

Všetkým záujemcom

V Bratislave dňa 1.3.2021

VEC

Vyjadrenie verejného obstarávateľa k žiadosti o vysvetlenie doručenej dňa 26.2.2021

Verejný obstarávateľ, **Mestská časť Bratislava - Rača**, (ďalej len „verejný obstarávateľ“) vyhlásil oznámením o vyhlásení verejného obstarávania zverejneným v Ú. v. EÚ zo dňa 4.12.2020 pod zn. 2020/S 237-581997 a vo Vestníku ÚVO č. 257/2020 zo dňa 7.12.2020 pod č. **44402 – MSP** verejné obstarávanie s názvom „**Rekonštrukcia ZŠ Plickova 9**“ (ďalej len „oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania“).

Verejnému obstarávateľovi doručil záujemca dňa **26.2.2021 po 20:00 hod.** nižšie uvedenú **žiadosť o vysvetlenie** informácií uvedených v súťažných podkladoch a ich prílohách.

Verejný obstarávateľ k položeným otázkam poskytuje pre odstránenie prípadných pochybností nižšie uvedené vyjadrenia.

Otázky k Zmluve o dielo (po Vysvetleniach SP č. III z 25.1.2021):

Otázka č. 1

Podľa doručeného Vysvetlenia SP č. III. (otázka a odpoveď č. 1 – záväzný **rozsah diela a poradie** záväznosti dokumentov ZoD), verejný obstarávateľ odkazuje na bod 2.6 ZoD, kde je uvedené, že: „V prípade rozporu výkazu výmer s projektovou dokumentáciou má prednosť projektová dokumentácia.“

Upozorňujeme, že zmluvné požiadavky verejného obstarávateľa sú v rozpore:

- so ZoVO (§ 42), podľa ktorého vo verejnom obstarávaní záväzný rozsah diela je daný výkazom výmer, a teda výkaz výmer má prednosť pred projektovou dokumentáciou (viď metodika ÚVO);

Žiadame vysvetliť:

- bod 2.6 (posledná veta) ZoD, najmä na základe ktorého ustanovenia ZoVO alebo ktorého metodického usmernenia ÚVO verejný obstarávateľ požaduje ako rozhodujúci dokument z hľadiska poradia záväznosti uviesť projektovú dokumentáciu,
- resp. **žadame** bod 26 ZoD opraviť a uviesť text: „V prípade rozporu výkazu výmer s projektovou dokumentáciou má prednosť výkaz výmer ocenený uchádzačom.“;
- zároveň **žadame** obdobne opraviť aj bod 5.2 ZoD;

Odpoveď verejného obstarávateľa:

Prípadné nedostatky vo výkaze výmer, ktoré vzniknú napr. nepremietnutím prác z projektovej dokumentácie do výkazu výmer nezbavujú uchádzačov zodpovednosti za starostlivé odborné posúdenie kompletnej projektovej dokumentácie vrátane výkazu výmer pri príprave ponuky, podľa ktorej sú pri predkladaní ponúk povinní oceniť rozpočet diela v súlade s pravidlami uvedenými v súťažných podkladoch a pri zmluvnom plnení sú povinní riadiť sa ustanoveniami Zmluvy o dielo.

Zmluva o dielo obsahuje v jej ustanoveniach (o.i. v článku 2 bod 2.6) jednoznačné konštatovanie, ktorého budú zmluvné strany vychádzať počas plnenia zmluvy, a to: „V prípade rozporu výkazu výmer s projektovou dokumentáciou má prednosť projektová dokumentácia.“.

Úrad pre verejné obstarávanie v súčasnosti svojou rozhodovacou praxou (najmä rozhodnutia Rady ÚVO č. 6360-9000/2017 alebo 5930-9000/2017) plne akceptuje povinnosť záujemcov, resp. uchádzačov oboznámiť sa s projektovou dokumentáciou, oceniť svoju ponuku bez ohľadu na výkaz výmer, pretože dielo ako také je definované textovou a výkresovou časťou projektovej dokumentácie, a nie výkazom výmer. Verejný obstarávateľ si dovoľuje poukázať na to, že podľa rozhodovacej praxe úradu (rozhodnutie Rady ÚVO č. 13527-9000/2017 zo dňa 16.08.2017) výkaz výmer nemusí byť ani súčasťou súťažných podkladov. V zmysle uvedených rozhodnutí ÚVO (Rady) je verejný obstarávateľ tým, kto určuje podmienky, za ktorých sa bude zákazka realizovať pri dodržaní princípov verejného obstarávania, pričom najmä obchodnoprávne a občianskoprávne predpisy umožňujú v rámci obchodných podmienok vytvoriť výhodnejšiu situáciu v prospech verejného obstarávateľa, ako objednávateľa. Uchádzač je povinný pripraviť a vypracovať svoju ponuku s odbornou starostlivosťou, pričom musí vychádzať z podkladov a podmienok stanovených v súťažných podkladoch a priloženej dokumentácii.

Aj v kontexte uvedených rozhodnutí Rady ÚVO verejný obstarávateľ má za to, že predmetné zmluvné ustanovenia nie je možné považovať za neprimerané, ani za také, na základe ktorých by bolo možné tvrdiť, že predmet zákazky nie je opísaný v súlade s princípmi verejného obstarávania.

Otázka č. 2

Podľa doručeného Vysvetlenia SP č. III. (otázka a odpoveď č. 2, 4, 7 - etapizácia diela **na 5 etáp** a možnosť priebežného plnenia na jednotlivých SO), podľa odpovede verejného obstarávateľa (body 2.3, 4.5, 11.7 a 11.8 ZoD) rozdelenie diela na 5 etáp **slúži len** na sledovanie priebežného plnenia a kontrolu omeškania zhotoviteľa.

Upozorňujeme, že v takomto prípade požiadavka obstarávateľa na riadne **protokolárne preberanie** diela podľa **etáp diela** na jednotlivých **neukončených** stavebných objektoch je **v rozpore**:

- s ObZ (§ 554/6), podľa ktorého odovzdať a prevziať možno len dielo riadne ukončené a pripravené na uvedenie do užívania; taktiež riadne protokolárne odovzdanie a prevzatie ukončeného plnenia nemožno vykonať dvakrát;
- so Stav. zákonom, podľa ktorého predmetom odovzdania a prevzatia môže byť len dielo riadne ukončené a spôsobilé na užívanie;
- so ZoVO, podľa ktorého predmetom odovzdania a prevzatia môžu byť ucelené funkčné celky;

Žiadame vysvetliť:

- bod 4.5 ZoD, najmä požiadavku na **protokolárne odovzdávanie a preberanie** jednotlivých etáp,
- resp. **žadame** tento bod opraviť a uviesť text: „Dielo sa bude **predbežne** odovzdávať postupne po ukončení jednotlivých etáp ...“
- ďalej **žadame** v tejto súvislosti opraviť aj bod 11.1 ZoD a uviesť text: „Dielo bude zhotoviteľ **predbežne** odovzdávať objednávateľovi po etapách ...“;
- zároveň **žadame** aj bode 11.5 ZoD doplniť text “po **predbežnom**“;

- v bode 11.6 ZoD **žadame** opraviť a uviesť text: „O predbežnom odovzdaní a prevzatí každej etapy diela podľa PD zmluvné strany spíšu Protokol o predbežnom prevzatí etapy diela a o odovzdaní celého diela spíšu Záverečný preberací protokol ...“;
- zároveň **žadame** vylúčiť bod 11.7 a bod 11.8 ZoD, nakoľko nemajú žiadne opodstatnenie;
- v bode 12.2 ZoD **žadame** vylúčiť text „časť diela“ nakoľko nemá opodstatnenie a uviesť text „celé dielo“ v príslušnom gramatickom tvare;
- zároveň **žadame** vylúčiť celý bod 12.2 ZoD, nakoľko nemá žiadne opodstatnenie;
- rovnako **žadame** vylúčiť celý bod 12.11 zoD, nakoľko nemá žiadne opodstatnenie;
- ďalej **žadame** vylúčiť aj z bodu 13.2 - ods. písm. e/ ZoD, nakoľko nemá opodstatnenie;
- zároveň **žadame** opraviť aj všetky súvisiace ustanovenia ZoD.

Odpoveď verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ trvá na odpovediach, ktoré poskytol v dokumente „Odpovede verejného obstarávateľa na doručené žiadosti o vysvetlenie – III.“ na otázky č. 2, 4 a 7.

S názormi záujemcu verejný obstarávateľ nesúhlasí a v Zmluve o dielo nepovažuje za vhodné vykonať záujemcom navrhované zmeny.

Otázka č. 3

Podľa doručeného Vysvetlenia SP č. III. (otázka a odpoveď č. 9 – **odstúpenie od zmluvy** v prípade omeškania zhotoviteľa o viac ako 30 dní **z dôvodu vyššej moci**) podľa odpovede verejného obstarávateľa (bod 13.2 ZoD), ide len o možnosť odstúpenia od zmluvy; ďalej výrazné omeškanie zhotoviteľa s plnením diela môže spôsobiť ekonomickú neefektívnosť a nehospodárnosť, t.j. že objednávateľ už nebude mať záujem na ďalšom plnení zmluvy.

Upozorňujeme, že v takomto prípade zmluvné požiadavky verejného obstarávateľa sú **v rozpore**:

- s ObZ (§ 374 a nasl.), podľa ktorého v prípade omeškania zhotoviteľa z dôvodu vyššej moci zhotoviteľ nezodpovedá za omeškanie ani nedošlo k porušeniu jeho povinností, a teda objednávateľ nemá možnosť odstúpenia od zmluvy;

Žiadame vysvetliť

- bod 13.2 ZoD, najmä na základe ktorého ust. a ktorého práv. predpisu SR/EÚ sa vyššia moc považuje za podstatné porušenie zmluvy zhotoviteľom, na základe ktorého by objednávateľ mal možnosť odstúpiť od zmluvy,
- resp. **žadame** bod 13. ods. písm. g/ ZoD opraviť a uviesť text: „g/ ak vyššia moc trvá viac ako 30 dní“;

Odpoveď verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ trvá na svojej odpovedi, ktorú poskytol v dokumente „Odpovede verejného obstarávateľa na doručené žiadosti o vysvetlenie – III.“ na otázku č. 9.

S názormi záujemcu verejný obstarávateľ nesúhlasí, pretože oprávnenie objednávateľa odstúpiť od zmluvy podľa článku 13 bod 13.2 písm. g) zmluvy o dielo (ak je zhotoviteľ kvôli vyššej moci v časovom omeškaní o viac ako 30 dní), je právom objednávateľa, ktoré potrebuje mať zachované najmä pre prípad, keby bola z uvedených dôvodov zásadného časového omeškania ohrozená realizácia celého diela a tým aj projektu, ktorý by mal byť spolufinancovaný z NFP a ide len o potenciálne krajné riešenie. Omeškanie zhotoviteľa s plnením podľa článku 13 bod 13.2 písm. g) zmluvy o dielo nie je v zmluve o dielo označené za podstatné porušenie zmluvy zo strany zhotoviteľa, ako to vo svojej otázke naznačuje záujemca.

Z uvedených dôvodov verejný obstarávateľ nepovažuje za vhodné vykonať záujemcom navrhované zmeny.

Otázka č. 4

Podľa doručeného Vysvetlenia SP III. (otázka a odpoveď č. 11 – **chýba celkový limit zmluvných pokút**), verejný obstarávateľ odpovedal že jednotlivé výšky ZP (čl. XIV) považuje za primerané, to zn. že buď otázku nepochopil alebo na otázku neodpovedal.

Upozorňujeme, že zmluvné požiadavky verejného obstarávateľa sú v rozpore:

- s ObZ, podľa ktorého zmluva musí byť vyvážená;

Žiadame vysvetliť:

- čl. XIV. Majetkové sankcie, najmä kde sú uvedené sankcie za porušenie povinností objednávateľa zo ZoD,
- resp. v rámci reciprocity **žiadame** na koniec tohto článku doplniť bod nasledujúceho znenia: „14.13 Celková výška zmluvných pokút uložených zhotoviteľovi za porušenie povinností zo zmluvy nepresiahne celkový limit 10 % z ceny diela bez DPH.“;

Odpoveď verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ trvá na svojej odpovedi, ktorú poskytol v dokumente „Odpovede verejného obstarávateľa na doručené žiadosti o vysvetlenie – III.“ na otázku č. 11, ktorá znela: „Zmluvné pokuty považuje verejný obstarávateľ za primerané vzhľadom na rozsah diela. Z povahy návrhu zmluvy o dielo prirodzene vyplýva viac povinností na strane zhotoviteľa ako na strane objednávateľa.“.

Keďže zmluvné pokuty majú prioritne garančnú funkciu pre prípad porušenia Zmluvy o dielo, ku ktorému by zodpovedným a správnym konaním na strane zhotoviteľa nemalo dôjsť, verejný obstarávateľ trvá na ich doterajšej úprave v návrhu Zmluvy o dielo a vzhľadom na uvedené skutočnosti považuje ním určené zmluvné pokuty v návrhu Zmluvy o dielo za primerané rizikám spojeným so zhotovením diela a so súvisiacim realizovaním projektu, ktorý po schválení žiadosti o poskytnutie nenávratného finančného príspevku (NFP) budúcim poskytovateľom bude financovaný z Európskych štrukturálnych a investičných fondov podľa zmluvy o poskytnutí NFP, ktorú plánuje verejný obstarávateľ uzavrieť s poskytovateľom NFP.

Pri korektnom plnení zmluvných povinností zhotoviteľom nemusí mať obavu z uplatnenia zmluvných pokút zo strany objednávateľa. Verejný obstarávateľ vzhľadom na možný vznik nie zanedbateľných škôd v jeho sfére (v prípade zistenia neoprávneného použitia NFP z dôvodu nedodržania podmienok Zmluvy o poskytnutí NFP), považuje za nevyhnutné dostatočne dôrazne akcentovať prevenčnú úlohu zmluvných pokút, ktorých výška by tak mala pre zhotoviteľa predstavovať citeľnejšiu hrozbu možnej ujmy v jeho majetkovej sfére.

Otázka č. 5

Podľa doručeného Vysvetlenia SP III. (otázka a odpoveď č. 12 – **nárok objednávateľa na ZP a zároveň náhrady škody popri sebe**), verejný obstarávateľ odpovedal (bod 14.9 ZoD), že ustanovenia zmluvy považuje za správne a dôvodné, to znamená, že otázku buď nepochopil alebo na otázku neodpovedal.

Upozorňujeme, že zmluvné požiadavky verejného obstarávateľa sú v rozpore:

- s ObZ, podľa ktorého zmluva musí byť vyvážená;

Žiadame vysvetliť:

- bod 14.9 (posledná veta) ZoD, najmä uvedený vzťah medzi ZP a náhradou škody,

- resp. **žiadame** tento bod opraviť a uviesť text: „Objednávateľ má právo na náhradu škody vo výške presahujúcej výšku zaplatených zmluvných pokút zhotoviteľom.“

Odpoveď verejného obstarávateľa:

Verejný obstarávateľ aj vzhľadom na argumenty a riziká, ktoré mu hrozia vo vzťahu k realizácii plánovaného projektu, ktorý by mal byť financovaný z NFP, inštitút náhrady škody vníma oddelene od zmluvných sankčných mechanizmov, ktoré plnia v prvom rade preventívny charakter.

Verejný obstarávateľ trvá na svojom stanovisku, že predmetné zmluvné ustanovenia (o.i. o zmluvných pokutách a o náhrade škody) považuje za správne a dôvodné a nebude návrh zmluvy o dielo meniť spôsobom, podľa ktorého by sa výška zhotoviteľom zaplatených zmluvných pokút započítala do oprávnenej výšky náhrady škody tak, ako to navrhuje záujemca.