

Vaše značka:

Ze dne:

Č. j.: SMO/253922/16/VZKÚ/Cup

Sp. zn.: S-SMO/080678/16/VZKÚ/40

Vyřizuje: Ing. Andrea Cuperová

Telefon: +420 599 443 339

Fax:

E-mail: acuperova@ostrava.cz

Datum: 13. 7. 2016

Veřejná zakázka „Rekonstrukce ÚČOV – Dosazovací nádrže č. 1 - 10“ – Dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 14

V návaznosti na dotazy dodavatelů v souladu s ust. § 49 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), předkládáme dodatečné informace k zadávacím podmínkám výše uvedené veřejné zakázky.

Dotaz č. 1:

V čl. XI odst. 4 smlouvy o dílo je uvedeno: „*Objednatel si vyhrazuje právo projednat a případně odmítnout subdodavatele navrženého zhotovitelem.*“ Uchazeč má za to, že uvedený postup zadavatele je v rozporu s ust. zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), kdy zadavatel požaduje oprávnění zasahovat do subdodavatelského systému zhotovitele. Zadavatel je při zadávání veřejných zakázek v smyslu ZVZ povinen dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Předně, žádné z ustanovení ZVZ nedává zadavateli právo požadovat po uchazečích, aby uzavřeli smlouvu s určitým specifickým subdodavatelem, nebo naopak aby s jiným subdodavatelem smlouvu neuzavřeli. Zadavatel je striktně limitován především zákazy a omezeními, které vyplývají z jednotlivých ustanovení ZVZ. Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí č. j. 2 Afs 64/2009 mimo jiné uvádí, že **„Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách** a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné. zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější.“ *Uvedené ujednání je rovněž i v souladu s rozhodovací praxí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“)* v rozporu s právními předpisy kdy se zadavatelův postup jeví nečitelným, a tedy netransparentním, neboť nelze dopředu předvídat, zda zadavatel takové právo skutečně uplatní. Nadto za situace, kdy by zadavatel toto právo uplatnil a skutečně po podpisu smlouvy s vybraným dodavatelem požadoval po tomto dodavateli změnu subdodavatele navrženého či uvedeného v nabídce dodavatele, případně by takového subdodavatele dodavateli rovněž sám určil, pak by dle Úřadu mohlo takové jednání zadavatele, jež by vedlo k neoprávněnému omezení subdodavatelského systému, taktéž zapříčinit porušení zákazu diskriminace. Nedovoleně upřednostnění by zde byli ti dodavatelé, které by si na základě své libovůle vybral zadavatel, což by vedlo k poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Přitom však cílem zásady transparentnosti je naopak takovéto svévůli zadavatele zamezit, jak je uvedeno výše. (č.j.: ÚOHS-S61/2013/VZ-15972/2013/521/VČe). Uchazeč proto žádá zadavatele o sjednání nápravy.

Odpověď:

Ustanovení čl. XI odst. 4 smlouvy o dílo „Objednatel si vyhrazuje právo projednat a případně odmítnout subdodavatele navrženého zhotovitelem“ zadavatel nepovažuje za diskriminační. Citované rozhodnutí 2 Afs 64/2009, na které uchazeč ve své argumentaci odkazuje, se týká posouzení důvodu zvláštního zřetele, pro který zadavatel zrušil zadávací řízení ze subjektivního důvodu, a je vytržené z kontextu. Zadavatel je skutečně při zadávání veřejných zakázek povinen dodržet zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu

diskriminace, to se však týká samotného průběhu zadávacího řízení, které končí uzavřením smlouvy s uchazečem, který podal nejvýhodnější nabídku. Zmiňované ujednání není podmínkou pro výběr uchazeče, jedná se o obchodní podmínku zadavatele, kterou je zadavatel oprávněn stanovit. Nejedná se tedy v daném případě o porušení zásady zákazu diskriminace a uvedené ujednání nebude ve smlouvě měněno.

Dotaz č. 2:

V čl. XI odst. 5 smlouvy o dílo je uvedeno: „Zhotovitel je povinen ihned po obdržení projektové dokumentace bez zbytečných odkladů prověřit, zda projektová dokumentace a další závazné podklady a pokyny objednatele týkající se předmětu smlouvy, nemají zjevné vady a nedostatky, zda neobsahují nevhodná řešení, materiály, komponenty, zda výsledky výpočtů nejsou v rozporu se stanovenými technickými parametry. Zhotovitel se zavazuje před započítáním prací na díle sdělit objednateli vady v projektové dokumentaci a výši z toho vyplývajících dalších nákladů. Pro stanovení výše nákladů se použije postup uvedený v čl. II odst. 5 smlouvy. **V případě, že takto stanovené další náklady budou vyšší než 30 % sjednané ceny díla, má objednatel právo od této smlouvy odstoupit.**“ Uvedené ujednání je dle uchazeče v přímém rozporu s ust. § 44 odst. 1 ZVZ ale rovněž i ust. § 2630 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále jen „OZ“) a to zejména s ohledem na skutečnost, že v takovém případě objednatel neřeší otázku náhrady škody včetně ušlého zisku pro zhotovitele, což je vůči zhotoviteli víc než jen hrubě nespravedlivé (v návaznosti na čl. XVI odst. 9 smlouvy o dílo). Rozpor s ust. § 44 ZVZ spočívá zejména v skutečnosti, že za správnost a úplnost údajů uvedených v zadávací dokumentaci odpovídá zadavatel. V žádném případě není přípustné, aby zadavatel jakýmkoli způsobem přenášel odpovědnost za správnost a úplnost údajů uvedených v zadávací dokumentaci na dodavatele, v této oblasti existuje rozsáhlá a ustálená rozhodovací praxe ÚOHS. Zadavatel totiž uvedeným ujednáním dává najevo, že pokud dojde k porušení jeho povinnosti předložit do soutěže úplnou a správnou projektovou dokumentaci jako součást zadávací dokumentace, bude mít právo odstoupit od smlouvy. **Tudíž si zadavatel vyhrazuje právo pro odstoupení od smlouvy v důsledku vlastního porušení povinnosti.** Dále ve smyslu ust. § 2630 OZ je za davy dokumentace odpovědný ten, kdo ji dodal, což je ve vztahu k zhotoviteli objednatel potažmo projektant. Projektant odpovídá za správnost, celistvost, úplnost a bezpečnost stavby provedené podle jím zpracované projektové dokumentace a za proveditelnost stavby podle této dokumentace, jakož i za technickou a ekonomickou úroveň projektu technologického zařízení, včetně vlivů na životní prostředí. Projektant je povinen dbát právních předpisů a obecných požadavků na výstavbu vztahujících se ke konkrétnímu stavebnímu záměru a působit v součinnosti s příslušnými dotčenými orgány (zák. č. 183/2006 Sb., stavebního zákona). Následky vadné dokumentace nemůže nést zhotovitel jen protože náklady na vady projektové dokumentace budou v určité výši. Zadavatel rovněž uvedeným ujednáním připouští, že předmět veřejné zakázky nemusí být úplný čímž porušuje ust. § 6 ZVZ zejména pak zásadu transparentnosti. Je povinností zadavatele z titulu odpovědnosti dle ust. § 44 ZVZ provést nápravu vadné projektové dokumentace formou dodatečných/nových stavebních prací, protože důvody pro jejich realizaci nastaly již v okamžiku vypracovávání projektové dokumentace (za předpokladu, že se nejedná o vady projektové dokumentace vyvolané v důsledku např. skrytých překážek). Uchazeč proto žádá zadavatele o sjednání nápravy.

Odpověď:

Dle zákona o veřejných zakázkách účinného od 6. 3. 2015 může zadavatel zadat veřejnou zakázku dle § 23 odst. 7 písm. a) na dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejichž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat, a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že dodatečné stavební práce nebo služby budou zadány témuž dodavateli a nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, ..., a celkový rozsah nepřekročí 30 % z ceny původní veřejné zakázky. Nejedná se tedy již o tzv. „objektivně nepředvídané okolnosti“, které nezahrnovaly chyby projektanta při zpracování projektové dokumentace, která je podkladem pro zadání veřejné zakázky. Zadavatel není odborník v oblasti stavebnictví, a proto si zpracování dokumentací i provedení staveb objednáva postupem dle zákona o veřejných zakázkách u osob, které v dané oblasti disponují potřebnými znalostmi, zkušenostmi a oprávněními.

Zhotovitel je při plnění díla vázán zadávacími podmínkami, rozsah stavebních prací je dán projektovou dokumentací. Jestliže by objednatel požadoval provedení víceprací nad rámec stanovený ve smlouvě, což je případ prací, které v důsledku pochybení projektanta ve smlouvě uvedeny nejsou nebo jsou uvedeny chybně, pak tak může učinit pouze za podmínky dle § 23 odst. 7 písm. a), a to do výše 30 %. Pokud by se dodatečně zjistilo, že projektová dokumentace je nedostatečná, pak by zadavatel objektivně nemohl dílo dokončit, nemohl by zadat dodatečné stavební práce témuž dodavateli v rozsahu překračujícím 30 % původní ceny díla, ani by nemohl veřejnou zakázku zadat na základě výběrového řízení dle zákona případně jinému uchazeči, protože si nelze dost dobře představit, že by tutéž stavbu realizovali současně 2 zhotovitelé nezávisle na

sobě. Proto je v obchodních podmínkách zadavatele stanovena možnost odstoupení zadavatele od smlouvy v případě, že by nastala výše uvedená skutečnost.

Zmíněné ujednání tedy směřuje k ochraně zadavatele a jeho účelem je podobné situaci zabránit. Toto ujednání je do smlouvy včleněno s ohledem na zákonnou úpravu zadávání víceprací dle zákona o veřejných zakázkách.

Smlouva neřeší náhradu škody v případě, že zadavatel využije svého práva a odstoupí od smlouvy z výše uvedeného důvodu, ani by zde uchazeči nárok na náhradu škody nevznikl, protože předpokladem vzniku nároku na náhradu škody je porušení povinností, nikoli výkon práva, jak by tomu bylo v tomto případě. Jedná se však o jednu z obchodních podmínek zadavatele, za kterých má zájem na realizaci veřejné zakázky, a to z důvodu vysvětlených výše. Je na zvážení uchazeče, zda mu za daných podmínek stojí za to se o danou veřejnou zakázku ucházet, s ohledem na všechna rizika.

Zadavatel odpovídá dle § 44 zákona o veřejných zakázkách za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Za správnost projektové dokumentace, kterou si zadavatel objednal, pak zodpovídá projektant. Zadavatel vynaložil veškeré úsilí, které po něm bylo možno požadovat, aby zadávací dokumentace byla správná a úplná. Případné nesrovnalosti zadávací dokumentace může posoudit až zhotovitel jako odborník, proto zadavatel požaduje po uchazeči (zhotoviteli) v tomto smyslu poskytnutí součinnosti.

Z výše uvedených důvodů ustanovení čl. XI odst. 5 smlouvy o dílo zůstane beze změny.

Zadavatelem poskytnuté dodatečné informace č. 14 k zadávacím podmínkám jsou pro zpracování nabídky závazné!

Ing. Eva Seborská
vedoucí odboru
veřejných zakázek
a kapitálových účastí