Příloha č.7

E-MAILEM

POHL cz, a.s.

k rukám Ing. Petra Pohla

Nádražní 25

252 63 Roztoky

V Praze dne 13. dubna 2015

Věc: Stanovisko – posouzení možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění na dokončení prací při realizaci veřejné zakázky „Úslavský kanalizační sběrač -- 2. Etapa, 1. fáze"

Vážení,

naše advokátní kancelář byla společností POHL cz, a.s., IČO 256 06 468, se sídlem Nádražní 25, 252 63 Roztoky (dále jen „**Zhotovitel**"), požádána o vypracování právního stanoviska k možnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění na dokončení prací při realizaci veřejné zakázky „Úslavský kanalizační sběrač – 2. Etapa, 1. fáze".

Toto stanovisko je vypracováno s péčí vyžadovanou zákonem č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, a vyjadřuje náš právní názor ke zkoumané problematice. Toto stanovisko však nemůže být považováno za právní názor zaručující, že osoby, úřady, soudy či rozhodčí soudy, které se v budoucnu mohou zabývat problematikou popsanou v tomto stanovisku, dojdou ke stejnému závěru, jako jsou závěry tohoto stanoviska. Pravomoc závazně rozhodnout případné spory týkající se otázek řešených v tomto stanovisku má v konečném důsledku pouze soud a případné soudní rozhodnutí nelze s jistotou dopředu předjímat; toto stanovisko tedy nelze chápat jako záruku za výsledek případného správního, soudního či jiného řízení, které by se mohlo týkat problematiky popsané v tomto stanovisku.

Při přípravě tohoto stanoviska jsme vycházeli ze zápisu z jednání mezi Zhotovitelem a Zadavatelem ze dne 2.4.2015 a dále z následujících předpokladů a podkladů, které jsme obdrželi od Zhotovitele:

(i) Zhotovitel na základě smlouvy o dílo, uzavřené mezi Zhotovitelem a Statutárním městem Plzeň, jednajícím prostřednictvím Odboru investic MMP (dále jen „**Zadavatel**"), provádí stavbu „Úslavský kanalizační sběrač – 2. Etapa, 1. Fáze" (dále jen „**veřejná zakázka**", „**stavba**" či „**dílo**").

(ii) Smlouva o dílo byla uzavřena dne 26.3.2014 na základě zadávacího řízení ve smyslu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**"). V zadávacím řízení bylo požadováno, aby byla stavba kanalizačního sběrače v délce cca 2,4 km realizována technologií mikrotuneláže.

(iii) V průběhu stavby Zhotovitel zjistil, že geologické podmínky neodpovídají zadávací dokumentaci, konkrétně projektové dokumentaci, která vycházela z geologického průzkumu zpracovaného společností SUDOP Pardubice s.r.o., a proto je pro realizaci stavby třeba použít jinou technologii.

(iv) Celková délka trasy kanalizačního sběrače, která byla předmětem veřejné zakázky, činila cca 2,4 km. V současné chvíli je technologií mikrotuneláže provedena část stavby v délce cca 900 m s přerušením v částech (v součtu cca 200 m), kde není možné mikrotuneláž z důvodu geologických podmínek vůbec realizovat, a to ani za zvýšených nákladů.

(v) Strany se shodly na tom, že vzhledem ke zjištěným geologickým podmínkám není možné technologii mikrotuneláže v plném rozsahu použít na dokončení zbývající trasy kanalizačního sběrače v délce cca 1300 m. V tomto úseku a rovněž v dosud nedokončeném úseku cca 200 m bude třeba pokračovat převážně prostřednictvím otevřeného výkopu.

(vi) Zadavatel požaduje, aby stavba byla dokončena a předána jako ucelená část díla (ideálně v délce 1100 m) a dále ukončena bez dokončení zbývající části. Současně však Zadavatel zvažuje další postup prostřednictvím zadání veřejné zakázky na tzv. vícepráce v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ pro dokončení přerušených částí trasy v délce cca 200 m a rovněž pro zbývající trasu v délce cca 1300 m.

Realizace víceprací prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění podle ZVZ

Z výše uvedeného je zřejmé, že v průběhu realizace veřejné zakázky z důvodu odlišnosti geologických podmínek v místě stavby vznikla potřeba dodatečných prací (víceprací), se kterými před započetím stavby Zadavatel ani Zhotovitel nepočítali a ani počítat nemohli.

ZVZ stanovuje, že na jakékoliv rozšíření předmětu veřejné zakázky je nutno pohlížet jako na novou veřejnou zakázku, jejíž zadání musí být provedeno zadávacím řízením dle ZVZ, a to bez ohledu na možnost v obchodních podmínkách navyšovat cenu kvůli vícepracím.

Zadání víceprací může být dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ uskutečněno v jednacím řízení bez uveřejnění, pokud jsou splněny následující podmínky:

1. dodatečné stavební práce nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,[1] a tyto dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací;
2. dodatečné stavební práce budou zadány témuž dodavateli,
3. dodatečné stavební práce nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
4. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 30 % ceny původní veřejné zakázky.

S ohledem na informace, které máme k dispozici, jsme přesvědčení, že podmínky pro zadání víceprací spočívajících ve změně technologie výkopu z mikrotuneláže na jinou technologii (otevřený výkop, apod.) uvedené v bodech 1. až 3. výše jsou splněny.

Pochybnosti týkající se předvídatelnosti víceprací jsou dle našeho názoru zcela vyvráceny novou textací ZVZ – původní objektivní nepředvídatelnost víceprací je nyní definována jako nepředvídatelnost vzhledem k náležité péči Zadavatele. Vzhledem k tomu, že Zadavatel vycházel z podkladů zpracovaných odborníky (ať už se jedná o provedený geologický průzkum či na něj navazující zpracování projektu stavby), neměl důvod pochybovat o jejich správnosti. Tato skutečnost sice nevylučuje odpovědnost Zadavatele za správnost podkladů vůči Zhotoviteli, nicméně má zásadní vliv na vyvrácení pochybností ohledně splnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) bod 1. ZVZ.

Pokud se jedná o finanční rozsah zakázky, kterou je možné v jednacím řízení bez uveřejnění zadat, činí tento rozsah maximálně 30% z ceny původní veřejné zakázky, tedy maximálně 25.770.442,- Kč bez

[1] Dne 6.3.2015 nabyla účinnosti novela ZVZ, která změnila podmínky pro zadávání víceprací a zvýšila procento víceprací, které je možné zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, na 30%. Dle sdělení Ministerstva pro místní rozvoj ČR se tato změna vztahuje na jednací řízení bez uveřejnění zahájená po datu účinnosti novely i v případech, že původní veřejná zakázka byla zadána ještě za starého znění ZVZ.

DPH za celou dobu plnění veřejné zakázky. Splnění této podmínky bude třeba ověřit s ohledem na předpokládaný rozsah požadovaných víceprací a jejich nacenění.

V této souvislosti je třeba připomenout, že již dlouhodobě existují problémy týkající se správného zadávání víceprací a méněprací u stavebních zakázek. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže vykládá tuto otázku tak, že *„dodatečné stavební práce ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona třeba považovat všechny stavební práce, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky s tím, že při stanovení předpokládané hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací"*[2].

Nelze tedy kalkulovat úhrnem méněpráce a vícepráce, neboť novou veřejnou zakázkou jsou pouze vícepráce, které nebyly Zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny. Nelze tak tvrdit, jak často zadavatelé činí, že pokud některé práce určitého druhu jsou nahrazeny dražšími pracemi téhož druhu (například výkopové práce prováděné různými technologiemi), pak je rozhodující pouze rozdíl v ceně těchto prací.

Otázka tzv. podstatné změny smlouvy

Ustanovení § 82 odst. 7 ZVZ stanoví, že Zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by

a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 ZVZ,

b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,

c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo

d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.

Jak vyplývá z výše uvedeného, podstatné změny smlouvy nejsou přípustné, s výjimkou rozšíření předmětu veřejné zakázky za dodržení podmínek stanovených v § 23 ZVZ.

Posouzení toho, zda se u změny technologie výkopu jedná o podstatnou změnu smlouvy, je otázkou technického charakteru, kterou nejsme schopni v plném rozsahu posoudit. S ohledem na informace, které máme k dispozici, se však domníváme, že změna technologie výkopu z mikrotuneláže na otevřený výkop ve více než 60% trasy stavby by měla být za takovou změnu považována.

Pokud by totiž byla součástí původních zadávacích podmínek veřejné zakázky možnost realizovat dílo více než z poloviny prostřednictvím přímého výkopu, je pravděpodobné, že by se zcela změnil okruh uchazečů schopných veřejnou zakázku pro Zadavatele za splnění ostatních podmínek provést (zejména otevřený výkop vyžaduje zcela jinou - méně specializovanou- technologii, klade zcela jiné požadavky na kvalifikaci pracovníků zhotovitele stavby, významně ovlivňuje cenu prací).

Je rovněž možné říci, že změna technologie provádění výkopu mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky na veřejnou zakázku. Tato změna technologie bude mít vliv nejen na náklady s prováděnými pracemi spojené, ale i na dobu provádění prací. Lze tedy uzavřít, že změna technologie by vedle okruhu uchazečů ovlivnila i výši nabídkových cen, neboť na tvorbu nabídkových cen uchazečů má zásadní vliv nejen požadovaná technologie, ale rovněž i požadovaná doba plnění a sankce za její nedodržení.

---

[2] Např. rozhodnutí ÚOHS č.j. S304/2011/VZ-17211/2011/520/Ema ze dne 1.2.2012, nebo ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010.

Shrnutí

Z výše uvedeného vyplývá, že podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ pro zadání víceprací spočívajících ve změně technologie výkopu by byly pravděpodobně splněny (s výhradou týkající se nutnosti ověřit cenu za tyto vícepráce).

Zadání víceprací spočívajících ve změně technologie výkopu pro více než polovinu stavby by však dle našeho názoru představovalo porušení ZVZ ve vztahu k zákazu tzv. podstatné změny smlouvy uvedenému v § 82 odst. 7 ZVZ.

Za současné situace bychom proto nedoporučovali pro vícepráce v celém předpokládaném rozsahu 200 m + 1300 m postupovat prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) ZVZ. Vzhledem ke konkrétní situaci považujeme za vhodnější dokončit pouze ucelený úsek stavby (1100 m), tedy zadat pouze vícepráce pro vybraný úsek nutný pro dokončení této části stavby. Plnění veřejné zakázky po dokončení této části by pak měl Zadavatel ukončit a na realizaci zbylého úseku vypsat nové zadávací řízení, které zohlední geologické podmínky v místě stavby.

***

Tento dokument je určen výhradně pro interní účely Zhotovitele a Zadavatele a bez souhlasu zpracovatele nemůže být poskytnut třetím osobám.

S pozdravem

JUDr. Kristýna Oberfalcerová, DEA, DESS, advokát