

Sygn. akt: KIO 2421/13

**WYROK**  
**z dnia 25 października 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Sygnity S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jerozolimskie 180, 02-678 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Sygnity S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jerozolimskie 180, 02-678 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Sygnity S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jerozolimskie 180, 02-678 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Sygnity S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców: Al. Jerozolimskie 180, 02-678 Warszawa** na rzecz **Banku Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) 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

Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wdrożenie Centralnego Systemu Bankowego wraz z niezbędną Infrastrukturą oraz usługą utrzymania”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S 15-023888.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: Sygnity S.A. (Pełnomocnik wykonawców) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą dla Pełnomocnika wykonawców w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 14 października 2013 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o dokonaniu tych czynności została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 3 października 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 24 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w wyniku bezpodstawnego unieważnienia postępowania w związku z bezzasadnym i niezgodnym z ustawą Pzp odrzuceniem oferty Odwołującego;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w wyniku bezzasadnego i niezgodnego z ustawą Pzp oraz treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) odrzucenia oferty Odwołującego;

- 3) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w wyniku zaniechania przez Zamawiającego, polegającego na niewezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 4) naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w wyniku dokonania zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert;
- 5) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, w wyniku dokonania błędnych ustaleń faktycznych co do ceny oferty Odwołującego oraz kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak również naruszenie ww. przepisu wobec faktu niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, co stanowi materialnoprawną przesłankę stosowania ww. przepisu.

W związku z powyższym wniósł on o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, w tym unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego, w tym nakazanie wyjaśnienia treści złożonej oferty;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na stwierdzeniu, że cena oferty Odwołującego o ponad 126 mln złotych przekracza kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odniósł się do podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podniósł, że wartość, która umożliwi Zamawiającemu zawarcie umowy nie odnosi się do ceny całkowitej oferty, która obejmuje wartość zamówień i elementów systemu opcjonalnych. Zdaniem Odwołującego różnica pomiędzy wartością środków, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a wartością oferty wynosi 53 903 845,96 zł brutto, gdyż wartość oferty Odwołującego bez wartości zamówień opcjonalnych wynosi 132 303 845,86 zł brutto. Według niego jest to wartość umożliwiająca zawarcie umowy, stąd też Zamawiający w sposób niezasadny unieważnił w oparciu o wskazany przepis niniejsze postępowanie. Powyższe – jego zdaniem – potwierdza też okoliczność, iż pierwotnie ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie obejmowała wartości opcjonalnych, stąd też także przy ocenie ofert te wartości nie powinny być brane pod uwagę. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 13.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 243/09, KIO 247/09). Podkreślił również, że dla podjęcia przez Zamawiającego czynności unieważnienia

postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest przeprowadzenie prawidłowej oceny złożonych w postępowaniu ofert oraz ustalenie oferty najkorzystniejszej. W tym zakresie także powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 25.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 107/08).

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący zawarł też argumentację, którą objął tajemnicą przedsiębiorstwa. W toku rozprawy wyjaśnił, że tylko niewielka część tego uzasadnienia zawiera tę tajemnicę. Jawne elementy uzasadnienia wskazywały na to, że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i jest zgodna z SIWZ. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż kwalifikacja oprogramowania została przez Odwołującego dokonana w sposób niezgodny z SIWZ, odwołał się do definicji Oprogramowania Głównego, wskazując, że w jego ofercie przedstawione jako Główne Oprogramowanie jest podstawowym elementem Systemu w rozumieniu definicji zawartej w Załączniku nr 2 do SIWZ tj. w Istotnych Postanowieniach Umownych (dalej: „IPU”). Zakres tego oprogramowania obejmuje istotne funkcjonalności systemu, dotyczące wymagań funkcjonalnych uwzględniających specyfikę standardów i uwarunkowań polskiego sektora bankowo-finansowego w tym regulacji instytucji nadzoru i umożliwiające spełnianie wymagań Zamawiającego w tym zakresie. W ocenie wykonawcy spełnienie wymagań Zamawiającego w zakresie związanym w szczególności z kompleksową obsługą rachunków, obsługa rachunków własnych, zapewnienia współpracy z Innymi Systemami Informatycznymi, a także zapewnienie możliwości realizacji sprawozdawczości obowiązkowej, w zakresie działalności bankowej i funkcji Agenta Ministerstwa Finansów, prowadzonej przez Zamawiającego, odnosi się do definicji Systemu jako całości. Podkreślił, że Zamawiający w SIWZ nie określił, które elementy oprogramowania, w szczególności Oprogramowanie Główne czy Oprogramowanie Pomocnicze, mają realizować wymagane przez Zamawiającego funkcjonalności w związku z czym określone w SIWZ funkcjonalności należy odnosić do Systemu jako całości a nie do jego poszczególnych komponentów. Zwrócił uwagę, że składając ofertę zobowiązał się wdrożyć System uwzględniając specyfikę i strukturę organizacyjną Zamawiającego, jego strategię, cele biznesowe, przedmiot i zakres działalności, a co za tym idzie dostarczyć kompleksowe, uwzględniające również specyficzne wymagania Zamawiającego. W części uzasadnienia odwołania objętej tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący uzasadniał zasady zaoferowania i funkcjonowania oprogramowania oferowanego przez niego jako Oprogramowanie Główne oraz Oprogramowanie Pomocnicze, w tym zakresie w szczególności wskazując na realizację przez to oprogramowanie określonych funkcjonalności. Powyższe – jego zdaniem – potwierdza, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ i nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegało

unieważnieniu w oparciu o dyspozycję art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślił też, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została podjęta przez Zamawiającego na podstawie zapisów SIWZ, które nie są jednoznaczne w zakresie oczekiwanej w ofercie kwalifikacji oprogramowania. Kwalifikacja oprogramowania zależała – w jego ocenie – od woli wykonawcy. Powołując się na orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 24.01.2012 r., sygn. akt: KIO 69/12, wyrok z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2788/11, czy też wyrok KIO z dnia 29.12.2011 r., sygn. akt: KIO 2668/11) wskazał, że niejasne postanowienia SIWZ nie mogą negatywnie wpływać na sytuację wykonawcy w postępowaniu.

W związku z powyższym wskazał też na naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a także na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślając, że wszelkie wątpliwości czy niejasności w treści jego oferty Zamawiający powinien był wyjaśnić z wykonawcą.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 października 2013 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił w niej, że to Zamawiający podejmuje decyzję o ilości środków, które zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i w przedmiotowej sprawie nie dysponuje większą ilością środków na realizację niniejszego zamówienia obejmującego także prawo opcji. Kwota 78 400 000 zł brutto jest maksymalną kwotą, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w całym zakresie określonym w SIWZ. Zwrócił uwagę, że przy ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia podstawowego wziął pod uwagę również opcje. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 18 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2398/11), wskazując, że nie jest uprawnione wyłącznie z przedmiotu zamówienia pewnej jego części na etapie zawierania umowy i w związku z tym gdy nie posiada środków na pokrycie danego zobowiązania nie może zaciągnąć zobowiązania. Zwrócił też uwagę, że przywołane przez Odwołującego orzecznictwo KIO wskazujące, że dla zastosowania przesłanki z art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne jest podjęcie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dotyczy nieaktualnego stanu prawnego. W świetle bowiem znowelizowanego w 2009 r., wskazanego przepisu ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że może zwiększyć tę kwotę do ceny oferty najkorzystniejszej. W obecnym stanie prawnym – według Zamawiającego – może on zatem podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonując wyłącznie porównania ceny oferty z najniższą ceną z kwotą, która zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na marginesie jednak zauważył, że przeprowadził czynność oceny oferty Odwołującego, która była jedyną złożoną w postępowaniu i stwierdził jej niezgodność z SIWZ.

Co do stwierdzonej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ wskazał, że owa niezgodność polegała na zakwalifikowaniu przez Odwołującego w sposób sprzeczny z definicjami zawartymi w IPU określonego oprogramowania. Podkreślił, że Odwołujący zakwalifikował wymienione na str. 21 swojej oferty oprogramowanie jako Oprogramowanie Pomocnicze, a nie Oprogramowanie Główne. Jego zdaniem zaproponowane przez Odwołującego oprogramowania stanowią podstawowy element Systemu i umożliwiają realizację funkcji opisanych w definicji Systemu, dlatego też należy je zakwalifikować do kategorii Oprogramowania Głównego. Zwrócił uwagę, że przyporządkowanie oprogramowania do Oprogramowania Głównego albo Oprogramowania Pomocniczego ma niebagatelne znaczenie w zakresie praw autorskich, ponieważ wymagania Zamawiającego co do aspektów prawno-autorskich są znaczenie szersze w przypadku Oprogramowania Głównego (art. 29.13 IPU i zał. Nr 7 do IPU) a węższe dla Oprogramowania Pomocniczego (art. 29.10 i 29.11 IPU). W ocenie Zamawiającego SIWZ jasno zdefiniowała pojęcie Systemu, Oprogramowania Głównego i Oprogramowania Pomocniczego. Zgodnie z definicjami IPU elementami Systemu są Oprogramowanie Główne (podstawowy element Systemu) i Oprogramowanie Dedykowane (element Systemu), natomiast Oprogramowanie Pomocnicze jest oprogramowaniem komputerowym nie stanowiącym Oprogramowania Głównego ani Oprogramowania Dedykowanego, niezbędnym do budowy, wdrożenia lub korzystania z Systemu. Tym samym – zdaniem Zamawiającego – Oprogramowanie Pomocnicze jest niezbędne do budowy, wdrożenia/korzystania z elementów Systemu: Oprogramowania Głównego i Oprogramowania Dedykowanego, tymczasem oprogramowanie wymanione na str. 21 oferty Odwołującego zakwestionowane przez Zamawiającego realizuje główne funkcje Systemu. Zamawiający podkreślił też, że kwestionowane przez Odwołującego zapisy SIWZ są jasne, a w związku z tym, że postępowanie prowadzone było w trybie dialogu konkurencyjnego Odwołujący uczestniczył w procesie tworzenia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, a jeśli jakieś postanowienia SIWZ były w jego ocenie nieprecyzyjne mógł w tym zakresie zadać pytanie do SIWZ czego nie uczynił.

Zamawiający podkreślił też, że gdyby uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie było zasadne i tym samym niezasadne było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, to naruszenie to pozostaje bez wpływu na wynik postępowania w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp w

związku z tym, że Zamawiający nie ma środków na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Nie potwierdziły się również – zdaniem Zamawiającego – zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Podkreślił, że żądanie wyjaśnień od Odwołującego mogłoby jedynie spowodować nieuprawnioną zmianę treści oferty wykonawcy. Zwrócił też uwagę na to, że nie doszło do modyfikacji SIWZ, a podstawą zarzutów odwołania jest jedynie odmienna interpretacja postanowień SIWZ od interpretacji autorskiej Zamawiającego. Zarzut ten również uznał za spóźniony. Gdyby jednak zarzuty uznać za uprawnione to – zdaniem Zamawiającego - pozostają one bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na brak środków finansowych po stronie Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności odrzucenia jego oferty, jak również unieważnienia postępowania, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.



Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego. W postępowaniu tym ustalił on wartość szacunkową przedmiotu zamówienia w dniu 31 grudnia 2011 r. na kwotę 97 688 725,00 zł netto. W dniu 20 września 2013 r. przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wysokości: 78 400 000 zł brutto. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęła jedna oferta, tj. oferta Odwołującego z Ceną Całkowitą Oferty brutto 204 405 422,85 zł.

Zamawiający w informacji z dnia 3 października 2013 r. wskazał na dwie podstawy unieważnienia postępowania:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

W informacji tej Zamawiający wskazał również na podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał tutaj na definicje zawarte w Załączniku nr 2 do SIWZ, tj. IPU: definicję Oprogramowania Głównego oraz Oprogramowania Pomocniczego, wskazując, że pierwsze z pojęć obejmuje podstawowy element Systemu ten zaś został określony w definicji pojęcia: System, poprzez wskazanie podstawowych funkcji tego Systemu, którymi są w szczególności:

- kompleksowa obsługa Klientów (w zakresie zarządzania relacjami, prowadzenia rachunków depozytowych i kredytowych na rzecz Klientów),
- obsługa rachunków własnych Zamawiającego, umożliwiająca przetwarzanie transakcji bankowych w czasie rzeczywistym, prezentację i uaktualnienie stanów kont i innych zapisów finansowych,
- zapewnienie możliwości realizacji sprawozdawczości obowiązkowej w zakresie działalności bankowej prowadzonej przez Zamawiającego zgodnie z Wymogami Prawnymi i wewnętrznymi przepisami Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w swojej ofercie na str. 21 (część jawna oferty) wskazał, że Oprogramowanie Główne stanowi jedynie Pakiet lokalizacyjny dla Centralnego Systemu Bankowego – PL CSB. W oprogramowaniu Pomocniczym zaś Odwołujący wymienił szereg oprogramowań, które w rzeczywistości stanowią Oprogramowanie Główne w rozumieniu definicji Oprogramowania Głównego zawartej w IPU, gdyż stanowią one podstawowy element Systemu. Te oprogramowania to m.in.:

- *FIS Profile v 7 dla 100.000 rachunków bez limitu użytkowników*
- *Oracle FLEXCUBE Development Workbench for Universal Banking*

- *Oracle FLEJCCUBE Testing Workbench for Universal Banking*
- *Oracle FLEXCUBE Universal Banking Funds Transfer*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Base (also called core)*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Bills and Collection*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Derivatives for Interest Rate Futures and Options (IRS, CIRS, FRA)*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Electronic Messaging Service (with possibility of email sending)*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Foreign Exchange (SPOT, FORWARD, FXSWAP, NDF)*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Generic Interfaces*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Integration Gateway*
- *Oracle FLEXCUBE Universal Banking Letters of Credit*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Money Markets*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Nostro Reconciliation*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Over the Counter Currency Options*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Over the Counter Interest Rate Options*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Payments & Collection*
- *Oracle FLEJCCUBE Universal Banking Securities (Including REPO module)*
- *Oracle FLEJCCUBE Current Accounts and Savings Accounts*
- *Oracle Financials - Application User Perpetual*
- *Oracle Financials Accounting Hub - Employee Perpetual.*

W ocenie Zamawiającego te oprogramowania stanowią w rzeczywistości Oprogramowanie Główne w rozumieniu definicji tego pojęcia określonej w IPU, bowiem stanowią one podstawowy element Systemu umożliwiający realizację funkcji opisanych w definicji pojęcia System. Wskazał na istotność rozróżnienia pojęcia Oprogramowanie Główne i Oprogramowanie Pomocnicze z punktu widzenia aspektów prawno-autorskich szersze w przypadku Oprogramowania Głównego i węższe w przypadku Pomocniczego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i unieważnieniu postępowania była prawidłowa.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, stwierdzić należało, że przywołana

przesłanka do unieważnienia postępowania znalazła swoje wypełnienie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie ze wskazanym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia podlega unieważnieniu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Okolicznością niesporną w postępowaniu jest to iż wartość całkowita oferty Odwołującego, uwzględniając również przyjęte tam opcje przekracza kwotę, którą Zamawiający podał na otwarciu ofert i to w sposób znaczny. Odwołujący argumentował, że w całkowitej cenie ofertowej ujęte zostały opcje, których Zamawiający nie powinien był brać pod uwagę dokonując porównania środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia z wartością oferty. Podkreślił też, że przy ustaleniu wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia Zamawiający nie uwzględnił wartości opcji.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należało, że opcje przyjęte dla realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z wymogami SIWZ (postanowienia pkt 17 SIWZ - „Opis sposobu obliczania ceny oferty” oraz pkt 18 SIWZ - „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” oraz Załącznik nr 3 do SIWZ Formularz „Oferta”, a także Załącznik nr 1 do SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia”), należało również wycenić i ująć w ramach Całkowej Ceny Ofertowej. Opcje te stanowią również zakres przedmiotu zamówienia przewidziany do realizacji. Uwzględniając powyższe nie sposób zatem aktualnie, na etapie zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, dokonywać odliczenia od wartości oferty wykonawcy części wycenionego przedmiotu zamówienia. Dla weryfikacji przesłanki do unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy dokonać porównania kwoty podanej na otwarciu ofert do łącznej ceny ofertowej, którą Zamawiający będzie musiał zapłacić za realizację przedmiotu zamówienia. Tym samym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego o konieczności porównania jego ceny ofertowej z możliwościami finansowymi Zamawiającego po odliczeniu z tej ceny opcji. Podkreślić na marginesie również należy, że nawet przyjmując argumentację Odwołującego za słuszną po odliczeniu z ceny ofertowej tego wykonawcy opcji, również ta kwota nie jest wystarczająca na sfinansowanie niniejszego zamówienia, uwzględniając kwotę, którą Zamawiający podał na otwarciu ofert.

Nie można również zgodzić się z argumentacją Odwołującego o tym, iż Zamawiający, obliczając wartość zamówienia nie uwzględnił przyjętych opcji. Podkreślenia wymaga, że dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca przewidział dwie istotne wartości. Pierwsza z nich to wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, ustalana przez zamawiającego w trybie art. 32 i nast. ustawy Pzp, przed wszczęciem postępowania bez

uwzględniania wartości podatku VAT. Wartość ta obliczona jest z należytą starannością w celu ustalenia właściwych procedur dla stosowania przepisów ustawy Pzp dla danego zamówienia publicznego. Wartość ta zatem istotna jest dla przyjęcia zastosowania do danego zamówienia, czy to procedur przyjętych dla zamówień poniżej progów UE, powyżej tych progów, czy też procedur zastrzonych dla maksymalnych wartości progów przyjętych w ustawie Pzp. Wartość ta przyjęta (obliczona) na początku postępowania (dla robót budowlanych maksymalnie 6 miesięcy przed wszczęciem postępowania, dla dostaw i usług – maksymalnie 3 miesiące wcześniej), niezależnie od czasu trwania postępowania, jest jedna i nie podlega weryfikacji w toku tego postępowania, bez względu na zmianę sytuacji rynkowej i wyceny rynkowej danego przedmiotu zamówienia. Wartość ta w mniejszym postępowaniu została obliczona przez Zamawiającego w sposób szczegółowy, z należytą starannością, co potwierdza szczegółowa kalkulacja tej wartości z dnia 31 grudnia 2011 r., stanowiąca załącznik do protokołu z postępowania.

Kwota na sfinansowanie zamówienia zaś - zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp - podawana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert ma służyć przede wszystkim wykonawcom jako ich zabezpieczenie przed nieuprawnionym unieważnieniem postępowania o zamówienie publiczne przez zamawiającego. Tuż przed otwarciem ofert Zamawiający, uwzględniając jedynie swoje możliwości finansowe, nie znając jeszcze wartości ofert złożonych w postępowaniu, podaje kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tego zamówienia. Jeśli okazałoby się, że kwota ta jest niższa niż wartość najkorzystniejszej oferty, bądź oferty z najniższą ceną, zamawiający ma prawo unieważnić postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający co prawda posiada jeszcze uprawnienie do podwyższenia tej kwoty, co oznacza, że unieważnienie postępowania we wskazanej sytuacji nie jest obowiązkowe. Jednakże zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający podał na otwarciu ofert określoną kwotę na sfinansowanie zamówienia i w tej kwocie nie mieści się wartość ceny ofertowej Odwołującego. Wartość ta – jak wykazał Zamawiający - została dokładnie przeanalizowana przez Zamawiającego i przez niego zweryfikowana. Na powyższe wskazują notatka z dnia 10 września 2013 r., jak i uchwała nr 2/2012/DRI/ORG Zarządu Banku Gospodarstwa Krajowego z dnia 10 stycznia 2012 r. Brak jest zatem podstaw do jej kwestionowania. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne. To Zamawiający po przeanalizowaniu środków finansowych, którymi dysponował na realizację całego projektu stwierdził, że wyższej kwoty niż ostatecznie podana na otwarciu ofert nie posiada i trudno z takim obiektywnym ustaleniem Zamawiającego na tym etapie dysputować. Odwołujący zresztą w tym zakresie nie próbował nawet wykazywać, że faktycznie Zamawiający dysponuje

dodatkowymi środkami finansowymi, które mógłby przeznaczyć na dany przedmiot zamówienia.

Również zarzut Odwołującego, iż Zamawiający dokonał porównania wartości ceny ofertowej z kwotą na sfinansowanie zamówienia w tym postępowaniu bezprawnie, bowiem Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, był nieuzasadniony. Podkreślenia wymagam okoliczność, iż art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu (po nowelizacji przepisów ustawy Pzp z 2009 r.) nie nakazuje zamawiającemu formalnie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej dla podjęcia prawidłowej czynności unieważnienia postępowania w oparciu o wskazany przepis. Przepis ten bowiem wskazuje, że podstawą unieważnienia postępowania jest porównanie do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ceny najkorzystniejszej oferty (oferty, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu po dokonaniu czynności badania i oceny ofert), jak również oferty z najniższą ceną (zamawiający nie musi dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej, a w tym zakresie wystarczy mu porównanie jedynie wartości złożonych w postępowaniu ofert i wskazanie oferty z najniższą ceną). W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, a jedynie, dokonując badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego, złożonej w postępowaniu jako jedyna, stwierdził, że oferta z najniższą ceną przekracza jego możliwości finansowe dla tego zamówienia. Takie działanie Zamawiającego należało uznać za prawidłowe.

Odnosząc się w drugiej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne z powodu braku ważnych ofert w postępowaniu, stwierdzić należało, że przywołana przesłanka unieważnienia postępowania znalazła swoje wypełnienie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli w postępowaniu tym nie złożono żadnej ważnej oferty. W przedmiotowym postępowaniu jako jedyna została złożona oferta Odwołującego. Oferta ta została przez Zamawiającego uznana za sprzeczną z treścią SIWZ i odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego – w ocenie Izby – potwierdziła się, stąd też zasadnym było unieważnienia postępowania również w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Co do zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Zamawiający w SIWZ określił wymóg określenia przez wykonawców w formularzu ofertowym oddzielnie Oprogramowania Głównego oraz Oprogramowania Pomocniczego. Odwołujący w swojej ofercie na str. 21 jako Oprogramowanie Główne wskazał jedynie „Pakiet lokalizacyjny dla Centralnego Systemu Bankowego – PL CSB”, zaś

jako Oprogramowanie Pomocnicze szereg oprogramowań realizujących określone funkcjonalności Systemu. Zdaniem Izby zasadnym było uznanie przez Zamawiającego, że w tym zakresie Odwołujący kwalifikując określone oprogramowanie jako Oprogramowanie Pomocnicze dopuścił się istotnej niezgodności z treścią SIWZ, biorąc pod uwagę zapisy IPU, w których Zamawiający określił dokładnie co należy rozumieć pod pojęciem Oprogramowania Głównego, a co pod pojęciem Oprogramowania Pomocniczego. Oprogramowanie Główne to - zgodnie z definicją tego pojęcia - oprogramowanie komputerowe będące podstawowym elementem Systemu (wraz ze wszystkimi dostarczonymi w trakcie wykonywania Umowy Upgrade`ami, Aktualizacjami oraz Modyfikacjami), dostarczane przez Wykonawcę zgodnie ze specyfikacją zamieszczoną w Załączniku nr 8. Definicja tego pojęcia wprost odwołuje się do pojęcia Systemu, wskazując na jego podstawowe elementy przy identyfikacji Oprogramowania Głównego. W ocenie Izby przy dochowaniu należytej staranności, mając także na uwadze okoliczność, iż mamy w tym przypadku do czynienia z profesjonalistami w danej dziedzinie, nie sposób inaczej odnosić podstawowych elementów Systemu, o których mowa w definicji pojęcia Oprogramowanie Główne, jak oprogramowania komputerowego, które będzie realizowało określone, podstawowe i zidentyfikowane przez Zamawiającego funkcjonalności Systemu. Te podstawowe dla Systemu funkcjonalności (podstawowe elementy Systemu), wybrane z szeregu innych (dodatkowych) funkcjonalności, które ma realizować wskazany System, zostały ściśle wyspecyfikowane w definicji pojęcia System i są to: kompleksowa obsługa Klientów (zarządzanie relacjami, prowadzenie rachunków depozytowych i kredytowych na rzecz Klientów), obsługa rachunków własnych Zamawiającego, umożliwiających przetwarzanie transakcji bankowych w czasie rzeczywistym, prezentacja i uaktualnienie stanów kont i innych zapisów finansowych, współpraca z Innymi Systemami Informatycznymi, realizacja sprawozdawczości obowiązkowej w zakresie działalności bankowej prowadzonej przez Zamawiającego zgodnie z Wymogami Prawnymi i wewnętrznymi przepisami Zamawiającego. Skoro zatem któreś z tych funkcjonalności będzie realizowało oprogramowanie komputerowe wskazane w ofercie przez Odwołującego jako Oprogramowanie Pomocnicze, czego Odwołujący nie kwestionował ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy, powyższe wskazuje na nieprawidłową kwalifikację Oprogramowania przez Odwołującego i wskazuje na niezgodność jego oferty z wymogami SIWZ. Jak słusznie wskazywał Zamawiający właściwe zakwalifikowanie oferowanego oprogramowania przez wykonawcę do oprogramowania Głównego bądź Oprogramowania Pomocniczego ma istotne znaczenie dla sposobu płatności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz kwestie związane z ochroną praw autorskich. Zastosowanie w tym względzie procedury wynikającej z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłoby do

niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą co do istotnych elementów treści oferty. Odwołujący w tym zakresie musiałby dokonywać weryfikacji swojego oświadczenia woli zawartego w ofercie co do zakwalifikowania określonego oprogramowania do grupy Oprogramowania Głównego zamiast Pomocniczego, a tym samym również właściwej wyceny tego oprogramowania wynikającej z przeniesienia praw autorskich na Zamawiającego czy też udzielenia w tym zakresie stosownych licencji. W tym zakresie zatem ewentualna zmiana treści oferty Odwołującego byłaby istotna. Dodatkowo też działania Odwołującego w tym zakresie nie wskazują na znamiona omyłkowego zakwalifikowania przez niego określonego oprogramowania do grupy Oprogramowania Pomocniczego. Tym samym w tym względzie nie zachodziła również podstawa do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, koniecznej do rozważenia przy podjęciu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że procedura wynikająca z art. 87 ust.1 ustawy Pzp stanowi uprawnienie Zamawiającego, a nie jego obowiązek.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Podstawą tego zarzutu odwołania jest bowiem odmienny sposób interpretacji postanowień SIWZ przez Odwołującego niż interpretacja przyjęta w tym względzie przez Zamawiającego i w sposób obiektywny dopuszczalna i zasadna.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Zamawiającego w kwocie 3 600 zł wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....