

Č.j.: SSV-žiad. o vysv. SP – odpoveď 1

V Poprade, dňa 30.9.2016

Všetkým známym záujemcom

VEC: Zadávanie podlimitnej zákazky v zmysle § 5 ods. 3 písm. f) ZoVO bez využitia elektronického trhoviska a bez použitia elektronickej aukcie postupom podľa § 113 až 115 ZoVO – zákazka na uskutočnenie stavebných prác v zmysle § 3 ods. 3 ZoVO predmetu zákazky s názvom:

„Rekonštrukcia miestnych komunikácií a chodníkov v meste Spišská Stará Ves“

- žiadosť o vysvetlenie súťažných podkladov („súťažnej ZoD“) - odpoveď

INPRO POPRAD, s.r.o., ako splnomocnený zástupca verejného obstarávateľa: **Mesto Spišská Stará Ves, MsÚ, Štúrova 228/109, 061 01 Spišská Stará Ves, okr. Kežmarok** (verejný obstarávateľ v zmysle § 7 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“ alebo „zákon“ alebo „ZoVO“) pri zadávaní podlimitnej zákazky bez využitia elektronického trhoviska a bez použitia elektronickej aukcie – zákazka na uskutočnenie stavebných prác predmetu zákazky s názvom: **„Rekonštrukcia miestnych komunikácií a chodníkov v meste Spišská Stará Ves“** vyhlásenej odoslaním na zverejnenie výzvy na predkladanie ponúk do Vestníka verejného obstarávania (ďalej len „VVO“), ktorá bola zverejnená vo VVO č. 178/2016 zo dňa 13.9.2016 pod značkou 12790 - WYP, Vám týmto v zmysle § 114 ods. 8 ZoVO a Časti II. bodu 10. Textovej časti súťažných podkladov zasiela vysvetlenie k zaslaným otázkam resp. dotazom.

Splnomocnený zástupca verejného obstarávateľa dňa 28.9.2016 o 10:00 hod, t. j. v zákonnej lehote na zaslanie žiadostí o vysvetlenie údajov uvedených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania – výzve na predkladanie ponúk alebo súťažných podkladoch, obdržal poštou otázky, resp. dotazy záujemcu k súťažnej ZoD ako Prílohy č. 1 súťažných podkladov predmetnej zákazky.

Otázka č.1:

cit:

„Čl. VIII Platobné podmienky, bod 8.9

V cit. bode zmluvy o dielo je povinnou prílohou ku každej faktúre aj potvrdenie o splnení všetkých finančných záväzkov voči všetkým subdodávateľom podieľajúcim sa na realizácii predmetného diela.

V prípade, že zhotoviteľ by nedoložil tento doklad, je to prekážkou neuhradenia faktúry objednávateľom? Pýtame sa z dôvodu, že v niektorých prípadoch môže vzniknúť situácia, že zhotoviteľ nevyplatí konkrétneho subdodávateľa v plnej výške napr. z dôvodu porušenia zmluvy, nekvality plnenia, omeškania atď. Preto máme za to, že verejný obstarávateľ by mal skúmať aj dôvody nezaplatenia subdodávateľom. Rovnako ak by zhotoviteľ neplnil len jednému z viacerých subdodávateľov, nemôže mu predsa z tohto dôvodu objednávateľ

zadržiavať celú platbu. Preto považujeme za vhodné, minimálne do bodu ... doplniť vetu „ Zhotoviteľ je povinný na výzvu objednávateľa uviesť dôvody neplnenia svojich finančných záväzkov voči subdodávateľovi. Ak zhotoviteľ má relevantný dôvod pre neplnenie svojho záväzku, objednávateľ nie je oprávnený z tohto dôvodu neuznať podklady pre fakturáciu podľa bodu 8.9, posledný odsek.“

koniec cit.

Odpoveď:

Verejný obstarávateľ na uvedenej zmluvnej podmienke trvá. Uvedená požiadavka sa preveruje, za predchádzajúce obdobie v príslušných fakturačných podkladoch, t. j. z období predchádzajúcich k predkladanej faktúre, čiže k výdavkom, ktoré boli objednávateľom už uznané zhotoviteľovi (čiže nepriamo uznané subdodávateľovi, ktorý sa na nich podieľal). Objedávateľ v tomto prípade neskúma výšku finančných záväzkov uhradených subdodávateľovi. Ak si zhotoviteľ uplatní pri uhradení záväzku svojmu subdodávateľovi, napr. sankcie alebo pokuty a uhradí subdodávateľovi len oprávnenú časť, považuje sa vyššie uvedené za splnenie záväzku voči subdodávateľovi. Máme za to, že v prípade uhradenia už zrealizovaných prác a zabudovaných materiálov objednávateľom, zhotoviteľovi vzniká možnosť, resp. povinnosť (podľa zmluvných podmienok medzi zhotoviteľom a subdodávateľom) na splnenie záväzku, ktorý vyplýva z predchádzajúceho plnenia. Verejný obstarávateľ / objednávateľ nevidí v tomto prípade dôvod, prečo by zhotoviteľ mal zdržiavať plnenie záväzku (či už v plnej zmluvnej výške, alebo vo výške poníženej o pokuty, sankcie a pod.) pre svojho subdodávateľa.

Otázka č.2:

cit:

„Čl. XIII Záruka na realizovaný predmet zmluvy, bod 13.4

Plynutie záručnej doby na reklamovanú časť stavebného diela sa preruší dňom uplatnenia práva objednávateľa na odstránenie väd - doručením písomnej reklamácie zhotoviteľovi.

V zmysle § 563 v spojení s § 430 obchodného zákonníka ..“záručná doba neplynie po dobu, po ktorú kupujúci nemôže užívať tovar/dielo pre jeho vady, za ktoré zodpovedá predávajúci/zhotoviteľ.

V praxi môže nastať situácia, kedy objednávateľ si uplatní oprávnenú reklamáciu no v čase uplatnenia vady nie sú napr. vhodné klimatické podmienky na opravu resp. vzhľadom na vhodný technologický postup a zachovanie kvality diela, by bolo vhodné vadu odstrániť v inom vhodnejšom období (čo môže byť aj cca 3 mesiace od uplatnenia vady). A dielo aj napriek vade možno užívať. Preto považujeme za obojstranne výhodné, aby ustanovenie bodu 13.4 upravilo v zmysle uvedenej zákonnej úpravy ako aj v zmysle poslednej vety bodu 12.8 zmluvy o dielo nasledovne:

„Plynutie záručnej doby na reklamovanú časť stavebného diela sa preruší po dobu, po ktorú nemožno v dôsledku vady dielo alebo jeho príslušnú časť užívať; rovnako sa preruší o dobu opráv väd príslušnej časti diela.“

koniec cit.

Odpoveď:

Verejný obstarávateľ na uvedenej zmluvnej podmienke trvá.

Znenie § 430 Obchodného zákonníka: „Ak z obsahu zmluvy alebo záručného vyhlásenia nevyplýva niečo iné, začína záručná doba plynúť odo dňa dodania tovaru. Ak je predávajúci povinný odoslať tovar, plynie záručná doba odo dňa dôjdenia tovaru do miesta určenia.

Záručná doba neplynie po dobu, po ktorú kupujúci nemôže užívať tovar pre jeho vady, za ktoré zodpovedá predávajúci.“

V zmysle § 563 ods. 2 v nadväznosti na § 429 ods. 1 Obchodného zákonníka zárukou za akosť tovaru / diela preberá predávajúci písomne záväzok, že dodaný tovar / dielo bude po určitú dobu spôsobilý na použitie na dohodnutý, inak na obvyklý účel alebo si zachová dohodnuté, inak obvyklé vlastnosti. Z vyššie uvedeného vyplýva, že ak si dielo nezachová dohodnuté, inak obvyklé vlastnosti, je možné prerušiť plynutie záručnej lehoty. Aplikáciu ustanovenia § 430 Obchodného zákonníka v znení „Záručná doba neplynie po dobu, po ktorú kupujúci nemôže užívať tovar pre jeho vady, za ktoré zodpovedá predávajúci“ nie je možná na stavebné dielo, nakoľko takýto stav znamená havarijný a nie vadu, resp. vady diela.

Otázka č. 3:

cit:

„Čl. XV Zmluvné pokuty, bod 15.1.4 a bod 15.2

Zmluvnú pokutu 50.000,- za akékoľvek podstatné porušenie zmluvnej povinnosti zhotoviteľom v zmysle bodu 16.5 alebo za nepodstatné porušenie povinnosti ktoroukoľvek zmluvnou stranou, prihliadnuc na možnosť si uplatnenia náhrady škody popri nároku na zmluvnú pokutu považujeme za neprimerané, v rozpore so zásadou poctivého obchodného styku deklarovaného v preambule zmluvy o dielo. Rovnako nepovažujeme za vhodné viazať vznik nároku na zmluvnú pokutu na presne nešpecifikované porušenie zmluvnej povinnosti resp. na porušenie akejkoľvek zmluvnej povinnosti. Rovnako uplatnenie si zmluvnej pokuty pre odstúpenie od zmluvy v dôsledku vyhlásenia konkurzu na majetok zhotoviteľa nie je na mieste, nakoľko vyhlásenie konkurzu nie je porušením zmluvnej povinnosti zhotoviteľom ani nemusí byť závislé od vôle zhotoviteľa. Máme zato, že pre obe strany v záujme spolupráce a právnej istoty by bolo vhodné vypustiť bod 15.1.4 a 15.2 a bod 16.4 zmluvy o dielo.“
koniec cit.

Odpoveď:

Verejný obstarávateľ na uvedených zmluvných podmienkach trvá, nakoľko zmluvná pokuta vo výške 50 000,00 € uvedená v zmluve je stanovená pre obidve zmluvné strany. Zmluva je vyvážená a nestranná. V tomto prípade záujemca požaduje vypustiť len body, ktoré pojednávajú o jeho pokute (bod 15.1.4), resp. pokute pre obidve zmluvné strany (bod 15.2), pričom bod 15.3, ktorý pojednáva o pokute pre objednávateľa chce v návrhu zmluvy ponechať. Týmto by sa stala zmluva nevyváženou, nestrannou a výhodnou len pre zhotoviteľa.

Ďalej chceme poukázať na skutočnosť, že bod 15.2 návrhu zmluvy o dielo platí pre obe strany a nie je dôvod na jeho vyňatie.

Otázka č. 4:

cit:

„Čl. XVI Odstúpenie od zmluvy, bod

Bod 16.3 rieši odstúpenie od zmluvy podstatným spôsobom, pričom aj v tomto prípade, stanovuje lehotu na splnenie povinnosti (max. 30 dní), ak pri nepodstatnom porušení zmluvnej povinnosti. Nie je v tomto prípade – teda pre prípady podstatného porušenia vhodné, vypustiť podmienku dodatočnej lehoty. Napríklad v spojení s bodom 16.5, ktorý stanovuje dôvody pre podstatné porušenie zmluvy, napr. bod g) vyhlásenie konkurzu na majetok zhotoviteľa, to ani je možné v 30 dňovej lehote dodatočne napraviť, čiže je to nelogické. Z toho dôvodu navrhujeme vypustiť z čl. 16.3 stanovenie dodatočnej lehoty.

V bode 16.5 písm. e) medzi dôvody podstatného porušenia povinnosti zhotoviteľa: „neplnenie záväzkov vyplývajúcich z tejto Zmluvy ani po opakovanom písomnom upozornení zo strany objednávateľa“.

Máme za to, že odstúpenie od zmluvy je zásadným zásahom do zmluvného vzťahu spôsobujúceho jeho zánik a preto by sme mali dôvody porušenia povinnosti alebo záväzku jednoznačne konkretizované a v zásade by malo ísť o tak zásadnú skutočnosť, že oprávnená strana nemá záujem na plnení zmluvy resp. stráca očakávaný prospech zo zmluvy. Odstúpenie od zmluvy pre porušenie ktorejkoľvek povinnosti zo zmluvy podľa nášho názoru nenapĺňa tieto atribúty. Bod 16.5 zmluvy dostatočne pokrýva zásadné zmluvné povinnosti zhotoviteľa, porušením ktorých nemá objednávateľ záujem pokračovať v zmluve (omeškanie so zhotovením, nekvalita diela, nezloženie depozitu atď.). Vzhľadom na uvedené navrhujeme, aby verejný obstarávateľ vypustil písm. e) bodu 15.6 zmluvy.

Rovnako to platí obrátene pre dôvody na strane objednávateľa, navrhujeme vypustiť písmeno c) bodu 16.6 zmluvy o dielo.

Bod 16.4 je pre nás nejasný, máme tomu rozumieť tak, že zmluvná strana si môže uplatniť zmluvnú pokutu a náhradu škody, len ak dôjde k odstúpeniu od zmluvy pre nepodstatné porušenie zmluvnej povinnosti – teda pri podstatnom porušení nie?
koniec cit.

Odpoveď:

Napriek nejednoznačnosti a nejasnosti otázok predkladáme nasledovné vyjadrenie:

Verejný obstarávateľ na uvedených zmluvných podmienkach trvá.

V bode 16.3 je dodatočná lehota v prospech oboch zmluvných strán. Stanovuje sa primerane, takže v prípade, ak by bol na zhotoviteľa vyhlásený konkurz nebude druhá zmluvná strana uplatňovať jej max. možnú dĺžku, ale určí primeranú napr. 1 deň.

Máme zato, že Článok XV Zmluvné pokuty a Článok XVI Odstúpenie od zmluvy sú jednoznačné, nediskriminačné, nestranné a vyvážené. Jasne sú uvedené dôvody, pre ktoré sa uplatňuje inštitút odstúpenia od zmluvy a pre ktoré platia zmluvné pokuty. Taktiež sú jednoznačne zadané podstatné porušenia zmluvy zo strany objednávateľa a aj zo strany objednávateľa.

K bodu 16.5 písm. e) uvádzame:

Upozorňujeme, že záujemca na konci otázky uviedol nesprávnu odvolávku na bod zmluvy, uviedol neexistujúci bod, resp. písmeno bodu a to 15.6 písm. e) zmluvy.

Ak zhotoviteľ nekomunikuje a neplní si záväzky zo zmluvy ani na základe písomného upozornenia, je to dôvodom pre objednávateľa na odstúpenie od zmluvy v zmysle bodu 16.5 písm. e), nakoľko sa nejedná o spoluprácu v zmysle preambuly tejto zmluvy. V tomto bode (v písmene bodu) je uvedené, že objednávateľ písomne upozorní zhotoviteľa na neplnenie zmluvných záväzkov. Ak napriek písomnému upozorneniu dochádza zo strany zhotoviteľa k neplneniu zmluvných záväzkov, vtedy sa uvedené klasifikuje za podstatné porušenie zmluvy. Máme za to, že sa nejedná zo strany verejného obstarávateľa / objednávateľa o neprimeranú podmienku, nakoľko zhotoviteľ má možnosť po písomnom upozornení vykonať nápravu, čím predíde zmluvným pokutám.

Trváme aj na znení bodu 16.4, ktorý rieši aj náhradu škody pri nepodstatnom porušení zmluvných podmienok. Náhrada škody pri podstatnom porušení zmluvných podmienok je riešená v bode 15.3.

S úctou

.....
Ing. Peter Bendík
konateľ a splnom. osoba pre verejné obstarávanie