Mikołajki, dnia 22.02.2018 r.

Stowarzyszenie Wielkie Jeziora Mazurskie 2020

ul. Kolejowa 6

11-730 Mikołajki

/ Zamawiający /

Pytania i odpowiedzi dot. postępowania :

**„****Dostawa narzędzi TIK dla szkół gmin** **Mikołajki, Giżycko, Miłki”**

Ogłoszenie nr 516332-N-2018 z dn. 14.02.2018 r.

Znak: WJM.271.2.2018

**Pytający E**

**Pytania do Projektu Umowy:**

1. Dotyczy Projektu Umowy:
Wykonawca prosi Zamawiającego o wprowadzenie do Projektu umowy rozdziału dotyczącego pojęć i definicji w celu doprecyzowania używanych w umowie pojęć.

Zamawiający wprowadził Słownik pojęć do wzoru umowy.

1. Dotyczy §5 Projektu Umowy:
Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zapewnienia udzielenia licencji przez Wykonawcę, w zakresie o którym mowa w §5 projektu umowy? Wykonawca nie jest producentem oprogramowania, a w związku z tym nie posiada uprawnień przysługującemu producentowi ww. rozwiązań, może jedynie udzielić licencji (sublicencji) lub zapewnić udzielenie licencji na dostarczone oprogramowanie. Pragniemy podkreślić, iż w zakresie oprogramowania, producenci sprzętu lub oprogramowania udzielają prawa do sprzedaży lub udzielania licencji lub zapewniania udzielania licencji na standardowych warunkach (licencja producenta). W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie i dokonanie modyfikacji ww. postanowienia.

Zamawiający wprowadził zmiany w Umowie w tym zakresie.
§5 otrzymuje brzmienie:„1. Na mocy niniejszej Umowy Wykonawca, zapewnia udzielenie na czas nieokreślony i bez ograniczeń terytorialnych Zamawiającemu w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 Umowy prawa do korzystania z bezterminowych, niewyłącznych licencji do oprogramowania systemowego komputerów przenośnych, oprogramowania antywirusowego oraz pozostałego oprogramowania nabytego w ramach niniejszej Umowy.”
Ust. 2 i 3 zostały wykreślone.

3.   Dotyczy §6 ust. 2 Projektu Umowy:
Prosimy o wyjaśnienie zakresu gwarancji jakości na dostarczany sprzęt – w szczególności poprzez  wyjaśnienie pojęcia „dobrej jakości” użytego w par. 6 ust. 2 a także poprzez dodanie proponowanych poniżej definicji.

Pragniemy nadto wskazać, iż istnieją takie kategorie wad na których usunięcie żaden dostawca nie ma wpływu. Mowa bowiem o błędach oprogramowania systemowego, które może usunąć wyłącznie ich producent (dotyczy oprogramowania standardowego tzw. „z półki”) na zasadach należytej staranności, bez reżimu SLA. W związku z tym proponujemy:

a)      dodanie do projektu umowy definicji „Błędu” rozumianego jako awarie oprogramowania, które może usunąć wyłącznie Producent;

b)      dodanie do projektu umowy definicji „Awarii” rozumianej jako uszkodzenie lub przerwa w działaniu Sprzętu w trakcie jego eksploatacji nie będąca następstwem jego niewłaściwego użytkowania;

c)      dodanie do projektu umowy definicji „Godzin Roboczych – oznaczających czas od godziny 8:00 do godziny 16:00 Dnia Roboczego;

d)      dodanie do projektu umowy definicji „Dni Roboczych” – rozumianych jako każdy dzień tygodnia od poniedziałku do piątku, za wyjątkiem dni ustawowo wolnych od pracy w Polsce”

e)      dodanie do projektu umowy definicji „Następnego Dnia Roboczego” rozumianego jako następny Dzień Roboczy po dniu, w którym nastąpiło  zgłoszenie przez Zamawiającego Awarii i otwarcie zgłoszenia gwarancyjnego w Godzinach Roboczych;

f)       dodanie do par. 6 następującej klauzuli:

Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu gwarancji jakości nie obejmuje:

1)    Awarii spowodowanych nieprawidłowymi działaniami związanymi z: podłączeniem, używaniem, konfiguracją, mody­fikacjami lub naprawami dokonanymi przez Zamawiającego;

2)    skutków wykorzystywania Sprzętu niezgodnie z jego przeznaczeniem;

3)    skutków nie zapewnienia przez Zamawiającego możliwości świadczenia przez Wykonawcę usług gwarancyjnych;

4)    usuwania Błędów.

Zamawiający wprowadził zmiany w Umowie wprowadzając w treści umowy definicje ze słownika pojęć.

1. Dotyczy §6 ust. 7 Projektu Umowy:
Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający rozumie pod pojęciem „Usługi w ramach udzielonej gwarancji” - naprawy gwarancyjne.

Zamawiający pod pojęciem „Usługi w ramach udzielonej gwarancji” rozumie wszystkie usługi wykonywane przez Wykonawcę/Gwaranta w ramach udzielonej gwarancji – nie tylko naprawy ale również konfiguracje, wymiany, itp. usługi.

5.   Dotyczy §6 ust. 8 Projektu Umowy:
w ust. 9 Zamawiający wskazuje, że naprawy gwarancyjne będą dokonywane pod adresem siedziby Zamawiającego, jeżeli naprawa okaże się w tym miejscu niemożliwa, Wykonawca może wykonać naprawę w „innym miejscu”.

Prosimy o doprecyzowanie czy siedziba Zamawiającego to Stowarzyszenie Wielkich Jezior Mazurskich  2020

ul. Kolejowa 6,110-730 Mikołajki, jeśli tak, kto i na czyj koszt dostarcza sprzęt do naprawy gwarancyjnej do siedziby Zamawiającego? Koszty te w znaczny sposób mogą wpłynąć na oszacowanie ryzyka oraz wartości oferty.

W związku z powyższym Wykonawca proponuje zastąpienie §6 ust. 9 Projektu Umowy na następujący zapis:

„Zamawiający jest zobowiązany do wydania przedmiotu zamówienia w celu świadczenia usług gwarancyjnych, w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego o gwarancji.”

Zamawiający wprowadził zmiany w umowie w tym zakresie.
§6 ust. 9 otrzymuje brzmienie: „9. Naprawy gwarancyjne będą dokonywane przez Wykonawcę pod adresem siedziby Szkoły w której użytkowany będzie sprzęt, a jeśli jednak naprawa Przedmiotu Umowy w tym miejscu okaże się niemożliwa, Wykonawca może wykonać naprawę w innym miejscu, a Zamawiający jest zobowiązany do wydania przedmiotu zamówienia w celu świadczenia usług gwarancyjnych, w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego o gwarancji. W przypadku naprawy Przedmiotu Umowy poza szkołą, gdzie jest on wykorzystywany, Wykonawca zobowiązuje się zabezpieczyć nośniki pamięci (dyski twarde) przed nieuprawnionym używaniem bądź kopiowaniem, odpowiada za nienaruszalność zgormadzonych danych, w tym ochronę danych osobowych i poufnych.”

6.   Dotyczy §6 ust. 7 Projektu Umowy:
w związku z pytaniem powyżej nr 4. dotyczącego §6 ust. 9 prosimy o wykreślenie z §6 ust. 7 ze zdania „*Usługi w ramach udzielonej gwarancji wykonywane w siedzibie Zamawiającego będą świadczone w dni robocze*.”, sformułowania - „wykonywane w siedzibie Zamawiającego”.

W powyższym punkcie Zamawiający miał na myśli jedynie doprecyzowanie możliwego czasu wykonywania usług gwarancyjnych prowadzonych na miejscu w Szkole. Zamawiający wprowadził zmiany w umowie w tym zakresie.
§6 ust. 7 umowy otrzymuje brzmienie: „7. Usługi w ramach udzielonej gwarancji, wykonywane na miejscu w Szkole, będą świadczone w dni robocze w godzinach roboczych Szkoły.”

7.   Dotyczy §6 ust. 13 Projektu Umowy:
czy Zamawiający dopuści następujący zapis w §6 ust. 13

*„W przypadku, gdy naprawa Przedmiotu Umowy lub jego wymiana nie będzie możliwa w terminie, określonym w ust. 11, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w tym terminie - na czas wykonania obowiązków gwarancyjnych - zastępczy sprzęt tego samego rodzaju o parametrach technicznych i standardach jakościowych nie gorszych niż pozycja podlegająca wymianie lub naprawie w ramach gwarancji, fabrycznie nowy, wolny od wad. Zastępczy sprzęt - wedle wyboru Zamawiającego -zostanie zapewniony z nośnikiem pamięci, lub bez nośnika pamięci, o ile będzie możliwe prawidłowe działanie zastępczego sprzętu komputerowego z nośnikiem pamięci pochodzącym ze sprzętu komputerowego, którego zgłoszenie dotyczy.”*

Pozostawienie tego zapisu w niezmienionej formie zmusza Wykonawcę do podniesienia wartości oferty wynikającego z oszacowania ryzyka (zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko tym wyższy narzutu na cenę pod to ryzyko).

Zamawiający wprowadził zmiany w umowie w tym zakresie*.*§6 ust. 13 umowy otrzymuje brzmienie: „W przypadku, gdy naprawa Przedmiotu Umowy lub jego wymiana nie będzie możliwa w terminie, określonym w ust. 11, Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w tym terminie - na czas wykonania obowiązków gwarancyjnych - zastępczy sprzęt tego samego rodzaju o parametrach technicznych i standardach jakościowych nie gorszych niż pozycja podlegająca wymianie lub naprawie w ramach gwarancji, wolny od wad. Zastępczy sprzęt - wedle wyboru Zamawiającego - zostanie zapewniony z nośnikiem pamięci lub bez nośnika pamięci, o ile będzie możliwe prawidłowe działanie zastępczego sprzętu komputerowego z nośnikiem pamięci pochodzącym ze sprzętu komputerowego, którego zgłoszenie dotyczy. W przypadku, gdy sprzęt zastępczy będzie posiadał nośnik pamięci, z chwilą jego zwrotu Wykonawcy, Wykonawca zapewni jego wymazanie w sposób uniemożliwiający odczytanie zapisanych na nim uprzednio danych.”

8.   Dotyczy §6 ust. 15 Projektu Umowy:
czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie zapisu §6 ust. 15 w całości.

Pozostawienie tego zapisu zmusza Wykonawcę do podniesienia wartości oferty wynikającego z oszacowania ryzyka (zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko tym wyższy narzutu na cenę pod to ryzyko).

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie powyższego zapisu.

9.   Dotyczy §6 ust. 16 Projektu Umowy:
czy Zamawiający wyraża zgodę na wykreślenie zapisu §6 ust. 16 w całości.

Pozostawienie tego oznacza utratę gwarancji po stronie Wykonawcy a co za tym idzie znaczące podniesienie kosztów oferty.

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie powyższego zapisu i jednocześnie wprowadził zmiany w umowie w tym zakresie.
§6 ust. 13 umowy otrzymuje brzmienie: „Wykonawca wyraża zgodę na instalowanie przez Zamawiającego w okresie gwarancyjnym, bez naruszenia warunków gwarancyjnych przyjętych w Umowie, dowolnych komponentów komputerowych (np.: pamięci RAM), nośników pamięci (dyski HD) oraz przyłączanie dowolnych zgodnych urządzeń peryferyjnych (np. drukarek) w dowolnym segmencie sieci komputerowej o ile nie powoduje to otwarcia zaplombowanej części obudowy a instalowane komponenty znajdują się na liście komponentów kompatybilnych z danym komputerem.”

10. Dotyczy §6 ust. 19 Projektu Umowy:
czy Zamawiający dopuści następujący zapis w §6 ust. 19

*„W przypadku wystąpienia wad prawnych sprzętu komputerowego lub wyposażenia, Zamawiającemu, w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach (lecz nie później niż do dnia upływu terminu gwarancji wadliwego prawnie Przedmiotu Umowy), przysługuje prawo do odstąpienia od Umowy i żądania naprawienia poniesionej szkody. W przypadku wytoczenia przeciwko Zamawiającemu ewentualnego powództwa z powodu wad prawnych sprzętu komputerowego lub wyposażenia, Wykonawca zobowiązuje się naprawić poniesiona szkodę na swój koszt.”*

Zamawiający nie wprowadza zmian w umowie w tym zakresie.

11. Dotyczy §7 Umowy:

Proponujemy aby Zamawiający rozważył wprowadzenie do projektu umowy wariantu częściowego odstąpienia od umowy. Niejednokrotnie bywa problematycznym ustalenie zakresu wzajemnych roszczeń na okoliczność odstąpienia. Nadto w/w instytucja nie musi dotyczyć całości Przedmiotu Umowy. W razie wykonania przez Zamawiającego umownego prawa odstąpienia od Umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca, Strony uzgadniają, że oświadczenie o odstąpieniu może mieć skutek wyłącznie do nieodebranej części Przedmiotu Umowy. Wówczas, Zamawiający zachowa Przedmiot Umowy w części która została odebrana (w tym uprawnienia nabyte na podstawie Umowy, takie jak udzielone licencje), a Wykonawca:

a)         zachowa prawo do wynagrodzenia za odebrane produkty

b)         ma prawo do wynagrodzenia za odebrane produkty lub etapy, które nie zostały zapłacone. Wysokość tego wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające (np. w przypadku niedokończonych prac) – proporcjonalnie do stanu zaawansowania prac.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zapisów do umowy.

12. Dotyczy § 7 ust. 6 Projektu Umowy:
Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień § 7 ust. 6 projektu umowy, o proponowane brzmienie ww. ustępu: „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie Umowy nie przekroczy 20% łącznej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy określonej w § 4 ust. 1 Umowy”.

Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 20% łącznej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 4 ust. 1 projektu umowy, zwracamy się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar umownych pozwala Wykonawcy na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie (przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko).

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zapisów do umowy.

13. Dotyczy § 7 ust. 8 Projektu Umowy:
Zamawiający w § 7 ust. 8 projektu umowy przewidział dla siebie prawo potrącenia kar umownych lub odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W związku z powyższym zauważyć należy, iż działanie Zamawiającego oparte na ww. prawie doprowadzić może nie tylko do poważnych nieporozumień pomiędzy Stronami Umowy, a także może wywrzeć negatywny skutek na przebieg realizacji zamówienia. Niejednokrotnie bowiem zarówno sam fakt wystąpienia zdarzenia skutkującego powstaniem roszczenia o naliczenie kar umownych lub o odszkodowanie, jak i ustalenie wysokości kar lub odszkodowania może być sporne. W takiej sytuacji niezbędne wydaje się podjęcie przez Strony Umowy działań zmierzających nie tylko, do ustalenia przesłanek skutkujących naliczeniem kar umownych, ale także czynników wpływających na ich wysokość. Niczym nieograniczone jednostronne prawo naliczenia kar umownych i potrącenia ich przez Zamawiającego godzi nie tylko w interes Wykonawcy ale także uniemożliwia mu podjęcie próby zbadania, czy naliczona kara umowna potrącona została prawidłowo i w odpowiedniej wysokości. W związku z powyższym prosimy o dodanie do projektu umowy ustępu, na mocy którego płatność kar umownych będzie następowała na podstawie noty obciążeniowej. Ponadto Wykonawca wnosi o dodanie do projektu umowy następującego postanowienia: „Każda Strona może potrącić wymagalną wierzytelność wynikającą z Umowy, po uzyskaniu uprzedniej zgody drugiej Strony”.

14. Dotyczy § 7 ust. 9  Projektu Umowy:

Czy Zamawiający zgodzi się na doprecyzowanie postanowienia umownego w ten sposób, że Strony będą uprawnione do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, przewidzianego w § 7 ust. 9  projektu umowy wyłącznie do wysokości rzeczywistej straty, a z wyłączeniem utraconych korzyści?

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zapisów do umowy.

15. Dotyczy §7 Projektu Umowy:
Prosimy o potwierdzenie, że stosowanie przewidzianych przez Zamawiającego sankcji w postaci odstąpienia od umowy nie dotyczy sytuacji, w których ewentualne niedotrzymanie terminów lub kryteriów świadczenia usług wynika z okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę (jak przykładowo: siła wyższa, przypadek, czy bezprawne działania osób trzecich).  Pytanie to ma w swojej podstawie ugruntowaną linię orzeczniczą Sądu Najwyższego, w szczególności wyrażoną w wyroku SN z dnia 20 marca 1968 r. (sygn. akt II CR 419/67) zgodnie, z którym, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie podnosi odpowiedzialności (art. 471 k. c.), kary umownej nie nalicza się.

Zamawiający nie potwierdza powyższego stwierdzenia.

16. Dotyczy §7  Projektu Umowy:
Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie postanowień §7  Umowy poprzez dodanie ustępu o następującej treści: „Odstąpienie od umowy, bądź naliczenie przez Zamawiającego kar umownych zostanie poprzedzone przeprowadzeniem postępowania reklamacyjnego mającego na celu umożliwienie Wykonawcy niezwłoczne usunięcie uchybień w wykonaniu Umowy oraz ustalenie istnienia przesłanek naliczenia kary umownej? Takie postanowienie jest w naszej ocenie konieczny – zarówno z powodu biorąc pod uwagę przytoczone powyżej stanowisko Sądu Najwyższego, że kara umowna powinna przysługiwać tylko i wyłącznie w przypadku, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpi z winy Wykonawcy, co w praktyce oznacza konieczność istnienia procedury w toku której Strony mają możliwość zaprezentowania swoich stanowisk.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

17. Dotyczy § 7 Projektu Umowy:
Wykonawca proponuje by postanowienia § 7 projektu umowy, które ustanawiają podstawy do  naliczenia kar umownych z tytułu opóźnienia w spełnieniu poszczególnych świadczeń przewidzianych Umową, zastąpić przesłanką zwłoki lub ewentualnie opóźnienia wynikającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Takie uregulowanie podstaw uprawniających Zamawiającego do naliczenia kar umownych zagwarantuje równość stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego - zapis ten zapewni z jednej strony ochronę interesów Zamawiającego na wypadek niedochowania terminów spełnienia świadczeń z winy Wykonawcy a z drugiej wyeliminuje ryzyko obciążenia karą umowną Wykonawcy w przypadku niedochowania terminów określonych umową z przyczyn niezależnych od Wykonawcy.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

18. Dotyczy Projektu Umowy:
Czy Zamawiający dopuszcza dodanie do projektu umowy następującego postanowienia: „Każda ze Stron ponosi odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, z wyłączeniem utraconych korzyści. Jednakże w granicach dopuszczonych prawem powszechnie obowiązującym, całkowita odpowiedzialność odszkodowawcza którejkolwiek ze Stron, wynikająca z Umowy z zastrzeżeniem szkód spowodowanych umyślnym działaniem oraz przypadków, gdy nieograniczoną odpowiedzialność przewidują bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, jest ograniczona do łącznej kwoty wynagrodzenia Wykonawcy określonej
w § 4 ust. 1 Umowy.” Taki zapis pozwoli Wykonawcy ustalić górną granicę ryzyka i w ten sposób umożliwi poprawne skalkulowanie kosztów bez podnoszenia ceny.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

19. Dotyczy § 10 Projektu Umowy:
Zamawiający w §10, przewidział obowiązki jednostronnie obciążające Wykonawcę w zakresie zachowania poufności. Pragniemy podkreślić, iż w ramach wykonania umowy, zamawiający również poweźmie informacje Wykonawcy, obejmujące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. W związku z tym, wnioskujemy o zmianę postanowień, o których mowa powyżej, na symetryczne – zobowiązujące do zachowania poufności zarówno Wykonawcę, jak i Zamawiającego w stosunku do informacji, które strony wzajemnie ujawnią, w ramach wykonania umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.

20. Dotyczy § 12 ust. 3 Projektu Umowy:
 czy Zamawiający dopuści następujący zapis w §12 ust. 3

*„W przypadku należytego wykonania Przedmiotu Umowy 100 % zabezpieczenia, o którym mowa w ust. 1 zostanie zwrócone najpóźniej w terminie 30 dni, licząc od daty podpisanego bez zastrzeżeń przez obie Strony Protokołu Odbioru Przedmiotu Umowy.”*

Pozostawienie tego zapisu w niezmienionej formie zmusza Wykonawcę do podniesienia wartości oferty wynikającego z oszacowania wartości pieniądza w czasie. Powyżej zaproponowany zapis nie wyłącza możliwości dochodzenia roszczeń wobec wykonawcy zgodnie z opisanymi karami umownymi oraz na drodze sądowej za nienależytego wykonania przedmiotu Umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian.