

Rozhodnutí o námitkách podle § 111 zákona

Název veřejné zakázky	Bourací práce KaSS
Druh veřejné zakázky	podlimitní zakázka zadávaná v otevřeném zadávacím řízení dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (zákon)

Identifikační údaje zadavatele

Název	Statutární město Chomutov
IČ	002 61 981
Adresa sídla	Zborovská 4602, 430 28 Chomutov
Osoba oprávněná za zadavatele jednat	Jan Mareš, primátor

Identifikační údaje osoby, zastupující zadavatele v řízení

Název	Ratifico s.r.o.
Sídlo	Nad Rokoskou 2361/2a, 182 00 Praha 8
Zastoupená	Mgr. Martinem Kučným, jednatelem
IČ	247 72 976
Kontaktní adresa	Na Zátorce 339/10, 160 00 Praha 6 - Bubeneč
E-mail	chlebik@ak-hlavickova.cz

Zadavatel tímto rozhodl o námitkách stěžovatele WORLD INVEST, v.o.s. - Chomutov.

Námitky proti vyloučení a dalším souvisejícím úkonům

Rozhodnutí

Námitky proti vyloučení stěžovatele a dalším souvisejícím úkonům zadavatele se zamítají.

Shrnutí

1. Stěžovatel tvrdí, že rozhodnutí veřejného zadavatele je nezákonné již ve vztahu k formě, kterou je vyloučení stěžovateli předkládáno, neboť zadavatel v rámci rozhodnutí dle ust. § 60 odst. 1 zákona kvalifikaci zásadně nehodnotí, nýbrž tuto toliko posuzuje.
2. V odůvodnění svého rozhodnutí zadavatel poukazuje na § 56 odst. 1 písm. a) zákona, dle kterého vymezil požadavek na doložení 3 uchazečem v posledních 5 letech realizovaných staveb obdobného charakteru.
3. Má za to, že posledně uvedené paragrafové znění zákona upravuje technické kvalifikační předpoklady, které charakterizují technickou způsobilost dodavatele v závislosti na tom, zda předmětem veřejné zakázky jsou dodávky zboží, služby či stavební práce. Uvádí, že v zákoně je taxativní výčet možností, podle nichž veřejný zadavatel zjišťuje splnění této části kvalifikace dodavatelem. Na základě výše uvedeného je toho názoru, že **veřejný zadavatel není oprávněn požadovat prokazování jiných technických kvalifikačních předpokladů nad rámec vymezený zákonem**. Nad rámec výše uvedeného, pak technický kvalifikační předpoklad dle ust. § 56 odst. 1 písm. a) zákona se dotýká veřejné zakázky na **dodávky**, nikoli na veřejné zakázky na stavební práce, tedy je aplikováno ustanovení zákona na věc vůbec nedopadající, když veřejný zadavatel ignoruje členění dle ust. § 7 zákona, přičemž takovým postupem zatěžuje své rozhodnutí vadou zmatečnosti a nepřezkoumatelnosti.
4. Na základě této skutečnosti **není veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání jiných technických kvalifikačních předpokladů nad rámec vymezený zákonem**, což však veřejný zadavatel činí a dokonce se k tomuto i otevřeně hlásí, čímž však porušuje zásady obsažené v ust. § 6 zákona (zásadu transparentnosti, zákazu diskriminace a rovného zacházení).
5. Pakliže měl veřejný zadavatel na mysli ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona, pak tento neumožňuje prokázání jiných technických kvalifikačních předpokladů nad rámec zákona. Stěžovatel je toho názoru, že toto kritérium se vztahuje jen ke vzdělanosti,

profesní způsobilosti, na pracovní síly a zařízení, které má dodavatel k dispozici, reference z minulých zakázek a záruky kvality. Má za to, že zákon v rámci taxativního výčtu kritérií neumožňuje to, co požadoval a požaduje veřejný zadavatel v rámci této veřejné zakázky, když požadoval doložení 3 staveb obdobného charakteru realizovaných stěžovatelem v posledních 5 letech (mělo se jednat o stavby v zastavěném obydleném území). K předmětnému požadavku, třeba uvést, že pojem „stavby v zastavěném obydleném území“ právní předpisy neznají (k uvedenému provedeno vyhledávání prostřednictvím ASPI verze 2014) a veřejný zadavatel tento nikterak blíže nevymezuje, čímž opět postupuje v rozporu se základními principy obsaženými v ust. § 6 zákona.

6. Ve svém rozhodnutí veřejný zadavatel argumentuje podpůrným dovozením porovnáním druhu využitelnosti pozemků dle katastru nemovitostí. Zadavatel uvádí, že uvedený požadavek na realizaci stavby v zastavěném obydleném území je motivován výběrem uchazeče, který má zkušenosti s bouracími pracemi na budovách nacházejících se přímo v obydlených oblastech, díky čemuž je schopen dostatečně zajistit **bezpečnost a kvalitu prováděných prací, když je tak detekováno v jednání veřejného zadavatele zastírací jednání, což je možné hodnotit jako netransparentní, diskriminační jednání, které zákon sankcionuje.**
7. Stěžovatel je názoru, že výše uvedené požadavky naplňuje kritérium dle ust. § 56 odst. 4 zákona, požadavek na předložení certifikátu jakosti ISO řady 9000 a výše a certifikátu bezpečnosti práce OHSAS řady 18000 a výše dle ust. § 56 odst. 5 zákona. Stěžovatel je držitelem obou z výše uvedených řad norem, což dokládá přílohou.
8. Zastává názor, že veřejný zadavatel diskriminuje potencionálních uchazeče, který provedli desítky bouracích prací staveb „obdobného charakteru“. Postup veřejného zadavatele dle jeho názoru zcela otevřeně signalizuje rozpor s normou práva trestního.
9. Stanovením daného technického kvalifikačního předpokladu diskriminačním způsobem došlo k omezení práva nejen stěžovatele, nýbrž i dalších potencionálních

dodavatelů účastnit se dané podlimitní veřejné zakázky, které v konečném důsledku podstatně ovlivní i výběr nejvhodnějšího uchazeče. Na podporu svého tvrzení stěžovatel poukazuje na rozhodnutí ÚOHS ze dne 18.12.2008, č.j. S295/2008/VZ-25477/2008/510/Od.

10. Závěrem své námitky stěžovatel konstatuje, že došlo ze strany veřejného zadavatele k porušení ust. § 6 zákona, neboť dle ustálené rozhodovací praxe ÚOHS, jehož i soudů je nutné řádně odůvodnit skutečnosti, které vedli k vyloučení stěžovatele a tím také umožnit stěžovateli se k takovým důvodům pregnantně vyjádřit v rámci námitek, případně v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele před ÚOHS. Má za to, že v rámci své nabídky řádně splnil všechny veřejným zadavatelem vytýkané, nedoložené technické kvalifikační předpoklady.

Odůvodnění

1. Společnosti WORLD INVEST v.o.s. bylo dne 30.10.2014 doručeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení ze zadávacího řízení. Společnost WORLD INVEST v.o.s., doručila dne 10.11.2014 zástupci zadavatele námitku proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení.
2. K bodu č. 1 shrnutí (odst. 1 námitky):
 - a) Stěžovatel správně poukazuje na to, že kvalifikace se nehodnotí, nýbrž posuzuje. Nemůže však být řeč o nezákonnosti. Není nijak dotčena transparentnost a přezkoumatelnost rozhodnutí, neboť v daném kontextu nemůže dojít k významové záměně. Tato záměna není způsobilá uchazeče jakkoliv poškodit, a ani nemůže mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Z hlediska sankcí stanovených zákonem o veřejných zakázkách a dalšími předpisy je tato skutečnost bez významu.
3. K bodu č. 2 a 3 shrnutí (odst. 2 a 3 námitky):
 - a) Stěžovatele poukazují na vyloučení z důvodu nesplnění kvalifikace podle § 56 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel poukazuje na pouhou nepřesnost v označení

příslušného paragrafu (šlo o administrativní chybu). Samozřejmě měl zadavatel na mysli § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Zadavatel stěžovatele nevyločil na základě ustanovení týkajícího se kvalifikace pro veřejné zakázky na dodávky, což je ostatně z textu Rozhodnutí o vyloučení naprosto zřejmé, když se odůvodnění vztahuje čistě ke stavebním pracím. Opět zde není představitelné jakékoliv poškození uchazeče ani vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

4. K bodu č. 4 shrnutí (odst. 4 námitky):

- a) Zadavatel souhlasí s argumentací stěžovatele, že zadavatel nesmí stanovovat kvalifikaci nad rámec zákona. Z citovaného odstavce pak ale vůbec není zřejmé, čím toto pravidlo zadavatel podle názoru stěžovatele porušil. Bez konkrétního vylíčení toho, jakým způsobem zadavatel stanovil kvalifikační požadavky „nad rámec vymezený zákonem“ a jakým způsobem se k tomu „i otevřeně hlásí“, není možné o této námitce nijak rozhodnout.

5. K bodu č. 5 shrnutí (odst. 5 námitky) zadavatel zastává názor:

- a) Stran zmíněného taxativního výčtu kritérií jde o naprosto bezpředmětnou námitku. Zákon opravdu v § 56 odst. 3 písmenech a) až f) taxativně stanovuje, jakých skutečností se může požadovaná kvalifikace týkat. Jakými doklady a v jakém minimálním rozsahu musí uchazeč prokázat kvalifikaci je však na uvážení zadavatele a zákon mu zde neukládá žádný výčet možných řešení.
- b) Ohledně pojmu „zastavěné obydlené území“ lze říci, že skutečně nemá v našem právním řádu legální definici. To ovšem nemůže být na závadu, zadavatel nemusí operovat pouze se zákonem definovanými pojmy. Zadavatel také pojem zastavěné obydlené území blíže nespecifikoval. V takovém případě je nutné tyto pojmy vyložit tak, jak jich je v běžné řeči užíváno. Zadavatel měl v úmyslu posoudit tento pojem v co možná nejširší myslitelné míře. Koneckonců i kvůli tomu Uchazeče 2x vyzýval k tomu, aby tuto skutečnost prokázal. Přes veškerou snahu, kterou k tomu Zadavatel vynaložil, ani s nejvíce benevolentním přístupem nelze uchazečovi referenční stavby, u kterých lze ze všech přiložených dokumentů (fotografií, výpisu z katastru nemovitostí), že by splňovaly náležitosti požadované v Zadávací dokumentaci, poněvadž všechny jím doložené stavby jsou minimálně

250 metrů od nejbližší lidmi obývané budovy určené k bydlení. Uchazeč by si měl uvědomit, že předmětem veřejné zakázky je bourání části obchodního centra! A tak za stavbu obdobného charakteru opravdu nelze uznat bourání osamělé budovy někde v polích. I judikatura rozděluje neurčité (právní) pojmy podle stupně jejich neurčitosti na ty, se kterými mají soud a správní orgány nemalé problémy, například pojem „veřejný zájem“ a na ty, jejichž obsah je zřejmý již z jejich jazykového vyjádření (7 As 13/2007). Zastavěné území bude pak území, na němž převažují stavby, obydlené území bude území, na němž navíc ještě trvale lidé žijí.

- c) Na tomto místě ještě uvádím v poznámce pod čarou odkaz na mapové podklady, z nichž je zřejmé, že se uchazečem poskytnuté stavby nenacházejí na zastavěném obydleném území

- Demolice montážní dvůr Anna Bílina¹

Jde o průmyslový areál, nelze mluvit o obydlenosti.

- Demolice objektů Braňany²

Opět jde z mapy jasně vidět, že jde o průmyslový areál. Nemůže zde být řeč o obydlenosti. Bourání stavby v průmyslovém areálu není to samé jako bourání stavby uprostřed města.

- d) Likvidace staveb a zbytkových konstrukcí v areálu Doly Bílina³

Zde z mapy přímo vyplývá, že práce nebyly prováděny dokonce ani v převážně zastavěném území.

6. K bodu č. 6 shrnutí (odst. 6 námitky):

1 <https://www.google.cz/maps/@50.5825146,13.7709562,487m/data=!3m1!1e3>

2 <https://www.google.cz/maps/place/Bra%C5%88any/@50.5435967,13.7091543,250m/data=!3m1!1e3!4m2!3m1!1s0x47098a75d0a8b60d:0x400af0f6614c7b0>

3 <https://www.google.cz/maps/place/B%C3%ADlina/@50.5635792,13.7842742,506m/data=!3m1!1e3!4m2!3m1!1s0x470989ecd7d7c46f:0x66e98cf4185b0d60>

a) Zadavatele uvádí, že přezkoumal co možná nejpečlivěji podklady doložené stěžovatelem, a to včetně porovnání druhu a využitelnosti pozemku v katastru nemovitostí. Primárním kritériem při posuzování řešeného kvalifikačního předpokladu je samozřejmě to, zda se stavba nachází v zastavěném obydleném území. Toto lze krom šetření na místě doložit také fotografiemi, satelitními snímky, mapovými podklady apod. Zjištění druhu a využitelnosti pozemků podle katastru nemovitostí bylo pak jen podpůrným šetřením, které komise provedla poté, co z fotografií a satelitních snímků pojala podezření, že předložené stavby byly realizované v území jen částečně zastavěném a velmi pravděpodobně neobydleném. Údaje z katastru nemovitostí tato podezření nevyvrátila. Nelze tedy hovořit v žádném případě o účelovosti. Naopak z průběhu zakázky je možné odvodit, že komise provedla všechna opatření, která by mohla odůvodnit přijetí posuzované kvalifikace (výzva k vysvětlení, šetření v katastru nemovitostí). K tomuto viz argumentace dle předchozí odstavce. Znovu je potřeba zmínit, že kladné posouzení kvalifikace, a tedy použití extenzivního výkladu pojmu „zastavěné obydlené území“ by diskriminovalo ostatní uchazeče, kteří naplnili jeho podstatu v jeho doslovném výkladu. Teoreticky by tímto nepředvídaným extenzivním výkladem byli diskriminováni také uchazeči, kteří by sice při jeho extenzivním výkladu byli schopni kvalifikaci splnit, ale po přečtení zadávací dokumentace vycházeli z výkladu doslovného a rozhodli se z toho důvodu soutěže neúčastnit.

7. K bodu č. 7 shrnutí (odst. 7 a 8 námitky):

- a) Zadavatel je toho názoru, že se stěžovatel vyjadřuje v těchto odstavcích vyjadřuje dosti nepřesně a je těžké posoudit, co vlastně chce říci. Citace: „*Výše uvedené požadavky však naplňuje kritérium dle ust. §56 odst. 4 zákona, požadavek na předložení certifikátu jakosti ISO řady 9000 a výše a certifikátů bezpečnosti práce OHSAS 18000 a výše dle ust. § 56 odst. 5 zákona.*“
- b) Citát je možné pochopit tak, že stěžovatel tvrdí, že požadavky stanovené na kvalifikaci jsou automaticky splněny předložením výše uvedených certifikátů. Kopie těchto certifikátů stěžovatel doložil spolu s námitkami. Uvedené je zmatečné navíc také z toho důvodu, že ustanovení zákona, na něž se stěžovatel

odkazuje se netýkají prokazování kvalifikace pomocí certifikátů. Pro snadnější posouzení předkládám výňatek ze znění Zákona.

§ 56 odst. 4 zákona zní:

Veřejný zadavatel je oprávněn požadovat prokázání splnění jednoho či více technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 3. Spočívá-li veřejná zakázka v plnění odpovídajícím více druhům veřejných zakázek podle § 8 až 10, je veřejný zadavatel oprávněn požadovat prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedených v odstavcích 1 až 3 v přiměřeném rozsahu pro každý druh zvlášť.

§ 56 odst. 5 zákona zní:

Ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům je veřejný zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení

- a) stanovit rozsah požadovaných informací a dokladů,*
- b) uvést způsob prokázání splnění těchto kvalifikačních předpokladů a*
- c) vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.*

U kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) nesmí požadovaný rozsah stavebních prací u jednotlivé položky v seznamu stavebních prací provedených dodavatelem překračovat 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

- c) Stěžovatelem používané odkazy na ustanovení Zákona se v tomto kontextu vůbec netýkají obsahu těchto ustanovení. Je možné, že stěžovatel vychází z již neaktuálního znění zákona č. 137/2006 Sb., a to zřejmě ve znění novely č. 55/2012 Sb., kde bylo znění § 56 odst. 5 následující:

- „Je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení

certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.“

d) Zadavatel je samozřejmě povinen postupovat podle aktuálně účinného znění zákona, případně pak podle zákona účinného v době zahájení zadávacího řízení. Tím je pak zákon č. 137/2006 Sb. Ve znění zákona č. 341/2013 Sb. Tato norma zadavateli neumožňuje certifikáty požadovat. Teoreticky mu na druhou stranu nezakazuje tyto certifikáty přijmout. To je vyjádřeno v § 56 odst. 6, který zní:

- *„Pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických předpokladů způsoby stanovenými podle odstavce 5, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.“*

e) Doklady podle odstavce 5 se rozumí doklady, které veřejný zadavatel požaduje k prokázání kvalifikace v zadávací dokumentaci. Tyto doklady jsou uvedeny v bodu 16.2 Zadávací dokumentace: *„Uchazeč předloží seznam stavebních prací provedených v posledních 5 letech a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z nich. Tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací, a musí též obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně. Z těchto osvědčení popř. Seznamu musí vyplývat, že uchazeč v posledních 5 letech realizoval min. 3 zakázky obdobného charakteru, tím se má na mysli zejména provádění bouracích prací v zastavěném obydlém území. Zakázkami obdobného charakteru jsou ty, jejichž předmětem byla demoliční práce o hodnotě min. 5 mil. Kč bez DPH za každou.“*

f) Zadavatel tedy může pouze z objektivních důvodů odmítnout takové doklady, které prokazují splnění kvalifikace v minimálně stanovené výši, avšak jde o doklady jiné, než v ZD předvídané. V ZD se počítá s předložením osvědčení objednatelů, ze kterých budou jasně vyplývat určitá minimální kritéria. Z jiného dokladu než osvědčení objednatelů, by muselo také vyplývat splnění v ZD minimálně stanovených kritérií. Předložené certifikáty, nehledě na to, že nebyly

doloženy již v nabídce, a ani po výzvě k doplnění kvalifikace, není možné přijmout. Je nesporné, že tyto certifikáty ukazují na vysoký stupeň kvality uchazeče, nicméně z nich nevyplývá splnění minimálních požadavků stanovených veřejným zadavatelem v ZD. Pokud by se zadavatel přeci jen spokojil s těmito certifikáty, velmi pravděpodobně by opět porušil § 6, když by nezacházel rovným způsobem se všemi účastníky zadávacího řízení. Zadavatel má tak objektivní důvod odmítnout tyto dokumenty, který spočívá v nutnosti dodržovat ustanovení zákona č. 137/2006 Sb.

8. K bodům 9 a 10 shrnutí (odst. 10 a 11 námitky):

- a) Na podporu svého tvrzení uvádí stěžovatel rozhodnutí ÚOHS č.j. S295/2008/VZ-25477/2008/510/Od. V tomto rozhodnutí Úřad shledal pochybení zadavatele na základě nepřiměřeného stanovení kvalifikačních předpokladů, avšak skutkové okolnosti byly diametrálně odlišné a toto rozhodnutí není možné v daném případě aplikovat. Chybným zde byl Úřadem označen požadavek zadavatele na předložení osvědčení o poskytnutí dodávek provedených pouze odběratelům v České republice. Správně zde Úřad vyšel z toho, že dostatečně kvalifikovaný je i ten, kdo má zkušenosti s obdobnými dodávkami v jiných zemích, neboť v České republice zcela jistě nejsou natolik specifické podmínky. V daném případě (v tomto výběrovém řízení) se však řeší požadavek na provádění staveb v zastavěném obydleném území, která bezprostředně souvisí s předmětem veřejné zakázky a je odůvodněný.
- b) V předposledním odstavci stěžovatel uvádí, že zadavatel neuvedl žádné objektivní důvody v rozhodnutí o vyloučení, čímž mělo dojít k porušení § 6 zákona. K tomuto nelze než odkázat na zmíněné rozhodnutí o vyloučení a v něm uvedené dvoustránkové odůvodnění, které je možné svým rozsahem považovat za minimálně přiměřené, spíše však nadstandardní.

9. Zadavatel považuje návrhy stěžovatele za neodůvodněné. Zadavatel je toho názoru, že dodržel při posouzení kvalifikace rovné zacházení vůči všem uchazečům, což znamená, že stejným metrem posuzoval pojem „zastavěné a obydlené území“ a své

kroky v zadávacím řízení transparentním způsobem odůvodnil. Není možné, že by se dopustil porušení zákona o veřejných zakázkách jak uvádí stěžovatel.

10. Ostatní námitky, které stěžovatel vznáší se týkají drobných formálních nepřesností, které nemohly mít za následek zkrácení práv stěžovatele. Zadavatel by teoreticky mohl vydat opravné rozhodnutí, není k tomu ale podle jeho názoru povinen, protože za prvé je z uvedených dokumentů jasné, čeho se týkají a za druhé jsou všechna rozhodnutí zadavatele řádně odůvodněná. V důsledku obou důvodů jsou tato rozhodnutí zadavatele ve smyslu § 6 transparentní a přezkoumatelná. Porušení jakékoliv jiné povinnosti stanovené Zákonem jinde než v § 6 pak nepřipadá v úvahu.

11. Vzhledem k výše uvedenému má zadavatel za to, že námitky stěžovatele jsou nedůvodné.

Poučení:

Stěžovatel má možnost podat ve lhůtě podle § 114 odst. 4 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. V takovém případě má navrhovatel povinnost doručit stejnopis návrhu zadavateli.

Chomutov, dne 20.11.2014

Jan Mareš, primátor

