

Ředitelství silnic a dálnic ČR

Ing. Jan Kroupa, ředitel
Čerčanská 2023/12, 140 00 Praha 4-Krč
e: jan.kroupa@rsd.cz

Praha, 14. prosince 2015

ARI: KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY ZAKÁZEK NA STAVEBNÍ ČINNOST

Vážený pane řediteli,

Dovoluji si jménem Asociace pro rozvoj infrastruktury (ARI) navázat na společné jednání konané dne 9. listopadu 2015 mezi expertní skupinou ARI a zástupci ŘSD na téma *Kvalifikační předpoklady veřejných zakázek pro stavební činnost* užívaných v silničním stavitelství a zaslat Vám shrnutí našich doporučení, která byla diskutována na společné schůzce a která doufáme, že uvedením do praxe mohou významně přispět k efektivní investiční politice státu v této oblasti.

Cílem ARI je sektorové zavedení parametrů zadávacích a smluvních podmínek na základě mezinárodní dobré praxe tak, aby sektor dopravního stavitelství využíval kvalitativní potenciál dodavatelů a prostřednictvím jasných pravidel a transparentních podmínek umožnil rovnou a transparentní soutěž. Hlavním cílem nastavení zadávacích podmínek by mělo být získání kvalitního a spolehlivého dodavatele výběrem z porovnatelných nabídek.

Následující doporučení týkající se *technických kvalifikačních předpokladů* formulujeme i ve vazbě na připravovaný nový zákon o zadávání veřejných zakázek, jehož návrh byl předložen Poslanecké sněmovně jako sněmovní tisk 637/0 („návrh ZZVZ“) a který má nahradit stávající zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění („ZVZ“).

1. Seznam stavebních prací

Možnost zadavatele požadovat seznam stavebních prací je primárním prostředkem k zjištění kvalifikace dodavatele a potvrzení předpokladu o jeho způsobilosti a schopnosti plnit veřejnou zakázku.¹ V souvislosti s tím doporučujeme:

- Klást důraz na prokázání „reálné“ kvalifikace a faktického podílu prokazujícího subjektu na plnění podle toho, o kterou část kvalifikace se jedná.

¹ Zároveň si dovoluujeme odkázat na nedávné rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. **31 Af 166/2013-50** ze dne 22. 8. 2015, které potvrzuje oprávněnost přísnějších kvalifikačních požadavků (referenci) u velkých veřejných zakázek: „... v případech, kdy se jedná o zakázky velkého objemu, bude počet soutěžitelů, kteří mají s obdobnými zakázkami zkušenost a jsou schopni takové zakázky administrovat, limitně nižší. Samotný charakter zakázky proto může představovat určité „síto“, v jehož důsledku bude omezen i počet samotných soutěžitelů, kteří se mohou o takovou zakázku ucházet, a zároveň **objem zakázky odůvodňuje i zvýšené nároky zadavatele**. Proto z těchto výše uvedených nároků nelze v obecné rovině dovozovat diskriminaci.“

- Za tím účelem je třeba vyžadovat bližší popis způsobu, jakým dodavatel plnil referenční zakázku, zejména zda byla referenční zakázka plněna ve sdružení či subdodavatelsky, a pokud ano, jak konkrétně.
- Pokud se prokazování kvalifikace má týkat činností, u kterých zadavatel vylučuje možnost plnit je subdodavatelsky (k omezení subdodavatelství viz níže), není ani kvalifikaci v této části možné prokazovat subdodavatelsky. Způsob prokazování kvalifikace k té které části předmětu veřejné zakázky a způsob jejího plnění, včetně konkrétního znění subdodavatelské smlouvy, musí být ve vzájemném souladu. Zadavatel tento soulad musí ověřit již v rámci posuzování kvalifikace.²
- Co se týká referenčních zakázek plněných „ve sdružení“³, měl by zadavatel v zadávacích podmínkách vymezit způsob prokazování referenčními zakázkami dodavatelem tak, aby tento prokazoval referenci tak, jak ji ve sdružení *skutečně* plnil. Dovolujeme si upozornit, že v rozporu s tímto principem současný návrh ZZVZ v §79 odst. 4 předpokládá, že „*Nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace ... použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl společně s jinými dodavateli, a to v plném rozsahu zakázky*“. Toto ustanovení současného návrhu ZZVZ je jednak nestandardní, jednak u rozsáhlých stavebních zakázek vysoce rizikové; představuje i zásadní posun oproti dosavadní rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („**Úřad**“), která vychází z logického principu, že člen sdružení využívá při prokazování kvalifikace „pouze“ tu část plnění, kterou tento člen zajišťoval.⁴ Návrh ZZVZ však chápe podíl člena společnosti ve sdružení *a priori* jako neoddělitelnou a zastupitelnou část celkového plnění⁵, *ledaže zadavatel určí jinak*. A právě u zakázek, které dodavatelé realizovali ve sdružení, kde byly práce rozděleny mezi jednotlivé jeho členy, je třeba předcházet tomu, že by technickou kvalifikaci v celém rozsahu prokázal člen, který v původním sdružení plnil takovou část zakázky, která je pro prokázání dané kvalifikace věcně nepodstatná či nerelevantní. Proto, pokud nedojde ke změně v textu navrhovaného § 79 odst. 4 ZZVZ, měl by zadavatel způsob využívání referenčních zakázek plněných ve sdružení v zadávacích podmínkách upravit, a to ve smyslu výše uvedených principů.
- Doporučujeme vyžadovat uvedení (funkčního) kontaktu na odpovědného zástupce objednatele, který může podat bližší informace o způsobu plnění referenční zakázky, a tento kontakt pro účely ověření též využívat; jsme si vědomi, že ověření může být komplikované zejména u zahraničních referencí, nicméně jsme přesvědčeni, že u zahraničních referencí je

² Viz rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013 a Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 204/2014, které již Úřad pravidelně cituje ve svých rozhodnutích, nedávno např. R377/2014 z 16. 11. 2015.

³ Používáme pro zjednodušení zažitý pojem vycházející ze smlouvy o sdružení dle již zrušeného občanského zákoníku č. 40/1964 Sb. (§ 829 a násl.) s tím, že pod tímto pojmem chápeme i formy spolupráce podle nového občanského zákoníku č. 89/2012 Sb. („**obč. zák.**“), zejm. formu „společnosti“ bez právní subjektivity (§ 2716 a násl. obč. zák.).

⁴ Viz např. rozhodnutí Úřadu č. j.: ÚOHS-S535/2011/VZ-20858/2012/514/IMA ze dne 5.11.2012 (potvrzeno rozkladem Č. j.: ÚOHS-R342/2012/VZ-6278/2013/310/RBu).

⁵ Princip uvedený v navrhovaném § 79 ZZVZ by mohl platit v případech, kdy dodavatelé realizovali zakázku v plně integrovaném sdružení, kde nebyly mezi jednotlivé dodavatele rozděleny objekty ani jiné práce, ale stavba byla realizována společným týmem a úsilím všech dodavatelů.

ověření existence referenčních zakázek a způsobu jejich plnění o to podstatnější, že o nich obecně nebývá v prostředí českého stavebního trhu povědomí.

- Doporučujeme pečlivě zvážit, které části plnění veřejné zakázky by měl plnit přímo zhotovitel vlastními kapacitami popř. kapacitami dostupnými v rámci holdingu (koncernu)⁶, a tedy které mají být vyloučeny z možnosti plnit je *subdodavatelsky*. Mělo by se jednat o takové činnosti, které vyžadují specifické znalosti a zkušenosti a které jsou zároveň pro kvalitu realizace veřejné zakázky stěžejní. Zpravidla půjde o nejdůležitější, technologicky, technicky a finančně náročné části veřejné zakázky. Obecně doporučujeme požadovat plnění vlastními kapacitami zejména u následujících činností:
 - pokládku CB krytu, resp. pokládku živičných vrstev, resp. železobetonových konstrukcí;
 - stavby stavebních konstrukcí jako jsou mosty (betonové, ocelové, spřažené mosty), tunely, opěrné zdi, zemní vyztužené konstrukce.
- Co se týče stáří referenčních zakázek, nedoporučujeme v žádném případě zkracování 5 leté lhůty, které by jako možnost mohlo vyplývat ze současného znění návrhu ZZVZ⁷. Naopak u plnění, která jsou jedinečná a která bývají v rámci trhu prováděna sporadicky, doporučujeme v každém případě zvážit *prodloužení* lhůty.

2. Přehled technických zařízení

Doporučujeme využívat možnosti danou ZVZ i ZZVZ (tak jak vyplývá i z evropských zadávacích směrnic) a požadovat po dodavatelích, aby předložili přehled technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. V rámci této části kvalifikace by měl dodavatel prokázat, že disponuje nebo bude jednoznačně disponovat technickým zařízením, které je zásadní pro plnění tohoto druhu stavebních prací a je považováno za standardní a nezbytné. Jednat by se mělo o minimální množství specializovaných strojů, a to dle následující typové specifikace a parametrů.

- U dálnic s pokládkou **cementobetonového krytu** např.:
 - finišer pro pokládku betonu s min. šířkou pokládky 10,5m (1ks),
 - mobilní nebo stacionární betonárka s výkonem 150m³/hod.

⁶ Soudní dvůr Evropské unie dle ustálené judikatury (viz zejm. C-389/92 Ballast Nedam Groep NOV proti Belgii, C-5/97 Ballas Nedam Groep NV proti Belgii či C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune Cagliari) nepovažuje kvalifikaci využívanou v rámci koncernu za prokazování „subdodavatelem“; z rozhodnutí Úřadu např. S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk a R75/2013/VZ-10241/2013/310/JRa. Obecně tak platí, že ve vztahu dcera – matka může dcera poskytovat plnění matce bez dalšího (v důsledku „ovládání“), ve vztahu dcera - dcera či matka – dcera se pak právo k využití zdrojů prokazuje smluvním závazkem, např. na základě koncernové smlouvy.

⁷ Návrh ZZVZ uvádí „nejdéle 5 let“; podle názoru ARI se však jedná o chybné pochopení textu Přílohy XII evropské zadávací směrnice a věříme, že text návrhu ZZVZ bude ještě upraven.

- U staveb s pokládkou **živičných vrstev** např.:
- finišer pro pokládku asfaltových vrstev (1ks),
 - distributor živice 7t (1ks),
 - válec ocel. oscilační (1ks),
 - válec vibrační 7t (2ks).

Dispoziční právo by měl dodavatel prokázat listem vlastnictví, kupní smlouvou, leasingovou smlouvou nebo jiným obdobným srovnatelným způsobem. Spolu s prokázáním dispozice technickým zařízením by měl dodavatel prokázat i zajištění odborných pracovníků pro práci s tímto technickým zařízením např. doložením zaměstnaneckého nebo obdobného poměru⁸, osvědčení pro práci s daným technickým zařízením atd.

3. Seznam techniků

Kromě pozic stavbyvedoucích a dalších vedoucích členů projektového týmu doporučujeme, aby zadavatel vyžadoval i prokázání členů týmů pro specifické odborné pozice, a to obsluhu specializovaných strojů. Tito členové by se měli prokázat strojním průkazem opravňujícím k obsluze specifických strojů (válec, finišer atd.), praxí min. 3 roky, popř. též zkušenostmi z obdobných projektů (uvedením konkrétní zakázky a rozsahu vlastní činnosti).

Prokázání kvalifikace prostřednictvím určitých členů odborného týmu se musí následně promítat do plnění předmětné veřejné zakázky. Tito členové odborného týmu tak musí být uvedeni přímo ve smlouvě a jejich přímé osobní zapojení při realizaci veřejné zakázky by mělo být zadavatelem v průběhu plnění i kontrolováno. Smluvní podmínky musí být nastaveny tak, aby případné změny v osobách odborníků:

- podléhaly notifikační povinnosti,
- byly možné pouze za podmínky, že náhradní odborný člen bude splňovat kvalifikaci stanovenou v zadávacích podmínkách a
- aby případné porušení některé z těchto podmínek podléhalo sankci ze strany zadavatele (zejm. formou smluvní pokuty).

4. Další doporučení k zajištění výběru kvalitního a spolehlivého zhotovitele

Kromě výše uvedených doporučení týkajících se nastavení technických kvalifikačních kritérií si dovoluujeme doporučit využití následujících procesních prostředků a nastavení zadávacích podmínek:

⁸ Doplňujeme, že pokud by nešlo o zaměstnanecký poměr (dokládáný pracovní smlouvou, dohodou o provedení práce či dohodou o pracovní činnosti), pak zásadně půjde o smlouvu podle obč.zák., která svým charakterem bude představovat subdodavatelský závazek. Viz. např. rozsudek Krajského soudu v Brně 30 sp. zn. Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015 (str. 9, 1. první odstavec) potvrzený rozhodnutím Nejvyššího správního soudu sp. zn. 10 As 55/2015-46 ze dne 20. 8. 2015 (bod 31 na str.8).

➤ **Předběžné tržní konzultace**

Podle evropských zadávacích směrnic a návrhu ZZVZ (§ 33) je již výslovně upravena možnost zadavatele vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích. Podmínkou tohoto postupu je, že zadavatel tím nenaruší hospodářskou soutěž a zajistí transparentnost tržní konzultace.

Tržní konzultace patří mezi základní prostředek prodiskutování a tedy i ověření „přiměřenosti“ kvalifikačních kritérií i dalších zadávacích podmínek, a představuje pro zadavatele též velmi praktický nástroj pro zajištění odůvodnění jeho postupu do budoucna. V každém případě doporučujeme zadavateli provést tržní konzultace k jednotlivým prvkům zadávacích podmínek, které zadavatel hodná obecně používat, jakož i k nastavení zadávacích podmínek pro určitou veřejnou zakázku v konkrétních obrysech.

Zároveň můžeme nabídnout provedení tržních konzultací v rámci či pod patronací ARI coby odborného uskupení významných subjektů účastnících se v široké míře výstavby infrastrukturních projektů. Jsme schopni nabídnout jak širokou účast zástupců dodavatelů (nejen z řad členů ARI) a odbornou úroveň diskuse, tak zajištění transparentního průběhu a formálního shrnutí do výstupu, který může být využit jako podklad pro dokumentaci k veřejné zakázce. Možnosti tržní konzultace a naši spolupráce jsme samozřejmě připraveni blíže diskutovat.

➤ **Dvoukolové řízení**

Jako vhodný procesní prostředek doporučujeme druhy zadávacích řízení, ve kterých probíhá nejprve kvalifikační fáze, a až následně je okruh kvalifikovaných dodavatelů vyzván k předkládání nabídek. Tento postup je v případě komplexnějších stavebních zakázek standardním i v zahraničí. Výhodou je zejména úspora času a prostředků na straně dodavatelů (a předpokládáme, že i zadavatele), kdy nabídku chystá dodavatel tehdy, pokud je zřejmé, že se řádně kvalifikoval a jeho nabídka nebude vyřazena pro nedostatky v kvalifikaci. Zpravidla takový postup z pohledu zadavatele též vede k větší kvalitě zpracovávaných nabídek a získání skutečně porovnatelných nabídek. S kvalitou zpracovaných nabídek se též snižuje riziko mimořádně nízké nabídkové ceny. Časové oddělení kvalifikační a nabídkové fáze zpravidla poskytuje též zadavateli potřebný čas na případné doplnění či vyjasnění podkladů, na základě kterých mají být nabídky předloženy, či řešení námitek dodavatelů v případě jejich vyloučení z důvodu nedostatků v kvalifikaci.⁹

Typickým dvoukolovým řízením je užší řízení. Domníváme se, že v případě komplexních stavebních projektů zahrnujících např. zvláštní rizika, prostor pro inovativní přístupy, různé způsoby zajištění výluk apod., mohou být též naplněny podmínky pro využití jednacího řízení s uveřejněním.

⁹ U dvoukolových řízení by zároveň již kvalifikační dokumentace měla obsahovat základní vymezení díla po objektech, aby bylo možné aplikovat výše uvedené principy ohledně provázání kvalifikace s budoucím plněním, zejm. způsobu prokazování referencí.

Pokud by zadavatel přes výše uvedené výhody dvoukolových řízení zvažoval formu otevřeného řízení, doporučujeme pečlivě zvážit využití dvouobáلكové metody, která je běžně využívána v zahraničí a kterou upravuje i návrh ZZVZ (§ 110 odst. 3). Pro funkčnost této metody bude zásadní schválení metodiky ze strany MMR, na jejíž přípravě má zájem se podílet i ARI.

➤ **Zadávací dokumentace**

Tam, kde je to vhodné, doporučujeme zvážit zadání vybraných projektů na stavební práce zhotoviteli spolu s projektovou nebo inženýrskou činností. Riziko projektování, tak bude přeneseno na zhotovitele. Předmět takové veřejné zakázky by byl vymezen nikoliv formou závazného soupisu prací s výkazem výměr (§ 44 odst. 4 ZVZ), ale požadavky na funkci a výkon (§ 44 odst. 5 ZVZ) a byl by naceňován paušální částkou. Takový postup umožňuje nejen limitaci investic ze strany zadavatele, ale zároveň využití know-how a inovací ze strany zhotovitelů. Jsme si vědomi, že tomuto způsobu zadání by musely být přizpůsobeny obchodní podmínky a interní předpisy zadavatele. K diskusi o potřebném nastavení jsme připraveni poskytnout součinnost.

➤ **Jistota a přísliby „performance bond“ a pojištění**

Z procesních prostředků považujeme za vhodné požadovat po dodavatelích předložení jistoty, která je zárukou neměnnosti nabídky a její závaznosti pro dodavatele předkládajícího nabídku. S ohledem na charakter Vámi zadávaných projektů považujeme jistotu ve výši 2 % předpokládané hodnoty zásadně za přiměřenou.

Kromě jistoty je podle našeho názoru účelné vyžadovat pro fázi realizace veřejné zakázky bankovní záruku k zajištění povinností zhotovitele, jejíž výše obvykle činí 10 % (max. 15% podle nastavení smlouvy, rizikovosti a komplexity stavby) a je předkládána v předepsaném znění, uplatnitelná na území České republiky u banky vykazující potřebný rating. Zadavatel by zároveň měl vyžadovat, aby dodavatel předložil závazný a neodvolatelný příslib takové bankovní záruky již v nabídce. Pokud by u zhotovitele nastala situace, kdy by dodavatel předkládal bankovní záruku až po uzavření smlouvy, nelze vyloučit velmi nežádoucí situaci, kdy zhotovitel nebude z nějakého důvodu schopen bankovní záruku získat a zadavatel bude postaven před nutností tuto situaci akceptovat, změnit smlouvu nebo předčasně ukončit smlouvu a zadávací řízení opakovat. Pokud je bankovní záruka zajištěna závazným příslibem či dokonce i předkládána v nabídce, má zadavatel jistotu, že dodavatel je skutečně schopen bankovní záruku získat a že v případě nepředložení příslibu nebo bankovní záruky lze situaci řešit vyloučením takového dodavatele a výběrem dalšího dodavatele v pořadí, v rámci probíhajícího zadávacího řízení.

Obdobně doporučujeme v zadávacích podmínkách požadovat příslib pojištění přímo v nabídce, popř. před uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem.

Závěrem si dovoluujeme doporučit k Vaší pozornosti návrhy prováděcích předpisů, které se mohou týkat nastavení kvalifikačních předpokladů a obchodních a smluvních podmínek s tím souvisejících.

Vážený pane řediteli, doufáme, že toto vyjádření a doporučení budou pro Vás a praxi Vaší organizace přínosné a užitečné. V případě jakýchkoliv dotazů nebo připomínek jsme Vám samozřejmě dále k dispozici. Uvítáme, pokud diskuse mezi Vaší organizací jako zadavatelem a ARI jako odbornou asociací sdružující rozličné vysoce kvalifikované dodavatele bude nadále pokračovat a přispěje k zavedení dobré a účelné praxe v projektech výstavby v České republice.

Děkuji Vám.

S úctou a vlastní rukou,

Tomáš Janeba
Prezident ARI

Asociace pro rozvoj infrastruktury, z.s.
110 00 Praha 1, Národní 10/138
m: 606 640 251, e: office@ceskainfrastruktura.cz
www.ceskainfrastruktura.cz



Asociace pro rozvoj infrastruktury (ARI) je think-tank pro veřejnou infrastrukturu, sjednocující názory více než 40-ti významných infrastrukturních dodavatelů – projektových a inženýrských kanceláří, stavebních společností, bank a poradců. ARI prosazuje jasná pravidla plánování, veřejného zadávání a řízení transparentních smluvních vztahů podle osvědčené mezinárodní dobré praxe, která umožní dlouhodobě udržitelný a efektivní rozvoj veřejné infrastruktury.