

Odborné články

Nepřiměřená kvalifikace v kontrolní praxi CRR ČR



Nastavení kvalifikace v zadávacích podmínkách je tématem, které je i přes bohatou rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a příslušných soudů stále poměrně problematickou oblastí zadávacích podmínek. Vymezení kvalifikačních předpokladů, jež budou vyvážené, tedy přiměřené předmětu plnění veřejné zakázky a jeho složitosti (zároveň zajistí zadavateli kvalifikované dodavatele), a nebudou neoprávněně diskriminovat dodavatele způsobilé provést předmět veřejné zakázky, představuje pro zadavatele nepochybně pomyslný oříšek při přípravě zadávacího řízení. Následující řádky bychom rádi věnovali základním východiskům, která musí zadavatelé respektovat při stanovení kvalifikace, a dále uvedli několik příkladů pochybení, se kterými se opakovaně setkává Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „Centrum“) při výkonu své kontrolní činnosti, a to zejména s důrazem na zakázky malého rozsahu (dále jen „VZMR“), zadávané dle Metodického pokynu pro oblast zadávání veřejných zakázek pro programové období 2014–2020 (dále jen „MPZ“).

Obecná východiska

Co se týče vymezení zadávacích podmínek včetně kvalifikačních předpokladů, jsou zadavatelé povinni při zadávání veřejných zakázek v Integrovaném regionálním operačním programu (IROP) v závislosti na režimu zakázky respektovat buď MPZ, nebo zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). MPZ se otázkou kvalifikace nezabývá oproti ZZVZ nikterak podrobně,[1] když v čl. 7.2.2 pouze fakultativně dává zadavatelům možnost požadovat v rámci zadávacích podmínek také kvalifikaci, nicméně jelikož i u VZMR je nutné, aby zadavatelé postupovali ve shodě se základními zásadami pro zadávání veřejných zakázek (podrobněji viz dále), je nezbytné výklad přiměřenosti kvalifikace hledat právě skrze tyto principy.

Základní východisko pro nastavení kvalifikace, a to nejen při zadávání veřejné zakázky dle MPZ, nýbrž rovněž dle ZZVZ, představují níže zmíněné zásady zadávání veřejných zakázek, které jsou shodné pro obě úpravy a jejichž dodržení jsou zadavatelé povinni zajistit po celý soutěžní proces. Jedná se o zásadu transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, jež jsou zakotveny v čl. 6.1.1 MPZ, resp. v § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ. Z těchto čtyř elementárních zásad je pro zadavatele ve fázi vymezení kvalifikace stěžejní zásada přiměřenosti a s ní úzce spjatá zásada zákazu diskriminace. Vzhledem k tomu, že MPZ se v otázce zásad zadávání veřejných zakázek shoduje s úpravou ZZVZ, je výklad posouzení kvalifikace v kontextu těchto zásad provedený rozhodnutími Úřadu či soudů aplikovatelný i na postup dle MPZ.

Podstata stanovení kvalifikace v souladu s MPZ či ZZVZ spočívá v tom, že zadavatel musí zvolit taková kvalifikační kritéria, která jsou samostatně i v souhrnu přiměřená předmětu plnění veřejné zakázky, komplikovanosti a rozsáhlosti předmětu plnění. Zároveň tato vybraná kvalifikační kritéria nesmí nedovoleně zužovat okruh potenciálních dodavatelů schopných poskytnout zadavateli požadované plnění. Nutno podotknout, že kvalifikace jako taková vede vždy k určitému přirozenému omezení okruhu dodavatelů v závislosti na předmětu plnění veřejné zakázky, nesmí však docházet k bezdůvodnému omezení relevantních dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku, a to právě formou nepřiměřenosti

kvalifikace, která následně způsobí zjevnou či skrytou diskriminaci dodavatelů.[2]

Hranice mezi přípustným a nepřípustným (nepřiměřeným, diskriminačním) omezením hospodářské soutěže v souvislosti s nastavením kvalifikačních požadavků je mnohdy velmi tenká, přičemž zadavatelé si ne vždy plně uvědomují veškeré důsledky plynoucí ze stanovené kvalifikace pro potenciální dodavatele (obvykle v dobré víře získat co nejlepšího/nejlépe kvalifikovaného dodavatele). V následující části proto uvedeme několik příkladů ilustrujících nepřiměřené stanovení požadavků na kvalifikaci. Zadavatelé si tak mohou udělat alespoň elementární představu, jakým způsobem na stanovení kvalifikace nahlížet a na co si dát pozor.

Příklad z praxe 1: Nepřiměřená kumulace požadavků na kvalifikaci

I v případě VZMR dochází dle zkušeností Centra ke kumulaci požadavků především na technickou kvalifikaci, která může znamenat porušení zásady přiměřenosti. U zakázek zadávaných dle MPZ platí, že pokud zadavatel požadavky na kvalifikaci stanoví, vymezí je dle pravidel § 53 odst. 4 ZZVZ. Jakkoli toto ustanovení umožňuje použít i jiná kritéria kvalifikace, než jsou uvedena pro nadlimitní režim, tato možnost automaticky neznamená, že by zadavatelé postupující dle MPZ měli bezbřehé možnosti ke stanovení kvalifikačních požadavků. Zadavatelé zadávající zakázku dle MPZ se pouze mohou odchýlit od požadavků vymezených v ZZVZ, avšak za současného dodržení základních zásad výběrového řízení. Pro lepší představu nastíníme problematiku nepřiměřené kumulace požadavků na kvalifikaci na následujícím modelovém případě.

Nepřiměřenou kombinaci požadavků na kvalifikaci lze demonstrovat např. u zakázky, jejímž předmětem bude dodávka nakladače, bagru a miniryvadla, přičemž může jít o používané zboží, s předpokládanou hodnotou zakázky ve výši 2 800 000 Kč bez DPH. U takové zakázky by byly pravděpodobně za nepřiměřené shledány požadavky na doložení:

a) seznamu významných dodávek za poslední 3 roky před zahájením výběrového řízení, jejichž předmětem byla dodávka nakladače v celkovém souhrnném finančním rozsahu (objemu) minimálně 3 mil. Kč bez DPH,

b) seznamu významných dodávek za poslední 3 roky před zahájením výběrového řízení, jejichž předmětem byla dodávka bagru v celkovém souhrnném finančním rozsahu (objemu) minimálně 3 mil. Kč bez DPH,

c) seznamu významných dodávek za poslední 3 roky před zahájením výběrového řízení, jejichž předmětem byla dodávka miniryvadla v celkovém souhrnném finančním rozsahu (objemu) minimálně 3 mil. Kč bez DPH,

d) přehledu průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele za poslední 3 roky, přičemž průměrný roční počet zaměstnanců dodavatele v každém z posledních 3 let činil alespoň 10 osob,

e) obratu u kvalifikovaného dodavatele ve výši 5 mil. Kč bez DPH v každém ze 3 bezprostředně předcházejících účetních období.

V daném modelovém případě by Centrum přihlédko k povaze poptávaného plnění i k primárnímu zaměření zakázky na dodavatele použité, obtížně prodejné a skladové techniky, kterými mohou být rovněž fyzické osoby, podnikající fyzické osoby, či dokonce nepodnikající právnické osoby nebo organizační složky státu. Při zaměření zakázky mj. i na použitou techniku může být reálně způsobilým dodat plnění plně vyhovující potřebám zadavatele i subjekt, který nedisponuje třeba vůbec žádným obratem – také fyzická osoba může mít k prodeji požadovaný druh techniky, který může být v bezvadném stavu, a tedy by naprosto vyhovoval potřebám zadavatele. Rovněž minimální finanční objem významných dodávek by patrně bylo nutné považovat za nepřiměřený, a to z toho důvodu, že zadavatel požadoval samostatné referenční zakázky na jednotlivé typy strojového vybavení, ačkoli i dodavatel dodávající miniryvadla by s velkou pravděpodobností byl schopen zajistit dodávku nakladače. Nehledě na skutečnost, že v součtu překračují referenční zakázky svojí finanční hodnotou předpokládanou hodnotu více než trojnásobně. Pokud jde o požadavek zadavatele na doložení přehledu průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele, jednalo by se o zjevně excesivní kvalifikační kritérium, které zcela vybočuje z oprávněných potřeb předmětu zakázky (dodávka strojové techniky). Modelová zakázka dle MPZ totiž spočívá v prodeji zboží, který neklade prakticky žád-

né nároky na počet zaměstnanců (předmět zakázky může fakticky zrealizovat jediná osoba) a jejich přínos, resp. faktický podíl na realizaci zakázky, je v případě zakázky na dodávku irelevantní (nejedná se o poskytování služeb či výkon stavebních prací, které výslovně předpokládají zapojení personálních kapacit). Předmětný požadavek by zároveň bezdůvodně přímo vyloučil z účasti dodavatele v podobě (podnikajících) fyzických osob, které by jinak byly schopny zakázku splnit, pokud by nabízely požadovanou techniku. Na základě výše uvedených východisek by k nepřiměřené kumulaci požadavků pravděpodobně došlo i tehdy, pokud by zadavatel např. požadoval pouze reference na obdobný druh strojové techniky, tedy pouze a) seznam významných dodávek za poslední 3 roky před zahájením výběrového řízení, jejichž předmětem byla dodávka obdobného plnění v celkovém souhrnném finančním rozsahu (objemu) minimálně 5 mil. Kč bez DPH a b) obrat u kvalifikovaného dodavatele ve výši 5 mil. Kč bez DPH v každém ze 3 bezprostředně předcházejících účetních období. [3]

Je potřebné dodat, že v případě zakázek zadávaných dle MPZ v uzavřené výzvě Centrum vyhodnocuje, zda nabídku podali všichni oslovení dodavatelé, případně jaký důvod měli dodavatelé, kteří nabídku nepodali, pro neúčast ve výběrovém řízení. Jestliže je možné i přes výše nastíněné excesivní požadavky na kvalifikaci vyhodnotit, že soutěž o zakázku v intencích uzavřené výzvy (kde je okruh dodavatelů z principu omezen) proběhla, může být postup zadavatele vyhodnocen tak, že neměl faktický dopad na soutěž o zakázku. V případě otevřené výzvy dle MPZ však již takový pohled uplatnit – vzhledem k neomezenému okruhu dodavatelů – nelze, neboť excesivní požadavky na kvalifikaci dopadají na blíže nespecifikovaný okruh potenciálních dodavatelů.

Příklad z praxe 2: Požadavek na živnostenská oprávnění konzumovaná živností „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“

Relativně standardní podmínkou prokázání splnění kvalifikace v rámci profesní způsobilosti u veřejných zakázek na komplexní

stavební práce (např. celková rekonstrukce budov nebo novostavba budov) je požadavek na předložení dokladu o vázané živnosti s předmětem podnikání „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ (dále jen „provádění staveb“) dle přílohy č. 2 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon). Provádění staveb lze označit jako tzv. multioborové či multiprofesní živnostenské oprávnění, neboť se jedná o živnost opravňující dodavatele provádět veškeré činnosti přímo související se zhotovením stavby, včetně těch činností, které jsou jinak předmětem samostatných živností řemeslných, vázaných či volných.

Jako problematický se ovšem nejvíce požadavek na doložení dokladu prokazujícího provádění staveb, nýbrž skutečnost, kdy zadavatel spolu s touto podmínkou vyžaduje předložení dalších živnostenských oprávnění, např. „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky plynových zařízení a plnění nádob plynem“ nebo „Vodoinstalatérství, topenářství“. Byť se jedná o činnosti, které bývají prováděny při zhotovení stavby, a zadavateli by se požadavek na jejich prokázání spolu s prováděním staveb mohl zdát oprávněný, není tomu tak. Naopak se jedná o nepřiměřený kvalifikační předpoklad, jenž v důsledku omezuje dodavatele v možnosti ucházet se o veřejnou zakázku.

Dodavatel, jenž má zapsanou živnost provádění staveb, je z povahy této multiprofesní živnosti oprávněn provádět i činnosti, které jsou samostatně předmětem živností řemeslných, případně volných, a to prostřednictvím odborně způsobilých osob. Takový dodavatel tedy nepotřebuje k výkonu činností, které jsou předmětem samostatných živností (např. „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky plynových zařízení a plnění nádob plynem“, „Vodoinstalatérství, topenářství“), být současně držitelem těchto zvláštních živnostenských oprávnění. Proto se požadavek na prokázání profesní způsobilosti kumulující provádění staveb s dalšími dílčími živnostmi stává pro potenciální dodavatele překážkou v ucházení se o veřejnou zakázku. Po faktické stránce by dodavatelé byli schopni provést předmět plnění veřejné zakázky, nemohou ovšem podat nabídku na veřejnou zakázku, neboť po formální stránce nesplňují zadavatelem požadova-

nou kvalifikaci. Z uvedeného jednoznačně vyplývá, že požadavek na předložení vícero shora uvedených živnostenských oprávnění není relevantní a v žádném případě nevyovídá nic o kvalifikaci dodavatele a jeho schopnosti splnit předmět veřejné zakázky.

Nastíněná problematika byla již opakovaně řešena před Úřadem [4] či Nejvyšším správním soudem, [5] přičemž rozhodovací praxe obou subjektů potvrzuje shora uvedené závěry, tedy že požadavek na souběžné předložení živnosti provádění staveb a dalších samostatných živností konzumovaných živností provádění staveb u veřejných zakázek na kompletní novostavbu či rekonstrukci budov je v rozporu se zásadou přiměřenosti a zákazu diskriminace.

Příklad z praxe 3: Požadavek na reference s vazbou na konkrétní typ zadavatele

V rámci prokazování technické kvalifikace ve smyslu předkládání referencí se Centrum poměrně častěji setkává s případy, kdy zadavatel požaduje, aby referenční zakázky (nejčastěji stavební práce či významné dodávky) obdobného charakteru byly realizovány pro zcela totožný nebo typově blízký subjekt, jakým je zadavatel. Typicky se jedná o zadavatele z oblasti školství, tedy situace, kdy škola jakožto zadavatel realizující např. veřejnou zakázku na opravu budovy školy, rekonstrukci učeben či dodávku IT technologií do učeben požaduje jako podmínku předkládaných referencí mj. skutečnost, aby reference prokazující technickou kvalifikaci byly realizovány pro školská zařízení.

Daný ilustrativní požadavek nicméně výrazně odporuje zásadě přiměřenosti a zákazu diskriminace, neboť ve valné většině případů nebude odůvodněn předmětem veřejné zakázky, a v samotném důsledku tak podstatným způsobem zúží okruh potenciálních dodavatelů, kteří se mohou ucházet o veřejnou zakázku. Ze skupiny dodavatelů, kteří provádějí odpovídající předmět veřejné zakázky pro rozmanitou škálu zadavatelů, zůstanou ve hře pouze ti, kteří v minulosti poskytovali plnění také školským zařízením, byť to v důsledku není pro realizaci vůbec podstatné. Dodávka standardního IT či stavební práce realizované v jiných zařízeních (než školských) mohou

být z technického pohledu totiž stejně náročné, mnohdy dokonce náročnější, proto je nepochybné, že rovněž tito dodavatelé by byli způsobilí poskytnout požadované plnění, přesto se nebudou moci ucházet o veřejnou zakázku, neboť zadavatel vymezil nepřiměřenou podmínku. Pokud zadavatel v souvislosti se stavebními pracemi či významnou dodávkou požaduje jako podmínku reference její provedení v určitém typu zařízení z důvodu specifik kladených na zadavatele jinými právními předpisy či technickými normami, měla by být tato specifika zohledněna primárně v technických podmínkách vymezujících předmět veřejné zakázky, nikoli nahrazována prokazováním zkušeností dodavatele s obdobným typem zařízení v rámci technické kvalifikace. Pokud zadavatel, zpravidla školské zařízení, chce zajistit maximální bezpečnost, např. v souvislosti s pohybem dětí v objektu, lze mu doporučit, aby takové

požadavky vtělil do smluvních podmínek a důsledně vyžadoval jejich dodržování (zabezpečení staveniště, omezení hlučných prací pouze na určitou dobu apod.), jelikož takové důvody nejsou relevantní pro stanovení kvalifikace výše uvedeným způsobem.

Zadavatel by měl vždy zvážit, zda je skutečně ve vztahu k jím stanovenému plnění přiměřené a nezbytné požadovat vazbu kvalifikačních referencí na konkrétní typ zadavatele, resp. zda plnění poskytované také jiným subjektům dostatečně neprokazuje zkušenosti a schopnosti dodavatele poskytnout předmět veřejné zakázky.

Shrnutí

Jak plyne z výše uvedeného, i takové kvalifikační předpoklady, které se jeví jako odůvodněné předmětem veřejné zakázky, mohou být samostatně či v celkovém sou-

hrnu posouzeny jako nepřiměřené a diskriminační. Zadavatelům lze jen doporučit, aby při stanovení kvalifikace vždy důkladně zvážili nutnost daného kvalifikačního požadavku s ohledem na předmět veřejné zakázky a jeho složitost a omezující charakter takového požadavku ve vztahu k okruhu potenciálních dodavatelů schopných provést předmět plnění veřejné zakázky, neboť účelem nastavení kvalifikace není zvýhodnění či znevýhodnění některých dodavatelů, nýbrž otevření hospodářské soutěže dodavatelům způsobilým poskytnout požadované plnění. ■

Mgr. Julie Hrubá, Ing. Eva Marečková

Poznámky

- [1] Zásadní ustanovení ZZVZ, která mají vliv na stanovení kvalifikace, jsou především § 6 odst. 1 a 2, § 36 odst. 1, § 53 odst. 4 a § 73 a násl.
- [2] K podobě skryté diskriminace, konkrétně ve vztahu k technické kvalifikaci, se vyjádřil Nejvyšší správní soud např. v rozhodnutí ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, když uvedl: „Zákaz diskriminace uvedený v § 6 ZZVZ zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. Za skrytou formu nepřímé diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových technických kvalifikačních předpokladů, které jsou zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Někteří z dodavatelů totiž mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“
- [3] Jak uvedl Úřad v rozhodnutí ze dne 21. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0469/2018/NZ-38288/2018/542/MKd: „Při posuzování počtu a míry požadavků zadavatele na kvalifikaci je třeba postupovat striktně v duchu zásad, na nichž je proces zadávání veřejných zakázek postaven. V této souvislosti musí mít zadavatel na paměti, že technické kvalifikační předpoklady vymezené

až příliš konkrétně, a to zejména v souhrnu a kumulativně, jsou způsobilé neodůvodněně omezit okruh potenciálních dodavatelů. Je tedy nezbytné požadavky zadavatele na kvalifikaci, jejich přiměřenost a dopad na okruh zájemců o veřejnou zakázku hodnotit i v jejich vzájemné kombinaci. Pokud zadavatel neodůvodněně kumuluje požadavky na technickou kvalifikaci dodavatelů, de facto tak předem vylučuje všechny dodavatele, kteří by byli schopni doložit požadované reference jednotlivě, avšak nikoliv v kombinaci. Samostatně splnění všech jednotlivých požadavků přitom nemusí nutně představovat nižší náročnost a složitost služby, a tedy horší kvalifikaci než splnění kumulovaného požadavku jako celku.“

- [4] Lze uvést např. rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 2. 2020, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI, kde se Úřad mj. vyjádřil následovně: „Prostřednictvím zadavatelem nastavených zadávacích podmínek je však na dodavatele kladen nepřiměřený požadavek v tom ohledu, že tento požadavek dubluje to, co po dodavatelích zadavatel požaduje k prokázání profesní kvalifikace dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona, ačkoliv, jak vyplývá z provedeného šetření Úřadem, je dodavatel, který disponuje ‚multiprofesním‘ živnostenským oprávněním, provádění staveb, jejich změn a odstraňování, v daném případě oprávněn vykonávat i činnosti, na které by za jiných okolností musel mít samostatně živnostenské oprávnění. Jelikož tyto činnosti jsou vykonávány v šetřeném případě v rámci komplexní stavby, jsou dodavatelé kvalifikováni pro plnění veřejné zakázky (s ohledem na znění živnostenského

zákona ve spojení s nařízením) již živnostenským oprávněním ‚provádění staveb, jejich změn a odstraňování‘“

- [5] Lze uvést např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 7. 2014, č. j. 10 As 111/2014, kde soud vyjádřil následující: „Příloha č. 2. nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění účinném pro projednávanou věc, vymezuje obsahové náplně vázaných živností. Obsahová náplň živnosti ‚Provádění staveb, jejich změn a odstraňování‘ je definována jako ‚provádění stavebních a montážních prací při novostavbách, změnách dokončených staveb (nástavby, přístavby, stavební úpravy), údržbě staveb a jejich odstraňování podle stavebního zákona. Při provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živnosti řemeslných nebo vázaných, případně živnosti volné.‘ Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje s názorem krajského soudu, že držitel živnosti ‚Provádění staveb, jejich změn a odstraňování‘ je dle nařízení vlády č. 278/2008 Sb. oprávněn při provádění stavebních prací vykonávat i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živnosti řemeslných nebo vázaných, případně živnosti volné. Revizní zkoušky elektrických zařízení vymezené v předmětu veřejné zakázky bez pochyby souvisely s realizací rekonstrukce základní školy a dostavby sportovní haly. V rámci dotčené živnosti mohou být vykonávány i činnosti, které nejsou stavebními ani montážními pracemi, ale musí být vykonávány při nich a musí souviset s realizací staveb.“