

Odborné články

Střípky z kontrolní praxe Centra pro regionální rozvoj – výhrada dle § 105 odst. 2 ZZVZ vs. nastavení a posouzení kvalifikace prokazované jinou osobou

Ing. Eva Marečková,
Mgr. Julie Hrubá
Centrum pro regionální rozvoj ČR



Centrum pro regionální
rozvoj České republiky

Jednou z oblastí, se kterou se Centrum pro regionální rozvoj České republiky (dále jen „Centrum“) při své kontrolní činnosti setkává, je i problematika omezení využití poddodavatelů dle § 105 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“).

Oproti předchozí právní úpravě[1] je zadavatel dle nové úpravy oprávněn si vyhradit pouze určité *významné činnosti*, které musí realizovat vybraný dodavatel. Principiální možnost výhrady určitých činností pouze dodavatelem (nikoli poddodavatelem) zůstala zachována. V praxi se standardně objevují případy, kdy je u stavebních veřejných zakázek požadováno plnění zásadních pozic u členů týmu (stavbyvedoucí či jeho zástupce) přímo dodavatelem. Přímý smluvní vztah mezi dodavatelem a zadavatelem poskytuje zadavateli větší míru právní jistoty a vymahatelnosti plnění závazků dodavatelem. Problematickou může být v mnoha případech aplikace § 105 odst. 2

ZZVZ ve vazbě k požadavkům na technickou kvalifikaci, a to § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ. Textace § 105 odst. 2 ZZVZ by mohla totiž na první pohled svědčit o tom, že není možné vyhradit funkce/profese/pozice při plnění veřejné zakázky, které nemohou být plněny poddodavatelem, ale lze pouze požadovat, aby významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem. Na následujících řádcích bychom tak rádi objasnili samotný výklad § 105 odst. 2 ZZVZ právě s důrazem na obsah pojmu *významná činnost* a rovněž nastínili možnosti a limity prokazování kvalifikace poddodavatelem v kontextu výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ, zejména v návaznosti na formulaci § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ.

Úvodem předesíláme, že při výkladu aplikace § 105 odst. 2 ZZVZ je možné se opřít o dosavadní rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále je Úřad“), která se vztahuje k předchozí právní úpravě. Rozhodovací praxe Úřadu obecně umožňuje omezovat prokazování kvalifikace prostřednictvím poddodavatelů v situaci, kdy zadavatel věcně vymezí část předmětu plnění veřejné zakázky, která nesmí být plněna prostřednictvím poddodavatele.[2]

Z dosavadních rozhodnutí Úřadu tedy vyplývá, že zadavatel může v zadávacích podmínkách v souvislosti s omezením možnosti plnit určitou část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele stanovit, že část kvalifikace sou-

visející s takovou částí předmětu veřejné zakázky nemohou dodavatelé prokazovat prostřednictvím poddodavatele.

Ve shodě s rozhodovací praxí Úřadu se k použití § 105 odst. 2 ZZVZ vyjadřuje také odborná literatura, podle níž by v případě výhrady plnění dle § 105 odst. 2 ZZVZ „mělo platit, že jestliže bude na zadavatelem vyhrazené významné činnosti, které mohou být plněny pouze přímo vybraným dodavatelem, navázána některá kritéria (požadavky) kvalifikace, nebude možné taková kritéria kvalifikace prokazovat prostřednictvím jiných osob dle § 83. Bude tedy nezbytné, aby kvalifikaci navázanou na vyhrazené činnosti prokazovala pouze ta osoba (účastník zadávacího řízení), která bude tyto činnosti také fakticky plnit, a současně aby prostřednictvím kvalifikace prokázala, že s vyhrazenými významnými činnostmi má zkušenost (sama činnosti realizovala, neprovádí pouze manažerský dohled nebo poskytuje své know-how apod.).“⁴³

K právě uvedenému je třeba dodat, že pokud zadavatel požaduje, aby určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem, měl by být schopen odůvodnit, proč je pro něj konkrétní část plnění tak důležitá, a proto by ji měl plnit pouze vybraný dodavatel.

Jak bylo výše zmíněno, v kontextu aplikace § 105 odst. 2 ZZVZ se může jevit jako problematické vymezení funkce (nikoli tedy explicitně významné činnosti), kterou není možné zajistit jinou osobou. Přestože tedy na základě § 105 odst. 2 ZZVZ není možné vyhradit funkce/profese/pozice při plnění veřejné zakázky, které nemohou být plněny jinou osobou, ale lze pouze požadovat, aby významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem, lze dle názoru Centra aplikaci § 105 odst. 2 ZZVZ ve vztahu např. k roli stavbyvedoucího (či jeho zástupce) akceptovat, avšak pouze s ohledem na skutečnost, že se *de facto* jedná o významnou činnost při plnění veřejné zakázky, neboť obsah činnosti stavbyvedoucího je dán právními předpisy [zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, případně zákon č. 360/1992 Sb., tj. zákon České národní rady o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů].

Jinak řečeno, pokud jde o výklad významné činnosti podle § 105 odst. 2 ZZVZ, tedy zda je možné za takovou činnost považovat rovněž definování určité pozice (funkce), jejíž náplň je obecně známá v daném oboru, jedná-li se o pozici stavbyvedoucího (či jeho zástupce), lze dovodit, že jde o takovou pozici, jejímž obsahem je výkon činností všem v daném oboru známých, které není třeba popisovat jednotlivými úkony a lze je souhrnně pojmenovat právě funkcí.

Zadavatel je tedy dle názoru Centra oprávněn dle § 105 odst. 2 ZZVZ vyhradit podmínku, že výkon činnosti stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího nesmí být plněn prostřednictvím poddodavatele.

Z celkového kontextu ZZVZ pak rovněž vyplývá, že v případech, kdy je role stavbyvedoucího nebo zástupce stavbyvedoucího definována ve smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ jako významná činnost, by současně neměly být kladeny na osobu stavbyvedoucího a zástupce stavbyvedoucího nepřiměřené nároky, které by mohly mít/nebo měly výrazný negativní dopad na okruh dodavatelů.

S ohledem na shora uvedené tedy Centrum při kontrole veřejných zakázek zkoumá, zda v podmínkách posuzované veřejné zakázky nedochází použitím § 105 odst. 2 ZZVZ ke skryté diskriminaci – viz komentář Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017 (s. 642): „Výhrada plnění vybraným dodavatelem pak rovněž musí obstát z hlediska základních zásad a neodůvodněného omezení okruhu dodavatelů. Pokud výhrada obstojí, je omezení poddodavatelského systému akceptovatelné, jinak může jít o skrytou diskriminaci.“

Nad rámec právě diskutovaného tématu považuje Centrum rovněž za zajímavé rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 11. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0333/2020/VZ, kde uvedl, že není logický důvod pro to, aby prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ prostřednictvím jiné osoby nebylo přípustné v případě, že požadované věci bude používat vybraný dodavatel k plnění významné činnosti vyhrazené zadavatelem dle § 105 odst. 2 ZZVZ pro plnění přímo vybraným dodavatelem.

„Kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona se vztahuje na věci (určité

vybavení), které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Netyká se tak přímo samotného plnění ve smyslu realizace činností při plnění veřejné zakázky (používání těchto věcí), nýbrž pouze dispozice s požadovanými věcmi jako s určitým materiálně technickým předpokladem k plnění těchto činností. Je proto třeba mít na zřeteli, že ačkoli věci, které má mít dodavatel dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona při plnění veřejné zakázky k dispozici, budou sloužit k činnostem vykonávaným při plnění veřejné zakázky, smyslem prokazování předmětného technického kvalifikačního kritéria je toliko prokázání skutečnosti, že dodavatel disponuje, resp. bude disponovat, požadovanými věcmi při plnění veřejné zakázky. Předmětné kritérium tedy vůbec nesleduje prokázání toho, že zadavatel je schopen tyto věci používat, čili že umí s těmito věcmi vykonávat činnosti (třeba i ty vyhrazené vybranému dodavateli) při plnění veřejné zakázky. Z hlediska samotného plnění ve smyslu plnění (realizace) určité činnosti, tj. používání těchto věcí, a pro prokázání této schopnosti je předmětné kritérium (a tedy i způsob jeho prokazování) irelevantní, a to i v případě, že by tyto věci měly být používány k plnění významné činnosti vyhrazené vybranému dodavateli dle § 105 odst. 2 zákona. O schopnosti dodavatele realizovat určitou činnost (logicky s využitím potřebného vybavení) a dosáhnout touto činností určitého požadovaného výsledku může vypovídat např. již shora zmíněné kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) a b) zákona (tzv. reference), nikoli však kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona.

Skutečnost, že tuto činnost nebude vybraný dodavatel plnit sám o své vůli, nýbrž v důsledku požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona, na tom nic nemění. Smysl prokazování předmětného kritéria technické kvalifikace (prokázání dispozice požadovanými věcmi) bude i v takovém případě naplněn prokazáním prostřednictvím jiné osoby, stejně jako by byl naplněn, kdyby dodavatel toto kritérium prokazoval sám. Používat požadované věci pak při plnění významné činnosti vyhrazené přímo vybranému dodavateli může pochopitelně (v souladu s výhradou) pouze sám dodavatel. Jestli však používá věci vlastní nebo věci cizí (např. pronajaté), je ve vztahu k výhradě dle § 105 odst. 2 irelevantní.

Pokud tedy zadavatel ve smyslu § 105 odst. 2 zákona vyhradí plnění významných činností vybranému dodavateli, dodavatel sice nemůže prokazovat např. způsobilost (schopnost) plnit

tuto vyhrazenou činnost v rámci kritéria kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona prostřednictvím jiné osoby, nicméně možnost prokazovat dispozici věcí (určitým vybavením) sloužící (používanou) k plnění dané významné činnosti v rámci kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby je dodavateli zachována.

Výklad zákona v tom smyslu, že by z možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob bylo vyjmuto kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona v situaci popsané shora (prokazování dispozice věcmi k plnění významných vyhrazených činností), by byl neracionální, odporoval by charakteru a smyslu prokazování předmětného kritéria technické kvalifikace a ve svém důsledku by mohl omezit hospodářskou soutěž o veřejné zakázky tím, že by bezdůvodně nutil dodavatele k zajištění zadavatelem stanovovaných věcí k plnění veřejných zakázek vlastními kapacitami.“

Podle Úřadu nelze zadávací podmínku „vztahuje-li se určité kritérium technické kvalifikace ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel vyhradil, že nemůže být plněna prostřednictvím poddodavatele, nelze toto kritérium prokázat prostřednictvím jiné osoby dle výše uvedeného“ vykládat formalisticky tak, že by zapovídala možnost prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ prostřednictvím jiných osob v situaci, kdy má dodavatel prokázat dispozici věcmi k plnění významných vyhrazených činností.

Ve vztahu k možnosti vymezení funkce stavbyvedoucího dle § 105 odst. 2 ZZVZ jako významnou činnost je podle Centra možné se zohledněním všech shora uvedených skutečností uvést následující.

Podle § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ jazykovým výkladem dovětku „bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli“ lze podle Centra dojít k závěru, že toto pravidlo platí nejen ve vztahu k § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ, ale rovněž ve vztahu k písm. d), ačkoli tak zde není výslovně uvedeno. Z hlediska účelu úpravy není při kontrolní činnosti Centra spatřován důvod, aby se k oběma skupinám osob [definovaným v § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ] přistupovalo odlišně, když prokázání kvalifikace jinou osobou je obecně možné na základě § 83 ZZVZ.

Lze tak konstatovat, že zadavatel nesmí omezovat či zakazovat prokázání kvalifikace jinou osobou u žádného požadavku na kvalifikaci. Tedy není oprávněn v zadávací dokumentaci stanovit, že konkrétní kvalifikační předpoklad není možné prokazovat prostřednictvím poddodavatele [např.: „Zadavatel stanoví, že kvalifikační předpoklad dle § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ nelze prokázat jinou osobou/poddodavatelem“]. Takové omezení je možné koncipovat výlučně skrze § 105 odst. 2 ZZVZ, a to pouze v odůvodněných případech.

Zadavatel je však současně oprávněn aplikovat § 105 odst. 2 ZZVZ, který lze (v kontextu výše uvedeného) považovat za speciální ustanovení k požadavkům na prokázání kvalifikace. Pokud tedy zadavatel použije výhradu upravenou v § 105 odst. 2 ZZVZ, je z povahy věci zřejmé, že má tato skutečnost dopad na omezení prokázání příslušné části kvalifikace poddodavatelem (viz také výše uvedená rozhodnutí Úřadu), a to včetně § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ.

V takovém případě tudíž nelze automaticky považovat za porušení ZZVZ, požaduje-li zadavatel zaměstnanecký poměr stavbyvedoucího (nebo zástupce stavbyvedoucího) vůči dodavateli (který dokládá realizaci této části plnění přímo dodavatelem), přestože § 79 odst. 2 písm. c) a s použitím výkladu i § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ obecně konstatuje, že se jedná o osoby bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli (pozn. Centra: zaměstnancem je dle zákoníku práce fyzická osoba, která se zavázala k výkonu závislé práce v základem pracovním vztahu. Základními pracovními vztahy jsou pracovní poměr i právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr).

Na vztah § 105 odst. 2 k § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ by tedy měl být aplikován stejný přístup jako na vztah § 105 odst. 2 k § 79 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ, který byl řešen i výkladovým stanoviskem MMR „Prokazování kvalifikace subdodavatelem“ dostupným na <http://portal-vz.cz/nezarazene/Prokazovani-kvalifikace-subdodavatelem/>. Stanovisko je sice formulováno podle předchozí právní úpravy, ale lze z něj podle názoru Centra vycházet, protože nová právní úprava je obdobná.

Při své kontrolní činnosti tak Centrum vychází z následujících východisek:

- (i) kombinace výhrady § 105 odst. 2 ZZVZ s kvalifikačním požadavkem dle § 79 odst. 2 písm. c) ZZVZ a (nebo) § 79 odst. 2 písm. d) ZZVZ není *a priori* v rozporu se ZZVZ;
- (ii) požadavek na výhradu určité významné části plnění přímo vybraným dodavatelem je z pohledu ZZVZ akceptovatelný, má-li pro tento požadavek zadavatel důvod, a to i v případech, že se k takto vyloučené části veřejné zakázky vztahuje jiný kvalifikační požadavek (tj. včetně požadavku na vzdělání či odbornou kvalifikaci stavbyvedoucího či jeho zástupce). Tyto situace nejsou automaticky považovány za porušení ZZVZ, což však nevylučuje, aby byl zadavatel v konkrétním případě postižen na základě obecného pravidla uvedeného v § 36 odst. 1 ZZVZ, což by však muselo být důkazně podloženo se závěrem, že kombinace jinak přípustných podmínek vyloučila hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku;
- (iii) omezení možnosti prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) ZZVZ pouze na zaměstnance dodavatele je logickým důsledkem oprávněně použité možnosti výhrady upravené v § 105 odst. 2 ZZVZ a lze jej považovat za souladný se ZZVZ, přestože se v praxi nemusí jednat vždy jen o zaměstnance dodavatele (ale např. o jednatele společnosti). ■

Poznámky

[1] Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

[2] Rozhodnutí ze dne 7. 9. 2012, č. j. ÚOHS-S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI, ze dne 9. 10. 2012, č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASH, kde je mj. uvedeno: „... uchažež je oprávněn prokazovat chybějící kvalifikaci subdodavatelem jen v těch částech veřejné zakázky, které pak subdodavatel v souladu se zadávací dokumentací bude na základě smlouvy zavázán plnit“, ze dne 25. 3. 2014, č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-6408/2014/511/ABr, kde je mj. uvedeno: „Vztahuje-li se tedy určitý technický kvalifikační předpoklad ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel ... vyhradil, že nemůže být plněna subdodavatelem, nelze tento kvalifikační předpoklad ... prokázat prostřednictvím subdodavatele...“

[3] Viz Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 638.