

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE Č. 07

Název veřejné zakázky: **Nová plavecká hala Litvínov**

Systémové číslo: P23V00000140

Evidenční číslo ve VVZ: Z2023-056620

Zadavatel Město Litvínov – se sídlem náměstí Míru 11, 436 01 Litvínov, IČ: 002 66 027 (dále jen „**Zadavatel**“) obdržel k veřejné zakázce s názvem „*Nová plavecká hala Litvínov*“, jejíž zadávání bylo zahájeno dne 8. 12. 2023 pod systémovým číslem zakázky P23V00000140 (dále jen „**Zakázka**“) od dodavatele dne 26. 1. 2024 dokument s názvem „Dotazy_bazén Litvínov“ pro veřejnou zakázku „Nová plavecká hala Litvínov“ (dále jen „**Žádost**“). Zadavatel v souladu s ustanovením § 98 a § 99 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění příslušných předpisů (dále jen „**ZZVZ**“) sděluje k výše uvedené Žádosti následující:

I. Přesné znění Žádosti

Vážení, na základě ZD, čl. 6.3, bychom rádi požádali zadavatele o vysvětlení zadávací dokumentace viz - dotazy v příloze.

DI ke změnovému řízení

Uchazeč důrazně upozorňuje zadavatele na zcela neefektivní a neflexibilní změnové řízení v nabídnuté smlouvě, které je navíc nastaveno v neprospěch zhotovitele a v některých aspektech jej šikanuje. Pravděpodobnost vzniku sporu smluvních stran z důvodu takto nastaveného změnového řízení se blíží jistotě.

Uchazeč si dovoluje zkráceně konstatovat klíčové principy změnového řízení v nabídnuté smlouvě

- Provedení jednotlivých změn je možno až po podpisu dodatku smlouvy (čl. 7.2.1.)
- Provedení změny na základě změnového listu (tzn. bez dodatku) je zapovězeno (čl. 7.4.)
- Přestože změnový list podepsali všechny osoby, které jsou na stavbě účastny (tzn. zhotovitel, objednatel, TDI a autorský dozor), odpovědnost za změny zrealizované bez dodatku ke smlouvě jdou k tíži jen a pouze zhotoviteli (čl. 7.4.)
- Jednání o změně smlouvy (tzn. období zhruba definováno zjištěním potřeby změny díla, vyhotovením a potvrzením změnového listu všemi dotýčnými osobami, vyhotovením dodatku a zajištění podpisů dodatku a s tím spojené administrativní řešení) není důvodem pro zastavení prací (tzn. celá tato doba (min. cca 2 týdny) jde také k tíži zhotoviteli, když tento není oprávněn ani realizovat ani zastavit práce. (7.5.)

Uchazeč důrazně doporučuje zadavateli zakázky změnu institutu změnového řízení a přepracovat jej tak, aby nejen nešíkanoval vybraného zhotovitele zakázky, ale aby dával smysl v realitě stavebních prací.

Uchazeč předestírá zadavateli možnost realizace změn již na základě platného a řádně podepsaného změnového listu s tím, že právo na zaplacení ceny a změnu termínu by zhotoviteli náleželo až uzavřením dodatku. Takto nastavený institut by nejen neodporoval zákonu, ale byl by i dostatečně efektivní a flexibilní v průběhu řešení nahodilých změn díla.

Uchazeč žádá o odstranění nesmyslného článku 7.5. smlouvy. Není možno přenášet na zhotovitele zakázky kompletní odpovědnost za dobu změnového řízení od počátku (zjištění potřeby změny) až po jeho konec (podepsání dodatku), když změnové řízení někdy trvá i přes kalendářní měsíc.

Uchazeč žádá o připojení povinnosti objednatele zajistit potvrzení provedení změny díla poskytovatelem dotace, když dílo je z dotačního programu financováno, resp. je na zhotovitele přenášena většina odpovědnosti za případné neposkytnutí dotace (čl. 1.3.).

II. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 65

Změnové řízení je navrženo s ohledem na velmi přísná pravidla pro změnu závazků ze smlouvy, jež jsou upravena v ZZVZ. Tato pravidla jsou rigidní a jistě nejsou flexibilní. Zadavatel nemůže připustit každou změnu díla. Zadavatel může v intencích § 222 ZZVZ připustit pouze takovou změnu díla, která představuje tzv. nepodstatnou změnu závazku ze smlouvy. Definovat to, co ještě představuje takovou nepodstatnou změnu, je vysoce náročnou právní otázkou. Pokud by bylo umožněno, aby změny díla byly prováděny pouze na základě změnových listů, pak existuje velmi vysoké riziko, že dojde i k takovým změnám smlouvy, které Zadavatel nesmí sjednat.

Jak plyne z rozhodovací praxe správních soudů, pro posouzení otázky, zda došlo ke změně smlouvy je významná faktická činnost zadavatele a dodavatele a nikoliv formalizovaný akt např. v podobě dodatku ke smlouvě (k tomu srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 1. 2. 2019, č. j. 62 Af 48/2017-94). Proto je realizace prací pouze na základě změnového listu zapovězena, neb taková realizace by již představovala změnu závazku ze smlouvy.

Změnové řízení tak chrání obě smluvní strany před tím, aby nedošlo k porušení zákona a v důsledku toho, aby Zadavatel nebyl omezen v čerpání dotace, bude-li přiznána.

Dodavatelem navržené řešení je přitom z pohledu Zadavatele vysoce rizikové, neboť v případě, že by byl schválen změnový list a nebyla by výslovná úprava o tom, že takový list nepředstavuje dodatek ke smlouvě a Zadavatel by následně odmítl dodatek uzavřít, pak by se Zadavatel vystavil riziku, že dodavatel bude požadovat úhradu provedených prací na základě odsouhlaseného změnového listu s argumentem, že Zadavatel práce odsouhlasil a nebylo proto důvod, aby bránil uzavření dodatku ke smlouvě.

Dále dodavatel žádá o odstranění odst. 7.5 smlouvy o dílo, který normuje, že „Jednání o změně díla, Změnovém listu, změně této Smlouvy nebo uzavření dodatku k této Smlouvě není důvodem pro přerušení provádění díla a není důvodem pro prodloužení doby pro dokončení díla.“

Z tohoto ustanovení toliko plyne, že samotné (vlastní) jednání o změně díla nebo změnovém listu nebo změně smlouvy o dílo dodatku ke smlouvě o dílo nepředstavuje důvod pro přerušení prací. Jedná se toliko o formální konstataci, že jednání jako takové nepředstavuje důvod pro přerušování prací. Pokud by totiž pouze samotné jednání vyvolávalo možnost přerušení prací a prodloužení doby plnění, pak by dodavatel dostal velmi silný nástroj ke zdržování dokončení díla, neb by mohl kdykoliv vyvolat jednání o změně smlouvy a tím by došlo k přerušení provádění díla a k prodloužení doby plnění.

To však neznamená, že nemůže dojít k přerušení prací a prodloužení doby plnění, neboť rozhodné je, zda důvod pro takové přerušení je na straně Zadavatele (objednatele), nebo dodavatele. Pravidla dalšího postupu jsou upravena v odst. 4.4 smlouvy o dílo.

Pokud tedy důvodem pro vyvolání změnového řízení je důvod na strana objednatele (např. chybná projektová dokumentace, za kterou odpovídá Zadavatel, nebo chybný pokyn Zadavatele), pak dodavatel bez ohledu na vyvolání jakéhokoliv jednání je oprávněn dílo přerušit s odůvodněním, že jsou práce přerušeny z důvodu, který spočívá na straně Zadavatele (objednatele), čímž dojde i k přísl. prodloužení doby plnění, avšak pouze za předpokladu, že nebude možné pracovat na jiných částech díla.

Pokud však dodavatel přeruší práce na díle, avšak důvod bude na jeho straně, pak takové přerušení prací nebude vyvolávat prodloužení doby plnění.

Navržená úprava je tak vyvážená pro obě smluvní strany.

Požadavek ohledně začlenění povinnosti objednatele o zajištění potvrzení provedení změny díla poskytovatelem dotace je již nadbytečný a zadavatel mu nevyhovuje, neboť došlo k odstranění věty druhé z odst. 1.3 smlouvy o dílo v rámci dokumentu Vysvětlení, změna a doplnění zadávací dokumentace č. 04 ze dne 10.1.2024 (viz Vysvětlení a/nebo změna č. 19).

III. Přesné znění Žádosti

DI ke klimatické doložce

Uchazeč upozorňuje zadavatele na skutečnost, že smlouva výslovně nepostihuje situaci, kdy se v průběhu realizace vyskytnou negativní klimatické vlivy objektivně znemožňující provádění díla, přičemž by ale tyto klimatické jevy nebylo možno vztáhnout pod vyšší moc dle čl. 4.5.1. (typicky např. silné mrazy v zimním období – objektivně znemožňují provádění prací, ale jejich substituce pod vyšší moc je problematické) resp. např. „Vyšší moc“ In. HENDRYCH, Dušan. *Právní slovník*. 3., podstatně rozš. vyd. Beckovy odborné slovníky. V Praze: C.H. Beck, 2009. ISBN 9788074000591“ „Vyšší moc - zvlášť kvalifikovaná událost (právní skutečnost, událost), tj. právní událost za daných podmínek **objektivně nepředvídatelná** a **objektivně neodvratitelná** (vis maior)“. Uchazeč žádá o potvrzení, že se vyšší mocí dle nabídnuté smlouvy rozumí i zásah jinak obvyklých klimatických podmínek ale natolik vysoké intenzity, že znemožňují provádění díla (např. silné/extrémní mrazy v zimě).

IV. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 66

Ustanovení odst. 4.5.1 smlouvy o dílo mimo jiné stanoví, že vyšší mocí se rozumí „(...) situace, kdy řádnému plnění této Smlouvy dočasně nebo trvale brání mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka vzniklá nezávisle na vůli Zhotovitele (...)“ Nelze se tedy ztotožnit s tím, že by klimatické podmínky určité intenzity nemohly být podřaditelné pod vyšší moc ve smyslu smlouvy o dílo.

Dodavatelem uváděné klimatické podmínky, u kterých žádá potvrzení, že jsou vyšší mocí, jsou velmi neurčitě definované, neb není zřejmé, co se má rozumět „natolik vysokou intenzitou“. Přesto však Zadavatel v obecné rovině nevyklučuje aplikaci vyšší moci v případě takových klimatických podmínek, o kterých mluví dodavatel. Ale pouze za podmínky, že v konkrétním případě skutečně dojde k situaci naplňující veškeré znaky vyšší moci ve smyslu smlouvy o dílo, tj. že takové klimatické podmínky budou představovat nepředvídatelnou a nepřekonatelnou překážku vzniklou nezávisle na vůli zhotovitele, jež bude bránit řádnému plnění smlouvy o dílo. Konkrétní posouzení však může být učiněno až podle konkrétního skutkového stavu, tj. v situaci, kdy příslušné klimatické jevy nastanou. Pokud se dodavatel bude dovolávat důvodu nemožnosti plnění pro takové klimatické podmínky, pak to musí Zadavateli prokázat (viz odst. 4.6 smlouvy o dílo).

V. Přesné znění Žádosti

DI k pokutám

Uchazeč žádá o limitaci smluvních pokut do výše 10 % ceny díla bez DPH. Uchazeč argumentuje tím, že dosáhnou-li pokuty souhrnné výše 10 % ceny díla bez DPH (tzn. cca 35 milionů Kč), bude dána závažná pochybnost o schopnostech zhotovitele stavby dostát svým původně sjednaným závazkům a jakékoliv další sankce utvrzující povinnosti zhotovitele budou již nadbytečné (srov. např. <https://www.pravniportal.cz/clanky/obcanske-pravo/co-je-smluvni-pokuta-jak-ji-pouzit> nebo <https://www.pravniportal.cz/clanky/obcanske-pravo/smluvni-pokuta-jeji-neplatnost>). **V tomto ohledu uchazeč dále zdůrazňuje, že smluvní pokuta plní především funkci zajišťovací/utvrzující a**

nikoliv funkci represivní. Nadto uchazeč dodává, že bezdůvodně vysoká smluvní pokuta bývá v ustálení soudní praxi soudy moderována (viz 31 Cdo 2273/2022 nebo 64 Co 403/2016). Uchazeč vidí limitaci pokut jako oboustranně vstřícný a logický krok, přičemž výši limitace smluvních pokut nechává na zvážení zadavateli a shora uvedených 10 % mu pouze předestírá k posouzení.

VI. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 67

Zadavatel nebude limitovat výši smluvních pokut. Považuje dané nastavení smluvních pokut za přiměřené.

Zadavatel má primárně zájem na tom, aby dodavatel své závazky ze smlouvy o dílo řádně splnil. Smluvní pokuty tak mají za cíl primárně zajistit to, že dodavatel si rozmyslí i s ohledem na charakter a rozsah zakázky, zda má schopnost svým závazkům dostát a zda vůbec chce za takto stanovených podmínek o zakázku usilovat.

Zadavatel nerozumí tomu, o co dodavatel opírá, že udělení pokut v celkové výši 10 % z ceny díla představuje hranici pro závěr o neschopnosti zhotovitele dostát svým závazkům a že v takovém případě už ukládání smluvních pokut bude nadbytečné. V odkazovaných článcích se o ničem takovém nehovoří. Nadto, daný závěr lze jen stěží aprobovat v situaci, když je vztahován k celému spektru různorodých smluvních pokut, jenž zajišťuje splnění různorodých smluvních povinností v různých časových fázích (zejm. přípravná část, realizační část, záruční období). Pokud by totiž např. byla daná část vyčerpána na smluvní pokuty spojené s realizační fází, pak to přeci nic nevypovídá o schopnosti dodavatele odstraňovat vady díla, jež se vyskytnou v záruční době.

VII. Přesné znění Žádosti

DI změna okolností

Uchazeč žádá o konkretizaci (např. zdražení ceny vstupů) nebo limitaci (např. zdražení ceny vstupů až do výše 30 %) okolností, jejichž změnu na sebe zhotovitel dle čl. 17.9. smlouvy o dílo má převzít (viz např. <http://www.bulletin-advokacie.cz/zmena-okolnosti-aneb-nejvylucovanejsi-ustanoveni>). Uchazeči nemůže být z textu smlouvy dostatečně jasné a srozumitelné, jaké skutečnosti má zadavatel v řečeném článku na mysli.

VIII. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 68

Ustanovení odst. 17.9 smlouvy o dílo stanoví: „Zhotovitel přebírá nebezpečí změny okolností ve smyslu § 1765 odst. 2 občanského zákoníku.“

Dané ustanovení (jeho dikce) je zcela určité, srozumitelné a běžně užívané. Zadavatel neomezil rozsah předmětných změn a ani to nebude činit. Tím, že k danému omezení nepřistoupil, nese dodavatel nebezpečí každé změny ve smyslu § 1765 odst. 1 občanského zákoníku.

Zadavatel odst. 17.9 smlouvy o dílo proto blíže konkretizovat ani limitovat nebude.

IX. Přesné znění Žádosti

DI zkušební provoz

Dle čl. 14.1. smlouvy o dílo se sjednává doba zkušebního provozu po dobu 2 měsíců s tím, že tato doba může být prodloužena. Uchazeč žádá o úpravu smlouvy tak, aby bylo detailněji popsáno případné prodloužení zkušebního provozu. Uchazeč argumentuje tím, že zejm. není jasné, zda má koncipovat nabídkovou cenu s ohledem na dvouměsíční zkušební dobu nebo na dobu delší a zda a jakým způsobem dojde k případnému vypořádání vzájemných nároků smluvních stran v případě prodloužení zkušební lhůty. Uchazeč předestírá ke zvážení možnost zakotvení prodloužení zkušebního provozu pouze oboustrannou dohodou s jasně definovanými hodnotami dodatečných nároků smluvních stran souvisejících s prodloužením zkušebního provozu.

X. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 69

Ustanovení odst. 14.1 smlouvy o dílo stanoví: „*Smluvní strany berou na vědomí, že funkčnost díla, jeho vlastnosti a splnění technických parametrů bude ověřeno zkušebním provozem. Zkušební provoz je nařízen na dobu 2 měsíců. Nelze však vyloučit, že doba trvání zkušebního provozu bude prodloužena.*“

Zkušební provoz je nařízen na dobu dvou měsíců. To, že může dojít k jeho prodloužení je pouze dáno dodavatelům pro informaci. Proto i poskytování součinnosti je vyžadováno pouze po dobu těchto dvou měsíců. Pokud by došlo k prodloužení zkušebního provozu, pak se bude jednat o změnu díla (vícepráci), u které bude postupováno podle čl. 7 smlouvy o dílo, včetně odst. 7.3 smlouvy o dílo, specifikující pravidla pro nacenění takového plnění.

XI. Přesné znění Žádosti

DI změna ceny z důvodu VM

Uchazeč upozorňuje zadavatele zakázky na skutečnost, že smlouva zná dopad vyšší moci prakticky pouze do termínu plnění (čl. 4.5.) a nikoliv do ceny. Uchazeč žádá o doplnění smlouvy o ustanovení popisující dopad vyšší moci do ceny díla a její úpravu v souvislosti s tímto dopadem.

XII. Odpověď Zadavatele

Vysvětlení a/nebo změna č. 70

Smlouva výslovně hovoří o dopadu vyšší moci u doby plnění z toho důvodu, aby vůbec bylo možné dobu plnění v takových případech prodlužovat, neboť obecně je problematické prodlužovat dobu plnění postupem podle § 222 ZZVZ. V mnohých případech, kdy by dávalo smysl dobu plnění prodloužit, takový postup není souladný právě s úpravou § 222 ZZVZ.

Ve smlouvě o dílo je fakticky nemožné upravit dopad vyšší moci do ceny díla bez znalosti toho, o jaký konkrétní druh vyšší moci se jedná a jak se projevuje v konkrétním případě, neb by nebylo možné postihnout veškeré do úvahy připadající možnosti, resp. by nebylo možné je pospat tak určitě, aby daná podmínka obstála ve světle ZZVZ.

Smlouva o dílo nemusí obsahovat naprosto všechny podmínky, podle kterých se bude postupovat. Pokud daný postup není upraven ve smlouvě o dílo, pak se bude postupovat podle příslušných zákonných ustanovení.

Zadavatel v obecné rovině doplňuje, že v případě změn díla vyvolaných vyšší mocí je možné uvažovat o aplikaci § 222 ZZVZ, který navýšení ceny díla za určitých okolností nevylučuje. Zadavatel se aplikace § 222 ZZVZ nezříká a bude jeho užití posuzovat pokaždé, když to bude případné.

V Litvínově dne 29. 1. 2024

Za Zadavatele
Ing. Michaela Sloviaková
vedoucí odboru investic
a regionálního rozvoje