



Střípky z kontrolní praxe CRR

Ing. Eva Marečková,
Mgr. Lukáš Holub
Centrum pro regionální rozvoj ČR



Centrum pro regionální
rozvoj České republiky

Společná a nerozdílná odpovědnost jiné osoby v souvislosti s aplikací § 83 ZZVZ

Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „Centrum“) se při výkonu své kontrolní činnosti opakovaně setkává s protizákonnou zadávací podmínkou sou-

visející s formulací odpovědnosti jiné osoby v případech prokazování kvalifikace dle § 83 ZZVZ. Zadavatelé často požadují, aby obsahem písemného závazku jiné osoby, prokazující pro dodavatele kvalifikaci, byla společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění závazku s dodavatelem. Nicméně tento požadavek v případě, že není požadována ekonomická kvalifikace,

je nutné považovat za stanovený v rozporu s § 83 odst. 2, 3 a § 84 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), neboť jde nad rámec citovaných ustanovení ZZVZ.

Centrum považuje za vhodné předestřít východiska pro závěr o nezákonnosti této

zadávací podmínky, neboť tato může být důvodem následného uplatnění finanční opravy (korekce dotace) ze strany poskytovatele dotace.

Ustanovení § 83 odst. 2 věta první ZZVZ upravuje vyvratitelnou právní domněnku, že závazek jiné osoby, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, podílet se na realizaci veřejné zakázky v rozsahu prokazované kvalifikace, je splněn tím, že se jiná osoba společně s dodavatelem písemně zaváže ke společné a nerozdílné odpovědnosti za plnění veřejné zakázky.

Znamená to, že zadavatel je povinen akceptovat a mít za prokázaný závazek ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, pokud je jeho obsahem společná a nerozdílná odpovědnost jiné osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Jedná se fakticky o možnost (alternativu) prokázat splnění kvalifikace jinou osobou, resp. prokázat její podíl na plnění veřejné zakázky v rozsahu prokazované kvalifikace závazkem solidární odpovědnosti za realizaci zakázky. Volba způsobu prokázání kvalifikace jinou osobou (zda závazkem k poskytnutí plnění či závazkem solidární odpovědnosti) je na vůli dodavatele a této jiné osoby.

Pouze v případě zakázky na stavební práce či služby, pokud je zároveň požadována kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) ZZVZ, zákon požaduje, aby měl zadavatel jistotu, že veřejná zakázka bude plněna skutečně kvalifikovaným dodavatelem, a to i prostřednictvím jiné osoby, jinými slovy, aby dodavatel prokázal, že reálně disponuje prostředky jiné osoby, která za dodavatele prokazuje kvalifikaci.

Zadavatel tedy není oprávněn do volby způsobu prokázání kvalifikace jinou osobou nijak zasahovat, jsou-li jinak splněny i ostatní požadavky ZZVZ. Výjimku představuje prokázání ekonomické kvalifikace jinou osobou, kdy zadavatel podle § 83 odst. 3 ZZVZ může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a jiná osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost.

Závazný požadavek zadavatele na solidární odpovědnost dodavatele a jiné osoby prokazující kvalifikaci je považován za nepřiměřený a způsobit ovlivnit okruh poten-



Závazný požadavek zadavatele na solidární odpovědnost dodavatele a jiné osoby prokazující kvalifikaci je považován za nepřiměřený a způsobit ovlivnit okruh potenciálních dodavatelů.

ciálních dodavatelů. Některé dodavatele, kteří hodlají prokázat část kvalifikace jinou osobou, totiž může odradit od účasti v zadávacím řízení, vzhledem k tomu, že by jiná osoba na závazek solidární odpovědnosti nepřistoupila. V těchto případech tedy může být předem bezdůvodně vyloučena účast dodavatelů, kteří jsou jinak plně způsobilí k řádnému plnění veřejné zakázky. Stanovením požadavku na míru odpovědnosti jiné osoby prokazující kvalifikaci dochází v konečném důsledku také k porušení zásady přiměřenosti a zásady zákazu diskriminace.

Na základě znění § 83 odst. 2 ZZVZ má Centrum za to, že je třeba jej vykládat tak, že zadavatel je povinen akceptovat a mít za prokázaný závazek ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, pokud je jeho obsahem společná a nerozdílná odpovědnost jiné osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. To znamená, že ZZVZ tuto formu závazku dodavatelům nijak povinně neukládá, tedy nemusí (a ani nesmí) být povinnou součástí nabídky, pokud prokazují kvalifikaci jinou osobou, ale toliko stanoví vyvratitelnou právní domněnku, že takový závazek jiné osoby odpovídá požadovanému rozsahu ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Smyslem § 83 odst. 2 ZZVZ totiž není, aby se poddodavatel zavázal ke společné a nerozdílné odpovědnosti s dodavatelem. Účelem § 83 odst. 2 ZZVZ (konkrétně jeho první věty) je konstrukce vyvratitelné právní domněnky pro splnění požadavku na pod-

davatelský závazek (závazek jiné osoby) vytyčený v § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, a sice „závazek k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele“. První věta § 83 odst. 2 ZZVZ konstruuje vyvratitelnou právní domněnku, nikoliv apriorní povinnost. Povinností poddodavatele tak není naplnit první větu § 83 odst. 2 ZZVZ, nýbrž dostát povinnosti dle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ.

Jinými slovy řečeno, pokud poddodavatel- ský závazek obsahuje společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a poddodavatele, má se za to, že je povinnost dle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ splněna. Povinnost dle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ však může být v závazku poddodavatele naplněna i jiným (pro dodavatele i poddodavatele mírnějším) způsobem, než je zavázat se ke společné a nerozdílné odpovědnosti, a to např. uvedením konkrétního plnění, které se poddodavatel zavazuje poskytnout, jak § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ stanoví. Společná a nerozdílná odpovědnost tedy obecně nemusí být součástí poddodatelského závazku; tato skutečnost z § 83 ZZVZ nevyplývá.

V této souvislosti považujeme za potřebné dodat, že zadavatel má na základě společné a nerozdílné odpovědnosti, sjednané mezi

dodavatelem a poddodavatelem, v případě nutnosti vymáhání svých práv vyplývajících ze smlouvy možnost nárokovat splnění povinností rovněž po poddodavateli, a dokonce nejen v rozsahu jím odvedené poddodávky, ale v rozsahu celé zakázky, a to včetně veškerých případných finančních nároků – smluvních pokut, náhrady škody a dalších souvisejících nákladů. Protože však přesun (potenciální) odpovědnosti za celou zakázku z hlavního dodavatele na poddodavatele zcela zásadním způsobem zvyšuje rizika na straně poddodavatele, musí být výlučně na úvaze tohoto poddodavatele, zda svou poddodávku s tímto rizikem spojí, či zda poskytne poddodávku „klasicky“, tj. „pouze“ poskytne dodavateli odpovídající plnění ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ, a veškerá odpovědnost za zakázku zůstane na dodavateli.

Tento závěr lze podpořit rovněž komentářovou literaturou, když např. D. Dvořák a kol. k tomu uvádějí:

„Úprava uvedená v odstavci 1 písm. d) komentovaného ustanovení sice zachovává obecnou formulaci obsahu písemného závazku, nicméně současně přidává další doplňující pravidla v podobě vyvratitelných právních domněnek toho, co bude ve smyslu zákona považováno za dostačující obsah onoho písemného závazku jiné osoby. Předně dle odstavce 2 komentovaného ustanovení platí vyvratitelná právní domněnka, že povinnost podle odstavce 1 písm. d) je splněna, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost (solidární odpovědnost) této jiné osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. V tom případě pak již komentované ustanovení neřeší, jaká bude konkrétní výše podílu plnění jiné osoby; i kdyby tedy podíl plnění jiné osoby byl minimální, bude splnění kvalifikace v tomto případě jinou osobou prokázáno ve stanoveném rozsahu.“[1]

Dále k tomu P. Herman, V. Fidler a kol. uvádějí: *„K upřesnění odstavce 1 písm. d) se zavádí vyvratitelná právní domněnka, že poskytnutí věcí nebo práv jinou osobou odpovídá rozsahu, v jakém tato osoba prokázala kvalifikaci, pokud z jejího závazku vyplývá společná a nerozdílná odpovědnost za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem.“*[2]

Obdobně se vyjadřují ve svém komentáři i V. Podešva a kol.: *„Autoři komentáře se do-*

mnívají, že rozdíl v odstavci 2 a odstavci 3 komentovaného ustanovení spočívá v konkrétní kvalifikaci, kterou zadavatel požaduje prokázat. Právní domněnka upravená v odstavci 2 větě první komentovaného ustanovení se uplatní za předpokladu, že tato skutečnost (společná a nerozdílná odpovědnost za plnění veřejné zakázky) bude obsahem jednostranného závazku této jiné osoby prokazující část chybějící kvalifikace. Nicméně tato skutečnost nemusí být v tomto jednostranném závazku vůbec uvedena. Jedná se tak o obchodní rozhodnutí této jiné osoby (poddodavatele), zda bude chtít vůči zadavateli výslovně deklarovat společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky. Dle komentovaného odstavce je však zadavatel oprávněn v zadávací dokumentaci přímo požadovat, aby obsahem jednostranného závazku byla ta skutečnost, že se jiná osoba, jejímž prostřednictvím je prokazována ekonomická kvalifikace, zavazuje nést s dodavatelem společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky. Toto oprávnění zadavatele je však třeba vztáhnout pouze k ekonomické kvalifikaci. Zadavatel tak nemůže přímo požadovat, aby závazek jiné osoby, jejímž prostřednictvím je prokazována kvalifikace, obsahoval prohlášení o společné a nerozdílné odpovědnosti například ve vztahu k technické kvalifikaci.“[3]

K dotčenému požadavku se rovněž již vyjádřil i Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) v rozhodnutí v rozhodnutí ze dne 2. 10. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0314/2020/VZ: *„Tím, že zadavatel požadoval společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a osoby, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti, ačkoliv podle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky pouze v případě, že dodavatel prostřednictvím této osoby prokazuje kvalifikaci ekonomickou, tedy fakticky překročil zákonem stanovený limit. Takový postup nelze považovat za souladný se zásadou přiměřenosti podle § 6 odst. 1 zákona, neboť na dodavatele klade vyšší nároky, než připouští zákon.“*

Z výše uvedeného rozhodnutí ÚOHS vyplývá, že zadavatel je při vymezení zadávacích podmínek limitován § 83 odst. 3 ZZVZ,

kteří mu umožňuje vyžadovat solidární odpovědnost dodavatele a poddodavatele jen v případě, kdy je prostřednictvím poddodavatele prokazována ekonomická kvalifikace. *A contrario* tedy zadavatel nemůže požadovat solidární odpovědnost, pokud prostřednictvím této osoby dodavatel prokazuje jinou než ekonomickou kvalifikaci.[4]

Centrum tedy při svojí kontrolní činnosti vyhodnocuje požadavek na předložení závazku společné a nerozdílné odpovědnosti jiné osoby z výše uvedených důvodů jako porušení ZZVZ s potenciálním vlivem na výběr nejhodnější nabídky, neboť v případě, že by zadavatel nepožadoval nad rámec relevantních ustanovení ZZVZ závazek společné a nerozdílné odpovědnosti jiné osoby, nelze vyloučit, že by se zadávacího řízení mohl účastnit vyšší počet dodavatelů, kteří by mohli nabídnout výhodnější plnění pro zadavatele. ■

Poznámky

- [1] Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 522–523.
- [2] Herman, P., Fidler, V. a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, s. 237.
- [3] Podešva, V., Sommer, L., Votrubeč, J., Flaškár, M., Harnach, K., Měkota, J., Janoušek, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 373.
- [4] Odpověď s obdobnými závěry k nezákonnosti dotčeného požadavku pak poskytl rovněž JUDr. Mgr. Vlastimil Fidler, ředitel Odboru práva veřejných zakázek MMR, která je dostupná zde: <https://www.crr.cz/nejcastejsi-chyby-zadavatelu/>.