

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE č. 5

Identifikace veřejné zakázky:

Název:	Nový pavilon goril
Druh veřejné zakázky:	Stavební práce
Druh řízení:	Otevřené řízení

Identifikační údaje zadavatele:

Název:	Zoologická zahrada hl. m. Prahy
Sídlo:	U Trojského zámku 120/3, 171 00 Praha 7
IČ:	000 64 459

Žádost dodavatele ze dne 29. července 2019

Dne 29. července 2019 obdržel zadavatel prostřednictvím profilu zadavatele od jednoho z dodavatelů následující žádost o vysvětlení zadávací dokumentace:

Vážený zadavateli,
v souvislosti s vyhlášenou nadlimitní veřejnou zakázkou s označením „Nový pavilon goril“ Vás tímto žádáme o vysvětlení, změnu nebo doplnění zadávací dokumentace.

DOTAZ Č. 1:

Zadavatel zveřejnil na profilu zadavatele Návrh smlouvy o dílo (dále smlouva), který původně obsahoval ustanovení čl. III odst. 3 v tomto znění: „V případě jakéhokoliv pozdějšího zjištění rozporu mezi Prováděcí dokumentací a Oceněným výkazem výměr má pro účely vymezení Díla přednost Prováděcí dokumentace.“ Toto ustanovení bylo ze smlouvy odstraněno, pravděpodobně i s ohledem na dotazy k uvedenému, jenž byly zadavateli zaslány v původně vyhlášeném zadávacím řízení.

Nicméně smlouva obsahuje další ustanovení stejného charakteru.

Bod III. odst. 8 smlouvy stanovuje: „Zhotovitel závazně prohlašuje, že je oprávněn vykonávat činnost směřující k provedení Díla dle této smlouvy, že disponuje všemi právními, technickými i personálními předpoklady, kapacitami a odbornými znalostmi všech předpisů včetně znalostí ČSN a dalších norem, které jsou nutné k provedení Díla dle této smlouvy, a že je tak schopen zajistit splnění povinnosti k provedení Díla. V souvislosti s tím zhotovitel výslovně prohlašuje, že se v průběhu zadávacího řízení před uzavřením této smlouvy podrobně seznámil s Prováděcí dokumentací, jakož i dalšími podklady vymezujícími Dílo a v souvislosti s tím prohlašuje, že je schopen Dílo na základě těchto podkladů provést v souladu s touto smlouvou a tudíž se na základě výslovné dohody smluvních stran vylučuje možnost zhotovitele dovolávat se v budoucnu toho, že by obsah podkladů vymezujících Dílo neumožňoval zcela nebo zčásti provést Dílo v souladu s touto smlouvou.“

Bod III. odst. 8 smlouvy stanovuje: „Zhotovitel je oprávněn účtovat za provedení celého Díla cenu skutečně provedených jednotek dle jednotkových cen uvedených v Oceněném výkazu výměr, jenž tvoří přílohu č. 1 této smlouvy. Pokud by se počet skutečně provedených jednotek lišil od počtu jednotek uvedených v Oceněném výkazu výměr, je pro účtování ceny Díla určující skutečný počet provedených jednotek v rámci Díla; nicméně zhotovitel není oprávněn za provedení Díla účtovat jakékoliv ceny za jeho provedení, které by v souhrnu překročily Cenový limit. Toto ujednání o Cenovém limitu bylo smluvními stranami sjednáno s ohledem na skutečnost řádného seznámení zhotovitele s veškerou dokumentací vymezující Dílo před uzavřením této smlouvy. Nicméně uvedený Cenový limit neomezuje nárok zhotovitele na úhradu za vícepráce, bude-li takový nárok uplatněn v souladu s touto smlouvou a zákonem.“

Bod VI. odst. 5 smlouvy stanovuje: „V případě, že se v průběhu provádění Díla vyskytne v důsledku objektivně nepředvídaných okolností potřeba realizovat dodatečné práce či dodávky, které překračují rozsah Díla vymezený v čl. III. této smlouvy, a které jsou současně nezbytné pro dokončení a předání Díla (dále jen „Vícepráce“), je možné tyto Vícepráce zadat pouze za předpokladu písemné dohody obou smluvních stran a za předpokladu splnění požadavků vyplývajících z § 222 zákona. Za Vícepráce není považován větší počet skutečně realizovaných jednotek určité položky Díla oproti počtu jednotek této položky Díla, uvedeného v Oceněném výkazu výměr, pokud provedení většího počtu jednotek určité položky Díla je v souladu s obsahem Prováděcí dokumentace.“

Zadavatel tímto ustanovením smlouvy zcela jistě porušuje § 36 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále zákon), podle kterého je zadavatel povinen zadávací podmínky stanovit a poskytnout dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel zejména nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. S výše uvedeným souvisí skutečnost, že zadávací podmínky musí být určité a jednoznačné. Zadavatel by při jejich přípravě neměl připustit, aby si tyto podmínky mohli různí dodavatelé vykládat různě, případně aby vznikaly pochybnosti o výkladu určitého požadavku zadavatele.

Zadavatel zde dopředu připouští, že může nastat rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr a na tuto situaci se připravuje výše uvedenými smluvními ustanoveními smlouvy, a tím tento předvídající rozpor klade k tíži dodavatele. Ten si totiž v případě realizace dodatečných prací tyto nemůže nárokovat jako vícepráce, jelikož se za vícepráce nepovažuje větší počet skutečně realizovaných jednotek určité položky Díla oproti počtu jednotek této položky Díla, uvedeného v Oceněném výkazu výměr, pokud provedení většího počtu jednotek určité položky Díla je v souladu s obsahem Prováděcí dokumentace.“ Pokud se totiž objeví jednotka, respektive položka, která ve Výkazu výměr nebyla, nebo by se při realizaci Díla zjistilo, že počet jednotek uvedený ve Výkazu výměr je menší, než počet jednotek skutečně realizovaných na základě Prováděcí dokumentace, nese riziko vícenákladů a navýšení ceny uchazeč. Jednotka neobsažená ve Výkazu výměr, tak jde k tíži uchazeče nikoli zadavatele.

Nicméně v případě, kdy by se vyskytla jakákoliv nejasnost či neurčitost v zadávacích podmínkách, nelze tuto nejasnost v žádném případě vykládat k tíži dodavatele, neboť takový postup by byl v rozporu se zásadami transparentnosti a rovného zacházení dle § 6 zákona. Jediným subjektem, který je zcela odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek, je vždy pouze zadavatel. Tento se této své obecné odpovědnosti nemůže zprostit a jakékoli formulace v zadávací dokumentaci/smlouvě mající za cíl přenesení odpovědnosti na dodavatele nevyvolávají žádné právní následky. Proto ani formulace v uvedených bodech smlouvy nemůže vyvolat jakýkoliv právní následek a tím pak určit, že za nedostatek ve výkazu výměr, který je v rozporu s projektovou dokumentací, je odpovědný dodavatel.

Je zřejmé, že zadavatel případný rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr klade pomocí problematických smluvních ustanovení k tíži dodavatele, který rozpor při naceňování nemusí odhalit. Pro hodnocení nabídek podaných v rámci tohoto zadávacího řízení je totiž stěžejní výkaz výměr, který určuje konečnou nabídkovou cenu dodavatele. To vyplývá z čl. 6 Zadávací dokumentace, kde je uvedeno, že hodnocení nabídek provede zadavatelem ustanovená hodnotící komise, a to podle níže uvedených dílčích hodnotících kritérií stanovených s přihlédnutím k ust. § 115 odst. 2 zákona, kdy dílčím hodnotícím kritériem je nabídková cena jako souhrn jednotkových cen při počtu jednotek dle oceněného výkazu výměr v Kč bez DPH. Stejně vyplývá i z čl. 7.2.2. odst. 5 Zadávací dokumentace, kde zadavatel požaduje, aby dodavatel doložil v nabídce výpočet nabídkové ceny, a to oceněním jednotlivých položek uvedených v soupisu prací, aby dodavatel pro zpracování nabídkové ceny použil výhradně soupis prací, který obdržel od zadavatele v rámci zadávací dokumentace a aby dodavatel dodržel strukturu a členění soupisu prací. Není ideální stanovit pro případ rozporu mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr aplikační přednost jakéhokoliv z těchto dvou dokumentů, jelikož rozpor by zde nastat neměl. Ale faktem zůstává, že výkaz výměr je dle výše uvedeného dokumentem, který má v tomto zadávacím řízení zabezpečit srovnatelnost všech podaných nabídek a je jediným prostředkem pro hodnocení daného dílčího kritéria v rámci hodnocení podaných nabídek.

Tento postup zadavatele je rovněž v rozporu s vyhláškou č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, která v § 3 uvádí, že „Soupis prací stanoví v přímé návaznosti na dokumentaci pro zadání stavebních prací podrobný popis všech předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky na stavební práce.“ Zadavatel je tedy povinen sestavit výkaz výměr tak, aby obsahoval všechny předpokládané položky a nikoliv tak, aby obsahoval pouze položky některé, přičemž zbytek položek má dodavatel jaksí zakalkulovat či s nimi počítat na základě zadávací dokumentace (tj. i Prováděcí dokumentace).

Výše popsanou argumentaci podporuje i rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále ÚOHS), cituji např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S356/2011/VZ-15278/2011/510/KČe (rozhodnutí se vztahuje k již neúčinnému ustanovení § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., zákon o veřejných zakázkách, nicméně ustanovení předešlého zákona bylo přebráno do nyní platného a účinného § 36 odst. 3 zákona, jehož porušení účastník tímto dotazem namítá). Úřad citovaná ustanovení zákona doplňuje s tím, že zadávací dokumentace je základním dokumentem, na jehož podkladě dodavatelé zpracovávají nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky je tedy základem pro podání nabídek, odpovídajících požadavkům zadavatele a současně vzájemně srovnatelných. Požadavky zadavatele musí být proto v zadávací dokumentaci vymezeny způsobem, který bude chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Úřad v této souvislosti cituje také z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 10.3.2011 č.j. 62 Ca 3/2009, ve kterém soud uvádí, že "zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout korektní soutěž. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 zákona. Tato zásada spolu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou stejného zacházení se všemi dodavateli musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. Porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla. Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky, objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Je to zadavatel, kdo zadávací dokumentaci vyhotovuje a kdo také za její správnost a úplnost odpovídá.

Jiné rozhodnutí ÚOHS, č. j. ÚOHS-S385/2010/VZ-14172/2012/530/RNi, deklaruje, že řádné vymezení předmětu veřejné zakázky a obsahu zadávací dokumentace je základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele a také nabídek vzájemně porovnatelných. Požadavky zadavatele musí být v zadávací dokumentaci stanoveny jasně a srozumitelně, tj. takovým způsobem, aby jejich obsah byl chápán stejně všemi dotčenými subjekty a aby nedocházelo k rozličnému výkladu či rozporu jednotlivých bodů zadávací dokumentace. Výše uvedené potvrzuje také rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 3. 2008, č. j. 62 Ca 33/2007-175, v němž je uvedeno, že základem zadávací dokumentace je co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl. Vzhledem ke specifickému charakteru veřejných zakázek na stavební práce musí zadávací dokumentace obsahovat také projektovou dokumentaci stavby nebo jinou dokumentaci podle zvláštního právního předpisu a soupis stavebních prací s výkazem výměr. Projektová dokumentace tak spolu s výkazem výměr tvoří nedílnou součást zadávací dokumentace a je nezbytným podkladem pro samotné zpracování nabídky. Rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek je pak výkaz výměr, který je položkovým soupisem prací, dodávek a služeb ve skladbě odpovídající projektové dokumentaci stavby. Zpracování projektové dokumentace a výkazu výměr v rozsahu stanoveném zákonem je odpovědností zadavatele a v jeho zájmu by tedy mělo být, aby projektová dokumentace a zejména pak výkaz výměr, dle kterého je zpracovávána nabídková cena, byly jasné, srozumitelné a prosté početních či jiných chyb a odchylek. Veškeré problémy, které vyvstanou během zadávacího řízení v souvislosti se zadávací dokumentací a které mají původ v zadávací dokumentaci, jsou přisuzovány k tíži zadavatele. I rozhodnutí ÚOHS o rozkladu podanému vůči citovanému rozhodnutí potvrzuje, že v daném případě, kdy je pro hodnocení zásadním dokumentem výkaz výměr (stejně jako v rámci tohoto zadávacího řízení), je rozhodujícím dokumentem pro zpracování nabídkové ceny u stavebních zakázek výkaz výměr a rozpor mezi projektovou dokumentací a výkazem výměr má řešení v prioritě výkazu výměr.

Dále viz např. rozhodnutí ÚOHS č.j.: ÚOHS-S62/2011/VZ-7411/2011/520/Mne, ve kterém k povinnosti uchazečů ověřit soulad jednotlivých částí zadávací dokumentace ÚOHS uvádí: „... Úřad uvádí, že odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace nese pouze zadavatel, který tuto odpovědnost nemůže převést na jinou osobu, ani není oprávněn ukládat dodavatelům ucházejícím se o zadávanou veřejnou zakázku povinnosti ohledně ověřování souladu jednotlivých částí zadávací dokumentace...“, rozhodnutí ÚOHS č.j.: ÚOHS-S0272/2018/VZ-26587/2018/522/JKr, ve kterém ÚOHS uvádí: „... Není přípustné, aby zadavatel uvedl dodavatele v omyl či uvedl nedostatečné informace, případně aby byl text zadávací dokumentace nesrozumitelný, neurčitý nebo vnitřně rozporný. Zákonem předvídaným cílovým stavem je, aby byly nabídky účastníků zadávacího řízení vzájemně srovnatelné, a to právě na základě kompletních a bezvadných informací o naceňovaném předmětu plnění vyplývajících ze zadávací dokumentace.. Pokud se vyskytne určitá vada zadávacích podmínek, nelze tuto skutečnost vykládat k tíži dodavatele... úkolem dodavatele zvažujícího účast v zadávacím řízení není poskytnout zadavateli hloubkový audit zadávací dokumentace...“.

Na základě všech výše uvedených skutečností žádáme zadavatele, aby změnil sporná ustanovení smlouvy v souladu s ustálenou rozhodovací praxí ÚOHS a § 36 odst. 3 zákona.

Děkujeme Vám za spolupráci.

Odpověď zadavatele:

Zadavatel na základě připomínek dodavatele provedl revizi textu návrhu smlouvy o dílo. Pakliže v revidovaném znění nejsou některé navrhované úpravy uvedeny, znamená to, že zadavatel trvá na původním znění. Revidované znění předkládá v příloze tohoto vysvětlení.

Toto vysvětlení obsahuje přílohu dle textu v souboru s názvem „Příloha vysvětlení č. 5.zip“

V souvislosti s tímto vysvětlením a upřesněním se lhůta pro podání nabídek prodlužuje do 12. srpna 2019, 9:00 hodin.

V Poličce dne 1. srpna 2019

.....
Mgr. Jaromír Kašpar
jednatel AREA 2000 s.r.o.
smluvní zástupce zadavatele