

Znak sprawy: IZP.271.27.2017

### **Odpowiedź na pytanie**

dotyczące postępowania o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej Nr 629405S - ul. Stawowej w sołectwie Wilcza”.

Przekazuję państwu pytanie Wykonawcy wraz z odpowiedzią Zamawiającego. Proszę o uwzględnienie tych wyjaśnień przy opracowywaniu oferty przetargowej.

#### Pytanie nr 1

##### **Par. 3 pkt. 2 ppkt 2**

Wnosimy o usunięcie zapisu, gdyż obecny zapis SIWZ jest niezgodny z art. 40 Ustawy o Drogach Publicznych.

Skoro zezwolenie na zajęcie pasa drogowego i wymiar opłaty oraz ewentualne nałożenie kary następuje w drodze decyzji administracyjnej, należy wskazać, iż zobowiązanym z tego tytułu jest strona, czyli inwestor.

Wskazane przez dr K. Sobieralskiego (Zajęcie pasa drogowego a zamówienia publiczne Przetargi Publiczne nr 3/2007, s. 27) stanowisko zostało powszechnie przyjęte przez UZP, który uznaje za niedopuszczalne praktyki stosowane przez zamawiających, wyłaniających wykonawcę w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp), gdy już w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 1 Pzp) określa się, że wykonawcę obciążać będą koszty zajęcia pasa drogowego (opłaty i kary).

Zatem jeśli w trakcie przeprowadzanej inwestycji zachodzi konieczność zajęcia pasa drogowego, to uzyskanie zezwolenia, wniesienie opłaty czy też poniesienie konsekwencji niezastosowania się do przepisów należy do zadań zamawiającego. W związku z powyższym, wnioskujemy o usunięciu z SIWZ zapisów dotyczących poniesienia kosztów związanych z zajęciem pasa ruchu drogowego przez Wykonawcę.

#### Odpowiedź na pytanie nr 1

Zmawiający przychyła się do wniosku Wykonawcy i usuwa z umowy zapis paragrafu 3 pkt 2 ppkt 2.

#### Pytanie nr 2

##### **Par. 10 pkt 1 ppkt a**

Wnosimy o zmianę z "opóźnienia" na zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego. Na poparcie niniejszego stanowiska można wskazać wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r.. III CKN 122/01: "Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody" Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 roku, sygnatura akt II CSK 331/2012 za opóźnienia, które są wynikiem złych warunków atmosferycznych w trakcie realizacji kontraktów na roboty budowlane nie powinna być naliczona kara umowna za ten okres. Z

sentencji tego wyroku wynika, że zła pogoda wyłącza odpowiedzialność wykonawcy, skoro nie ma on z tego powodu możliwości ukończenia robót w terminie.

#### Odpowiedź na pytanie nr 2

Zamawiający pozostawia zapis bez zmian.

#### Pytanie nr 3

##### **Par. 10 pkt 1 ppkt a, b, c, e**

Wnosimy o zmianę wysokości kar do 0,1 % - który jest powszechnie przyjęty w tego typu zamówieniach i nie narusza zasady miarkowania kar umownych.

Wprawdzie możliwość dochodzenia kary umownej nie jest uzależniona wprost od wystąpienia szkody, jednak ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt V CSK 34/06). Co więcej, Sąd Najwyższy podniósł, że oceniając, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, czy nie, należy kierować się wysokością rzeczywiście poniesionej szkody (rozumianej szeroko jako wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania; tak m.in. SN w wyroku z 14 kwietnia 2005, sygn. akt II CK 626/04), a dokładniej - wysokością odszkodowania, jakie byłoby należne wierzycielowi na zasadach ogólnych. Wynika to z brzmienia art. 484 § 2 k.c, który odnosząc się do "rażąco wygórowanej" kary, implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą a żadaną karą. I choć na etapie decydowania o tym, czy kara umowna się należy, czy nie, istnienia szkody poniesionej przez wierzyciela nie bierze się w ogóle pod uwagę (szkoda nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia, czy kara się należy, czy nie), to przy ocenie wysokości kary umownej w związku z jej miarkowaniem trzeba wziąć pod uwagę nie tylko jej istnienie, ale i rozmiar.

#### Odpowiedź na pytanie nr 3

Zamawiający pozostawia wysokość kar bez zmian.

#### Pytanie nr 4

##### **Par. 15**

w jakiej hierarchii należy stosować dokumenty wskazane w par. 15 w przypadku wystąpienia rozbieżności w ich treści?

#### Odpowiedź na pytanie nr 4

Dokumenty wskazane w paragrafie 15 są jednakowo ważne, a z uwagi na różny zakres jaki obejmują nie można wskazać stopnia hierarchii ich ważności.

**Powyższe informacje należy traktować jako integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**Z uwagi na to, że zmiany wprowadzone przez Zamawiającego są nieistotne przy szacowaniu oferty przez Wykonawcę Zamawiający nie wydłuża terminu składania ofert.**

GŁÓWNY SPECJALISTA

*Joanna Kruczyńska*  
Joanna Kruczyńska