

Nr postępowania: **ZP/114/022/D/22**

25.05.2022 r.

Dot. postępowania: ZP/114/022/D/22 pn. **Dostawa klastra serwerów obliczeniowych do budowy superkomputera na potrzeby projektu CK STOS**

WYJAŚNIENIA TREŚCI SWZ – zestaw nr 2

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 i 6 oraz art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) Zamawiający informuje, iż do Zamawiającego wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na zadane pytania oraz wprowadził następujące zmiany:

Pytanie nr 10.

Zwracamy się o zmianę treści projektu umowy – załącznika nr 3 do SWZ w zakresie §10 ust. 1 lit. c oraz §11 ust. 5-6 w ten sposób, by wykonawca nie był obciążony niewykonaniem umowy (niezrealizowanie dostawy) w terminie do dnia 30 grudnia 2022 roku, jeżeli nastąpiło to z uwagi na niezależne od niego okoliczności.

W obecnym kształcie, projekt umowy w przywołanych postanowieniach zakłada, że Zamawiający odstąpi od umowy w każdym przypadku, gdy dostawa nie będzie mogła być zrealizowana do dnia 30 grudnia 2022 roku. Zamawiający wprowadził w §11 ust. 5 „nieprzekraczalny pod żadnym warunkiem, w tym z uwagi na okoliczności obiektywne o charakterze zewnętrznym oraz niezależnie od aktualnego etapu zrealizowania umowy” termin, w przypadku naruszenia którego naliczy karę umowną w wysokości 20% całkowitego wynagrodzenia brutto.

W art. 433 pkt 1 pzp, co do zasady zakazane zostało stosowanie w umowach w sprawie zamówienia publicznego postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za opóźnienie. Tymczasem wskazane powyżej przepisy ewidentnie przewidują dotkliwą sankcję w postaci nie tylko odstąpienia od umowy ale i obowiązku zapłaty kary wysokości 20% wynagrodzenia w sytuacji, gdy przekroczenie terminu wykonania umowy nie będzie wynikać w najmniejszym nawet stopniu z zawinienia wykonawcy. Z jednej więc strony, Zamawiający w pozostałych postanowieniach dotyczących kar umownych (§10 ust. 1 lit. „a” i „b”) przewiduje odpowiedzialność tylko za zwłokę, ale już w §10 ust. 1 lit. „c” pod karą umowną zastrzeżoną na wypadek odstąpienia od umowy, wprowadza przez brzmienie §11 ust. 5 i 6 daleko idącą, bardzo dotkliwą i niewspółmierną do potencjalnych okoliczności mogących w obecnych czasach wpłynąć na czas dostawy, karę umowną za naruszenie terminu bez względu na przyczynę tego naruszenia.

Powyższe postanowienia projektu umowy naruszają art. 433 pkt 1 pzp, ustanawiając w umowie rażącą dysproporcję w zobowiązaniach stron umowy, wobec czego wymagają zmiany.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający sam dał wyraz swojej świadomości wyjątkowo trudnej, bezprecedensowej sytuacji na rynku, odnosząc się w §11 ust. 2 do mogącej wynikać z globalnej sytuacji gospodarczej lub geopolitycznej niedostępności sprzętu, a także utrudnień i zerwania łańcuchów dostaw. Podkreślenia wymaga, choć są to okoliczności powszechnie znane, że już pandemia mocno nadwyrężyła łańcuchy dostaw, zwłaszcza jeśli chodzi o branżę elektroniczną i podzespoły do zaawansowanych technologicznie urządzeń – i znalazło to wyraz w obowiązujących przepisach, obligujących do zmian terminów realizacji zamówień w przypadkach, gdy nie można ich obiektywnie dotrzymać z uwagi na pandemię. Obecnie natomiast, na ten stan nałożyła się wojna w Ukrainie, która również wpływa bardzo niekorzystnie na łańcuchy dostaw.

Wykonawca rozumie, że zamawianego sprzętu Zamawiający może już nie chcieć przyjąć, jeżeli jego dostarczenie a tym samym i zapłata ceny miałyby nastąpić po 30.12.2022 roku. Nie sposób jednak w takiej sytuacji znaleźć uzasadnienia dla faktu, że konsekwencje finansowe zerwania łańcucha dostaw przez pandemię i wojnę, mają uderzać w Wykonawcę. Nie można uznać za dopuszczalną na gruncie prawa zamówień publicznych takiej sytuacji, w której Zamawiający kompensuje sobie niemożliwość sfinansowania zamówienia z przyczyn leżących po jego stronie (umowa o dofinansowanie, którą zawarł), karą umowną od wykonawcy, który w żaden sposób nie zawinił naruszeniu terminu.

Stanowisko Wykonawcy znajduje odzwierciedlenie w literaturze i orzecznictwie. Jak zauważa się, „art 433 Pzp został wprowadzony w celu ograniczenia praktyk zamawiających polegających na kształtowaniu postanowień umów w sposób zabezpieczający wyłącznie ich interesy bez należytego ich wyważenia z interesami wykonawców.” (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, art. 433, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021). W samym uzasadnieniu projektu ustawy – nowego Prawa zamówień publicznych z 2019 roku – wskazywano: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę.”

(Uzasadnienie do rządowego projektu – Prawo zamówień publicznych, druk nr 3624, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624>).

Z kolei w wyroku sygn. akt KIO 1597/20 (wyrok KIO z 7.08.2020 r., KIO 1597/20, LEX nr 3053308) Izba, uznając za zbyt daleko idące przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za opóźnienia, wskazywała: „Ponadto, Izba podziela argumentację odwołującego Netia, że w związku z obecną sytuacją wywołaną stanem pandemii koronawirusa mogą wystąpić niezależne od wykonawcy opóźnienia i braki w dostępności urządzeń z innych krajów, czy możliwy przedłużający się okres na uzyskanie decyzji administracyjnych, co należy wziąć pod uwagę przy konstruowaniu oferty. Umknęło przy tym zamawiającemu, że wykonawca nie powoływał się na okoliczności, które powodują ustawową ochronę prawną, a na okoliczność notoryjną - spowolnienia w sektorze publicznym i prywatnym, co utrudnia oszacowanie ewentualnych opóźnień, niezależnych od wykonawcy.”

W. Dzierżoniowski podkreśla z kolei, że „odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie zobowiązania jest powiązana z winą dłużnika. Na gruncie Kodeksu cywilnego możliwa jest modyfikacja ustawowej zasady odpowiedzialności opartej na winie, ponieważ art. 473 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Powyższa modyfikacja zasady odpowiedzialności dłużnika (wykonawcy) za niedotrzymanie terminu wykonania zobowiązania będzie co do zasady niedopuszczalna w umowie w sprawie zamówienia publicznego, a zamawiającemu nie będzie wolno kształtować umowy w taki sposób, że wykonawca będzie odpowiedzialny za zwykłe opóźnienie, niezawinione przez siebie. Zakaz ten dotyczyć będzie wszelkich postanowień umownych, wiążących jakąkolwiek postać odpowiedzialności wykonawcy z opóźnieniem.

Przepis ten powinien być jednak postrzegany jako przeszkoda w formułowaniu takich postanowień umownych, w których zwykłe opóźnienie wykonawcy (a nie zwłoka) stanowi podstawę do skorzystania przez zamawiającego z uprawnień prawokształtujących, takich jak np. uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy w związku z opóźnieniem wykonawcy czy też uprawnienie do obniżenia wynagrodzenia lub zwiększenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku opóźnienia wykonawcy.”

Wykonawca prosi więc o uwzględnienie powyższej argumentacji i zmianę projektowanych postanowień umownych w ten sposób, by niezrealizowanie dostawy z obiektywnych, niezależnych od wykonawcy, przyczyn w terminie do 30.12.2022 nie skutkowało obciążeniem wykonawcy karą umowną, tak jak to obecnie przewidują §10 ust. 1 lit. „c” i art. 11 ust. 5-6 – nawet jeśli Zamawiający mógłby w takich okolicznościach zrezygnować z zakupu (odstąpić od umowy).

W związku z faktem, że 23 maja 2022 roku upływa termin na wniesienie odwołania od projektowanych postanowień umownych, Wykonawca zwraca się z prośbą o odpowiedź Zamawiającego co do zmiany SWZ do tego czasu.

Odpowiedź:

Zamawiający w nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 24.05.2022 r. informuje, że dokonuje modyfikacji zapisów umowy w sposób następujący:

Zmiana nr 8:

We wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ § 11 ust. 5 otrzymuje brzmienie:

5. Zamawiający zastrzega, iż z uwagi na warunki zewnętrznego dofinansowania ostateczny, nieprzekraczalny pod żadnym warunkiem, w tym z uwagi na okoliczności obiektywne o charakterze zewnętrznym oraz niezależnie od aktualnego etapu zrealizowania umowy, termin zakończenia realizacji umowy ustala się na dzień 30 grudnia 2022 r. (dalej jako: graniczny termin wykonania umowy). Zamawiający informuje, a Wykonawca przyjmuje do wiadomości i własnego ryzyka, iż po terminie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, Zamawiający, z uwagi na obwarowania związane z dofinansowaniem zewnętrznym, nie będzie dysponował środkami na realizację przedmiotu zamówienia i w razie braku możliwości zakończenia realizacji umowy do 30 grudnia 2022 r., w terminie do 14 dni od upływu granicznego terminu wykonania umowy, **Zamawiający odstąpi od umowy bez wyznaczania dodatkowego terminu. W sytuacji, o której mowa w zdaniu poprzedzającym Zamawiający zachowuje prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej, o której mowa w par. 10 ust. 1 pkt c) umowy, jeśli brak możliwości zakończenia realizacji umowy do 30 grudnia 2022 r. wynikać będzie z okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.**

Pytanie nr 13.

Dotyczy odpowiedzi na pytanie nr. 9 do SWZ z 24.05.2022

Zamawiający informuje, że kwota 4.200.000 to kwota wraz z podatkiem VAT, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że zgodnie z zapisami SWZ oraz wzoru umowy (patrz odp. na pytanie nr 6), podejmie działania w kierunku zastosowania 0% stawki VAT do urzędzeń, które ujęte są w załączniku nr 8 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (art. 83 ust. 1 pkt 26 lit. a tej ustawy – t.j. Dz.U.2021.685).

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie Czy współczynnik R użyty we wzorze, będzie równy 1 jeśli cena ocenianej oferty będzie =< niż 3 414 634 PLN + 23% VAT (to jest 4 200 000 z 23% podatkiem VAT), a odpowiednio niższy jeśli cena ocenianej oferty będzie wyższa niż kwota 3 414 634 PLN + 23%VAT? Czy też współczynnik R użyty we wzorze będzie równy 1 jeśli cena ocenianej oferty będzie =<4 200 000 PLN + 23% VAT a odpowiednio niższy jeśli cena ocenianej oferty będzie wyższa niż kwota 4 200 000 PLN + 23% VAT?

Prosimy o konkretne sprecyzowanie dla jakiej kwoty i z jaką stawką podatku VAT współczynnik R użyty we wzorze będzie równy 1?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że dla celów porównania i oceny ofert współczynnik R zostanie zastosowany dla kwoty 4.200.200 PLN obejmującej 0% VAT.

Zmiana nr 9:

W związku z powyższą odpowiedzią w rozdziale XIV SWZ w ust. 3 Treść:

„3. Kryterium cena (Kc) będzie rozpatrywane na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzu Oferty wg poniższych zasad:”

zostaje zastąpiona treścią:

„3. Kryterium cena (Kc) będzie rozpatrywane na podstawie kolumny „Wartość netto”, (RAZEM Kzam) wyliczonej przez Wykonawcę jako suma wierszy w kolumnie nr 4 w tabeli „OBLICZENIE WARTOŚCI OFERTY” zawartej w formularzu rzeczowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ, wg poniższych zasad:”

Zmiana nr 10:

W rozdziale XIV SWZ w ust. 3 Treść:

„gdzie:

Kc – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „cena”,

C_m – najniższa cena oferty spośród złożonych ofert podlegających ocenie,

C_0 – cena ocenianej oferty,
 W_c – waga kryterium „cena”.

zostaje zastąpiona treścią:

„gdzie:

K_c – liczba punktów przyznanych ocenianej ofercie w kryterium „cena”,

C_m – najniższa wartość netto spośród złożonych ofert podlegających ocenie,

C_0 – wartość netto ocenianej oferty,

W_c – waga kryterium „cena”.

Zmiana nr 11:

W związku z powyższą odpowiedzią zmianie ulega tabela zawarta w formularzu rzeczowo-cenowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ i otrzymuje następujące brzmienie:

OBLICZENIE WARTOŚCI OFERTY*:

Lp.	Liczba szt.	Cena za 1 szt. netto	Wartość netto	Cena za 1 szt. z VAT 23%	Wartość z VAT 23%
1	2	3	4=2x3	5	6 = 2x5
Serwer GPU					
Server usługowy					
Przełączniki					
Przełączniki					
Przełączniki					
		RAZEM:		RAZEM: (do przeniesienia do formularza oferty)	

*należy wycenić liczbę serwerów oraz liczbę przełączników adekwatnie do zaoferowanego rozwiązania.

Powyższe odpowiedzi i wprowadzone zmiany stanowią integralną część SWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców.

.....
(podpis kierownika zamawiającego
lub osoby upoważnionej