

Vysvětlení ZD ze dne 26.01.2021 (odpovědi značeny v textu tučně)

Žádost o vysvětlení zadávací dokumentace (ze dne 19.01.2021 – v textu značeno kurzívou)

*podle § 98 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů ohledně realizace veřejné zakázky pod názvem „Snížení energetické náročnosti budov 3. základní školy, Cheb“
V souladu s § 98 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“), Vás žádáme o vysvětlení níže uvedených odstavců návrhu smlouvy o dílo (dále jen „SoD“).*

III.4 seznam zhotovitelů, předkládání smluv s podzhotoviteli

Prosíme o vysvětlení, zda a z jakého důvodu je nezbytně nutné uvádět seznam všech podzhotovitelů, kteří se budou podílet na provádění díla, již při uzavření SoD. Na základě tohoto požadavku dojde k neodůvodněnému omezení okruhu uchazečů o veřejnou zakázku, neboť se jí nebudou moci zúčastnit, Ti, kteří v okamžiku uzavření SoD nebudou mít ukončená všechna výběrová řízení na podzhotovitele, které potřebují v pozdější fázi provádění díla. Z tohoto důvodu tento požadavek koliduje se základní zásadou zadávacího řízení a sice zásadou zákazu diskriminace dle § 6 odst. 2 ZZVZ. Zadavatel požaduje mít přehled o plnění veřejné zakázky a osobách, které se budou spolupodílet na jejím plnění a pohybovat na staveništi. Jedná se o naprosto běžný požadavek, který využívá celá řada zadavatelů. Zadavatel nespatřuje v požadavku na identifikaci podzhotovitelů žádné omezení okruhu uchazečů o veřejnou zakázku, jelikož v rámci zadávacího řízení a ani plnění veřejné zakázky zadavatel nijak využití podzhotovitelů neomezuje. Dokonce v čl. III odst. 4 SOD zcela jasně uvádí, že může tyto osoby měnit a doplňovat na základě odsouhlasení objednatele po předložení písemného zdůvodnění. Z uvedeného textu je tak naprosto zřejmé, že zadavatel nebrání budoucímu zhotoviteli v doplnění nebo nahrazení podzhotovitelů v průběhu realizace plnění veřejné zakázky. Dle § 105 odst. 1 písm. b) ZZVZ může zadavatel požadovat seznam poddodavatelů včetně uvedení části zakázky, kterou budou plnit, pokud mu jsou známi. Zadavatel je tak přesvědčen, že požadavkem na uvedení poddodavatelů v návrhu SOD postupuje zcela v souladu se ZZVZ, což potvrzuje i důvodová zpráva k výše uvedenému paragrafu ZZVZ, kde je uvedeno následující: „zadavatel má právo vyhradit si v zadávací dokumentaci, aby účastník zadávacího řízení určil v nabídce, které části veřejné zakázky za něj bude plnit poddodavatel a předložil seznam již známých poddodavatelů, tedy těch, u nichž účastník zadávacího řízení již v okamžiku podání nabídky ví, že je při realizaci veřejné zakázky využije.“.

Prosíme dále o vysvětlení, zda a z jakého důvodu je nutné vůbec uvádět přímo v textu SoD identifikaci osob, které se jako podzhotovitelé budou účastnit provádění díla. Chápeme požadavek předložení písemného seznamu za účelem odsouhlasení osob podzhotovitelů jakož i jejich následné změny. Nicméně ztěžovat proces nezbytně rychlé výměny podzhotovitelů při provádění stavby, k níž může v dnešní době epidemie COVID 19 dojít takřka ze dne na den, uzavíráním dodatku s předchozím schválením radou, považujeme za nadměrnou byrokracii pro obě strany SoD a v rozporu s efektivním prováděním stavby. Tento požadavek je tak v rozporu se zásadou přiměřenosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ.

Zadavatel v čl. III. odst. 4 SOD uvedl, že požaduje uvedení identifikačních údajů. Dle § 28 odst. 1 písm. g) ZZVZ se za identifikační údaje považuje obchodní firma nebo název, sídlo,

právní forma, jde-li o právnickou osobu, a obchodní firma nebo jméno nebo jména a příjmení, jde-li o fyzickou osobu. Zadavatel tak nepožaduje žádnou identifikaci osob (pracovníků / zaměstnanců), nýbrž o identifikační údaje podzhotovitelů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Podepisováním dodatků je vždy radou pověřen starosta města. Nemůže tak docházet k žádné byrokratizaci při uzavírání případných dodatků a i tazatelé musí být naprosto jasné, že není možné, aby se na stavbě pohybovali pracovníci firem / společností, o kterých jak zadavatel, tak např. BOZP nebo technický dozor neměl tušení. Tvrzení tazatele o nutnosti schvalování dodatků radou města tak pramení pravděpodobně z neznalosti věci a předjímá postup zadavatele, který s jeho popisem nekoresponduje.

Prosíme současně o vysvětlení toho, proč má být zhotovitel povinen předkládat smlouvy uzavírané se svými podzhotoviteli, když podle SoD v plném rozsahu odpovídá za veškeré části díla provedené podzhotoviteli. Prosíme dále o vysvětlení, zda je zhotovitel povinen předkládat zadavateli smlouvy čistě za účelem prověření rozsahu, v jakém se podílí na provádění díla dle SoD, či ještě za jiným účelem. Současně prosíme o vysvětlení, zda je možno části smluv, které daný účel přesahují, utajit např. jejich „začerněním“.

Zhotovitel je povinen předkládat smlouvy uzavřené s podzhotovitelem, avšak pouze na základě vyžádání zadavatele veřejné zakázky. Účelem předkládání smluv je ověření, že poddodavatel má skutečně se zhotovitelem smlouvu o plnění na zadavatelem financované zakázce, o sjednaném rozsahu a také přehledu, kdo se na realizaci plnění skutečně podílí. Zadavateli tak samozřejmě mohou být předkládány smlouvy s utajenými (začerněnými) částmi. Zadavatel tak trvá na aktuálním znění smlouvy.

IV.2 Nesrovnalosti v dokumentaci

Podle odst. IV.2 SoD je Objednatel oprávněn o prioritě dokumentace rozhodnout jinak, než je stanoveno výše. Prosíme v této souvislosti předně o vysvětlení, zda se toto oprávnění vztahuje jen na časovou prioritu dokumentace podle odst. IV.2 či zda se toto oprávnění určit jinou přednost dokumentace vztahuje i na její určení podle odst. IV.1 SoD? Současně prosíme o vysvětlení, pokud Objednatel po uzavření SoD určí jinou prioritu dokumentace, což ve výsledku zvedne náklady některých položek rozpočtu, zda se tyto náklady hledí jako na hrazené vícepráce podle odst. IX. SoD o změně smluvní ceny díla. Domníváme se, že pokud zadavatel případné zvýšení ceny díla z důvodu jeho odlišného posouzení přednosti v dokumentaci neuzná, jedná se zcela zřejmě o zneužití hospodářského postavení podle § 433 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, v platném znění (dále jen „občanský zákoník“). Priority a platnost dokumentace se řídí čl. IV. odst. 1. a 2. návrhu SOD, kde je zcela srozumitelně vše popsáno. V rámci poslední věty čl. IV. odst. 2. návrhu SOD je jasné uvedeno, že objednatel má právo rozhodnout i jinak, než je uvedeno v předešlých ustanoveních. V případě, že v průběhu stavby objednatel určí platnost dokumentace a ta bude rozdílná oproti zadání, jedná se o změnu a bude se podle toho dále postupovat dle článku IX. smlouvy.

VIII. Časově vázané náklady

Pokud cena díla zahrnuje denní náklady na provoz zařízení staveniště po dobu realizace akce podle odst. VIII.2 SoD, zahrnuje tedy i denní náklady na provoz zařízení staveniště po dobu realizace akce v případě prodloužení objednatel podle odst. VIII.1 SoD či nikoliv? Nebo se náhrada podle odst. VIII.1 SoD vztahuje jen na jiné časově vázané náklady?

Náklady na provoz zařízení staveniště budou v případě prodlení ze strany objednatele hrazeny v poměrné částce s ohledem na délku trvání prodlení.

XI.5 „Věčná“ záruka

V případě odstranění vady dodáním náhradního plnění (nahrazením novou bezvadnou věcí), běží pro toto náhradní plnění (věc) nová záruční doba, a to ode dne převzetí nového plnění (věci) objednatelem. Reálně se tedy může stát, že záruka nepotrvá 60 měsíců, ale v případě výměny v posledním měsíci záruční doby poběží na vyměněné části díla dalších 5 let, což se může i opakovat tak, že záruční doba fakticky neskončí. Vzhledem k tomu, že vyjma vlastnického práva se veškerá práva promlčují, navrhuje doplnění maximální záruční doby, kterou nemůže přesáhnout ani doba záruky za nově vyměněné části díla. Můžete nám prosím vysvětlit, z jakých důvodů není tato záruka omezena maximální záruční dobou resp. z jakého důvodu toto ustanovení nepovažujete za rozporné se zásadou přiměřenosti podle § 6 odst. 1 ZZVZ?

Nic ze shora uvedeného v předmětném ustanovení článku XI. odst. 5 není, v tomto ohledu neobsahuje SOD žádné nezákonné ustanovení.

XI.8 - 13 Odstraňování neuznaných vad

Prosíme o vysvětlení, zda je zhotovitel v případě uplatnění vady povinen odstranit i ty Vady díla, které v rámci reklamace neuznal; pokud se následně ukáže, že nešlo o Vadu díla, nebo jde o Vadu díla, za kterou zhotovitel neodpovídá. Pokud ano, prosíme o vyjádření k otázce, zda má zhotovitel v případě, že o vadu nepůjde nebo za ni nebude odpovídat zhotovitel, nárok na zaplacení pouhých účelně vynaložených nákladů či na obvyklou cenu opravy, kterou by jinak objednatel za opravu v daném čase a místě hradil.

V případě, že by zhotovitel realizoval činnosti, k jejichž úhradě by byl objednatel následně povinen, uplatní se pochopitelně postup secundum et intra legem.

XII.5 Doplnění bankovní garance, doba platnosti bankovní záruky ve vztahu k záruční době

Zhotovitel se v případě čerpání z bankovní záruky zavazuje doručit objednateli novou záruční listinu v původní výši záruky vždy nejpozději do 14 kalendářních dnů od každého uplatnění práva ze záruky objednatelem. Podle odst. XII. 5 SoD je zhotovitel současně v případě jakékoli změny záruční doby díla povinen platnost odpovídající záruky prodloužit tak, aby trvala po celou dobu běhu záruční doby. Doplnění bankovní záruky na původní výši považujeme samo o sobě za nepřiměřenou obchodní podmínku odporující zvyklostem ve stavebnictví, neboť bankovní záruka za záruční vady obvykle nahrazuje tzv. zádržné, tj. částku zadržanou z jednotlivých faktur s tím, že na vyplacení zádržného zhotoviteli vznikne právo teprve po uplynutí záruční doby a ve výši, v jaké ji nevyčerpal objednatel jako náhradu za náklady spojené se záručními opravami, které neprovedl zhotovitel. Zhotovitel však částku strženou ze zádržného na rozdíl od bankovní záruky dle návrhu SoD neustále nedoplňuje na původní výši. To ostatně potvrzuje i ustanovení odst. XII.7, dle něhož může zhotovitel nahradit bankovní záruku zajištěním v podobě částky složené na účet zadavatele, což v podstatě odpovídá institutu zádržného. Z formulace tohoto ustanovení SoD však nelze vyvodit, že je zhotovitel v případě čerpání zajištění na úhradu záručních vad povinen částku zajištění doplnit na původní výši.

Jedná se o nahrazení bankovní záruky jiným institutem s tím, že podmínky pro realizaci bankovní záruky tím nejsou nijak změněny nebo omezeny. Plnění tak probíhá za stejných

podmínek, jelikož z předmětného ustanovení nijak nevyplývá, že by zhotovitel nebyl povinen tyto prostředky v případě jejich čerpání doplnit na smlouvou požadovaných 5 %. Dále, zavazuje-li se zhotovitel k věčné záruce (viz odst. XI.5 SoD), musí počítat s tím, že po celou dobu této věčné záruky, byť jen ohledně náhradního plnění např. v minimální hodnotě v řádu tisíců bude udržovat v platnosti bankovní záruku ve výši 5 % z ceny díla bez DPH. V případě jejího čerpání bude tuto bankovní záruku navíc neustále doplňovat na původní 5%-ní výši po dobu nikoliv 60 měsíců, ale i 120 měsíců popř. delší.

Prodloužení se pochopitelně musí týkat i změny doby provedení díla apod., neboť může dojít vlivem např. vyšší moci i ke značnému prodloužení, které musí být pochopitelně kompenzováno. V rámci záruční doby samozřejmě zadavatel postupuje v souladu s OZ. To samé se týká bankovních záruk navázaných na záruční dobu, u níž jak bylo uvedeno výše, musí být postupováno dle OZ. Výše bankovní záruky bude vždy 5 % z ceny díla nebo části díla, na které se aktuálně vztahuje.

Vysvětlete nám prosím, proč by tato ustanovení neměla hrubě odporovat obchodním zvyklostem a zásadě poctivého obchodního styku ve smyslu § 6 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, a z hlediska souladu se ZZVZ odporovat zásadě přiměřenosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ.

S ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, předpokládanou dobu realizace, místo realizace, kde probíhá školní výuka a skutečnost, že je předmět plnění spolufinancován z dotačních prostředků, jsou obchodní podmínky uvedené v návrhu SOD stanoveny adekvátním způsobem. Jak je uvedeno v rámci tohoto vysvětlení, zadavatel se nedopustil žádného porušení § 6 ZZVZ ani OZ. Obchodní podmínky jsou stanoveny v souladu s OZ a odpovídají složitosti a finanční náročnosti předmětu plnění. Žádáme o upuštění od povinnosti bankovní záruky doplňovat na původní výši. V této souvislosti dále prosíme o smluvní úpravu maximální doby platnosti bankovní záruky shodné s maximální dobou záruční doby či alespoň o úpravu snížení částky zaručené bankovní zárukou po uplynutí 60 měsíců od počátku záruční doby, která bude odpovídat hodnotě náhradního plnění, ohledně níž poběží nová záruční doba.

Zadavatel trvá na současné podobě návrhu SOD, ve kterém nespatřuje žádné porušení ZZVZ ani OZ. Jedná se o běžná ustanovení, která používá celá řada jiných zadavatelů.

XIII.2 Předložení pojistných certifikátů namísto pojistných smluv

Zadavatel požaduje předložení kopií platných a účinných pojistných smluv včetně dokladů o uhrazení pojistného. Naše společnost je součástí nadnárodního koncernu. Koncern požadovaná pojištění řeší celokoncernovými (nadnárodními) pojistnými smlouvami. Detailní obsah těchto koncernových pojistných smluv je velmi obsáhlý a dle mateřské společnosti též důvěrný a předmětem obchodního tajemství. Proto není žádné z jejích dceřiných společností, včetně naší společnosti, zpřístupněn. Namísto toho naše společnost disponuje tzv. pojistnými certifikáty, který zadavateli poskytne přehlednou informaci o uzavřených pojistných smlouvách, základních limitech plnění, spoluúčasti i informaci o úhradě pojistného. Tyto informace dle našeho názoru dostatečným způsobem dokládají pojištění účastníka požadované zadavatelem. V této souvislosti upozorňujeme na ustanovení § 45 odst. 2 ZZVZ, dle něhož: „Pokud zadavatel vyžaduje předložení dokladu a dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit požadovaný doklad, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad.“ Domníváme se proto, že naše společnost je jako účastník oprávněna předložit i jiný doklad o uzavření pojistných smluv, tj. výše uvedené pojistné certifikáty. Současně ustanovení § 36 odst. 1 ZZVZ stanoví, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly

konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Vzhledem k předem uvedenému se domníváme, že požadavek doložení pojistných smluv může být zcela splněn též předložením kopie pojistných certifikátů. Pokud by tomu bylo naopak a zadavatel trval na předložení pojistných smluv, diskriminoval by tím všechny účastníky, kteří jsou součástí koncernu a pojištěni nadnárodní pojistnou smlouvou; jednalo by se dle našeho názoru o jednoznačné porušení zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Sdělte nám proto prosím, zda namísto pojistných smluv akceptujete též kopii pojistných certifikátů.

Zadavatel samozřejmě umožní předložení pojistných certifikátů, a to za předpokladu, že z jejich obsahu bude zřejmé splnění zadavatelem stanovených požadavků uvedených v SOD.

XXVI. Vyšší moc

Vyšší moci tak, jak je upravená v odst. 1 daného ustanovení i přes aktuální celosvětovou pandemii COVID 19, pandemii či epidemii jako okolnost vyšší moci výslovně nezahrnuje. Současně podle odst. 3 daného ustanovení nelze nákazu COVID 19 za vyšší moc považovat, neboť její formulace předpokládá splnění podmínky nemožnosti nákazu předpokládat. Obě strany však nákazu mohou za současné situace objektivně předvídat; můžou se jí bránit dodržováním preventivních opatření, nemohou ji však předejít, zvláště bude-li se na území ČR šířit a podle odborníků od měsíce března tohoto roku převládne mutace tohoto viru, která je 2x více nakažlivější než původní vir.

S ohledem na celosvětovou pandemii COVID 19 (SARS CoV-2) a pravděpodobný výskyt nové podstatně nakažlivější mutace tohoto koronaviru žádáme o vysvětlení, z jakého důvodu není v návrhu SoD v rámci úpravy vyšší moci zakotveno žádné výslovné ustanovení upravující práva a povinnosti stran pro případ, že nastanou mimořádné okolnosti způsobené pandemií COVID 19, které negativně ovlivní průběh výstavby. Žádáme o vysvětlení, zda nákazu COVID 19 považujete za okolnost vyšší moci.

Pokud nikoliv, a nastane-li taková okolnost, mohou být ekonomické důsledky na straně zhotovitele likvidační.

Pokud důsledky pandemie COVID 19 považujete za okolnost vyšší moci, navrhuje do návrhu SoD výslovně doplnit, že strany považují za okolnost vyšší moci epidemie a pandemie a současně nové ustavování o tom, že strany nákazu COVID 19 považují za vyšší moc i přesto, že ji mohly předvídat, za podmínky, že strany dodržely veškerá preventivní opatření, která po nich lze spravedlivě požadovat.

Obáváme se, že bez jakékoliv úpravy negativních vlivů na provádění Stavby způsobených pandemií COVID 19 v návrhu SoD se stavební podnikatel, který chce jednat s povinnou péčí řádného hospodáře, nemůže této veřejné zakázky zúčastnit, neboť riziko dodatečných nákladů na stavbu je vzhledem k aktuálními stavu pandemie COVID 19 příliš vysoké a nelze je vyčíslit a zahrnout do nabídkové ceny. Jednostrannost resp. nevyváženost vzájemných práv a povinností stran SoD. V současné době nelze COVID, stejně jako kteroukoli jinou nakažlivou nemoc, považovat za vyšší moc. V současné době se nejedná již o nic nepředvídatelného. Vyšší moc je pokládána za něco zcela nepředvídatelného a neočekávaného. Zadavatel tak trvá na aktuálním znění smlouvy.

Zejména ustanovení návrhu SoD upravující záruční dobu, bankovní záruku a vyšší moc považujeme za nevyvážená až jednostranná ve prospěch zadavatele, přičemž tuto jednostrannost resp. nevyváženost vzájemných práv a povinností stran dle

našeho názoru nelze ospravedlnit tím, že na straně zhotovitele je stavební podnikatel. Proto s odkazem na ustanovení § 433 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, v platném znění (dále jen „občanský zákoník“) o zákazu zneužívání hospodářského postavení ve spojení se základní zásadou přiměřenosti a zákazu diskriminace při zadávání veřejných zakázek podle § 6 odst. ZZVZ navrhuje úpravu resp. vyloučení předmětných ustanovení tak, jak jsme uvedli u jednotlivých bodů. Náklady spojené s riziky plynoucími z těchto neodůvodněně nespravedlivých jednostranných ustanovení jsou účastníci zadávacího řízení nuceni zakalkulovat do svých nabídkových cen; jen není zřejmé, jakým způsobem (do jakých rozpočtových položek) a v jaké výši. Jak také nacenit riziko, které není zhotovitel schopen předem ovlivnit či kvantifikovat jeho potenciální dopad? V důsledku toho mohou následně zhotovitelé podávat nabídky se vzájemně fakticky neporovnatelnými nabídkovými cenami. Výsledkem bude pouze to, že jednotlivé cenové nabídky budou vzájemně neporovnatelné. Neporovnatelnost nabídek neznamena nic jiného než porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení podle § 6 odst. 1 ZZVZ. Zároveň tato jednostranná ustanovení mnoho dodavatelů od účasti v zadávacím řízení odradí. Cenové nabídky tak budou ochuzeny o dodavatele, kteří ze soutěže raději odstoupí. To vede nepopíratelně k omezování hospodářské soutěže a ve výsledku k méně výhodné nabídce pro objednatele.

Česká judikatura v oblasti veřejných zakázek rozlišuje diskriminaci zjevnou a skrytou (například rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 20/2008.). Zjevnou diskriminací by bylo uplatňování rozdílných podmínek vůči jednotlivým dodavatelům, ať z obsahového či procedurálního hlediska. Diskriminací skrytou se pak rozumí uplatňování formálně shodných požadavků, které však mají na některé subjekty odlišný dopad (například stanovení příliš přísných požadavků na kvalifikaci zamezí účasti malých a středních podniků v řízení, přičemž výše požadavků není charakterem veřejné zakázky odůvodněna (viz cit. rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 20/2008). Je tak naprosto zřejmé, že se zadavatel ani v jednom případě nemohl dopustit svými požadavky uvedenými v návrhu SOD žádného porušení § 6 ZZVZ, jelikož k žádné diskriminaci nedošlo ani dojít nemohlo. Stejně tak ani porušení zásady rovného zacházení, jelikož stanovené podmínky jsou stanoveny a platí pro všechny.