

Boskovice dne 30. ledna 2023

Věc: Zadávací řízení - „2022_50 TI Letovice“ – vysvětlení zadávací dokumentace

V rámci podlimitní veřejné zakázky na stavební práce zadané ve zjednodušeném podlimitním řízení dle § 53 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), pod názvem „**2022_50 TI Letovice**“, zadavatel obdržel dotazy, na které odpovídá takto:

Dotaz:

V čl. III odst. 20 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky je stanovena povinnost zhotovitele díla vyhovět požadavku zadavatele na provedení víceprací a změn díla. Takové vícepráce a změny díla však nezakládají nárok zhotovitele na posun termínu. Smlouva sice umožňuje se smluvním stranám „dohodnout jinak“, avšak takto volně formulované ustanovení nechává velkou volnost pro nepředvídatelné jednání zadavatele.

Z popsaného důvodu dodavatel uvedené ustanovení vnímá jako nepřiměřené, a tedy potenciálně v rozporu se základními zásadami zákona o zadávání veřejných zakázek. Dodavatel proto žádá zadavatele o změnu uvedeného ustanovení následujícím způsobem: „Požadavku objednatele na provedení víceprací, změn díla je zhotovitel povinen vyhovět. Bude-li mít provedení takových víceprací nebo změn díla vliv na řídicí harmonogram realizace díla, má zhotovitel nárok na odpovídající posun smluvních termínů. Smluvní strany se však mohou dohodnout na provedení víceprací i změn díla bez posunu smluvních termínů nebo jen s částečným posunem smluvních termínů neodpovídajícím jejich celkovému vlivu na řídicí harmonogram realizace díla.“

Odpověď:

Zadavatel se nedomnívá, že znění čl. III odst. 20 smlouvy by nechávalo volnost nepředvídatelnému jednání zadavatele. zbytečným spekulacím upravuje znění čl. III odst. 20 smlouvy takto:

„Požadavku objednatele na provedení víceprací, změn díla je zhotovitel povinen vyhovět. Bude-li mít provedení takových víceprací nebo změn díla vliv na řídicí harmonogram realizace díla, má zhotovitel nárok na odpovídající posun smluvních termínů. Smluvní strany se však mohou dohodnout na provedení víceprací i změn díla bez posunu smluvních termínů nebo jen s částečným posunem smluvních termínů neodpovídajícím jejich celkovému vlivu na řídicí harmonogram realizace díla.“

Dotaz:

V čl. V odst. 1 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky je cena stanovena jako nejvýše přípustná. Taková obecná formulace by však vylučovala jakoukoliv pozdější změnu ceny díla po podpisu smlouvy. Z dalších ustanovení uvedené smlouvy (např. čl. V odst. 6) je však patrné, že to není záměr zadavatele. Podle názoru dodavatele bylo záměrem zadavatele stanovit cenu jako pevnou.

S ohledem na uvedený rozpor ve znění smlouvy na plnění veřejné zakázky, který by mohl být pro některé potenciální účastníky zadávacího řízení odrazující od podání nabídky, proto dodavatel žádá o změnu ustanovení čl. V odst. 1 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky. A to takovým způsobem, aby došlo k nahrazení slovního spojení „cena nejvýše přípustná“ za spojení „cena pevná“.

Odpověď:

Zadavatel v textu smlouvy zapracoval znění zákona a zadávacích podmínek a domnívá se, že obsah pojmu „cena nejvýše přípustná“ a pojmu „cena pevná“ nejsou v rozporu. I přesto zadavatel upravuje znění čl. V. odst. 1 smlouvy takto:

„Cena za zhotovení předmětu díla je stanovena dohodou smluvních stran na základě přijaté nabídky v soutěži o veřejnou zakázku jako cena pevná, včetně všech poplatků a veškerých dalších nákladů spojených s plněním veřejné zakázky a platí po celou dobu realizace díla, pokud není v této smlouvě dále stanoveno jinak.“

Dotaz:

Znění smlouvy na plnění veřejné zakázky v několika svých ustanovení odkazuje na penalizovatelné milníky. Například v čl. VI odst. 5 uvedené smlouvy, podle kterého budou takové milníky uvedeny v řídicím harmonogramu realizace díla. Dále pak v čl. XVII odst. 1 v rámci smluvních pokut.

Ve znění smlouvy však nejsou žádné termíny výslovně označeny jako penalizovatelné milníky, ani nejsou takové milníky jinak blíže popsány.

Dodavatel proto žádá o objasnění, zda zadavatel za penalizovatelný milník považuje některý z termínů plnění (zahájení prací a/nebo předání díla) nebo zda se jedná o administrativní nedostatek v uvedené smlouvě (ponechání ustanovení k penalizovatelným milníkům bez jejich stanovení).

Odpověď:

Zadavatel připouští, že z textu smlouvy nemusí být pojem penalizovatelné milníky zřejmý. Na druhé straně z textu zadávacích podmínek a čl. XVII. odst. 1 je zřejmé, že těmito penalizovatelnými milníky jsou myšleny ukončení prací na stavbě (předání stavby) a předání díla vč. kompletní dokladové části (předání díla).

Zadavatel uvádí, že za penalizované milníky bude požadován termín ukončení stavebních prací a termín předání díla.

Dotaz:

Ustanovení čl. XII odst. 28 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky stanoví zhotoviteli povinnost před zahájením prací a/nebo nákupem rozhodujících materiálů zkontrolovat podklady zadavatele. A to zejména s ohledem na možné nesrovnalosti nebo potenciální problémy v údajích, mírách a specifikacích. Zhotovitel je dále povinen upozornit zadavatele na takové nesrovnalosti nebo problémy a v případě, že tak neučiní, ztrácí nárok na vzniklou škodu, zejména pak veškeré vícenálady.

Dodavatel upozorňuje zadavatele, že uvedené ustanovení je v přímém rozporu s § 36 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek. Uvedené ustanovení zakazuje přenášet odpovědnost za právnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

Dodavatel proto žádá o úpravu čl. XII odst. 28 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky spočívající v odstranění první věty uvedeného ustanovení.

Odpověď:

Zadavatel připouští, že část textu první věty ustanovení čl. XII odst. 28 může budít dojem, že není v souladu s obsahem § 36 odst. 1 zákona. S ohledem na uvedené upravuje znění ustanovení čl. XII odst. 28 takto:

„Zhotovitel je povinen předkládat objednateli písemně ke schválení seznam objednávaných atypických výrobků, osvědčení o jakosti použitých (objednávaných) materiálů, vzorky materiálů, povrchových úprav, včetně barevnosti, a to vždy v dostatečném předstihu za

dodržení řídicího harmonogramu realizace díla jednotlivých objektů. Objednatel má po předložení právo vždy ve lhůtě následujících pěti pracovních dnů dát zhotoviteli závazný pokyn k záměně materiálu nebo výrobku.“

Dotaz:

Dodavatel spatřuje nejasnost v požadavcích na pojištění v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky. Požadavky na pojištění jsou v zadávací dokumentaci popsány v bodě 9.2.3. Ve znění smlouvy na plnění veřejné zakázky pak v čl. XVI odst. 9 až 13.

Z uvedených částí jednotlivých dokumentů jsou patrné rozpory mezi zadávací dokumentací a zněním smlouvy na plnění veřejné zakázky, a to zejména z hlediska rozsahu pojištění (ve znění smlouvy je stanoven širší rozsah) a výše pojistného krytí (ta je stanovena pouze v zadávací dokumentaci, a nikoliv ve znění smlouvy).

Dodavatel žádá zadavatele o objasnění uvedených rozporů a případnou úpravu znění smlouvy na plnění veřejné zakázky tak, aby reflektovala v tuto dobu pro smluvní plnění nezávazné povinnosti stanovené v zadávací dokumentaci.

Odpověď:

Zadavatel se nedomnívá, že ust. zadávacích podmínek a smlouvy týkající se způsobu a rozsahu pojištění ve smlouvě jsou v rozporu. Současně upozorňuje, že v čl. III odst. 1 smlouvy se uvádí, že jestliže ze zadávací dokumentace k veřejné zakázce nebo nabídky prodávajícího vyplývají zhotoviteli povinnosti vztahující se k realizaci předmětu této smlouvy, avšak tyto povinnosti nejsou výslovně v této smlouvě uvedeny, smluvní strany se pro tento případ dohodly, že i tyto povinnosti prodávajícího jsou součástí obsahu závazkového vztahu založeného touto smlouvou a prodávající je povinen je dodržet. Z výkladové praxe vyplývá, že za obchodní podmínky je třeba považovat jednotlivé požadavky zadavatele na obsah smlouvy na plnění veřejné zakázky, která zadavatel uvede v zadávací dokumentaci, i pokud nebudou mít podobu závazného návrhu (vzoru) smlouvy. Lze tedy konstatovat, že dodavatel je povinen se řídit a plnit jak požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, tak i ve smlouvě.

Pro vyloučení všech pochybností zadavatel upravuje znění čl. XVI odst. 9 až 13 smlouvy takto:

„9. Zhotovitel je povinen mít sjednáno pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem jako zhotovitelem jeho provozní činností třetí osobě v době realizace díla, včetně možných škod způsobených jeho pracovníky třetí osobě, ve výši pojistného plnění minimálně ve výši celkové ceny díla bez DPH. Pojištění bude sjednáno na krytí rizik odpovídající charakteru díla, tj. zejména stavby a jejímu okolí, zejména pak na krytí rizik poškození, případně zničení budovaného díla.

10. Dodavatel je povinen mít sjednáno pojištění stavebně montážní, uzavřené ve prospěch zadavatele odpovídající minimální ve výši celkové ceny díla bez DPH. Pojištění bude sjednáno na krytí všech možných rizik poškození, případně zničení budovaného díla systémem „ALL RISK“. Toto pojištění zahrnuje zejména pojistná nebezpečí provozní (např. pády částí díla nebo předmětů montážní výstroje, škody při manipulaci s břemeny, zřícení montážních lešení, stožárů, jeřábů a stavebních strojů, poškození nedbalostí a nešikovností pracovníků atd.). Při vzniku pojistné události zabezpečuje veškeré úkony vůči pojistiteli Zhotovitel. V pojistných smlouvách bude sjednána klauzule zahrnující odpovědnost za škody způsobené při odstraňování vad v průběhu záruční doby.

11. Objednatel je povinen poskytnout v souvislosti s pojistnou událostí Zhotoviteli veškerou součinnost, která je v jeho možnostech.

12. Náklady na pojištění nese Zhotovitel a má je zahrnuty ve sjednané ceně.

13. V případě, že zhotovitel nebude mít nejpozději do 30 dnů od podpisu smlouvy sjednáno pojištění škody v souvislosti s výkonem předmětu této smlouvy a pojištění stavebně montážní na budovy, které jsou předmětem díla dle výše uvedených ustanovení této smlouvy,

nebo nebude-li tato pojistná smlouva platná po celou dobu realizace stavby, jedná se o podstatné porušení smlouvy o dílo, objednatel má tak právo na odstoupení od smlouvy o dílo.

Dotaz:

V ustanovení čl. XVIII odst. 3 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky je stanoven zhotoviteli zákaz „při stavbě používat jiné poddodavatele, než byli uvedeni v nabídce.“ Dále je v uvedeném ustanovení stanovena povinnost zhotovitele vést a průběžně aktualizovat seznam všech poddodavatelů včetně výše jejich podílu na akci.

Zmíněná ustanovení smlouvy na plnění veřejné zakázky lze vykládat více způsoby. Zejména však následovně:

- a) Zhotovitel není oprávněn přidávat na seznam nové poddodavatele, ale pouze aktualizovat seznam poddodavatelů (fakticky jen měnit částky plnění díla a případně odebírat poddodavatele, kteří se na provádění díla nebudou podílet), nebo
- b) Zhotovitel je oprávněn aktualizovat seznam poddodavatelů i o nové poddodavatele, čímž je fakticky prolomen zákaz používání jiných poddodavatelů než těch uvedených v nabídce.

Dodavatel žádá zadavatele o objasnění, který z výše uvedených výkladů je správný. Pokud však zadavatel uvedená ustanovení smlouvy na plnění veřejné zakázky vykládá jinak, dodavatele žádá o objasnění takového výkladu.

Dále dodavatele upozorňuje zadavatele, že v případě jeho výkladu odpovídajícímu písm. a) výše je takové stanovení povinnosti nepřiměřené a v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek a jeho základními zásadami. Ustanovení § 105 písm. b) zákona o zadávání veřejných zakázek stanoví dodavateli předložit seznam poddodavatelů, pokud mu jsou známi. I samotný zákon o zadávání veřejných zakázek tak nevylučuje jakoukoliv pozdější změnu v záměru dodavatele plnit části veřejné zakázky poddodavatelsky. Předmětné zákonné ustanovení je logické, není totiž přiměřené po dodavatelích požadovat, aby měli již v době podání nabídky zcela fixně a neměnně zajištěné rozdělení plnění veřejné zakázky mezi svými a poddodavatelskými kapacitami. Na tyto kapacity totiž může mít vliv řada externích faktorů, které dodavatel nemůže v době podání nabídky rozumně předvídat ani vůči nim učinit přiměřená opatření. Odpovídá-li tedy výklad předmětných ustanovení zadavatelem písm. a) výše, žádá dodavatele o změnu čl. XVIII odst. 3 znění smlouvy na plnění veřejné zakázky, a to formou odstranění první věty uvedeného odstavce.

Odpověď:

Zadavatel s uvedeným názorem nemůže souhlasit a uvádí, že z rozhodovací a výkladové praxe vyplývá, že zadavatel má právo si v zadávací dokumentaci vyhradit, aby účastník zadávacího řízení určil v nabídce, kterou část veřejné zakázky za něj bude plnit poddodavatel, a předložil seznam již známých poddodavatelů, u nichž účastník zadávacího řízení již v okamžiku podání nabídky ví, že je při realizaci veřejné zakázky využije.

Zákon zavádí povinou identifikaci poddodavatelů. Dodavatel bude povinen zadavateli poskytnout informace o osobách přítomných na staveništi, kde budou probíhat stavební práce. Proto u stavebních prací má vybraný dodavatel povinnost sdělit zadavateli identifikační údaje poddodavatelů, kteří se budou na stavebních pracích podílet.

Z ust. § 1935 občanského zákoníku pak vyplývá, že může být smluvně ujednáno, že plnění bude poskytnuto výlučně či konkrétně vymezenou třetí osobou. Občanský zákoník se šířeji problematice poddodavatelství dále nevěnuje, a tak vymezení vztahu mezi objednatel, dodavatelem a poddodavatelem je ponecháno na uvážení dotčených osob, v tomto případě zadavateli.

Účastník zadávacího řízení je povinen informovat zadavatele o svých poddodavatelích, pokud si zadavatel tuto informační povinnost účastníka zadávacího řízení vyhradil v zadávací dokumentaci. Bude tedy na preferencích zadavatele a vymezení jeho požadavku, zda bude vyžadovat po účastnících zadávacího řízení informace o všech známých poddodavatelích. Zadavatel tedy může požadovat, aby účastník ve své nabídce vymezil všechny části plnění veřejné zakázky, které hodlá plnit prostřednictvím poddodavatelů a současně uvedl konkrétní dodavatele.

Vybraný dodavatel je povinen předložit zadavateli identifikační údaje poddodavatelů podílejících se na plnění veřejné zakázky nejpozději před zahájením plnění zakázky.

Z výše uvedeného vyplývá, že povinnost předložit identifikační údaje poddodavatelů podílejících se na plnění veřejné zakázky a využití pouze takto identifikovaných poddodavatelů při realizaci zakázky si zadavatel může upravit v obchodních podmínkách, resp. ve smlouvě zejména co se rozsahu poskytovaných informací, způsobu jejich poskytování a sankcí v případě neposkytnutí informací či realizace prací, kteří nebyli identifikováni.

I přes výše uvedené zadavatel upravuje ustanovení čl. XVIII odst. 3 smlouvy takto:

„Zhotovitel je oprávněn při stavbě používat pouze ty poddodavatele, kteří jsou uvedeni v seznam poddodavatelů, který je přílohou této smlouvy. Změna poddodavatelů, musí být předem písemně odsouhlasena objednatelem. Nedodržení toho postupu se považuje za podstatné porušení této smlouvy o dílo, čímž vzniká objednateli právo na odstoupení od této smlouvy o dílo. Zhotovitel je povinen k součinnosti při vedení a průběžné aktualizaci seznamu všech poddodavatelů včetně výše jejich podílu na akci. V případě, že zhotovitel poruší tyto povinnosti, má objednatel právo mu uložit smluvní pokutu ve výši 100.000,- Kč za každé takové porušení..“

Zadavatel jako přílohu č. 1 toho vysvětlení poskytuje aktualizovaný znění obchodních podmínek, které uchazeči závazně použijí ve své nabídce.

.....
Mgr. Martin Budiš

osoba pověřená výkonem zadavatelských činností