



Datum: 10. 8. 2016

Stěžovatel: Společnosti Porr a.s. se sídlem Dubečská 3238/36, Strašnice, 100 00 Praha 10, zapsána v obchodním rejstříku vedeným Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka 1006, zastoupená Mgr. Petrem Čechem, prokuristou a Ing. Janem Schermerem, prokuristou

Věc: **ROZHODNUTÍ O NÁMITKÁCH**

I. SHRNU TÍ NÁMITEK

1. V dopise ze dne 09. 08. 2016 označeným jako Námitky proti Zadávacím podmínkám (dále jen „**Námitky**“) se Mgr. Petr Čech jménem společnosti Porr, a.s. (dále jen „**Stěžovatel**“) domáhá toho, aby zadávací řízení týkající se veřejné zakázky „Výstavba tělocvičny u ZŠ č.p. 136 v Ostravě – Petřkovicích“, ev. č. zakázky P16V00000009 (dále jen „**Zadávací řízení**“ a „**Veřejná zakázka**“) byly upraveny zadávací podmínky zadávacího řízení.
2. Stěžovatel tvrdí, že Statutární město Ostrava, městský obvod Petřkovice (dále jen „**Zadavatel**“) porušil diskriminační vymezení požadavku Zadavatele na prokázání kvalifikace a diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky, které nemůže být plněno subdodavateli.
3. Stěžovateli Zadavateli vytýká následující:

I. Diskriminační vymezení požadavku Zadavatele na prokázání kvalifikace

4. Zadavatel požaduje v rámci technických kvalifikačních předpokladů v bodě 4.4.4 zadávací dokumentace doložit výčet profesí v zaměstnaneckém poměru, dle druhu profesí, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatele upozorňuje, že technický kvalifikační předpoklad – požadavek na výčet profesí v zaměstnaneckém poměru, dle druhu profesí, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, zadavatel požaduje nad rámec zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v aktuálním znění (dále jen „**Zákon**“ nebo „**ZVZ**“). Zákon upravuje požadavky na technické kvalifikační předpoklady v §56, ve kterém je uveden taxativní výčet požadavků a který nemůže být zadavatelem rozšířen.
5. Stěžovatel poukazuje na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 4. 12. 2015, čj. S0675/2015/VZ-42860/2015/513/EPi, podle kterého: „*Zákon obsahuje taxativní výčet možností, které zadavatel může k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat, zadavatel tedy není oprávněn požadovat více, než je uvedeno v zákoně a odlišným způsobem.*“



6. Podle stěžovatele Zákon obsahuje taxativní výčet možností, které zadavatel může k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat, zadavatel tedy není oprávněn požadovat více, než je uvedeno v Zákoně a odlišným způsobem.
7. Podle stěžovatele Zákon požadavek na výčet profesí v zaměstnaneckém poměru, dle druhu profesí, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, neumožňuje.

II. Diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky, které nemůže být plněno subdodavatelem

8. Stěžovatel dále zadavateli vytýká, že v bodě 4.4.7 zadávací dokumentace ve smyslu §46 odst. 6 ZVZ vylučuje možnost provedení stavebních prací prostřednictvím subdodavatelů u jednotlivých stavebních dílů: 1-Zemní práce, 18-Povrchové úpravy terénu, 21-Úprava podloží a základ. spáry, 27-Základy, 3-Svislé a kompletní konstrukce, 31-Rampa + venkovní schody, 38-Kompletní konstrukce, 4-vodorovné konstrukce, 46-Zpevněné plochy, 9-Ostatní konstrukce, bourání 95-Dokončovací konstrukce na pozemních stavbách, 96-Bourání konstrukcí, 99-Staveništní přesun hmot, 711-Izolace proti vodě, 713-Izolace tepelné, 784-Malby.
9. V této souvislosti stěžovatel upozornil zadavatele, že uvedené vymezení stavebních prací, které nemohou být prováděny prostřednictvím subdodavatele, je diskriminační ve smyslu §6 ZVZ, neboť se de facto jedná o veškeré hlavní stavební práce.
10. Podle stěžovatele kvalita plnění v tomto případě není nijak závislá na osobnostních a odborných předpokladech osob přímo se podílejících na plnění veřejné zakázky a není tedy ani zvláštního důvodu vůbec omezovat rozsah subdodávek. Omezení v uvedeném rozsahu racionálně odůvodněné a není patrné, jaká pohnuta zadavatele vedla k tomuto konkrétnímu procentu a jaký má praktický význam.
11. Podle stěžovatele se tento požadavek zadavatele bez dalšího vysvětlení, z jakého konkrétního důvodu je v zadávacích podmínkách obsažen, jeví jako samoučelný a pouze omezuje účast dalších dodavatelů, kteří by mohli podat výhodnější nabídku a řádně plnit veřejnou zakázku. Zákon sice nestanoví, v jakém rozsahu si uvedené může zadavatel vyhradit. Toto bude záviset na konkrétním věcném předmětu veřejné zakázky. Rozsah vyhrazení nesmí způsobit, aby předmět veřejné zakázky nemohl být realizován. Dle odborné a komentářové literatury (Jurčík. R., Zákon o veřejných zakázkách, 4. vydání, 2015, s. 446) stavebních zakázek se toto vyhrazení může pohybovat kolem 50%. Podle stěžovatele však podíl vyhrazených prací u současné Veřejné zakázky činí přibližně 80% z celkového předmětu zakázky.
12. Stěžovatel má proto za to, že tak dochází k neodůvodněné skryté diskriminaci uchazečů, neboť v případě, kdy objem prací, který lze zadat formou subdodávky, nebyl omezen, mohl být okruh možných dodavatelů podstatně širší, a to zejména s ohledem na charakter předmětu plnění veřejné zakázky, kterým jsou běžné stavební práce, přičemž na trhu působí řada podnikatelských subjektů, které se specializují pouze na konkrétní stavební činnost s tím, že tyto subjekty by pak být v roli subdodavatele. Podle stěžovatele proto nelze vyloučit, že pokud by nedošlo k omezení objemu



prací, které lze zadat formou subdodávky, zadavatel mohl obdržet větší počet nabídek, z nichž některá mohla být vyhodnocena jako nejvýhodnější.

13. Stěžovatel proto žádá zadavatele, aby upravil svůj požadavek na vymezení stavebních prací, které nemohou být plněny prostřednictvím subdodavatelů, a to tak, aby byl objem vyhrazených stavebních prací zmenšen, tj. aby bylo větší část předmětu veřejné zakázky možné plnit prostřednictvím subdodavatelů.
14. Zadavatel dále napadá návrh smlouvy o dílo, konkrétně její čl. XV. Bod 7 – Sankční ujednání, kde rozporuje, že případná změna subdodavatele je postihována sankcí 5.000.000,- Kč za každý jednotlivý případ.
15. Stěžovatel považuje smluvní pokutu za zcela nepřiměřenou a ve svém důsledku v rozporu se zásadou transparentnosti dle §6 odst. 1 ZVZ. Podle stěžovatele tento požadavek bezdůvodně omezuje hospodářskou soutěž a porušuje tak základní smysl právní úpravy zadávání veřejných zakázek, kterým je hospodárné nakládání s veřejnými prostředky.
16. Stěžovatel přitom odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 1Afs 45/2010, z něhož vyplývá, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je takový průběh zadávacího řízení, který se navenek jeví jako férový a řádný. Obdobný závěr podle stěžovatele vyplývá i ze stanoviska generální advokátky Stix-Hackl ve věci *Coname*, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, když k této otázce uvádí, že „...transparentnost podle směrnice obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení“ (bod 88). „...Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení“.
17. Zadávací podmínky Veřejné zakázky jsou proto podle stěžovatele i v této části v rozporu se Zákonem, přičemž nezákonnost vymezení zadávacích podmínek má v tomto případě zásadní vliv na účast potencionálních dodavatelů v zadávacím řízení a výběr nejvýhodnější nabídky.

II. POSOUZENÍ NÁMITEK

I. Diskriminační vymezení požadavku Zadavatele na prokázání kvalifikace

18. Zadavatel má za to, že požadavek na prokázání výčtu profesí v zadávací dokumentaci, kdy po uchazečích požaduje předložení „...výčtu profesí v zaměstnaneckém poměru, dle druhu profesí, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky...“, není v rozporu s ust. § 56 odst. 3 ZVZ.
19. Je to proto, protože ho lze podřadit pod ust. § 56 odst. 3 b) ZVZ, dle kterého může zadavatel požadovat: „...seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli...“ ve spojení s § 56 odst. 3 e) ZVZ, podle kterého může zadavatel požadovat: „...přehled průměrného ročního počtu



zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky...“

20. Zadavatel má nicméně zájem na tom, aby Zadávací řízení proběhlo zcela v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace obsaženými v ust. § 6 odst. 1 ZVZ i se zásadami hospodárnosti a zákonnosti a aby se minimalizovalo riziko, že Zadávací řízení bude v budoucnosti napadeno.
21. **Proto zadavatel z důvodu opatrnosti námítky vyhovuje a mění zadávací dokumentaci tak, že nadále nepožaduje po uchazečích „výčet profesí v zaměstnaneckém poměru, dle druhu profesí, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky“ a místo něj požaduje „přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky“ dle ust. § 56 odst. 3 e) ZVZ.**
22. **Z důvodu změny zadávací dokumentace prodlužuje dle ust. § 40 odst. 3) ZVZ lhůtu k podání nabídek o 5 dní do 9:00 dne 17. 8. 2016.**

II. Diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky, které nemůže být plněno subdodavatelem

23. Zadavatel při přípravě Zadávacího řízení důsledně vycházel z ustanovení Zákona o veřejných zakázkách, včetně jeho ust. § 44 odst. 6, podle kterého: *„Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.“*
24. K námitkám stěžovatele je třeba uvést, že zadavatel možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele rozhodně zcela nevyločil.
25. Při přípravě zadávací dokumentace bral zadavatel v potaz dokonce i názor Jurčíka, podle kterého: *„Zákon nestanoví, v jakém rozsahu si uvedené může zadavatel vyhradit. Toto bude záviset od konkrétního věcného předmětu veřejné zakázky. Rozsah vyhrazení nesmí způsobit, aby předmět veřejné zakázky nemohl být realizován. U stavebních zakázek se toto vyhrazení může pohybovat kolem 50 %...“¹* Zadavatel provedl již při přípravě zadávací dokumentace propočet podílu výkonů, u kterých je zákaz jejich provedení prostřednictvím subdodavatele a dospěl k číslu cca 44% z celkových nákladů stavby a cca 53% ze souboru stavební části. Odhad 80% prezentovaný stěžovatelem je nesprávný, proto neobstojí ani navazující argumentace.
26. Zadavatel se neztotožňuje ani s argumentací stěžovatele stran nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty. Jak bylo vysvětleno výše, zadavatel má právo u části plnění zakázat subdodávky, proto zadavateli nelze vyčítat, že porušení závazku dodavatele sankcionuje pokutou. Výši pokuty

¹ JURČÍK, Radek. Zákon o veřejných zakázkách. 4. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2015, s. 439. ISBN 978-80-7400-505-3.



zadavatel zvolil po důkladné úvaze tak, aby odradil uchazeče od strategie, kdy se v rámci Zadávacího řízení zaváží. Výši pokuty zadavatel zvolil po důkladné úvaze tak, aby měl zadavatel v případě porušení závazků ze strany dodavatele účinný způsob, jak takové jednání v rozporu se základním principem pacta sunt servanda postihnout, resp. kterým dodavatele od takového jednání v rozporu se smlouvou o dílo odradí.

27. **S ohledem na výše uvedené se zadavatel rozhodl, že námitkám vzneseným stěžovatelem proti nesprávnému postupu zadavatele ve věci diskriminační vymezení předmětu veřejné zakázky, které nemůže být plněno subdodavatelem, nevyhoví.**

Poučení: Stěžovatel má možnost podat ve lhůtě podle ust. § 114 odst. 4 ZVZ písemný návrh Úřadu na ochranu hospodářské soutěže na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli. Podle ust. § 114 odst. 4 ZVZ musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel Námitkám nevyhověl.

V Petřkovicích dne, 10.8.2016

Ivo MIKULICA - starosta