

**WYROK**

**z dnia 15 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2012 r. przez wykonawcę: **Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A**, w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7**,

przy udziale wykonawcy **AMG.net S.A., 90-554 Łódź, ul. Łąkowa 29** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na:**

- 1.1. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez nowe zdefiniowanie pojęcia „Czas pracy”, jako – czasokres w godzinach lub dniach liczony od czasu dokonania Zgłoszenia do czasu usunięcia Wady lub dostarczenia Obejścia eliminującego negatywne skutki Wady potwierdzonego podpisaniem protokołu odbioru naprawy oraz uaktualnienia danych w Systemie BE. O ile w szczegółowych zapisach nie określono inaczej, Czas Naprawy wynosi odpowiednio:

- dla Awarii – 12 godzin,

- dla Błędów – 48 godzin,
- dla Usterek – 7 Dni.

Czas Naprawy liczony jest nieprzerwanie od momentu dokonania Zgłoszenia, z zastrzeżeniem, że w przypadku Zgłoszenia Awarii w dniu ustawowo wolnym od pracy czas ten liczony jest od godziny 08:00 w następnym Dniu Roboczym, jeżeli dla danego elementu Systemu nie zastrzeżono dostępności serwisu w trybie 24x365.

- 1.2. dodanie w §1 istotnych postanowień umowy definicji pojęcia „Obejście” – jako tymczasowe rozwiązanie w postaci aktualizacji kodu lub zastosowanie oprogramowania/narzędzia pomocniczego w celu złagodzenia negatywnych skutków działania oprogramowania umożliwiające realizację co najmniej 80% typowych transakcji/zleceń.
- 1.3. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez zdefiniowanie pojęcia „Parametryzacja Systemu” - jako dostosowanie Systemu do specyfiki potrzeb Zamawiającego poprzez zmiany dostępnych dla Zamawiającego ustawień konfiguracyjnych w sposób szczegółowo opisany w Projektach Technicznych lub Dokumentacji Systemu.
- 1.4. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez zdefiniowanie pojęcia „Usługi Serwisowe/Serwis” – jako jednolite warunki dla świadczenia usług na warunkach opisanych w Załączniku numer 4 do Umowy dla całości Systemu i wszystkich jego elementów.
- 1.5. modyfikacji § 7 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 7 Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć i utrzymywać System z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności, tak, aby:
  - 1) zapewniał zaspokojenie potrzeb Zamawiającego opisanych w SIWZ wraz z wnioskami o wyjaśnienie treści SIWZ i złożonej Ofercie oraz niniejszą Umową;
  - 2) zabezpieczał integralność, poufność i bezpieczeństwo danych;
  - 3) gwarantował stabilną i wydajną pracę;
  - 4) był on otwarty, w szczególności umożliwiał dołączenie nowych funkcjonalności oraz integrację z innymi systemami, i skalowalny tj. umożliwiający obsługę przez System większej liczby klientów lub rachunków w wyniku rozbudowy jedynie infrastruktury sprzętowej bez konieczności modyfikacji Oprogramowania Standardowego lub Oprogramowania Dedykowanego;
  - 5) pozwalał na dalszy rozwój i rozbudowę funkcjonalności Systemu siłami Personelu BGK o odpowiednim przygotowaniu informatycznym lub na zlecenie BGK;

- 6) pozwalał na swobodny i konkurencyjny wybór firmy wspierającej w przyszłości rozwój i utrzymanie zamawianego Systemu, jakiegokolwiek postanowienia i zapisy Umowy oraz jakichkolwiek dokumentów ograniczających technicznie lub prawnie swobodę takiego wyboru są bezskuteczne;
  - 7) zapewniał Zamawiającemu nieograniczony dostęp do danych gromadzonych w Systemie w trakcie eksploatacji Systemu.”
- 1.6. modyfikacji § 9 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 9 Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, iż celem BGK jest otrzymanie Systemu, który będzie podlegał dalszemu rozwojowi przez kilkuletni Okres następujący po wykonaniu umowy. Wykonawca gwarantuje niniejszym, że Oprogramowanie Standardowe i Dedykowane będą utrzymywane i rozwijane co najmniej do 31 grudnia 2018 r. Ponadto w ramach powyższego obowiązania i w tym okresie Wykonawca zapewni, że Oprogramowanie Standardowe i Dedykowane będzie zgodne z opublikowanymi w tym czasie kolejnymi wersjami Oprogramowania Bazodanowego i Systemowego, a w braku zgodności – zapewni taką zgodność w ramach wynagrodzenia określonego w niniejszej Umowie na żądanie Zamawiającego w okresie do 6 miesięcy od daty takiego żądania. W razie naruszenia powyższych zobowiązań, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% łącznego wynagrodzenia brutto za przedmiot Umowy. Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania w wysokości przewyższającej wykość zastrzeżonej kary umownej.”.
- 1.7. modyfikację § 13 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie warunków odstąpienia z uwagi na niewykonanie zamówienia.
- 1.8. modyfikację § 28 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie częstotliwości występowania działań kontrolnych, audytów lub testów.
- 1.9. modyfikacji § 32 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 32. Z uwzględnieniem zobowiązań BGK, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zarządzanie i realizację Umowy, w szczególności za zapewnienie poprawnej realizacji potrzeb BGK zdefiniowanych w SIWZ i Umowie, opracowanie Planu Wdrożenia i Projektów Technicznych, przeprowadzenie szkoleń, poprawne zainstalowanie i wdrożenie Systemu oraz zapewnienie serwisu Systemu.”.

- 1.10. modyfikację § 43 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie przesłanek uzasadniających zmianę Kierownika Projektu Wykonawcy oraz osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego o przesłanki wynikające z Kodeksu pracy.
- 1.11. modyfikację Istotnych postanowień umowy poprzez wykreślenie § 57.
- 1.12. modyfikację § 63 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 63 Jeżeli BGK nie wykonuje lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązania w zakresie współpracy z Wykonawcą, co będzie miało istotny wpływ na możliwość wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności w zakresie dotrzymania terminów, Wykonawca wezwie BGK do wykonania takiego zobowiązania, określając zakres działań, których wymaga i i wyznaczając odpowiedni termin, umożliwiając wykonanie takiego zobowiązania, nie krótszy niż 20 Dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu, Wykonawca może wstrzymać się od wykonywania Umowy i wyznaczyć dodatkowy termin, nie krótszy niż 40 Dni. Po upływie tego dodatkowego terminu. Wykonawca ma prawo odstąpić od Umowy. Wyłącza się odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu zmiany terminów wynikających z okoliczności określonych niniejszym paragrafem.”.
- 1.13. modyfikację § 69 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 69 W ramach Fazy I Etapu I, Wykonawca w terminie uzgodnionym przez Strony, ale nie dłuższym niż 30 dni od wezwania przez Zamawiającego, dostarczy nośniki z Oprogramowaniem Standardowym oraz zapewni wsparcie podczas jego instalacji i parametryzacji przez pracowników BGK na serwerze wskazanym przez Zamawiającego.”.
- 1.14. modyfikację §§ 104-109 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie pojęcia „transfer wiedzy” oraz określenie przesłanek po spełnieniu których zamawiający uzna, że wykonawca prawidłowo przeprowadził transfer wiedzy.
- 1.15. modyfikację § 116 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 116 Podstawą do wystawienia faktury będą odpowiednie protokoły odbioru podpisane przez Strony bez zastrzeżeń, o ile dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Wynagrodzenie jest zawsze płatne z dołu, tj. po wykonaniu świadczenia.”.
- 1.16. modyfikację § 117 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:  
„§ 117 Płatności wynikające z Umowy będą dokonywane na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączono kopię protokołu odbioru, o ile

dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Brak dołączonych kopii takich dokumentów może stanowić podstawę do odmowy przyjęcia faktury przez BGK.”.

1.17. modyfikację § 140 Istotnych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów:

„(...)zgodnie z wzorem takiej umowy przedstawionym przez BGK”.

1.18. modyfikację § 7 Załącznika nr 3 do Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 7 Wykonawca zobowiązuje się przekazać BGK w cenie licencji kompletne kody źródłowe Oprogramowania Standardowego umożliwiające budowanie nowych, modyfikację dostarczonych produktów i funkcji dostępnych dla użytkownika niezależnie od Wykonawcy, nowych produktów na zasadach identycznych jak dostarczone przez Wykonawcę oraz pełne Oprogramowania Dedykowanego i interfejsów Systemu wraz z ich opisem i komentarzem oraz prawem do dokonywania zmian i wytwarzania produktów zależnych w instalacji Zamawiającego, najpóźniej z chwilą udzielenia licencji. Struktura i organizacja kodów źródłowych musi być czytelna dla Zamawiającego i łatwa do rozbudowy (kod musi być odpowiednio uporządkowany, a organizacja i elementy języka przejrzyste). Opis i komentarz muszą umożliwiać ich samodzielną interpretację, modyfikację, tworzenie oprogramowania zależnego i rozwój przez BGK i powinny zawierać w szczególności: opis architektury Systemu, opis zawartości, budowy i organizacji kodu źródłowego poszczególnych programów komputerowych, opis poszczególnych plików programów, opis klas, zmiennych i atrybutów klas, opis protokołów transmisji danych, oraz opis struktury baz danych Systemu.”.

1.19. modyfikację pkt 14.5.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia:

„14.5.10. Zamawiający przewiduje przeprowadzanie jednej demonstracji dziennie. Zamawiający przewiduje, że demonstracje kolejnych Wykonawców będą odbywały się w kolejnych dniach (poza dniami ustawowo wolnymi od pracy). Czas demonstracji nie może przekroczyć 8 godzin od chwili rozpoczęcia prezentacji, z zastrzeżeniem pkt 1 14.5.11. Zamawiający nie przewiduje dzielenia sesji na części ani organizowania dodatkowych sesji, z zastrzeżeniem pkt 14.5.12. Po przeprowadzeniu demonstracji, Komisja w obecności Wykonawcy zapozna się także z materiałami wygenerowanymi przez Próbkę podczas prezentacji i przekazanymi Komisji na nośniku danych.”.

1.20. po pkt 14.5.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodać pkt 14.5.12. w brzmieniu:

„14.5.12. Zamawiający podczas demonstracji próbki dopuszcza maksymalnie 2 przerwy, których czas nie wlicza się do czasu demonstracji. O przerwę wnioskować może każda ze stron. Podczas przerw strony muszą opuścić pomieszczenia, których przeprowadzana jest demonstracja. Łączny czas przerw nie może przekroczyć 45 minut a łączny czas demonstracji, wraz z pracami naprawczymi określonymi w pkt 15.5.11., nie może przekroczyć 10 godzin.”.

- 1.21. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenia defBank-Pro, Def 2000 lub Def 2000 Pro zastąpić określeniem „Centralny System Bankowy (CSB)”.
- 1.22. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenie def3000/CEB zastąpić określeniem „System Bankowości Elektronicznej (System BE)”.
- 1.23. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenie def API zastąpić określeniem „Usługi udostępnione przez Zamawiającego poprzez Webservice (w tym szynę ESB)”.

**2. kosztami postępowania obciąża Bank Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Banku Gospodarstwa Krajowego, 00-955 Warszawa, Al. Jerozolimskie 7** na rzecz **Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** kwotę 18.600,00 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania w tym koszty zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, pod nazwą: „Nowa Bankowość Elektroniczna”.

W następstwie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2012 r., zaprosił do składania ofert pięciu wykonawców przekazując im jednocześnie specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej także „SIWZ”].

W dniu 16 lutego 2012 r., wobec postanowień treści SIWZ i załączników do niej odwołanie złożył wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także „Pzp”], art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 29 ust. 1 - 3 Pzp, art. 36 ust. 5 Pzp oraz art. 5, art. 353<sup>1</sup>, art. 471, art. 483 ust. 1, art. 484 ust. 1 art. 58 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnosił o:

- 1) „nakazanie Zamawiającemu zmiany definicji „Czas naprawy” określonej w § 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, poprzez jej dostosowanie do pozostałych postanowień Wzoru Umowy, w tym Załącznika 5, określającego terminy na dokonanie odbioru przez Zamawiającego. W obecnym brzmieniu nie jest możliwe sprostanie wymogom Czasu Naprawy dla Awarii (12 godzin), dla Błędów (48 godzin) i Usterek (7 dni), podczas gdy Umowa nie określa w sposób precyzyjny i jednoznaczny terminu, w którym Zamawiający dokonuje odbioru naprawy;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany definicji „Komitet Sterujący” określonej w § 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, poprzez usunięcie słów: „oraz regulacjami Zamawiającego.”;
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany definicji „Parametryzacja Systemu” określonej w § 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, poprzez usunięcie ostatniego zdania;
- 4) nakazanie Zamawiającemu zmiany definicji „Usługi Serwisowe/Serwis” określonej w § 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, poprzez jej doprecyzowanie lub wskazanie, które usługi wchodzi w zakres tej definicji;
- 5) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowień § 7 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapisy o treści: „1) zapewniał zaspokojenie potrzeb Zamawiającego opisanych SIWZ wraz z wnioskami o wyjaśnienie treści SIWZ i złożonej Ofercie oraz niniejszą Umową; 2) zabezpieczał integralność, poufność i bezpieczeństwo danych; 3) gwarantował stabilną pracę; 4) pozwalał na



- dalszy rozwój i rozbudowę funkcjonalności Systemu; 5) zapewniał Zamawiającemu nieograniczony dostęp do danych gromadzonych w Systemie w trakcie eksploatacji Systemu.";
- 6) nakazanie Zamawiającemu zmiany Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez wykreślenie § 9 w całości,
  - 7) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 13 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Każda ze Stron ponosi odpowiedzialność za treść i zawartość merytoryczną wszelkich dokumentów i specyfikacji przekazywanych Stronie drugiej, a także za nieterminowe i nierzetelne wykonywanie przydzielonych jego pracownikom lub współpracownikom uzgodnionych zadań.";
  - 8) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 15 ust. 4 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ w brzmieniu: „4. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać zalecenia zgłoszone przez Komisję Nadzoru Finansowego w wyniku przeprowadzonych kontroli oraz informować BGK o etapie realizacji zaleceń i jej ukończeniu." poprzez dodanie na końcu zdania: „Zamawiający pokryje wszelkie koszty poniesione przez Wykonawcę w związku z realizacją zaleceń, o których mowa powyżej.";
  - 9) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 16 ust. 6 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „6. Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zaleceń i rekomendacji wydanych przez komórkę kontroli wewnętrznej BGK, o ile te zalecenia wynikają z ustalenia, że Wykonawca wykonuje Umowę nienależycie lub niezgodnie z wytycznymi Komisji Nadzoru Finansowego, po wcześniejszym ustaleniu jego zakresu i kosztów wdrożenia z Wykonawcą. Wykonawca poniesie koszt wdrożenia powyższych zaleceń jedynie w przypadku, gdy zalecenia, rekomendacje lub wytyczne Komisji Nadzoru Finansowego będą wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązuje się informować BGK o etapie realizacji zaleceń i jej ukończeniu.";
  - 10) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 19 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Wykonawca zobowiązuje się do Wdrożenia Systemu w sposób zapewniający funkcjonalności określone w Umowie, w szczególności w SIWZ (OPZ), Ofercie oraz uszczegółowione w Planie Wdrożenia i Projektach Technicznych. Opracowując Plan Wdrożenia i Projekty Techniczne, Wykonawca uwzględni wszystkie kwestie i wymagania opisane w Umowie. Jakakolwiek zmiana istotnych postanowień zawartych w Umowie możliwa jest wyłącznie na zasadach opisanych w ROZDZIAŁ 16. Odejście od wymagań zawartych w Umowie wymaga wyraźnego i jednoznacznego wskazania faktu odejścia od wymagań Umowy i uprzedniego uzgodnienia tego odejścia z BGK.";

- 11) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 23 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „W toku realizacji prac objętych przedmiotem Umowy, każda ze Stron obowiązana jest na bieżąco informować drugą Stronę o wszelkich zagrożeniach, trudnościach czy przeszkodach związanych z wykonywaniem Umowy, w tym także okolicznościach leżących po stronie BGK, które mogą mieć wpływ na jakość, termin bądź zakres prac. Wykonawca jest zobowiązany również do informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach, które mogłyby mieć niekorzystny wpływ na usługi świadczone na rzecz Zamawiającego i jego klientów. Informacje te powinny być przekazywane na piśmie Kierownikowi Projektu. Każda ze Stron jest zobowiązana niezwłocznie przedsięwziąć kroki w celu usunięcia przeszkód związanych z wykonaniem Umowy, leżących po jej stronie, a zgłoszonych przez drugą Stronę.”;
- 12) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 27 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, na zapis o treści: „§ 27. 1. Powierzenie przez Wykonawcę wykonania części Przedmiotu Umowy Podwykonawcy, wymaga każdorazowo zawiadomienia Zamawiającego. 2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechanie Podwykonawcy jak za działania własne. 3. Za podwykonawcę nie będą uważane osoby fizyczne, świadczące usługi dla Wykonawcy w ramach prowadzonej osobiście działalności gospodarczej (jednoosobowa działalność gospodarcza, spółka cywilna), nawet jeżeli osobiście wykonują całość prac na rzecz Wykonawcy.”;
- 13) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 28 ust. 1 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez zmianę brzmienia ostatniego zdania w sposób następujący: „Jeżeli jednak w wyniku przeprowadzonej kontroli, audytu lub testu zostaną stwierdzone nieprawidłowości w wykonywaniu Umowy przez Wykonawcę, koszty przeprowadzonej przez Zamawiającego kontroli, audytu lub testu poniesie Wykonawca, po ich uprzednim uzgodnieniu i akceptacji przez Wykonawcę.”;
- 14) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 28 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, poprzez dodanie ustępu 4, o następującej treści: „4. Działania kontrolne, audyt lub testy, o których mowa w niniejszym paragrafie, przeprowadzane mogą być nie częściej niż raz na 6 miesięcy.”;
- 15) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 32 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na następujące brzmienie: „Z uwzględnieniem zobowiązań BGK, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zarządzanie i realizację Umowy, w szczególności za opracowanie Planu Wdrożenia i Projektów Technicznych, przeprowadzenie szkoleń, poprawne zainstalowanie i wdrożenie Systemu oraz zapewnienie serwisu Systemu.”;

- 16) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 33 do § 35 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, w taki sposób, aby zapewnić wykonawcy możliwość uczestnictwa w Komitecie Sterującym na równych prawach z Zamawiającym i możliwość udziału w podejmowaniu decyzji w kluczowych kwestiach dotyczących realizacji umowy;
- 17) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 40 do § 44 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez ich wykreślenie.;
- 18) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 55 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez jego wykreślenie;
- 19) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 56 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „BGK zobowiązany jest do współdziałania z Wykonawcą w zakresie i na warunkach określonych w Umowie wraz z załącznikami oraz Ofercie i Planie Wdrożenia. BGK nie jest zobowiązany do podejmowania w związku z Umową działań wykraczających poza powyżej wskazany zakres działań, chyba, że będzie to konieczne do właściwego wykonania Umowy przez Wykonawcę.”;
- 20) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 57 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez jego wykreślenie.;
- 21) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 63 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Jeżeli BGK nie wykonuje lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązania w zakresie współpracy z Wykonawcą, co będzie miało istotny wpływ na możliwość wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności w zakresie dotrzymania terminów, Wykonawca wezwie BGK do wykonania takiego zobowiązania, określając zakres działań, których wymaga i wyznaczając odpowiedni termin, umożliwiając wykonanie takiego zobowiązania, nie krótszy niż 20 Dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu, Wykonawca może wstrzymać się od wykonywania Umowy i wyznaczyć dodatkowy termin, nie krótszy niż 40 Dni. Po upływie tego dodatkowego terminu, Wykonawca ma prawo odstąpić od Umowy. Wyłącza się odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu zmiany terminów wynikających z okoliczności określonych niniejszym paragrafem. Wyłącza się odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu zmiany terminów wynikających z okoliczności określonych niniejszym paragrafem.”;
- 22) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 69 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „W ramach Fazy I Etapu I, Wykonawca w terminie uzgodnionym przez Strony, dostarczy nośniki z Oprogramowaniem Standardowym oraz zapewni wsparcie podczas jego instalacji i parametryzacji przez pracowników BGK na serwerze wskazanym przez Zamawiającego.”;

- 23) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 71 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez jego usunięcie;
- 24) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 77 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez jego usunięcie,
- 25) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 78 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Odbiór Planu Wdrożenia stanowi warunek odbioru innych Faz. BGK zobowiązuje się odebrać Plan Wdrożenia nie później niż w terminie 5 dni od daty jego otrzymania.”;
- 26) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 80 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Opracowana przez Wykonawcę dokumentacja powinna zostać przekazana w formie papierowej (po jednym egzemplarzu dla każdego tomu opracowania) oraz w formie elektronicznej na nośniku CD-ROM w formacie MS Word oraz PDF z prawem do jej powielania w ramach BGK i udostępniania w niezbędnym zakresie podmiotom realizującym usługi powiązane z funkcjonowaniem Systemu, o ile jest dopuszczalne w ramach warunków producenta.”;
- 27) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 93 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „W Okresach Stabilizacji, Zamawiający wraz z Wykonawcą będzie kontrolował działanie Systemu. Okres Stabilizacji trwa 3 miesiące dla każdego z Etapów wdrożenia Systemu BE od chwili zakończenia Etapu (odbioru wszystkich Faz wchodzących w skład Etapu). W Okresie Stabilizacji Wykonawca będzie usuwał Wady, ułatwiał użytkownikom wdrożenie się do pracy i udzielał informacji na temat działania Systemu zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 4 do Umowy. Ponadto Wykonawca zapewni przemienną obecność swoich konsultantów nie rzadziej niż raz w tygodniu dla każdej ze specjalności, w taki sposób by we wszystkie w Dni Robocze w godzinach 8:00 - 18:00 co najmniej jeden z nich był obecny u Zamawiającego i mógł udzielać porad i konsultacji w zakresie obsługi Systemu oraz na bieżąco usuwać ewentualne Wady.”;
- 28) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 94 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Podstawą ukończenia każdego Okresu Stabilizacji jest uznanie Systemu (czyli wszystkich elementów już odebranych oraz dodatkowo aktualnie stabilizowanych) za stabilny. System uważany jest za stabilny, a Okres Stabilizacji uważany jest za zakończony pozytywnie, jeżeli przez cały okres ostatniego miesiąca kalendarzowego Okresu Stabilizacji stwierdzony zostanie: 1) 1 Awaria, 2) wystąpienie mniej niż 20 Błędów, 3) wystąpienie mniej niż 50 Usterek.”;
- 29) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 96 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez jego wykreślenie.;

- 30) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 105 do § 109 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ poprzez ich wykreślenie.;
- 31) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 114 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Wynagrodzenie określone w § 110 Umowy oraz ceny wyszczególnione w formularzu OFERTA będącym załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartym w Ofercie w okresie obowiązywania Umowy podlegają zmianom z tytułu zmiany stawki VAT.”;
- 32) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 116 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Podstawą do wystawienia faktury będą odpowiednie protokoły odbioru podpisane przez Strony bez zastrzeżeń, o ile dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Wynagrodzenie jest zawsze płatne z dołu, tj. po wykonaniu świadczenia.”;
- 33) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 117 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Płatności wynikające z Umowy będą dokonywane na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączono kopię protokołu odbioru, o ile dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Brak dołączonych kopii takich dokumentów może stanowić podstawę do odmowy przyjęcia faktury przez BGK.”;
- 34) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 121 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Jeżeli BGK nie dokona płatności w terminie, Wykonawca ma prawo do naliczenia odsetek ustawowych od zaległej płatności.”;
- 35) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 122 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Jeżeli BGK nie dokona zapłaty wymagalnego zobowiązania BGK w ciągu 60 dni od daty wymagalności, wówczas Wykonawca niezależnie od prawa do naliczenia odsetek może się wstrzymać z wykonaniem własnych zobowiązań wobec BGK.”;
- 36) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 123 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Jeżeli BGK nie dokona zapłaty wymagalnego zobowiązania BGK w ciągu 90 dni od daty wymagalności, wówczas Wykonawca niezależnie od prawa do naliczenia i dochodzenia odsetek może odstąpić od niniejszej Umowy. Odstąpienie jest skuteczne z chwilą pisemnego powiadomienia o tym fakcie BGK.”;
- 37) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 125 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Z zastrzeżeniem postanowień bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, Wykonawca odpowiada za szkody wyrządzone Zamawiającemu do wartości odpowiadającej 100% wynagrodzenia

wskazanego w § 115 Umowy. Powyższe ograniczenie nie dotyczy odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez Wykonawcę klientom Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami ustawy Prawo bankowe.";

- 38) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 128 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „W przypadku opóźnienia w usuwaniu Wad w okresie gwarancji i Okresach Stabilizacji, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci BGK karę umowną w wysokości: 1) w przypadku Awarii -2000 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Awarii, 2) w przypadku Awarii, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji - 500 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Awarii, 3) w przypadku Błędów - 500 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Błędu, 4) w przypadku Błędów, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji - 200 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Błędu, 5) w przypadku Usterek - 200 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Usterki, 6) w przypadku Usterek, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji - 100 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Usterki.";
- 39) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 132 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „W razie odstąpienia przez BGK od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci BGK karę umowną w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy. W razie odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi BGK, BGK na żądanie Wykonawcy zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy.";
- 40) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 140 Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ na zapis o treści: „Strony zobowiązują się do zapewnienia przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych. Umowa nie obejmuje swoim zakresem przetwarzania przez Wykonawcę danych osobowych, których administratorem jest Zamawiający. W przypadku, gdyby okazało się, iż do realizacji Umowy konieczne jest przetwarzanie przez Wykonawcę danych osobowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, co do których BGK pełni rolę Administratora Danych lub podmiotu przetwarzającego przedmiotowe dane osobo-we na zlecenie osób trzecich (tzw. „procesora"),

Wykonawca zobowiązany będzie, przed przystąpieniem do przetwarzania danych, do poinformowania o tej okoliczności BGK i zawarcia z BGK umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, określającej zakres, cel i sposób przetwarzania danych osobowych. Strony postanawiają, iż realizacja umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych odbywać będzie się w ramach Wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy, a Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania od BGK dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Wykonawca nie może rozpocząć przetwarzania danych osobowych odnośnie których BGK pełni funkcję Administratora Danych przed zawarciem z BGK umowy o powierzenie przetwarzania danych w celu realizacji Umowy i uzyskaniem podstaw prawnych takiego przetwarzania danych osobowych.";

- 41) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Wzoru Umowy poprzez usunięcie w całości postanowień § 129, § 130, § 131, § 131, § 142, §§ 145-147, § 149, § 153, § 156, § 159, § 162. § 165;
- 42) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Wzoru Umowy, poprzez nadanie następującego brzmienia § 145: „§ 145. Zamawiający może odstąpić od Umowy wyłącznie w przypadkach wskazanych w niniejszej Umowie jak również w przypadkach wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, z zachowaniem jednak procedur opisanych w Umowie. Wszystkie inne podstawy odstąpienia od Umowy zostają niniejszym wyłączone.";
- 43) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Wzoru Umowy, poprzez nadanie następującego brzmienia §. 156: „§ 156. W przypadku zabezpieczenia w postaci gwarancji lub poręczeń, gdy zbliża się termin wygaśnięcia zabezpieczenia, a brak jest podstaw do zwrotu zabezpieczenia, Wykonawca zobowiązany jest, na 30 dni przed terminem wygaśnięcia zabezpieczenia, do przedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia na dalszy okres obowiązywania Umowy";
- 44) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Wzoru Umowy, poprzez dodanie następującego zdania na końcu §. 156 ust. 3. „Nie dotyczy to sytuacji w której przyczyną decyzji KNF działania lub zaniechania Zamawiającego.";
- 45) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Załącznika nr 3 do Wzoru Umowy poprzez:
  - usunięcie § 7 i §. 8, - dodanie na końcu Załącznika §. 16 w brzmieniu: „§. 16. Zobowiązania, warunki licencyjne i prawa Zamawiającego określone w tym załączniku znajdują zastosowanie tylko o tyle, o ile są one zgodne z licencjami zapewnianymi przez producentów Oprogramowania dostarczanego, jako oprogramowania typu COTS (Commercial Of The Shelf), czyli tzw. „oprogramowanie z półki", o ile Wykonawca będzie korzystał z takiego oprogramowania realizując Umowę.";

- 46) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy poprzez:
- usunięcie §. 1 ust. 1.4, §. 2 ust. 2.4, § 3 ust 3.17, §. 4 ust. 4.5 i 4.10 oraz §. 7 ust. 7.9 i 7.10 - nadanie następującego brzmienia treści § 3 ust. 3.7: „3.7. Wykonawca jest zobowiązany do samodzielnego planowanego rozwoju Oprogramowania wchodzącego w skład Systemu, zwłaszcza w zakresie jego dostosowywania do zmian i wejścia w życie nowych przepisów prawnych oraz aktów Podmiotów Nadzoru, tak, aby umożliwić Zamawiającemu wdrożenie nowej wersji Oprogramowania najpóźniej na 7 Dni Roboczych przed datą wejścia w życie zmienionych przepisów prawnych. Jeśli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy nie będzie możliwe dotrzymanie powyższego zobowiązania, Strony mogą ustalić inny termin przekazania i wdrożenia nowej wersji Oprogramowania. Wykonawca będzie przy tym zobowiązany do realizacji powyższych postanowień o ile Strony ustalą dodatkowe wynagrodzenie należne Wykonawcy z tego tytułu.” - nadanie następującego brzmienia treści § 4 ust. 4.4, pkt f: „f) Usługi serwisowe dla danej części Systemu (modułu) będą świadczone w miejscu jej instalacji lub też zdalnie - według wyboru Wykonawcy” -nadanie następującego brzmienia treści § 6 ust. 6.3: „6.3. Instalacja, o której mowa w niniejszym paragrafie winna odbyć się w terminie uzgodnionym.”;
- 47) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Załącznika nr 5 do Wzoru Umowy poprzez takie ustalenie procedur odbioru, które umożliwią Wykonawcy realizację umowy w sposób zgodny z jej treścią, a w szczególności zachowanie oczekiwanych przez BGK poziomów usług. Alternatywnie, z uwagi na znaczącą liczbę koniecznych zmian, Odwołujący wnosi o nakazanie BGK usunięcie postanowień Załącznika nr 5 do Wzoru Umowy i dodanie do Wzoru Umowy postanowień zobowiązujących Strony do ustalenia procedur odbioru w trakcie ustalania Planu Wdrożenia. W odniesieniu do załącznika nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia;
- 48) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 1, 2, 3 i 4 do opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie będzie stanowił naruszenia zasady równości stron i uczciwej konkurencji poprzez zmianę wymagań, których przedstawienie w ramach próbki nie będzie wymagało dostarczenia w ramach próbki systemu centralnego, a w szczególności systemu centralnego określonego dostawcy, np. przez zmianę sposobu punktowania wymagań dotyczących integracji z systemem defBank PRO oraz Def2000 przez DefAPI na wymagania nie podlegające punktacji w zakresie funkcjonalności „Standardowej” (czyli takie dla których zastosowanie ma punkt 20.4.3 SIWZ

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący podnosił, iż SIWZ w tym wzór umowy zawierają postanowienia, które naruszają zasadę równości stron i w konsekwencji



uniemożliwiają złożenie mu oferty. Podnosił, że zamawiający choć uprawniony do kształtowania postanowień umownych z uprawnienia tego nie może czynić użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Odwołujący wskazywał również, iż zamawiający naruszył zasadę równości stron poprzez określenie we wzorze umowy kar umownych w maksymalnej wysokości 100% wynagrodzenia. Podnosił, że postanowienia wzoru umowy w obecnym kształcie nie tylko przesądzają o bardzo wysokim ryzyku biznesowym podpisania i wykonania umowy w obecnym kształcie, ale przesądzają o wysokim prawdopodobieństwie poniesienia strat w wyniku wykonania umowy. Ponadto w ocenie odwołującego podpisanie umowy o treści wskazanej przez zamawiającego uniemożliwi należyte wykonanie umowy. Odwołujący stwierdził, że we wzorze umowy znajduje się szereg zwrotów niedookreślonych, których interpretacja w sposób faktyczny uzależniona będzie od woli zamawiającego. Dalej odwołujący stwierdził, iż podstawową przyczyną uniemożliwiającą złożenie mu oferty jest brak posiadania licencji uprawniającej do korzystania z centralnego systemu bankowego. Wykonawca, który obecnie nie posiada takowego systemu w celu przeprowadzenia zadania próbnego polegającego na przetestowaniu systemu „bankowości elektronicznej”, czyli poprawnym działaniu aplikacji łączącej się z centralnym systemem bankowym musi na potrzeby przeprowadzenia zadania próbnego zakupić licencje w zakresie eksploatacji określonych pól systemu centralnego. Odwołujący stwierdził, że prowadzi to do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wykonawców, gdyż zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego przykładowo wykonawca Asseco Poland S.A., który zainteresowany jest uzyskaniem niniejszego zamówienia takowych licencji w celu przeprowadzenia zadania próbnego nie będzie musiał kupować, ponieważ posiada w portfolio inne rozwiązania w tym centralny system bankowy Def2000, który umożliwi mu przeprowadzenie zadania próbnego. Odwołujący nie ma możliwości zakupu licencji dotyczącej centralnego systemu bankowego. Zakupienie licencji na korzystanie z centralnego systemu bankowego, który wskazuje Zamawiający np. defBank PRO lub Def2000 jest niemożliwe. Zgodnie z najlepszą wiedzą Zamawiający zakupił podstawowy system oznaczony Def2000, który teoretycznie jedynie na potrzeby przeprowadzenia zadania próbnego mógłby zakupić Odwołujący pomimo kwestii ekonomicznych. Jednakże Odwołujący wskazuje, że Zamawiający oprócz podstawowego systemu zakupił szereg kastomizacji, czyli modyfikacji centralnego systemu uzależnionych od indywidualnych potrzeb Zamawiającego. Wobec czego niemożliwe jest zakupienie licencji, która pozwoli na eksploatację takiego samego systemu, jaki posiada Zamawiający. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, wyłączne prawo wynikające z przekazania praw autorskich do zmodyfikowanego na potrzeby Zamawiającego Banku Gospodarstwa Krajowego systemu posiada tylko Zamawiający.

Ponadto odwołujący wskazywał, że szereg postanowień SIWZ zawiera regulacje w sposób jednoznaczny identyfikujące rozwiązania jednego z potencjalnych wykonawców zamówienia. Podkreślał, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje szereg wymagań, których przedstawienie w ramach próbki wymaga dostarczenia systemu centralnego def2000, którego producentem jest Asseco Poland S.A. Powyższe dotyczy również załączników do opisu przedmiotu zamówienia nr 2, 3 i 4, zawierających szereg wymogów funkcjonalnych w zakresie integracji z defBank Pro (def2000). Odwołujący stwierdził, że weryfikacja tych wymogów nie jest możliwa do zaprezentowania dla dostawcy oferującego inny produkt niż firmy Asseco Poland S.A. Odwołujący podniósł, iż określenie opisu przedmiotu zamówienia, który w sposób pośredni, lecz ewidentny odnosi się do przedmiotu, który może zaoferować tylko jeden wykonawca, stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp. Ponadto odwołujący wskazywał, iż zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał sobie uprawnienie do ingerowania oraz akceptowania treści umowy, której nie jest stroną. Działania takie w ocenie odwołującego są nieuprawnione oraz naruszają przepisy prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazuje, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia zakazu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców, jednakże w takim przypadku Zamawiający jest jednocześnie zobowiązany do wskazania uzasadnionych podstaw do wprowadzenia zakazu wykonania zamówienia z pomocą podwykonawców, co wynika z treści art. 36 ust. 5 ustawy pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i SIWZ nie zawarł zakazu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą: „Nowa Bankowość Elektroniczna”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 kwietnia 2011 r., pod numerem 2011/S 79-130075.

W wyniku oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu do składania ofert zamawiający zaprosił następujących wykonawców:

- 1) Accenture Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Hewlett Packard Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie;
- 3) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie;
- 4) CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 5) AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi.

Wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła również, iż m.in.:

- I. w § 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający zdefiniował pojęcie „Czas naprawy”, jako: czasokres w godzinach lub dniach liczony od czasu dokonania Zgłoszenia do czasu usunięcia Wady potwierdzonego podpisaniem protokołu odbioru naprawy oraz uaktualnienia danych w Systemie BE. O ile w szczegółowych zapisach nie określono inaczej, Czas Naprawy wynosi odpowiednio: dla Awarii- 12 godzin, dla Błędów – 48 godzin, dla Usterek-7 Dni. Czas Naprawy liczony jest nieprzerwanie od momentu dokonania Zgłoszenia, z zastrzeżeniem, że w przypadku zgłoszenia Awarii w dniu ustawowo wolnym od pracy czas ten liczony jest od godziny 08:00 w następnym Dniu Roboczym, jeżeli dla danego elementu Systemu nie zastrzeżono dostępności serwisu w trybie 24x365;
- II. w § 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający zdefiniował pojęcie „Komitet Sterujący” jako: zespół sprawujący nadzór z ramienia Zamawiającego nad kierunkiem i postępowaniem prac oraz podejmujący kluczowe decyzje lub rekomendacje w zakresie realizacji Umowy, zgodnie z procedurami opisanymi w Umowie oraz regulacjami Zamawiającego;
- III. w § 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający zdefiniował pojęcie „Parametryzacja systemu”, jako: dostosowanie Systemu do specyfiki potrzeb Zamawiającego poprzez zmiany dostępnych dla Zamawiającego ustawień konfiguracyjnych w sposób szczegółowo opisany w Projektach Technicznych lub Dokumentacji Systemu. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że wszystkie prace programistyczne, stanowią rozwój Oprogramowania Dedykowanego, a nie Parametryzację Systemu;
- IV. w § 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ zamawiający zdefiniował pojęcie „Usługi Serwisowe/Serwis”, jako: jednolite warunki dla świadczenia usług na warunkach opisanych w Umowie dla całości Systemu i wszystkich jego elementów;
- V. § 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 7 Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć i utrzymywać System z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności, tak, aby:
  - 1) był on nowoczesny rozwojowy oraz zapewniał zaspokojenie potrzeb Zamawiającego opisanych SIWZ wraz z wnioskami o wyjaśnienie treści SIWZ i złożonej Ofercie oraz niniejszą Umową;
  - 2) zabezpieczał integralność, poufność i bezpieczeństwo danych;
  - 3) gwarantował stabilną i wydajną pracę;
  - 4) był on zgodny z pozostałymi rozwiązaniami wykorzystywanymi w BGK;

- 5) był on otwarty i skalowalny, w szczególności umożliwiał łatwe dołączenie nowych funkcjonalności oraz łatwą integrację z innymi systemami;
- 6) pozwalał na dalszy rozwój i rozbudowę funkcjonalności Systemu siłami Personelu BGK lub na zlecenie BGK;
- 7) pozwalał na swobodny i konkurencyjny wybór firmy wspierającej w przyszłości rozwój i utrzymanie zamawianego Systemu. Jakikolwiek postanowienia i zapisy Umowy oraz jakichkolwiek dokumentów ograniczających technicznie lub prawnie swobodę takiego wyboru są bezskuteczne;
- 8) zapewniał Zamawiającemu nieograniczony dostęp do danych gromadzonych w Systemie w trakcie eksploatacji Systemu.

Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Systemu z wykorzystaniem światowych standardów profesjonalnej obsługi wdrożeń systemów informatycznych, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia. W ramach Umowy, Wykonawca zobowiązuje się zapewnić pełną zgodność Systemu z przepisami prawa i zasadami obowiązującymi w Polsce, wskazanymi w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Ocena zgodności Systemu z wymaganiami, o których mowa w zdaniu poprzedzającym będzie dokonywana przez BGK w oparciu o stan istniejący w chwili zgłoszenia gotowości Systemu do odbioru końcowego.

VI. § 9 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 9 Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, iż celem BGK jest otrzymanie nowoczesnego Systemu, który będzie podlegał dalszemu rozwojowi przez kilkuletni okres następujący po wykonaniu Umowy. Wykonawca gwarantuje niniejszym, że System i wchodzące w jego skład Oprogramowanie będą utrzymywane i rozwijane co najmniej do 31 grudnia 2018 r. Gdyby przed tą datą doszło do ogłoszenia faktycznego zaprzestania utrzymywania Systemu (lub Oprogramowania wchodzącego w skład Systemu), Wykonawca w ramach dotychczasowego wynagrodzenia dostarczy i wdroży zamiennie Oprogramowanie, uprzednio zaakceptowane przez Zamawiającego, przed upływem okresu wygaszenia utrzymania lub rozwoju, dokonując wszystkich czynności niezbędnych do ustanowienia nowej instalacji, jej dostosowania oraz dokonania migracji wszystkich procesów biznesowych i ich danych, uruchomionych w instalacji Zamawiającego i przeszkolenia pracowników Zamawiającego. Ponadto w ramach powyższego zobowiązania i w tym okresie Wykonawca zapewni, że Oprogramowanie Standardowe i Dedykowane będzie zgodne z opublikowanymi w tym czasie kolejnymi wersjami Oprogramowania Bazodanowego i Systemowego, a w braku zgodności – zapewni taką zgodność w ramach wynagrodzenia określonego w niniejszej Umowie na żądanie Zamawiającego w okresie do 6 miesięcy od daty takiego żądania. W razie naruszenia powyższych

zobowiązań, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% łącznego wynagrodzenia brutto za przedmiot Umowy. Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania w wysokości przewyższającej wysokość zastrzeżonej kary umownej;

- VII. § 13 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 13 Każda ze Stron ponosi odpowiedzialność za treść i zawartość merytoryczną wszelkich dokumentów i specyfikacji przekazywanych Stronie drugiej, a także za nieprawdziwe, albo zawarte w ofercie produkty czy inne świadczenia nie miały właściwości lub cech wymaganych w SIWZ, bez względu na treść Oferty Wykonawcy, wykonawca zobowiązany będzie wykonać swoje zobowiązania zgodnie z treścią Umowy i SIWZ, w szczególności dostarczyć odpowiednie produkty zgodne z SIWZ w ramach wynagrodzenia określonego niniejszą Umową. Ponadto, jeżeli zawarte w Ofercie Wykonawcy oświadczenia, deklaracje, zapewnienia okażą się nieścisłe lub nieprawdziwe. Zamawiający będzie uprawniony – niezależnie od innych uprawnień wynikających z obowiązujących przepisów – do odstąpienia od niniejszej Umowy do dnia odbioru końcowego Systemu.”;
- VIII. § 15 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 15 ust. 4 Wykonawca zobowiązuje się wykonywać zalecenia zgłoszone przez Komisję Nadzoru Finansowego w wyniku przeprowadzonych kontroli oraz informować BGK o etapie realizacji zaleceń i jej ukończeniu.”;
- IX. § 16 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 16 ust. 6 Wykonawca zobowiązuje się do realizacji zaleceń i rekomendacji wydanych przez komórkę kontroli wewnętrznej BGK, o ile te zalecenia wynikają z ustaleń, że Wykonawca wykonuje Umowę nienależycie lub niezgodnie z wytycznymi Komisji Nadzoru Finansowego. Wykonawca zobowiązuje się informować BGK o etapie realizacji zaleceń i jej ukończeniu.”;
- X. § 19 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 19 Wykonawca zobowiązuje się do Wdrożenia Systemu w sposób zapewniający funkcjonalności określone w Umowie, w szczególności w SIWZ (OPZ), Ofercie oraz uszczegółowione w Planie Wdrożenia i Projektach Technicznych. Opracowując Plan Wdrożenia i Projekty Techniczne, Wykonawca uwzględni wszystkie kwestie i wymagania opisane w Umowie. Jakakolwiek zmiana istotnych postanowień zawartych w Umowie możliwa jest wyłącznie na zasadach opisanych w ROZDZIAŁ 16. Odejście od wymagań zawartych w Umowie wymaga wyraźnego i jednoznacznego wskazania faktu odejścia od wymagań Umowy i uprzedniego uzgodnienia tego odejścia z BGK. Nieuwzględnienie choćby jednego wymagania Umowy bez wyraźnego i jednoznacznego wskazania faktu odejścia i uprzedniego

uzgodnienia tego odejścia z BGK, jak również zaznaczenia tego w odpowiednim protokole odbioru, oznaczać będzie wadę zarówno tych części dzieła (tj. dokumentu wchodzącego w skład Planu Wdrożenia lub Projektu Technicznego) jak i całego dzieła, co wiązać się będzie z koniecznością usunięcia tych wad. W szczególności fakt zatwierdzenia przez BGK Planu Wdrożenia, Projektu Technicznego lub ich części nie może być uznany za zgodę BGK na odejście od wymagań Umowy, jeżeli nie zostały spełnione przesłanki opisane w zdaniach poprzedzających. Ponadto BGK może zgłosić takie wady w każdym czasie, bez względu na upływ czasu od daty odbioru Planu Wdrożenia lub Projektu Technicznego, do chwili podpisania protokołu odbioru końcowego, a po tej dacie do upływu terminu gwarancji na System.”;

- XI. § 23 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 23 W toku realizacji prac objętych przedmiotem Umowy, każda ze Stron obowiązana jest na bieżąco informować drugą Stronę o wszelkich zagrożeniach, trudnościach czy przeszkodach związanych z wykonywaniem Umowy, w tym także okolicznościach leżących po stronie BGK, które mogą mieć wpływ na jakość, termin bądź zakres prac. Wykonawca jest zobowiązany również do informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach, które mogłyby mieć niekorzystny wpływ na usługi świadczone na rzecz Zamawiającego i jego klientów. Informacje te powinny być przekazywane na piśmie Kierownikowi Projektu. Każda ze Stron jest zobowiązana niezwłocznie przedsięwziąć kroki w celu usunięcia przeszkód związanych z wykonaniem Umowy, leżących po jej stronie, a zgłoszonych przez drugą Stronę. Brak pisemnej informacji od Wykonawcy o zagrożeniach, trudnościach czy przeszkodach związanych z wykonywaniem Umowy wyłącza możliwość odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy z powodu niesygnalizowanej zwłoki bądź braku współdziałania BGK.”;
- XII. § 27 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 27 W toku realizacji Umowy Wykonawca może, po uzyskaniu pisemnej zgody Zamawiającego, powierzyć innemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu mającemu siedzibę na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jako podwykonawcy, w drodze odrębnej pisemnej umowy:
- 1) Wykonywanie określonych w niniejszej Umowie czynności służących do realizacji przedmiotu Umowy (czynności pomocnicze niezbędne do realizacji Umowy),
  - 2) Powierzonych przez Bank czynności, w przypadku, gdy w następstwie siły wyższej Wykonawca nie może ich wykonywać samodzielnie, na czas niezbędny do usunięcia przyczyn uniemożliwiających wykonywanie tych czynności.
- Realizacja umów, o których mowa w pkt 1 i 2 nie może odbywać się poza terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Przez przedsiębiorcę należy rozumieć

osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonującą we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców Strony uznają również wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. W świetle powyższej definicji, za podwykonawcę są uważane także osoby fizyczne, świadczące usługi dla Wykonawcy w ramach prowadzonej osobiście działalności gospodarczej (jednoosobowa działalność gospodarcza, spółka cywilna), nawet jeżeli osobiście wykonują całość prac na rzecz Wykonawcy. Nie zwalnia to Wykonawcy z obowiązku uzyskania zgody Zamawiającego na zawarcie umowy takim podwykonawcą ani z bezpośredniej odpowiedzialności za prace wykonane przez ww. osoby. Wnioskiem o wyrażenie zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu dokumenty potwierdzające, że podwykonawca posiada:

- 1) wymagane uprawnienia do prowadzenia działalności;
- 2) pracowników odpowiednio wykwalifikowanych do wykonania usługi;
- 3) wymagany potencjał ekonomiczny i techniczny;
- 4) wymagany system zabezpieczeń (w tym plan awaryjny i system ochrony Informacji Chronionych);
- 5) odpowiedni poziom jakości świadczonych usług oraz odpowiednie doświadczenie rynkowe;
- 6) możliwość stosowania i szybkiej adaptacji do procedur określonych przez Zamawiającego;
- 7) stosowne poświadczenia bezpieczeństwa osobowego (w przypadku realizacji w ramach Umowy czynności zawierających informacje, które uznane zostały przez Zamawiającego za niejawne);
- 8) plany awaryjne w zakresie objętym umową, zapewniające realizację wszystkich zadań zgodnie z umową, które stanowiąc będą załączniki do umowy z podwykonawcą;

Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu do akceptacji projektu umowy z podwykonawcą, a po jej zawarciu – do dostarczenia Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii umowy z podwykonawcą wraz aneksami do tej umowy, jak również informacji o rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy z podwykonawcą. Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego informowania Zamawiającego o wszelkich okolicznościach leżących po stronie podwykonawcy, które mogłyby mieć niekorzystny wpływ na świadczone na rzecz Zamawiającego usługi oraz do dostarczania wszelkich dokumentów lub informacji dotyczących podwykonawcy. Związanych z realizacją Umowy, na każde żądanie Zamawiającego

lub KNF. Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za szkody wyrządzone klientom Zamawiającego wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez podwykonawcę, w tym wskutek naruszenia przez podwykonawcę obowiązku ochrony Informacji Chronionych. Udzielona Wykonawcy przez Zamawiającego zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą może być cofnięta, zwłaszcza w przypadku ustalenia, że podwykonawca nie wykonuje lub nienależyście wykonuje czynności pomocnicze. Naruszenie obowiązku uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą albo nierozwiązanie przez Wykonawcę umowy z podwykonawcą w trybie natychmiastowym wskutek cofnięcia zgody przez Zamawiającego, skutkować będzie rozwiązaniem przez Zamawiającego niniejszej Umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia.”;

- XIII. § 28 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 28 ust. 1 3GK zastrzega sobie prawo skorzystania, w trakcie wykonywania Systemu, z usług osoby trzeciej celem kontroli jakości i sposobu prowadzenia całości lub szczególnych prac objętych Umową (kontrola jakości). Koszty związane z powyższymi usługami ponosi BGK. Osobie takiej, Dosiadającej pisemne upoważnienie ze strony BGK, Wykonawca zobowiązany będzie udzielić niezwłocznie wszelkich informacji, danych i wyjaśnień w żądanym zakresie oraz udostępnić i zaprezentować rezultaty prowadzonych prac, jak również zapewnić możliwość ich pełnej kontroli. Koszty wszelkich działań w celu dokonywania własnych testów, audytu i innych wykonywanych przez BGK lub zleczanych przez BGK czynności ponosi BGK. Jeżeli jednak w wyniku przeprowadzonej kontroli, audytu lub testu zostaną stwierdzone nieprawidłowości w wykonywaniu Umowy przez Wykonawcę, koszty przeprowadzonej przez Zamawiającego kontroli, audytu lub testu poniesie Wykonawca.”;
- XIV. § 32 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 32 Z uwzględnieniem zobowiązań BGK, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zarządzanie i realizację Umowy, w szczególności za zapewnienie poprawnego zdefiniowania potrzeb BGK określonych w SIWZ i Umowie, opracowanie Planu Wdrożenia i Projektów Technicznych, przeprowadzenie szkoleń, poprawne zainstalowanie i wdrożenie Systemu oraz zapewnienie serwisu Systemu.”;
- XV. § 33 do 35 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymały brzmienie:  
„§ 33 Nadzór nad realizacją Umowy oraz podejmowanie strategicznych decyzji projektowych w imieniu Zamawiającego należą do Komitetu Sterującego powołanego i funkcjonującego zgodnie z procedurą Zarządzania Projektami w BGK przewidzianą w Zarządzeniu nr 175/2010751/DO/ORG Prezesa Zarządu BGK z 19 października 2010 z późniejszymi zmianami (Zarządzenie Zarządzanie Projektami w BGK”).



§ 34 Zamawiający będzie zapraszać na posiedzenia Komitetu Sterującego przedstawicieli Wykonawcy, jako przedstawicieli podmiotu zewnętrznego w rozumieniu Zarządzenia Zarządzanie Projektami w BGK. Przedstawiciele Wykonawcy biorą wówczas udział w posiedzeniu z głosem doradczym, bez prawa do uczestniczenia podejmowaniu decyzji (tj. bez prawa do udziału w głosowaniach). Wykonawca zobowiązany jest w terminie 7 dni od dnia zawarcie niniejszej Umowy do wskazania osób, które z jego strony będą brały udział w posiedzeniach Komitetu Sterującego.

§ 35 Członkowie Komitetu Sterującego na podstawie Umowy zostają upoważnieni do sprawowania a bieżącego nadzoru nad realizacją Umowy, dokonywania w imieniu Zamawiającego wiążących ustaleń dotyczących jej realizacji, rekomendowania dokonania odbiorów (z zastrzeżeniem przewidzianych w tym zakresie w Umowie samodzielnych kompetencji Kierowników Projektu) rozstrzygania kwestii spornych i podejmowania imieniu Zamawiającego innych wiążących ustaleń związanych z realizacją Umowy. Wskazanie członków Komitetu Sterującego jest równoznaczne z udzieleniem wskazanym osobom upoważnienia do dokonywania czynności mieszczących się w zakresie kompetencji Komitetu Sterującego.”;

XVI. §§ 40 do 44 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymały brzmienie:

„§ 40 Po otrzymaniu od Kierownika Projektu ze strony BGK wniosku, o którym mowa w §39 Umowy Wykonawca wykona oceny pracy wskazanej osoby i w przypadku zasadnych zarzutów, odsunie odpowiedniego członka Personelu Wykonawcy od realizacji Umowy oraz niezwłocznie, nie później niż w terminie 5 Dni od otrzymania wniosku, przedstawi Kierownikowi Projektu ze strony BGK do zatwierdzenia propozycję nowego członka Personelu Wykonawcy, który miałby przejąć obowiązki członka Personelu Wykonawcy, objętego wnioskiem o odsunięcie od realizacji Umowy. Wykonawca przedstawi na wniosek BGK dokumenty potwierdzające kwalifikacje nowego członka Personelu Wykonawcy w terminie 3 Dni od dnia otrzymania takiego wniosku. W przypadku, gdy Wykonawca odmówi odsunięcia członka personelu Wykonawcy, decyzja dotycząca wniosku, którym mowa w § 39 Umowy, zostanie podjęta na poziomie Komitetu Sterującego. W przypadku decyzji Komitetu Sterującego podtrzymującej stanowisko BGK, Wykonawca dokoła zmiany członka personelu nie później niż w ciągu tygodnia zgodnie z opisanymi powyżej zasadami.

§ 41 Kierownik Projektu ze strony BGK akceptuje lub odmawia a zatwierdzenia nowego członka Personelu Wykonawcy w terminie do 3 Dni. Jeżeli nowy członek Personelu Wykonawcy nie zostanie zatwierdzony przez BGK, Wykonawca

niezwłocznie nie później niż w terminie 5 Dni od otrzymania uzasadnionej pisemnie odmowy akceptacji, przedstawi Kierownikowi Projektu ze strony BGK do zatwierdzenia kolejną propozycję nowego członka Personelu Wykonawcy; postanowienie § 39 stosuje się w takich przypadkach odpowiednio.

§ 42 Wykonawca zobowiązuje się, że:

- 1) Kierownik Projektu Wykonawcy nie zostanie odsunięty przez Wykonawcę od realizacji Umowy bez uzyskania przez Wykonawcę uprzedniej decyzji Komitetu Sterującego ze strony BGK na dokonanie takiej zmiany, z zastrzeżeniem § 43 Umowy;
- 2) Dla pozostałych osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza nie więcej niż dwie zmiany takich osób przez Wykonawcę od realizacji Umowy, bez uzyskania przez Wykonawcę uprzedniej pisemnej zgody Kierownika Projektu ze strony BGK na dokonanie takiej zmiany, z zastrzeżeniem § 43 Umowy, co nie zwalnia z obowiązku uzupełnienia takiej zgody w terminie do jednego miesiąca.

§ 43 Jeżeli w przypadku choroby, urlopu lub wypadków losowych zaistnieje konieczność dokonania zmiany osoby wchodzącej w skład Personelu Wykonawcy, Wykonawca niezwłocznie zaproponuje i przedstawi Kierownikowi Projektu ze strony BGK do akceptacji osobę posiadającą co najmniej takie same kompetencje i doświadczenie w zakresie realizacji przedmiotu Umowy, co osoba którą ma zastąpić. Postanowienia § 40 i § 41 stosuje się odpowiednio.

§ 44 W razie naruszenia zobowiązania, o którym mowa w § 42, przez zmianę w składzie Personelu Wykonawcy, która nie była spowodowana wnioskiem Zamawiającego albo nie wynikała z okoliczności wskazanych w § 42 pkt 2 lub § 43, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci BGK karę umowną w wysokości:

- 1) 2 % całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy, za każdy przypadek naruszenia § 42 pkt 1;
- 2) 0,6% całkowitego wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy, za każdy przypadek naruszenia § 42 pkt 2.”;

XVII. § 55 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 55 Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, że terminowe wykonanie Systemu ma kluczowe znaczenie dla BGK. W przypadku przekroczenia terminu przez Wykonawcę z przyczyn, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność, niezależnie od odpowiedzialności wynikającej z Umowy i obowiązujących przepisów, oprócz przewidzianych kar umownych. Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania ewentualnych dodatkowych prac, jakie okażą się niezbędne w wyniku nieterminowej

realizacji zobowiązań (np. zaangażuje dodatkowych konsultantów celem minimalizacji opóźnień) na własny koszt.”;

- XVIII. § 56 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 56 BGK zobowiązany jest do współdziałania z Wykonawcą w zakresie i na warunkach określonych w niniejszym rozdziale. Ofercie oraz Planie Wdrożenia. BGK nie jest zobowiązany do podejmowania w związku z Umową działań wykraczających poza powyżej wskazany zakres działań. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianych zadań, na etapie podpisywania Umowy lub na etapie zatwierdzania Planu Wdrożenia, decyzja która Strona Umowy realizuje nieprzewidziane zadania, o ile będzie kwestionowana przez Kierownika Projektu po stronie BGK, będzie podejmowana przez Komitet Sterujący. Domniemuje się, że (o ile nie wskazano wyraźnie, iż dane czynności lub koszty obciążają BGK) wszelkie czynności i koszty potrzebne do wykonania Umowy, leżą po stronie Wykonawcy.”;
- XIX. § 57 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 57 Przyjęcie przez BGK innych obowiązków niż określone w niniejszym rozdziale, niepowodujące istotnych zmian zawartej Umowy, wymaga uprzedniej uchwały Komitetu Sterującego.”;
- XX. § 63 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 63 Jeżeli BGK nie wykonuje lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązania w zakresie współpracy z Wykonawcą, co będzie miało istotny wpływ na możliwość wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności w zakresie dotrzymania terminów. Wykonawca wezwie BGK do wykonania takiego zobowiązania, określając zakres działań, których wymaga i wyznaczając odpowiedni termin, umożliwiającą wykonanie takiego zobowiązania, nie krótszy niż 20 Dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu. Wykonawca może wstrzymać się od wykonywania Umowy i wyznaczyć dodatkowy termin, nie krótszy niż 40 Dni. Po upływie tego dodatkowego terminu. Wykonawca ma prawo odstąpić od Umowy.”;
- XXI. § 69 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 69 W ramach Fazy I Etapu I, Wykonawca w terminie 5 dni od wezwania przez Zamawiającego dostarczy nośniki z Oprogramowaniem Standardowym oraz zapewni wsparcie podczas jego instalacji i parametryzacji przez pracowników BGK na serwerze wskazanym przez Zamawiającego.”;
- XXII. § 71 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 71 W razie niewykonania zobowiązania, o którym mowa w § 69 a także w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, że Oprogramowanie Standardowe nie spełnia wymogów, o których mowa w § 70, BGK może odstąpić od Umowy w okresie do 60 Dni od upływu wskazanego w § 69 terminu dokonania instalacji.”;

- XXIII. § 77 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 77 Działania Wykonawcy związane z opracowaniem oraz odbiorem Planu Wdrożenia w żaden sposób nie wstrzymują Wykonawcy z realizacją zobowiązań wynikających z Umowy pod warunkiem zgody na takie działania wyrażoną na piśmie przez Kierownika Projektu ze strony BGK.”;
- XXIV. § 78 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 78 Odbiór Planu Wdrożenia stanowi warunek odbioru innych Faz.”;
- XXV. § 80 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 80 Opracowana przez Wykonawcę dokumentacja powinna zostać przekazana w formie papierowej (po jednym egzemplarzu dla każdego tomu opracowania) oraz w formie elektronicznej na nośniku CD-ROM w formacie MS Word oraz PDF z prawem do jej powielania w ramach BGK i udostępniania w niezbędnym zakresie podmiotom realizującym usługi powiązane z funkcjonowaniem Systemu.”;
- XXVI. § 93 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 93 W Okresach Stabilizacji, Zamawiający wraz z Wykonawcą będzie kontrolował działanie Systemu. Okres Stabilizacji trwa 3 miesiące dla każdego z Etapów wdrożenia Systemu BE od chwili zakończenia Etapu (odbioru wszystkich Faz wchodzących w skład Etapu), przy czym w przypadku stwierdzenia Wad w ostatnim miesiącu Okresu Stabilizacji okres ten ulega wydłużeniu o czas ich usuwania. W Okresie Stabilizacji Wykonawca będzie usuwał Wady, ułatwiał użytkownikom wdrożenie się do pracy i udzielał informacji na temat działania Systemu zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 4 do Umowy. Ponadto Wykonawca zapewni przemienną obecność swoich konsultantów nie rzadziej niż raz w tygodniu dla każdej ze specjalności, w taki sposób by we wszystkie w Dni Robocze w godzinach 8:00 - 18:00 co najmniej jeden z nich był obecny u Zamawiającego i mógł udzielać porad i konsultacji w zakresie obsługi Systemu oraz na bieżąco usuwać ewentualne Wady.”;
- XXVII. § 94 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 94 Podstawą ukończenia każdego Okresu Stabilizacji jest uznanie Systemu (czyli wszystkich elementów już odebranych oraz dodatkowo aktualnie stabilizowanych) za stabilny. System uważany jest za stabilny, a Okres Stabilizacji uważany jest za zakończony pozytywnie, jeżeli przez cały okres ostatniego miesiąca kalendarzowego Okresu Stabilizacji stwierdzony zostanie:
- 1) brak Awarii,
  - 2) wystąpienie mniej niż 2 Błędów,
  - 3) wystąpienie mniej niż 6 Usterek.
- W przypadku przekroczenia w Okresie Stabilizacji dopuszczalnej liczby Wad, określonej w niniejszym paragrafie, Zamawiający może, lecz nie musi, uznać System

za stabilny gdy wszystkie stwierdzone Wady zostały usunięte w satysfakcjonujący go sposób i w bardzo krótkim czasie w ocenie Zamawiającego.”;

XXVIII. § 96 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 96 Jeżeli zgodnie z postanowieniami Stron, termin realizacji niektórych Produktów zostanie przesunięty w stosunku a do Harmonogramu Wdrożenia tak, że ich realizacja nastąpi w Okresie Stabilizacji, warunkiem uznania pozytywnego zakończenia Okresu Stabilizacji jest zakończenie realizacji w/w Produktów w terminie przewidzianym w Harmonogramie Wdrożenia. Produkty realizowane w Okresie Stabilizacji będą objęte tym okresem, a Okres Stabilizacji nie może zakończyć się wcześniej niż po upływie miesiąca wraz z zamknięciem okresu od oddania odbioru Produktu, pod warunkiem że w okresie tym stwierdzona zostanie liczba Wad nie większa, niż wskazana w § 94 Umowy.”;

XXIX. §§ 105 do 109 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymały brzmienie:

„§ 105 Od dnia zawarcia Umowy Wykonawca zobowiązany jest do transferu do Zamawiającego wiedzy na temat Systemu, na zasadach opisanych poniżej.

§ 106 obowiązki Wykonawcy obejmuje działania zmierzające do umożliwienia osobom wskazanym przez Zamawiającego, pozyskania wiedzy oraz wykształcenia umiejętności i kompetencji umożliwiających realizację zadań objętych usługami opieki gwarancyjnej i pogwarancyjnej oraz Asysty Technicznej, a także usług rozwoju Systemu oraz przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu odpowiednich materiałów szkoleniowych/instruktażowych.

§ 107 Zamawiający może zmieniać osoby, którym Wykonawca ma obowiązek dokonać transferu wiedzy. W przypadku zmiany takiej osoby. Wykonawca nie ma obowiązku ponownego przekazania wiedzy, przekazanej poprzedniej osobie, o ile to nie było ustalone w innych dokumentach.

§ 108 Działania, o których mowa w § 105 i nast. Obejmują:

- 1) Udzielanie, na każde życzenie przekazane przez Kierownika Projektu ze strony BGK, wyjaśnień co do działania Systemu i jego poszczególnych elementów, a także zapisów zawartych w Dokumentacji każdorazowo konsultacji realizowanych w ciągu dwóch Dni roboczych od zwrócenia się o konsultację przez Zamawiającego, w wymiarze 15 godzin zegarowych kwartalnie.
- 2) przeprowadzenie szkoleń w zakresie działania Systemu i zasad jego obsługi, a w szczególności:
  - a) szkoleń metodycznych, produktowych i warsztatów dla 15 członków Zespołu Projektowego – w wymiarze średnim 5 Dni Roboczych na osobę, ciągu 10 Dni od zwrócenia się przez Zamawiającego o przeprowadzenie szkolenia;

- b) szkoleń i warsztatów dla 3 administratorów bezpieczeństwa, 3 administratorów technicznych oraz 6 administratorów biznesowych – w wymiarze średnim 5 Dni Roboczych na osobę, w ciągu 10 Dni od zwrócenia się przez Zamawiającego o przeprowadzenie szkolenia;
  - c) szkolenia i warsztaty mogą być łączone dla grup uczestników nie większych niż 12 osób. Przewiduje się rozłożenie szkoleń i działań wspomagających transfer wiedzy do odpowiednich Faz Planu Wdrożeniowa.
- 3) Wsparcia na stanowisku pracy przez Wykonawcę prac wdrożeniowych, które pracownik Zamawiającego jest w stanie wykonać po odpowiednim instruktażu zgodnie z otrzymaną Dokumentacją.

§ 109 Wykonawca ma obowiązek dokonywania transferu wiedzy niezależnie od tego czy jest zobowiązany do wykonywania jakichkolwiek innych świadczeń na rzecz Zamawiającego. Jednak Wykonawca nie ma obowiązku dokonywania transferu wiedzy w przypadku odstąpienia od umowy i wskazania, że odstąpienie następuje z mocą wsteczną.

XXX. § 114 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 114 Wynagrodzenie określone w § 110 Umowy oraz ceny wyszczególnione w formularzu OFERTA będącym załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawartym w Ofercie w okresie obowiązywania Umowy nie podlegają zmianie i waloryzacji, w tym również zmianom z tytułu zmiany stawki VAT.”;

XXXI. § 116 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 116 Podstawą do wystawienia faktury będą odpowiednie protokoły odbioru podpisane przez Strony bez zastrzeżeń. Wynagrodzenie jest zawsze płatne z dołu, tj. po wykonaniu świadczenia.”;

XXXII. § 117 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 117 Płatności wynikające z Umowy będą dokonywane na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączono kopię protokołu odbioru. Brak dołączonych kopii takich dokumentów może stanowić podstawę do odmowy przyjęcia faktury przez BGK.

XXXIII. § 121 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 121 Jeżeli BGK nie dokona płatności w terminie. Wykonawca ma prawo do naliczenia odsetek ustawowych od zaległej płatności i ma obowiązek pisemnie wezwać BGK do zapłaty zaległych kwot.”;

XXXIV. § 122 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 122 Jeżeli BGK nie dokona zapłaty wymagalnego zobowiązania BGK w ciągu 60 dni od otrzymania wezwania do zapłaty, o którym mowa w § 121, wówczas

Wykonawca niezależnie od prawa do naliczenia odsetek może się wstrzymać z wykonaniem własnych zobowiązań wobec BGK.";

- XXXV. § 123 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 123 Jeżeli BGK nie dokona zapłaty wymagalnego zobowiązania BGK w ciągu 90 dni od otrzymania wezwania do zapłaty, wówczas Wykonawca niezależnie od prawa do naliczenia i dochodzenia odsetek może odstąpić od niniejszej Umowy. Odstąpienie jest skuteczne z chwilą pisemnego powiadomienia o tym fakcie BGK.";
- XXXVI. § 125 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 125 Wykonawca odpowiada w pełnej wysokości za szkody wyrządzone Zamawiającemu lub jego klientom z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.";
- XXXVII. § 128 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 128 W przypadku opóźnienia w usuwaniu Wad w okresie gwarancji i Okresach Stabilizacji, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci BGK karę umowną w wysokości:
- 1) w przypadku Awarii - 10000 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Awarii,
  - 2) w przypadku Awarii, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji -2000 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Awarii,
  - 3) w przypadku Błędów - 4000 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Błędu,
  - 4) w przypadku Błędów, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji - 800 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Błędu,
  - 5) w przypadku Usterek - 1000 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Usterki,
  - 6) w przypadku Usterek, które wystąpią w trakcie Okresu Stabilizacji - 500 zł brutto za każdą rozpoczętą (drugą i następne) krotność czasu przewidzianego Umową dla usunięcia Usterki.";
- XXXVIII. § 132 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:  
„§ 132 W razie odstąpienia przez BGK od Umowy z przyczyn za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci BGK karę umowną w wysokości 10 % Wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy.";
- XXXIX. § 140 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 140 Strony zobowiązują się do zapewnienia przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych. Umowa nie obejmuje swoim zakresem przetwarzania przez Wykonawcę danych osobowych, których administratorem jest Zamawiający. W przypadku, gdyby okazało się, iż do realizacji Umowy konieczne jest przetwarzanie przez Wykonawcę danych osobowych w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, co do których BGK pełni rolę Administratora Danych lub podmiotu przetwarzającego przedmiotowe dane osobo-we na zlecenie osób trzecich (tzw. „procesora”), Wykonawca zobowiązany będzie, przed przystąpieniem do przetwarzania danych, do poinformowania o tej okoliczności BGK i zawarcia z BGK umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, określającej zakres, cel i sposób przetwarzania danych osobowych. W przypadku opisanym powyżej, Wykonawca zobowiązany będzie do zawarcia z BGK umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, zgodnie z wzorem takiej umowy przedstawionym przez BGK. Strony postanawiają, iż realizacja umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych odbywać będzie się w ramach Wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy, a Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania od BGK dodatkowego wynagrodzenie z tego tytułu. Wykonawca nie może rozpocząć przetwarzania danych osobowych odnośnie których BGK pełni funkcję Administratora Danych przed zawarciem z BGK umowy o powierzenie przetwarzania danych w celu realizacji Umowy i uzyskaniem podstaw prawnych takiego przetwarzania danych osobowych.”;

XL. § 145 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:

„§ 145 Niezależnie od pozostałych przewidzianych w Umowie lub wynikających z przepisów prawa podstaw odstąpienia, Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od Umowy:

- 1) po zgłoszeniu do odbioru Planu Wdrożenia, w przypadku odmowy przyjęcia anu Wdrożenia przez Zamawiającego na zasadach określonych w Załączniku nr 5 do Umowy w §2. W takim przypadku Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie za wykonaną pracę,
- 2) po odbiorze Planu Wdrożenia, bez podania przyczyn,
- 3) po zgłoszeniu do odbioru Projektu Technicznego Etapu I, w przypadku odmowy przyjęcia Projektu Technicznego Etapu I przez Zamawiającego na zasadach określonych w Załączniku nr 5 do Umowy w §2. W takim przypadku Wykonawcy nie będzie przysługiwało wynagrodzenie za wykonaną pracę,
- 4) po odbiorze Projektu Technicznego Etapu I, bez podania przyczyn.

XLI. § 156 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymał brzmienie:



„§ 156 W przypadku zabezpieczenia w postaci gwarancji lub poręczeń, gdy zbliża się termin wygaśnięcia zabezpieczenia, a brak jest podstaw do zwrotu zabezpieczenia, Wykonawca zobowiązany jest, na 30 dni przed terminem wygaśnięcia zabezpieczenia, do przedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia na dalszy okres obowiązywania Umowy. W razie opóźnienia w wykonaniu tego obowiązku, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 % wynagrodzenia brutto określonego w § 110 Umowy za każdy Izień opóźnienia w dostarczeniu przedłużonego zabezpieczenia.

XLII. § 7 i § 8 załącznika nr 3 do wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ otrzymały brzmienie:

„§ 7 Wykonawca zobowiązuje się przekazać BGK w cenie licencji kompletne kody źródłowe Oprogramowania wraz z ich opisem i komentarzem oraz prawem do dokonywania zmian w instalacji Zamawiającego, najpóźniej z chwilą udzielenia licencji. Opis i komentarz muszą umożliwiać ich samodzielną interpretację, modyfikację rozwój przez BGK i powinny zawierać w szczególności: opis architektury Systemu (kodów źródłowych), opis zawartości, budowy i organizacji kodu źródłowego poszczególnych programów komputerowych, opis poszczególnych plików programów, opis klas, zmiennych i atrybutów klas, opis protokołów transmisji danych, oraz opis struktury baz danych Systemu.

§ 8 Jeżeli realizacja wymagania określonego w § 7 odbywa się poprzez zewnętrzne narzędzie. Wykonawca udzieli Zamawiającemu lub zapewni w cenie Oferty udzielenie licencji na narzędzia aktualizacji kodów, o których mowa w § 7, na warunkach i zasadach określonych w § 6.”;

Izba ustaliła, ponadto że zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się nazwami handlowymi centralnego systemu bankowego takimi jak: defBank PRO, Def2000 oraz def 2000 PRO natomiast opisując system bankowości elektronicznej nazwą handlową def3000/CEB.

Czynność sformułowania postanowień SIWZ i jej załączników w sposób przytoczony powyżej, wyrażony szczegółowo w treści SIWZ przekazanej wykonawcom w dniu 6 lutego 2012 r., leży u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 lutego 2012 r. w części uwzględnił żądania odwołującego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 17 lutego 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili następujący wykonawcy:

1) Asseco Poland S.A., z siedzibą w Rzeszowie,

2) AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi,

stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestników złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W zakresie zgłoszonych zarzutów Izba stwierdziła, że zarzuty te częściowo się potwierdziły gdyż zamawiający precyzując postanowienia SIWZ naruszył dyspozycję art. 29 ust. 1-3 opisując przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący za pomocą określeń niedokładnych a ponadto również w części poprzez wskazanie znaków towarowych definiujących produkt konkretnego producenta. Uwzględniając odwołanie Izba uznała za zasadne nakazanie:

- I. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez nowe zdefiniowanie pojęcia „Czas pracy” jako – czasokres w godzinach lub dniach liczony od czasu dokonania Zgłoszenia do czasu usunięcia Wady lub dostarczenia Obejścia eliminującego negatywne skutki Wady potwierdzonego podpisaniem protokołu odbioru naprawy oraz uaktualnienia danych w Systemie BE. O ile w szczegółowych zapisach nie określono inaczej, Czas Naprawy wynosi odpowiednio:
  - dla Awarii – 12 godzin,
  - dla Błędów – 48 godzin,
  - dla Usterek – 7 Dni.

Czas Naprawy liczony jest nieprzerwanie od momentu dokonania Zgłoszenia, z zastrzeżeniem, że w przypadku Zgłoszenia Awarii w dniu ustawowo wolnym od pracy czas ten liczony jest od godziny 08:00 w następnym Dniu Roboczym, jeżeli dla danego elementu Systemu nie zastrzeżono dostępności serwisu w trybie 24x365.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- II. dodanie w §1 istotnych postanowień umowy definicji pojęcia „Obejście” – jako tymczasowe rozwiązanie w postaci aktualizacji kodu lub zastosowanie oprogramowania/narzędzia pomocniczego w celu złagodzenia negatywnych skutków działania oprogramowania umożliwiające realizację co najmniej 80% typowych transakcji/zleceń.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- III. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez zdefiniowanie pojęcia „Parametryzacja Systemu” - jako dostosowanie Systemu do specyfiki potrzeb Zamawiającego poprzez zmiany dostępnych dla Zamawiającego ustawień konfiguracyjnych w sposób szczegółowo opisany w Projektach Technicznych lub Dokumentacji Systemu.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- IV. modyfikacji § 1 Istotnych postanowień umowy poprzez zdefiniowanie pojęcia „Usługi Serwisowe/Serwis” – jako jednolite warunki dla świadczenia usług na warunkach opisanych w Załączniku numer 4 do Umowy dla całości Systemu i wszystkich jego elementów.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- V. modyfikacji § 7 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia: „§ 7 Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć i utrzymywać System z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności tak, aby:

- 1) zapewniał zaspokojenie potrzeb Zamawiającego opisanych SIWZ wraz z wnioskami o wyjaśnienie treści SIWZ i złożonej Ofercie oraz niniejszą Umową;
- 2) zabezpieczał integralność, poufność i bezpieczeństwo danych;
- 3) gwarantował stabilną i wydajną pracę;
- 4) był on otwarty, w szczególności umożliwiał dołączenie nowych funkcjonalności oraz integrację z innymi systemami, i skalowalny tj. umożliwiający obsługę przez System większej liczby klientów lub rachunków w wyniku rozbudowy jedynie infrastruktury sprzętowej bez konieczności modyfikacji Oprogramowania Standardowego lub Oprogramowania Dedykowanego;

- 5) pozwalał na dalszy rozwój i rozbudowę funkcjonalności Systemu siłami Personelu BGK o odpowiednim przygotowaniu informatycznym lub na zlecenie BGK;
- 6) pozwalał na swobodny i konkurencyjny wybór firmy wspierającej w przyszłości rozwój i utrzymanie zamawianego Systemu, jakiegokolwiek postanowienia i zapisy Umowy oraz jakichkolwiek dokumentów ograniczających technicznie lub prawnie swobodę takiego wyboru są bezskuteczne;
- 7) zapewniał Zamawiającemu nieograniczony dostęp do danych gromadzonych w Systemie w trakcie eksploatacji Systemu.”

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 9 marca 2012 r.

- VI. modyfikacji § 9 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia: „§ 9 Wykonawca oświadcza, że jest świadomy, iż celem BGK jest otrzymanie Systemu, który będzie podlegał dalszemu rozwojowi przez kilkuletni Okres następujący po wykonaniu umowy. Wykonawca gwarantuje niniejszym, że Oprogramowanie Standardowe i Dedykowane będą utrzymywane i rozwijane, co najmniej do 31 grudnia 2018 r. Ponadto w ramach powyższego zobowiązania i w tym okresie Wykonawca zapewni, że Oprogramowanie Standardowe i Dedykowane będzie zgodne z opublikowanymi w tym czasie kolejnymi wersjami Oprogramowania Bazodanowego i Systemowego, a w braku zgodności – zapewni taką zgodność w ramach wynagrodzenia określonego w niniejszej Umowie na żądanie Zamawiającego w okresie do 6 miesięcy od daty takiego żądania. W razie naruszenia powyższych zobowiązań, Wykonawca na żądanie Zamawiającego zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% łącznego wynagrodzenia brutto za przedmiot Umowy. Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy odszkodowania w wysokości przewyższającej kość zastrzeżonej kary umownej.”

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 9 marca 2012 r.

- VII. modyfikację § 13 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie warunków odstąpienia z uwagi na niewykonanie zamówienia. W ocenie Izby postanowienia § 13 wprowadzają szereg nieostrych pojęć jak „deklaracje, zapewnienia nieściste”, co nie pozwala wykonawcom w sposób jednoznaczny skalkulować ryzyka ewentualnego odstąpienia zamawiającego od umowy. Przy takim sprecyzowaniu § 13 wykonawcom nieznanne są przypadki, w których zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od umowy.

VIII. modyfikację § 28 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie częstotliwości występowania działań kontrolnych, audytów lub testów.

W ocenie Izby postanowienia § 28 nakładające na wykonawcę obowiązek poniesienia kosztów kontroli audytu lub testu w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w wykonaniu umowy, celem skalkulowania w ramach oferty również tego ryzyka wymagają doprecyzowania w zakresie częstotliwości występowania tych działań. Znając czas wykonania zamówienia oraz częstotliwość ewentualnych kontroli, audytów czy testów każdy z wykonawców na równych zasadach będzie mógł uwzględnić ten element w ramach swojej oferty.

IX. modyfikacji § 32 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia: „§ 32. Z uwzględnieniem zobowiązań BGK, Wykonawca ponosi odpowiedzialność za zarządzanie i realizację Umowy, w szczególności za zapewnienie poprawnej realizacji potrzeb BGK zdefiniowanych w SIWZ i Umowie, opracowanie Planu Wdrożenia i Projektów Technicznych, przeprowadzenie szkoleń, poprawne zainstalowanie i wdrożenie Systemu oraz zapewnienie serwisu Systemu.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 9 marca 2012 r..

X. modyfikację § 43 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie przesłanek uzasadniających zmianę Kierownika Projektu Wykonawcy oraz osób wchodzących w skład Personelu Kluczowego o przesłanki wynikające z Kodeksu pracy.

Izba wskazuje, iż skoro zamawiający w przypadku zmiany personelu z naruszeniem postanowień § 42 umowy przewidział kary umowne, a więc dolegliwość finansową dla wykonawcy, którą musi wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny oferty, to postanowienia § 43 winny uwzględniać poza przypadkami choroby, urlopu lub wypadków losowych również przypadki wynikające z przepisów kodeksu pracy jak np. rozwiązanie stosunku pracy za wypowiedzeniem, czy też rozwiązanie stosunku pracy z winy pracownika.

XI. modyfikację Istotnych postanowień umowy poprzez wykreślenie § 57.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

XII. modyfikację § 63 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 63 Jeżeli BGK nie wykonuje lub nienależyście wykonuje swoje zobowiązania w zakresie współpracy z Wykonawcą, co będzie miało istotny wpływ na możliwość

wykonania Umowy przez Wykonawcę, w szczególności w zakresie dotrzymania terminów, Wykonawca wezwie BGK do wykonania takiego zobowiązania, określając zakres działań, których wymaga i i wyznaczając odpowiedni termin, umożliwiający wykonanie takiego zobowiązania, nie krótszy niż 20 Dni. Po bezskutecznym upływie tego terminu, Wykonawca może wstrzymać się od wykonywania Umowy i wyznaczyć dodatkowy termin, nie krótszy niż 40 Dni. Po upływie tego dodatkowego terminu. Wykonawca ma prawo odstąpić od Umowy. Wyłącza się odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu zmiany terminów wynikających z okoliczności określonych niniejszym paragrafem.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- XIII. modyfikację § 69 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 69 W ramach Fazy I Etapu I, Wykonawca w terminie uzgodnionym przez Strony, ale nie dłuższym niż 30 dni od wezwania przez Zamawiającego, dostarczy nośniki z Oprogramowaniem Standardowym oraz zapewni wsparcie podczas jego instalacji i parametryzacji przez pracowników BGK na serwerze wskazanym przez Zamawiającego.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

- XIV. modyfikację §§ 104-109 Istotnych postanowień umowy w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych i zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji poprzez doprecyzowanie pojęcia „transfer wiedzy” oraz określenie przesłanek po spełnieniu których zamawiający uzna, że wykonawca prawidłowo przeprowadził transfer wiedzy.

W zakresie postanowień w/w §§ Izba wskazuje na konieczność opisanie tej części przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. W ocenie Izby pojęcie „transfer wiedzy” nie odnosi się wyłącznie do obowiązku przeprowadzenia szkoleń, ale de facto do bliżej nieokreślonego przekazania wiedzy, przy czym zamawiający nie zdefiniował, kiedy uzna wykonanie zamówienia w tym zakresie za prawidłowe.

- XV. modyfikację § 116 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 116 „Podstawą do wystawienia faktury będą odpowiednie protokoły odbioru podpisane przez Strony bez zastrzeżeń, o ile dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Wynagrodzenie jest zawsze płatne z dołu, tj. po wykonaniu świadczenia.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

XVI. modyfikację § 117 Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 117 Płatności wynikające z Umowy będą dokonywane na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączono kopię protokołu odbioru, o ile dla potwierdzenia wykonania danej usługi Umowa przewiduje sporządzenie protokołu odbioru. Brak dołączonych kopii takich dokumentów może stanowić podstawę do odmowy przyjęcia faktury przez BGK.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

XVII. modyfikację § 140 Istotnych postanowień umowy poprzez wykreślenie słów:

„(...)zgodnie z wzorem takiej umowy przedstawionym przez BGK”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

XVIII. Modyfikację § 7 Załącznika nr 3 do Istotnych postanowień umowy poprzez nadanie mu brzmienia:

„§ 7 Wykonawca zobowiązuje się przekazać BGK w cenie licencji kompletne kody źródłowe Oprogramowania Standardowego umożliwiające budowanie nowych, modyfikację dostarczonych produktów i funkcji dostępnych dla użytkownika niezależnie od Wykonawcy, nowych produktów na zasadach identycznych jak dostarczone przez Wykonawcę oraz pełne Oprogramowania Dedykowanego i interfejsów Systemu wraz z ich opisem i komentarzem oraz prawem do dokonywania zmian i wytwarzania produktów zależnych w instalacji Zamawiającego, najpóźniej z chwilą udzielenia licencji. Struktura i organizacja kodów źródłowych musi być czytelna dla Zamawiającego i łatwa do rozbudowy (kod musi być odpowiednio uporządkowany, a organizacja i elementy języka przejrzyste). Opis i komentarz muszą umożliwiać ich samodzielną interpretację, modyfikację, tworzenie oprogramowania zależnego i rozwój przez BGK i powinny zawierać w szczególności: opis architektury Systemu, opis zawartości, budowy i organizacji kodu źródłowego poszczególnych programów komputerowych, opis poszczególnych plików programów, opis klas, zmiennych i atrybutów klas, opis protokołów transmisji danych, oraz opis struktury baz danych Systemu.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym z dnia 9 marca 2012 r.

XIX. modyfikację pkt 14.5.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez nadanie mu brzmienia:

„14.5.10. Zamawiający przewiduje przeprowadzanie jednej demonstracji dziennie. Zamawiający przewiduje, że demonstracje kolejnych Wykonawców będą odbywały się w kolejnych dniach (poza dniami ustawowo wolnymi od pracy). Czas demonstracji

nie może przekroczyć 8 godzin od chwili rozpoczęcia prezentacji, z zastrzeżeniem pkt 1 14.5.11. Zamawiający nie przewiduje dzielenia sesji na części ani organizowania dodatkowych sesji, z zastrzeżeniem pkt 14.5.12. Po przeprowadzeniu demonstracji, Komisja w obecności Wykonawcy zapozna się także z materiałami wygenerowanymi przez Próbkę podczas prezentacji i przekazanymi Komisji na nośniku danych.”.

Po pkt 14.5.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dodać pkt 14.5.12. w brzmieniu:

„14.5.12. Zamawiający podczas demonstracji próbki dopuszcza maksymalnie 2 przerwy, których czas nie wlicza się do czasu demonstracji. O przerwę wnioskować może każda ze stron. Podczas przerw strony muszą opuścić pomieszczenia, których przeprowadzana jest demonstracja. Łączny czas przerw nie może przekroczyć 45 minut a łączny czas demonstracji, wraz z pracami naprawczymi określonymi w pkt 15.5.11., nie może przekroczyć 10 godzin.”.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 9 marca 2012 r.

- XX. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenia defBank-Pro, Def 2000 lub Def 2000 Pro zastąpić określeniem „Centralny System Bankowy (CSB)”.
- XXI. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenie def3000/CEB zastąpić określeniem „System Bankowości Elektronicznej (System BE)”.
- XXII. modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że: użyte w każdym miejscu specyfikacji określenie def API zastąpić określeniem „Usługi udostępnione przez Zamawiającego poprzez WebService (w tym szynę ESB)”.

W zakresie pkt. XX-XXII Izba zwraca uwagę, iż opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych może odbyć się w ściśle określonych warunkach, tj. gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W takim przypadku zamawiający winien dopuścić rozwiązania równoważne. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy do czynienia w mniejszej sprawie. W powyższym zakresie opisanie przedmiotu zamówienia możliwe jest za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty bez wskazywania znaków towarowych. Zasadność powyższej argumentacji znalazło również odzwierciedlenie w stanowisku zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie.



W zakresie pozostałych żądań odwołującego wyrażonych w odwołaniu oraz przytoczonych na wstępie Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia i to jemu przysługuje prawo swobodnego kształtowania postanowień przyszłego stosunku zobowiązaniowego – umowy z wykonawcą, który przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia, składając ofertę godzi się realizować przedmiotowe zamówienie w sposób i na zasadach określonych przez zamawiającego. Oczywistym przy tym jest, iż postanowienia te winny być zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. W zakresie kwestionowanych przez odwołującego postanowień wzoru umowy a nieuwzględnionych przez Izbę należy wskazać, że Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych przywoływanych w treści odwołania. Podkreślić należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron stosunku cywilnoprawnego doznaje znacznego ograniczenia i o ile działania zamawiającego nie będą naruszać postanowień przepisów Pzp to nawet najbardziej restrykcyjne sformułowanie postanowień umownych, obciążenie wykonawcy wysokimi karami umownymi, czy też nałożenie na wykonawców szeregu obowiązków nie może prowadzić do uznania za zasadne stanowiska odwołującego. Należy zwrócić uwagę, iż rzeczą Izby nie jest rozstrzygnięcie w przedmiocie mniejszej bądź większej uciążliwości realizacji przedmiotu zamówienia, czy prowadzenie mediacji w celu uzgodnienia stanowiska satysfakcjonującego obie strony, a wyłącznie rozstrzygnięcie w zakresie legalności postępowania zamawiającego w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych. W przedmiotowej sprawie, w zakresie żądań zmian postanowień SIWZ nieuwzględnionych przez Izbę, w działaniach zamawiającego nie stwierdzono znamion naruszenia przepisów Pzp, co w konsekwencji prowadzi do braku zasadności zarzutów naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....