

[všetkým známym záujemcom]

V Bratislave, dňa 03.11.2022

VEC: Oznámenie o vybavení žiadosti o nápravu

Verejný obstarávateľ Obec Hrubý Šúr, so sídlom Hrubý Šúr 205, 903 01 Hrubý Šúr, IČO: 00 305 987 (ďalej aj ako „Verejný obstarávateľ“) v súlade so zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej aj ako „ZVO“) Oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, ktoré bolo dňa 19.10.2022 uverejnené v Dodatku k Úradnému vestníku Európskej únie pod číslom 2022/S 202-573627 a dňa 20.10.2022 vo Vestníku verejného obstarávania číslo 227/2022 pod označením 44372 - MSP (obe oznámenia ďalej spoločne aj ako „Oznámenie“) vyhlásil verejné obstarávanie na predmet zákazky „Hrubý Šúr – kanalizácia a ČOV“ (ďalej aj ako „Verejná súťaž“).

Dňa 28.10.2022 bola Verejnému obstarávateľovi jedným zo záujemcov (ďalej len „Žiadateľ“) doručená žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch, v koncesnej dokumentácii, v súťažných podmienkach alebo v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 8 v lehote na predkladanie ponúk alebo návrhov podľa § 164 ods. 1 písm. b) Zákona (ďalej len „Žiadosť o nápravu“).

Spoločnosť Tatra Tender s.r.o., ktorá realizuje pre Verejného obstarávateľa predmetnú Verejnú súťaž a na základe poverenia vykonáva v jeho mene niektoré úkony spojené s jej realizáciou, Vám týmto v jeho mene v súlade s ustanovením § 165 ods. 3 písm. a) Zákona oznamuje, že Verejný obstarávateľ Žiadosti o nápravu v celom rozsahu

vyhovuje.

V žiadosti o nápravu Žiadateľ uvádza nasledovné skutočnosti a návrh na vybavenie (cit.):

„Opis rozhodujúcich skutočností a označenie dôkazov:

V návrhu Zmluvy o dielo v bode 4.1.9 v čl. 4. SPOLOČNÉ USTANOVENIA sa uvádza:

„Splatnosť faktúr na čiastky Zmluvnej ceny podľa tejto Zmluvy je šesťdesiat (60) dní od doporučeného doručenia faktúry bez nedostatkov do sídla Objednávateľa v zmysle Zmluvy. Objednávateľ sa voči Zhotoviteľovi nedostane do omeškania po dobu, po ktorú je zároveň voči Objednávateľovi v omeškaní Poskytovateľ NFP s poskytnutím akejkoľvek platby podľa Zmluvy o NFP; Na túto skutočnosť Objednávateľ Zhotoviteľa upozorní ihneď ako sa Poskytovateľ NFP dostane do omeškania voči Objednávateľovi.“

Namietame, aby sa Obstarávateľ vo vyššie uvedenej citácii (bod 4.1.9 návrhu Zmluvy o dielo) odvolával na Zmluvu o poskytnutí NFP medzi Objednávateľom a Poskytovateľom NFP, a na základe tejto dosiaľ neexistujúcej zmluvy podmieňoval lehotu splatnosti faktúr. Máme za to, že zmluvnými stranami Zmluvy o poskytnutí NFP sú poskytovateľ NFP a prijímateľ NFP, a nie zhotoviteľ diela. Tzn., že zhotoviteľ ako taký nemá žiadne práva a ani povinnosti zo Zmluvy o NFP a už vôbec nemôže Obstarávateľ prenášať zmluvné podmienky z takejto zmluvy na zhotoviteľa, o to viac keď sa jedná ešte o neexistujúcu (nepodpísanú) zmluvu o NFP.

Berieme na vedomie bod 4.5.2 návrhu Zmluvy o dielo, a síce: „V prípade omeškania Objednávateľa s úhradou faktúr má Zhotoviteľ nárok na zaplatenie úroku z omeškania vo výške 0,05 % z dlžnej sumy



TATRATENDER

vrátane DPH za každý aj začatý deň omeškania." Avšak tento bod je úplne bezpredmetný v prípade, že nastane situácia o ktorej pojednáva nami namietaný bod 4.1.9 návrhu Zmluvy o dielo.

Jedným z princípov verejného obstarávania je okrem iného aj princíp nediskriminácie a súčasťou tohto princípu je zakázaná aj forma skrytej diskriminácie. Sme totiž toho názoru, že podmieňovať lehotu splatnosti faktúr, resp. jej nedodržanie odvolaním sa na neexistujúcu Zmluvu o poskytnutí NFP je formou práve skrytej diskriminácie, a zároveň sa tým porušuje princíp hospodárnosti a efektívnosti, nakoľko: "hospodárne a efektívne je také verejné obstarávanie, ktoré zabezpečí čo najvyšší počet predložených ponúk, a tým čo najširšiu hospodársku súťaž pri čo najmenej finančnej a administratívnej náročnosti procesu verejného obstarávania", tak ako sa to uvádza v Metodike zadávania zákaziek.

Obstarávateľ sa v návrhu Zmluvy o dielo niekoľkokrát odvoláva práve na Zmluvu o NFP, avšak táto zmluva nie je súčasťou súťažných podkladov, nakoľko táto zmluva ešte neexistuje, a teda nie je možné sa odvolávať na neexistujúci dokument, kde zároveň odvolávajúci sa na tento dokument Obstarávateľ stanovuje podmienky financovania a splatnosti faktúr — takto zvolený postup je hrubo v rozpore so Zákonom o verejnom obstarávaní, a to predovšetkým s jeho princípmi. Obstarávateľ má povinnosť do návrhu Zmluvy o dielo dať jasný a zrozumiteľný odkaz na akú časť Zmluvy o NFP sa odvoláva, čo samozrejme v tomto prípade urobiť nemohol, keďže Zmluva o NFP ešte nie je podpísaná. Domnievame sa, že práve takto nastavené podmienky splatnosti faktúr v návrhu Zmluvy o dielo môžu výrazne ovplyvniť okruh potenciálnych uchádzačov, ktorých takého podmienky odradia od účasti na zákazke.

K ustanoveniu bodu 4.1.9 návrhu Zmluvy o dielo sa odvolávame na § 340b zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník podľa ktorého subjekt verejného práva je povinný uhradiť peňažný záväzok z dodania tovaru alebo poskytnutia služby v lehote 30 dní, pričom lehota môže byť predĺžená maximálne na 60 dní za predpokladu, že je to odôvodnené povahou predmetu plnenia záväzku a nie je v hrubom nepomere k právam a povinnostiam vyplývajúcim zo záväzkového vzťahu pre veriteľa.

Obstarávateľ podľa bodu 4.1.9 nebude vôbec v omeškaní ak nedodrží 60 dňovú splatnosť (ak je voči Objednávateľovi v omeškaní Poskytovateľ NFP), a tak sa môže stať, že zhotoviteľ sa prvýkrát dostane k prvým financiám od začiatku realizácie až po niekoľkých mesiacoch, kde avšak na druhej strane je zhotoviteľ povinný uhradiť svoje splatné záväzky voči svojim subdodávateľom v zmysle Obchodného zákonníka, najneskôr do 60 dní od poskytnutia plnenia alebo doručenia faktúry subdodávateľom a zároveň podľa bodu 4.1.10 návrhu Zmluvy o dielo, kde sa uvádza: „4.1.10 V prípade, že Zhotoviteľ neplní svoje finančné povinnosti, t. j. nevykonáva úhrady jednotlivých faktúr za práce a dodávky, ktoré pre neho realizujú Subdodávateľia, Objednávateľ poskytne Zhotoviteľovi primeranú lehotu na vykonanie nápravy. Počas plynutia takto poskytnutej lehoty je Objednávateľ oprávnený zadržať výplatu čiastkových faktúr (resp. záverečnej faktúry) vystavených Zhotoviteľom až do času, kedy nebudú záväzky Zhotoviteľa voči Subdodávateľom splnené. Počas doby zadržania platieb podľa tohto odseku Zmluvy nie je Objednávateľ v omeškaní so zaplatením svojich peňažných záväzkov voči Zhotoviteľovi a Zhotoviteľovi nevzniká nárok na žiadne zákonné ani zmluvné sankcie" návrhu Zmluvy o dielo.

Takáto zmluvná podmienka je v hrubom nepomere k právam a povinnostiam vyplývajúcim pre zhotoviteľa, nakoľko zhotoviteľ na jednej strane musí riadne a načas realizovať práce na diele a uhradiť všetky svoje záväzky voči svojim subdodávateľom, na druhej strane mu ale v prípade omeškania úhrady faktúr z dôvodu ak je voči Objednávateľovi v omeškaní Poskytovateľ NFP nevyplývajú zo zmluvy žiadne práva na úrok z omeškania ani právo na odstúpenie od Zmluvy. Teda zhotoviteľ nemá žiadne vymožiteľné nároky za riadne poskytnuté plnenie.



TATRATENDER

Preto tvrdíme, že bod 4.1.9 návrhu Zmluvy o dielo je v rozpore so základnými právnymi zásadami, najmä so zásadou dobrých mravov a predovšetkým v záväzkových vzťahoch nie je prípustné viazanie plnenia jednej zmluvnej strany voči druhej zmluvnej strane na plnenie povinnosti treťou osobou, ktorá nie je účastníkom tohto záväzkového vzťahu. Takto nastavené podmienky splatnosti faktúr sú v rozpore s podstatou zmluvy o dielo v zmysle Obchodného zákonníka.

V neposlednom rade chceme upozorniť na skutočnosť, že Zmluva o dielo je zmluva odplatná, teda zhotoviteľ vykoná dielo a objednávateľ mu za dielo zaplatí. Ale pri takto nastavených podmienkach zmluvy objednávateľ nemusí zaplatiť zhotoviteľovi nikdy (napr. keď objednávateľovi nezaplatí poskytovateľ NFP), a to aj napriek tomu, že pohľadávka bude splatná. Zároveň upozorňujeme na bod 4.13.2 návrhu Zmluvy o dielo: „Zhotoviteľ nie je oprávnený postúpiť akékoľvek pohľadávky (práva) vyplývajúce z tejto Zmluvy na tretiu osobu alebo sa dohodnúť s tretou osobou na prevzatí jeho záväzkov (povinností) vyplývajúcich z tejto Zmluvy bez predchádzajúceho písomného súhlasu Objednávateľa.“ Teda pohľadávka zhotoviteľa je prakticky nevyožiteľná.

Uplatnením si takýchto zmluvných podmienok je zhotoviteľ nútený si zabezpečiť alternatívne zdroje financovania realizácie diela, nakoľko sa nemôže spoliehať na úhradu jeho faktúry objednávateľom. A pri tak vysokej PHZ ide o nemalú čiastku čo v neposlednom rade znevýhodňuje a diskriminuje malé a stredné podniky, ktoré nedisponujú tak veľkými vlastnými finančnými prostriedkami na financovanie realizácie predmetu zákazky, a nemajú ani také možnosti ako veľké podniky zabezpečiť si financovanie napr. prostredníctvom banky.

Na záver chceme upriamiť pozornosť na jeden z princípov verejného obstarávania, a to na princíp proporcionality, ktorého podstatou je, aby obstarávatelia neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie cieľov. V prípade ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, verejný obstarávateľ by sa mal prikloniť k najmenej obmedzujúcemu opatreniu a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom. A tak ako sme už vyššie spomínali taktiež je nepripustná skrytá diskriminácia, a síce keď obstarávateľ znemožní niektorým hospodárskym subjektom uchádzať sa o verejnú zákazku z dôvodu tak nastavených požiadaviek, v dôsledku ktorých tieto subjekty majú znemožnenú účasť vo verejnom obstarávaní, napriek tomu, že by predmet verejnej zákazky mohli realizovať rovnako úspešne ako ostatné hospodárske subjekty.

V našich tvrdeniach sa opierame predovšetkým o Rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 2.9.2021, pod číslom: 8220-6000/2021-OD, ktoré prikladáme ako Prílohu č. 1 k tejto Žiadosti.

Návrh žiadateľa na vybavenie žiadosti o nápravu:

Na základe vyššie uvedených odôvodnení žiadame odstrániť z bodu 4.1.9 návrhu Zmluvy o dielo nasledovné vety:

Objednávateľ sa voči Zhotoviteľovi nedostane do omeškania po dobu, po ktorú je zároveň voči Objednávateľovi v omeškaní Poskytovateľ NFP s poskytnutím akejkoľvek platby podľa Zmluvy o NFP; Na túto skutočnosť Objednávateľ Zhotoviteľa upozorní ihneď ako sa Poskytovateľ NFP dostane do omeškania voči Objednávateľovi."

a to všetko z dôvodov, ktoré uvádzame v bode d) tejto žiadosti o nápravu."



TATRATENDER

Výsledok vybavenia Žiadosti o nápravu:

Verejný obstarávateľ vyhovuje požiadavke Žiadateľa a z bodu 4.1.9 Prílohy E.1 Zmluva o dielo súťažných podkladov odstráni vetu: „*Objednávateľ sa voči Zhotoviteľovi nedostane do omeškania po dobu, po ktorú je zároveň voči Objednávateľovi v omeškaní Poskytovateľ NFP s poskytnutím akejkoľvek platby podľa Zmluvy o NFP; Na túto skutočnosť Objednávateľ Zhotoviteľa upozorní ihneď ako sa Poskytovateľ NFP dostane do omeškania voči Objednávateľovi.*“ tak, ako navrhuje Žiadateľ, pričom zmenu vykoná formou samostatného úkonu – Zmenou súťažných podkladov.

S pozdravom



TATRATENDER
Tatra Tender s.r.o.
Krčméryho 16
811 04 Bratislava

JUDr. Gabriela Heribanová
Tatra Tender s.r.o.