



ACK-DA-ZP-5000-2/14

Kraków, dnia 25-06-2014 r.

**POSTĘPOWANIE PROWADZONE
W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO
(O WARTOŚCI SZACUNKOWEJ POWYŻEJ 207 000 EURO)
DOSTAWA I INSTALACJA SYSTEMU DYSKOWEGO W ACK CYFRONET AGH
NA POTRZEBY PROJEKTU PLGRID PLUS**

Zamawiający:

Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie

Akademickie Centrum Komputerowe

CYFRONET AGH

ul. Nawojki 11, 30-950 Kraków

tel. 12 632-33-55, 12 633-34-26

W toku postępowania do Zamawiającego wpłynęły pytania dot. SIWZ:

1. Pytanie

Wykonawca prosi o wyjaśnienie czy Zamawiający jest przygotowany na udostępnienie Wykonawcy miejsca do dostawy i instalacji sprzętu po podpisaniu umowy, czy też konieczne jest zgłoszenie dostawy i/lub instalacji sprzętu z wyprzedzeniem? Jeżeli tak, to w jakim czasie wykonawca powinien zgłosić gotowość do dostawy i/lub instalacji? Czy Zamawiający umożliwia bezpośrednią instalację sprzętu po jego dostawie? Umowa w par. 2 ust. 1 zakłada jedynie, że Przedmiot Umowy powinien być Wykonany do 6 tygodni od daty podpisania umowy, nie przewiduje natomiast uprzedniego zgłoszenia gotowości oraz możliwości Zamawiającego do realizacji Umowy. Wykonawca prosi o wyjaśnienia w tym zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający jest gotowy na udostępnienie Wykonawcy miejsca do dostawy i instalacji sprzętu po podpisaniu umowy.

2. Pytanie

Wykonawca prosi o wyjaśnienie par. 3 ust. 1 umowy i potwierdzenie, że Zamawiający po podpisaniu protokołu potwierdzającego termin dostawy i instalacji sprzętu ponosi odpowiedzialność i ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia sprzętu.

Zgodnie z art. 548 k.c. z chwilą wydania rzeczy sprzedanej przechodzą na kupującego korzyści i ciężary związane z rzeczą oraz niebezpieczeństwo przypadkowej utraty lub uszkodzenia rzeczy.

Odpowiedź:

Zamawiający po podpisaniu protokołu potwierdzającego termin dostawy i instalacji sprzętu ponosi odpowiedzialność i ryzyko przypadkowej utraty lub uszkodzenia sprzętu.

3. Pytanie

Wykonawca wnosi o uzupełnienie par. 5 ust. 1 umowy poprzez dodanie terminu dodatkowego, po którego upływie Zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Wykonawca wskazuje, że niedotrzymanie terminu umownego nie może stanowić automatycznej podstawy do odstąpienia do umowy i nie będzie powodowała,

że umowa nie leży w interesie publicznym. Taka sytuacja oznacza także znaczne straty i koszty dla Wykonawcy, który pozostanie z zakupionym sprzętem.

Wykonawca proponuje zmianę zapisu par. 5 ust. 1 umowy: „*Zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy ze wszelkimi tego konsekwencjami, w przypadku gdy Wykonawca nie dotrzymuje wyznaczonego terminu realizacji umowy, pomimo że Zamawiający pisemnie wyznaczył Wykonawcy termin dodatkowy do wykonania przedmiotu umowy, nie krótszy niż 10 dni i termin ten bezskutecznie upłynął.*

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje wprowadzenia zmian do umowy w tym zakresie.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy niedotrzymanie warunków umowy w tym kluczowego dla Zamawiającego warunku jakim jest termin jej realizacji stanowić może samoistną podstawę do odstąpienia od umowy, a zapisy takie nie stanowią naruszenia prawa (art. 635 k.c.).

4. Pytanie

W par. 8 ust. 2 po lit. a i b umowy Wykonawca wnosi o wprowadzenie zapisu: „*łącznie limit kar umownych, które Zamawiający może naliczyć Wykonawcy ze wszystkich tytułów nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia netto, o którym mowa w par. 6 ust. 1 niniejszej Umowy*”. Dopiero ustalenie limitu kar i odpowiedzialności pozwala na pełne oszacowanie kosztów i ryzyk umownych. Umowa nie powinna być także jednostronna i nakładać jedynie na Wykonawcę wysokich kar umownych, stąd zasadny jest wniosek o określenie granic kar umownych, które Zamawiający – bez udowodnienia szkody i jej wysokości w drodze procesu sądowego – może nałożyć na wykonawcę.

W par. 8 ust. 4 umowy wykonawca proponuje zapis „*Jeżeli zastrzeżona kara nie pokryje szkody może on dochodzić odszkodowania za zasadach ogólnych z wyłączeniem utraconych korzyści*”.

Wykonawca proponuje ograniczyć do rzeczywiście powstałej (faktycznie wyrządzonej) straty powstałej w razie ewentualnego naruszenia warunków umowy. W granicach określonych w umowie Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność odszkodowawczą za normalne następstwa swoich zachowań, ale z ograniczeniem jego odpowiedzialności do poniesionej przez Zamawiającego straty (szkody), z wyłączeniem utraconych korzyści. Przepis art. 361 par. 2 k.c., pozwala stronom umowy określić reguły przypisania odpowiedzialności za szkodę i zakres obowiązku jej naprawienia. Zaproponowany przez Oferenta zapis ma na celu zrównoważenie interesów stron umowy w myśl zasady, iż celem odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest wzbogacenie strony poszkodowanej, lecz wyłącznie usunięcie uszczerbku wywołanego określonym zdarzeniem. Dodatkowo przedmiotowy zapis pozwala precyzyjnie określić ryzyka i ewentualne koszty finansowe, które bierze na siebie wykonawca w związku z zawarciem umowy. Wobec powyższego, zaproponowany zapis, który w dalszym ciągu chroni interesy Zamawiającego, uwzględnia również uzasadniony interes drugiej strony umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje wprowadzenia zmian do umowy w tym zakresie.

Istotą kar umownych jest możliwość ich naliczenia, w przypadku zaistnienia określonych w umowie okoliczności związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia właśnie bez konieczności udowodnienia szkody i jej

wysokości w drodze procesu sądowego. Kary umowne są obecnie powszechnie stosowane, stanowią zabezpieczenie interesu Zamawiającego i służą jego ochronie przed działaniami nierzetelnych Wykonawców, dla których niskie i ograniczone co do wysokości kary umowne w kalkulowane w cenę oferty prowadzą do sytuacji, w których Wykonawcom takim bardziej opłaca się zapłacić karę umowną niż dotrzymać terminu dostawy i zrealizować zamówienie z należytą starannością. Tak więc, jak wskazuje praktyka ograniczanie wysokości kar umownych nie zabezpiecza interesów Zamawiającego.

Ponadto w umowie w par. 8 ust. 4 wyraźnie zostało wskazane, iż dopiero „*Jeżeli zastrzeżona kara nie pokryje poniesionej przez Zamawiającego szkody może on dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych.*” Wówczas to na drodze sądowej rozstrzygać się będzie wysokość należnego Zamawiającemu odszkodowania i jego zasadność w oparciu o zgromadzone dowody i okoliczności sprawy.

Zgodnie z przytoczonym przez samego Wykonawcę przepisem art. 361 par. 2 k.c. strony umowy określić mogą reguły odpowiedzialności i zakres obowiązku jej naprawienia.

Tak więc, w zgodzie z obowiązującymi przepisami kodeksu cywilnego, Zamawiający określił zakres obowiązku naprawienia szkody w sposób, który odpowiada jego potrzebom i uzasadniony jest jego specyficzną sytuacją.

Brak wiedzy Wykonawcy co do charakteru sprzętu, który ma być przedmiotem dostawy oraz rolę jaką sprzęt ten pełnić ma dla realizacji rygorystycznie określonych zadań stawianych Zamawiającemu w związku z jego działalnością statutową oraz realizacją projektów unijnych nie uprawnia Wykonawcę do oceny jego działań oraz zarzutów próby wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

Ponadto termin realizacji zamówienia określony został w przedmiotowym postępowaniu po przeprowadzeniu dokładnej analizy pod kątem możliwości jego dotrzymania przy dołożeniu przez Wykonawców należytej staranności, nie stanowi on więc dla Wykonawców zagrożenia i nie służy wykorzystaniu sytuacji w jakiej znajdzie się Wykonawca, który podpisze umowę, a jedynie zabezpieczeniu interesów samego Zamawiającego.

5. Pytanie

Wykonawca prosi o wyjaśnienie pkt 5 załącznika nr 2 do umowy (Warunki Gwarancji), tj. „W przypadku wystąpienia w ciągu kolejnych 12 miesięcy realizacji usługi serwisu gwarancyjnego awarii, wady, bądź usterki dysków twardych w ilości większej niż 20% sumarycznej liczby dostarczonych dysków, zaokrąglonej w dół do liczby całkowitej, Wykonawca w terminie 60 dni od daty zdarzenia, które powoduje przekroczenie procentowego limitu, wymieni wszystkie pozostałe dyski na nowe wolne od wad na swój koszt”

Jak należy rozumieć wskazaną klauzulę?

Wykonawca wnioskuje o wykreślenie w/w postanowienia, gdyż w przypadku wad w 20% dysków Wykonawca w ramach gwarancji będzie zobowiązany do ich naprawy lub wymiany. Nie ma natomiast podstawy do wymiany sprzętu niewadliwego (sprawnego) na podstawie faktu, że 20% sprzętu uległo awarii. Gwarancja nie będzie przysługiwała Zamawiającemu na sprzęt, który nie wykazuje wady. Zgodnie z art. 577 i nast. K.c. istotą gwarancji jest usunięcie wady fizycznej rzeczy lub dostarczenie rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady ujawnią się w okresie gwarancji. Brak więc podstaw do wymiany rzeczy niewadliwej. Gwarancja nie będzie miała zastosowania w przypadku sprzętu sprawnego, gdyż odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji może dotyczyć tylko sytuacji, gdy ujawnią się wady poszczególnych egz. Sprzętu.

Postanowienie jako sprzeczne z zasadami udzielania gwarancji zgodnej z k.c. powinno zostać wykreślone.

Odpowiedź:

Przywołane zapisy pkt 5 załącznika nr 2 do umowy (Warunki Gwarancji) są jasne i precyzyjne i nie można ich w żaden sposób dokładniej wyjaśnić.

Brzmienie punktu 5 wynika z wieloletnich doświadczeń ACK Cyfronet AGH, związanych z eksploatacją zaawansowanych systemów składowania danych dedykowanych dla infrastruktury HPC (ang. High Performance Computing) oraz z konieczności zagwarantowania najwyższego poziomu bezpieczeństwa dla danych użytkowników Centrum.

Standardowe zapisy gwarancyjne, w przypadku dostarczenia wadliwej serii dysków twardych, mogą doprowadzić do krytycznej kumulacji awarii, kiedy liczba jednocześnie uszkodzonych dysków przekracza dopuszczalny poziom nadmiarowości, zapewniany przez mechanizm RAID. W takiej sytuacji następuje nieodwracalna utrata danych użytkowników. Syndromem wadliwej serii jest wskazana w punkcie 5 procentowa liczba awarii dysków w ciągu 12-miesięcznego okresu ich eksploatacji.

Należy przy tym pamiętać, że gwarancja jest ustanawiana w drodze umowy stron. Z reguły gwarancja uprawnia nabywców do usunięcia wady rzeczy bądź dostarczenia rzeczy wolnej od wad, zakres uprawnień z tytułu gwarancji zależy jednak każdorazowo od postanowień stron.

„Dopuszczalne jest zawarcie umowy gwarancyjnej obejmującej inne ryzyko niż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Granice tego ryzyka powinny być jednak sprecyzowane w umowie.” Wyrok SN IV CSK 208/206

W przypadku warunków gwarancji określonych w przedmiotowym postępowaniu wszelkie przesłanki determinujące ważność i skuteczność umowy gwarancyjnej zostały spełnione i brak jakichkolwiek podstaw do kwestionowania jej zgodności z prawem.

Zamawiający pragnie podkreślić, iż uczestniczenie w postępowaniach przetargowych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Wykonawców. Jeżeli wymagania Zamawiającego, zgodne z obowiązującymi przepisami prawa, są dla Wykonawcy zbyt wysokie lub rodzą ryzyko, którego nie chce on ponosić, w żaden sposób nie jest on zobligowany do składania oferty.

Żądania Wykonawców zmierzające wyłącznie do ograniczenia ich odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania rodzą uzasadnione obawy Zamawiającego, co do intencji Wykonawców i ich rzeczywistych możliwości realizacji zamówienia.

000001577-00022
AKADEMICKIE CENTRUM
KOMPUTEROWE
CYFRONET AGH
30-950 Kraków, skr. poczt. 386
ul. Nawojki 11, tel. 012 632-33-55
NIP: 675-000-19-23



Specjalista
ds. zamówień publicznych
monika gólska
mgr Monika Gólska