane przez zespół, a nie każdego z członków personelu (ust. V uzasadnienia odwołania);

c)usunięcie wymogu posiadania wyższego wykształcenia przez członków personelu wskazanych w rozdziale II ust 2.2 SWZ (ust. VI uzasadnienia odwołania);

d)usunięcie wymogu posiadania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum (ust. VII uzasadnienia odwołania);

e)wydzielenia z przedmiotu zamówienia wszelkiego oprogramowania Comarch S.A., do którego prawa autorskie lub / oraz kody źródłowe posiada Comarch S.A. lub jego spółki zależne (w szczególności oprogramowania wskazanego w treści uzasadnienia odwołania) lub zapewnienia przez Zamawiającego zakupu tego oprogramowania i pozostawienia po stronie wykonawcy jego wdrożenia lub zapewnienie możliwości zastąpienia wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania Comarch S.A., do którego wymaga oprogramowania - rozwiązaniem równoważnym (ust. VII uzasadnienia odwołania);

f)zmianę treści §22 PPU poprzez wskazanie, by licencje (sublicencje) / subskrypcje na Oprogramowanie Standardowe było udzielane zgodnie z zasadami licencyjnymi producentów tego oprogramowania, a nadto zdefiniowanie okresu, na jaki mają zostać zaoferowane subskrypcje, w przypadku odstąpienia od rozwiązania opartego na bezterminowej licencji (ust. VIII uzasadnienia odwołania);

g)dopuszczenie możliwości realizacji zamówienia przez osoby nieposługujące się językiem polskim, dla których wykonawca zapewni tłumacza (ust. IX uzasadnienia odwołania);

h)obniżenie łącznej wysokości kar umownych wskazanej w §30 ust. 19 PPU do 30% łącznej wartości zamówienia podstawowego brutto, określonej w §13 ust. 2 PPU (ust. X uzasadnienia odwołania);

BDQ

i)dostosowanie treści §31 ust. 5 PPU do charakteru usługi świadczonej w sposób ciągły (ust. XI uzasadnienia odwołania).

Odwołujący w zakresie zarzutów w uzasadnieniu odwołania część:

IV [zakaz podwykonawstwa] – zarzut 3.2. lit. a)

Wskazywał, że w rozdziale II ust. 14 SWZ oraz § 8 ust. 1 załącznika nr 2 do SWZ - Projekt Umowy (dalej: PPU zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań tj. Usługi Utrzymania oraz ściśle z nią powiązanych realizacji Fazy Przygotowawczej (przygotowanie od wejścia w życie umowy do rozpoczęcia rzeczywistego świadczenia usług utrzymaniowo- rozwojowych) oraz Usługi Exit Planu i wnosił o „dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości powierzenia realizacji Usługi Utrzymania i ściśle z nią połączonych realizacji Fazy Przygotowawczej oraz Usługi Exit Plan podwykonawcom."

V [certyfikaty] -zarzut 3.2. lit. b)

Wskazywał, że W rozdziale II ust. 2.2 lit. a) - e) SWZ zamawiający określił wymagania wobec członków wymaganego personelu wymagając, by każda z minimum dwóch osób delegowana do ról analityka biznesowego, architekta hurtowni danych oraz programisty posiadała certyfikaty lub certyfikaty IBM wystawione w zakresie znajomości każdego ze wskazanych poniżej narzędzi oraz aplikacji:

- IBM Information Server,
- IBM DataStage,
- IBM Cognos Analytics,
- Comarch Data Editor (co wydaje się dodane omyłkowo, gdyż nie dotyczy to narzędzi ani aplikacji IBM, które posiada Zamawiający),
- InfoSphere Optim Test Data Managment Solution,
- IBM Business Automation Workflow,
- IBM Db2 Warehouse

Tester ma posiadać certyfikat co najmniej ISTQB lub równoważny, a administrator systemowy - certyfikat IBM w zakresie znajomości IBM Db2 Warehouse.

Wskazywał, że „wymaganie certyfikatów w zakresie kompetencji, które i tak będą weryfikowane przez Zamawiającego w

drodze egzaminu, stanowi jedynie nieproporcjonalny warunek, który utrudnia uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy dysponują kadrą, która posiada wymagane kompetencje, co zostanie potwierdzone przewidzianym przez Zamawiającego egzaminem, a nie w drodze kosztownych certyfikatów. Dodatkowo należy podkreślić, że Zamawiający może tak wykreować warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia personelu, aby obejmował on utrzymanie systemów o podobnej klasie czy wartości co ten w niniejszym postępowaniu, zamiast wymogu posiadania nadmiernej liczby certyfikatów. Ewentualnie, gdyby uznać, że wymóg certyfikatów nie jest nadmiernym i nieproporcjonalnym do obiektywnych potrzeb Zamawiającego, to Odwołujący wnosi, by wymóg ten został zmieniony w ten sposób, że wykonawca zapewni, by weryfikowano czy każdy z certyfikatów jest posiadany przez zespół a nie przez wszystkich poszczególnych członków personelu. Po to zamówienie jest realizowane przez zespół, by ten wymieniał się swoim doświadczeniem, umiejętnościami. Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, by każdy członek personelu posiadał potwierdzenie w postaci certyfikatu dla każdego narzędzia i każdej aplikacji. Wystarczającym jest, by takie certyfikaty posiadał zespół oddelegowany przez wykonawcę do realizacji zamówienia."

VI [wykształcenie] – zarzut 3.2. lit. c)

Wskazywał, że w rozdziale II ust. 2.2 SWZ w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający określił kadrę, którą musi dysponować wykonawca. W lit. a) - e) zostały wskazane wymagania dotyczące poszczególnych członków personelu. Dla każdego z nich Zamawiający wymaga wyższego wykształcenia - czasami po prostu wyższego, czasami informatycznego, a czasami informatycznego lub pokrewnego. Jest to wymóg nieuzasadniony obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

VII [Comarch - vendor-lock-in] – zarzut 3.2. lit. d) oraz e)

Wskazywał, że: „

35. Elementem Systemu, z którego korzysta Zamawiający jest platforma Comarch BI, a także aplikacje Comarch Data Editor oraz Comarch sPrint. W związku z tym Zamawiający w niniejszym postępowaniu nakazuje wykonawcom dostarczanie oprogramowania lub wsparcia dla oprogramowania pochodzącego od Comarch S.A. - m.in.:

- wskazany w §16 ust. 1 pkt. 10-12 PPU - Comarch BI, Comarch Data Editor Authorized User License oraz Comarch sPrint Authorized User License,
- wskazany w §17 ust. 1 pkt. 5-6 PPU Comarch Data Editor Authorized User License oraz Comarch sPrint Authorized User License
- załącznik 11 do PPU - Comarch BI.

36. Ponadto Zamawiający wymaga, by przez cały okres realizacji Umowy wykonawca posiadał status autoryzowanego partnera Comarch S.A. (§11 ust. 4 PPU): 4. W celu świadczenia Usługi Wsparcia do licencji wchodzących w skład Oprogramowania Comarch BI, w szczególności Comarch Data Editor Authorized User oraz Comarch sPrint Authorized User, Wykonawca przez cały okres obowiązywania Umowy jest zobowiązany posiadać status Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum, niezbędny do zapewnienia serwisu ze strony producenta firmy Comarch S.A. odnoszącego się do oprogramowania wykorzystywanego przez BFG, dla którego BFG nie posiada kodów źródłowych.

37. Powyższe uzależnienie od Comarch S.A. jest wynikiem poprzedniego postępowania na zaprojektowanie, wdrożenie, utrzymanie i rozwój Systemu, które wykonał Comarch Polska S.A. bazując na zasobach Comarch S.A.

38. Obecnie Zamawiający powyższymi postanowieniami powoduje, że Comarch S.A., który z pewnością jest zainteresowany realizacją niniejszego zamówienia (bądź samodzielnie bądź przez spółkę zależną) będzie decydował czy i jaki inny wykonawca będzie mógł złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu i na jakich warunkach. To Comarch S.A. decyduje kto i na jakich warunkach posiada jego status autoryzowanego partnera oraz na jakich warunkach sprzeda wymagane przez Zamawiającego oprogramowania. Stanowi to rażące naruszenie podstawowych zasad Pzp. Takie postanowienia znacząco utrudniają lub nawet eliminują innych wykonawców niż Comarch S.A. z postępowania.

39. Należy zwrócić uwagę, że BFG sam oświadczył, że nie posiada kodów źródłowych do oprogramowania Comarch S.A., z którego korzysta, zmuszając wykonawców niejako do uzyskania pozwolenia tej spółki do wzięcia udziału w postępowaniu.

40. Co istotne, Zamawiający mając świadomość takiej sytuacji - konieczności pozyskiwania licencji od spółki, która będzie się ubiegać o udzielenie tego zamówienia i konieczności posiadania statusu autoryzowanego partnera - całe ryzyko i ciężar możliwości realizacji umowy przerzucił na wykonawców. Zamawiający wie, że Comarch S.A. będzie mógł dyktować warunki w niniejszym postępowaniu i zamiast np. pozostawić po swojej stronie zakup tego oprogramowania (pozostawiając wdrożenie po stronie wykonawców), nabycia praw do modyfikacji kodów źródłowych czy zapewnienia możliwości zastosowania równoważnego rozwiązania, zdecydował się na takie postanowienia, które uderzają w podstawowe zasady konkurencyjnych trybów zamówieniowych - zasady uczciwej konkurencji czy równego traktowania wykonawców.

41. Wskazać w tym miejscu należy, że oprogramowanie to jest jedynie niewielką częścią Systemu i tym bardziej nie

można dopuścić do wystąpienia sytuacji vendor lock-in przy tak niewielkiej fragmencie zamówienia.
42. W związku z powyższym konieczne w tym zakresie są zmiany, o które Odwołujący wnosi w petitum odwołania.
43. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze na analogiczną sytuację w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie pn.*Rozwój, administrowanie, wsparcie użytkowników oraz świadczenie usług utrzymania i Helpdesk Informatycznego Systemu Osłony Kraju - ISOK*- numer postępowania KZGW/KIK/30/2024, gdzie sam Comarch Polska w uwzględnionym przez zamawiającego odwołaniu zwracał uwagę na sytuację tzw. vendor lock-in i niebezpieczeństwo postanowień, które powodowały, że o udziale w postępowaniu decydował jeden z wykonawców.
Dowód:*odwołanie Comarch Polska S.A.*
44. Po drugie, analogiczne sprawy były już rozpoznawane przez KIO i kończyły się nakazaniem zmiany postanowień dokumentacji w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (m.in. wyrok KIO z dnia 17.06.2019 r. KIO 984/19 czy wyrok z dnia 4.02.2022 r. KIO 3587/21 oraz KIO 3589/21)."

VIII [licencje i subskrypcje] – zarzut 3.2. lit. 1f)

Wskazywał, że, W §22 PPU zamawiający przewidział wymagania oraz pola eksploatacji dotyczące licencji (sublicencji) oraz subskrypcji udostępnianego przez wykonawcę w ramach umowy Oprogramowania Standardowego. „Znalazł się tam szereg postanowień - niektóre z nich standardowe jak chociażby instalowanie i deinstalowanie oprogramowania, ale także niestandardowe jak m.in. wprowadzanie zmian w Oprogramowaniu. Wskazać należy, że za kształt licencji odpowiada producent oprogramowania i w zdecydowanej większości przypadków kształt ten jest nienegocjowalny. Wykonawcy nie mają możliwości zmienić postanowień licencji - ta jest narzucana przez producenta. Jest to standard na rynku. (...) Mając to na uwadze Odwołujący wnosi, by licencje / subskrypcje na Oprogramowanie Standardowe było udzielane zgodnie z zasadami licencyjnymi producentów. Wykonawca nie ma możliwości kształtowania licencji i nie można mu narzucać wymagających tego zobowiązań. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający nie zdefiniował na jaki okres mają mu zostać zaoferowane subskrypcje, w przypadku, gdy wykonawca odstąpi od rozwiązania opartego na bezterminowej licencji. Okres trwania subskrypcji musi zostać jednoznacznie określony w celu prawidłowego skalkulowania oferty."

IX [biegła znajomość języka polskiego] – zarzut 3.2. lit. g)

Wykonawca wskazał, że:
„50. W rozdziale VII ust. 2.2 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące personelu, którym będzie dysponował wykonawca. Dla wszystkich członków personelu Zamawiający postawił wspólny wymóg biegłej znajomości języka polskiego:
UWAGA II: *Zamawiający wymaga, aby wszystkie ww. osoby' biegle posługiwały się językiem polskim.* W *przypadku wskazania przez Wykonawcę osób nieposiadających obywatelstwa polskiego, biegłe posługiwanie się językiem polskim uznane będzie przez posiadanie przez daną osobę certyfikatu potwierdzającego znajomość języka polskiego na poziomie C2 wydanego przez Państwową Komisję Poświadczającą Znajomość Języka Polskiego jak* Obcego *lub równoważnego certyfikatu.*
51. O ile zrozumiała może być chęć płynnego porozumiewania się Zamawiającego z personelem wykonawcy, tak przytoczone powyżej wymaganie jest sprzeczne z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej czy zasadą swobodnego przepływu osób i usług w Unii.
52. Zamawiający nie może ograniczyć wykonawcom (zwłaszcza przy zamówieniu takim jak obecne) możliwości komunikowania się z Zamawiającym z wykorzystaniem tłumacza (którego zapewni wykonawca). Ograniczenie możliwości realizacji zamówienia tylko przez osoby z polskim obywatelstwem lub ww. certyfikatem jest naruszeniem równego traktowania wykonawców oraz nieuzasadnionym ograniczeniem."

X [łączna wysokość kar umownych] – zarzut 3.2. lit. h)

Wskazywał, że W §30 ust. 19 PPU „Zamawiający „ograniczył" łączną wysokość naliczonych kar umownych do 100% łącznej wartości zamówienia podstawowego brutto (!) określonej w §13 ust. 2. Jest to rażąco wygórowana kara, która zupełnie odbiega od celu, dla którego zastrzegane są kary umowne, a nadto stanowi nadmierne i nieproporcjonalne obciążenie dla wykonawcy." Podkreślił ,że standardowa łączna wysokość kar umownych waha się od 10 do 30 % wynagrodzednia brutto wykonawcy a na dowód żądania zmniejszenia górnej granicy kar umownych przywołał orzeczenie izby w którym (...) „Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień specyfikacji warunków zamówienia (projektu umowy) poprzez obniżenie łącznej maksymalnej wartości kar umownych. Należy wskazać, że w praktyce udzielania zamówień publicznych wartość ta wynosi na ogół od 10% wynagrodzenia netto - 30% wynagrodzenia brutto wykonawcy***."*** Wskazał, że „W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że również w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych do pełnej wysokości szkody (§30 ust. 12 PPU). Tym bardziej więc uzasadniony jest wniosek o obniżenie łącznej wysokości kar umownych."

XI [odstąpienie od umowy] – zarzut 3.2. lit. i)

Wskazał, że w §31 PPU „Zamawiający umieścił postanowienia dotyczące odstąpienia / wypowiedzenia umowy. W ust. 5 wskazano: 5. Strony zgodnie oświadczają, że odstąpienie od Umowy przez Zamawiającego będzie miało co do zasady skutek ex nunc, co oznacza, że Umowa pozostanie w mocy pomiędzy Stronami w zakresie Usług zrealizowanych bez uwag do chwili odstąpienia od Umowy. Jednakże Zamawiający wykonując prawo odstąpienia w przypadkach, o których mowa w ust, 2, może postanowić, że odstąpienie będzie miało moc wsteczną w rozumieniu art. 395 § 2 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego (skutek ex tunc).” I wskazywał, że: ‘Zamawiający winien dostosować to postanowienie w taki sposób, by uwzględniało ono wykonane już usługi i usługi świadczone w charakterze ciągłym.”

Zamawiający pismem z 24 czerwca 2025 r. oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zakazu podwykonawstwa, certyfikatów, licencji oraz odstąpienia od umowy, wnosząc o jego oddalenie w pozostałym zakresie. Uwzględnione zostały zarzuty:

- zakazu podwykonawstwa 3.2. lit. a) – pkt IV uzasadnienia odwołania;
- certyfikatów 3.2. lit. b) – pkt V uzasadnienia odwołania;
- licencji i subskrypcji 3.2. lit. f) – pkt VIII uzasadnienia odwołania
- odstąpienia od umowy 3.2. lit. i) – pkt XI uzasadnienia odwołania

i wnosi o oddalenie zarzutu dotyczącego:

- wykształcenia 3.2. lit. c) – pkt VI uzasadnienia odwołania,
- Comarch vendor lock in 3.2. lit. d) oraz e) – pkt VII uzasadnienia odwołania
- biegłej znajomości języka polskiego 3.2. lit. g) – pkt IX uzasadnienia odwołania
- łącznej wysokości kar umownych 3.2. lit. h) – pkt X uzasadnienia odwołania.

Zamawiający przywołał zmodyfikowane treści SWZ, jakie zamierza wprowadzić wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. W zakresie zarzutu dotyczącej łącznej wysokości kar umownych 3.2. lit. h) zamawiający wskazał, że zamierza obniżyć łączną wysokość kar umownych ze 100 do 50% i także w tym przypadku przedstawił zmianę jaką zamierza wprowadzić do SWZ w tym zakresie.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Na posiedzeniu odwołujący cofnął zarzut dotyczący wykształcenia 3.2. lit. c) punkt VI uzasadnienia odwołania. Zamawiający oświadczył, że 30 czerwca 2025 r. zmienił SWZ w sposób zgodny z modyfikacjami, których treść przedstawił w odpowiedzi na odwołanie. Dodatkowo wyjaśnił, że intencją uwzględnienia zarzutu 3.2. lit. b) i dokonanej 30 czerwca 2025 r. zmiany SWZ w tym zakresie tj. załącznika nr 4 do SWZ uwaga III i Rozdziału VII ust 2 pkt 2.22 uwaga punkt 2. (którym nadano tożsame brzmienie: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że co najmniej 2 członków Zespołu Wykonawcy posiada certyfikaty, tj.: IBM wystawione w zakresie znajomości następujących narzędzi oraz aplikacji informatycznych: IBM Information Server, IBM DataStage, IBM Cognos Analytics, InfoSpher Optim Test Data Management Solution, IBM Business Automation Workflow, IBM Db2 oraz Comarch SA wystawione w zakresie znajomości Comarch Data Editor.")**jest wymóg, by dany certyfikat posiadało równolegle przynajmniej dwóch członków zespołu, co nie oznacza, że któryś członek zespołu posiadać musi wszystkie certyfikaty. Zamawiający oświadczył, że opisane wyżej wyjaśnienie treści wprowadzonej zmiany w SWZ przekaże w ramach Postępowania wszystkim wykonawcom.**

Odwołujący oświadczył, że opisane w odpowiedzi na odwołanie zmiany warunków zamówienia (SWZ),co do zarzutów 3.2. lit. a), b), f), i), do których wprowadzenia zobowiązał się zamawiający uwzględniając zarzuty, zostały wprowadzone 30 czerwca 2025 r., co czyni zadość uwzględnionym zarzutom odwołania. Odwołujący oświadczył, że także opisana w odpowiedzi na odwołanie i wprowadzona przez zamawiającego do SWZ 30 czerwca 2025 r. zmiana wysokości łącznej wysokości kar umownych czyni zadość zarzutowi odwołania dotyczącemu kar umownych 3.2. lit. h).

Izba ustaliła, mając na uwadze również zgodne oświadczenia stron, że zamawiający 30 czerwca 2025 r. wprowadził zmiany w zakresie warunków zamówienia kwestionowanych zarzutami 3.2. lit. a), b), f), h) i), których wprowadzenie satysfakcjonuje odwołującego, jako czyniące zadość zarzutom 3.2 lit. a), b), f), h), i) odwołania.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia w trybie art. 520 Ustawy o wycofaniu zarzutu dotyczącego wymogu wykształcenia (3.2. lit. c)) izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt. 1 Ustawy w tym zakresie.

Jednocześnie wobec tego, że zamawiający 30 czerwca 2025 r. tj. przed dniem wyznaczonego posiedzenia dokonał zmian warunków zamówienia w zakresie zaskarżonym odwołaniem:

- zakazu podwykonawstwa 3.2. lit. a) – pkt IV uzasadnienia odwołania;
- certyfikatów 3.2. lit. b) – pkt V uzasadnienia odwołania;

- licencji i subskrypcji 3.2. lit. f) – pkt VIII uzasadnienia odwołania
- łącznej wysokości kar umownych 3.2. lit. h) – pkt X uzasadnienia odwołania,
- odstąpienia od umowy 3.2. lit. i) – pkt XI uzasadnienia odwołania

w sposób, który satysfakcjonuje odwołującego, rozstrzygnięcie odwołania w zakresie ww. zarzutów stało się zbędne – bezprzedmiotowe.

Okoliczności zaistniałe po wniesieniu odwołania doprowadziły do bezprzedmiotowości postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów, co do których wprowadzone zmiany czynią zadość żądaniom odwołania. Tym samym w dacie zamknięcia posiedzenia i wydania postanowienia prowadzenie postępowania odwoławczego, co do zarzutów 3.2. lit. a), b) , f), h) , i) było zbędne. W tej sytuacji zastosowanie znajduje norma art. 568 pkt. 2) Ustawy, w którym wskazana została podstawa umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku *stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.*

Stąd izba w sytuacji opisanej w art. 568 pkt. 1 Ustawy, co do zarzutu 3.2. lit. c), oraz art. 568 pkt. 2 Ustawy, co do zarzutu 3.2. lit. a), b), f), h) i) umorzyła postępowanie odwoławcze.

Izba ustaliła i zważyła, w zakresie zarzutów rozpoznawanych merytorycznie, że:

Odwołujący, w zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu złożył dowód w postaci:

- korespondencji email z czerwca 2025 r. prowadzonej przez pracownika odwołującego z wybranymi 6 Autoryzowanymi Partnerami Comarch S.A. zawierającej kierowane do wybranych Autoryzowanych Partnerów Comarch zapytanie odwołującego o treści:

„dzień dobry,

czy jako Autoryzowany Partner Comarch w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL – jesteście Państwo w stanie wycenić dostawę oprogramowania:

1. Comarch Data Editor Authorised User License;
2. Comarch Sprint Authorised User License

oraz wsparcie oprogramowania:

1. Comarch BI,
2. Comarch Data Editor Authorised User License,
3. Comarch sPrint Authorised User License.

Czy produkty

1. Comarch Data Editor Authorised User License oraz
2. Comarch Sprint Authorised User License

występują jako oddzielne oprogramowanie? Czy są elementem Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum?

Dodatkowo proszę o informację czy w zakresie produktu Comarch Data Editor jest wydawany certyfikat ? Mają Państwo takie informacje?”

Oraz udzielone odpowiedzi merytoryczne, w których dany Autoryzowany Partner Comarch S.A. na ww. pytanie odpowiedział (podkreślenia własne izby):

1.

„ceny mogę podać, bo to nie wiedza tajemna; Data Editor w wersji podstawowej zawiera 5ciu użytkowników nazwanych 6000 zł netto do 31.03.2026,

sPrint jest integralną częścią XI i nie podlega dodatkowej wycenie.

Jeżeli chodzi o wsparcie to udzielamy go kompleksowo, czyli cały XL, albo nic. Wymaga to oczywiście zgody klienta na przejęcie serwisu i reprezentowania klienta w Comarch. Jest to dokument który wysyła się do Comarch i wówczas możemy sprzedać klientowi licencje oraz gwarancję, a także zgłaszać w imieniu klienta wątki , błędy itp.

Data Editor nie występuje jako stand alone, przynajmniej obecnie.

Nie sądzę aby była jakaś certyfikacja, ale to już pytanie do Comarch”

2.

„Dzień dobry, nie (na oba pytania)”

„Wspieramy, ale wdrożeniowo /szkoleniowo (Comarch BI oraz sPrint – wydruki). Isprzedać Comarch BI (do XLanp.) także możemy.

Sprint w systemach ERP od Comarch jest wbudowany jako rdzenny element - tego się w sieci Partnerskiej nie dystrybuuje.

Jeśli potrzebujecie zakupić taką technologie – to tylko poprzez bezpośredni kontakt z producentem (Comarch SA)”

„Z tymi pytaniami powinna się Pani zwrócić bezpośrednio do producenta wymienionych systemów ERPczyli do Comarch SA”

3.

„Dzień dobry, Aplikacje

1. Comarch Data Editor Authorised User Licence
2. Comarch sPrint Authorised User License
są dedykowane do współpracy z systemami Comarch ERP I aktualnie nie są oferowane jako samodzielne produkty”
4.
„Dzień dobry, Moduł sprint jest w ramach modułu dostępowego, natomiast CDE zgodnie z cennikiem poniżej:
Comarch data editor – pakiet startowy dla 5 użytkowników cena promocyjna
Comarch data editor – dodatkowy użytkownik
Prowadzimy wsparcie, lecz wyłącznie dla klientów, wobec których pełnimy rolę Autoryzowanego Partnera Comarch ERP XL.”
5.
„Dzień dobry, Pytania o rozwiązania :
1. Comarch Data Editor Authorised User License
2. Comarch Sprint Authorized User License
proszę kierować bezpośrednio do Comarch poprzez emaila: ; sprzedajemy, wdrażamy i wspieramy rozwiązania Comarch ERP XL BI, ale tylko w ramach instalacji Comarch ERP XL”
6.
„Dzień dobry, poniżej koszt modułów:
Comarch data editor – pakiet startowy dla 5 użytkowników (użytkonik nazwany) – 6000 zł netto
Comarch Data Editor dodatkowy użytkownik (użytkownik nazwany) – 400 zł netto
Comarch sPrint jest dostępny w cenie licencji Moduł dostępowy – 1600 zł netto
Comarch Data Editor Authorised User License oraz Comarch Sprint Authirised User License są elementem Comarch ERP XL
Poniżej wymagane kompetencje dla partnerów Comarch: konsultant ds. logistyki (...), konsultant ds. księgowości (...), konsultant ds. produkcji (...), konsultant ds. business intelligence (...) konsultant ds. technicznych (...)
Nasza firma posiada komplet kompetencji wyżej wymienionych. Znajomość Comarch Data Editor jest wymagana w kompetencji technicznej I w tej chwili nie ma dodatkowych szkoleń / egzaminów”

Izba stwierdza, że

1. zapytanie sformułowane zostało na bardzo dużym stopniu ogólności i skierowane do partnerów wg nieznanego klucza wybranych przez odwołującego spośród kilkuset uprawnionych,
2. korespondencja, wskazuje na niespójność stanowisk wybranych Partnerów w zakresie możliwości zaoferowania danego typu oprogramowania,
3. korespondencja potwierdza możliwość zwracania się z zapytaniami dotyczącymi kwestii objętych zapytaniem bezpośrednio do producenta oprogramowania Comarch S.A. i oczekiwania od niego odpowiedzi,
4. korespondencja nie wykazuje niemożliwości ani ograniczenia możliwości:
   - uzyskania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch SA. przez jakikolwiek podmiot trzeci,
   - uzyskania wymaganych SWZ produktów bezpośrednio przez Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. od producenta Comarch S.A. ,
   - uzyskania wymaganych SWZ produktów od Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w przypadku doprecyzowania żądania na zgodne z SWZ,
   - dyskryminowania przez Comarch S.A. partnerów względem innych partnerów lub wykonawców, w tym np. ryzyka utraty statusu Autoryzowanego Producenta Comarch S.A. lub ograniczeń dostaw produktów objętych zamówieniem w przypadku ubiegania się lub pozyskania zamówienia w Postępowaniu;

Odwołujący przywołał także stanowisko procesowe przystępującego złożone w innej sprawie, która toczyła się przed izbą oraz wydane przez izbę orzeczenia w innych sprawach.

Izba stwierdza, że

5. stan faktyczny i dowodowy w tamtych sprawach odbiega od niniejszego.

Zamawiający, w zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu złożył dowód w postaci (zaznaczenia własne izby):
- pisma z 18 stycznia 2025 r. od Comarch Polska S.A. wskazującego, że: „Informujemy, iż w zakresie oprogramowania Comarch BI, dostarczonego BFG w ramach Umowy nr 126/2021 z dn. 28.12.2021 r., zawartej pomiędzy Bankowym Funduszem Gwarancyjnym a Comarch Polska S.A., zgodnie z informacją otrzymaną od producenta oprogramowania – spółki Comarch S.A., do świadczenia wsparcia uprawnione są co najmniej 3 podmioty będące niezależne do wykonawcy - Comarch Polska S.A. oraz od producenta – Comarch S.A.Producent oprogramowania Comarch BI poinformował również, iż do świadczenia wsparcia uprawnione są podmioty posiadające status Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP AltumComarch S.A. zapewnia ponadto, iż

w przypadku zwrócenia się przez BFG o udzielenie informacji, gotowe jest przekazać bezpośrednio BFG listę podmiotów uprawnionych do świadczenia usługi wsparcia do oprogramowania Comarch BI, wraz z informacją odnoszącą się do warunków na jakich podmioty te mogą świadczyć usługi wsparcia. „

- pismo z 15 lutego 2025 r. od Comarch S.A. wskazującego, że: „w zakresie oprogramowania Comarch BI, w tym również oprogramowania Comarch BI dostarczonego BFG w ramach Umowy nr 126/2021 z dn. 28.12.2021 r., zawartej pomiędzy Bankowym Funduszem Gwarancyjnym a Comarch Polska S.A.do świadczenia wsparcia uprawnione są podmioty posiadające status Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum. Do podmiotów uprawnionych do świadczenia usług wsparcia do wskazanego oprogramowania należą **między innymi**:

1.COMARCH POLSKA S.A.

2.KOWALIK KAROL 'PARTNER'

3."T2S" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

4.CDN-PARTNER W KRAKOWIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ

informujemy ponadto, iż **każdy** z uprawnionych do świadczenia usługi Autoryzowanych Partnerów Comarch S.A. musi spełnić **takie same warunki**, które obejmują w szczególności:

•konieczność regularnego odbywania szkoleń produktowych;

•konieczność dysponowania określonym potencjałem oraz kadrą techniczną;

Każdy z Autoryzowanych Partnerów Comarch S.A.**posiadający odpowiednią certyfikację** jest uprawniony do świadczenia klientom końcowym usług wsparcia obejmujących w szczególności:

•zapewnienie dostępu do poprawek i nowych wersji oprogramowania Comarch BI, w tymwszystkich komponentów wchodzących w skład oprogramowania Comarch BI wymienionych w Państwa piśmie;

•wsparcie techniczne i konsultacje dotyczące działania oprogramowania Comarch BI;

•możliwość zgłaszania błędów;

•zapewnienie bezpośredniego dostępu do specjalistów;

•doradztwo techniczne;

•zdalną obsługę technicznego opiekuna klienta;

•zdalną analizę konfiguracji i rekomendacje zmian w zakresie bezpieczeństwa, wydajności i wysokiej dostępności;”

- wydruk listy Autoryzowanych Partnerów Comarch S.A. zawierający listę partnerów ze wskazaniem ich kategorii (np. złoty, srebrny) i danych adresowych i kontaktowych (zaktualizowana złożona dodatkowo przez przystępującego);

na okoliczność przeprowadzenia rozeznania rynku i potwierdzenia konkurencyjności warunków postępowania

Izba stwierdza, że:

6. powyższe dowody potwierdzają przeprowadzenie rozeznania rynku przez zamawiającego jako konkurencyjnego także przy zachowaniu warunku vendor lock in tj. w szczególności, że warunki nabycia statusu Autoryzowanego Partnera ComarchS.A. są jednakowe – niedyskryminujące dla ubiegających się o nie a partnerzy posiadający określoną certyfikację uprawnieni do pozyskania produktów wymaganych SWZ a także zapewnienie potencjalnym klientom usług w zakresie kwestionowanym zarzutem;
7. Lista Autoryzowanych Partnerów Comarch S.A. publikowania w internecie wskazuje na zróżnicowanie kategorii partnerów autoryzowanych a co za tym idzie posiadanych uprawnień (którą to okoliczność izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego znajdującym oparcie w zasadach doświadczenia życiowego i logiki) i zawiera także dane adresowe partnerów wymienionych przez Comarch S.A. w piśmie z 15 lutego 2025 r jako przykładowych uprawnionych do świadczenia klientom końcowym usług wsparcia obejmujących usługi / produkty kwestionowane zarzutem

Przystępujący, w zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu złożył dowód w postaci (zaznaczenia własne izby):

- zaktualizowana lista Autoryzowanych Partnerów Comarch S.A. (ogólnie dostępna przez strony internetowe)

- wydruk ze strony internetowej dedykowanej i dostępnej Autoryzowanym Partnerom Comarch S.A. zawierający opis produktów wraz z zasadami ich nabywania przez partnerów zawierający również formularz zamówienia poszczególnych elementów (produkty/ usług)

- dostępny ze strony internetowej dedykowanej i dostępnej Autoryzowanym Partnerom Comarch S.A. cennik produktów Comarch S.A.

- pismo Comarch S.A. z 24 czerwca 2025 r. do przystępującego informujące, że: „w odpowiedzi na Państwa zapytanie dotyczące ofertowania produktów Comarch BI, Comarch Data Editor lub Comarch sPrint wyjaśniamy, że nie istnieje żadne ograniczenie dotyczące podmiotów, które mogą występować o oferty w zakresie licencji i wsparcia ww. oprogramowania. Każdy autoryzowany partner ma, za pośrednictwem portalu partnerskiego, dostęp do zestawu standardowych Cenników lub standardowych formularzy zapytania o wycenę. Oferta cenowa jest ustandaryzowana i

jednakowa dla wszystkich. Poziom udzielanych upustów jest uzależniony od poziomu partnerstwa, zgodnie z zasadami programu partnerskiego. Lista autoryzowanych partnerów Comarch, którzy posiadają niezbędne kompetencje w zakresie obsługi w oprogramowania dostępna jest na stronach www Comarch, przesyłamy ją także w załączniku do niniejszego pisma. Uczestnictwo w programie partnerskim jest przy tym otwarte dla dowolnych podmiotów, które spełniają standardowe identyczne dla wszystkich kryteria dotyczące posiadania doświadczenia wiedzy i kompetencji w zakresie produktów Comarch. Procedura autoryzacji obejmuje między innymi odbycie cyklu szkoleń w zakresie produktów. Szczegóły tej procedury opisane są na stronie internetowej (...) Jednocześnie informujemy że nie istnieją żadne regulacje, umowy regulaminy czy wytyczne związane z programem partnerskim, nakładały oby na autoryzowanych partnerów Comarch jakiekolwiek ograniczenia dotyczące uczestnictwa w postępowaniach przetargowych w jakiejkolwiek roli."

- pismo Comarch S.A. z 24 czerwca 2025 r. do przystępującego informujące, że : „W odpowiedzi na Państwa zapytanie dotyczące wystąpienia o ewentualną ofertę w zakresie Oprogramowania Comarch BI, Data Editor lub Comarch sPrint w związku z postępowaniem prowadzonym przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny informujemy, że na dzień 24.06.2025 firma AXIANS IT SERVICES POLAND sp. z o.o. nie jest autoryzowanym partnerem Comarch oraz nie otrzymaliśmy d dnia dzisiejszego takiego zapytania"

Izba stwierdza, jak w punktach 6-7 powyżej oraz:

8. Kwestionowane zarzutami produkty są dostępne w ofercie Comarch S.A. (BI, Data Editor i sPrint) na tych samych warunkach partnerom danej kategorii;
9. Status Autoryzowanego Partnera jest ogólnie dostępny, nadawany na takich samych i ustandaryzowanych warunkach i możliwy do nabycia; brak jest ograniczeń dotyczących uczestnictwa partnerów w postępowaniach przetargowych;
10. Odwołujący nie posiada i nie ubiegał się o status Partnera Comarch S.A. ani ofertę kwestionowanych zarzutami produktów / usług Comarch S.A.

Izba stwierdza, że uzasadniając żądanie oddalenia zarzutów zamawiający wskazał, że:

11. Mający podlegać utrzymaniu i wdrożeniu w ramach Postępowania System ZIPLA, jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „jest kluczowym systemem informatycznym Zamawiającego, wspierającym realizację obowiązków Bankowego Funduszu Gwarancyjnego (dalej: „Fundusz" lub „BFG"), wynikających z przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (dalej: „ustawa o BFG"), w najważniejszych obszarach jego działania, w szczególności dotyczących:

    - gromadzenia, przetwarzania i analizowania informacji o podmiotach objętych systemem gwarantowania oraz o bankach hipotecznych, w celu opracowywania analiz i prognoz dotyczących sektora bankowego i sektora kas oraz poszczególnych banków i kas,
    - wyznaczania wysokości składek na fundusze gwarancyjne oraz na fundusze przymusowej restrukturyzacji należnych od poszczególnych podmiotów,
    - wyznaczania podmiotów mogących podlegać przymusowej restrukturyzacji lub likwidacji w postępowaniu upadłościowym w ramach Systemu Wczesnego Ostrzegania
    - przygotowywania, przeglądu i aktualizacji planów przymusowej restrukturyzacji i grupowych planów przymusowej restrukturyzacji,
    - prowadzenia przymusowej restrukturyzacji,
    - oszacowania środków gwarantowanych niezbędnego do przeprowadzenia procesu wypłat środków gwarantowanych, a także na potrzeby przymusowej restrukturyzacji.

    W ramach Systemu ZIPLA są gromadzone, przetwarzane i analizowane za pomocą wielowymiarowych analiz dane sprawozdawcze:

    - dotyczące kilkuset podmiotów finansowych (w tym banków krajowych, oddziałów banków zagranicznych, oddziałów instytucji kredytowych, spółdzielczych kas oszczędnościowo- kredytowych, Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej, firm inwestycyjnych, krajowych podmiotów dominujących innych niż bank i firma inwestycyjna, podmiotów objętych nadzorem skonsolidowanym przez UKNF),
    - otrzymywane przez Fundusz z wielu źródeł (tj.: Narodowy Bank Polski, Komisja Nadzoru Finansowego, Ministerstwo Finansów, Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa, podmioty finansowe, informacje publicznie dostępne),
    - sporządzone w różnych formatach (xml, xbrl, nieustrukturyzowane), przez różne instytucje (tj.: KNF, NBP, EBA, BFG).

    W związku z powyższym realizacja usług będących przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach Postępowania wymaga zapewnienia wysokich kompetencji wykonawcy w celu zapewnienia sprawnego i

nieprzerwanego działania Systemu ZIPLA oraz możliwości jego rozwoju według zidentyfikowanych potrzeb BFG. (...) „

Izba stwierdza, że

powyższe nie było sporne pomiędzy stronami. Podobnie jak standardowy wymóg posiadania statusu partnera do obsługi wskazanych przez zamawiającego produktów rodziny Comarch:

12.„W zakresie wymogu posiadania statusu autoryzowanego partnera Comarch S.A. w segmencie produktów z rodziny Comarch ERP XL lub Comarch ERP Altum, który to status jest niezbędny do zapewnienia serwisu ze strony producenta firmy Comarch S.A. odnoszącego się do oprogramowania wykorzystywanego przez BFG, dla którego BFG nie posiada kodów źródłowych (§ 11 ust. 4 PPU). (...) Zamawiający oczekuje od wykonawcy świadczenia kompleksowych Usług Utrzymania i Usług Rozwoju do wdrożonego i aktualnie wykorzystywanego u Zamawiającego Systemu ZIPLA. System ten zbudowany został z Oprogramowania Dedykowanego oraz Oprogramowania Generowanego, wytworzonego pod zindywidualizowane potrzeby Zamawiającego, do którego Zamawiający posiada kody źródłowe (§ 17 ust. 17 Umowy wdrożeniowej) oraz Oprogramowania Standardowego, będącego podstawą stworzenia Systemu ZIPLA lub tworzącego środowisko, w którym uruchamiany jest System ZIPLA, wytwarzanego seryjnie, gotowego do sprzedaży i udostępnianego na zasadzie licencji, a więc oprogramowania, do którego Zamawiający nie posiada kodów źródłowych, gdyż kody źródłowe do tego rodzaju oprogramowania co do zasady nie są udostępniane przez producentów. Zakres udzielonych Zamawiającemu licencji/sublicencji w ramach Oprogramowania Standardowego, zgodnie z § 17 ust. 3 Umowy wdrożeniowej, zapewnia Zamawiającemu prawo powierzenia Usługi Utrzymania Systemu ZIPLA osobie trzeciej niezależnej od wykonawcy, który zbudował i wdrożył System ZIPLA lub producenta. W celu usunięcia wątpliwości w zakresie przysługujących Zamawiającemu autorskich praw majątkowych, Zamawiający zmieni treść PPU, stanowiących Załącznik nr 2 do SWZ, poprzez dodanie w § 21 po ust. 14 nowego ust. 14a w następującym brzmieniu: Producent oprogramowania Comarch Data Editor Authorized User License oraz Comarch sPrint Authorized User License, wchodzącego w zakres Oprogramowania Standardowego, tj. Comarch S.A. wymaga, aby wytworzone przez niego ww. oprogramowanie było serwisowane przez autoryzowanych przez niego partnerów. Tylko podmioty posiadające taki status są uprawnione do świadczenia klientom końcowym usług wsparcia obejmujących w szczególności:

-zapewnienia dostępu do poprawek i nowych wersji oprogramowania,

-wsparcia technicznego i konsultacji dotyczących działania oprogramowania Comarch BI,

-możliwości zgłaszania błędów,

-zapewnienia bezpośredniego dostępu do specjalistów,

-doradztwa technicznego,

-zdalnej obsługi technicznego opiekuna klienta,

-zdalnej analizy konfiguracji i rekomendacji zmian w zakresie bezpieczeństwa, wydajności i wysokiej dostępności."

Zamawiający jako uzasadnienie opisu przedmiotu zamówienia i oczekiwania realizacji go w sposób kwestionowany zarzutem 3.2. lit. d) oraz e) wskazywał, że:

„Jednocześnie zasady przystąpienia do programu partnerskiego Comarch S.A. są jednakowe dla wszystkich zainteresowanych, jawne i opublikowane na stronie internetowej Comarch S.A. (link: https://www.comarch.pl/erp/dla-partnerow/iak-zostac-partnerem/). Obejmują m.in. konieczność regularnego odbywania szkoleń produktowych gwarantując wysoki poziom świadczonych przez podmioty partnerskie usług serwisowych, co jest istotne dla Zamawiającego ze względu na złożoność oraz istotność Systemu ZIPLA.

Zgodnie z przeprowadzonym przez Zamawiającego rozeznaniem rynku, wymagany status Autoryzowanego Partnera Comarch w segmencie produktowym objętym zamówieniem posiada wiele podmiotów, w związku z czym, zdaniem Zamawiającego, wymóg zagwarantowania konkurencyjności postępowania został zachowany. (...) „

Izba stwierdza, że:

Powyższym okolicznościom zaprzeczał odwołujący, czyniąc z nich podstawę zarzutu. Zaprzeczenie nie zostało wykazane odwołaniem, podczas gdy zamawiający i przystępujący potwierdzili niedyskryminacyjność warunków ubiegania się o status Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. oraz możliwość nabycia takiego statusu na równych i standardowych zasadach przez wykonawców. Odwołujący nie wykazał również, że nie jest możliwe nabycie od Partnerów Autoryzowanych Comarch S.A. oczekiwanych SWZ produktów / usług celem zaoferowania ich w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.

Zamawiający wskazywał dalej, że:

„Istotny jest również fakt, że zarówno dostawa licencji wchodzących w zakres Oprogramowania Standardowego

(określonego w Załączniku nr 11 i 15 do PPU), jak i świadczenie Usługi Wsparcia do Oprogramowania Standardowego (określonego w Załączniku nr 10 i 14 do PPU) nie została zastrzeżona przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez Wykonawcę. A zatem Wykonawca może skorzystać z usług podwykonawców w tym zakresie. Nie bez znaczenia jest również fakt, iż wymóg uzyskania statusu autoryzowanego partnera producenta tego oprogramowania w celu realizacji usługi związanej z utrzymaniem i rozwojem danego oprogramowania jest rozwiązaniem często spotykanym na rynku. Są to typowe uwarunkowania prawne i faktyczne w branży IT, które zdeterminowały sposób opisu wymogów w tym zakresie, a zatem Zamawiający nie mógł opisać tych wymogów inaczej. (...) Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, wymóg posiadania statusu autoryzowanego Partnera Comarch S.A. nie narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a zapewnia należyte świadczenie Usług Wsparcia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 1 stycznia 2018 r., KIO 2629/17, LEX nr 2442140. W zakresie wydzielenia z przedmiotu zamówienia wszelkiego oprogramowania Comarch S.A., do którego prawa autorskie lub / oraz kody źródłowe posiada Comarch S.A. lub jego spółki zależne (w szczególności oprogramowania wskazanego w treści uzasadnienia odwołania) lub zapewnienie przez Zamawiającego zakupu tego oprogramowania i pozostawienia po stronie wykonawcy jego wdrożenia lub zapewnienie możliwości zastąpienia wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania Comarch S.A., do którego wymaga oprogramowania - rozwiązaniem równoważnym. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie wskazanym w pkt 4.2. należy podkreślić, że realizacja przedmiotu zamówienia ma polegać nie na budowie systemu od podstaw, lecz na utrzymaniu i rozwoju istniejącego Systemu ZIPLA wytworzonego przez podmiot niezależny zarówno od Odwołującego, jak również Zamawiającego, przy wykorzystaniu określonej technologii, określonego Oprogramowania Standardowego, na bazie którego zostało wytworzone i wdrożone pod zindywidualizowane potrzeby Zamawiającego Oprogramowanie Dedykowane oraz Oprogramowanie Generowane. Tym samym zakres przedmiotu zamówienia determinowany jest, po pierwsze - uzasadnionymi obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a po drugie - istniejącym stanem faktycznym i prawnym, tj. posiadaniem przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich do Oprogramowania Dedykowanego i Oprogramowania Generowanego wraz z kodem źródłowym oraz licencji wieczystych do Oprogramowania Standardowego. W celu utrzymania i rozwoju Systemu ZIPLA Zamawiający przewidział w przedmiocie zamówienia m.in. następujące usługi:

1)dostawę nowych licencji wykorzystywanego w Systemie ZIPLA Oprogramowania Standardowego (Załącznik nr 11 i 15 do PPU), w tym dla oprogramowania producenta IBM (niezbędnego w przypadku powiększania zasobów tego systemu) oraz Comarch S.A. - niezbędnego w przypadku wzrostu liczby użytkowników tego systemu (licencje dla nowych użytkowników). W tym miejscu zauważyć należy niekonsekwencję Odwołującego, który swój zarzut formułuje tylko w stosunku do oprogramowania Comarch S.A.;

2)przedłużenie świadczenia Usługi Wsparcia do już posiadanego Oprogramowania Standardowego oraz dostarczenie analogicznej Usługi Wsparcia dla nowych licencji (Załącznik nr 10 i 14 do PPU).

Zamawiający wyjaśnia, iż System ZIPLA to zaawansowana, centralna platforma analityczno-raportowa oparta o narzędzia klasy Business Intelligence oraz hurtownię danych, zbudowana i wdrożona pod zindywidualizowane potrzeby Zamawiającego. W ramach Systemu ZIPLA konsolidowane, gromadzone i przetwarzane są w ustrukturyzowany sposób dane sprawozdawcze otrzymywane przez BFG z wielu źródeł. (...) Na bazie zaimplementowanego w Systemie ZIPLA Oprogramowania Standardowego Comarch Data Editor oraz stworzonego w ramach obecnie obowiązującej Umowy wdrożeniowej Oprogramowania Generowanego i Oprogramowania Dedykowanego, został zbudowany jeden z kluczowych elementów Systemu ZIPLA - Centralna Baza Podmiotów, która:

a)stanowi jedyne źródło informacji nieustrukturyzowanych o podmiotach niezbędnych do prowadzenia analiz danych oraz uruchomienia zdefiniowanych raportów predefiniowanych,

b)pozwala użytkownikom wprowadzać poprzez interfejs webowy dane do hurtowni danych, która następnie zasilają narzędzie raportowe,

c)zawiera sto kilkadziesiąt obiektów/widoków,

d)pełni funkcję najistotniejszego komponentu systemu pozwalającego zachować historię zmian danych podmiotu sprawozdawczego oraz zarządzać istotnymi zdarzeniami z historii podmiotu, takimi jak przejęcie lub połączenie,

e)pełni funkcję aplikacji organizującej dane w hurtowni na potrzeby zachowania obrazu danych na dany dzień; w tym umożliwia zarządzanie informacjami dot. obowiązku sprawozdawczego podmiotów, taksonomii, pakietów sprawozdawczych, formularzy sprawozdawczych,

f)uruchamia procesy ETL przeliczające określone dane bądź generujące powiadomienia z systemu ZIPLA,

g)pozwala tworzyć profile analityczne w grupy podmiotów w skali całej organizacji oraz indywidualnie przez każdego z użytkownika,

h)pozwala zarządzać danymi wyświetlanymi w Systemie ZIPLA poprzez tworzenie i zasilanie słowników i repozytoriów opisujących dane,
i)pozwala użytkownikom tworzyć oraz modyfikować agregaty standardowe (definiowane przez użytkowników via interfejs oprogramowania) oraz niestandardowe (definiowane za pomocą procedur bazodanowych) będące zdefiniowaną w Systemie ZIPLA miarą wyliczaną, która m.in. umożliwia zagregowanie bądź innego rodzaju przekształcenie danych sprawozdawczych podmiotów lub innych agregatów, zachowanie ciągłości w czasie, podczas zmian w sprawozdawczości (przy zachowaniu tej samej nazwy i treści merytorycznej agregatu), wykorzystanie przy tworzeniu raportów w narzędziu raportowym (obecnie w systemie jest zdefiniowanych ponad 20 tys. takich agregatów),
j)pozwala zarządzać procesami anonimizacji danych osobowych dostępnych w Systemie ZIPLA według zdefiniowanych parametrów
k)umożliwia dokonywanie eksperckiej kontroli poprawności danych sprawozdawczych.
Na bazie zaimplementowanego w Systemie ZIPLA Oprogramowania Standardowego Comarch sPrint oraz stworzonego w ramach obecnie obowiązującej Umowy wdrożeniowej Oprogramowania Generowanego i Oprogramowania Dedykowanego, został zbudowany moduł Systemu ZIPLA pozwalający na zautomatyzowane generowanie wysyłanych przez BFG do podmiotów pism informujących o wysokości składek na fundusze gwarancyjne oraz przymusowej restrukturyzacji, wykorzystujące dane zawarte w hurtowni danych Systemu ZIPLA oraz zintegrowane z funkcjonującym w BFG systemem elektronicznego zarządzania dokumentacją.
Dla Zamawiającego System ZIPLA jako całość stanowi rozwiązanie zaspokajające potrzeby w obszarze gromadzenia i przetwarzania danych o podmiotach i w związku z tym wszelkie zagadnienia określone w zamówieniu powinny być przedmiotem odpowiedzialności jednego Wykonawcy, co ogranicza ryzyka związane z integracją komponentów systemu oraz obsługą błędów. Oprogramowanie i serwery środowiska Systemu ZIPLA stanowią obszar wydzielony w infrastrukturze BFG ze ściśle określonymi odpowiedzialnościami, co jest związane z istotnością realizowanych procesów. Przyjęta architektura ma kluczowe znaczenie dla Zamawiającego z uwagi na wymaganą dostępność Systemu ZIPLA i rodzaj przetwarzanych danych (dane osobowe, informacje stanowiące tajemnicę zawodową, informacje prawnie chronione).
Wykonawca powinien być odpowiedzialny za utrzymanie i rozwój Systemu ZIPLA na komponentach programowych, które sam dostarczy Zamawiającemu i za które odpowiada. W ten sposób Zamawiający ogranicza ryzyka związane z nieprawidłowym działaniem Systemu ZIPLA na oprogramowaniu dostarczonym przez innego Wykonawcę. Wysokie ryzyko związane z ewentualnym sporem kilku wykonawców w kwestii odpowiedzialności za wystąpienie błędu jest nie do zaakceptowania ze względu na kluczową rolę Systemu ZIPLA w wypełnianiu przez Bankowy Fundusz Gwarancyjnych obowiązków nałożonych ustawą o BFG.
Żądane przez Odwołującego w treści zarzutu dotyczącego Comarch vendor lock-in zmiany w postaci wydzielenia z przedmiotu zamówienia wszelkiego oprogramowania Comarch S.A. lub zapewnienie przez Zamawiającego zakupu tego oprogramowania zmierzają w istocie do podziału zamówienia na części. Tymczasem, jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 5.04.2022 r., KIO 685/22, do wyłącznej decyzji Zamawiającego należy stwierdzenie, czy dany przedmiot zamówienia, może zostać podzielony na części. Dyspozycja art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje, iż intencją ustawodawcy, co do zasady jest wskazanie, iż zamówienia udziela się całościowo, a tylko w wyjątkowych sytuacjach, związanych ze specyfiką danego zamówienia, ustawodawca dał uprawnienie zamawiającemu do podzielenia zamówienia na części. Dalej Izba wskazała, że: (...) każde postępowanie, czy też każdego zamawiającego należy traktować odpowiednio do ustalonych okoliczności związanych z zamówieniem, gdyż warunki udzielenia zamówienia, a co za tym idzie jego późniejsza realizacja ma odzwierciedlać uzyskanie jak najlepszego efektu ekonomicznego, ale nie tylko. Istotne są bowiem również wszystkie pozostałe warunki, związane z np. dystrybucją, odbiorami, wdrożeniami, czyli wszystkimi elementami związanymi z prawidłową, organizacyjną realizacją zamówienia (zob. Wyrok KIO z 5.04.2022 r., KIO 685/22, LEX nr 3361925).
W związku z powyższym, sugerowany przez Odwołującego podział zamówienia na części groziłby po stronie Zamawiającego nadmiernymi trudnościami technicznymi oraz kosztami realizacji zamówienia, a także potrzebą skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie uniemożliwić bądź nawet utrudnić prawidłowe wykonanie zamówienia, a w rezultacie realizację przez BFG ustawowych zadań. Żądanie Odwołującego w powyższym zakresie wydaje się, że jest ukierunkowane na jego własną sytuację, w szczególności brak statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. Jak wielokrotnie wypowiadała się Izba oraz Sądy Okręgowe, nie jest ograniczeniem konkurencji sytuacja, w której jeden z występujących na rynku podmiotów nie może sprostać zamówieniu opisanemu przez zamawiającego.
Dopuszczenie w przedmiocie zamówienia zastosowania innego rozwiązania, równoważnego do Oprogramowania Standardowego Comarch S.A., tak jak żąda tego Odwołujący, oznaczałoby konieczność jego

implementacji w Systemie ZIPLA, co wiązałoby się ze znaczącą przebudową, a w istocie re-wdrożeniem istniejącego i nadal wykorzystywanego Systemu ZIPLA. Konsekwencją dopuszczenia rozwiązania równoważnego byłaby także konieczność poniesienia przez Zamawiającego dodatkowych kosztów nieuwzględnionych w ofercie Wykonawcy, w szczególności niewymiernych kosztów pracowniczych związanych z poświęconym przez pracowników Zamawiającego czasem na wsparcie przy wdrożeniu rozwiązania równoważnego, przeprowadzanie jego testów oraz szkolenia.

Podkreślić należy, iż Zamawiający będący jednostką sektora finansów publicznych, zgodnie z art. 9 pkt 15 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, zobowiązany jest do gospodarowania swoimi środkami w sposób racjonalny i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów, postępując w sposób racjonalny i uzasadniony ekonomicznie.

Zamawiający ma prawo dokonać opisu przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający liczbę rozwiązań do jednego lub prowadzący do możliwości złożenia oferty wyłącznie przez jednego wykonawcę, w sytuacjach uzasadnionych jego rzeczywistymi potrzebami, w szczególności służącymi realizacji interesu publicznego. Sytuacja taka nie narusza art. 99 ust. 4 ustawy Pzp i nie stanowi naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców (zob. Wyrok KIO z 19.01.2023 r., KIO 3536/22, LEX nr 3509652; Wyrok KIO z 7.03.2023 r., KIO 303/23, LEX nr 3508353; Wyrok KIO z 24.07.2014 r., KIO 1429/14, LEX nr 1506526, Uchwała KIO z 15.02.2019 r., KIO/KD 11/19, LEX nr 2639998; Wyrok KIO z 12.07.2021 r., KIO 1260/21, LEX nr 3232946; Wyrok KIO z 17.09.2021 r., KIO 2000/21, LEX nr 3288086; Wyrok KIO z 7.12.2021 r. KIO 3370/21, LEX nr 3348332).

Nie sposób pominąć roli Zamawiającego, który to działa na rzecz stabilności krajowego systemu finansowego. Zgodnie bowiem z ustawą o BFG celem Zamawiającego jest podejmowanie działań na rzecz stabilności krajowego systemu finansowego, w szczególności przez zapewnienie funkcjonowania obowiązkowego systemu gwarantowania depozytów, prowadzenie przymusowej restrukturyzacji oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji CCP. Zamawiający mając na uwadze zadania do jakich został ustawowo powołany dąży do sprawnego i nieprzerwanego funkcjonowania Systemu ZIPLA a nie do niepotrzebnego multiplikowania tego systemu.

Ponadto, dopuszczenie rozwiązania równoważnego byłoby obarczone znaczącym ryzykiem dla Zamawiającego związanym z możliwą luką w dostępności dla użytkowników Systemu ZIPLA lub kluczowego jego elementu Centralnej Bazy Podmiotów lub brakiem jego właściwej obsługi w okresie jego przebudowy/wdrożenia/testowania. System ZIPLA jest obecnie w pełni produkcyjnie wykorzystywanym i jedynym systemem dedykowanym do gromadzenia i przetwarzania danych podmiotów finansowych w BFG, wspierającym wykonywanie przez Fundusz obowiązków ustawowych, w związku z czym nie jest możliwe dopuszczenie przerwy w jego działaniu lub niewłaściwe działanie niektórych z jego komponentów.

Jak wskazała KIO w wyroku z 9.11.2021 r., KIO 3091/21, który dotyczył postępowania na rozbudowę użytkowanego systemu i środowiska, w oparciu o posiadane już przez zamawiającego macierze, które będą w dalszym ciągu wykorzystywane: „(...) zamawiający nie ma żadnych podstaw ku temu by opis przedmiotu zamówienia umożliwiał złożenie oferty z rozwiązaniem innego producenta, niż producent macierzy już posiadanych przez zamawiającego, przykładowo IBM. Takie działanie nie tylko nie zaspokajałoby uzasadnionych potrzeb zamawiającego, ale byłoby również nieefektywne" (zob. wyrok KIO z 9.11.2021 r., KIO 3091/21, LEX nr 3348106).

Ponadto, Izba w wyroku z dnia 19.01.2023 r., KIO 3536/22 stwierdziła, że w sytuacji, gdy zamawiający ograniczył konkurencję, wskazując na swoje uzasadnione potrzeby, głównie polegające na konieczności dbałości o jednolitość sprzętu i możliwość wykorzystania już posiadanej infrastruktury, takie działanie: „(...) nie może być z góry uznane za niedopuszczalne, a tym samym sprzeczne z przepisami ustawy PZP, ponieważ zamawiający przyjmując, że zachowanie jednolitości sprzętu umożliwi wykorzystanie posiadanej już infrastruktury i tym samym wpłynie na poziom bezpieczeństwa, wskazuje na swoje potrzeby, jakie chce zrealizować poprzez udzielenie zamówienia. Uznanie takiego wymogu za niedopuszczalny w kontekście dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, może nastąpić dopiero po uprawdopodobnieniu przez odwołującego okoliczności związanych z postawionym zarzutem, tj. w niniejszym przypadku Odwołujący musiałby uprawdopodobnić, że dla zrealizowania przedmiotu zamówienia i tym samym potrzeb Zamawiającego, możliwe jest zaoferowanie sprzętu również innego producenta, co nie uniemożliwi jego integracji z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą oraz nie wpłynie na kwestie związane z bezpieczeństwem oraz efektywnym i skutecznym administrowaniem systemem (zob. Wyrok KIO z 19.01.2023 r., KIO 3536/22, LEX nr 3509652).

Reasumując, zarzut dotyczący Comarch vendor lock-in jest bezzasadny, gdyż w żaden sposób opis przedmiotu zamówienia nie ogranicza konkurencji, a poza tym zarzut ten nie został poparty przez Odwołującego żadnymi dowodami lub informacjami, które umożliwiłyby weryfikację zasadności takiego żądania. W ocenie

Zamawiającego żądanie Odwołującego jest całkowicie nieuzasadnione ekonomicznie i nieracjonalne z perspektywy potrzeb Zamawiającego.

Obowiązkiem Odwołującego jest wykazanie okoliczności wskazanych w przepisie, którego naruszenie zarzucane jest Zamawiającemu. To na wykonawcy wnoszącym odwołanie spoczywa ciężar wykazania tej potencjalnej możliwości wystąpienia utrudniania konkurencji. To Odwołujący podnoszone zarzuty oparł na twierdzeniu, że opis przedmiotu zamówienia preferuje określone rozwiązania i w sposób nieuzasadniony potrzebami Zamawiającego ogranicza konkurencję, powinien być zatem w stanie wykazać, iż prawdopodobieństwo utrudnienia konkurencji jest realne (zob. Wyrok KIO z dnia 15 maja 2024 r., KIO 1382/24, https://orzeczenia.uzp.gov.pl/).

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 19.01.2023 r., KIO 3536/22: (...) Zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane. Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Nie sposób uznać za wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, czy proste zasygnalizowanie, że pewien wymóg może nie być uzasadniony w okolicznościach danego przypadku, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji potwierdzającej fakt naruszenia przepisów prawa, wykazującej spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w treści przepisu (zob. Wyrok KIO z 19.01.2023 r., KIO 3536/22, LEX nr 3509652)."

Izba stwierdza, że

co do zasady, podziela powyższe stanowisko zamawiającego w zakresie zarzutu 3.2. lit. d) oraz e), z tym zastrzeżeniem, że w zakresie zarzutu 3.2. lit. d) izba uwzględniła odwołanie nakazując usunięcie z warunków zamówienia wymaganie posiadania przez wykonawcę w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wymogu posiadania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. Izba oddaliła zarzuty w pozostałym zakresie wobec tego, że odwołujący nie wykazał powołanych dla uzasadnienia zarzutu okoliczności faktycznych.

Izba, w zakresie uwzględnionym stwierdziła, że zamawiający zmodyfikował warunki zamówienia dopuszczając podwykonawstwo i oświadczył, że kwestionowany zarzutem 3.2. lit. d) zapis SWZ nakładający na wykonawcę obowiązek posiadania Statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego nie został usunięty przez omyłkę. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. Stwierdziła, że utrzymanie wymagania, wobec słusznie wprowadzonej możliwości podwykonawstwa, byłoby nieuzasadnione w świetle przedmiotu zamówienia i braku zastrzeżenia kluczowych części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę (w tym, dla których wykonania wymóg posiadania statusu partnera jest niezbędny). W ocenie izby pozostawienie bezwzględnego wymagania posiadania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. przez wykonawcę niezależnie, od tego jaki podmiot realizuje usługi, dla których potwierdzenie posiadania kompetencji autoryzacją jest wymagane ograniczyłoby w sposób nieuzasadniony konkurencyjność.

Izba stwierdza, że

zarzut 3.2. d) oraz e) opierały się na założeniu, że wymaganie posiadania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A przez wykonawcę wynika z faktu, że:

- System mający stanowić przedmiot usługi utrzymania i rozwoju został wytworzony przez Comarch Polska S.A. z wykorzystaniem oprogramowania pochodzącego od Comarch S.A. (platformy Comarch BI i aplikacji Comarch Data Editor oraz Comarch sPrint), co powoduje, że dla realizacji części usług wymagane jest posiadania statusu Autoryzowanego Partnera Comarch S.A.;
- Powyższe uzależnia realizację i warunki świadczenia usługi przez wykonawcę, w tym innego niż należący do grupy kapitałowej Comarch, od woli Comarch S.A. – który decyduje o nadaniu i odebraniu statusu a także ustaleniu warunków współpracy z potencjalnym Autoryzowanym Partnerem;
- Oprogramowanie wymagające dla realizacji usługi posiadania statusu Autoryzowanego Partnera stanowi niewielką część Systemu.

Odwołujący dla wykazania okoliczności stanowiących uzasadnienie zarzutu przedstawił korespondencję, z wybranymi Autoryzowanymi Partnerami Comarch S.A.. Odwołujący przywoływał także inne postępowanie, w których izba orzekła nakaz zmiany SWZ.

Izba stwierdza, że:

Odwołujący nie wykazał, o czym było wyżej, że nie jest możliwe nabycie produktów/ usług Comarch S.A., w tym w szczególności na potrzeby realizacji usługi w ramach Postępowania od Autoryzowanego Partnera Comarch S.A. ani, że nie jest możliwe uzyskanie takiego statusu przez wykonawcę samodzielnie. Izba stwierdza, że sam fakt posiadania określonego statusu, potwierdzającego posiadanie odpowiednich umiejętności i kwalifikacji do realizacji usługi i oczekiwanie przez zamawiających posiadania takowego nie przesądza o naruszeniu Ustawy w sytuacji, w której posiadanie takiej autoryzacji jest uzasadnione przedmiotem zamówienia. Wykonawca nie

wykazał, że brak jest takiego uzasadnienia. Izba stwierdziła także w oparciu o stanowiska zamawiającego i przystępującego, niezakwestionowane przez odwołującego, i znajdujące oparcie w doświadczeniu życiowym, że posiadanie autoryzacji przez podmioty świadczące określonego typu usługi w branży IT, dystrybucji i obsługi oprogramowania, jest standardem na rynku. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że nabycie statusu autoryzowanego partnera przez odwołującego albo innego wykonawcę jest niemożliwe lub w jakikolwiek sposób utrudnione dla podmiotów spoza grupy kapitałowej Comarch lub, że w stosunku do wykonawców, w tym również spoza grupy kapitałowej Comarch< stosowane są różne warunki nieuzależnione od obiektywnych cech a wynikające z faktu nie bycia członkiem grupy kapitałowej, ani, że istnieje ryzyko stosowania przez Comarch S.A. w stosunku do wykonawców praktyk ograniczających lub uniemożliwiających nadanie statusu a nabywanie w ramach partnerstwa produktów odbywa się na dyskryminujących warunkach. Odwołujący nie wykazał nawet, aby nabycie statusu nie było możliwe w rozsądnym czasie. Izba jeszcze raz zwraca uwagę, że na konkurencyjność Postępowania wpływa pozytywnie także możliwość realizacji usług, dla których realizacji niezbędne jest posiadania statusu partnera autoryzowanego Comarch S.A. samodzielnie i w ramach konsorcjum a także przez podwykonawców, co dopuszczone zostało przez zamawiającego zmianą z 30 czerwca 2025r.

Powszechnie zaś przyjmuje się, że prawem i obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb, nawet gdyby powodowało to, że np. nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży lub nie wszyscy wykonawcy będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia lub cechy wykonawcy niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia są podyktowany uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia czy sposób jego realizacji, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić (por. Wyrok KIO z 12.08.2021 r., KIO 2053/21). Potrzeby zamawiającego z natury rzeczy nie muszą się pokrywać z możliwościami zainteresowanych wykonawców funkcjonujących na rynku produktów odpowiadających przedmiotowi zamówienia (por Wyrok KIO z 13.10.2021 r., KIO 2814/21) Odwołujący nie wykazał, że wymagania określone przez zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji, a to zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał także, że oczekiwanie zamawiającego utrzymania systemu opartego na istniejących w nim oprogramowaniach, także z dopuszczeniem podwykonawstwa, narusza Ustawę w tym normę art. 99 w zw. z art. 16 Pzp.

W zakresie zarzutu 3.2. lit. g) izba wskazuje, że zarzut ten nie jest uzasadniony. Opiera się on na ogólnikowym twierdzeniu braku zasadności wprowadzenia wymagania znajomości języka polskiego oraz sprzeczności z przepisami traktatowymi UE.

Izba stwierdza, że w Postępowaniu zamawiający uprawniony był do wprowadzenia wymagania w oparciu o art. 112 ust. 1 Pzp, co uzasadnia założony przez zamawiającego sposób realizacji zamówienia i jego skomplikowany charakter a dopuszczenie posługiwania się językiem obcym z udziałem tłumacza może wpływać negatywnie na sposób realizacji zamówienia, w tym także wydłużać spotkania personelu zamawiającego i wykonawcy.

W sprawie bezspornym jest, że:

1. Jako język Umowy oraz język stosowany podczas jej realizacji został wskazany język polski (zob. § 6 ust. 18 PPU);
2. Interfejs Systemu ZIPLA, struktury danych, jak i dokumentacja tego systemu są w języku polskim;

Izba dalej ustaliła, że:

3. dokumentacja Systemu ZIPLA zawiera szereg określeń, których przetłumaczenie z zachowaniem sensu specyfiki zagadnienia może być trudna a dokumentacja Systemu ZIPLA zawiera opisy procesów biznesowych, obiektów informacyjnych i wymagań funkcjonalnych na poziomie, który wymaga uszczegółowienia w trakcie dalszych prac z wykonawcą, a ta wiąże się nie tylko z językiem programowania i charakterystycznym dla osób funkcjonujących na rynku informatycznym lecz przede wszystkim kwestiami funkcjonowania i załatwiania spraw należących do zakresu Bankowego Funduszu Gwarancyjnego, których znajomość nie jest powszechna, a których zrozumienie może być niezbędne dla modyfikacji systemu i wymaga bezpośredniej i szybkiej komunikacji personelu wykonawcy z personelem zamawiającego, mających postać także spotkań bezpośrednich (gdzie wymagane jest zabezpieczenie tajemnicy) i częstotliwych, którą to okoliczność izba ustaliła dając wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, znajdującym oparcie w opisie przedmiotu zamówienia i kompetencjach personelu wykonawcy oraz zasadach zachowania tajemnicy zawodowej oraz innych wynikających z ustawy z 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (art. 320, art. 320a oraz art. 321) a także spójnych z doświadczeniem życiowym i logiką, wskazujących na łatwość i szybkość porozumiewania się w języku polskim z personelem zamawiającego władającym tym

językiem. Zamawiający wskazywał, że niewystarczająca jest „biegła znajomość języka programistycznego i terminologii informatycznej stosowanej wśród informatyków, ale konieczne jest również rozumienie specyfiki poszczególnych procesów biznesowych czy terminologii finansowej. Komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą to nie tylko spotkania koordynacyjne, podczas których można korzystać z pomocy tłumacza, ale również bieżąca (robocza) współpraca pomiędzy Zamawiającym a członkami Zespołu Wykonawcy. Realizacja umowy z udziałem tłumaczy, jak domaga się Odwołujący, wydłuży czas świadczenia usług i zwiększy koszty zarówno po stronie Odwołującego, co zostanie skalkulowane w ofercie, jak i z punktu widzenia kosztów Zamawiającego, gdyż Zamawiający do kosztów wynikających bezpośrednio z umowy będzie musiał doliczyć koszty związane z czasem pracy pracowników Zamawiającego zaangażowanych w proces. „ Izba w wyżej wskazanych względów podzieliła stanowisko zamawiającego.

W zakresie zarzutu 3.2. lit. g) izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, aby wymóg biegłego posługiwania się językiem polskim prowadził do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, bądź też był nieproporcjonalny do celu, jakiemu ma służyć w trakcie realizacji zamówienia. Zarzut był ogólnikowy. Odwołujący oprócz własnych twierdzeń nie wskazał i nie wykazał, okoliczności, które potwierdziłyby brak uzasadnienia wymagania i wpływ tegoż na ograniczenie konkurencyjności.

Reasumując, w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W ocenie izby w niniejszej sprawie, w oddalonym zakresie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców". Odwołanie nie może opierać się na ogólnikowych twierdzeniach i przekonaniu odwołującego co do ich słuszności. Twierdzenia, na których odwołujący opiera zarzuty powinny być skonkretyzowane i muszą znaleźć potwierdzenie w materiale dowodowym. Rolą izby nie jest poszukiwanie faktów i dowodów na okoliczności, które uzasadnić mają twierdzenia odwołania. W tej sprawie w zakresie zarzutów oddalonych dowody nie były wystarczające dla wykazania słuszności zarzutów.

Izba orzekła na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 z uwzględnieniem art. 554 ust. 1 pkt. 1) i 2) Ustawy. Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 7 ust. 5 i w oparciu o § 5 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). Izba rozstrzygnęła o kosztach rozdzielając je po połowie mając na uwadze zakres zarzutów objętych odwołaniem w oparciu o wagę i rodzaj zarzutu uwzględnionego i oddalonych.

Mając na uwadze powyższe izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....

Członkowie: .....

.....