

UNIVERZITA KARLOVA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

2014

Silvie Součková

Právnická fakulta Univerzity Karlovy

Specializace – Obchodní právo

RIGORÓZNÍ PRÁCE

**Prokazování kvalifikace ve veřejných zakázkách se zvláštním zřetelem
na prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele**

**Proof of qualifications in public contracts, in particular with respect to
proving qualifications through a subcontractor**

Autor: Mgr. Silvie Součková

2014

Poděkování: Za odborné vedení mé práce, rychlost, lidský přístup a cenné rady při zpracovávání práce děkuji vedoucímu práce panu JUDr. Tomáši Horáčkovi Ph.D.

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci na téma: „Prokazování kvalifikace ve veřejných zakázkách se zvláštním zřetelem na prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele“ vypracovala samostatně. Veškeré prameny a zdroje informací, které jsem použila k sepsání této práce, byly řádně citovány v poznámkách pod čarou a jsou uvedeny v seznamu použitých pramenů a literatury a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

SEZNAM ZKRATEK

ČAK

Česká advokátní komora

ČKAIT

Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě

ČLK

Česká lékařská komora

ČR

Česká republika

ES

Evropská společenství

ESD

Evropský soudní dvůr, Soudní dvůr Evropské unie

EU, UNIE

Evropská unie

KS

Krajský soud v Brně

NS

Nejvyšší soud

NSS

Nejvyšší správní soud

VZ

Veřejná zakázka

ÚŘAD, ÚHOS

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Zákon, ZVZ

Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách

OBSAH

SEZNAM ZKRATEK	6
OBSAH	8
ÚVOD	10
1. HISTORIE ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK V ČR.....	13
1.1 Zákon o zadávání veřejných zakázek č. 199/1994 Sb.	16
1.1.1 Dohled nad dodržováním zákona	22
1.2 Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách.....	23
1.3 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.....	26
1.3.1 Novelizace zákona 137/2006 Sb. zákonem 55/2012 Sb.....	28
2. PROKAZOVÁNÍ KVALIFIKACE SE ZŘETELEM NA PROKAZOVÁNÍ KVALIFIKACE PROSTŘEDNICTVÍM SUBDODAVATELE	30
2.1 Kvalifikační předpoklady	34
2.1.1 Základní kvalifikační předpoklady	34
2.1.2 Profesní kvalifikační předpoklady	43
2.1.3 Čestné prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku právní úprava předchozí	46
2.1.4 Technické kvalifikační předpoklady.....	47
2.2 Právní úprava prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele.....	59
2.2.1 Subdodavatel.....	62
2.3 Zvláštní způsoby prokazování kvalifikace	65
2.4 Evropská právní úprava	69
2.4.1 Právní úprava dané problematiky a její smysl ve směrnicích EU 2004/17/ES , 2004/18/ES a 2014/24/EU, 2014/25/EU	70
2.4.2 Judikatura ESD v dané problematice (C-389/92 Ballast Nedam Groep NV a C-176/98 Ruhrwaser AG International Water Management)	73
2.5 Aktuální situace v dané problematice v ČR, její výklad a rozhodovací praxe	75

2.5.1 Rozhodování ÚHOS v dané oblasti	75
2.5.1.1 ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr	76
2.5.1.2 ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/Ema	81
2.5.1.3 ÚOHS-S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo	84
2.5.1.4 ÚOHS-R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví.....	89
2.5.1.5 ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa	90
2.5.1.6 ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs	96
2.5.1.7 Konkrétní rozpory v rozhodovací praxi ÚOHS v dané problematice	97
2.5.2 Judikatura KS v Brně 62 Ca 94/2008 a NSS 5 Afs 78/2010	101
2.6 Východiska při prokazování jednotlivých problémových kvalifikačních předpokladů	106
2.6.1 Ke způsobu a rozsahu prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů do 1. 4. 2012	111
2.6.2 Ke způsobu a rozsahu prokazování profesních kvalifikačních předpokladů.....	115
2.6.3 Ke způsobu a rozsahu prokazování technických kvalifikačních předpokladů	119
 ZÁVĚR	 128
 RESUMÉ	 131
 SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY	 134
 ABSTRAKT	 145
ABSTRAKT	145

ÚVOD

System zadávání veřejných zakázek je velmi složitá problematika a to především z důvodů její přísné regulace, která je ovšem nezbytná především z toho důvodu, že výsledkem zadávacího procesu je spotřebovávání veřejných prostředků, které v celkovém objemu představují značnou sumu peněžních prostředků daňových poplatníků, tedy nás všech. Z informačního systému o veřejných zakázkách je zřejmé, že finanční objem veřejných zakázek zadaných v roce 2013 (od 1. 1. 2013 do 1. 1. 2014) v České republice (dále jen „ČR“) byl málo přes 250 mld. Kč. A právě z tohoto důvodu je proces zadávání veřejných zakázek mimořádně sledovaný odbornou i laickou veřejností a v poslední době i médii. Z těchto důvodů je cílem každého zadavatele úspěšně dokončený zadávací proces, jehož výsledkem je kvalitně realizovaná veřejná zakázka v rozumném časovém období za nejmenší možné množství finančních prostředků. Právně jedním z mnoha úskalí zadávacího řízení je i problematika prokazování kvalifikace prostřednictvím třetí osoby, tedy subdodavatele. Byť se tato problematika jeví jako relativně jednoduchá a pochopitelná, není tomu tak a výkladové protiklady se objevují i v rozhodnutích orgánů dohledu a přezkumu, kterým dále oponuje právní úprava Evropské unie (dále jen „EU“) z oblasti veřejných zakázek i odborná literatura, stanoviska a články. Rozhodla jsem se tedy podrobně analyzovat právní problematiku prokazování kvalifikace ve veřejných zakázkách právě s důrazem na způsoby prokazování kvalifikace třetí osobou (subdodavatelem) a to jednak z výše uvedených důvodů, ale i vzhledem k mé dosavadní praxi u nadnárodní stavební skupiny, která byla v roce 2013 podle Informačního systému o veřejných zakázkách třetím největším dodavatelem (resp. zhotovitelem) veřejných zakázek (dále jen „VZ“) v ČR. Souhrnná hodnota těchto VZ činila přes 6 mld. Kč.

Cílem této práce je tedy pokusit se stanovit pokud možno spolehlivý návod, jak má v jednotlivých problémových případech správně a v souladu s právní úpravou vypadat prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele, jak má vypadat konkrétní právní vztah mezi uchazečem a jeho subdodavatelem včetně toho nejdůležitějšího - závazku těchto smluvních stran podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“ nebo „Zákon“). Podkladem pro dosažení cíle této práce musí být podrobná interpretace právní úpravy samotné kvalifikace v klíčových oblastech opřená o rozhodovací praxi orgánů dohledu a přezkumu, pokud jde o samotné prokazování

kvalifikace prostřednictvím subdodavatele musí být provedena analýza klíčových rozhodnutí a jejich porovnání z právem EU. Jako podpůrná argumentace jistě poslouží i odborná literatura a názory uznávaných kapacit v oboru. Kombinací výše uvedených analýz, vlastních zkušeností i názorů odborníku se pokusím vnést jasno do této velmi zajímavé a důležité problematiky.

Pro zkoumání dané problematiky je důležitý historický vývoj právní úpravy zadávání veřejných zakázek právě s ohledem na kvalifikaci, především v části jejího prokazování třetí osobou. Důležitý je okamžik, kdy se v právní úpravě objevilo ustanovení o prokazování kvalifikace subdodavatelem, v jaké podobě a jaký byl jeho výklad. Stejně tak, jak a proč se v průběhu času dané ustanovení měnilo. Tyto otázky budou osvětleny v první kapitole této práce, resp. v jednotlivých podkapitolách věnovaným konkrétním zákonům upravujícím zadávání VZ na našem území v jednotlivých obdobích. Podrobněji je sice v této kapitole popsána právní úprava dřívější, ale to především z toho důvodu, že pozdější právní úprava je zároveň stávající a je tedy důkladně analyzována v druhé kapitole této práce.

V druhé kapitole mé práce se zabývám samotným jejím těžištěm, tedy zejména výše uvedenou analýzou, když v první podkapitole se věnuji nezbytnému vysvětlení pojmů, rekapitulaci samotné právní úpravy kvalifikace a konečně jednotlivým kvalifikačním předpokladům a jejich prokazování uchazečem s ohledem na aktuální rozhodovací praxi orgánů dohledu a přezkumu a vlastní zkušenosti. Druhá podkapitola je věnována samotné právní úpravě prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, včetně výkladu pojmu „subdodavatel“, jeho rozdělení a specifika obou kategorií. V další podkapitole je vysvětlena možnost zjednodušeného prokazování kvalifikace pomocí dokladů kumulujících více jednotlivých kvalifikačních předpokladů. Ve čtvrté podkapitole je zrekapitulována právní úprava dané problematiky optikou EU s důrazem na právní úpravu zadávacích směrnic do nedávna platných, které jsou rozhodné pro současnou rozhodovací praxi s tím, že je uvedena aktuální tendence evropského práva na základě nových zadávacích směrnic. Dále jde zejména o konkrétní přílehlavou judikaturu Soudního dvora EU (dále jen „ESD“), která je s ohledem na téma analyzována. Následující pátá podkapitola podrobně analyzuje jednotlivá důležitá rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“ nebo „Úřad“) ohledně prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele s tím, že v závěru hodnotím

ustálenost rozhodovací praxe tohoto orgánu při dohledu nad zadáváním veřejných zakázek vzájemným porovnáním konkrétních dílčích závěrů v rozhodnutích obsažených (samozřejmě k danému tématu). V této podkapitole rovněž analyzuji klíčová rozhodnutí Krajského soudu v Brně (dále jen „KS“) a Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“), která jsou nejčastěji v praxi používána podpůrně k výkladu ustanovení zákona o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“) k prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. V dalších podkapitolách podrobně vysvětluji, s ohledem na předcházející analýzy, konkrétní způsoby prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele v případech jednotlivých kvalifikačních předpokladů.

V závěru práce vyjasňuji prokazování konkrétních problémových kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele co do způsobu, ale i rozsahu a to jednak na základě provedených hloubkových analýz, dále na základě názorů odborníků v daném oboru, evropské právní úpravy a její nové tendence a nakonec v nemalé míře nabytím vlastních zkušeností v dané problematice. Objasnění prokazování konkrétních kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele včetně podrobného odůvodnění jistě v praxi vnese jasnější pohled do nejednotně vykládané problematiky, což je z mého pohledu dlouhodobý cíl této práce a konečně i moje neskromné přání.

1. HISTORIE ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK V ČR

Dalo by se říci, že vzhledem k tomu, že vynalézavost člověka je jeho schopností nutnou k přežití od jeho samotného počátku na zemi, bylo v průběhu času potřeba nějakým způsobem začít ochraňovat veřejné prostředky, tedy prostředky všech. Pokud jde o široký pohled, tak zcela jistě mezi první nástroje určené k regulaci odvětví veřejných zakázek patřil francouzský stavební řád z roku 1535.¹ Území Uher se řídilo právní úpravou zadávání veřejných dodávek obsažené v § 13 až 15 zákona č. III/1907 pro dodávky veřejné vůbec a v prováděcím nařízení č. 55800/1970. Na území Rakouska bylo ošetřeno zadávání státních dodávek a prací nařízením č. 61/1909 říšského zákoníku, které bylo doplněno řadou prováděcích předpisů.²

V naší zemi bylo zadávání veřejných zakázek upraveno prvně nařízením československé vlády č. 667/1920, o zadávání veřejných zakázek a prací (Zadávací řád). Účelem tohoto nařízení bylo v první řadě to, co je jím i v současnosti, tedy potírání korupce a pletichaření, kvalitní realizace a ochrana veřejných financí.³ Zadávací řád měl vytvořit pravidla a konkurenční prostředí pro subjekty zájímající se o získání VZ a současně měl vyloučit nežádoucí vlivy jako je korupce, nekvalitní plnění atd. Získání státní zakázky v té době bylo prestižní záležitostí a zároveň osvědčením o spolehlivosti a řemeslné zručnosti. Rovněž získání státní zakázky bylo pro firmu jistotou finančního zdroje.⁴ Zadávací řád pozitivně vymezoval způsoby zadávání dodávek a prací, to bylo potřeba chápat jako nutnost aplikace uvedeného nařízení, tedy povinného absolvování zadávacího řízení zadavatelem před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem, jejímž předmětem byla poptávaná dodávka či práce.⁵ Zadávací řád umožňoval zadávat veřejné zakázky ve třech druzích zadávacích řízení. Prvním druhem byla veřejná soutěž, podle jejíž úpravy se zadávalo v těch případech, kdy bylo vyloučeno zadat zakázku omezenou soutěží, nebo z volné ruky. Omezenou soutěž mohl zadavatel použít v případech zadávání dodávek či prací bezpečnostního nebo vojenského charakteru, nebo v takových případech, kdy se dalo předpokládat, že zakázku mohou realizovat pouze určití dodavatelé, nebo pokud bylo k její realizaci vyžadováno specifických odborných

¹ Blíže viz DOLEŽALOVÁ, H. *Zadávání veřejných zakázek v praxi*. *Právník*, 1998, č.9, s. 17.

² Dubská, K. *Zadávání veřejných zakázek*: diplomová práce. Brno, 2009. s. 8. Ekonomicko-správní fakulta Masarykovy univerzity. Vedoucí práce Petr Halámek.

³ Blíže viz JURČÍK, R. *Zadávání veřejných zakázek v praxi*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2002, s. 1.

⁴ BERGEROVÁ, E. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2005, s. 12.

⁵ KRENK, M. *Zadávání veřejných zakázek*. Praha: Galén, 2005, s. 14.

znalostí nebo dovedností, stejně tak v případech, kdy hodnota zakázky nedosahovala finančního objemu 80.000,-Kč. Zadat zakázku z volné ruky (nešlo vlastně ani o žádné zadávací řízení, ale přímé uzavření smlouvy s dodavatelem) mohl zadavatel pouze v případech, kdy šlo o dodatečné dodávky od stejného dodavatele do celkového objemu 20 % původní dodávky a v některých dalších případech, pokud dodávka byla tak specifická, že mohla být poskytnuta pouze určitým podnikem v tuzemsku. Zadávací řád obsahoval ve svých ustanoveních právní úpravu řady takových institutů jako je jistota, náležitosti nabídek, proces otevírání obálek a hodnocení nabídek, z nichž celá řada byla po roce 1989 v Československu a později České republice bez podstatnějších změn recipována do nově přijímaných zákonných úprav.⁶ K zadávacímu řádu byly později vydány i doprovodné vyhlášky. Zadávací řád nepředpokládal u uchazečů prokazování kvalifikace ani žádné jiné ověření jejich způsobilosti veřejnou zakázku splnit. Podle § 16 odst. 3) písm. d) umožňoval podání nabídky několika osob společně,⁷ nikoliv ale prostřednictvím třetí osoby (subdodavatele).

V období nástupu centrálně plánovaného hospodářství (neexistovalo tedy tržní prostředí) byl zadávací řád zrušen zákonem č. 99/1950 Sb., o hospodářských smlouvách a státní arbitráži, přičemž hlavní roli v přidělování zakázek měl sehrát státní plán a systém státních hmotných financí. Problematika zadávání veřejných zakázek v oblasti staveb byla řešena Všeobecnými stavebními podmínkami, které platily od roku 1947 do roku 1972.⁸ V roce 1983 byl zákonem č. 165/1982 Sb. změněn zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník, přičemž tato novelizace znamenala zrušení Všeobecných stavebních podmínek, neboť její součástí byla i právní úprava veřejné soutěže.

Po roce 1989 došlo k přechodu naší společnosti na tržní hospodářství a v této souvislosti byl 1. října 1990 přijat Zadávací řád staveb. Tento právní předpis upravoval jak zadávání staveb nebo jejich technologických částí, tak i projektovou přípravu staveb. Umožňoval zadavatelům⁹ vyhlásit veřejnou soutěž (§ 3), Užší soutěž (§ 4), nebo

⁶ KRENK, M. *Zadávací řízení veřejných zakázek*. Praha: Institut postgraduálního vzdělávání ve zdravotnictví, 2008, s.22 až 23.

⁷ Pozn.: V takovém případě společně nabízející osoby předkládaly prohlášení o tom, že za nabídku ručí rukou společnou a nerozdílnou, dále označení osoby zmocněné k obchodnímu vyřizování a k přijímání výplat.

⁸ ŠÍP, E. *Veřejné zakázky v oblasti Fondu soudržnosti*. Praha: Odbor vnějších vztahů, Ministerstvo pro místní rozvoj České republiky, 2006, s. 24.

⁹ Pozn.: Zadavatelem se rozuměl i vyhlášovatel a byla jím podle § 2 odst. 2 a 3 právnická i fyzická osoba, která stavbu zadávala. Mohla to být i organizace nebo ústřední orgán státní správy, pro jejichž podnikatelskou nebo jinou činnost se mělo realizovat (odběratelé, investoři, jimi pověřené organizace,

zadání z volné ruky (§ 5). Byl závazný pro zadávání veřejných staveb a staveb financovaných více než ze 40 % z veřejných prostředků. Pokud jde o kvalifikaci, tak její obdobu obsahovalo ustanovení § 30, které umožňovalo zadavateli ověřit odbornost, výkonost a spolehlivost uchazečů požadováním informací o obchodním obratu za poslední tři roky na srovnatelných dodávkách, nebo o dodávkách realizovaných za poslední tři roky srovnatelných s předmětem soutěže, nebo o profesní struktuře a počtech zaměstnanců, či o technickém výrobním vybavení, nebo o jiných, podle zadavatelů významných, okolnostech (například finanční situaci). Zadávací řád neobsahoval žádné ustanovení, ze kterého by vyplývalo, že nabídku může podat dohromady více osob.

24. července 1991 bylo vydáno opatření č. 179/1991 Federálního ministerstva hospodářství, ministerstva průmyslu ČR a ministerstva výstavby a stavebnictva SR (Zadávací řád staveb).¹⁰ Tento zadávací řád byl ale podle čl. 1 odst. 1) pouze doporučeným postupem při zadávání dodávek pro přípravu a realizaci výstavby. Tato právní úprava umožňovala zadávat veřejné zakázky ve stejných třech druzích řízení jako úprava předchozí. A stejně jako v případě předchozího zadávacího řádu i tento umožňoval ověřování způsobilosti uchazečů stejným způsobem. Došlo jen k nepatrnému rozšíření o možnost požadovat po uchazečích poskytnutí údajů o odborné způsobilosti k požadovaným výkonům (čl. 13 odst. a) a finanční situaci (čl. 13 odst. f). I tento zadávací řád neobsahoval žádné ustanovení umožňující prokazování kvalifikace nějakou formou seskupení více osob.

Jako příklad obdoby tehdejších kvalifikačních předpokladů uvádím část podmínek veřejné soutěže na tehdy jednu z největších veřejných zakázek na našem území „*ČD DDC, Modernizace žst. Poříčany*“. Pokud jde o odbornou způsobilost (obdoba dnešních kvalifikačních předpokladů), požadoval v této době zadavatel (České dráhy, s. o.) po uchazečích předložit:

- Výpis z obchodního rejstříku, nebo živnostenské oprávnění s předmětem podnikání k předmětu veřejné zakázky,
- oprávnění podle zákona č. 360/92 Sb.,
- osvědčení o odborné způsobilosti k výkonu geodetické činnosti na stavbě

inženýrské organizace v zastoupení investora podle podmínek uzavřené dohody, popř. hlavní dodavatelé staveb, pokud šlo o subdodávky), které se zúčastňovaly zadávacího řízení.

¹⁰ BERGEROVÁ, E. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2005, s. 13.

- oprávnění k výrobě a montáži mostů vydaného Státní drážní technickou inspekcí Praha,
- osvědčení o technickém a materiálovém vybavení pro realizaci zakázky, porovnatelně významných zakázkách, které uchazeč realizoval v posledních třech letech, s uvedením zadavatele, cen, míst a termínů realizace (dokladovat potvrzenými referencemi),
- stanovisko financujícího peněžního ústavu uchazeče o finanční situaci uchazeče ne starší 2 měsíců a průměrný roční počet svých pracovníků, včetně počtu rozhodujících odborných profesí pro splnění zakázky.¹¹

Přesto, že zadávací řád neupravoval postup při skládání kvalifikace ani prokazování třetí osobou jak již bylo uvedeno, byl pouze doporučujícím. Zadavatelé při zadávání větších investičních celků požadovali po uchazečích předložení informací o subdodavatelích, kterým chtějí v budoucnu zadat realizaci části zakázky.¹²

Z pohledu evropského práva se ČR zavázala k zavedení systému soutěžního zadávání veřejných zakázek článkem 6 Evropské dohody zakládající přidružení k Evropským společenstvím a také článkem 6 dohody uzavřené s Evropským společenstvím volného obchodu. Nastala doba přípravy první české specializované právní normy, týkající se veřejných zakázek, kterou se stal zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

1.1 Zákon o zadávání veřejných zakázek č. 199/1994 Sb.

Tento zákon podle § 1 odst. 1) upravoval závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřující k uzavření smluv k jejich provedení, obchodní veřejnou soutěž pro veřejné zakázky a způsob uzavírání smluv k jejich provedení na podkladě výsledků této soutěže a konečně způsob dohledu nad dodržováním tohoto zákona. Zákon definoval původně pojem veřejná zakázka v § 2 písm. a) a to tak, že je to zakázka zadávaná vyjmenovanými zadavateli s tím, že veřejnou zakázkou je rovněž nájem nebytových

¹¹ Pozn.: Nabídka stavební společnosti Stavby silnic a železnic (později EUROVIA CS, a.s.) na tuto VZ obsahovala co se týká prokazování odborné způsobilosti pouze 12 stránek a 4 stránky příloh.

¹² Pozn.: Např. zadávací dokumentace VZ „D5 0505 Bavoryně – Kařez“ (zadavatel: Ředitelství dálnic Praha) z roku 1992 obsahovala běžný požadavek zadavatele zveřejnit část zakázky (druh a rozsah práce), která bude zadána subkontrahentovi (rozuměj subdodavateli) a strojní vybavení, kterým bude subkontrahent příslušnou část VZ realizovat.

prostor. V roce 2000 vyložil pojem veřejná zakázka blíže Vrchní soud v Olomouci, který uvedl, že veřejnou zakázkou je každá zakázka zadávaná subjektem uvedeným v § 2 písm. a), aniž by obsahem veřejné zakázky nutně musel být výdaj z veřejného rozpočtu.¹³ K nájmu nebytových prostor se soud vyjádřil tak, že uvedl, že veřejnou zakázkou je i nájem nebytových prostor, kde lze předpokládat příjem i výdaj z rozpočtu. Podle tohoto rozhodnutí soudu se veřejnou zakázkou mínila každá zakázka počínaje ministerstvem a konče Českými drahami, a pokud jde o právnické osoby zřízené zákonem, je třeba, aby hospodařily v souladu s rozpočtovými pravidly s veřejnými prostředky. Po novelizaci zákona zákonem č. 28/2000 Sb. (novelizací tohoto zákona bylo celkem 12) byla veřejná zakázka definována jako úplatná smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jejímž předmětem jsou dodávky, provedení prací nebo poskytování služeb.¹⁴

Obsah zákona č. 199/1994 byl členěn na pět částí (Obecná ustanovení, Obchodní veřejná soutěž. Jiné způsoby zadání veřejných zakázek, Dohled nad dodržováním zákona, Ustanovení společná, přechodná a závěrečná). Pokud jde o kvalifikaci, tak tou zákon rozuměl zejména kvalifikační předpoklady. Ty byly podle tohoto zákona jednotné, šlo tedy pouze o jednu skupinu kvalifikačních předpokladů vymezenou v § 2b tohoto zákona. Uchazeč splňoval kvalifikační předpoklady pokud měl příslušné oprávnění k podnikání (§ 2b, odst. 1, písm. a),¹⁵ na jehož majetek nebyl prohlášen konkurz nebo proti kterému nebylo zahájeno konkurzní nebo vyrovnávací řízení, nebo nebyl návrh na prohlášení konkurzu zamítnut pro nedostatek majetku úpadce nebo není v likvidaci (§ 2b, odst. 1, písm. b), který neměl v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky (§ 2b, odst. 1, písm. c), který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání uchazeče nebo pro trestný čin hospodářský nebo trestný čin proti majetku (§ 2b, odst. 1, písm. d), který nebyl v posledních třech letech disciplinárně potrestán podle zvláštních předpisů upravujících výkon odborné činnosti, pokud tato činnost souvisela s předmětem veřejné zakázky (§ 2b, odst. 1, písm. e), který neměl splatný nedoplatek na pojistném a na penále na

¹³ Rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2 A 1/2000 ze dne 2. května 2000.

¹⁴ Blíže viz KRENK, M. *Zadávání veřejných zakázek*. Praha: Galén, 2005, s. 15.

¹⁵ Pozn.: Tím se myslelo například předložení dokladu podle tehdy platného § 2 až 9 zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, zákona č. 237/1991 Sb., o patentových zástupcích, ve znění zákona České národní rady č. 14/1993 Sb., zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících.

veřejné zdravotní pojištění nebo na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti (§ 2b, odst. 1, písm. f), který není vyloučen z účasti na zadávání veřejných zakázek (§ 2b, odst. 1, písm. g).¹⁶

Kvalifikační předpoklady ale tento zákon vymezoval až po novelizaci¹⁷ zákonem č. 148/1996 Sb., (účinnost od 1. července 1996) a to v podstatně menším rozsahu, než je tomu dnes.¹⁸ Způsob jejich prokazování byl už tehdy obdobný, jako je tomu v současnosti,¹⁹ avšak bez možnosti prokazování kvalifikačních předpokladů pomocí Seznamu kvalifikovaných dodavatelů (§ 125 a násl. dnešního ZVZ), Certifikátem (§ 133 a násl. dnešního ZVZ) a Výpisem ze zahraničního seznamu dodavatelů (§ 143 a násl. dnešního ZVZ), viz kapitola 2.3 této práce. Mimo kvalifikační předpoklady mohl ale zadavatel po uchazečích požadovat předložení dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky. Šlo zejména o technické a materiální vybavení k plnění veřejné zakázky (2f, odst. 1, písm. a), počet zaměstnanců odborných profesí rozhodných pro plnění veřejné zakázky (2f, odst. 1, písm. b), přehled významných zakázek uskutečněných uchazečem v posledních letech s uvedením objednatele, popřípadě kupujícího, místa a doby plnění (2f, odst. 1, písm. c). Tyto požadavky byly obdobou dnešních technických kvalifikačních předpokladů (§ 56 dnešního ZVZ). Tato kvalifikační kritéria nebyla zadavateli prakticky využívána, popřípadě byla aplikována zcela chybně jako kritéria hodnocení nabídek. Směšování těchto kvalifikačních kritérií dodavatele s kritérii hodnocení nabídek mělo za následek, že při nevhodném nastavení vah jednotlivých kritérií zadavatel nevyhodnotil nejvýhodnější nabídku, ale „nejkvalifikovanějšího“ dodavatele. Stávalo se tak zejména u veřejných zakázek na stavební práce, díky požadavkům zadavatelů na předložení tzv. referencí (potvrzení

¹⁶ Pozn.: K takovému vyloučení uchazeče docházelo z toho důvodu, že byl zaměstnanec uchazeče (ale i podnikatel jako fyzická osoba, společník obchodní společnosti nebo člen statutárního, kontrolního či dozorčího orgánu uchazeče) pravomocně odsouzen pro trestný čin související se zadáváním veřejné zakázky nebo pro jiný úmyslný trestný čin a vzhledem k povaze veřejné zakázky hrozila obava, že se takový zaměstnanec dopustí stejného nebo obdobného trestného činu. Vyloučení z účasti v zadávacím řízení mohlo být na dobu maximálně 5 let (§ 63 odst. 1 a 2 tehdy platného zákona).

¹⁷ Pozn.: Před touto novelizací zákon nijak nepředepisoval zadavatelům text kvalifikačních předpokladů. Blíže viz SECHTEROVÁ, J. SOKOL, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 33-35.

¹⁸ Pozn.: Šlo taxativně podle § 2b tehdejšího ZVZ o možnost požadovat předložení oprávnění k podnikání, doklad prokazující ekonomickou stabilitu uchazeče, doklad o daňových nedoplatcích, doklad o beztrestnosti, doklad o disciplinární bezúhonnosti s ohledem na předmět veřejné zakázky. Blíže viz. PELC, V. *Zadávání veřejných zakázek*. 3. vyd. Praha: Linde Praha, 1996. s. 110-114.

¹⁹ Pozn.: Výpisem z obchodního rejstříku, je-li do tohoto rejstříku zapsán, ne starším než 90 dnů, výpisem z evidence Rejstříku trestů ne starším než šest měsíců, potvrzením příslušného orgánu ne starším než šest měsíců.

objednatelů o předchozí realizaci obdobných zakázek), které zejména při nadhodnocení jejich váhy při současném podhodnocení nabídkové ceny znamenalo zkreslení výběru nejuvhodnější nabídky.²⁰ Stejně jako v současné době, znamenaly i tehdy nesplnění kvalifikace vyloučení uchazeče z účasti v dalším jednání o veřejné zakázce (§2e).

Zákon obsahoval ustanovení umožňující prokazování části kvalifikačních předpokladů prostřednictvím třetí osoby. V ustanovení § 2a odst. 5), které bylo začleněno do textu zákona novelizací zákonem č.256/2000 Sb., ze dne 10. 8. 2000 bylo uvedeno, že u nabídek předpokládajících splnění zakázky s pomocí jiných osob prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů uchazeč, který nabídku podává, pokud se jeho oprávnění k podnikání vztahuje na celý rozsah veřejné zakázky. Jinak prokazují splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1 písm. a) i tyto jiné osoby. Toto ustanovení je částečně podobné dnešnímu ustanovení § 51 odst. 4) ZVZ, avšak jeho slovosled je opačný, i v té době v praxi spíše docházelo k situaci, kdy uchazeč prvně nedisponoval příslušným oprávněním k podnikání a až na základě této skutečnosti nechal plnit v souladu se zákonem příslušnou část případně získané veřejné zakázky třetí osobu (subdodavatele) i když primární odpovědnost za prokázání příslušného oprávnění k podnikání nesl samozřejmě uchazeč.²¹ I podle odborné literatury tato právní úprava vystihovala praktickou realitu, kdy generální dodavatel často nedisponoval

²⁰ SECHTEROVÁ, J. SERAFÍN, P. VAINDL, V. *Zadávání staveb podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů*. Praha: ARCH, 2005, s. 49.

²¹ Viz Rozsudek NSS sp. zn. 8 Afs 58/2007 ze dne 30. dubna 2008, cit: „Podle § 2 odst. 5 tohoto zákona (rozuměj 199/1994 Sb.), u nabídek předpokládaných splnění zakázky s pomocí jiných osob, prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů uchazeč, který nabídku podává, pokud se jeho oprávnění k podnikání vztahuje na celý rozsah veřejné zakázky. Jinak prokazují splnění kvalifikačního předpokladu podle § 2b odst. 1) písm. a) zákona i tyto osoby. Jak je zřejmé již z dikce tohoto ustanovení, vztahuje se toto ustanovení toliko na případy doložení jednoho z kvalifikačních předpokladů, a to oprávnění k podnikání dle § 2b odst. 1) písm. a) zákona, nikoli dalšího požadavku zadavatele (doklad o autorizaci). Pro úplnost je nutno uvést, že účelem tohoto ustanovení je upravit postup v případech, kdy zakázka má být realizována „s pomocí jiných osob“ (v odborné literatuře se většinou hovoří o subdodavatelích – viz. např. JURČÍK, R. *Zadávání veřejných zakázek v praxi*. 1. Vydání. Praha, C. H. Beck, 2002). Jde o situaci, kdy určitou část zakázky realizuje uchazeč, ostatní části zakázky subdodavatel (subdodavatelé). Proto i splnění kvalifikačního předpokladu dle § 2b odst. 1 písm. a) zákona č. 199/1994 Sb. při podání nabídky dokládá především uchazeč, a to i v případě, že část zakázky bude realizovat subdodavatel (subdodavatelé)., pokud i sám uchazeč splňuje tento předpoklad (neboť za realizaci zakázky odpovídá v prvé řadě uchazeč). Teprve v případě, že uvedený kvalifikační předpoklad, pokud se týká části zakázky, sám nesplňuje, je povinen doložit splnění tohoto předpokladu u subdodavatele (subdodavatelů). Z toho dále vyplývá, že (i když to není v citovaném ustanovení výslovně uvedeno), že pokud je příslušná kvalifikace dokládána i u subdodavatelů, musí uchazeč v nabídce přesně uvést osoby, pomocí nichž bude zakázku realizovat a vymezit příslušné části zakázky, u nichž uvažuje s provedením subdodavatelem. Jen tak může zadavatel, a v dalším řízení i Úřad, a eventuálně i soud ve správním soudnictví posoudit, zda bylo u uchazeče i u subdodavatele doloženo splnění kvalifikačních předpokladů.“

všemi oprávněními k podnikání, které by pokrývaly celý rozsah veřejné zakázky a umožňoval tento nedostatek nahradit zcela nebo částečně podnikatelskými oprávněními svých subdodavatelů.²² Z rozhodovací praxe orgánů dohledu v té době je patrné, že ustanovení působilo v praxi výkladové problémy, neboť se často stávalo, že uchazeči, kteří nedisponovali příslušným oprávněním k podnikání, nedokládali v nabídce kvalifikační předpoklady podle tehdejšího § 2b odst. 1 písm. a) (tj. příslušné oprávnění k podnikání) za svého subdodavatele.²³

Zajímavostí bylo, že zákon obsahoval ustanovení, na jehož základě bylo možné zvýhodnění nabídkových cen tuzemských osob nejvýše do 10 % od nejnižší nabídkové ceny zahraniční osoby. Pokud předkládala nabídku společně tuzemská a zahraniční osoba, považovala se jejich nabídka za nabídku zahraniční osoby. V dnešní době by takováto nebo obdobná podmínka v zadávací dokumentaci byla považována za jednoznačně diskriminační, neboť by byla v rozporu nejen se zákonem, ale i s evropskou právní úpravou.²⁴ Problémem tohoto zákona byla především jeho celková

²² KRENK, M. *Zadávání veřejných zakázek*. Praha: Galén, 2005, s. 118.

²³ Např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. VZ/S115/04-153/4460/04-Gar ze dne 2. září 2004, str. 4, cit: „Ačkoli jmenovaný uchazeč předpokládal splnění veřejné zakázky s pomocí další osoby, neboť sám nedisponoval příslušným oprávněním k podnikání (k poskytování leasingu), nedoložil ve své nabídce kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. a) zákona (oprávnění k podnikání) ve vztahu k ČSOB Leasing, a.s., Praha 3, jakožto jiné osobě ve smyslu § 2a odst. 5 zákona“. Dále obdobně v Rozhodnutích VZ/S21/05-152/1136/05-KV ze dne 14. března 2005, VZ/S43/05-151/2010/05-SH ze dne 19. května 2005.

²⁴ Viz např. Rozsudky ESD ve věci:

C-360/89 *Commission of the European Communities, represented initially by Guido Berardis, then by Antonio Aresu, of its Legal Service, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg at the office of Roberto Hayder, a representative of the Commission's Legal Service, Wagner Centre, Kirchberg vs. Italian Republic, represented by Luigi Ferrari Bravo, Head of the Department for Legal Affairs of the Ministry for Foreign Affairs, acting as Agent, assisted by Pier Giorgio Ferri, Avvocato dello Stato, with an address for service in Luxembourg at the Italian Embassy, 5 Rue Marie-Adélaïde*, ze dne 13. března 1992, cit.: „členský stát, který vyhrazuje jakékoliv veřejné zakázky na stavební práce společně, které mají sídlo v regionu, kde mají být stavební práce provedeny a dává přednost dočasným sdružením, které zahrnují podniky, které mají hlavní aktivity v tomto regionu, je v rozporu se závazky stanovenými článkem 59 Smlouvy a zadávací směrnici na stavební práce.“

C-87/94 ve věci *Commission of the European Communities, represented by Hendrik van Lier, Legal Adviser, acting as Agent, with an address for service in Luxembourg at the office of Carlos Gómez de la Cruz, of its Legal Service, Wagner Centre, Kirchberg, vs. Kingdom of Belgium, represented by Jan Devadder, Director at the Ministry of Foreign Affairs, Foreign Trade and Cooperation for Development, acting as Agent, and by Michel Waelbroeck and Denis Waelbroeck, of the Brussels Bar, with an address for service in Luxembourg at the Belgian Embassy, 4 Rue des Girondins*, ze dne 25. dubna 1996, cit.: „Postup stanovený zadávací směrnici musí být dodržen bez ohledu na státní příslušnost nebo sídlo uchazečů. Ačkoli zadavatelé mají opravdu určitý stupeň výběru týkající se zadávacího řízení, jakmile uveřejnili zakázku v konkrétním řízení, jsou povinni postupovat dle tohoto řízení, dokud zakázka není přidělena.“

C-16/98 ve věci *Commission of the European Communities, represented by H. van Lier, Legal Adviser, and O. Couvert-Castéra, a national civil servant on secondment to the Legal Service, acting as Agents, with an*

koncepce, která vycházela primárně ze vzorového zákona o zadávání zboží, staveb a služeb přijatého komisí spojených národů (OSN) pro mezinárodní obchodní právo (UNCITRAL),²⁵ dále sekundárně ze směrnic ES (resp. EHS)²⁶ a z jeho návaznosti na již existující právní předpisy, zejména obchodní zákoník (dříve platný), občanský zákoník, živnostenský zákon, správní řád atd. Návrh zákona i jeho parafované znění bylo vypracováno ve spolupráci s experty z EU, Evropského sdružení volného obchodu (EFTA) a Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD). Návrh zákona byl vypracován Ministerstvem hospodářství, právním předchůdcem Ministerstva pro místní rozvoj.²⁷ Přesto zákon a evropské směrnice představovaly odlišné systémy a nebylo dost

address for service in Luxembourg at the Chambers of C. Gómez de la Cruz, of the same service, Wagner Centre, Kirchberg vs. French Republic, represented by K. Rispal-Bellanger, Head of Subdirectorate in the Legal Affairs Directorate of the Ministry of Foreign Affairs, and P. Lalliot, Secretary for Foreign Affairs in the same Directorate, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg at the French Embassy, 8B Boulevard Joseph II, ze dne 5. října 2000, cit.: „Princip nediskriminace mezi uchazeči je použitelný na všechna stádia zadávacího řízení a nejen od okamžiku, kdy dodavatel předloží nabídku. Tato interpretace je v souladu s účelem směrnice, kterým je otevření veřejných zakázek komunitární soutěži. Takový účel by byl podkopáván, pokud by zadavatel mohl organizovat zadávací řízení takovým způsobem, že dodavatelé z ostatních států, než ve kterých jsou veřejné zakázky zadávány, by byly odrazováni od účasti v zadávacím řízení“.

²⁵ Pozn.: Komise OSN pro mezinárodní právo (United Commission on International Trade Law, UNCITRAL – www.uncitral.org) patří v systému OSN pod podřízené orgány Valného shromáždění. Byla založena v roce 1966, sídlí ve Vídni. Jejím cílem je harmonizace a unifikace národních právních předpisů, jejichž rozdílnost často tvoří překážku volného obchodu. UNCITRAL připravuje vzorové právní předpisy pro oblast dotýkající se mezinárodního obchodu (Blíže viz. KUBIŠTA, V. *Mezinárodní ekonomické vztahy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 86-87.

²⁶ Směrnice Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce ze dne 21. prosince 1989 (Úřední věstník č. L 395 z 30. 12. 1989), Směrnice Rady 92/13/ES, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací ze dne 25. února 1992 (Úřední věstník č. L 076 z 23. 3. 1992), Směrnice Rady 92/50/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby ze dne 18. června 2012 (Úřední věstník č. L 209 z 24. 7. 2012), Směrnice Rady 93/36/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky ze dne 14. června 1993 (Úřední věstník č. L 199 z 9. 8. 1993), Směrnice Rady 93/38/EHS, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací ze dne 14. června 1993 (Úřední věstník č. L 199 z 9. 8. 1993.).

²⁷ KOTOUČOVÁ, J. Nad novým zákonem o veřejných zakázkách. *Aplikované právo*, 2004, č. 2. s. 95.

dobře možné provést harmonizaci²⁸ s právem ES prostým propojením prvků obou systémů.²⁹

1.1.1 Dohled nad dodržováním zákona

Zákon České národní rady č. 173/1991 Sb. ze dne 26. dubna 1991 zřídil Český úřad pro hospodářskou soutěž, který zahájil činnost k 1. červenci 1991. Sídlem Úřadu se nestala Praha, jako centrum všech orgánů státní správy, ale Brno, což mělo deklarovat nezávislost rozhodování.³⁰

V roce 1992 byl tento úřad nahrazen Ministerstvem pro hospodářskou soutěž. Tato změna byla odůvodněna tehdy probíhající ekonomickou transformací a především úlohou, kterou plnilo ministerstvo v privatizačním procesu. Jeho dohled nad dodržováním zákona při zadávání veřejných zakázek spočíval podle § 51 odst. 1) zejména v přezkoumávání námitek uchazečů vznesených proti úkonům zadavatele, v kontrole postupů zadavatelů, v účasti zástupců orgánu dohledu při otevírání obálek s nabídkami, v zabezpečení statistických údajů o zadávání veřejných zakázek a jejich zveřejňování, v ukládání sankcí (§ 52 odst. 1) písm. a) – e)).

Znovu začal Úřad fungovat pod současným názvem od 1. listopadu 1996, přičemž navázal na činnost dřívějšího ministerstva. Působnost Úřadu je vymezena zákonem č. 273/1996 Sb., ve znění zákona č. 187/1999 Sb. a tato změna byla do zákona č. 199/1994 promítnuta novelizací zákonem č. 28/2000 Sb., ze dne 31. května 2000. Úřadu přísluší vytvářet podmínky pro podporu a ochranu hospodářské soutěže, vykonávat dohled při zadávání veřejných zakázek a veřejné podpory. V oblasti veřejné

²⁸ Pozn.: Harmonizací se rozumí proces sblížení vnitrostátního právního řádu s právním řádem EU. Pokud jde o ČR, bylo před jejím vstupem do EU vybráno celkem 8 500 právních norem z celkového počtu 12 000, které byly objektem sblížení českého právního řádu s právem EU. Podle zásady plné slučitelnosti (Usnesení vlády č. 453/1999 a 1212/1999) byly až na odůvodněné výjimky všechny relevantní právní normy harmonizovány. Garantem slučitelnosti byl odbor kompatibility Úřadu vlády a vládní legislativa. Metodika sblížení vycházela z přijatých metodických pokynů a kladla důraz především na rozlišování dopadů směrnic a nařízení, na proces sblížení, podporovala doslovnou transpozici směrnic a nepodporovala širší působnost směrnic než bylo nutné (Blíže viz. TICHÝ, L. ARNOLD, R. aj. *Evropské právo*, In OUTLÁ, V. *Právo Evropské unie*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 31.).

²⁹ ŠÍP, E. *Veřejné zakázky v oblasti Fondu soudržnosti*. Praha: Odbor vnějších vztahů, Ministerstvo pro místní rozvoj České republiky, 2006, s. 24.

³⁰ *Historie úřadu*. [cit. 2014-02-25]. Dostupný z [www: http://www.uohs.cz/cs/o-uradu/historie-uradu.html](http://www.uohs.cz/cs/o-uradu/historie-uradu.html)

podpory rozhodoval Úřad v letech 2000-2004 o slučitelnosti poskytování veřejné podpory s právem ES. Tato pravomoc přešla od 1. května 2004 plně na Evropskou komisi. Úřad je poradenským, monitorovacím a konzultačním orgánem. Od února 2010 vykonává Úřad také roli orgánu dohledu nad dodržováním zákona o významné tržní síle a jejím zneužití. ÚOHS je ústředním orgánem státní správy, který je zcela nezávislý ve své rozhodovací činnosti. V jeho čele je předseda, kterého jmenuje na návrh vlády prezident republiky. Funkční období předsedy je 6 let a nikdo nemůže být jmenován do této funkce na více jak dvě funkční období. Předseda Úřadu nesmí být členem žádné politické strany nebo politického hnutí. Současným předsedou Úřadu je od 9. července 2009 Ing. Petr Rafaj.³¹

1.2 Zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách

Dne 1. 5. 2004 vstoupila Česká republika do EU, a tak bylo nutné adekvátně reagovat na harmonizační požadavky EU a především transponovat tehdy platné zadávací směrnice EU, které byly pro předchozí zákon pouze inspirací. Řešením tedy bylo přijetí nového zákona. Tímto zákonem byl zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách.

Přes špatnou legislativně technickou konstrukci a v mnoha ohledech nedokonalou transpozici evropských zadávacích směrnic představoval zákon ve svém pojetí oproti předchozí právní úpravě poměrně zásadní změnu a zavedl zcela nový systém zadávání veřejných zakázek. Uvedený zákon mimo jiné nově definoval veřejné zakázky a zadavatele, rozdělil veřejné zakázky na nadlimitní a podlimitní, zavedl nové druhy zadávacích řízení (otevřené řízení, užší řízení, jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění) či nový způsob uveřejňování informací o zadávacích řízeních. V průběhu své krátké účinnosti byl osmkrát novelizován³² s tím, že přijaté novely zůstaly bez většího dopadu na obsah zákona. K provádění zákona vydalo ministerstvo pro místní rozvoj dvě prováděcí vyhlášky (Vyhláška č. 239/2004., kterou se stanoví podrobný obsah a rozsah zadávací dokumentace stavby a vyhláška č.

³¹ *Historie úřadu.* [cit. 2014-02-25]. Dostupný z [www: http://www.uohs.cz/cs/o-uradu/historie-uradu.html](http://www.uohs.cz/cs/o-uradu/historie-uradu.html)

³² Zákony č. 436/2004 Sb., 437/2004 Sb., 60/2005 Sb., 124/2005 Sb., 179/2005 Sb., 235/2005 Sb., 377/2005 Sb., 413/2005 Sb.

240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti).³³

Obsah zákona byl členěn na pět částí (Obecná ustanovení, podmínky použití zadávacího řízení; předběžné oznámení a kvalifikace dodavatelů, zadávací řízení, veřejná soutěž o návrh, seznam kvalifikovaných dodavatelů). Oproti předchozímu zákonu byla podstatným způsobem rozšířena a zpřesněna právní úprava kvalifikace dodavatelů. V § 30 odst. 2) bylo uvedeno, že splněním kvalifikace se rozumí a) splnění základních kvalifikačních kritérií, b) splnění dalších kvalifikačních kritérií stanovených zadavatelem, jimiž zadavatel vymezení odpovídající úroveň finanční, ekonomické a technické způsobilosti dodavatele a zabezpečení jakosti podle druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky, c) prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů; oprávnění k podnikání může uchazeč nebo zájemce doložit ve stejnopise nebo v úředně ověřené kopii a d) prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů. Na rozdíl od předchozí právní úpravy, která v případech všech forem zadávání veřejných zakázek stanovovala jednotný způsob prokazování kvalifikačních a dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, zákon stanovil odlišný způsob prokazování kvalifikace nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek s tím, že u podlimitních zakázek byly na prokazování kvalifikace dodavatelů kladeny menší požadavky.³⁴

Pokud jde o problematiku prokazování kvalifikace prostřednictvím třetí osoby (subdodavatele), pak se zákon odklonil od předchozí úpravy v tom směru, že se prakticky vrátil zpět do doby, kdy prokazování kvalifikace tímto způsobem fakticky nebylo možné. Je pravdou, že zákon částečně prokazování kvalifikace prostřednictvím třetí osoby umožňoval, avšak opravdu ve velmi úzkém rozsahu. V ustanovení § 30 odst. 6) zákona bylo uvedeno, že dodavatel může splnit kvalifikaci podle odstavce 2 písm. d)³⁵ předložením dokladů třetí osoby spolu s jejím závazným prohlášením o budoucí spolupráci. Pokud jde o aplikaci tohoto ustanovení v praxi, tak ta nezpůsobovala větší

³³ KRENK, M. *Zadáování veřejných zakázek*. Praha: Institut postgraduálního vzdělávání ve zdravotnictví, 2008, s. 27.

³⁴ KRENK, M. *Zadáování veřejných zakázek*. Praha: Galén, 2005, s. 116.

³⁵ Pozn.: Prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů.

výkladové problémy, snad jen v několika specifických případech došlo k pochybnostem (např. prokazování zahraniční osobou,³⁶ nebo pochybnosti o vztahu osob dokládající autorizaci za uchazeče k němu³⁷ atd.). Důvodem byla dřívější existence složitějšího ustanovení umožňujícího prokazování kvalifikace prostřednictvím třetí osoby v zákoně č. 199/1994 Sb., jehož výklad v průběhu času vešel do povědomí a následné zjednodušení tímto zákonem.

Mimo to zákon nově umožňoval další dva způsoby prokazování kvalifikace a to výpisem ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů a osvědčením certifikačního orgánu o splnění národního kvalifikačního a klasifikačního systému stavebních dodavatelů. Oba tyto způsoby byly založeny na zásadě dobrovolnosti. Společným znakem obou bylo rovněž to, že kvalifikaci nehodnotil zadavatel, ale určitý nezávislý orgán. V případě výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů bylo tímto orgánem Ministerstvo pro místní rozvoj a v případě osvědčení certifikátu to byl certifikační orgán. Dále bylo (resp. je) oběma způsobům společné to, že po prokázání kvalifikace před těmito orgány se mohli zájemci nebo uchazeči prokazovat v jednotlivých zadávacích řízeních výsledkem tohoto prokázání, čili nemuseli příslušné údaje, informace a doklady opakovaně poskytovat jednotlivým zadavatelům. To pro ně bylo velmi výhodné, neboť tím ušetřili čas i finanční prostředky, které jinak museli vynaložit na získávání příslušných dokladů, jejich ověřování apd.³⁸ Oba tyto způsoby se ale i dnes odlišují v rozsahu pokrytí příslušné části kvalifikačních předpokladů. Vzhledem k tomu, že tento rozdíl v rozsahu je i v současnosti velmi podobný, odkazuji na tomto místě na kapitolu 2.3 této práce, kde je problematika rozvedena podrobněji.

Zákonu byla vyčítána komplikovaná systematika, nejednoznačná a nesrozumitelná definice zadavatelů, mezery v právní úpravě několika oblastí, ale i z pohledu této práce důležité nejasnosti při prokazování kvalifikace. Tento zákon byl přijímán pod velkým časovým tlakem a s ohledem na jeho „kvalitu“ byla zvolena cesta přijetí zcela nového zákona.³⁹ Dalším neméně důležitým důvodem pro tento krok, bylo

³⁶ Viz např. Rozhodnutí č.j. ÚOHS S035/2007-00046/2007/550-VŠ ze dne 10. dubna 2007.

³⁷ Viz např. Rozhodnutí č.j. ÚOHS VZ/S14/05-152/1050/05-GS ze dne 7. března 2005.

³⁸ SECHTEROVÁ, J. SERAFÍN, P. VAINDL, V. *Zadávací řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů*. Praha: ARCH, 2005, s. 50-51.

³⁹ Blíže viz *Důvodová zpráva k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách* [2014-6-3]. Dostupný z <http://www.portal-vz.cz/getmedia/f6b8cd21-f4fb-46c4-a074-daca2cac5da/Duvodova-zprava-k-137-2006-Sb>

zajištění transpozice tehdy nových evropských směrnic českého právního řádu.⁴⁰ Jednalo se o následující, pro moji práci důležité, směrnice:

- Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES⁴¹ ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb.
- Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES⁴² ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby.

1.3 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

Vzhledem k tomu, že základním stavebním kamenem zákona byly uvedené směrnice ES, pak ty v porovnání se zákonem upravují postupy při zadávání nadlimitních veřejných zakázek, avšak u podlimitních se omezují jen na zakotvení principu transparentnosti a nediskriminace při jejich zadávání. Zákon oproti směrnicím podrobně rozpracovává i postupy při zadávání podlimitních zakázek. K hlavním účelům nového zákona patřilo celkové zjednodušení a zpřehlednění zákona, odstranění výše uvedených problémů, vyjasnění základních pojmů, podrobnější specifikace jednotlivých zadávacích postupů (ale i jejich zjednodušení), zařazení subjektů poskytujících poštovní služby mezi sektorové zadavatele, nově stanovený soutěžní dialog (řízení určené pro zvláště složité zakázky), nové zavedení zjednodušeného řízení pro podlimitní zakázky a

⁴⁰ Srov. *Důvodová zpráva k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách* [2014-6-3]. Dostupný z <http://www.portal-vz.cz/getmedia/f6b8cd21-f4fb-46c4-a074-daca2acac5da/Duvodova-zprava-k-137-2006-Sb> str. 113.

⁴¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník č. L 134 z 30. 4. 2004).

⁴² Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník č. L 134 z 30. 4. 2004).

elektronizace procesu zadávání.⁴³ Bylo umožněno provádět postup v zadávacích řízeních plně elektronickou formou (elektronická aukce, dynamické nákupní systémy).⁴⁴

Co se kvalifikace a jejího prokazování týká, pak tento zákon přinesl celkové zpřesnění a podstatné rozšíření kvalifikačních předpokladů. K rozšíření došlo u základních kvalifikačních předpokladů. Nově zákon zavedl kategorii profesních kvalifikačních předpokladů a došlo k určitému zpřesnění u ekonomických kvalifikačních předpokladů, které dřívější zákon nazýval ekonomickou způsobilostí. Také u nových technických kvalifikačních předpokladů došlo k částečnému rozšíření a také ke změně z původního názvu „technická způsobilost“. Vzhledem k tomu, že zákon 137/2006 Sb., je zákonem stávajícím, věnuji se jednotlivým kvalifikačním předpokladům podrobně v dalších částech této práce, stejně tak výkladu stěžejní problematiky této práce – prokazování kvalifikace prostřednictvím třetí osoby.

Zatímco předchozí právní úpravy počítaly s povinným prokazováním kvalifikace dodavatelů v zadávacích řízeních zadávaných všemi zadavateli, stávající úprava uvedenou povinnost zachovává pouze pro veřejné a dotované zadavatele. V případě zadávacích řízení zadávaných sektorovými zadavateli je prokazování kvalifikace dodavatelů pouze fakultativní a uvedená kategorie zadavatelů je ke stanovení požadavků na kvalifikaci dodavatelů oprávněna, nikoli však povinná.⁴⁵ I tento zákon byl opakovaně novelizován,⁴⁶ přičemž nejzásadnější byla novela zákonem č. 55/2012 Sb.

Nejpodstatnější z hlediska této práce je ale fakt, že implementací výše uvedených směrnic došlo k zapracování dnes platnému ustanovení § 51 odst. 4) do zákona č. 137/2006 Sb., tedy úpravy prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. V již citované důvodové zprávě k tomuto zákonu je na str. 144 resp. 145 uvedeno, cit: „*Oproti stávající právní úpravě přináší nová právní úprava zásadní změnu, spočívající v možnosti prokázání splnění kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,*

⁴³ Srov. KRČ, R. MAREK, K. PETR, M. *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon*. Praha: Linde Praha, 2006, s. 15.

⁴⁴ Blíže viz ŠÍP, E. *Veřejné zakázky v oblasti Fondu soudržnosti*. Praha: Odbor vnějších vztahů, Ministerstvo pro místní rozvoj České republiky, 2006, s. 30.

⁴⁵ KRENK, M. *Zadávaní veřejných zakázek*. Praha: Institut postgraduálního vzdělávání ve zdravotnictví, 2008, s. 168.

⁴⁶ Zákony č. 110/2007 Sb., 296/2007 Sb., 76/2008 Sb., 124/2008 Sb., 110/2009 Sb., 41/2009 Sb., 417/2009 Sb., 227/2009 Sb., 179/2010 Sb., 423/2010 Sb., 281/2009 Sb., 73/2011 Sb., 258/2011 Sb., 376/2011 Sb., 420/2011 Sb., 1/2012 Sb., 55/2012 Sb., 167/2012 Sb., 303/2013 Sb.

tzv. subdodavatele. Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění kvalifikace veřejnému zadavateli v plném rozsahu sám, může tuto kvalifikaci prokázat v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele. Možnost prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem místo dodavatele je obecně dána u všech druhů kvalifikačních předpokladů vyjma základních kvalifikačních předpokladů a předložení výpisu z příslušné zákonné evidence (zejména obchodního rejstříku). Je-li část kvalifikace prokazována prostřednictvím subdodavatele, je dodavatel povinen předložit veřejnému zadavateli smlouvu uzavřenou s tímto subdodavatelem, která bude zavazovat subdodavatele k provedení příslušné části veřejné zakázky, a to nejméně té části, pro kterou prokazoval splnění kvalifikace místo dodavatele. Za subdodavatele se však považuje nejen osoba, která bude poskytovat plnění místo dodavatele zadavateli, ale i taková osoba, která dodavateli dá k dispozici určité věci či práva, například poskytne určité výrobní prostředky nebo kapacity (§ 17 písm. i).“

1.3.1 Novelizace zákona 137/2006 Sb. zákonem 55/2012 Sb.

Důvodem přijetí této tzv. „transparentní novely“ účinné od 1. dubna 2012 byl jeden ze způsobů boje proti korupci, zvýšení transparentnosti zadávacích řízení a boje proti diskriminaci, což mělo v konečném důsledku přinést úspory ve vynakládání veřejných prostředků.

Z praktického hlediska přinesla novela celkem 190 změn, přičemž z mého pohledu bylo nejvýznamnější snížení finančního limitu zakázek malého rozsahu na 1mil. Kč s výjimkou stavebních prací, tam se finanční limit snížil na 3mil. Kč. Pokud tedy předpokládaná hodnota VZ překračovala tyto limity, musela být zadávána v intencích ZVZ. Zároveň se tento limit u VZ na stavební práce měl snížit od 1. 1. 2014 na 1mil. Kč (k tomu na základě zákonného opatření senátu nakonec nedošlo). U zjednodušeného podlimitního řízení na stavební práce došlo ke snížení finančního limitu z původních 20 na 10mil. Kč.

Dále byl zaveden pojem „Významná veřejná zakázka“, který je upraven v § 16 ZVZ a pro tento druh VZ znamená delší lhůty pro podání nabídek (nebo žádostí o účast) a jiné složení komise pro hodnocení nabídek. Byl zaveden institut „Předběžného oznámení nabídky“, který znamená povinnost zadavatele zveřejnit předběžné oznámení

o VZ ve věstníku veřejných zakázek 1 měsíc před zahájením zadávacího řízení u nadlimitních a podlimitních VZ. Nově byla touto novelizací stanovena v § 156 ZVZ povinnost zadavateli odůvodnit VZ⁴⁷.

Pokud jde o kvalifikaci, došlo především ke zrušení ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. U technických kvalifikačních předpokladů došlo ke zrušení možnosti prokazovat kvalifikaci certifikátem ISO/EMAS. U tzv. referenčních zakázek může v důsledku novelizace zadavatel požadovat tyto reference pouze do finančního objemu ve výši 50 % předpokládané hodnoty VZ (za určitých podmínek může tento limit překročit, viz níže). Došlo také ke zrušení možnosti omezování počtu uchazečů v užším řízení⁴⁸ (losováním, nebo na základě splnění kvalifikačních kritérií⁴⁹). Otevírání obálek s nabídkami musí být podle novelizace provedeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Taktéž došlo ke změnám ve zveřejňování informací na profilech zadavatelů.⁵⁰

Podle mého názoru nicméně novela neměla adekvátní účinek s ohledem na předchozí očekávání. Aura, která ji provázela, byla vytvářena spíše tehdejší politickou garniturou a její snahou co nejvíce prodat své kroky údajně směřující k potírání korupce. Spíše se přikláním k názorům, že novela přinesla především další nadměrnou administrativní zátěž zadavatelům, což se potvrdilo přijetím zmíněného zákonného opatření senátu před koncem roku 2013.

⁴⁷ Pozn.: Resp. odůvodnit účelnost, proporcionalitu technických kvalifikačních předpokladů a obchodních a technických podmínek.

⁴⁸ Důvodem ke zrušení této možnosti byl mediálně známý případ tzv. „Karlovarské losovačky“ řešený v konečném důsledku NSS sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. září 2010, který vyložil v kontextu případu zásadu transparentnosti tímto způsobem, cit: „Zásada transparentnosti je porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“

⁴⁹ Pozn.: Docházelo např. k absurdním požadavkům zadavatelů na předložení co největšího počtu určitého druhu referenčních zakázek, apd.

⁵⁰ HAVLOVÁ, A. DERKOVÁ, R. *Novela zákona o veřejných zakázkách*. [online prezentace]. Praha: HAVEL HOLÁSEK advokátní kancelář, [2014-4-9]. Dostupný z [www: http://www.regionservis.cz/document/filename/3512/Novela_z_kona_o_ve_ejn_ch_zak_zk_ch_-_Ad_la_Havlov_.pdf](http://www.regionservis.cz/document/filename/3512/Novela_z_kona_o_ve_ejn_ch_zak_zk_ch_-_Ad_la_Havlov_.pdf)

2. PROKAZOVÁNÍ KVALIFIKACE SE ZŘETELEM NA PROKAZOVÁNÍ KVALIFIKACE PROSTŘEDNICTVÍM SUBDODAVATELE

Kvalifikací se podle §17 písm. e) ZVZ rozumí způsobilost dodavatele pro plnění veřejné zakázky. Zadávacími podmínkami se rozumí podle § 17 písm. l) ZVZ veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Součástí zadávacích podmínek je kvalifikační dokumentace a také zadávací dokumentace.

Kvalifikační dokumentace slouží k ověření této způsobilosti uchazeče ke splnění veřejné zakázky a podle §17 písm. f) ZVZ obsahuje podrobné požadavky zadavatele na prokázání splnění kvalifikace dodavatele. Kvalifikační dokumentace zpravidla obsahuje požadavky zadavatele na splnění kvalifikačních předpokladů uchazečů o VZ. Kvalifikační předpoklady mohou být základní, profesní a technické kvalifikační předpoklady. O jednotlivých kvalifikačních předpokladech pojednávám níže. Požadavky na prokázání kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Je třeba připomenout, že podle judikatury KS v Brně⁵¹ musí být všechny požadavky na kvalifikaci včetně minimálních požadovaných hodnot vymezeny již v oznámení či výzvě, jinak jsou neúčinné (nemohou být důvodem pro vyloučení dodavatele). Pouze další podrobnější specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační dokumentaci a u „jednokolového“ zadávacího řízení (otevřeného, zjednodušeného podlimitního a jednacího řízení bez uveřejnění) v zadávací dokumentaci. Zákon nestanoví žádné další požadavky na kvalifikační dokumentaci, jejímž primárním obsahem jsou podrobnější požadavky na prokázání kvalifikace.⁵²

Zadávací dokumentace je vymezena v § 44 odst. 1) ZVZ s tím, že jde o soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymežujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, přičemž

⁵¹ Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 14/2008 ze dne 11. října 2007, potvrzený Rozsudkem NSS sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. června 2008.

⁵² DVOŘÁK, D. SERAFÍN, P. *Veřejné zakázky ve stavebnictví*. Praha: Linde Praha, 2011, s. 165 a 136.

za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel. § 44 odst. (3) explicitně stanoví doklady, které musí zadávací dokumentace obsahovat:

- Obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivních podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny. Zákon ponechává na uvážení zadavatele vymežit obchodní podmínky v podobě smluvního textu, přičemž konkrétní podoba bude závislá zejména na rozsahu a složitosti veřejné zakázky, jakož i na kapacitě zadavatele. Obchodní podmínky musí, kromě jiného, obsahovat též požadavek zadavatele na platební podmínky; za platební podmínky je třeba považovat zejména způsob či periodicitu fakturace, splatnosti jednotlivých faktur, náležitosti faktur, možnost poskytování záloh apod.⁵³ Novelizace zákonem č. 55/2012 Sb. stanovila zadavatelům povinnost vytvořit smluvní podmínky v souladu s Vyhláškou 231/2012 Sb., kterou se stanoví obchodní podmínky pro veřejné zakázky na stavební práce.
- Technické podmínky (§ 45) nebo zvláštní technické podmínky (§ 46a), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Technickými podmínkami se v praxi rozumí vymezení předmětu veřejné zakázky co do jeho vlastností a charakteristik. V případech, kdy je předmět veřejné zakázky dostatečně charakterizován svým základním vymezením, což může být např. u zakázek na služby, popř. i dodávky běžného spotřebního zboží, nebude třeba technické podmínky vymežovat.⁵⁴ Technické podmínky se stanovují s ohledem na § 46 odst. (1) a (2) a to s využitím odkazu na příslušné technické normy v pořadí uvedeném v tomto ustanovení.
- Požadavky na opatření k ochraně utajovaných informací (§ 46b), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Zadavatel je v případě, že předmět veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti obsahuje utajované informace, nebo v rámci jejího plnění dochází k poskytování nebo vzniku utajovaných informací, povinen stanovit podle příslušného druhu zajištění ochrany utajované informace opatření, která jsou nezbytná k ochraně těchto

⁵³ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 44 odst. 3), ASPI.

⁵⁴ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, 2013, s. 380. ISBN 978-80-7263-778-2.

informací. Stanovená opatření k zajištění ochrany utajovaných informací musí splňovat rovněž subdodavatelé, pokud je to nezbytné k ochraně těchto informací.

- Požadavky na zabezpečení dodávek (§ 46c), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Začlenění těchto zadávacích podmínek bude odůvodnitelné zejména tam, kde půjde o dodávky zboží podléhající zvláštnímu povolovacímu režimu, zejména regulaci obchodu s vojenským materiálem nebo tam, kde by výpadek dodávek, popř. nemožnost jejich modernizace a obnovy mohla ohrozit bezpečnost státu.⁵⁵
- Požadavky na varianty nabídek podle § 70, pokud je zadavatel připustil. Pokud zadavatel připustí varianty nabídek, je nezbytné v zadávací dokumentaci specifikovat alespoň minimální požadavky na jednotlivé varianty nabídek.⁵⁶ Vymezení jednotlivých variant musí být natolik dostatečné, aby uchazeči byli schopni zpracovat na jejich základě nabídky, které budou mezi sebou vzájemně porovnatelné.⁵⁷
- Požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny. Tento požadavek vychází zcela logicky z toho, aby bylo možné ceny jednotlivých uchazečů spravedlivě a transparentně porovnat. Tedy aby cena obsahovala kvalitativně i kvantitativně stejné plnění.
- Podmínky a požadavky na zpracování nabídky. Při formulaci podmínek a požadavků na zpracování nabídek by se měli zadavatelé zaměřit zejména na věcnou stránku, tj. co má být obsahem nabídek, jaké údaje týkající se předmětu veřejné zakázky a jeho realizace mají dodavatelé v nabídkách uvést, aby mohl zadavatel nabídky vzájemně objektivně srovnávat a vyhodnotit soulad nabídky s vymezenými podmínkami. Podle metodického pokynu ÚOHS tedy není

⁵⁵ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, 2013, s. 182. ISBN 978-80-7263-778-2.

⁵⁶ Blíže viz Rozhodnutí ÚOHS č.j. S639/2012/VZ-23461/2012/511/KČe ze dne 12. prosince 2012 potvrzené Rozhodnutím č.j. R127/2013/VZ-11856/2013/310/Pse ze dne 12. července 2013.

⁵⁷ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 44 odst. 3), ASPI.

vhodné kladení de facto formálních překážek, neboť tímto může zadavatel odradit potenciální dodavatele k podání nabídky.⁵⁸ Tedy byl například jako nepřipustný stanoven požadavek zadavatele na úřední ověření podpisů ve smlouvě,⁵⁹ nebo doložení kopií nabídky⁶⁰ (dále také např. často využívané požadavky zadavatelů na číslování stránek číselnou řadou, barevné členění nabídky, apd.).

- Způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Pro zadavatele klíčové stanovení správného tj. nediskriminačního a transparentního způsobu hodnocení nabídek. Pokud zadavatel stanoví více dílčích hodnotících kritérií, je povinen oznámit ke každému z nich jejich váhu už v oznámení (resp. výzvě). Judikatura KS v Brně k této problematice uvádí, že na orgánu dohledu je posoudit, zda konkrétní dílčí hodnotící kritéria jsou kritérii určitými (musí být zřejmé, co zadavatel zamýšlí preferovat), jednoznačnými (dílčí kritéria nesmějí připouštět dvojí výklad), schopnými být předmětem hodnocení za předem jasně stanovených pravidel a nediskriminačními.⁶¹
- Požadavek na podání nabídky pouze v elektronické podobě prostřednictvím elektronického nástroje, pokud tak zadavatel stanovil.

Pokud by zadavatel v rámci zadávacího řízení zadával veřejnou zakázku na stavební práce, pak zadávací dokumentace musí navíc obsahovat i příslušnou dokumentaci v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem zpracovanou do podrobností, které specifikují předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky (§ 44 odst. 3) písm. a) ZVZ) a také soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem a to rovněž v elektronické podobě (§ 44 odst. 3) písm. b) ZVZ). Příslušná výše uvedená dokumentace a soupis stavebních prací, dodávek a služeb je specifikován Vyhláškou č. 230/2012 Sb., kterou se stanoví podrobnosti vymezení předmětu veřejné zakázky na stavební práce a rozsah soupisu stavebních prací, dodávek a služeb

⁵⁸ ÚOHS - Výkladové stanovisko. Požadavky zadavatele na formální zpracování nabídky a požadavky na kopii nabídek [2014-1-28]. Dostupný z [www http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-standoviska-a-metodiky.html](http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-standoviska-a-metodiky.html)

⁵⁹ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S287/2008/VZ-21603/2008/510/MO ze dne 17. prosince 2008.

⁶⁰ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S084/2008/VZ-08370/2008/510/Od ze dne 22. dubna 2008.

⁶¹ Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 10/2009 ze dne 12. srpna 2010.

s výkazem výměr. Vyhláška upravuje požadavky na obsah a rozsah příslušné dokumentace a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr.

2.1 Kvalifikační předpoklady

Jak již bylo výše uvedeno, kvalifikační předpoklady se skládají ze základních (§ 53 ZVZ), profesních předpokladů (§ 54 ZVZ), čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku a technických kvalifikačních předpokladů (§ 56 ZVZ). Celkově se tyto kvalifikační předpoklady označují jako rozsah kvalifikace s tím, že veřejný zadavatel stanoví požadavky na kvalifikaci již v oznámení (nebo výzvě) o zahájení zadávacího řízení. Podrobnou specifikaci pak zadavatel musí uvést v zadávací nebo kvalifikační dokumentaci.⁶²

2.1.1 Základní kvalifikační předpoklady

Základní kvalifikační předpoklady tvoří skupinu požadavků, jejichž splnění požaduje zadavatel po uchazečích téměř ve všech případech zadávání veřejných zakázek. Splnění základních kvalifikačních předpokladů musí být prokázáno každým dodavatelem, který se účastní zadávacího řízení na nadlimitní nebo podlimitní veřejnou zakázku. V této souvislosti je třeba připomenout, že subdodavatel má povinnost prokázat pouze splnění základního kvalifikačního předpokladu dle § 53 odst. 1 písm. j) Zákona, tj. absenci vedení osoby takového subdodavatele v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 odst. a) tedy výpis z obchodního rejstříku nebo jiné obdobné evidence, ve které je zapsán. Splnění základních kvalifikačních předpokladů vyjadřuje obecný zájem na tom, aby plnění veřejné zakázky poskytl dodavatel ve všech ohledech beztrestný a bezúhonný a zároveň dodavatel, který má ekonomické předpoklady pro plnění takové veřejné zakázky.

Splnění základních kvalifikačních předpokladů je jednou z elementárních podmínek prokázání splnění kvalifikace ze strany dodavatele, což je předpokladem

⁶² ABRHÁM, J. BLÁHA, P. BROŽ, P. DAVIDOVÁ, J. DVOŘÁK, D. HAVLAN, R. KRČ, R. MLÍČKO, D. ONDRŮJOVÁ, E. PECA, J. SEKVAR, O. STUDNIČKA, V. TOPENČÍK, M. VAINDL, V. VELÍK, M. VÍTKOVÁ, M. *Veřejné zakázky od A do Z*. Praha: Verlag Dashofer, 2012, kap. 2/7.1 s.2. ISSN: 1801-8092.

účasti takového dodavatele v zadávacím řízení. Základní kvalifikační předpoklady musí být splněny vždy, s výjimkou případů, kdy se kvalifikace neproказuje vůbec. Všechny základní kvalifikační předpoklady musí být ze strany dodavatele splněny najednou, přičemž platí, že základní kvalifikační předpoklady a způsob jejich prokázání jsou pevně stanoveny ZVZ a zadavatel nemůže jejich obsah či rozsah měnit.⁶³

Základní kvalifikační předpoklady splňuje dodavatel:

- který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin spáchaný ve prospěch organizované zločinecké skupiny, trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině, legalizace výnosů z trestné činnosti, podílnictví, přijetí úplatku, podplacení, nepřímého úplatkářství, podvodu, úvěrového podvodu, včetně případů, kdy jde o přípravu nebo pokus nebo účastenství na takovém trestném činu, nebo došlo k zahlazení odsouzení za spáchání takového trestného činu; jde-li o právnickou osobu, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, a je-li statutárním orgánem dodavatele či členem statutárního orgánu dodavatele právnická osoba, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu této právnické osoby; podává-li nabídku či žádost o účast zahraniční právnická osoba prostřednictvím své organizační složky, musí předpoklad podle tohoto písmene splňovat vedle uvedených osob rovněž vedoucí této organizační složky; tento základní kvalifikační předpoklad musí dodavatel splňovat jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi svého sídla, místa podnikání či bydliště (§ 53 odst. (1) písm. a),
- který nebyl pravomocně odsouzen pro trestný čin, jehož skutková podstata souvisí s předmětem podnikání dodavatele podle zvláštních právních předpisů nebo došlo k zahlazení odsouzení za spáchání takového trestného činu; jde-li o právnickou osobu, musí tuto podmínku splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu, a je-li statutárním orgánem dodavatele či

⁶³ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář (§ 53)*, ASPI.

členem statutárního orgánu dodavatele právnická osoba, musí tento předpoklad splňovat jak tato právnická osoba, tak její statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu této právnické osoby; podává-li nabídka či žádost o účast zahraniční právnická osoba prostřednictvím své organizační složky, musí předpoklad podle tohoto písmene splňovat vedle uvedených osob rovněž vedoucí této organizační složky; tento základní kvalifikační předpoklad musí dodavatel splňovat jak ve vztahu k území České republiky, tak k zemi svého sídla, místa podnikání či bydliště (§ 53 odst. (1) písm. b).

Ustanovení § 53 odst. 1) písm. a) a b) souvisí pokud jde o právnické osoby, s ustanovením § 21 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, neboť podle odst. 1) tohoto ustanovení může uložit trest zákazu plnění veřejných zakázek, účasti v koncesním řízení nebo ve veřejné soutěži právnické osobě na jeden rok až dvacet let, dopustila-li se právnická osoba trestného činu v souvislosti s uzavíráním smluv na plnění veřejných zakázek nebo s jejich plněním, s účastí v zadávacím řízení o veřejných zakázkách, koncesním řízení nebo ve veřejné soutěži.

Dá se říci, že v tomto případě je zákon přísný, neboť včetně případů, kdy jde o přípravu nebo pokus nebo účastenství na takovém trestném činu, zahrnuje i zahlazení odsouzení. To platí v případě právnických osob i pro statutární orgán (resp. všechny jeho členy)⁶⁴. I

⁶⁴ Viz např. Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 27/2007 ze dne 8. srpna 2007, cit.: *“Podle NSS z tohoto ustanovení jednoznačně vyplývá, že v případě, kdy je kvalifikace zkoumána u uchazeče, který je právnickou osobou, musí takový uchazeč doložit výpisy z Rejstříku trestů u všech fyzických osob, které jsou statutárními orgány, nebo členy statutárního orgánu. Domněnka stěžovatelů o tom, že u kolektivního statutárního orgánu musí zadavatel zjišťovat prokázání bezúhonnosti jen do té míry, aby nemohlo být důvodných pochyb o tom, že vůle uchazeče je determinována statutárním orgánem sestávajícím z bezúhonných osob, tedy nemá zákonnou oporu. Zadavateli nepřísluší zkoumat, jakým způsobem je určována vůle právnické coby (uchazeče). Zákon zcela jednoznačně požaduje předložení výpisu z rejstříku trestů u všech členů statutárního orgánu právnické osoby bez výjimky. Tato povinnost platí bezvýjimečně”*. Dále také Rozhodnutí ÚOHS č.j. S013,085,099,102/2007/VZ-08685/2007/510-če ze dne 4. června 2006, cit.: *„Tím, že v nabídce nedoložil výpisy z evidence Rejstříku trestů u obou jednatelů společnosti, neprokázal uchazeč splnění základních kvalifikačních předpokladů způsobem podle § 53 odst. 2 písm. a) zákona a měl být proto zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“*

výklad orgánů dohledu a přezkumu je v těchto případech nekompromisní.⁶⁵

Bezrestnost se prokazuje pomocí výpisu z evidence rejstříku trestů,⁶⁶ ten ale nemůže prokázat, že nedošlo k zahlázení takového odsouzení, neboť informace o již zahlázených odsouzeních v něm není uvedena. Tyto skutečnosti jsou předmětem evidence pouze v opisu z rejstříků trestů (§ 365 odst. 1 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním), který se vydává orgánům činným v trestním řízení a České republice – Ministerstvu spravedlnosti na jejich žádost⁶⁷. Navíc je od 1. 1. 2012 nutné dokládat i výpis z rejstříku trestů právnických osob a to na základě přijetí zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

Ke komplikaci může dojít v situaci, kdy v době mezi podáním nabídky a rozhodnutím o výběru nejvýhodnější nabídky dojde ke změně složení statutárního orgánu uchazeče. Takováto změna by mohla znamenat změnu kvalifikace podle § 58. Vyjít je ale potřeba z toho, zda jde o změnu tzv. kvalifikovanou (vyžadující oznámení zadavateli a předložení dokumentů prokazujících splnění kvalifikace), tedy takovou, která by znamenala nesplnění kvalifikace nebo ne. Orgán dohledu ve své rozhodovací praxi výklad spíše rozšiřuje, když jako kvalifikované změny vykládá i takové, které by mohly znamenat ztrátu kvalifikace. Tedy ve vztahu ke konkrétnímu kvalifikačnímu předpokladu, pokud dojde ke změně ve složení statutárního orgánu obchodní korporace, která znamená ustanovení nových členů, jde o změnu kvalifikovanou podléhající postupu podle § 58 ZVZ,⁶⁸ naopak pokud by došlo k redukci členů statutárního orgánu, pak by tato změna neměla vliv na možnou ztrátu kvalifikace a postup podle § 58 nutný není.⁶⁹

⁶⁵ Viz Např. Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 27/2007 ze dne 30. srpna 2007, nebo rozhodnutí ÚOHS č. j. S130/2/09-11951/2009/530/RPá.

⁶⁶ KRČ, R. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou*. Praha: Linde, 2013, s 481.

⁶⁷ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 53 odst. 1) písm. a) a b)), ASPI.

⁶⁸ Viz Např. Rozhodnutí ÚOHS č. j. S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/Hod ze dne 8. prosince. 2010, nebo Rozhodnutí ÚOHS č. j. R4,7/2011/KO-7213/2011/310/EKu ze dne 12. května 2011.

⁶⁹ Rozhodnutí ÚOHS č. j. S420/2012/VZ-21090/2012/521/HKu ze dne 6. listopadu 2012.

Základní kvalifikační požadavky splňuje dále dodavatel:

- který v posledních 3 letech nenaplnil skutkovou podstatu jednání nekalé soutěže formou podplácení podle zvláštního právního předpisu (§ 53 odst. 1) písm. c),

Tímto zvláštním předpisem je myšleno ustanovení § 49 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, který již v současnosti neexistuje, avšak na změnu bohužel nezareagoval zákon č. 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekonstrukce soukromého práva, nicméně je jasné, že zvláštním předpisem je tedy logicky nový občanský zákoník, tedy zákon č. 89/2012 Sb., v ustanovení § 2983 (podplácení). Pokud jde o formulaci § 53 odst. 1) písm. c) ZVZ „naplnit skutkovou podstatu“, lze konstatovat, že výklad by měl směřovat k tomu závěru, že překážkou splnění kvalifikace je pravomocný rozsudek soudu rozhodujícího v civilním řízení, ve kterém bylo rozhodnuto, že takový dodavatel se nekalosoutěžního jednání dopustil a je za takové své jednání odpovědný.⁷⁰

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení.

- vůči jehož majetku neprobíhá nebo v posledních 3 letech neproběhlo insolvenční řízení, v němž bylo vydáno rozhodnutí o úpadku nebo insolvenční návrh nebyl zamítnut proto, že majetek nepostačuje k úhradě nákladů insolvenčního řízení, nebo nebyl konkurs zrušen proto, že majetek byl zcela nepostačující nebo zavedena nucená správa podle zvláštních právních předpisů (§ 53 odst. (1) písm. d),

V případě prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu by překážkou účasti uchazeče v zadávacím řízení nebylo samotné zahájení insolvenčního řízení, tedy skutečnost, že vůči uchazeči byl podán insolvenční návrh (ten je často podáván i šikanózně), ale až rozhodnutí

⁷⁰ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 53 odst. 1) písm. c)), ASPI.

insolvenčního soudu, kterým je zjištěn úpadek (§ 136 zákona č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení).

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení.

- který není v likvidaci (§ 53 odst. (1) písm. e)),

Vzhledem ke skutečnosti, že v likvidaci (ať už z jakýchkoliv důvodů) může být pouze právnická osoba, vyplývá z logiky věci, že fyzická osoba nemusí splnění tohoto kvalifikačního předpokladu dokládat.

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení.

- doloží potvrzeními, která nejsou starší než 30 dnů, že nemá v evidenci daní u orgánů Finanční správy České republiky ani orgánů Celní správy České republiky ani v evidenci daní, pojistného na sociální zabezpečení a pojistného na veřejné zdravotní pojištění nebo obdobných peněžitých plnění u příslušných orgánů státu, ve kterém má dodavatel sídlo, místo podnikání či bydliště, evidovány nedoplatky (§ 53 odst. (1) písm. f),

Skutečnost, zda uchazeč měl daňový nedoplatek v době prokazování kvalifikačních předpokladů, se posuzuje podle příslušných ustanovení daňového řádu, přičemž z rozhodovací praxe orgánu přezkumu vyplývá, že i schválením splátkového kalendáře nepřestává být příslušný subjekt dlužníkem ve smyslu tohoto ustanovení,⁷¹

⁷¹ K tomu např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 18/2008 ze dne 24. března 2009, cit.: „*Daňovým dlužníkem je totiž ten, kdo má daňový nedoplatek. Nepřestává-li být konkrétní subjekt daňovým dlužníkem (neboť byl podle zvláštního zákona povinen platit daň nebo vybranou daň odvádět, na tom vydání o posečkání daně ničeho nemění), nemůže zaniknout jeho daňový nedoplatek (který vznikl s povinností platit daň, nebo vybranou a sraženou daň odvádět), totéž platí i opačně. Pak by platil obdobný závěr, k jakému soud dospěl shora ohledně „daňového dlužníka“, tedy že daňový nedoplatek nezaniká rozhodnutím o posečkání daně, nejvýš se ten daňový dlužník, jehož daňový nedoplatek tíží a který disponuje rozhodnutím o posečkání daně, může nacházet v příznivějším postavení, a sice tehdy, pokud správce daně ve smyslu § 60 odst. 4) daňového řádu nerozhodne, že v neprospěch takového daňového dlužníka bude i přes rozhodnutí o posečkání daně narůstat příslušenství dlužné částky, tj. právě toho daňového nedoplatku, který rozhodnutím o posečkání daně nezanikl.*

Na základě shora uvedeného soud uzavírá, že dodavatel (tu žalobce) musí splňovat kvalifikační předpoklady, mimo jiných předpokladů i základní kvalifikační předpoklady - a z těchto předpokladů i ten,

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením potvrzení příslušného finančního úřadu a ve vztahu ke spotřební dani čestným prohlášením.

- který nemá nedoplatek na pojistném a penále na veřejném zdravotním pojištění, a to jak v České republice, tak v zemi sídla, místa podnikání či bydliště dodavatele (§ 53 odst. (1) písm. g),

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení.

- který nemá nedoplatek na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, a to jak v České republice, tak v zemi sídla, místa podnikání či bydliště dodavatele (§ 53 odst. (1) písm. h).

Za zmínku na tomto místě stojí fakt, že rozhodovací praxe orgánu dohledu ohledně tohoto kvalifikačního není ustálená.⁷² Z mého pohledu se jeví jako zcela logický výklad přísnější, tedy takový, který nepřipouští, aby uchazeč měl nedoplatek byt' s dohodnutým splátkovým kalendářem,

který je uveden v § 53 odst. 1 písm. f) ZVZ. Aby jej splnil, musí prokázat, že nemá v evidenci daní zachyceny daňové nedoplatky. Podle § 63 odst. 1 daňového řádu daňový nedoplatek vzniká tehdy, jestliže je daňový dlužník v prodlení s placením splatné částky daně, tj. nezaplatil-li tuto daň, resp. její část, nejpozději v den její splatnosti. Evidenci daně vede ve vztahu ke každému daňovému subjektu správce daně, tj. místně příslušný finanční úřad, na osobním účtu takového daňového subjektu (§ 62 daňového řádu). Absence daňových nedoplateků se zkoumá k okamžiku posuzování splnění kvalifikace. Je tedy nerozhodné, zda dodavatel měl v minulosti evidovány daňové nedoplatky, pokud je nemá evidovány v okamžiku posuzování kvalifikace, a naopak; má-li v okamžiku posuzování splnění kvalifikace evidován daňový nedoplatek, kvalifikaci nesplňuje, jeho nabídka je vyřazena a tento dodavatel je ze zadávacího řízení vyloučen (§ 60 odst. 1 ZVZ).“

⁷² Viz Rozhodnutí ÚOHS č.j. S310/2008/VZ-25114/2008/510/chm ze dne 19. prosince 2008, cit: „Z předložených písemností je zřejmé, že navrhovatel nesplnil základní kvalifikační předpoklad dle § 53 odst. 1 písm. h) zákona, jelikož má nedoplatek na pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti. Z potvrzení vydaného OSSZ vyplývá, že navrhovatel měl ke dni podání nabídek dluh na pojistném. Z pohledu současného znění zákona není rozhodné, zda se jednalo o splatný závazek či ne. Zákon v citovaném ustanovení hovoří o nedoplatku, přičemž nerozlišuje, zda se jedná o nedoplatek splatný či nesplatný nebo zda je dluh na pojistném hrazen na základě splátkového kalendáře. Za nedoplatek se v souladu s dikcí zákona považuje jakýkoliv dluh na pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti.“ vs. v odborné literatuře publikované Rozhodnutí ÚOHS č.j. 3R 43/00-Ju ze dne 3. července 2000, cit: „V případě absence dluhů na veřejných pojištěních (zdravotní a sociální pojištění) postačí, pokud bude mít daňový subjekt povolen splátkový kalendář, a tento dodavatel pak splňuje tyto kvalifikační předpoklady.“ (Blíže viz. ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář (§ 53 odst. 1) písm. i), ASPI.).

neboť ten více odpovídá smyslu tohoto kvalifikačního předpokladu, tedy doložení stability a spolehlivosti uchazeče.

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením potvrzení příslušného orgánu či instituce

- který nebyl v posledních 3 letech pravomocně disciplinárně potrestán, či mu nebylo pravomocně uloženo kárné opatření podle zvláštních právních předpisů, je-li podle § 54 písm. d) požadováno prokázání odborné způsobilosti podle zvláštních právních předpisů; pokud dodavatel vykonává tuto činnost prostřednictvím odpovědného zástupce nebo jiné osoby odpovídající za činnost dodavatele, vztahuje se tento předpoklad na tyto osoby (§ 53 odst. 1) písm. i),

V tomto případě jde o situaci, kdy uchazeč (resp. jeho odpovědný zástupce) prokazuje odbornou způsobilost členstvím v určité stavovské organizaci. Příkladem může být již zmíněná Komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě.

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení, přičemž ač se to zdá logické existuje případ, ve kterém uchazeč předložil toto čestné prohlášení, které neobsahovalo konkrétní prohlášení.⁷³

- který není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek (§ 53 odst. 1) písm. j),

Novela 417/2009 Sb., zavedla do zákona nový správní delikt v § 120a, odst. 1 písm. a), kterého se dopustí dodavatel, který při prokazování kvalifikace předloží nepravdivé údaje, jež měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace, a to buď v průběhu zadávacího řízení, nebo i při zápisu do seznamu kvalifikovaných dodavatelů či v řízení o změně údajů zapisovaných do tohoto seznamu, nebo do systému certifikovaných dodavatelů. Pokud ÚOHS zjistí takové porušení Zákona,

⁷³ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S481/2012/VZ-2808/2013/522/MSc ze dne 13. února 2013.

uloží finanční sankci až do výše 20 000 000 Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.⁷⁴

V současné době obsahuje tzv. „black list“⁷⁵ vedený Ministerstvem pro místní rozvoj⁷⁶ šest subjektů, které ve všech případech uvedly nepravdivé údaje v tzv. „referencích“, tedy v osvědčeních objednatelů o řádném plnění těchto předcházejících zakázek.⁷⁷

Tento kvalifikační předpoklad prokazuje uchazeč předložením čestného prohlášení.

- kterému nebyla v posledních 3 letech pravomocně uložena pokuta za umožnění výkonu nelegální práce podle zvláštního právního předpisu.

Toto ustanovení je poměrně čerstvé a bylo do zákona vloženo až novelizací č. 55/2012 Sb., tzv. „transparentní novela“, viz kapitola 1.3.1 této práce.

⁷⁴ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 53 odst. 1) písm. j), ASPI.

⁷⁵ Blíže k tzv. „black listu“ např. ONDRÁČKA, D. CÍSAŘOVÁ, E. VYMĚTAL, P. JURČÍK, R. *Černé listiny ve veřejných zakázkách*. Praha: Transparency International – Česká republika, 2007. ISBN 978-80-7263-778-2.

⁷⁶ <http://www.isvz.cz/ISVZ/VZ/VestnikZakazPlneniVZ.aspx>

⁷⁷ Např. Rozhodnutí ÚOH č.j. S437/2012/VZ-19899/2012/512/MHr ze dne 23. října 2012, cit.: „Vzhledem k tomu, že uchazeč, pro splnění technických kvalifikačních předpokladů uvedl v předloženém „seznamu obdobných dodávek (referencí)“, který byl součástí žádosti o účast, společnost Nodus Technologies spol. s r.o., s nepravdivým objemem plnění za rok a současně, že nebyly poskytovány služby ze dvou datových center ale pouze z jednoho, a společnost SuperNetwork s.r.o., kde i přesto, že neexistoval smluvní vztah mezi těmito dvěma subjekty, uvedl uchazeč nepravdivou délku smluvního vztahu i objem plnění z něj plynoucí, byla jednoznačně naplněna definice správního deliktu spáchaného dodavatelem podle § 120a odst. 1 písm. a), přičemž tyto skutečnosti mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele...

...Postup uchazeče, který předloží v žádosti o účast k prokázání technických kvalifikačních předpokladů informace, které neodpovídají skutečnosti, může svým konáním ohrozit i samotnou realizaci veřejné zakázky a tím způsobit rozsáhlé škody, neboť může být daná zakázka uskutečněna subjektem, který s požadovanými pracemi nemá dostatečné zkušenosti, je proto chápán jako velmi závažný...

...Úřad v souladu s ustanovením § 120a odst. 2 zákona uložil dodavateli za spáchaný správní delikt také zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let. Zákazem plnění veřejných zakázek se rozumí zákaz účasti v zadávacím řízení a zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejných zakázek malého rozsahu. Doba 3 let, na kterou se zákaz plnění veřejných zakázek ukládá, začíná dnem, kdy rozhodnutí, kterým byl uložen zákaz plnění veřejných zakázek, nabylo právní moci.“

Zvláštním předpisem je v tomto případě myšlen zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, konkrétně v § 5 písm. e) bodu 3, kde je uvedeno, že nelegální prací se rozumí výkon závislé práce fyzickou osobou mimo pracovněprávní vztah, nebo pokud fyzická osoba-cizinec vykonává práci v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, je-li podle tohoto zákona vyžadováno, nebo v rozporu s povolením k dlouhodobému pobytu za účelem zaměstnání ve zvláštních případech (dále jen „zelená karta“) vydaným podle zvláštního právního předpisu, nebo v rozporu s modrou kartou; to neplatí v případě převedení na jinou práci podle § 41 odst. 1 písm. c) zákoníku práce a nebo pokud fyzická osoba-cizinec vykonává práci pro právnickou nebo fyzickou osobu bez platného povolení k pobytu na území České republiky, je-li podle zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů vyžadováno.

2.1.2 Profesionální kvalifikační předpoklady

Pokud jde o profesionální kvalifikační předpoklady podle § 54, pak k prokázání těchto kvalifikačních předpokladů může veřejný zadavatel za splnění výše uvedených podmínek⁷⁸ v zadávací dokumentaci požadovat:

- Výpis z obchodního rejstříku, pokud je v něm uchazeč zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní uchazeč zapsán.

Pokud jde o výpis z obchodního rejstříku, tak ten nesmí být starší než 90 dnů od konce lhůty pro podání nabídek. Jako příklad obdobné evidence uvádí odborná literatura např. evidenci zemědělského podnikatele. Jinou evidencí naopak nemůže být míněn živnostenský

⁷⁸ I zde platí, že požadavky zadavatel musí být úměrné ke konkrétní veřejné zakázce, viz např. Rozhodnutí ÚOHS č. j. VZ/S234/05-152/5926/05-KV ze dne 21. prosince 2005 cit.: „*Orgán dohledu získal pochybnosti o tom, zda stanovení podmínky k prokázání odborné způsobilosti k poskytnutí dlouhodobého investičního úvěru (předložení bankovní licence) je v souladu se zákonem...*

...Poskytování úvěrů jako předmět podnikání spadá tedy podle našeho názoru mezi živnosti ohlašovací. Vzhledem k tomu, že tento požadavek zadavatele na prokázání odborné kvalifikace bankovní licencí fakticky omezil konkurenci dodavatelů o veřejnou zakázku pouze na subjekty s bankovní licencí, musel orgán dohledu nařídít zrušení celého zadávacího řízení.“

rejstřík. Naopak výpis z obchodního rejstříku nemůže nahradit předložení k oprávnění k podnikání, ale je pouze prokázáním existence právnické osoby.⁷⁹

- Doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci (§ 54 písm. b).

V úvahu nepřichází jen oprávnění k podnikání ve formě živnostenského oprávnění na základě zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání neboť podnikat se dá i na základě jiných právních předpisů⁸⁰ (viz např. zákon č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství a komoře daňových poradců, 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti, 254/200 Sb., o auditorech, atd.).⁸¹

- Doklad vydaný profesní samosprávnou komorou či jinou profesní organizací prokazující jeho členství v této komoře či jiné organizaci, je-li takové členství nezbytné pro plnění veřejné zakázky na služby podle zvláštních právních předpisů (§ 54 písm. c).

Tento požadavek zadavatele bude oprávněný pouze v případě veřejných zakázek na služby vykonávané podle zvláštních právních předpisů, pokud je to dle výše citovaného ustanovení nezbytné, půjde tak o služby vykonávané příslušníky tzv. svobodných povolání, kde dozor nad výkonem poskytovaných služeb je zvláštními zákony svěřen

⁷⁹ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, s. 210. ISBN 978-80-7263-778-2.

⁸⁰ Pozn.: K tomu např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S175/2007/VZ-15226/2007/520-AB ze dne 5. září 2007, cit: „*Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 54 odst. 1 písm. b) zákona tím, že k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů požadoval výpis z živnostenského rejstříku a z důvodu nesplnění tohoto požadavku vyloučil uchazeče Regionální rozvojová agentura Ústeckého kraje, a. s., i když jmenovaný uchazeč k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložil příslušné o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky.*“

⁸¹ Blíže viz. ŠTENGLOVÁ, I. PLÍVA, S. TOMSA, M. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 6,7. ISBN 80-7179-486-2., dále také POSPÍŠILOVÁ, A. *Právní postavení podniku*. Praha: Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o., 2003, s.15. ISBN 80-86775-02-X.

profesním organizacím (advokáti, auditoři, daňový poradci).⁸² Tak tomu může být například u zakázek na právní služby (ČAK), nebo v oblasti zdravotnictví (ČLK).

- Doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná⁸³ podle zvláštních právních předpisů (§ 54 písm. d).

V tomto případě může jít např. o požadavek na odbornou způsobilost osoby (resp. uchazeče) podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě. Tedy konkrétně osvědčení o autorizaci pro obory dle § 5 odst. 3 zákona č. 360/1992 Sb. Splněním tohoto požadavku zadavatele tedy uchazeč fakticky splní i předešlý požadavek na členství v profesní organizaci, neboť bez tohoto členství by nemohl vlastnit osvědčení. I v tomto případě musí požadavek zadavatele odpovídat předmětu konkrétní VZ jako oprávněný⁸⁴.

⁸² KRENK, M. *Zadávání veřejných zakázek*. Praha: Institut postgraduálního vzdělávání ve zdravotnictví, 2008, s. 178.

⁸³ Viz např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 13/2009 ze dne 7. dubna 2011, cit.: „Jedním z prvků prokazování splnění kvalifikace je tedy prokázání odborné způsobilosti. To však platí pouze v případě, je-li odborná způsobilost vyžadována zvláštními právními předpisy, a to s ohledem na plnění konkrétní veřejné zakázky. Z toho vyplývá, že odbornou způsobilost dodavatele je třeba prokázat pouze tehdy, jsou-li tyto konkrétní skutečnosti vyžadovány právními předpisy v případech obdobných veřejných zakázek, pouze v těchto případech je zadavatel oprávněn prokázání odborné způsobilosti požadovat.

Jestliže byl předmět veřejné zakázky vymezen mimo jiné jako pronájem zařízení pro měření rychlosti, a tedy jestliže samotné měření není předmětem veřejné zakázky, pak autorizace k výkonu úředního měření coby doklad osvědčující odbornou způsobilost dodavatele, nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, podle § 54 písm. d) ZVZ zadavatel nemohla být požadována. V dalším je třeba upozornit na to, že zákonná pravidla jsou dispozitivní a mol požadovat, neboť taková autorizace není pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů (tu podle zákona o meteorologii). Že taková autorizace, neprovádí-li dodavatel měřícího zařízení i samotné měření, není nutná, plyne i z vyjádření Úřadu pro technickou normalizaci, meteorologii a státní zkušebnictví.

Argument žalobce, podle něhož je autorizace k úřednímu měření zřejmě jediným dokumentem, který je určitým etalonem kvality, také není případný, neboť nemá-li dodavatel v rámci předmětu veřejné zakázky provádět úřední měření, pak autorizace k jeho provádění nemůže být považována za měřítko kvality při realizaci veřejné zakázky, do které samotné měření nespadá.“

⁸⁴ Blíže k oprávněnosti požadavku na předložení autorizace s ohledem na předmět veřejné zakázky Rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 97/2008 ze dne 15. května 2009.

- Doklad prokazující schopnost dodavatele zabezpečit ochranu utajovaných informací podle příslušného druhu zajištění ochrany utajované informací při plnění veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti, odpovídající požadavkům na opatření, která stanovil zadavatel v zadávacích podmínkách (§ 54 písm. e)).

2.1.3 Čestné prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku právní úprava předchozí

Situace je jednodušší u čestného prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku (§ 50 odst. (1) písm. c). Po účinnosti novely 55/2012 došlo k vypuštění prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ze zákona. Osobně se domnívám, že dřívější prokazování technických a ekonomických kvalifikačních předpokladů mělo svoje opodstatnění a alespoň částečně umožnilo zadavateli ověřit ekonomickou stabilitu uchazečů. Veřejný zadavatel mohl v rámci zadávacího řízení požadovat předložení jednoho či více z těchto dokladů:

- Pojistnou smlouvu, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.

Tento kvalifikační předpoklad nepůsobil v praxi významnější výkladové problémy.⁸⁵ Spíše se stávalo, že pojistka bývala občas specifikována tak podrobně, že bylo nutné uzavírat samostatnou pojistnou smlouvu (zavedenou praxí je existence celoroční pojistné smlouvy) pro konkrétní soutěženou VZ.

- Poslední zpracovanou rozvalu podle zvláštních právních předpisů nebo určitou část takové rozvahy.

K tomu blíže v kapitole 2.6.2.

⁸⁵ Viz Např. Rozhodnutí ÚOHS č. j. S222/2007/VZ-22700/2007/530/LB ze dne 7. prosince 2007, cit: „Zadavatelem požadovaný minimální úroveň finanční a ekonomické způsobilosti je přiměřená velikosti, složitosti a finanční náročnosti veřejné zakázky a to zejména s přihlédnutím k té skutečnosti, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky je 159 mil. Kč. Pojistná smlouva na 300 mi. Kč je tak úměrná zejména velikosti šetřené veřejné zakázky“.

- Údaj o celkovém obratu dodavatele zjištěný podle zvláštních právních předpisů, popřípadě obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to nejvýše za poslední 3 účetní období; jestliže dodavatel vznikl později nebo prokazatelně zahájil činnost vztahující se k předmětu veřejné zakázky později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu za všechna účetní období od svého vzniku nebo od zahájení příslušné činnosti.

K tomu blíže v kapitole 2.6.2.

Veřejný zadavatel mohl vedle těchto dokladů požadovat rovněž jiné doklady prokazující splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele.

V současné době uchazeči dokládají pouze výše uvedené čestné prohlášení o ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku, přičemž zákon nestanoví, jak má konkrétně čestné prohlášení vypadat a tak v praxi postačuje pouze text o jedné větě. Možnost, že by tento požadavek zadavatele byl v praxi plněn pomocí subdodavatele, je tak z logiky věci mizivá, neboť zákon nikterak konkrétně neřeší postup při nepravdivosti takového prohlášení doloženého uchazečem. V konkrétním případě by tak sankce za spáchání správního deliktu neměla valného účinku, neboť by se logicky většinou jednalo o subjekt v procesu úpadku.

2.1.4 Technické kvalifikační předpoklady

Nejrozmanitější možnost volby z kvalifikačních předpokladů dávají zadavateli technické kvalifikační předpoklady s tím, že jejich výčet je taxativní a zadavatel si sice může vybrat, jaké z těchto požadavků bude po uchazečích požadovat, avšak nesmí stanovit žádné nad rámec uvedených v ZVZ. To vše ještě za splnění požadavků ZVZ v § 56 odst. 5) písm. c), kde je uvedeno, že musí vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění VZ.

K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky může veřejný zadavatel požadovat:

- Seznam významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění. Přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydané či podepsané veřejným zadavatelem, pokud bylo zboží dodáno veřejnému zadavateli, nebo osvědčení vydané jinou osobou, pokud bylo zboží dodáno jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, pokud není možné osvědčení získat z důvodů spočívajících na straně veřejného zadavatele (§ 56 odst. (1) písm. a) zákona).

Seznam významných dodávek je velmi častým požadavkem zadavatelů objevující se hojně v zadávacích dokumentacích. Zásadně platí, že k jejich prokázání je nutno předložit osvědčení objednatele o realizaci referenční zakázky.⁸⁶ Právní úprava účinná před 1. dubnem 2012 umožňovala, aby v případě, kdy byla dodávka (či služba) poskytnuta jiné osobě než veřejnému zadavateli a z objektivních důvodů nebylo možné osvědčení od „soukromého“ objednatele získat z důvodů spočívajících na jeho straně, byla významná dodávka (či služba)

⁸⁶ K tomu např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 9/2007 ze dne 11. 10. 2007, který v tomto případě konstatoval, že zadavatel diskriminoval uchazeče, když požadoval předložení osvědčení o tom, že je dodavatelem el. energie do 500 odběrných míst VN, neboť toto množství neodpovídalo rozsahu a složitosti příslušné VZ. Ve vztahu k § 56 odst. 1) KS konstatoval, cit: „Pokud zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval, aby uchazeč ve své nabídce předložil písemné sdělení o dodávce elektřiny v roce 2006 pro minimálně 500 odběrných míst, pak přestože tento požadavek označil jako „Další požadavek zadavatele“, materiálně jde o požadavek směřující k dosažení stavu, kdy se o veřejnou zakázku mají ucházet pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit. Pak tedy pojmově může jít o požadavek materiálně subsumovatelný pod technické kvalifikační předpoklady podle § 56 ZVZ. Stejně tak jsou splněny formální podmínky jeho subsumpce pod § 56 ZVZ. Může-li totiž podle § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ zadavatel požadovat předložení seznamu významných dodávek realizovaných dodavatelem v posledních třech letech s uvedením jejich rozsahu a doby plnění, pak požadavek na dodavatelovo (žalobcovo coby uchazečovo) prohlášení, že realizoval v jednom z posledních tří let plnění, jež je obdobou plnění, které je nyní veřejnou zakázkou (dodávka elektřiny pro odběrná místa), může představovat část tohoto zákonem předvídaného požadavku. Zadavatel tedy nehodlal požadovat informace o všech významných dodávkách realizovaných jednotlivými uchazeči (majících podle § 50 odst. 3 ZVZ bezprostřední věcnou souvislost s předmětem jím zadávané veřejné zakázky), hodlal však požadovat předložení prohlášení o tom, že uchazeči věcně obdobné plnění realizovali. Rámec vymezený v § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ tím zadavatel nepřekročil, stanovení požadavku na 500 odběrných míst lze považovat z pohledu samotného § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ za legitimní vymezení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů ve smyslu § 56 odst. 7 ZVZ. Pokud zadavatel nehodlal právě uvedený požadavek uplatnit ve vztahu k celému v úvahu přicházejícímu období (tedy tří let), nýbrž toliko k bezprostředně předcházejícímu kalendářnímu roku (roku 2006), ani tímto svým požadavkem rámec vymezený v § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ nepřekročil.“

prokázána čestným prohlášením (pro stavební práce tato možnost dána nebyla). Po novele č. 55/2012Sb. již prokázání reference čestným prohlášením u dodávek ani služeb možné není. Pokud nebude možné získat osvědčení od „soukromého“ objednatele dodávek (či služeb) z důvodů na jeho straně, přičemž se takový případ nemůže z logiky věci týkat odmítnutí z důvodu špatné kvality dodávky (nebo služby), pak lze poskytnutí významné dodávky (či služby) doložit smlouvou s uvedeným „soukromým“ objednatelem spolu s dokladem o uskutečnění plnění (tedy např. předávacím protokolem nebo dodacím listem).⁸⁷

- Seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli (§ 56 odst. (1) písm. b).⁸⁸

Běžně se v zadávacích řízeních setkávám s tím, že zadavatelé sami předkládají jako součást zadávací dokumentace uchazečům svůj závazný vzor formuláře k vyplnění údajů o jednotlivých technicích. Takovýto postup lze s ohledem na přehlednost nabídek a rychlost jejich následné kontroly jen doporučit.

Přílohou takového formuláře pak může být např. profesní životopis, kopie dokladů o vzdělání a kvalifikaci, doklad o členství v profesní organizaci nebo komoře, seznam referenčních projektů,

⁸⁷ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, s. 193. ISBN 978-80-7263-778-2.

⁸⁸ K tomu např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S063/2007-00087/2007/550-VŠ ze dne 16. dubna 2007, cit: „Z ustanovení § 56 odst. 2 písm. b) zákona jednoznačně vyplývá, že veřejný zadavatel může požadovat seznam techniků, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli. Stanovil-li zadavatel výše uvedeným způsobem jeden z technických kvalifikačních předpokladů, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 56 odst. 2 písm. b) tím, že nestanovil prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu seznamem techniků bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ani v tomto případě nelze totiž vyloučit, že při stanovení prokázání splnění kvalifikačního předpokladu seznamem techniků bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli by byla jako ekonomicky nejvýhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče, popřípadě by nabídku podali další dodavatelé, kteří by nabídli výhodnější podmínky.“ Obdobně též v Rozhodnutí ÚOHS č.j. 250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20. prosince 2007.

publikační činnost apd. Tato situace je obdobná i u služeb a stavebních prací (viz níže).

Zajímavým příkladem k této problematice je případ šetřený ÚOHS (č.j. S61/2010/VZ-4508/2010/520/Ema) ze dne 29. června 2010, kdy šlo o VZ na dodávku zdravotnické technologie pro operační sály v Kladenské nemocnici. Zadavatel požadoval v rámci tohoto kvalifikačního předpokladu prokázat po uchazečích technicky zajišťující kontrolu jakosti, přičemž jedním z požadavků zadavatele byl cit: *„certifikovaný manager projektu: 1 osoba min. VŠ vzdělání, držitel certifikátu pro projektového manažera praktikanta dle standardu IPMA stupeň C nebo D, 5 let praxe při obdobných zakázkách, tzn., že se minimálně 1 osoba podílela na realizaci 3 zakázek ve výši 30 mil. Kč.“* K tomu ÚOHS obecně uvedl, cit: *„zadavatel musí své požadavky na způsob prokázání kvalifikačních předpokladů a jejich minimální úroveň v zadávací dokumentaci jednoznačně specifikovat, tj. formulace použité ke specifikaci kvalifikačních předpokladů, resp. k vymezení minimální úrovně těchto předpokladů by neměly umožňovat dvojí výklad. Nepřesně formulované požadavky zadavatele nelze přičítat k tíži uchazečů. V daném případě Úřad konstatoval, že formulace zadavatele, aby se "minimálně 1 osoba podílela na realizaci 3 zakázek ve výši 30 mil. Kč", umožňuje dvojí výklad a tím pádem došlo k porušení ZVZ“*⁸⁹ Obdobným způsobem se v případě VZ na stavební práce vyjádřil KS i NSS viz. níže. V jiném případě ÚOHS k této věci konstatoval, že požadavek zadavatele na aktivní znalost českého jazyka u člena realizačního týmu byla s ohledem na konkrétní veřejnou zakázku diskriminační, neboť lze podle Úřadu využít služeb tlumočnicka⁹⁰ (přesto se tento požadavek dál hojně vyskytuje v zadávacích dokumentacích)

- Popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu (§ 56 odst. (1) písm. c).

⁸⁹ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S61/2010/VZ-4508/2010/520/Ema ze dne 29. června 2010.

⁹⁰ Rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S323/2008/VZ-2055/2009/540/PVé ze dne 18. února 2008.

Tento kvalifikační předpoklad se váže k prokázání skutečnosti, že dodavatel zajistí potřebnou kvalitu (jakost) plnění, které bude dodávat v rámci plnění veřejné zakázky. Podle autorů komentáře k zákonu systému ASPI lze zaujmout názor, že takový požadavek veřejného zadavatele, kdy bude požadovat pouze popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a nikoliv popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu je legitimní, neboť pokud by platil opak, toto ustanovení by vlastně vyloučilo možnost veřejného zadavatele požadovat prokázání jakosti požadovaného plnění v jiných případech, než v případech veřejných zakázek vztahujících se k výzkumu.⁹¹

- Provedení kontroly výrobní kapacity veřejným zadavatelem nebo jinou osobou jeho jménem, a je-li to nutné, také provedení kontroly opatření týkajících se zabezpečení jakosti a výzkumu a to za předpokladu, že zboží, které má být dodáno, je složité nebo je požadováno pro zcela zvláštní účely (§ 56 odst. (1) písm. d).

Z logiky věci by takováto kontrola výrobní kapacity měla proběhnout před uplynutím lhůty pro prokázání kvalifikace a to jen v případě vyšší míry zvláštnosti a složitosti dodávky s tím, že by měl zadavatel postupovat maximálně transparentním způsobem, neboť v opačném případě by zatížil zadávací řízení porušením základní zásady zadávacího řízení uvedené v § 6 zákona.

- Vzorky, popisy nebo fotografie zboží určeného k dodání⁹² (§ 56 odst. (1) písm. e).

⁹¹ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 50 odst. 4), ASPI.

⁹² K tomu např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 39/2009 ze dne 12. května 2011, cit: *“Dodavatelé tedy měli předložit vzorek, který splňoval přesné parametry dané projektovou dokumentací, nicméně při zpracování tohoto vzorku dodavatel narazil na detaily projektovou dokumentací neřešené, byl oprávněn a současně povinen takové detaily dopracovat sám. Soud by se tedy v případě věcného přezkumu v této otázce se žalovaným neztotožnil, a naopak by souhlasil se žalobcem, že zadávací dokumentace nebyla ve vztahu na předložení vzorku nejednoznačná. Jestliže pak zadavatel přijal i takové vzorky, které veškeré parametry projektové dokumentace nesplňovaly, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, aniž by to bylo opřeno o § 56 odst. 8), případně § 44 odst. 9) ZVZ, zřejmě pochybil. Nejedná se však o pochybení v tom smyslu, že by nejednoznačně stanovil požadavky na předložení vzorků a porušil tak § 56 odst. 7) písm. c) ZVZ a § 6 ZVZ jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí“.*

- Doklad prokazující shodu požadovaného výrobku vydaný příslušným orgánem⁹³ (§ 56 odst. (1) písm. f).

K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat:

- Seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech a v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech s uvedením jejich rozsahu a doby poskytnutí. Přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydané veřejným zadavatelem, pokud byly služby poskytovány veřejnému zadavateli, nebo osvědčení vydané jinou osobou, pokud byly služby poskytovány jiné osobě než veřejnému zadavateli, nebo smlouva s jinou osobou a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, pokud není možné osvědčení získat z důvodů spočívajících na straně veřejného zadavatele (§ 56 odst. 2) písm. a).

Příkladem může být situace, kdy zadavatel požadoval v rámci zadávacího řízení na „Výběr dopravců pro přepravu cestujících ve veřejné linkové osobní přepravě“ doložit po uchazečích v rámci splnění tohoto kvalifikačního kritéria cit.: *„alespoň jednu osobu pro všechny dílčí části veřejné zakázky, a to manažera odpovědného za dodržování kvality/jakosti poskytovaných služeb (vysokoškolské vzdělání dopravního zaměření a minimálně 5 let praxe v oboru managementu jakosti v oblasti autobusové dopravy), dále vedoucího dispečera (středoškolské vzdělání dopravního zaměření, minimálně 5 let praxe v oboru dispečerského řízení v autobusové dopravě) a dva směnové dispečery (středoškolské vzdělání, minimálně 3 roky praxe v oboru dispečerského řízení v autobusové dopravě) a technologa dopravy (vysokoškolské vzdělání dopravního zaměření, minimálně 5 let praxe v oboru technologie dopravy).“* ÚOHS v tomto konkrétním rozhodnutí konstatoval, že takto

⁹³ Např. podle zákona č. 22/1997 Sb. o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů.

nastavené kvalifikační předpoklady odpovídají rozsahu a složitosti konkrétní veřejné zakázky.⁹⁴

- Seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli (§ 56 odst. 2) písm. b).⁹⁵

Na tomto místě je možné odkázat na komentář k § 56 odst. 1) písm. b) zákona, kde je situace téměř totožná pouze s tím rozdílem, že předmětem VZ bude poskytování služeb. I na tomto místě je potřeba mít stále na paměti, že zadavatel musí při vymezení tohoto kvalifikačního předpokladu postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení (§ 6 ZVZ).⁹⁶ Dále je potřeba mít na paměti, že ustanovení je kogentní a nelze se tak odchýlit od možnosti uchazeče doložit jiné osoby, než své zaměstnance.⁹⁷

- Popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu (§ 56 odst. 2) písm. c) zákona). Viz. komentář k § 56 odst. 1) písm. c), kde je situace obdobná.
- Provedení kontroly technické kapacity veřejným zadavatelem nebo jinou osobou jeho jménem, a je-li to nutné, také provedení kontroly opatření týkajících se zabezpečení jakosti a výzkumu, a to vše za předpokladu, že

⁹⁴ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S496/2012/VZ-1505/2013/521/JHn ze dne 22. ledna 2013.

⁹⁵ K tomu např. Rozhodnutí ÚOHS č. j. S175/2007/VZ-15226/2007/520-AB ze dne 5. září 2007, kde zadavatel VZ na služby nevymezil v rozporu se zákonem minimální úroveň vzdělání nebo kvalifikace členů realizačního týmu dodavatele.

⁹⁶ Viz Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 13/2009 ze dne 7. dubna 2011, cit: „Pokud bylo předmětem veřejné zakázky mimo jiné vymáhání pohledávek z titulu nezaplacených správních pokut, pak lze sice v obecné rovině rozumět argumentaci žalobce (rozuměj zadavatele) ohledně kvality a rozsahu takových služeb, to však nikterak neodůvodňuje požadavek, aby oním „specialistou vymáhání pohledávek“ byl výlučně advokát, nota bene s desetiletou praxí s vymáháním pohledávek v rámci jednoho projektu ve výši 50 000 000,-Kč. Takovýto požadavek neodpovídá rozsahu a složitosti předmětné VZ“

⁹⁷ Viz Rozhodnutí ÚOHS č.j. VZ/S063/2007-00087/2007/550-VŠ ze dne 16. dubna 2004, cit: „Zadavatel nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 2. Písm. B) ZVZ tím, že prokazování splnění technického kvalifikačního předpokladu seznamem techniků nestanovil bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatel nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky“.

služby, které mají být poskytnuty, jsou složité nebo jsou požadovány pro zcela zvláštní účely (§ 56 odst. 2) písm. d). Viz. výše komentář k § 56 odst. 1) písm. d), kde je situace obdobná.

- Osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb (§ 56 odst. 2) písm. e).
- Opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí,⁹⁸ která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky (§ 56 odst. 2) písm. f).

Může jít i např. o požadavek zadavatele, aby uchazeč ve své nabídce předložil certifikát řízení z hlediska ochrany životního prostředí vydaného podle českých technických norem řady ČSN EN ISO 14000 akreditovanou osobou a to v oblasti související s předmětem veřejné zakázky.⁹⁹ Účelem certifikátu ISO je deklarovat úroveň systému řízení jakosti u konkrétní osoby. Systém řízení jakosti popisuje řešení stávajících problémů při realizaci plnění a předcházení problémům budoucím. Subjekt se zavedeným systémem řízení jakosti má zavedený (implementovaný) určitý systém s jasným stanovením odpovědnosti pro všechny procesy a všechny zaměstnance subjektu. Takový systém vytváří podmínky pro zlepšování všech výkonů konkrétního subjektu. Certifikát systému řízení jakosti osvědčuje, že subjekt uspokojí požadavky zákazníků tím, že průběh konkrétní zakázky od vzniku smlouvy a komunikace se zákazníkem přes provedení a dokončení předmětu smlouvy až po případné servisní výkony je realizován zvládnutými, efektivními procesy. Certifikovaný dodavatel potom poskytuje služby na úrovni přesně podle objednávky.¹⁰⁰

- Přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu

⁹⁸ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 761/2001 ze dne 19. března 2001 o dobrovolné účasti organizací v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS).

⁹⁹ Blíže viz DVORÁK, D. SERAFÍN, P. *Veřejné zakázky ve stavebnictví*. Praha: Linde Praha, 2011, s. 165.

¹⁰⁰ Rozhodnutí ÚOHS č.j. S625/2012/VZ-22353/2012/AZa ze dne 19. srpna 2013.

vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky (§ 56 odst. 2) písm. g). Viz níže komentář k § 56 odst. 2) písm. e), kde je situace obdobná.

- Přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici (§ 56 odst. 2) písm. h). Viz níže komentář k § 56 odst. 3) písm. f).

K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel požadovat:

- Seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací. Tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně (§ 56 odst. 3) písm. a).¹⁰¹

V praxi lze jistě zadavatelům doporučit vymezení tohoto druhu kvalifikačního předpokladu zcela konkrétně, aby bylo zcela jasné a patrné, jaké informace se po uchazečích požadují, neboť za určitost zadávacích podmínek nese odpovědnost zadavatel (§ 55 odst. 2) zákona)¹⁰² a často se stává, že zadavatelé v této oblasti chybují. Tedy např. u referenčních zakázek na stavební práce by měl zadavatel vymežit, jaké stavební práce požaduje a v jakém finančním objemu, jaký je požadovaný počet stavebních prací (přičemž lze akceptovat i požadavek na velikost jednotlivých dílčích stavebních prací, z kterých má uchazeč možnost sestavit celkový finanční objem reference), dále požadavek, aby

¹⁰¹ K tomu např. Rozhodnutí ÚOHS č. j. S065/2007-09956/2007/510-IF ze dne 12. dubna 2007.

¹⁰² Viz Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 51/2008 ze dne 15. února 2010 cit: „... pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavateli požadavky na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Je třeba zdůraznit, že je to zadavatel, kdo zadávací dokumentaci vyhotovuje, případně nechává vyhotovovat, a kdo také za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá...

...požadavek na jednoznačné a určité formulace je však třeba vztáhnout na celé zadávací podmínky, tedy nejen na zadávací dokumentaci, ale též na oznámení zadávacího řízení.“ (Obdobně také v Rozsudku KS v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007-175 ze dne 20. března 2008, nebo NSS sp. zn. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. března 2009.).

objem stavebních prací byl specifikován ve vztahu k časovému období (jde např. o případ, kdy byla referenční zakázka započata před rozhodným obdobím 5 let, tedy uchazeč by měl prokázat, který objem prací realizoval v rozhodném období).¹⁰³

Nepřípustné je, aby zadavatel požadoval např., aby referenční stavební práce byly realizovány pouze pro určitého zadavatele (nebo skupinu zadavatelů), nebo na určitém území apd. Takovýto postup zadavatele by znamenal, že zadavatel by ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům v oznámení o zahájení zadávacího řízení vymezil minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, která by neodpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a tím by nedodržel postup stanovený v § 56 odst. 5 písm. c).¹⁰⁴

- Seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli (§ 56 odst. 3) písm. b).

Tento kvalifikační předpoklad využívají zadavatelé nejčastěji při zadávání veřejných zakázek na složité investiční celky nebo zajištění velkých kulturních akcí či provozování logistických center apd. Zadavatelům lze v tomto případě jednoznačně doporučit konkrétní specifikaci svých požadavků na vzdělání jednotlivých techniků, jejich praxi a odbornost, členství v komorách a odborných organizacích, držení různých certifikátů, ale i předchozí zkušenost se zakázkou obdobného charakteru a finančního objemu.

- Osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob

¹⁰³ Blíže viz. DVORÁK, D. SERAFÍN, P. *Veřejné zakázky ve stavebnictví*. Praha: Linde Praha, s. 161. ISBN 978-80-7201-843-7.

¹⁰⁴ Viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S056/2008/VZ-03935/2008/520/EM ze dne 1. března 2008, č.j. S240/2008/VZ-18275/2008/510/če ze dne 3. října 2008, č. j. S089/2008/VZ-06320/2008/520/AB ze dne 18. dubna 2008.

odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací (§ 56 odst. 3) písm. c).

- Opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí,¹⁰⁵ která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky (§ 56 odst. 3) písm. d).
- Přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky (§ 56 odst. 3) písm. e).

Jako legitimní se v praxi jeví ve vztahu k tomuto ustanovení zákona např. požadavek zadavatele v zadávací dokumentaci, aby uchazeč např. prokázal a doložil přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky tak, že průměrný počet shora vymezených osob musí ve všech sledovaných letech činit určitý počet osob a průměrný počet osob s postavením vedoucího zaměstnance musí ve všech sledovaných letech činit také určitý počet osob.¹⁰⁶

- Přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici (§ 56 odst. 3) písm. f).

U stavebních zakázek jde o poměrně hojně užívaný požadavek zadavatelů, kteří v zadávací dokumentaci požadují k prokázání kvalifikace předložení tohoto přehledu, kde uchazeč prokáže, že bude mít uvedené prostředky k dispozici a nebude tak ohrožena realizace předmětu veřejné zakázky. Jde tedy zpravidla o různé speciální stroje a zařízení (např. finišery k pokládce asfaltových směsí, různé druhy válců, speciální bourací stroje k likvidaci velkých betonových např. letištních ploch,

¹⁰⁵ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 761/2001 ze dne 19. března 2001 o dobrovolné účasti organizací v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS).

¹⁰⁶ Viz. Rozhodnutí ÚOHS č.j. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. května 2013.

míchací centra různých směsí apd.). Zadavatel musí mít zejména při stanovování tohoto požadavku vždy na paměti, že tyto technické kvalifikační předpoklady musí odpovídat druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.

Částečně jasno v problematice souladu zadávací dokumentace s požadavkem zákona a to především na to, aby zadavatel vymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (§ 56 odst. 5) písm. c) zákona) přinesla novela zákona č. 55/2012 Sb., a s ní prováděcí vyhláška č. 232/2012 Sb.,¹⁰⁷ k zákonu. Podle této vyhlášky veřejný zadavatel odůvodní přiměřenost požadavků na technické kvalifikační předpoklady dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky ve vztahu k předmětu veřejné zakázky a k rizikům souvisejícím s plněním veřejné zakázky pokud požaduje např. předložení seznamu významných dodávek, ze kterého vyplývá, že finanční hodnota všech významných dodávek je v souhrnu minimálně trojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky (§ 3 odst. 1) písm. a) vyhlášky 232/2012 Sb.), nebo pokud např. požaduje předložení seznamu stavebních prací, ze kterého vyplývá, že finanční hodnota uvedených stavebních prací je v souhrnu minimálně dvojnásobku předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Z tohoto ustanovení se dá částečně dovodit, že zadávací podmínky nastavené zadavatelem tak, aby nemusel odůvodňovat konkrétní kvalifikační předpoklady, se jeví jako neexcesivní a tak souladné se zákonem, i když toto tvrzení rozhodně nemůže být s ohledem na specifika každé jednotlivé veřejné zakázky definitivní.

Mimo to je potřeba si uvědomit, že ustanovení zákona týkající se technických kvalifikačních předpokladů jsou kogentní a zadavatelé si tak mohou pouze vybrat, které kvalifikační předpoklady použijí v zadávací dokumentaci, jiné kvalifikační předpoklady než ty, které jsou uvedeny v zákoně, tak zadavatelé použít nesmí¹⁰⁸.

Vzhledem k tomu, že jak již bylo uvedeno, možnost prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele, přichází v úvahu u profesních kvalifikačních předpokladů vyjma výpisu z obchodního rejstříku a u technických kvalifikačních předpokladů, jejichž výčet

¹⁰⁷ Vyhláška č. 232/2012 Sb. o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky.

¹⁰⁸ Viz např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 13/2009 ze dne 7. dubna 2011, cit: „*Třeba ještě připomenout již shora uvedené, a sice, že veřejný zadavatel není oprávněn požadovat prokázání jiných než technických kvalifikačních předpokladů vymezených v § 56 ZVZ*“.

je taxativní je tímto skupina jednotlivých kvalifikačních předpokladů prokazovatelných pomocí subdodavatele ohraničená, avšak přesto vyvolává v praxi časté diskuze. Hledání východiska je třeba započít v úpravě evropské, neboť odtud pochází právní úprava česká.

2.2 Právní úprava prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele

Těžištěm této práce je prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele. Ustanovení § 51 odst. 4) zákona umožňuje dodavateli, který se uchází o veřejnou zakázku, prokázat splnění kvalifikace (respektive její části) pomocí subdodavatele při splnění zákonem daných podmínek. Konkrétně ustanovení § 51 odst. 4) říká, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1) písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Pokud jde o uvedený rozsah kvalifikace, který může dodavatel prokázat pomocí subdodavatele, tak jde konkrétně o profesní kvalifikační předpoklady, čestné prohlášení o své ekonomické a finanční způsobilosti splnit veřejnou zakázku a konečně technické kvalifikační předpoklady. Jak z taxativního výčtu § 51 odst. 4) zákona vyplývá a jak již bylo uvedeno, uchazeč v první řadě nemůže prostřednictvím subdodavatele prokázat základní kvalifikační předpoklady, což je ostatně zcela logické, dále pak výpis z obchodního rejstříku, či jiné obdobné evidence.

Uchazeč je v případě prokazování části kvalifikace pomocí subdodavatele povinen veřejnému zadavateli předložit doklady svého subdodavatele prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona, které doloží čestným prohlášením (§ 53 odst. 3 písm. d) zákona), podle kterého není dodavatel veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek, a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a), kterým je výpis z obchodního rejstříku,¹⁰⁹ pokud je v něm dodavatel zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence.

¹⁰⁹ Pozn.: Podle ZVZ předkládá dodavatel kopie dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Požaduje-li zadavatel před uzavřením smlouvy předložit originály nebo ověřené kopie dokladů prokazujících splnění kvalifikace, je uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva podle § 82, povinen je předložit (§ 57 odst. (1) zákona). Doklady prokazující splnění základních kvalifikačních předpokladů a výpis z obchodního rejstříku nesmějí být starší 90 dnů v případě otevřeného řízení, zjednodušeného podlimitního řízení a jednacímho řízení bez uveřejnění ke dni podání nabídky, v případě užšího řízení, jednacímho řízení s

Dodavatel je také povinen zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d). Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat vedle základních kvalifikačních předpokladů i splnění části profesních kvalifikačních předpokladů, konkrétně výpis z obchodního rejstříku¹¹⁰ pokud je v něm dodavatel zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence (např. evidence zemědělského podnikatele podle § 2f zákona č. 252/1997 Sb., o zemědělství).¹¹¹

Z praktického hlediska však působí zdánlivě jednoduché ustanovení zákona značné problémy při jeho aplikaci a to zejména z důvodu rozmanitosti kvalifikačních předpokladů, které se na základě zákona objevují v zadávacích (resp. kvalifikačních) dokumentacích jednotlivých zadavatelů. Zadavatelé mají možnost sestavit zadávací dokumentaci podle svého uvážení s tím, že musí splnit podmínku, aby zadávací dokumentace odpovídala požadavkům zákona. Konkrétně musí veřejný zadavatel¹¹² mimo výše uvedeného ještě omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky (§ 50 odst. 3) zákona), což v praxi znamená, že zadavatel je povinen stanovit takové kvalifikační předpoklady, které věcně souvisejí s předmětem zakázky (nelze např. požadovat prokázání opatření v oblasti řízení z hlediska životního prostředí podle § 56 odst. 2)

uveřejněním a soutěžního dialogu ke dni podání žádosti o účast a v případě dynamického nákupního systému ke dni odeslání či předání předběžné nabídky. Toto ustanovení se použije obdobně v případě otevřené a užší soutěže o návrh (§ 57 odst. (2) zákona).

¹¹⁰ § 51 odst. 4) ZVZ.

¹¹¹ Viz. Rozsudek ESD C-76/81 ve věci SA Transporoute et travaux v. Minister of Public Works (1982).

¹¹² Pozn.: Podle § 2 odst. (2) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika, státní příspěvková organizace, územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek, jiná právnická osoba, pokud byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorním či kontrolním orgánu. Blíže problematice také KS v Brně v Rozsudcích sp. zn. 62 Ca 13/2008 ze dne 1. srpna 2008, sp. zn. 62 Af 32/2010 ze dne 3. června 2010, dále NSS v Rozsudcích sp. zn. 9 Afs 111/2008 ze dne 10. srpna 2009, sp. zn. 9 Afs 5/2009 ze dne 10. srpna 2009, sp. zn. 1 Afs 98/2010 ze dne 31. května 2011, dále ESD v rozsudcích C-237/99 ve věci Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. (2001), C-393/06 ve věci Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH proti Fernwärme Wien GmbH.(2008), C-360/96 ve věci Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden proti BFI Holding BV. (1998), C-223/99 a C-260/99 ve spojených věcech Agorà Srl a Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. proti Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano a Ciftat Soc. coop. arl. (2001), C-373/00 ve věci Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH. (2003).

písm. e) u veřejné zakázky na poradenské služby v oblasti účetnictví).¹¹³ Dále není veřejný zadavatel oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže a současně by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek (§ 50 odst. 4) zákona).¹¹⁴ V tomto případě by se v praxi mohlo jednat o požadavek zadavatele na doložení přehledu nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici (§ 56 odst. 3) písm. f) zákona), přičemž by se jednalo o strojové vybavení, jehož pořízení by bylo ekonomicky velmi náročné. Nicméně určité omezení hospodářské soutěže zákon připouští s tím, že se musí jednat o omezení nepodstatné. Toto omezení je třeba spatřovat v tom, že zadavatel je oprávněn požadovat, aby se o plnění ucházeli pouze kvalifikovaní dodavatelé, tedy ti, kteří prokážou splnění zadavatelem řádně a nediskriminačně vymezené kvalifikace.¹¹⁵ Veřejný zadavatel musí rovněž odůvodnit účelnost veřejné zakázky (§ 156 zákona).⁴ Konečně je veřejný zadavatel, konkrétně ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům mimo jiné povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů (rozuměj technických kvalifikačních), odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky (§ 56 odst. (5) písm. c) zákona).¹¹⁶

¹¹³ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, 2013, s. 193.

¹¹⁴ Pozn.: Toto ustanovení přinesla tzv. transparentní novela zákona o veřejných zakázkách č. 55/2012 Sb.

¹¹⁵ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách – komentář* (§ 50 odst. 4), ASPI.

¹¹⁶ Srovnej např. Rozsudek NSS 1 Afs 66/2012 – 64 ze dne 20. prosince 2012 cit: „...Mezi technické kvalifikační předpoklady zadavatel v oznámení zařadil požadavek ve smyslu § 56 odst. 3 písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, spočívající v předložení přehledu zařízení - obalovny živichných směsí. Ke splnění tohoto předpokladu byl zadavatelem požadován doklad o vlastnictví obalovny nebo smlouva o smlouvě budoucí s vlastníkem obalovny na dodávku obalovaných směsí včetně podrobného plánu trasy pro včasnou dodávku asfaltových směsí z obalovny na stavenišťě...

...Nejvyšší správní soud se z těchto důvodů zcela ztotožnil s názorem krajského soudu, že uvedený technický kvalifikační předpoklad byl zjevně nepřiměřený velikosti, složitosti a technické náročnosti veřejné zakázky.... (Obdobně také v Rozsudcích KS v Brně sp. zn. 62 Af 74/2010 ze dne 21. června 2012, sp. zn. 62 Af 1/2011 ze dne 19. července 2012, sp. zn. 62 Af 47/2011 ze dne 7. března 2011 a NSS sp. zn. 1 Afs 69/2012 ze dne 28. března 2013, sp. zn. 1 Afs 20/2013 ze dne 27. června 2013).

2.2.1 Subdodavatel

Subdodavatelem je podle § 17 písm. i) ZVZ osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. V praxi celkem často dochází k situacím, kdy je určitá část veřejné zakázky realizována subdodavatelem uchazeče. Jde v zásadě o dvě situace, ke kterým může docházet a tak můžeme subdodavatele rozdělit na dva druhy.

První skupinou jsou subdodavatelé, kteří za uchazeče prokazují kvalifikaci podle § 51 odst. 4), tedy ti, kteří dávají k dispozici do nabídky uchazeče své doklady k prokázání kvalifikace za uchazeče. Podle tohoto ustanovení, jak již bylo uvedeno, musí dodavatel veřejnému zadavateli předložit doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) subdodavatelem a smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d).

Poměrně složitá situace může v případě této skupiny subdodavatelů nastat vzhledem k § 44 odst. 6) ZVZ, kde je uvedeno cit: *„Zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele. I přes zdánlivě jasné ustanovení dochází v praxi při jeho výkladu k nejasnostem, které vyložil KS v Brně.“*¹¹⁷ Výše avizovaná komplikace může nastat ve chvíli, kdy si zadavatel v souladu s § 44 odst. 6) např. vyhradí k realizaci pouze dodavatelem část díla spočívající v odborných stavebních pracích, pokud takové práce

¹¹⁷ Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 92/2008 ze dne 3. června 2010 cit: *„Podle § 44 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zadavatel nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele, může si však vyhradit požadavek, aby určitá konkrétní část plnění poskytována subdodavately nebyla...“*.

předtím zadavatel specifikoval v tzv. referenčních zakázkách. Tedy pokud by zadavatel požadoval doložení konkrétních referenčních staveb, např. reference, jejímž obsahem musí být speciální stavební práce (konkrétní stavební objekt) a pak si v souladu s § 44 odst. 6) ZVZ může vyhradit, že tyto speciální stavební práce nesmí dodavatel realizovat pomocí subdodavatele. Pokud by totiž uchazeč prokazoval tyto reference prostřednictvím subdodavatele, pak by se vzhledem k níže uvedeným závěrům této práce musel zavázat ve smlouvě o smlouvě budoucí podle §51 odst. 4) písm. b) ZVZ k realizaci těchto speciálních prací subdodavatele, avšak v takovém případě by nesplnil požadavek zadavatele, že tyto práce musí realizovat samotný uchazeč.¹¹⁸ Navíc by v takových případech mohl zadavatel kontrolovat, zda uchazeč dostal zákonu a jeho závazek ve smlouvě se subdodavatelem odpovídá co do rozsahu prokazované kvalifikace právě tím, že by důsledně zkontroloval uvedený podíl subdodavatele na VZ, který mu uchazeč předložil podle § 44 odst. 6) ZVZ.¹¹⁹

Druhou skupinou subdodavatelů, které je možno podřadit pod definici ZVZ jsou ti, kteří se budou podílet na realizaci veřejné zakázky v určitém rozsahu. Jde o takové situace, kdy dodavatel určitou část díla běžně nerealizuje a to z různých důvodů, např. není pro něj takový druh plnění rentabilní, je logisticky složitý atp. Ve shodě s odbornou literaturou se domnívám, že pokud nebude zadavatelem předložená zadávací

¹¹⁸ Viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI ze dne 7. září 2012 cit: „Požadavek zadavatele na referenční stavby atletických drah, které uchazeči realizovali v minulosti bez pomoci subdodavatelů je zadavatelem stanoven v souladu se zákonem, konkrétně s ustanoveními § 56 odst. 3 písm. a) ve spojení s § 44 odst. 6 druhou větou. Požaduje-li zadavatel, aby určitá část předmětu veřejné zakázky nebyla plněna subdodavatelem, a zákon takovou možnost výslovně připouští, je také legitimním požadavek zadavatele, aby pro prokázání technické kvalifikace dodavatele dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadoval zadavatel uvést ty referenční stavby dodavatele, u nichž bylo takovéto subdodavatelsky omezené plnění realizováno dodavatelem. Jinými slovy pokud zákon dává možnost zadavateli vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, neplnilo by prokázání kvalifikace referenčních stavebních prací dodavatele realizovaných prostřednictvím subdodavatelů, jednak účel, který zadavatel výhradou sledoval, a především smysl ustanovení § 44 odst. 6 zákona ve spojení s § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Požadavek zadavatele na omezení možnosti participace subdodavatelů v zadávacím řízení na realizaci atletické dráhy je požadavkem pochopitelným, jelikož se zadavatel snaží vyhnout smluvnímu vztahu se „zprostředkovatelem“ a mít přímý smluvní vztah s konkrétním dodavatelem, který své zkušenosti prokáže na základě již realizovaných pokládek atletických drah, s nimiž má osobní zkušenosti.“

¹¹⁹ Blíže viz. KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady. Praha: ANAG, 2013, s. 193. cit.: „Dodavatel v užším řízení prokáže část kvalifikace (např. referenci) prostřednictvím subdodavatele a je vyzván k podání nabídky. V zadávací dokumentaci zadavatel v souladu s § 44 odst. 6) ZVZ požaduje, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu, či více subdodavatelům a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. V tomto seznamu subdodavatelů však chybí subdodavatel, prostřednictvím něhož se uchazeč kvalifikoval. Podle našeho názoru v tomto případě došlo ke změně v kvalifikaci dodavatele, která znamená nesplnění kvalifikace podle § 60 ZVZ.“

dokumentace upřesňovat definici subdodavatele, nebude jím dodavatel stavebních materiálů, neboť ten se nepodílí na přímé realizaci veřejné zakázky.¹²⁰ Opačný výklad by znamenal, že za subdodavatele by mohl při realizaci veřejných zakázek na stavební práce považován i pronajímatel mobilního WC, dodavatel osobních ochranných pracovních prostředků, nebo komponentů pro výstavbu kanalizačních šachet, což by jistě neodpovídalo záměrům zákonodárce. Tedy opět na příkladu stavebních prací uvádím, že pro účely ZVZ lze za subdodavatele považovat osobu přímo se podílející na realizaci konkrétních stavebních prací.

I v tomto případě může situaci zkomplikovat § 44 odst. 6) ZVZ a to vzhledem k vyvíjející se judikatuře. V praxi totiž docházelo k případům, kdy zadavatel prostřednictvím zadávací dokumentace po uchazečích požadoval předložení smlouvy o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem (obdobně jako při prokazování kvalifikace subdodavatelem ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b). To ale ve svých rozhodnutích postupně odmítl orgán dohledu¹²¹ a pak i přezkumu,¹²² přičemž jejich názor naopak nesdílel NSS, který tedy nakonec připustil možnost požadovat zadavatelem po uchazečích předložení smlouvy mezi uchazečem a jeho subdodavatelem, který neprokazuje za uchazeče kvalifikaci nebo její část, přičemž argumentoval tím, že cit:

„V ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ není uvedeno, že by zadavatel mohl požadovat předložení smluv se subdodavatelem, nicméně dané ustanovení tuto možnost ani

¹²⁰ DVOŘÁK, D. SERAFÍN, P. *Veřejné zakázky ve stavebnictví*. Praha: Linde Praha, 2011, s. 183.

¹²¹ Např. Rozhodnutí č.j. S261/2007/VZ-22119/2007/530/BM ze dne 19. února 2008 cit: „Úřad dodává, že zákon umožňuje zadavateli po uchazečích požadovat předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem pouze v případě, že tento subdodavatel prokazuje za uchazeče splnění určité části kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona. Uchazeč je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace (§ 51 odst. 4 zákona). Oprávnění zadavatele uvedené v tomto ustanovení však nelze analogicky využít u ustanovení § 44 odst. 6 zákona, jelikož v daném případě se nejedná o prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele, ale pouze o uvedení seznamu subdodavatelů, kteří pro kvalifikovaného uchazeče v rámci realizace veřejné zakázky provedou určité činnosti či poskytnou určité věci nebo práva.“

¹²² Např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 92/2008 ze dne 3. června 2010 cit: „V § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách tedy není uvedeno, že by zadavatel mohl požadovat předložení smluv se subdodavatelem. Vnímáno systematickou citovaného zákona je třeba dikci § 44 odst. 6 vykládat jako zvláštní pravidlo týkající se limitů požadavků zadavatele v otázce subdodavately poskytovaného plnění ve vztahu k obecnějšímu (co do limitů výslovně neomezeného) § 44 odst. 3 písm. e) téhož zákona. Při opačném pojetí výkladu by dikce § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách (a sice přinejmenším v části upravující shora uvedené třetí z limitujících pravidel, jak je zdejší soud z § 44 odst. 6 vyložil) postrádala smyslu. Uvedený zákon tedy pro výklad zastávaný žalovaným neposkytuje žádnou oporu.“

nevylučuje. Výčet možností v daném ustanovení není omezen slovem „pouze“ či obdobným, které by na skutečnost, že se jedná o taxativní výčet, poukazovalo; ani ze systematiky ZVZ, jak se však domnívá krajský soud, toto nutně nevyplývá. Rovněž ani argument, že při opačném pojetí výkladu by dikce ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ, přinejmenším v části upravující třetí z limitujících pravidel, jak je krajský soud ve svém rozsudku podal, postrádalo smyslu, není úplně přesvědčivý...

...Naopak zadavateli lze doporučit, aby vždy stanovil zadávací podmínku, že uchazeč musí mít ve své nabídce souhlas svých subdodavatelů s tím, že jako subdodavatelé budou vystupovat v jeho nabídce a vědí o tom.¹²³

Na základě tohoto rozhodnutí kasačního soudu se v zadávacích dokumentacích objevuje opět tento v současnosti již legitimní požadavek na subdodavatele neprokazujícího kvalifikaci za uchazeče.¹²⁴

Jen pro úplnost ještě dodávám, že nemůže obstát takový požadavek zadavatele, kterým by přímo omezil možnost uchazeče prokazovat jakoukoliv část kvalifikace (vyjma těch, u kterých to nepřipouští ZVZ) pomocí subdodavatele.¹²⁵

2.3 Zvláštní způsoby prokazování kvalifikace

Jedním ze způsobů, který slouží zejména ke zjednodušení prokazování kvalifikace, je předložení seznamu kvalifikovaných dodavatelů. Výpis z tohoto seznamu nahrazuje základní kvalifikační předpoklady a profesní kvalifikační předpoklady. Základní kvalifikační předpoklady lze tímto výpisem prokázat v plném rozsahu, profesní kvalifikační předpoklady lze tímto výpisem prokázat jen v rozsahu, ve kterém jsou ve výpisu uvedeny. Jde tedy o výrazné usnadnění administrativní zátěže osob tvořících nabídku za uchazeče. Přesto si zadavatel může v oznámení nebo ve výzvě¹²⁶ o

¹²³ Rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. září 2011.

¹²⁴ Viz např. Profil zadavatele města Liberec (2012). *Zadávací dokumentace – textová část*, str. 25. [2014-7-2] Dostupný z [www: https://zakazky.liberec.cz/document_download_3790.html](https://zakazky.liberec.cz/document_download_3790.html)

¹²⁵ Např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema ze dne 29. června 2011, cit.: *“Jelikož zadavatel nevymezil, jakou část předmětu plnění nesmí dodavatel prostřednictvím subdodavatele realizovat, ale omezil možnost prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, což mu zákon neumožňuje, posoudil Úřad zadavatelův postup jako porušení ZVZ.”*

¹²⁶ Pozn.: Není tedy zásadně přípustný takový postup zadavatele, který by si tento požadavek vyhradil až v zadávací dokumentaci k VZ. K tomu např. bod 41 a 42 Rozhodnutí č.j. ÚOHS-S353/2009/VZ-

zahájení zadávacího řízení vyhradit právo požadovat vedle výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů doklady k prokázání základních kvalifikačních předpokladů podle § 53 odst. 1 písm. f) až h) ZVZ tj. doklady prokazující neexistenci daňových nedoplatků, neexistenci nedoplatků na pojistném a na penále na veřejném zdravotním pojištění a na příspěvku na státní politiku zaměstnanosti (kterými jsou v souladu s § 53 odst. 2 ZVZ potvrzení příslušných orgánů, resp. v některých případech čestná prohlášení).¹²⁷ Výpis nesmí být k poslednímu dni, ke kterému má být prokázáno splnění kvalifikace, starší než tři měsíce (§ 127 odst. 4 ZVZ).

Seznam kvalifikovaných dodavatelů je součástí veřejného informačního systému, který je veden Ministerstvem pro místní rozvoj, které ho spravuje a také zapisuje do něj žadatele (ale provádí i jiné administrativní úkony). Dálkový přístup do seznamu je bezplatný a to na internetové adrese www.isvz.cz/isvz/default.aspx?mainwindow=1. Na této internetové adrese je možné jednak dohledat podle IČ nebo obchodní firmy, dále je možné sledovat přehled o výsledcích správních řízení ve věcech zápisu,¹²⁸ změny zápisu¹²⁹ a vyškrtnutí dodavatelů ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů. V souladu s koncepcí práva evropské unie v oblasti veřejných zakázek ZVZ (§ 125 odst. 5) sdělilo Ministerstvo pro místní rozvoj Evropské komisi adresu místa, kde je možné podat žádost o zápis do seznamu, čímž došlo k usnadnění přístupu zahraničních dodavatelů k veřejným

2312/2010/540/DCh ze dne 26. dubna 2010, cit: „Zákon dodavatelům neukládá povinnost vyzvednutí zadávací dokumentace a ani v takové situaci nestanoví žádné sankce, naopak, je to právě zadavatel, komu zákon ukládá povinnosti v souvislosti s vypracováním zadávacích podmínek a ponechává je zcela na jeho odpovědnosti, přičemž za jejich nedodržení stanoví příslušné sankce. Skutečnost, že si dodavatel sám zadávací dokumentaci nevyzvedl a podrobnosti ohledně zadávacích podmínek se dozvěděl z jiných zdrojů, např. prostřednictvím svého subdodavatele, který si o zadávací dokumentaci požádal a vyzvedl si ji, není při posuzování kvalifikace dodavatele relevantní. Nestanovení a nesplnění možného požadavku uvedeného v ust. § 127 odst. 3 zákona nelze přičítat k tíži uchazečů, neboť jde o povinnost zadavatele stanovenou zákonem, kdy si musí zadavatel právo požadovat vedle výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů i jiné doklady vyhradit výslovně v oznámení zadávacího řízení.“

¹²⁷ KRUTÁK, T. KRUTÁKOVÁ, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Praha: ANAG, 2013, s. 380. ISBN 978-80-7263-778-2.

¹²⁸ Pozn.: K zápisu, který je prováděn ve správním řízení (a zpoplatněn částkou 3.000,- Kč) je nutné podat žádost a spolu s ní listiny, které dokazují splnění základních kvalifikačních předpokladů a profesních kvalifikačních předpokladů v rozsahu ve kterém je příslušný žadatel dokáže splnit.

¹²⁹ Pozn.: Změna zápisu je pro uchazeče o VZ nutností v případech, že u něj nějaká změna nastala a to zejména ze dvou důvodů. Jednak proto, že nastalá změna nepromítnutá do seznamu by mohla mít za následek vyloučení příslušného uchazeče ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace, také ale musí každý uchazeč o VZ zapsaný v seznamu do 31. března každého roku potvrdit, že nedošlo k žádné změně údajů obsažených v seznamu. Pokud by uchazeč o VZ tuto povinnost nesplnil, hrozila by mu pokuta až do výše 1.000.000,-Kč (§120a odst. 1 písm. b).

zakázkám v ČR. Provozovatel seznamu vydává na požádání výpis z tohoto seznamu ve lhůtě do pěti dnů od požádání.

Obsahem seznamu kvalifikovaných dodavatelů jsou identifikační údaje zapisovaného subjektu (obchodní firma, název, popř. jméno a příjmení, sídlo nebo místo podnikání a případná právní forma), IČ, jména a příjmení členů statutárního orgánu a způsob a rozsah jejich jednání a předmět podnikatelské činnosti. Dále seznam dokladů, pomocí kterých dodavatel prokázal splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů. Konečně seznam obsahuje datum žádosti o zápis do seznamu, datum tohoto zápisu a případné aktualizace zápisu. Taxativní výčet obsahuje § 126 ZVZ.

Dalším ze způsobů prokazování kvalifikace je využití systému certifikovaných dodavatelů a jde opět o systém umožňující výrazné zjednodušení při prokazování kvalifikace uchazečem. Systém certifikovaných dodavatelů je oproti seznamu kvalifikovaných dodavatelů složitějším, což však přináší výhody spočívající pro uchazeče zejména ve větším rozsahu, kterým je možno v takovém případě prokázat kvalifikaci, čímž ještě více (než v případě seznamu kvalifikovaných dodavatelů) odpadá velká část administrativní zátěže při tvorbě nabídek. Podle ustanovení § 134 odst. 1) nahrazuje certifikát v rozsahu v něm uvedených údajů prokázání splnění kvalifikace uchazečem o VZ, tedy oproti seznamu kvalifikovaných dodavatelů je možné certifikátem prokázat i technické kvalifikační předpoklady. Oproti seznamu kvalifikovaných dodavatelů obsahuje certifikát datum jeho platnosti a tak musí být platný k poslednímu dni lhůty pro prokázání kvalifikace s tím, že certifikát se podle § 140 odst. 1) ZVZ vydává s platností na jeden rok (to je opět změna oproti seznamu kvalifikovaných dodavatelů, který nemá omezenou platnost). Certifikát (stejně jako seznam) musí zadavatel v zadávacím řízení od uchazeče o VZ v zásadě vždy přijmout,¹³⁰ pokud splňuje všechny zákonné požadavky.¹³¹

Certifikát je vydávaný akreditovanou osobou podle zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů, tzv.

¹³⁰ Blíže např. bod 28 v Rozhodnutí ÚOHS č.j. S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 26. ledna 2006.

¹³¹ Pozn.: Výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů musí být vydán v souladu s § 128 ZVZ a nepřijatelná je jakákoliv jiná forma. K tomu např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S013,085,099,102/2007/VZ-08685/2007/510-če ze dne 4. června 2007, cit: „Uchazeč sice v nabídce doložil Výpis ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů, jedná se však pouze o verzi pořízenou na internetu, která má, jak je také na výpisu správcem systému výslovně uvedeno, pouze informativní charakter. Aby bylo možné prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů pomocí výpisu ze seznamu kvalifikovaných dodavatelů akceptovat, muselo by se jednat o výpis pořízený uchazečem postupem podle § 128 zákona.“

Certifikačním orgánem pro kvalifikaci¹³², ten získává oprávnění od Českého institutu pro akreditaci, o.p.s.. I v tomto případě vede Ministerstvo pro místní rozvoj v rámci informačního systému seznam schválených systémů certifikovaných dodavatelů, avšak jednotlivé systémy certifikovaných dodavatelů spravují jejich správci samostatně, tedy existuje více systémů, které spravuje více správců. Seznam systémů certifikovaných dodavatelů nalezneme na internetové adrese www.isvz.cz/ISVZ/SSCD/ISVZ_SSCD_text.aspx. Obdobně jako v případě seznamu kvalifikovaných dodavatelů, i v případě systému certifikovaných dodavatelů, ukládá ZVZ v § 133 odst. 2) povinnost Ministerstva pro místní rozvoj sdělit Evropské komisi názvy a identifikační údaje správců schválených systémů certifikovaných dodavatelů.

Zákon obdobně jako v případě seznamu kvalifikovaných dodavatelů taxativně v § 139 stanoví, jaké údaje musí obsahovat vydávaný certifikát. Jde především o identifikační údaje certifikačního orgánu pro kvalifikaci (toho, který certifikát vydal), název systému certifikovaných dodavatelů a identifikační údaje jeho správce, pokud jde o dodavatele, tak jeho obchodní firmu nebo název a sídlo dodavatele, právní formu, jedná-li se o právnickou osobu (jméno a příjmení, popřípadě obchodní firmu a místo podnikání, popřípadě místo trvalého pobytu, jedná-li se o fyzickou osobu), IČ, pokud bylo přiděleno, jména a příjmení členů statutárního orgánu a způsob i rozsah jejich jednání, předmět nebo obor podnikatelské nebo jiné činnosti, pro kterou je certifikát vydán, druh a případně kategorii veřejných zakázek, pro kterou je certifikát vydán, seznam dokladů, jimiž dodavatel prokázal splnění základních a profesních kvalifikačních předpokladů (s tím, že jde-li o oprávnění k podnikání, obsahuje seznam výčet příslušných oprávnění, jde-li o doklad podle § 54 písm. c), obsahuje seznam název profesní samosprávné komory či jiné profesní organizace, která doklad vydala a jde-li doklad podle § 54 písm. d), obsahuje seznam údaj o druhu odborné způsobilosti), údaj o tom, které technické kvalifikační předpoklady podle § 56 ZVZ byly prokázány, včetně údaje o dosažené úrovni prokázané kvalifikace s ohledem na jednotlivé kvalifikační předpoklady, datum vydání a platnosti certifikátu a konečně podpis osoby oprávněné jednat za certifikační orgán pro kvalifikaci.

¹³² Pozn.: Tím je např. Výzkumný ústav pozemních staveb certifikační společnost, s.r.o.

2.4 Evropská právní úprava

Problematika prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele je v ČR vykládána nejednotně a to nejen odborníky v daném oboru, ale i orgány dohledu a přezkumu (viz níže). Není tedy dost dobře možné vystačit s právní úpravou a judikaturou ČR k této problematice. V § 1 zákona je uvedeno, že ZVZ zpracovává příslušné předpisy Evropské unie a zpracovává postupy při zadávání veřejných zakázek atd. V poznámce pod čarou jsou uvedeny příslušné předpisy, které zákon zpracovává. Těmito předpisy EU jsou směrnice 2004/17/ES¹³³ a 2004/18/ES¹³⁴, dále také 1989/665/EHS¹³⁵, 1992/13/EHS¹³⁶ a tak je dán právní základ tohoto zákona v právu EU. A právě problematika prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele je vzhledem k rozpornému výkladu tím důvodem, proč odkázat na tzv. eurokonformní výklad, tedy výklad pomocí tzv. zadávacích směrnic a konkrétní judikatury ESD. Eurokonformní výklad není nic jiného, než princip nepřímého účinku, tedy jeden ze základních principů Evropských společenství, který je možné využívat i v případech nepřiznání horizontálního přímého účinku směrnicím. Tento princip byl stanoven Soudním dvorem ES jako povinnost národních soudů interpretovat a aplikovat své národní právo ve světle textu a cíle směrnice, v mezích jim svěřených pravomocí, aby nedocházelo k rozporu s komunitárním právem (Srov. Rozsudek ESD C-106/89 ve věci *Marleasing SA vs. La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (1990), C- 403/98 *Azienda Agricola Monte Arcosu Srl vs. Regione Autonoma della Sardegna, Organismo Comprensoriale n 24 della Sardegna a Ente Regionale per l Assistenza Tecnica in Agricoltura (ERSAT)* (2001)).¹³⁷ Nicméně směrnice ES byly do zákona 137/2006 Sb., již transponovány a tak je výklad jeho ustanovení v souladu s textem směrnic samozřejmostí potvrzenou právě ustanovením § 1 ZVZ. Možnost použití eurokonformního výkladu podpůrně potvrdil i

¹³³ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník EU č. L 134 z 30. 4. 2004).

¹³⁴ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník EU č. L 134 z 30. 4. 2004).

¹³⁵ Směrnice Rady 1989/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce ze dne 21. prosince 1989 (Úřední věstník EU č. L 395 z 30. 12. 1989).

¹³⁶ Směrnice Rady 92/13/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací ze dne 25. února 1992 (Úřední věstník EU č. L 76 z 23. 3. 1992).

¹³⁷ OUTLÁ, V. *Právo Evropské unie*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 134.

NSS sp. zn. 2 Afs 98/2011-112 ze dne 21. března 2012, kde v bodě 21 uvedl, cit: „unijní právo a judikatura ESD slouží jako vodítko pro výklad práva národního, pokud bylo vykládané ustanovení přijato za účelem sblížení českého práva s právem unijním a český zákonodárce nevyjádřil zcela zjevně úmysl se od práva unijního odchýlit.“¹³⁸

Vzhledem k tomu, že v průběhu psaní této práce došlo k přijetí nových směrnic EU přímo dotýkajících se zkoumané problematiky, je nutné věnovat se dále i relevantním ustanovením, které mohou naznačit směr, kterým se bude výklad vnitrostátní právní úpravy v tomto směru ubírat. Jde o směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek,¹³⁹ kterou se zrušila směrnice 2004/18/ES a směrnici Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb¹⁴⁰, kterou se zrušila směrnice 2004/17/ES.

2.4.1 Právní úprava dané problematiky a její smysl ve směrnicích EU 2004/17/ES, 2004/18/ES a 2014/24/EU, 2014/25/EU

Směrnice 2004/18/ES ve svém čl. 48 odst. 3) uvádí, že „*Hospodářský subjekt může, je-li to nezbytné a pro určitou zakázku, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat nezbytnými prostředky pro plnění zakázky, například tím, že předloží závazek poskytnout nezbytné prostředky hospodářskému subjektu*“. Evropská právní úprava transponovaná od zákona č. 137/2006 Sb., tedy jednak klade zásadní důraz na neomezenou možnost využití jakéhokoliv jiného subjektu při prokazování kvalifikace, zároveň ale poměrně striktně

¹³⁸ Pozn.: Podrobněji se k problematice dříve vyjádřil NSS v Rozsudku sp. zn. 2 Afs 92/2005-45 ze dne 15. prosince 2006 a dokonce uvedl, cit: „i v případech, kdy se posuzující skutkové okolnosti, k nimž došlo před vstupem ČR do EU, a rozhodným právem je právo tehdy účinné, je nutno ustanovení českého právního předpisu, přijatého nepochybně za účelem sblížení českého práva, s právem Evropských společenství a majícího svůj předobraz v právní normě obsažené v právu Evropských společenství, vykládat konformně s touto normou.“

¹³⁹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a zrušení směrnice 2004/18/ES ze dne 26. února 2014 (Úřední věstník EU č. L 94 z 28. 3. 2012).

¹⁴⁰ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES ze dne 26. února 2014 (Úřední věstník EU č. L 94 z 28. 3. 2012).

trvá na tom, že hospodářský subjekt (uchazeč) musí prokázat, že pro danou veřejnou zakázku bude mít k dispozici prostředky nezbytné pro realizaci veřejné zakázky, přičemž jako jeden z příkladů uvádí závazek předložený zadavateli. Jak je vidno, právní úprava ve směrnici 2004/18/ES je poměrně tvrdá. § 51 odst. 4) zákona, který vychází z tohoto ustanovení směrnice říká, že dodavatel je také povinen zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věci či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Toto ustanovení tedy konkrétně specifikuje závazek, který je v čl. 48 směrnice uveden jako příklad. Podstatné ale je, že ani evropská, ale ani česká právní úprava nepřipouští pouze možnost mít prostředky jiného subjektu (subdodavatele) k dispozici, ale v podstatě povinnost, která je ve směrnici vyjádřena slovy „*musí veřejnému zadavateli prokázat, že bude disponovat*“. Tak je tedy třeba přistupovat i k obsahu onoho závazku, který má být podle právní úpravy ČR obsažen ve smlouvě uzavřené se subdodavatelem.

Druhá transponovaná směrnice 2004/17/ES v čl. 53 odst. 5) uvádí, že „*Pokud kritéria a pravidla pro kvalifikaci uvedená v odstavci 2 obsahují požadavky týkající se technických nebo odborných schopností hospodářského subjektu, může tento subjekt, je-li to nezbytné, využít schopnosti jiných subjektů, bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. V tom případě musí zadavateli prokázat, že bude disponovat uvedenými prostředky po celou dobu trvání systému kvalifikace, například tím, že předloží závazek těchto subjektů v tomto směru.*“ Toto ustanovení je v podstatě totožné s ustanovením čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18/ES, pouze zpřesňuje, že se týká právě kvalifikace a potvrzuje základní princip spočívající v tom, že uchazeč musí prokázat, že bude disponovat prostředky (subdodavatele). Obdobně je tomu i v případě v právní úpravě ČR se již nevyskytujících finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů (čl. 53 odst. 4 směrnice). Zmínka o ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladech je na místě z toho důvodu, že i v současné době „dobíhají“ u orgánů dohledu a přezkumu sporné případy prokazování finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele.

Nově platné směrnice výklad této problematiky ještě více zpřesňují, kdy v čl. 63 směrnice 2014/24/EU je uvedeno, cit: „*Pokud jde o kritéria týkající se ekonomické a finanční situace a kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti, může*

hospodářský subjekt, je-li to vhodné a pro určitou veřejnou zakázku, využít kapacity jiných subjektů bez ohledu na právní povahu vztahů mezi ním a těmito subjekty. Pokud však jde o kritéria týkající se vzdělání a odborné kvalifikace stanovená v příloze XII části II písm. f) (stavebnictví) nebo relevantních profesních zkušeností, mohou hospodářské subjekty využít kapacity jiných subjektů pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tyto kapacity vyžadují. Má-li hospodářský subjekt v úmyslu využít způsobilosti jiných subjektů, prokáže veřejnému zadavateli, že bude disponovat nezbytnými zdroji, například tím, že předloží závazek těchto subjektů učiněný za tímto účelem.“

Obdobná tendence je patrná i v čl. 79 směrnice 2012/25/EU, cit: *„Pokud objektivní pravidla a kritéria pro vyloučení a výběr hospodářských subjektů žádajících o zápis v systému kvalifikace zahrnují požadavky týkající se ekonomické a finanční způsobilosti hospodářského subjektu nebo jeho technických a profesních schopností, může hospodářský subjekt v případě nutnosti využít kapacity jiných subjektů, ať už je právní povaha vztahů existujících mezi ním a těmito subjekty jakákoli. Pokud však jde o kritéria týkající se vzdělání a odborné kvalifikace poskytovatele služeb nebo zhotovitele nebo vedoucích pracovníků příslušného podniku nebo relevantních profesních zkušeností, mohou hospodářské subjekty využít kapacity jiných subjektů pouze tehdy, budou-li uvedené subjekty vykonávat stavební práce nebo služby, pro něž se tato způsobilost vyžaduje. Má-li hospodářský subjekt v úmyslu využít kapacity jiných subjektů, prokáže zadavateli, že bude těmito zdroji disponovat po celou dobu platnosti systému kvalifikace, například tím, že předloží závazek těchto subjektů učiněný za tímto účelem.“*

Z příslušných ustanovení nových směrnic je jasně patrný trend směřující ke skutečné provázanosti mezi uchazečem a subjektem prokazujícím za něj část kvalifikace při realizaci konkrétní veřejné zakázky. Jako zajímavé hodnotím i zcela konkrétní popsání obsahu vlastního závazku mezi uchazečem a jeho subdodavatelem. Tento obsah ustanovení směrnic pak zcela vyvrací část argumentace orgánů dohledu a přezkumu v ČR k dané problematice, viz níže, byť připomínám, že nové směrnice nejsou doposud do právního řádu ČR transponovány.

2.4.2 Judikatura ESD v dané problematice (C-389/92 Ballast Nedam Groep NV a C-176/98 Ruhrwaser AG International Water Management)

Co se evropské judikatury týče, v současné době se právní teorie opírá o dvě rozhodnutí ESD, která jsou sice staršího data, avšak k dané problematice jsou stále přílehavá.

V prvním případě, kdy se ESD zabýval touto problematikou, šlo o předběžnou otázku¹⁴¹ v případě společnosti Ballast Nedam Groep podléhající právnímu řádu Nizozemska a belgického státu.¹⁴² Nizozemský soud se v souvislosti s případem obrátil na ESD s touto předběžnou otázkou:

„Zda Směrnice Rady 71/304/EHS¹⁴³ ze dne 26. července 1971 o odstranění omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček a Směrnice Rady 71/305/EHS¹⁴⁴ ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupu přidělování veřejných zakázek na provedení veřejných prací, zejména články 1, 6, 21, 23 a 26, v případě, že se belgické předpisy o registraci dodavatelů vztahují v souvislosti s hodnocením kritérií týkajících se mj. odborných předpokladů, které musí dodavatel splnit, na dominantní právnickou osobu v rámci „skupiny“ podléhající nizozemskému právu, umožňují, aby byla brána na zřetel pouze tato dominantní právnická osoba jako taková a nikoli „společnosti v rámci skupiny“, z nichž každá má svou právní subjektivitu, ale které patří do dané „skupiny“.

¹⁴¹ Pozn.: Řízení o předběžné otázce je řízením nesporným, přičemž jeho hlavním smyslem je zajištění souladného uplatňování komunitárního práva v celé EU. Pravomoci ESD k řízení o předběžné otázce jsou dány čl. 267 konsolidovaného znění Smlouvy o EU a smlouvy o fungování EU (bývalý článek 234 smlouvy o ES) (Úřední věstník EU č. L C 326 z 26. 10. 2012), kde je uvedeno, „že ESD má pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu Smluv, platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie. Vystane-li taková otázka před soudem členského státu, může tento soud, považuje-li rozhodnutí o této otázce za nezbytné k vynesení svého rozsudku, požádat Soudní dvůr Evropské unie o rozhodnutí o této otázce.“ Blíže k problematice např. OUTLÁ, Veronika. *Právo Evropské unie*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 159-182. ISBN 978-80-7380-084-0.

¹⁴² Rozsudek ESD C-898/92 ve věci Ballast Nedam Groep NV vs stát Belgie (1994).

¹⁴³ Směrnice Rady (ES) 71/304/EHS o odstraňování omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček ze dne 26. července 1971 (Úřední věstník EU č. L 185 z 16. 8. 1971) byla v zájmu zjednodušení *acquis communautaire* zrušena směrnicí Evropského parlamentu a rady 2007/24/ES kterou se zrušuje směrnice Rady 71/304/EHS o odstranění omezení volného pohybu služeb v souvislosti s veřejnými zakázkami na stavební práce a se zadáváním veřejných zakázek na stavební práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení nebo poboček ze dne 24. května 2007 (Úřední věstník EU č. L 154/22 z 14. 6. 2007), neboť směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES spolu s judikaturou ES umožňovaly dosažení stejného nebo vyššího stupně ochrany než směrnice 71/304/EHS.

¹⁴⁴ Směrnice Rady (ES) 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupu přidělování veřejných zakázek na provedení veřejných prací (Úřední věstník EU č. L 185 z 26. 8. 1971).

ESD konstatoval, že v odpovědi na otázku vznesenou národním soudem vyžaduje posoudit, zda holdingová společnost může být vyloučena z účasti na postupu přidělování veřejných zakázek na provedení veřejných prací z toho důvodu, že sama tyto práce neprovádí, a není-li tomu tak, za jakých podmínek může prokázat, že má příslušné postavení a předpoklady k takové účasti.

K tomu konstatoval, že Směrnice rady 89/440/EHS z 18. července 1989, kterou se mění směrnice 71/305/EHS (Úřední věstník EU č. L 210, z 1989), ve svém článku I výslovně uvádí (zejména s cílem přesněji definovat význam výrazu veřejné zakázky na provedení veřejných prací), že *„předmětem těchto zakázek je buď provedení nějaké práce nebo prací nebo jejich provedení i projekt nebo provedení práce odpovídající požadavkům stanoveným zadavatelem, a to jakýmkoli prostředky“*. Tato definice potvrzuje, že se dodavatel, který nemá v úmyslu provést práce sám a nemá k tomu ani zdroje, může účastnit postupu přidělení veřejné zakázky na veřejné práce.

To znamená, že holdingová společnost, která sama práce neprovádí, nesmí být vyloučena z účasti na postupu přidělení veřejné zakázky na veřejné práce z toho důvodu, že její dceřiné společnosti, které práce provádějí, jsou samostatné právnické osoby.

Daleko podstatnější je pro problematiku, kterou se zabývá tato práce podmínka, kterou ESD s ohledem na tehdy platné ustanovení směrnic zdůraznil, tedy že podle článku 20 směrnice 71/305, je na zadavateli, aby ověřili vhodnost dodavatelů v souladu s kritérii hospodářského a finančního postavení a odborných znalostí nebo kvalifikace, jak je uvedeno v člancích 25 až 28 této směrnice. Tedy pokud nějaká společnost předloží v této souvislosti reference, které se týkají jejích dceřiných společností jako důkaz o svém hospodářském a finančním postavení a odborných znalostech a schopnostech pro účely zápisu do úředního seznamu schválených podniků, musí prokázat, že bez ohledu na povahu její právní vazby na tyto dceřiné společnosti má skutečně k dispozici zdroje těchto dceřiných společností potřebné pro provedení daných zakázek. A je na národním soudu, aby ve světle jemu známých faktických a právních okolností posoudil, zda byl tento důkaz v hlavním řízení předložen.

Závěrem ESD zrekapituloval objasnění v odpovědi na předběžnou otázku, když konstatoval, že Směrnice Rady 71/304/EHS ze dne 26. července 1971 o odstranění omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a

zadávaní veřejných zakázek na práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček a Směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupu přidělování veřejných zakázek na provedení veřejných prací, musí být vykládány v tom smyslu, že umožňují pro účely posouzení kritérií, které má splňovat zadavatel v případě, kdy je zkoumána žádost o registraci dominantní právnické osoby ve skupině, aby byly brány v úvahu společnosti náležející do takové skupiny, pokud daná právnická osoba prokáže, že má skutečně k dispozici zdroje těchto společností, které jsou zapotřebí k provedení daných prací. A je na národním soudu, aby posoudil, zda byl tento důkaz v hlavním řízení předložen.

Tedy i na tomto místě je třeba zdůraznit, že i ESD trvá v souladu s ustanovením směrnic na tom, že společnost (uchazeč) musí mít zdroje jiných společností (subdodavatele) plně k dispozici a nikoliv je pouze může v budoucnu mít. Této aplikaci ustanovení směrnic pomocí ESD by tedy měl odpovídat i konkrétní závazek ve smyslu čl. 48 odst. 3 směrnice 2004/18/ES (obdobně i ve směrnici 2004/17/ES).¹⁴⁵

2.5 Aktuální situace v dané problematice v ČR, její výklad a rozhodovací praxe

2.5.1 Rozhodování ÚHOS v dané oblasti

Rozhodovací praxe orgánu dohledu v dané problematice není nikterak široká, protože přesto, že prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele je téměř v každém zadávacím řízení užíváno, k orgánu dohledu se dle mého názoru dostane zlomek sporných případů a chybných způsobů prokazování kvalifikace třetím subjektem.

¹⁴⁵ Blíže také v Rozsudek ESD C-126/03 ve věci *Heineken Brouwerijen BV vs. Hoofdproductschap Akkerbouw* (2004), cit: „V tomto ohledu je pravdou, že poskytovateli služeb, který hodlá poukázat na technickou způsobilost orgánů nebo podniků, se kterými je přímo, nebo nepřímo spojen, přísluší za účelem svého připuštění k účasti na nabídkovém řízení prokázat, že může skutečně disponovat s prostředky těchto orgánů nebo podniků, které jsou nezbytné k vykonání zakázky, ale které jemu samému nepatří (viz v tomto smyslu Rozsudek ESD ve věci *C 399/98 Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di Milano, and Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala a bod 92 (2001)*, a Rozsudek ESD C 314/01 ve věci *Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger vs. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (2004.)*“

Z osobních zkušeností vím, že zadavatelé nemají v problematice a jejím výkladu zcela jasno a tak raději postupují tzv. „cestou nejmenšího odporu“, kdy i u jasně chybného způsobu prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele zadavatel raději přimhouří oči, než aby uchazeče ze zadávacího řízení vyloučil.¹⁴⁶ Důvodem je právě skutečnost, že ani orgán dohledu nemá ve zkoumané problematice jasno a zadavatel nemůže předvídat rozhodnutí a riskoval by tak udělení případné pokuty ze strany Úřadu.

2.5.1.1 ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr

Prvním z těchto rozhodnutí je provostupňové rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 3. března 2010. Zadavatelem veřejné zakázky v šetřeném případě byl Dopravní podnik hl. města Prahy, a.s. a navrhovatelem společnost MOTT MACDONALD Praha, spol. s.r.o., přičemž předmětem veřejné zakázky bylo „*Zpracování projektové dokumentace pro územní a stavební řízení a výkon autorského dozoru na stavbu výstavba trasy I.D metra v Praze*“. Pokud jde o problematiku prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, tak je na případu zajímavé prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Zadavatel, co se ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů týče, mimo jiné požadoval výkaz celkového obratu uchazeče za poslední tři období. Obrat za sledovaná účetní období nesměl klesnout v žádném ze sledovaných účetních období pod limit 400 mil Kč a obrat za plnění dosažená s ohledem na předmět veřejné zakázky (rozumí se projektové práce na stavbách metra nebo na stavbách kolejových staveb sloužících pro hromadnou přepravu cestujících, jejichž součástí byly tunelové stavby o minimální délce tunelu 300m) pod limit 100,0 mil Kč. Navrhovatel v nabídce prokázal celkový obrat prostřednictvím své mateřské společnosti MOTT MACDONALD a stejně tak i obrat s ohledem na předmět veřejné zakázky. Ve Smlouvě o budoucí spolupráci mezi navrhovatelem a jeho subdodavatelem, která je součástí nabídky, bylo uvedeno, že cit: „*subdodavatel ručí za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči*

¹⁴⁶ Pozn.: Typickým příkladem je ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem uvedený závazek, jehož obsahem je pouhá citace části ustanovení § 51 odst. 4) ZVZ, tedy např. „*Budoucí zhotovitel (subdodavatel) se zavazuje poskytnout budoucímu objednateli (uchazeči) věci či práva s nimiž bude objednatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém zhotovitel prokázal za objednatele kvalifikaci*“

uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče“ (dále nabídka obsahovala ručitelské prohlášení subdodavatele, ve kterém je uvedeno, že subdodavatel bere na sebe vůči zadavateli povinnost, že pohledávky uspokojí, jestliže je neuspokojí navrhovatel).

Dále zadavatel definoval významné služby v zadávací dokumentaci tak, že za poskytnutí významné služby považoval zpracování projektové dokumentace pro územní řízení, stavební řízení a nebo pro realizaci stavby novostavby uceleného úseku metra nebo novostavby kolejové stavby sloužící k hromadné přepravě cestujících, jejichž součástí jsou minimálně 2 stanice a tunelové objekty o min. délce tunelu 300m, a to s minimálními investičními náklady 3,00 mld. Kč pro každou stavbu. I tento kvalifikační předpoklad splnil navrhovatel celý prostřednictvím subdodavatele a smlouva o smlouvě budoucí obsahovala závazek, podle kterého se subdodavatel se zavázal cit: *„poskytovat služby v rámci zpracování přípravy technických specifikací pro přípravu varianty ražení tunelu pomocí TBM a tzv. peer review (kontrola všech částí dokumentace odborníky s mnohaletou tunelářskou praxí)“*. Subdodavatel se celkem obecným způsobem zavázal navrhovateli, že ten je oprávněn disponovat jeho zdroji v rámci plnění veřejné zakázky.

Zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění povinností k vyjasnění kvalifikace. Zadavatel požadoval objasnit, zda se doklady týkající předložených obrátů navrhovatele na projektových činnostech týkají předmětu veřejné zakázky (tak, jak požadoval v zadávací dokumentaci) a dále zda se u předložených významných služeb jednalo o skutečné zpracování projektové dokumentace a nikoliv jen o projektový management. Navrhovatel sice vyjasnění doručil včas, ale na většinu dotazů odmítl reagovat, a to buď s poukazem na údajnou neoprávněnost, nebo příliš krátkou lhůtu pro zodpovězení. I přes prodloužení lhůty uchazeč doložil několik dílčích skutečností, ale ve většině případů zůstalo vyjasnění kvalifikace bez odezvy. Zadavatel vyloučil mimo jiné i to že uchazeč, který neprokázal jakýkoliv obchodní ani specializovaný obrat ani žádnou významnou službu a ve smlouvě o smlouvě budoucí se jeho subdodavatel zavázal podílet se na veřejné zakázce pouze 10 % z toho důvodu, že podíl subdodavatele na VZ ve výši 10 % neodpovídá rozsahu prokázané kvalifikace prostřednictvím subdodavatele.

Navrhovatel před Úřadem argumentoval tím, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem z několika důvodů, přičemž se podrobně vyjádřil a uvedl, že jeho

nabídka obsahovala, pokud jde o prokazování technických kvalifikačních předpokladů, čestné prohlášení, ve kterém se zavazuje prostřednictvím subdodavatele provést přípravu technických specifikací pro přípravu varianty ražení tunelu pomocí TBM, peer review (kontrola všech částí dokumentace špičkovými odborníky s mnohaletou tunelářskou praxí). Domníval se, že celkový rozsah plnění odpovídající dvěma výše uvedeným činnostem činí 10 % předmětu veřejné zakázky. Podle něj zákon umožňuje omezit rozsah činnosti subdodavatele na předmětu veřejné zakázky, nijak jej ale neomezuje v možnosti prokázat prostřednictvím subdodavatele část kvalifikace. Výklad zadavatele by znamenal, že vlastně žádnou část veřejné zakázky nesmí provádět navrhovatel, neboť neprokázal ani jednu z požadovaných referencí. Podle navrhovatele zadavatel oponoval také tím, že poměr činností mezi uchazečem a subdodavatelem je nepravděpodobný a neurčitý. K tomuto navrhovatel uvedl, že zadavatel v zadávací dokumentaci omezil celkový podíl služeb, které dodavatel hodlá zadat subdodavatelům na 20 % hodnoty nabídkové ceny. Navrhovatel se domníval, že tuto podmínku splnil i s rezervou, což zadavateli dokladoval čestným prohlášením i předloženou subdodavatelskou smlouvou. Z metodiky obsažené v nabídce bylo podle navrhovatele zcela zřejmé, že zejména nezávislý peer review (8 špičkových expertů subdodavatele) představoval přenos know-how ze společnosti Mott MacDonald Limited jakožto osoby 100% ovládající navrhovatele. K podpoření svých závěrů navrhovatel odkázal na rozsudek ESD C-389/92 ve věci Ballast Nedam Groep NV v. Belgie, ve kterém soud judikoval, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu - v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky je na místě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti.

Z argumentace zadavatele v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je patrné, že podle jeho názoru ze subdodavatelské smlouvy předložené v nabídce uchazeče vyplývalo, že podíl subdodavatele na veřejné zakázce měl být 10 %. Samotný navrhovatel podle zadavatele neprokázal jakýkoliv obchodní ani specializovaný obrat¹⁴⁷ a též žádnou významnou službu, a proto zadavatel nepovažoval 10% podíl subdodavatele odpovídající rozsahu, ve kterém prokázal kvalifikaci ve smyslu § 51

¹⁴⁷ Pozn.: Jednalo se o požadavek spadající do kategorie finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů podle zákona č. 137/2007 Sb., o veřejných zakázkách před novelou zákonem č. 55/2012 Sb., která ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady zrušila.

odst. 4 zákona, a proto zadavatel uchazeče vyloučil. (Zadavatel tedy považoval skutečný podíl subdodavatele na veřejné zakázce větší než 10 %). Zadavatel se tedy domníval, že uchazeč nesplnil požadavek zákona na to, aby obsah závazku přímo úměrně reflektoval rozsah a způsob prokázání kvalifikace subdodavatelem. Z vyjádření zadavatele je důležité, že ten cit: „*skutečně považuje podíl subdodavatele 10 % na objemu zakázky za nepřiměřeně nízký. Stejně problematický je též zcela obecný a neurčitý závazek o údajné dispozici se zdroji subdodavatele.*“

V konečném vyjádření se zadavatel vyjádřil ještě dvakrát v tom smyslu, že akceptoval relevanci holdingových vazeb (jejichž relevantnost byla potvrzena výše uvedeným rozsudkem ESD C-389/92 ve věci Ballast Nedam Groep NV v. Belgie) v souvislosti s prokazováním kvalifikace. Uvedl, že je nutná reálná disponibilita zdrojů a zázemí daného subdodavatele odpovídající míře jeho participace na plnění veřejné zakázky. Dále uvedl, že ze subdodavatelské smlouvy musí vyplývat jasný a srozumitelný závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky, tj. vykonávat konkrétní činnosti (měl na mysli technické kvalifikační předpoklady – referenční stavby) v konkrétním rozsahu, popř. poskytovat konkretizovaná práva či věci. Dále napadl údajný rozpor mezi prokázanou kvalifikací a závazkem v subdodavatelské smlouvě s tím, že popsany předmět činnosti subdodavatele (příprava varianty ražení tunelu pomocí TBM a peer review) neodpovídal druhu prokázané kvalifikace.

Úřad v případě rozhodl na základě § 112 zákona s tím, že zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, přičemž své rozhodnutí odůvodnil mimo jiné tak, že v první řadě ocitoval ustanovení § 51 odst. 4 zákona a dále článku 54 odst. 5 směrnice 2004/17/ES, dále uvedl, že uchazeč musí při prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele v nabídce předložit dle § 51 odst. 4 zákona předmětnou smlouvu se subdodavatelem. Smyslem této úpravy je podle Úřadu prokázat, že uchazeč (navrhovatel) bude mít k dispozici všechny zdroje, osoby, zkušenosti či finanční zázemí, které budou dostatečné k plnění dané veřejné zakázky, což by mělo vyplývat z této smlouvy. Při zvažování, zda lze určitý předpoklad prokázat prostřednictvím jiné osoby, je nutno zohlednit účel zjišťování kvalifikace a charakter daného předpokladu. V tomto ohledu je rozdíl mezi prokazováním kvalifikace u ekonomických a finančních předpokladů (v tomto případě doložení obratu, či specializovaného obratu) a prokazováním technických kvalifikačních předpokladů (v tomto případě seznam významných služeb). Úřad dále konstatoval, cit: „*Účelem ekonomických a finančních*

kvalifikačních předpokladů (včetně doložení výše obrátu) je prokázání určité ekonomické síly či stability subjektu. Naopak u seznamu významných služeb je prokazování kvalifikace navázáno na práce, které bude konkrétně provádět subdodavatel.“

Úřad, tedy co se finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů týká, uzavřel, že z uvedené smlouvy o budoucí spolupráci a ručitelského prohlášení je zřejmé, že subdodavatel prokázal ekonomickou sílu a stabilitu, když např. celkový požadovaný obrát v jednotlivých letech překročil cca 40x. Navíc Úřad v tomto ohledu uvedl, že navrhovatel prokázal tuto kvalifikaci prostřednictvím své mateřské společnosti Mott Macdonald Limited, která jej ze 100 % ovládá. V této souvislosti uvedl, že v rozsudku ESD C-389/92 ve věci Ballast Nedam Groep NV v. Belgie (pozn. tato problematika také řešena v rozsudku C-176/98 ve věci Holst Italia SpA v. Commune Cagliari), ve kterém soud judikoval, že není třeba bezvýhradně trvat na tom, aby se údaje a doklady k prokázání způsobilosti dodavatele vztahovaly výlučně k určitému právnímu subjektu - v případě, kdy v důsledku holdingových vazeb dodavatel reálně disponuje zázemím, které mu umožňuje reálně splnit předmět veřejné zakázky je na místě, aby tato skutečnost byla uznána jako dostatečný důkaz jeho způsobilosti. Z výše uvedeného tedy podle Úřadu vyplývá, že se subdodavatel zavázal k poskytnutí plnění a práv (ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče), a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Pokud jde o technické kvalifikační předpoklady, tak Úřad konstatoval, že ve Smlouvě o smlouvě budoucí mezi navrhovatelem a jeho subdodavatelem, která je součástí nabídky, je uvedeno, že subdodavatel se zavazuje poskytovat služby v rámci zpracování přípravy technických specifikací pro přípravu varianty ražení tunelu pomocí TBM a tzv. peer review (kontrola všech částí dokumentace odborníky s mnohaletou tunelářskou praxí). Subdodavatel se tak zavázal navrhovateli, že ten je oprávněn disponovat jeho zdroji v rámci plnění veřejné zakázky (ohledně ručení viz výše). Z uvedené smlouvy o smlouvě budoucí bylo zřejmé, že se subdodavatel zavázal k poskytnutí plnění a práv, a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Úřad závěrem mimo jiné konstatoval, že zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, tím, že vyloučil navrhovatele, aniž by prokázal, že by tento nesplnil kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (porušení základních zásad zadávacího řízení uvedených v § 6 zákona).

2.5.1.2 ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/Ema

Dalším zajímavým rozhodnutím je rovněž provostupňové rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S78/2010/VZ-9423/2010/520/Ema ze dne 29. listopadu 2010, kde byla zadavatelem veřejné zakázky obec Sloup v Čechách a navrhovatelem společnost SaM silnice a mosty a. s., předmětem veřejné zakázky pak „Zhotovitel stavby v rámci projektu Komunitní centrum obce Sloup v Čechách“. V segmentu problematiky, kterou se zabývá tato práce, bylo podstatné prokazování technických kvalifikačních předpokladů. Zadavatel v zadávací dokumentaci specifikoval své požadavky ohledně technických kvalifikačních předpokladů tak, že požadoval podle § 56 odst. 4 zákona předložení certifikátu systému řízení jakosti (ISO řady 9000), vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou - pro předmět systému managementu - Obnova památkových objektů akreditovanou osobou, dále zadavatel požadoval předložení dokladu o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí EMAS nebo platného certifikátu dle norem ISO 14000 vydaného akreditovanou osobou.¹⁴⁸ Navrhovatel oba dva požadované doklady prokazoval prostřednictvím svého subdodavatele, přičemž jeho závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí zněl takto cit: „zajištění realizace stavebních prací památkově odborného charakteru (statické zajištění, zednické, sanační, štukatérské, tesařské, truhlářské práce, kamenické, restaurátorské práce) a zajištění kontroly jakosti techniků a technických útvarů podílejících se na plnění výše uvedených stavebních prací“

Zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž jako důvod k vyloučení uvedl neprokázání požadované kvalifikace, neboť se domníval, že pokud jde o prokazování části kvalifikace, nedostal navrhovatel § 51 odst. 4) zákona.

¹⁴⁸ Pozn.: Šlo o ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., před jeho novelizací zákonem 55/2012 Sb., která tato ustanovení zrušila.

Navrhovatel se, pokud jde o prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, v návrhu vyjádřil v tom smyslu, že ze subdodavatelské smlouvy je zřejmé, že subdodavatel, který měl definované potřebné technické kvalifikační předpoklady, vyjádřil vůli být subdodavatelem navrhovatele při plnění předmětu veřejné zakázky a zavázal se uzavřít s navrhovatelem smlouvu o dílo. Subdodavatel poskytl navrhovateli příslušné doklady prokazující splnění technických kvalifikačních podmínek, které navrhovatel připojil ke své nabídce. Nebylo tedy správné posuzovat pouze tuto smlouvu o smlouvě budoucí, ale bylo potřebné posoudit smlouvu s přihlédnutím k obsahu dokladů, které dal jmenovaný subdodavatel navrhovateli k dispozici. Dále navrhovatel argumentoval tím, že se domníval, že podle Rozsudku NSS sp. zn. Afs 5/2007 by posuzování technických kvalifikačních předpokladů mělo být nejvolnější (oproti základním, profesním a ekonomickým a finančním kvalifikačním předpokladům).

Oproti tomu zadavatel se vyjádřil tak, že se domníval, že subdodavatel se sice předloženou smlouvou o budoucí smlouvě zavázal k zajištění realizace prací památkově odborného charakteru, ale ohledně technické kvalifikace se pouze zavázal, že zajistí kontrolu jakosti techniků a technických útvarů podílejících se na plnění prací, které bude provádět jako subdodavatel. Podle zadavatele měl navrhovatel doložením předmětné kvalifikace prokázat, že uvedeným certifikátem bude pokryta činnost při realizaci celého předmětu veřejné zakázky, nikoliv pouze část. Navíc z předložené smlouvy podle zadavatele nevyplývalo, že by subdodavatel v rámci prací, které bude provádět, realizoval opatření, která používá v oblasti ochrany životního prostředí.

Dále v souvislosti s danou problematikou zadavatel uvedl, že základním smyslem tohoto ustanovení zákona je snaha zabránit tomu, aby subdodavatel, prostřednictvím něhož prokazuje uchazeč kvalifikaci, byl tímto uchazečem pouze "použit" za úplatu pro účely prokázání kvalifikace, a naopak, aby se tento subdodavatel skutečně podílel na plnění veřejné zakázky, a to alespoň v té části, pro kterou prokazoval kvalifikaci místo uchazeče. Pokud by tomu tak nebylo, neměla by podmínka v § 51 odst. 4 zákona smysl, pak by každý uchazeč mohl prostřednictvím subdodavatele prokázat všechny kvalifikační předpoklady, které lze takto prokázat, jen na základě prohlášení subdodavatele, například o poskytnutí práv na užití dokladů pro splnění kvalifikace, aniž by se na plnění veřejné zakázky reálně podílel. Nebo by například mohl poskytnout všechny požadované reference, které osvědčují zkušenosti uchazeče

požadované zadavatelem, aniž by se však podílel na plnění veřejné zakázky, kde je využití těchto zkušeností požadované zadavatelem prvořadé.

Úřad v tomto případě rozhodl tak, že dal sice navrhovateli za pravdu, avšak nikoliv co se týká problematiky prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. V tomto směru se vyjádřil tak, že podle něj z předložených dokladů a smlouvy o smlouvě budoucí se subdodavatelem nelze vyvodit, že by zakládala závazek jmenované společnosti podílet na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky jako celku, resp. předložená smlouva o smlouvě budoucí se subdodavatelem neprokazuje, že by navrhovatel, byť společně se subdodavatelem, pokryl doloženým certifikátem činnosti při realizaci celého předmětu veřejné zakázky. Úřad se rovněž ztotožňuje s názorem zadavatele, že z předložené smlouvy o uzavření budoucí smlouvy nevyplývá, že by subdodavatel v rámci prací, které bude provádět, realizoval opatření, která používá v oblasti ochrany životního prostředí, jak zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci.

Dále Úřad uvedl, že pokud by zadavatel akceptoval nabídku navrhovatele, došlo by k popření smyslu prokazování kvalifikace při zadávání veřejných zakázek, neboť by mohla nastat situace, že k realizaci veřejné zakázky bude vybrán subjekt, který neprokázal kvalifikaci ani v součinnosti se subdodavatelem, neboť nedoložil smlouvy se subdodavatelem, jež by zakládala závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky alespoň v rozsahu, v jakém prokazovali kvalifikaci.

K charakteru technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvedl, že některé technické kvalifikační předpoklady mají povahu zkušeností (dodavatel prokazuje, že již realizoval obdobná plnění), některé dokládají, že má dodavatel pro plnění předmětu veřejné zakázky potřebné technické a profesní zázemí a některé mají povahu dokladů o zavedených systémech řízení (ISO normy, EMAS apod.). Dodavatelé mohou prokazovat splnění technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele, ale z povahy technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v doložení dokladů o zavedených systémech řízení managementu (ISO normy, EMAS apod.), které deklarují, že má dodavatel implementovány standardy managementu kvality, kterými se řídí při své činnosti, vyplývá, že tyto doklady jsou úzce navázány na samotnou činnost konkrétního dodavatele a dodavatel (subdodavatel) může tudíž prokázat kvalifikaci pouze na tu část plnění, kterou bude realizovat. S ohledem na charakter předmětu plnění veřejné zakázky není vyloučeno, aby zadavatel v

podmínkách stanovil, že požaduje prokázání kvalifikace tedy např. předložení certifikátu systému řízení jakosti atp. jen pro vymezenou část předmětu plnění veřejné zakázky. V takovém případě je tedy možné, aby tuto část kvalifikace prokázal dodavatel pomocí svého subdodavatele, který pro něj bude tuto vymezenou část předmětu plnění veřejné zakázky realizovat.

2.5.1.3 ÚOHS-S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo

Dalším zajímavým případem je provostupňové rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo ze dne 30. července 2012. Zadavatelem veřejné zakázky bylo Ministerstvo zemědělství - Pozemkový úřad Znojmo, a navrhovatelem společnost Geodézie Ledec nad Sázavou s. r. o.. Předmětem veřejné zakázky byla „Jednoduchá pozemková úprava, upřesnění přídělů - určení hranic pozemků v k. ú. Mackovice“. V rámci problematiky, kterou se zabývá tato práce, jsou podstatné kvalifikační předpoklady, které prokazoval subdodavatel a jejich způsob a rozsah. Zadavatel v zadávací dokumentaci požadavky na technické kvalifikační předpoklady (§ 56 odst. 2 písm. a), b), g), h) zákona a dle § 56 odst. 4 zákona) tak, že uchazeč měl předložit seznam významných obdobných služeb realizovaných uchazečem v posledních 3 letech (přílohou seznamu musí být osvědčení či prohlášení). Uchazeč měl kromě jiného prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením dokumentů, z nichž mělo být patrné splnění úrovně technických kvalifikačních předpokladů, přičemž zadavatel dále specifikoval minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů tak, že uchazeč měl splnit technické kvalifikační předpoklady, pokud v posledních 3 letech realizoval min. 3 služby - zpracování pozemkových úprav na ploše min. 1200 ha, min. 1 reálné upřesnění přídělů, ev. rekonstrukce přídělů, na ploše min. 500 ha, vč. nezbytných geodetických prací, a že rozhodnutí o určení hranic, ev. o schválení návrhu pozemkových úprav, nabylo právní moci. Uchazeč měl dále prokázat minimální počet techniků (2 oprávnění geodeti, 2 oprávnění projektanti pozemkových úprav, minimálně 5 zaměstnanců, minimálně 3 vedoucí zaměstnanci, PC s příslušenstvím, 2 totální stanice či stanice GNSS, 2 terénní vozidla). Vzhledem k tomu, že oba uvedené technické kvalifikační předpoklady prokazoval navrhovatel prostřednictvím subdodavatele, byla podstatou případu opět otázka, zda byl dostatečným způsobem vymezen závazek subdodavatele ve smlouvě o

smlouvě budoucí a zda odpovídal co do způsobu, tak do rozsahu prokázání kvalifikace subdodavatelem.

Zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení s odůvodněním, že navrhovatel neprokázal splnění kvalifikace v zadavatelem požadovaném rozsahu, neboť neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona, seznamu významných služeb. V odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel dále specifikoval, že k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu (§ 56 odst. 2 písm. a) zákona) navrhovatel předložil doklady, z nichž je patrné, že jeho subdodavatel realizoval v posledních 3 letech alespoň 3 zadavatelem požadované služby. K prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu navrhovatel předložil doklady, kterými prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu (dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona) prostřednictvím subdodavatele, a to v rozsahu 100 %. Podle hodnotící komise¹⁴⁹ tak uchazeč neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu, neboť subdodavatel předložením referencí (pozn. synonymum pro osvědčení objednatelů) v rozsahu 100 % prokazuje svoji technickou způsobilost na celý předmět veřejné zakázky a podle příložené smlouvy o dílo se bude subdodavatel podílet na plnění veřejné zakázky maximálně v rozsahu 30 %.

Navrhovatel se vyjádřil v tom smyslu, že dle jeho názoru zadavatel porušil zásady stanovené v § 6 zákona, neboť svým postupem v této veřejné zakázce diskriminuje navrhovatele z důvodu, že navrhovatel sám neprokázal splnění všech kvalifikačních předpokladů stanovených zákonem a k prokázání části kvalifikace stanovené v § 50 odst. 1 písm. d) zákona pro plnění veřejné zakázky musel využít třetí osobu (subdodavatele). Dále navrhovatel ve svém vyjádření v podstatě zrekapituloval skutkový stav případu.

Následně se vyjádřil zadavatel, který konstatoval, že prokázání splnění části technické kvalifikace prostřednictvím subdodavatele je možné, ovšem za předpokladu, že ze smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem vyplývá závazek subdodavatele poskytovat plnění určené k plnění veřejné zakázky dodavatelem alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Za situace, která nastala v tomto

¹⁴⁹ POZN.: Úlohou hodnotící komise je posouzení nabídek, přičemž postupuje přísně podle § 75 – 80 ZVZ s tím, že výběr nejhodnější nabídky je svěřen opět zadavateli (§ 81 ZVZ).

případě, kdy smlouva o dílo uzavřená mezi navrhovatelem a subdodavatelem vymezuje plnění subdodavatele pouze v rozsahu 30 % z celkového objemu veřejné zakázky, nemůže být podle zadavatele tato smlouva považována za smlouvu uzavřenou v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace, a to především proto, že subdodavatel prokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu, konkrétně seznamu významných služeb ve 100 % rozsahu, ale podle uzavřené smlouvy o dílo se bude se svými zkušenostmi a technickými znalostmi podílet na plnění předmětu veřejné zakázky pouze v rozsahu max. 30 % z celkového objemu prací. Zadavatel dále poukázal na to, že smyslem právním úpravy kvalifikace v rámci zákona je bezpochyby prokázat, že cit: „*potencionální dodavatel bude mít skutečně k dispozici určité zdroje, osoby, zkušenosti či finanční zázemí, které budou dostatečné pro plnění dané veřejné zakázky. Důraz je tak kladen na skutečné prokázání těchto skutečností a nikoliv na jejich formální doložení.*“ Možnost skutečného disponování požadovanými zdroji by podle zadavatele mělo v případě prokazování splnění kvalifikace pomocí subdodavatele vyplývat ze smlouvy, jejíž uzavření § 51 odst. 4 zákona ukládá. U prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona nelze připustit, aby subdodavatel prokazoval splnění počtu referenčních zakázek v rozsahu 100 %, neboť by tak zadavateli nebyla poskytnuta záruka řádné realizace veřejné zakázky způsobilým dodavatelem. Výklad ustanovení § 17 písm. i) zákona, který používá navrhovatel a z kterého dovozuje, že je možné, aby subdodavatel na jedné straně prokázal splnění části technické kvalifikace dle § 56 odst. 2 písm. a) zákona v rozsahu 100 % a na druhé straně se podílel na realizaci předmětu plnění pouze v rozsahu nejvýše 30 %, není přípustný. Evropské zadávací směrnice, z nichž zákon vychází a s nimiž musí být v souladu, kladou důraz na skutečnost, že dodavatel musí mít zdroje, které prokázal prostřednictvím subdodavatele, skutečně k dispozici. Subdodavatel by tak musel plnit celý předmět veřejné zakázky, ke které prokázal splnění kvalifikace, a ne pouze max. 30 %, jak je tomu v tomto případě.

Úřad v případě rozhodl tak, že na základě § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh zamítl. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad nejprve zrekapituloval požadavky zadavatele obsažené v zadávací dokumentaci a pak se vyjádřil k závazku subdodavatel v subdodavatelské smlouvě, když konstatoval, že navrhovatel ve své nabídce doložil smlouvu o dílo uzavřenou se subdodavatelem, kde bylo uvedeno, že navrhovatel se rozhodl k podání nabídky na veřejnou zakázku "Jednoduchá pozemková úprava -

upřesnění přidělu - určení hranic pozemků v k. ú. Mackovice“. Subdodavatel se konkrétně zavázal cit: „*k poskytnutí plnění veřejné zakázky a poskytnutí věcí, práv a záruk, jimiž bude navrhovatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky a které jsou nezbytné k plnění veřejné zakázky, a to v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona, zejména se zavazuje provést pro navrhovatele za podmínek sjednaných v této smlouvě práce na všech fakturačních celcích předmětu díla dle zadávací dokumentace.*“ Rozsah prací subdodavatele na veřejné zakázce jako celku měl být realizován v rozsahu nejvýše 30 %.

Dle smlouvy se subdodavatel zavázal, že cit: „*v případě, že bude nabídka navrhovatele vybrána jako nejvhodnější, provést odborné práce a služby nezbytné k realizaci veřejné zakázky v souladu s doklady osvědčujícími odbornou způsobilost subdodavatele. Tyto odborné práce a služby provede subdodavatel ve 100 % z chybějícího rozsahu požadované kvalifikace.*“

Dále Úřad konstatoval, že smyslem prokazování kvalifikace dodavateli, popř. splnění zákonných podmínek společně se subdodavatelem, je výběr takového dodavatele, který prokáže, že má zkušenosti s obdobným druhem plnění, že je po technické a profesní stránce schopen zajistit kvalitní provedení předmětu veřejné zakázky a že se jedná o dodavatele, který je zkušený, stabilní a spolehlivý z hlediska plnění svých závazků. Zadavatel pomocí kvalifikačních předpokladů selektuje dodavatele s cílem vybrat nejvhodnějšího právě s ohledem na specifika daného předmětu plnění.

V šetřeném případě podle Úřadu navrhovatel předložil smlouvu, ze které vyplývá závazek subdodavatele podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky v rozsahu maximálně 30 % všech fakturačních celků. Je zřejmé, že z podstaty věci není obecně možné na základě § 51 odst. 4 zákona "kvantifikovat" prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem a takovou konkrétní hodnotu porovnávat s rozsahem jeho sjednaného závazku k plnění. Existují kvalifikační předpoklady, u kterých lze určitým způsobem posoudit jejich vztah k rozsahu plnění subdodavatele. Pokud např. u profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona subdodavatel prokáže kvalifikaci za dodavatele osobami s odbornou způsobilostí, pak závazek subdodavatele musí být stanoven tak, aby tyto osoby (subdodavatel) byly povinny plnit to, k čemu je v rámci plnění předmětu veřejné zakázky tato odborná způsobilost

zapotřebí. Tímto způsobem lze porovnávat míru závazku subdodavatele s mírou naplnění části kvalifikace subdodavatelem. Jsou ale kvalifikační předpoklady, které mají k samotnému plnění předmětu veřejné zakázky vztah spíše zprostředkovaný. Takovými kvalifikačními předpoklady jsou například údaje o celkovém obratu dodavatele či přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců. V těchto případech lze velmi obtížně posuzovat vztah rozsahu závazku subdodavatele k rozsahu jím prokázané části kvalifikace a je nutné k prokázání jednotlivých kvalifikačních předpokladů subdodavatelem přistupovat individuálně s ohledem na jejich smysl a účel.

Úřad se dále vyjádřil ke způsobu a rozsahu prokázání kvalifikace subdodavatelem a uvedl, že pokud zadavatel požaduje v rámci prokázání splnění kvalifikace seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem s doloženými osvědčeními veřejných zadavatelů, popř. jiných osob, představuje tento požadavek zadavatele záruku, že zadavatel uzavře smlouvu s dodavatelem, který již obdobný předmět veřejné zakázky plnil, a to řádně a včas. Dodavatel je tím, s kým zadavatel uzavírá smlouvu o dílo, je za jeho realizaci odpovědný a požadavek zadavatele na dodavatele disponujícího potřebnými zkušenostmi je tedy zcela pochopitelný a oprávněný. I tento kvalifikační předpoklad lze podle Úřadu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Tuto možnost ovšem nelze brát (s ohledem na zásadní povahu požadované charakteristiky dodavatele) automaticky, bez přihlídnutí ke konkrétním okolnostem plnění a míry plnění subdodavatelem. Pokud je požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele (což je vlastnost vztahující se fakticky k plnění celého předmětu veřejné zakázky) prokázána zcela a výlučně subdodavatelem, nelze tento postup akceptovat v případě, kdy podíl subdodavatele na plnění celého předmětu veřejné zakázky je marginální. Závazek subdodavatele tvoří pouze max. 30 % všech prací. Navrhovatel tedy bude v přezkoumávané věci z hlediska předmětu veřejné zakázky plnit minimálně 70 % všech prací, přičemž (s ohledem na způsob prokázání splnění kvalifikace) obdobnou veřejnou zakázku sám dosud nikdy nerealizoval. Takto stanovený poměr rozsahu plnění subdodavatele a dodavatele podle Úřadu v daném případě nepředstavuje naplnění zadavatelova požadavku na zkušeného realizátora předmětu veřejné zakázky. Přijmutí výkladu, který by takový způsob prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem umožňoval, by představovalo popření smyslu předmětného kvalifikačního předpokladu.

Následně se Úřad vyjádřil ke způsobu prokázání kvalifikace a k závazku obsaženém v subdodavatelské smlouvě a dovedil, že když je v subdodavatelské smlouvě dále uvedeno, že se subdodavatel zavazuje k poskytnutí plnění určeného k realizaci veřejné zakázky navrhovatelem a k poskytnutí věcí a práv této smlouvy, tak takto formulovaný závazek subdodavatele zavazuje k určitému plnění, avšak z jeho textu žádným způsobem nevyplývá, jakého rozsahu toto plnění subdodavatele má být. Tento článek představuje pouze citaci ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, což je však z hlediska posouzení možnosti prokázání splnění části kvalifikace subdodavatelem nedostačující. Subdodavatelská smlouva musí obsahovat jednoznačně, určitě a srozumitelně vyjádřený závazek subdodavatele ke stanovenému rozsahu plnění. Takto formulovaný text závazku je předpokladem pro to, aby mohl zadavatel přistoupit k posouzení vzájemného vztahu míry takového závazku s mírou prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, resp. přistoupit k samotnému posouzení naplnění podmínky § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Vymezení rozsahu závazku subdodavatele souslovím "*v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona*", je neurčité, nesrozumitelné, nejednoznačné a z hlediska aplikace § 51 odst. 4 písm. b) zákona naprosto neuchopitelné, neboť je to právě rozsah prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, s čím má být rozsah závazku subdodavatele porovnáván. Předpoklad, že citovaným opisem formulace textu ustanovení zákona do textu smlouvy bude požadavek zákona na subdodavatelskou smlouvu naplněn, je podle Úřadu mylný, neboť kromě jiného taková smlouva, jakožto součást nabídky, musí rovněž naplňovat obecné požadavky právních předpisů na obsah právních úkonů.¹⁵⁰

2.5.1.4 ÚOHS-R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví

Toto výše uvedené rozhodnutí Úřadu bylo dne 14. března 2013 potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví, který oproti Úřadu naopak zdůraznil, že z důvodu nedostatečného vymezení díla určitým

¹⁵⁰ Pozn.: Nad rámec ještě uvádím, že Úřad se v tomto rozhodnutí vyjádřil i k určitosti závazku ve smyslu zákona 513/1991 Sb., resp. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, neboť podle ustanovení § 37 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "občanský zákoník"), musí být právní úkon učiněn svobodně a vážně, určitě a srozumitelně; jinak je neplatný. Formulace závazku v subdodavatelské smlouvě byla neurčitá a nesrozumitelná. Nešlo z ní v žádném případě dovodit objem prací, ani jejich obsahovou náplň a takto stanovený závazek subdodavatele je tedy v rozporu s § 37 odst. 1 občanského zákoníku.

způsobem, jak vyžaduje pro platné uzavření smlouvy o dílo obchodní zákoník, není možné ani konstatovat, zda závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, vymezený v této subdodavatelské smlouvě odpovídá rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Tato skutečnost byla podle Předsedy Úřadu až druhotným důvodem pro konstatování zákonnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro veřejnou zakázku, neboť primární pochybení navrhovatele spočívalo v předložení neplatné subdodavatelské smlouvy, bez níž nebylo možné splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele považovat za prokázané.

2.5.1.5 ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa

Úřadem pak zcela odlišně posouzené je rozhodnutí sp. zn. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. února 2013. Zadavatelem veřejné zakázky byl tak jako ve výše uvedeném případě, Dopravní podnik hl. města Prahy, a.s. a navrhovatelem společnost EUROVIA CS, a.s., přičemž předmětem veřejné zakázky vymezil zadavatel v zadávací dokumentaci rekonstrukci tramvajové trati vč. příslušenství v rozsahu projektové dokumentace pro výběr zhotovitele pod názvem „RTT Poděbradská“. Zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci své požadavky (pokud jde o problematiku objasňovanou touto prací na uchazeče) mimo jiné takto:

- V zadávací dokumentaci zadavatel stanovil, že v souladu s § 55 odst. 1 písm. c) zákona (finanční a ekonomické kvalifikační předpoklady) musel uchazeč k prokázání ekonomických a technických kvalifikačních předpokladů doložit údaje o svém celkovém obratu a obratu, kterého dosáhl ve stavební činnosti za poslední 3 účetní období. Zadavatel stanovil, že dodavatel měl prokázat tento předpoklad, pokud v minulosti dosáhla výše jeho celkového obratu v každém roce sledovaného období min. 500 mil. Kč a pokud dosáhla výše jeho obratu ve stavební činnosti na rekonstrukcích a stavbách tramvajových tratí a tramvajových vozoven, souhrnem za tři sledovaná období, min. 130 mil. Kč.

- Dalším požadavkem zadavatele obsaženým v zadávací dokumentaci bylo předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona (technické kvalifikační předpoklady). Za nejvýznamnější práce zadavatel označil minimálně dvě dokončené rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí vč. kolejových konstrukcí s investičními náklady min. 120 mil. Kč a minimálně jednu dokončenou rekonstrukci nebo novostavbu tramvajové trati s minimální délkou 1,5 km bezстыkové koleje na pražcích (tj. 750 m obousměrné TT nebo 1500 m jednosměrné TT).
- Zadavatel dále stanovil, že požadavek dle § 56 odst. 3 písm. c) zákona (technické kvalifikační předpoklady) prokáže dodavatel, pokud doloží, že osoby odpovědné za vedení realizace stavby budou splňovat požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci. Jednou z těchto osob měl být i přípravař stavby (vysokoškolské vzdělání, znalost češtiny na komunikativní úrovni, ovládání výpočetní techniky - min. MS Office, Internet, min. 7 let praxe v oblasti přípravy staveb městských komunikací a tramvajovými tratěmi).
- Na závěr zadavatel stanovil, že požadavek dle § 56 odst. 3 písm. e) zákona (technické kvalifikační předpoklady) měl prokázat dodavatel, pokud doloží přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky tak, že průměrný počet shora vymezených osob musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 100 osob a průměrný počet osob s postavením vedoucího zaměstnance musí ve všech sledovaných letech činit alespoň 15 osob.

Splnění všech těchto výše uvedených kvalifikačních požadavků zadavatele prokázal uchazeč v předmětném zadávacím řízení prostřednictvím svého subdodavatele. Stejně jako v předchozích případech byl jádrem problému způsob a rozsah prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele a jemu odpovídající závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem.

Nejprve hodnotící komise doporučila jako nejvhodnější vybrat nabídku navrhovatele (EUROVIA CS, a.s.), neboť dřívějším rozhodnutím zadavatel rozhodl o vyloučení uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou (HOCHTIEF CS, a.s.) ze zadávacího

řízení právě pro chybné prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Rozhodnutím z téhož dne pak zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a to nabídce navrhovatele. Vyloučený uchazeč podal proti svému vyloučení námitky a v jejich odůvodnění konstatoval, že splnění kvalifikace prokázal v souladu se zákonem a v souladu s podmínkami zadavatele stanovenými v zadávací dokumentaci. Dalším rozhodnutím zadavatel podaným námitkám vyhověl a zrušil rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (tedy nabídky navrhovatele). Následně podal proti rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o vyloučení uchazeče (HOCHTIEF CS, a.s.) námitky navrhovatel. Zadavatel o námitkách nerozhodl v zákonné lhůtě a tak ve smyslu § 111 odst. 5) zákona námitkám nevyhověl.

Navrhovatel se vyjádřil tak, že zrekapituloval kvalifikační předpoklady, které za uchazeče prokazoval jeho subdodavatel a rozporoval, že by podíl subdodavatele na plnění veřejné zakázky ve výši 9 % (uvedený v nabídce uchazeče HOCHTIEF CS, a.s.) odpovídal rozsahu prokazované kvalifikace pomocí subdodavatele. Dále navrhovatel brojil k obsahu závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí, když uváděl, že ten je z důvodu neurčitosti uzavřen neplatně a je pouhou citací ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona, nikoli konkrétním závazkem subdodavatele, k jehož plnění by se podpisem smlouvy zavázal. Navrhovatel doplnil, že ze smlouvy nevyplývá poskytnutí věcí či práv alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokazuje splnění kvalifikace, přičemž odkázal na odbornou literaturu, dle které by měl být obsahem smlouvy závazek konkrétního plnění - provedení konkrétní činnosti či poskytnutí konkrétních věcí či práv.

Zadavatel se vyjádřil podrobně nejprve k závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí. Uvedl, že k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů uchazeče subdodavatele, předloženým dokladům odpovídají konkrétní ujednání obsažená ve smlouvě o spolupráci uzavřené mezi uchazečem a subdodavatelem, kde se subdodavatel zavázal zejména k podílu na ekonomickém řízení zakázky a garanci ekonomické výkonnosti dodavatele, podílu na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnutí odborného zázemí a svoji odborné zkušenosti i svých pracovníků, jakož i součinnosti při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky a poskytnutí potřebného know-how. Z obsahu subdodavatelské smlouvy je tak dle zadavatele zřejmé, že subdodavatel bude poskytovat plnění v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace.

Úřad k problematice konstatoval, že v posuzovaném případě je klíčové, zda subdodavatelská smlouva o spolupráci mezi uchazečem a subdodavatelem splňovala požadavky stanovené v § 51 odst. 4 písm. b) zákona. Z dané smlouvy vyplývaly závazky smluvních stran. Subdodavatel se, cit: *“mj. zavázal dodavateli poskytnout plnění alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace pro plnění veřejné zakázky.”* Subdodavatel se dále, cit: *„zejména zavázal při plnění zakázky podílet na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele, na organizaci a řízení realizace veřejné zakázky, poskytnout odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnost při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky, dát dodavateli k dispozici veškeré know-how potřebné k plnění veřejné zakázky a poskytnout mu veškeré zdroje a kapacity, jimiž by snad sám dodavatel nedisponoval, subdodavatel měl poskytnout plnění tak, aby dodavatel mohl postupovat stejně, jako kdyby sám měl zkušenosti s realizací stavebních prací obdobného charakteru jako předmět veřejné zakázky, jejichž doložení je požadováno v zadávacích podmínkách veřejné zakázky.“*

Z podstatného k dané problematice Úřad uvedl, že ze zákona nevyplývá jednoznačný návod, jak by měla být formulována smlouva uzavřená mezi dodavatelem a subdodavatelem, který prokazuje splnění kvalifikace a je třeba vždy přihlídnout k okolnostem, za kterých je smluvní vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavírán, neboť zadavatel má rovněž další způsoby zajištění, pokud by vybraný uchazeč neplnil veřejnou zakázku v souladu se zněním smlouvy o dílo. Z obsahu návrhu smlouvy o dílo v šetřené veřejné zakázce bylo zřejmé, že zadavatel má vůči jakémukoliv vybranému uchazeči řadu nástrojů, jak kompenzovat ztráty z neúspěšně realizované veřejné zakázky. V první řadě se jedná především o bankovní záruku (zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že vybraný uchazeč je povinen předložit formou záruční listiny bankovní záruku ve výši 8 mil. Kč ve prospěch zadavatele). Dalším institutem zajišťujícím řádné plnění veřejné zakázky je povinné pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou na životě, zdraví a majetku třetích osob, včetně majetku objednatele, činností prováděnou v souvislosti s plněním předmětu smlouvy. Minimální pojistná částka dle zadávací dokumentace činila 100 mil. Kč. Tyto zajišťující instituty tak odpovídají podle Úřadu požadavku ESD zmíněného navrhovatelem v rozsudku C-176/98, kdy zadavatel má zajištěnou vhodnost uchazečů, jež se ucházejí o předmětnou veřejnou zakázku.

Podle Úřadu bylo možné ze subdodavatelské smlouvy dovést, že se subdodavatel měl podílet na realizaci veřejné zakázky a současně se zavázal garantovat ekonomickou výkonnost dodavatele. Úřad tedy nesouhlasil s vyjádřením navrhovatele, že smlouva o smlouvě budoucí byla neurčitá, neboť pokud subdodavatel za dodavatele prokázal splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů ve vztahu k výstavbě a rekonstrukci tramvajových tratí, bylo možné z obsahu subdodavatelské smlouvy dovést, že se bude v potřebném rozsahu a svým know-how podílet na realizaci veřejné zakázky.

Úřad se dále vyjádřil k rozsahu prokazované kvalifikace subdodavatelem a promítnutí tohoto rozsahu do závazku v subdodavatelské smlouvě a k tomu uvedl, že ohledně 9% podílu subdodavatele na VZ uvedeného v předmětné smlouvě je třeba odkázat na rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 78/2010-192 ze dne 30. 9. 2011, kde je uvedeno následující, cit: *„Podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavatelsky, obsažené v ustanovení § 51 odst. 4 zákona, nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže "k podstatné části veřejné zakázky" či nikoliv, není podmínkou aplikovatelnosti ustanovení § 51 odst. 4 zákona o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavatelsky. To je vázáno na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou a včasnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť i subdodavatelsky, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Pak je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na straně dodavatele. To vše však nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, stane-li se vítězným uchazečem, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) ZVZ je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelskou.“*¹⁵¹

¹⁵¹ Rozsudek NSS sp. zn. 5 Afs 78/2010-192 ze dne 30. září 2011.

K rozsahu následně Úřad konstatoval, že pokud subdodavatel plně prokazoval za uchazeče splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, a to předložením seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let v oblasti rekonstrukce nebo novostavby tramvajových tratí, nelze podle Úřadu s odkazem na výše citovaný rozsudek NSS konstatovat jinak, než že podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky ve výši 9 % při montáži kolejí, včetně podbití, svařování a broušení, mimo dodávek pražců, odpovídá znění zákona.

Pokud by podle Úřadu mělo být ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) interpretováno tak, že míra prokazování kvalifikace musí identicky odpovídat skutečnému podílu na realizaci veřejné zakázky, tak k tomu Úřad uvedl, že takový závěr by vedl k absolutní nejistotě zadavatelů posuzujících prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, neboť by neposkytoval odpověď, v jaké míře by měl subdodavatel plnit předmět veřejné zakázky, když prokazuje splnění všech technických kvalifikačních předpokladů. Ad absurdum by se totiž mohlo dospět k závěru, že prokazuje-li subdodavatel všechny technické kvalifikační předpoklady, měl by rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky a účel prokazování kvalifikace subdodavately by tak byl zmařen. Ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) zákona totiž nedává jasný návod, v jakém poměru by měly být subdodavatelem prokazovány kvalifikační předpoklady a podíl na plnění veřejné zakázky, proto je nutné k interpretaci zmíněného ustanovení přistupovat s ohledem na smysl a účel prokazování konkrétního kvalifikačního předpokladu. V případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů se subdodavatel nemusí podílet na plnění veřejné zakázky ani z marginální části, neboť se zavazuje garantovat ekonomickou stabilitu dodavatele a účel prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je tak splněn - zadavatel má zaručeno, že v případě, že se dodavatel dostane do situace, že nebude schopen dostát svým závazkům, subdodavatel ho ekonomicky zajistí.

K prokázání technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvedl, že smyslem prokázání technických kvalifikačních předpokladů je zajistit, aby veřejnou zakázku plnil „způsobilý“ dodavatel. Nelze však zároveň konstatovat, že zákon za situace, kdy subdodavatel prokazuje všechny technické kvalifikační předpoklady, by předpokládal, že tento subdodavatel bude rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky. V tomto kontextu je rovněž třeba zohlednit tu skutečnost, že subdodavatel nemá vůči zadavateli solidární odpovědnost, neboť odpovědným subjektem vůči zadavateli je pouze a jenom

dodavatel. Pokud je tedy v šetřeném případě předmětem plnění veřejné zakázky rekonstrukce tramvajové trati vč. příslušenství a subdodavatel se zavázal plnit 9 % z tohoto předmětu plnění veřejné zakázky, nelze s ohledem na výše uvedené a ve vztahu k závěrům rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 78/2010 konstatovat, že dodavatel neprokázal splnění požadované kvalifikace.

Nakonec k rozsahu prokazování kvalifikace Úřad uvedl, že navrhovatel tvrdil, že dle jeho odborných znalostí reálný podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky bude vyšší než 9 %, avšak tyto skutečnosti nepodpořil žádným dalším zdůvodněním či důkazem, tudíž je Úřad v dané věci nepovažuje za relevantní. Bylo tedy především v pravomoci zadavatele a jeho odborných znalostí, aby z technického hlediska přezkoumal, zda montáž kolejí včetně podbití, svařování a broušení odpovídá 9 % plnění předmětu veřejné zakázky.

2.5.1.6 ÚOHS-R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs

Předseda Úřadu výše uvedené rozhodnutí Úřadu potvrdil Rozhodnutím sp. zn. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. května 2013 a své rozhodnutí zajímavým způsobem odůvodnil. Konstatoval, že pokud jde o danou problematiku, kdy subdodavatel smlouvou o smlouvě budoucí nezavázal k faktické realizaci prací, které odpovídají činnostem, jež v rámci prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů za dodavatele prokázal, zavázal se však k tomu, že cit: „*umožní uplatnění odborné kvalifikace a zkušeností subdodavatele a jeho zaměstnanců při realizaci stavebních prací obdobného charakteru ...*“. Dále se zavázal, že, cit: „*poskytne odborné zázemí a odbornou zkušenost svoji i svých pracovníků, jakož i součinnost při kontrole jakosti plnění veřejné zakázky ... know-how potřebné k plnění veřejné zakázky...*“. Podstata spolupráce uchazeče a subdodavatele tedy měla spočívat na úrovni předávání odborných znalostí a zkušeností, které subdodavatel získal při realizaci zakázek, kterými bylo prokazováno splnění technických kvalifikačních předpokladů podle zadávací dokumentace a zajištěním odborné kontroly nad řádným plněním předmětných částí veřejné zakázky.

Podle předsedy Úřadu, nelze přijmout názor, že by subdodavatel musel sám realizovat práce, které prokazoval za dodavatele. Pokud má dodavatel dostatečné

zázemí a kapacity k jejich provedení, za předpokladu, že se k tomu v subdodavatelské smlouvě subdodavatel výslovně nezavázal, a že zadavatel bude mít dostatečně zaručeno, že za takových předpokladů bude dodavatel schopen plnit veřejnou zakázku řádně a včas, je možné, aby zadavatel akceptoval takové uspořádání vztahů mezi dodavatelem a subdodavatelem, kdy dodavatel bude práce provádět svými pracovníky, za odborného dozoru a spolupráce subdodavatele, který má právě ony potřebné zkušenosti. Protože jaký jiný smysl mají kvalifikační předpoklady, než prokázání odborných znalostí a zkušeností dodavatele k plnění veřejné zakázky. Pokud zákon současně umožňuje prokazování částí kvalifikace subdodavatelem a zadavatel takové plnění nevyločil, pak by jiným výkladem zákona Úřad bránil efektivní soutěži mezi dodavateli, neboť by nepřipustně omezoval okruh dodavatelů. K technickým kvalifikačním předpokladům Předseda Úřadu dále konstatoval, že samotné práce nemusí provádět pracovníci subdodavatele, mohou je pouze dozorovat a zajišťovat kvalitu plnění, přičemž míra takového podílu na realizaci veřejné zakázky nemusí odpovídat poměru k ceně veřejné zakázky těch prací, které subdodavatel za dodavatele prokazoval v rámci splnění kvalifikace.

Co se týká finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, že zákon nevyžaduje, aby smluvní strany v subdodavatelské smlouvě přesně specifikovaly, jak zajištění plnění vyplývajícího ze smlouvy dosáhnou a jakých k tomu použijí prostředků. Je zřejmé, že takové prostředky se mohou lišit podle okolností, může jimi být zaručení se u bankovního ústavu za úvěr dodavatele, může to být poskytnutí odborných pracovníků v oblasti ekonomie, přičemž potřeby dodavatele se mohou v průběhu plnění zakázky měnit a bude třeba jim přizpůsobit i obsah plnění subdodavatele.

2.5.1.7 Konkrétní rozpory v rozhodovací praxi ÚOHS v dané problematice

Z výše uvedených rozhodnutí ÚOHS je zcela zřejmé, že rozhodovací praxe orgánu dohledu je značně rozkolísaná a neustálená. Obecně Úřad konstatoval s vědomím obsahu § 51 odst. 4) ZVZ, že existují kvalifikační předpoklady, u kterých lze určitým způsobem posoudit jejich vztah k rozsahu plnění subdodavatele a těmi jsou např. určité profesní kvalifikační předpoklady. Pak jsou ale také kvalifikační předpoklady, které

mají k samotnému plnění předmětu veřejné zakázky vztah spíše zprostředkovaný. Mezi takové Úřad řadí i údaj o celkovém obratu dodavatele, tedy část ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (S164/2012/VZ-9012/2012/530/Edo).

Co se finančních a ekonomických kvalifikačních předpokladů týká, pak lze z těchto rozhodnutí dovodit, že účelem ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů (včetně doložení výše obratu) je prokázání určité ekonomické síly či stability subjektu. V Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S220/2009-16376/2009/530/RKr Úřad zhodnotil závazek spočívající v „*ručení za jakékoliv škody a pohledávky, které vzniknou zadavateli vůči uchazeči z důvodu hospodářské nestability nebo platební neschopnosti uchazeče*“ jako dostačující. Jako dostačující posoudil Úřad v Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa závazek subdodavatele „*podílet se na ekonomickém řízení zakázky a garantovat ekonomickou výkonost dodavatele*“, avšak bez jakékoliv konkrétní specifikace a dále v této souvislosti uvedl, že subdodavatel se na realizaci veřejné zakázky nemusí nikterak podílet, neboť garantoval ekonomickou výkonost dodavatele. Podle názoru předsedy Úřadu v rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs, kterým potvrdil předchozí rozhodnutí Úřadu zákon nevyžaduje, aby smluvní strany v subdodavatelské smlouvě přesně specifikovaly, jak zajištění plnění vyplývajícího ze smlouvy dosáhnou a jakých k tomu použijí prostředků. Lze se tedy domnívat, že v případě prokazování obratu prostřednictvím subdodavatele je podle Úřadu specifikování závazku ve smlouvě o budoucí spolupráci řekněme volnější.¹⁵²

Pokud jde o technické kvalifikační předpoklady, je situace poněkud složitější. V případě požadavku zadavatele na předložení seznamu významných služeb (staveb) se Úřad ve svém Rozhodnutí sp. zn. S220/2009-16376/2009/530/RKr vyjádřil tak, že u seznamu významných služeb je prokazování kvalifikace navázáno na práce, které bude konkrétně provádět subdodavatel. Tento závěr Úřadu nekoresponduje s Rozhodnutím ÚOHS sp. zn. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa, kde je uvedeno, že pokud by podle Úřadu mělo být ustanovení § 51 odst. 4 písm. b) interpretováno tak, že míra prokazování kvalifikace musí identicky odpovídat skutečnému podílu na realizaci veřejné zakázky, tak k tomu Úřad uvedl, že takový závěr by vedl k absolutní nejistotě zadavatelů posuzujících prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, neboť by

¹⁵² Dále také např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc ze dne 29. srpna 2012.

neposkytoval odpověď v jaké míře by měl subdodavatel plnit předmět veřejné zakázky, když prokazuje splnění všech technických kvalifikačních předpokladů. Ad absurdum by se podle Úřadu totiž mohlo dospět k závěru, že prokazuje-li subdodavatel všechny technické kvalifikační předpoklady, měl by rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky a účel prokazování kvalifikace subdodavately by tak byl zmařen. Tento závěr Úřadu je podpořen názorem předsedy Úřadu v rozhodnutí sp. zn. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs kde je dokonce konstatováno, že nelze přijmout názor, že by subdodavatel musel sám realizovat práce, které prokazoval za dodavatele. Takto formulované dílčí závěry Úřadu jsou ale zase v příkrém rozporu s jeho dílčím závěrem v Rozhodnutí sp. zn. S164/2012/VZ-9012/2012/530/Edo¹⁵³, kde je uvedeno, že pokud je požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele (což je vlastnost vztahující se fakticky k plnění celého předmětu veřejné zakázky) prokázána zcela a výlučně subdodavatelem, nelze tento postup akceptovat v případě, kdy podíl subdodavatele na plnění celého předmětu veřejné zakázky je marginální. Závazek subdodavatele tvoří pouze max. 30 % všech prací. Navrhovatel tedy bude v přezkoumávané věci z hlediska předmětu veřejné zakázky plnit minimálně 70 % všech prací, přičemž (s ohledem na způsob prokázání splnění kvalifikace) obdobnou veřejnou zakázku sám dosud nikdy nerealizoval. Takto stanovený poměr rozsahu plnění subdodavatele a dodavatele podle Úřadu v daném případě nepředstavuje naplnění zadavatelova požadavku na zkušeného realizátora předmětu veřejné zakázky. Přijmutí výkladu, který by takový způsob prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem umožňoval, by podle ÚOHS představovalo popření smyslu kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) zákona. Naproti tomu v Rozhodnutí sp. zn. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ve skutkově téměř totožném případě (kromě jiného i zde všechny referenční stavby za uchazeče prokazoval jeho subdodavatel) je uvedeno, že Úřad s odkazem na výše citovaný rozsudek NSS nemůže konstatovat jinak, než že podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky ve výši 9 % odpovídá znění zákona. Úřad se v tomto případě tedy plně spokojil s rozsahem podílu subdodavatele na realizaci VZ pouhých 9 %.

I pokud jde o závazek subdodavatele ve smlouvě o smlouvě budoucí, není Úřad ve svých rozhodnutích jednotný. Např. v Rozhodnutí sp. zn. S220/2009-16376/2009/530/RKř je uvedeno, že ZVZ je prokázáno, že uchazeč bude mít k dispozici

¹⁵³ POZN.: Jak již bylo uvedeno výše v kapitole 2.5.1.3 subdodavatel tomto případě prokazoval za uchazeče celý technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3) písm. a), tedy tzv. referenční stavby i podle § 56 odst. 3) písm. b) tedy přehled techniků.

všechny zdroje, osoby, zkušenosti či finanční zázemí, které budou dostatečné k plnění dané veřejné zakázky, což by mělo vyplývat z této smlouvy a proto v první řadě nemůže podle Úřadu obstát závazek spočívající v opsání citace § 51 odst. 4) ZVZ neboť z něj nevyplývá, jakého rozsahu toto plnění subdodavatele má být. Podle tohoto Rozhodnutí „*subdodavatelská smlouva musí obsahovat jednoznačně, určitě a srozumitelně vyjádřený závazek subdodavatele ke stanovenému rozsahu plnění*“, neboť „*je to právě rozsah prokázání splnění kvalifikace subdodavatelem, s čím má být rozsah závazku subdodavatele porovnáván.*“ Toto rozhodnutí bylo potvrzeno Předsedou Úřadu č.j. R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví, kde Předseda dokonce dovedl neplatnost subdodavatelské smlouvy s odkazem na skutečnost, že relevantní ustanovení subdodavatelské smlouvy dostatečně určitě nevymezují dílo, které má na jejím základě subdodavatel provést a není z ní tak možno vyčíst, v čem konkrétně plnění subdodavatele spočívá a nelze tak žádným způsobem dovést objem prací ani jejich obsahovou náplň. Naopak rozhodl Úřad a následně v zamítnutí rozkladu i jeho Předseda v Rozhodnutí č.j. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa resp. č.j. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs kde uvedl, že ze zákona nevyplývá jednoznačný návod, jak by měla být formulována smlouva uzavřená mezi dodavatelem a subdodavatelem, který prokazuje splnění kvalifikace a připustil formulaci závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí zcela obecným způsobem. Následně tento postup Předseda Úřadu svým Rozhodnutím potvrdil a dále uvedl, že „*zákon nevyžaduje, aby smluvní strany v subdodavatelské smlouvě přesně specifikovaly, jak zajištění plnění vyplývajícího ze smlouvy dosáhnou a jakých k tomu použijí prostředků.*“

Jak je z tohoto souhrnu a výše uvedené analýzy rozhodnutí ÚHOS v případech prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele patrné, není rozhodovací praxe Úřadu konzistentní. Důvodem odklonu od právního názoru obsaženého ve starších rozhodnutích může být rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 94/2008 ze dne 27. května 2010 potvrzený rozsudkem NSS sp. zn. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. září 2011. V rozhodnutích novějšího data byla Úřadem pravděpodobně prolomena zásada předvídatelnosti a legitimního očekávání, tedy jedna ze základních zásad činnosti správního orgánu uvedená v § 4 odst. 4) správního řádu. Avšak podle ustálené judikatury NSS cit: „*zásada legitimního očekávání účastníka správního řízení nemá absolutní hodnotu a je např. omezena jinými zásadami, jež je v rámci správního řízení správní orgán povinen respektovat. Zásada legitimního očekávání je omezena zejm.*

zásadou legality (§ 2 odst. 1 a 2 správního řádu) či zásadou účelnosti a souladu zvoleného řešení s veřejným zájmem (§ 2 odst. 4 správního řádu). Jedním ze závažných důvodů, na základě nichž může správní orgán prolomit legitimní očekávání účastníků správního řízení, by mohl být např. rozpor rozhodování správního orgánu s právními předpisy.“ Je však otázkou, zda se podařilo Úřadu v uvedených rozhodnutích novějšího data naplnit základní podmínku pro odklon od předchozího právního názoru, kterou specifikoval NSS, neboť, cit: *„i v případě opodstatněné změny v rozhodovací činnosti správních orgánů je nutno dodržet požadavky kladené na tuto změnu, tj. i zde musí být změna správní praxe řádně odůvodněna, když jedině takový postup odpovídá nárokům transparentní aplikace práva a právní jistoty.“* V této polemice musíme vzít dále v úvahu evropskou právní úpravu a její judikaturu. Osobně se v této souvislosti domnívám, že podmínky pro odklon v případě této problematiky dány nebyly. Definitivní odpověď na tuto otázku podá až Krajský soud v Brně (resp. NSS), kde v současné době probíhá řízení o žalobě proti některým uvedeným rozhodnutím ÚOHS.

2.5.2 Judikatura KS v Brně 62 Ca 94/2008 a NSS 5 Afs 78/2010

Z pohledu zkoumané problematiky jsou důležitá i rozhodnutí orgánu přezkumu i kasačního soudu, přičemž chronologického hlediska předcházela těmto rozsudkům soudů rozhodnutí orgánu dohledu.

V prvoinstančním rozhodnutí č.j. S304/2007/VZ-07411/2008/510/MO ze dne 18. dubna 2008 sice nebylo prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele jediným předmětem sporu, avšak z pohledu této práce velmi podstatným. Zadavatelem veřejné zakázky byl státní podnik Lesy České republiky, žalobcem byla společnost Opavská lesní, a.s. a název předmětné veřejné zakázky byl “provádění lesnických činností s prodejem dříví od 1.1.2018, SÚJ č. 12402“. Zadavatel si v zadávací dokumentaci (v části tzv. jiných požadavků zadavatele¹⁵⁴) vyhradil, že cit: *„uchazeči jsou povinni v nabídce doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005, či CFCS 1004:2006 v originále, či úředně ověřené kopii, vydaným akreditovanou osobou. Zadavatel uzná*

¹⁵⁴ Pozn.: Podle § 44 odst. 3) písm. g) ZVZ, cit: Zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky.

rovněž i doklady rovnocenné certifikátu, tj. doklady o přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů, vydané v členském státě Evropské unie. Tento požadavek nelze splnit pomocí subdodavatele“.

K tomu Úřad předně uvedl, že požadavek zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů v nabídkách uchazečů spadá mezi technické kvalifikační předpoklady dle § 56 zákona. Zadavatel měl podle Úřadu tento svůj požadavek podřadit mezi technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona, dle kterého zadavatel může k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby mj. požadovat popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti, a ne mezi jiné zadávací podmínky. K tomu Úřad dále uvedl, že chybné podřazení tohoto ve skutečnosti technického kvalifikačního předpokladu nemělo podstatný vliv na možnost prokazovat kvalifikaci subdodavatelsky, neboť to v obou případech umožňuje právě ustanovení § 51 odst. 4) ZVZ s tím, že se nadále tímto chybným podřazením nikterak nezabýval.

V tomto rozhodnutí se Úřad zajímavě vyjádřil i k rozsahu prokazování kvalifikace, resp. k jeho úměrnosti v souvislosti se závazkem ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi subdodavatelem a uchazečem (§ 51 odst. 4) písm. b). Konstatoval, že, cit: *„Ustanovení je třeba vždy chápat ve funkčním smyslu, tj. pokud příslušný kvalifikační předpoklad souvisí s celým předmětem veřejné zakázky, nebude postačovat, pokud pro jeho splnění uchazeč předloží kvalifikaci svého subdodavatele, který se však prakticky bude podílet na plnění veřejné zakázky ve vztahu k uchazeči marginálně. Naopak za správný je třeba považovat postup, kdy uchazeč, není-li vlastními silami schopen plnit část veřejné zakázky, z tohoto důvodu prokáže na tuto část veřejné zakázky kvalifikaci pomocí svého subdodavatele, který bude odpovídající část veřejné zakázky i fakticky plnit.*

Z pohledu argumentace navrhovatele by se subdodavatelské plnění stalo pouhou formalitou, kdy by uchazeči do svých nabídek uváděli své subdodavatele, aby dostáli zákonným povinnostem a splnili požadovanou kvalifikaci pro plnění konkrétní veřejné zakázky „pokrytou“ v plném rozsahu, jak stanoví zákon a jak požaduje zadavatel, ale není vyloučeno, že by takový uchazeč v praxi plnil i ty části veřejné zakázky, na které nemá (bez svého subdodavatele) dostačující kvalifikaci, což naprosto

odporuje hlavnímu smyslu prokazování kvalifikace. Navíc i zadavatel musí mít dostatečnou jistotu, že vybraný uchazeč je schopen dostát svým závazkům a garantovat splnění předmětu veřejné zakázky.“ Je však nutno konstatovat, že tento dílčí závěr je opět v rozporu se závěry v některých rozhodnutích uvedených v kapitolách 2.5.1.7.

K požadavku zadavatele v zadávací dokumentaci na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem bez možnosti prokazování této části kvalifikace subdodavatelem se vyjádřil Úřad tak, že uvedl, cit: *„Není v rozporu se zákonem, pokud zadavatel požadoval splnění namítaného kvalifikačního předpokladu přímo po uchazečích (bez ohledu na to, zda zadavatel tento svůj požadavek věcně správně podřadil v rámci svých požadavků na prokazování kvalifikace), přičemž nepřipustil možnost prokázání jeho splnění pomocí subdodavatelů, neboť tento požadavek se vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, za kterou musí nést odpovědnost a jejíž splnění musí garantovat pouze uchazeč, který (na rozdíl od subdodavatele) bude smluvním partnerem zadavatele.“*

Předseda Úřadu uvedené prvoinstanční rozhodnutí potvrdil Rozhodnutím R102/2008/02-19643/2008/310-AS ze dne 26. září 2008, přičemž co se problematiky této práce týká, jeho rozhodnutí nepřineslo oproti předchozímu rozhodnutí Úřadu nic nového, když se navíc k zákazu prokázání výše uvedeného kvalifikačního předpokladu subdodavatelem nevyjádřil vůbec.

Obě dvě rozhodnutí Úřadu později zrušil Rozsudkem KS v Brně sp. zn. 62 Ca 94/2008 ze dne 27. května 2010, přičemž tento rozsudek je důležitý zejména z toho důvodu, že v této věci byly s podrobným odůvodněním judikovány dva závěry, a to právě ve vztahu k prokazování kvalifikace subdodavatelsky a dále pak k povinnosti uchazeče předložit zadavateli svoje subdodavatelské smlouvy.¹⁵⁵ K tomu tedy KS v Brně ve svém rozsudku předně uvedl, že výše uvedený požadavek zadavatele Úřad správně vyhodnotil jako technický kvalifikační předpoklad. Pak v souladu s názorem Úřadu uvedl, že tento v zásadě mohl uchazeč prokázat prostřednictvím svého subdodavatele ve smyslu kogentního ustanovení § 51 odst. 4) ZVZ a za předpokladů v něm uvedených. Tento závěr KS je zcela logický, neboť je zřejmé, že ZVZ

¹⁵⁵ RAUS, D. *Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., s. 371. ISBN: 978-80-7357-658-5.

neobsahuje ustanovení, které by umožnilo omezit prokazování kvalifikačního předpokladu tohoto druhu.

Jako zcela klíčový se ohledně prokazování kvalifikace jeví tento dílčí závěr KS, cit: „*podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavately, obsažené v § 51 odst. 4) ZVZ totiž nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže "k podstatné části veřejné zakázky" či nikoli, není podmínkou aplikovatelnosti § 51 odst. 4 ZVZ o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavately.*“. Tento dílčí závěr je ale nutné vykládat v kontextu celého rozhodnutí a nikoliv odtrženě, jak se tomu hojně stává jeho nesprávnou aplikací v praxi.¹⁵⁶ Je potřeba si uvědomit, že tento závěr byl vyřčen jako reakce na předchozí výše uvedený dílčí závěr prvostupňového rozhodnutí ÚOHS, který de facto schvaloval od počátku omezení prokazování kvalifikačních předpokladů (konkrétně certifikátu prokazující přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů) prostřednictvím subdodavatele zadavatelem. Šlo o direktivní omezení prokazovat výše uvedený certifikát subdodavatelem, přičemž Úřad tomuto omezení přisvědčil s tím, že pokud se uvedený kvalifikační předpoklad (prokazovaný certifikátem) vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, je uvedené omezení v souladu se zákonem. K vysvětlení je tedy třeba dále uvést, že Krajským soudem (poněkud nešťastně) formulovaný výše uvedený závěr se nevztahuje k obsahu smluvního závazku podle § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ. Tedy konkrétně ke smlouvě uzavřené se subdodavatelem při prokazování kvalifikace, z jejíhož obsahu musí vyplývat závazek subdodavatel k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.

Rozhodnutí KS v Brně sp. zn. 62 Ca 94/2008 ze dne 27. května 2010, později potvrdil NSS Rozhodnutím 5 Afs 78/2010 ze dne 30. září 2011. NSS se neztotožnil s názorem KS a výše uvedeným názorem Úřadu na skutečnost, že zadavatelům požadavek na předložení certifikátu prokazujícího přijetí opatření v oblasti

¹⁵⁶ Viz. např. kapitola 2.5.1.5. této práce, v argumentaci ÚOHS.

spotřebitelského řetězce lesních produktů uchazečem sice měl být podřazen mezi technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona a nikoliv mezi „jiné podmínky zadavatele“ podle § 44 odst. 3) písm. g) ZVZ, avšak tato skutečnost neměla podle Úřadu vliv na možnost prokazování pomocí subdodavatele. NSS k tomu uvedl, že, cit: *„V zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení (§ 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně jakkoliv měnit ani Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu, ať už se to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přeřazení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů.“*

Naopak v klíčové oblasti se NSS zcela přiklonil k názoru KS, když přímo citoval výše uvedený, v praxi často špatně interpretovaný dílčí závěr KS. Svůj příklon ke KS v jádru problematiky podpořil, když konstatoval, cit: *„Nejvyšší správní soud je názoru, že ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ nelze přiznávat takový smysl, jak jej coby smysl funkční vyložil stěžovatel. Výklad použitý stěžovatelem znamená ve skutečnosti opak, než je podáváno z jednoznačného (a přitom kogentního) pravidla vyplývajícího z ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, který možnost subdodavatelského prokázání kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ výslovně bez dalšího připouští. Závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů je tedy nezákonný pro nesprávný výklad ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, neboť i přesto, že stěžovatel dovodil, že tento požadavek zadavatele měl být považován za technický kvalifikační předpoklad podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ, a přesto, že ze shora uvedeného vyplývá, že zatímco zadavatel vyloučil možnost jeho prokázání subdodavatelsky, ustanovení, jež se mělo na otázku prokazování splnění tohoto požadavku aplikovat, tj. ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, možnost takového prokázání subdodavatelsky bez jakéhokoli dalšího omezení připouští. Lze v této souvislosti odkázat rovněž např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007 – 707“.* Nicméně z tohoto

názoru NSS lze spíše dovodit, že je Nejvyšším správním soudem osvětlována problematika omezení prokazování kvalifikace subdodavatelem jako taková a nikoliv konkrétní podoba obsahu závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi subdodavatelem a uchazečem ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ, tedy omezení zákonem stanoveného poměru mezi prokazovanou kvalifikací a participací subdodavatele při realizaci VZ. I přesto v praxi dochází k chybnému výkladu tohoto rozsudku NSS, pokud jde o danou problematiku, neboť bývá vztahován právě k uvedenému poměru v obsahu smluvního závazku.

Z širšího hlediska, co do prokazování kvalifikace subdodavatele, přinesl tento rozsudek NSS další poměrně důležitý závěr pro praxi. NSS totiž dovodil oproti názoru KS možnost zadavateli požadovat po uchazečích (doložením v nabídce) smlouvu o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem o spolupráci při realizaci veřejné zakázky, a to nejen v případě podle § 51 odst. 4), tedy v situaci kdy subdodavatel prokazuje část kvalifikace za uchazeče, ale i v případě, kdy se bude na realizaci veřejné zakázky subdodavatel jen podílet (§ 44 odst. 6) ZVZ), jak již bylo uvedeno v kapitole 2.2.1. této práce.

2.6 Východiska při prokazování jednotlivých problémových kvalifikačních předpokladů

Základním předpokladem k prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele je, jak už bylo několikrát zmíněno, mimo jiné předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d). Tedy zákon poměrně striktně určuje obsah smluvního vztahu mezi uchazečem (budoucím dodavatelem) a jeho subdodavatelem. Zpravidla bývá v praxi tento závazek zadavateli předložen ve smlouvě o smlouvě budoucí.

Na úvod uvádím, že z časového hlediska došlo v průběhu tvorby této práce k podstatné změně dotčené právní úpravy, neboť 1. 1. 2014 nabyl účinnosti zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. V souvislosti s tím došlo mimo jiné ke zrušení zákona

č. 40/1964 Sb. občanského zákoníku a zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku. Změn, které rekonstrukce soukromého práva přinesla je samozřejmě více, avšak z pohledu těžiště této práce není jejich kompletní výčet důležitý. Předchozí právní úprava je důležitá vzhledem k tomu, že většina analyzovaných rozhodnutí z ní vychází, přičemž z pohledu mé práce nedochází v této souvislosti s touto jinak velmi podstatnou změnou k výraznějším změnám.

Základním účelem smlouvy o smlouvě budoucí je zvýšit právní jistotu smluvních stran, které se dohodly na tom, že v budoucnu uzavřou určitou konkrétní smlouvu. Smluvní strany se tedy dohodnou, že do dohodnuté doby uzavřou smlouvu, musí se však při tom dohodnout o jejích podstatných náležitostech.¹⁵⁷ Podstatnou náležitostí smlouvy je v první řadě doba, do které musí být uzavřena ona konkrétní budoucí smlouva,¹⁵⁸ ta může být určena konkrétním datem nebo lhůtou. Právní úprava smlouvy o smlouvě budoucí se nacházela jednak v zákoně č. 40/1964 Sb. občanském zákoníku, ale také v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodním zákoníku. Každá z těchto právních úprav umožňovala uzavřít smlouvu o smlouvě budoucí trochu jiným způsobem. Podle občanského zákoníku bylo možné smlouvu uzavřít jen pokud byl její předmět vymezen dostatečně jasným způsobem,¹⁵⁹ zatímco předmět smlouvy uzavírané podle obchodního zákoníku stačilo vymežit obecným způsobem.¹⁶⁰ Dalo by se tedy říci, že i když bylo určení obecného způsobu předmětu plnění u smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku v případě tohoto smluvního typu poněkud vybočením ze zásady, že předmět smlouvy musí být určitý, stále muselo být z ujednání stran jasné, jaká smlouva (tedy s jakým obsahem, s jakým předmětem plnění) má být v budoucnu uzavřena. Šlo zde tedy jen o vyjádření přípustnosti poněkud obecnějšího stanovení předmětu budoucí smlouvy.¹⁶¹ Vždy bylo (a také dnes je) potřeba přihlédnout ke konkrétní situaci, neboť za situace, kdy je možné předmět budoucí smlouvy dostatečným způsobem zachytit, by měl být ve smlouvě o smlouvě budoucí takto

¹⁵⁷ FIALA, J. KINDL, M. *Občanské právo hmotné*. Plzeň: Aleš Čeněk, s. 442. ISBN 978-80-7380-058-1.

¹⁵⁸ Pozn.: Např. pokud by subdodavatel prokazoval za uchazeče seznam referenčních staveb ve smyslu § 56 odst. (3) písm. a) zákona, pak s ohledem na skutečnost, že uchazeč nemá zkušenosti s takovou odbornou realizací by onou budoucí smlouvou byla smlouva o dílo, jejímž předmětem by byla realizace konkrétních odborných prací požadovaných zadavatelem v referenčních stavbách.

¹⁵⁹ Např. Rozsudek NS sp. zn. 33 Cdo 4404/2008 ze dne 24. února 2011.

¹⁶⁰ ŠTENGLOVÁ, I. PLÍVA, S. TOMSA, M. *Obchodní zákoník. Komentář*. 11. vyd. Praha: C.H. Beck, 2006, s. 1017. ISBN 80-7179-486-2.

¹⁶¹ POSPÍŠILOVÁ, A. POSPÍŠIL, M. *Obchodní vztahy a spory*. 1. vyd. Praha: Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o., 2005, s. 49. ISBN 80-86775-05-4.

jasným a konkrétním způsobem vyjádřen.¹⁶² Např. pokud jde o zadávání veřejných zakázek a týká se ona budoucí smlouva díla (většina sporných případů ÚOHS), je s pravděpodobností hraničící s jistotou možné (pokud jde o danou problematiku) toto dílo dostatečným způsobem zachytit a to již ve smlouvě o smlouvě budoucí.¹⁶³

Tyto principy v zásadě nemění ani nová právní úprava zákona č. 89/2012 Sb., a tak je možné použít předchozí výklad daného smluvního typu s tím, že sjednocením rozdvojené právní úpravy došlo k příklonu k obecnějšímu výkladu obsahu smlouvy, nikoliv však bez jakéhokoliv ohraničení. Předmětem budoucí smlouvy o dílo je vždy nějaká činnost a zhotovitel tedy se zavazuje k provedení díla v budoucnu, přičemž dílo ve smlouvě o smlouvě budoucí tedy musí být identifikovatelné.¹⁶⁴

K tomu NS ve své judikatuře¹⁶⁵ uvádí, cit: „*Ve smlouvě je ale třeba být konkrétnější. Je nutno konkrétně charakterizovat, co si strany pod tím obecným termínem představují. Při charakterizování předmětu díla je nutno mít na paměti, že při provádění díla postupuje zhotovitel samostatně a není vázán pokyny objednatele. Charakteristika předmětu smlouvy je stěžejní částí smlouvy o dílo. Zde je nutno vyprecizovat předmět smlouvy tak, aby zhotovitel věděl, jaké dílo má provést, a objednatel byl spokojen, bude-li dílo odpovídat tomu, jak je ve smlouvě charakterizováno. Nedokážou-li smluvní strany dílo specifikovat, pak může být jimi uzavřená smlouva označena za neplatnou*“.¹⁶⁶ Lze konstatovat, že uvedená judikatura NS je tedy aplikovatelná na novou právní úpravu smlouvy o smlouvě budoucí obsaženou v novém občanském zákoníku.¹⁶⁷

Pokud jde tedy o smlouvu o smlouvě budoucí spadající do segmentu dané problematiky, tak uvádím přílehlavé Rozhodnutí Úřadu sp. zn. R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví ze dne 14. března 2013, kde se k problematice vyjádřil Předseda Úřadu takto, cit:

¹⁶² Blíže Rozsudek NS sp. zn. 32 Cdo 2295/98 ze dne 17. června 1998.

¹⁶³ Pozn.: Dílo jako celek je specifikováno v zadávací dokumentaci, jejíž součástí je zpravidla projektová dokumentace, výkaz výměr, atd.

¹⁶⁴ ONDREJOVÁ, D. *Pokročilé praktikum uzavírání smluv*. Přednáška. Praha: Agentura BOVA, 17. 4. 2014.

¹⁶⁵ Rozsudky NS sp. zn. 23 Cdo 4262/2011 ze dne 24. června 2013 a 23 Cdo 964/2012 ze dne 17. dubna 2013.

¹⁶⁶ PRAŽÁK, Z. *Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku*. 3 přepracované vyd. Praha: Leges. 2010, s. 60 a 193,194. ISBN 978-80-87212-61-5.

¹⁶⁷ Viz např. PRAŽÁK, Zbyněk. *Občanský zákoník II. s komentářem*. Český Těšín: Poradce, s.r.o. 2012. s. 29. ISBN 978-80-7365-338-5.

... „V souladu s § 261 odst. 1 obchodního zákoníku je subdodavatelská smlouva plně subsumovatelná pod režim obchodního zákoníku jakožto tzv. relativní obchod, jak jej vymezuje teorie obchodního práva. Subjektivní hledisko tohoto obchodněprávního vztahu je naplněno, neboť obě smluvní strany jsou podnikateli ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) obchodního zákoníku. Z hlediska věcného platí, že pokud je při vzniku závazkového vztahu mezi podnikateli s přihlédnutím ke všem okolnostem zřejmé, že se tento vztah týká podnikatelské činnosti jeho smluvních stran, jde o vztah obchodní. Toto hledisko je rovněž naplněno, neboť uzavření subdodavatelské smlouvy souviselo výhradně s účastí navrhovatele v zadávacím řízení pro veřejnou zakázku za účelem jejího následného plnění...

...Vztah občanského a obchodního zákoníku je vymezen v § 1 odst. 2 obchodního zákoníku jakožto vztah speciálního právního předpisu k předpisu obecnému. Zjednodušeně řečeno, na základě takového vztahu dvou právních předpisů platí, že právní úprava obsažená v obchodním zákoníku má pro vztahy, které jsou předmětem úpravy obchodního zákoníku, vždy přednost před úpravou obecnou, kterou obsahuje zákoník občanský. Pouze pokud obchodní zákoník určitou otázku neupravuje, řídí se obchodněprávní vztahy občanským zákoníkem a dalšími občanskoprávními předpisy. Jsem přesvědčen, že pro posouzení platnosti subdodavatelské smlouvy je dostatečná úprava zákoníku obchodníku...

...V souladu se závěry Nejvyššího soudu¹⁶⁸ platí, že "právní úkon uzavření smlouvy o dílo, který postrádá základní náležitosti pro vznik smlouvy o dílo, nemůže být vykládán podle výkladových pravidel stanovených v § 266 odst. 3 obchodního zákoníku, neboť interpretace obsahu právního úkonu soudem podle § 266 obchodního zákoníku nemůže nahrazovat či měnit již učiněné projevy vůle, použití zákonných výkladových pravidel směřuje pouze k tomu, aby obsah právního úkonu vyjádřeného slovy, který učinili účastníci ve vzájemné dohodě, byl vyložen v souladu se stavem, který existoval v době jejich smluvního ujednání".¹⁶⁹

S tímto výkladem orgánu dohledu lze v zásadě souhlasit a k tomu je potřeba zdůraznit, že ten již vychází i ze speciálních požadavků ZVZ na tento druh smlouvy. V případech spadajících do dané problematiky musíme vzít v úvahu, že pokud jde o

¹⁶⁸ Rozsudek NS sp.zn. 23 Cdo 2006/2009 ze dne 9. července 2009.

¹⁶⁹ Rozhodnutí ÚOHS č.j. R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví ze dne 14. března 2013.

prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele, je podoba závazku (zejména jeho obsah) ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem přímo diktována § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Tedy jak již bylo uvedeno, závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí musí obsahovat poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Tedy s ohledem na výše zmíněný eurokonformní výklad (včetně uvedené judikatury ESD) musí být závazek natolik konkrétní, aby především splnil (oproti obchodnímu zákoníku, resp. novému občanskému zákoníku) přísnější požadavek zákona o veřejných zakázkách a bylo z něj tedy patrné zcela konkrétní plnění s ohledem na způsob a rozsah prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele. Po shrnutí lze tedy dovodit, že nemůže obstát pouze obecným způsobem vymezený závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem (byť je tato obecnost dána novou právní úpravou),¹⁷⁰ nebo dokonce pouhá citace ustanovení § 51 odst. 4) zákona objevující se v nabídkách některých uchazečů, či pouhý závazek k poskytnutí dokladů ke splnění kvalifikace subdodavatelem.¹⁷¹

Bohužel ani existence správného závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí není často garantem toho, že konkrétní část VZ bude později realizovat konkrétní subdodavatel a tak např. v případě ÚOHS-S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa, kde došlo k masivnímu prokazování kvalifikace několika kvalifikačních předpokladů subdodavatelem (ze zahraničí) se tento na realizaci zakázky nakonec nikterak nepodílel.¹⁷² Někteří zadavatelé tuto situaci řeší tak, po uchazečích požadují v rámci zadávacích podmínek předložení seznamu subdodavatelů podle § 44 odst. 6) ZVZ s tím, že si v zadávací dokumentaci vyhražují požadavek, aby jakákoliv změna seznamu podléhala schválení zadavatele. Zároveň se stává, že zadavatel požaduje přiložení tohoto seznamu ke smlouvě jako přílohy. Smluvní podmínky pak obsahují ustanovení o tom, že změna subdodavatelského systému podle smlouvy podléhá předchozímu souhlasu zadavatele. Ten by v takovém případě měl zejména posoudit, zda jde o změnu subdodavatele, který prokazoval za uchazeče kvalifikaci za takového, který je

¹⁷⁰ Srov. Rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo ze dne 30. července 2012.

¹⁷¹ Srov. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr ze dne 14. června 2012 nebo Rozhodnutí ÚOHS č.j. S629/2012/VZ-2806/2013/523/MSc ze dne 13. února 2013.

¹⁷² POZN.: Přitom z písemné zprávy zadavatele uveřejněné na jeho profilu je předmětný subdodavatel ještě uveden v rozsahu 6 % podílu na realizaci příslušné VZ.

kvalifikaci schopen ve stejném rozsahu opět za uchazeče prokázat. Naopak nepřijatelný je takový postup, kdy by zadavatel podle zadávací dokumentace mohl subdodavatele měnit sám.¹⁷³ Otázkou je, zda by nebylo možným řešením změna zákonné úpravy tak, aby se subdodavatel prokazující v kvalifikaci nebo její část, za uchazeče musel na realizaci VZ podílet.

2.6.1 Ke způsobu a rozsahu prokazování ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů do 1. 4. 2012

- K prokazování možného požadavku zadavatele na předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě (§ 55 bývalého ZVZ).

Prokazovat tento kvalifikační předpoklad prostřednictvím subdodavatele zákon umožňuje, avšak dle mého názoru půjde o případy v praxi ojedinělé. Smyslem tohoto kvalifikačního předpokladu je prokázání určité garance za možnou způsobenou škodu a touto garancí je právě pojištění uchazeče. V praxi může dojít k několika situacím.

První může být situace, kdy by uchazeč pojištěn nebyl a celé pojištění by prokazoval subdodavatel, pak by právě subdodavatel byl tím, jehož škody by pojistka pokrývala a on by byl osobou oprávněnou z tohoto pojištění.¹⁷⁴ Aby uchazeč v takovémto případě dostal ustanovení § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ, pak by podle mého názoru musel závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí obsahovat faktickou realizaci celé VZ (protože jedině v takovém případě by mohl nést odpovědnost za všechny situace, které při realizaci konkrétní VZ mohou nastat a při kterých může vzniknout škoda třetí

¹⁷³ Viz. např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S61/2013/VZ-15972/2013/521/VČe ze dne 22. srpna 2013.

¹⁷⁴ Srov. např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S141/09-9295/2009/510/KČe ze dne 26. srpna 2009, cit.: „Z uvedeného je zřejmé, že „pojištění odpovědnosti za škodu vzniklou jinému v souvislosti s činnostmi, které jsou uvedeny ve výpisu z obchodního rejstříku“, sjednané pojistnou smlouvou a jejími Dodatky se vztahuje pouze a jen na škodné události způsobené pojistníkem (rozuměj subdodavatelem). Pojistná smlouva doložená v nabídce vybraného uchazeče tedy nepokrývá pojistné plnění odpovědnosti za škodu způsobené účastníky Sdružení BC Mošnov třetí osobě, tak jak požadoval zadavatel v rámci prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. I kdyby (hypoteticky) společnost SUDOP PRAHA a. s. (subdodavatel) byla účastníkem sdružení, vztahovala by se její pojistná smlouva, resp. smluvní plnění, podle sjednaných smluvních podmínek v rámci solidární odpovědnosti pouze do výše účasti pojistníka na způsobené škodě, přičemž podle Smlouvy o spolupráci uzavřené mezi SUDOP PRAHA a. s. a účastníky sdružení BC Mošnov, činí dohodnutý finanční podíl subdodavatele na celkové ceně zakázky pouze 0,3 %.“

osobě). Jedině takový rozsah by v tomto případě odpovídal požadavku zákona na dispozici práv v rozsahu, v jakém subdodavatel za uchazeče prokazoval kvalifikaci.

Druhou možností by bylo předložení takové pojistné smlouvy subdodavatelem, která by „pokrývala“ jednak realizaci jím prováděné části díla, ale i případnou část díla realizovanou samotným uchazečem a tím, že ten by pro tuto část díla musel být v pozici pojištěného (tedy pojišťovna by pro tuto část díla musela „krýt“ jím způsobené škody). Pojistné plnění z takové smlouvy by muselo být ve výši celkové ceny za realizaci díla. Samotná smlouva mezi uchazečem a subdodavatelem (ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ) by pak mohla obsahovat závazek subdodavatele „pokrýt“ svojí pojistnou smlouvou realizaci celého díla včetně škod způsobených uchazečem, jako příloha této smlouvy by v rámci jistoty mohla být kopie samotné pojistné smlouvy.

Mohl by nastat i případ, kdy by zadavatel požadoval, aby byl právě on osobou pojištěnou, tedy oprávněnou k potencionálnímu pojistnému plnění v případě pojistné události. Někdy k takovým případům v praxi docházelo. V takovém případě mohl v celku jednoduše takovou pojistnou smlouvu za uchazeče předložit jeho subdodavatel, přičemž závazek ve smlouvě podle § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ by byl formulován jako povinnost onu pojistnou smlouvu uzavřít a garantovat tak zadavatelem specifikované pojištění v jeho prospěch.

- K prokazování požadavku zadavatele předložení poslední zpracované rozvahy podle zvláštních právních předpisů nebo určité části takové rozvahy.

Předně je potřeba uvést, že v praxi většinou docházelo k tomu, že zadavatel požadoval po uchazečích doložení různých údajů, ze kterých podle něj bylo možné dovodit ekonomickou stabilitu uchazeče. Často se jednalo o dosažení určitých hodnot z účetní uzávěrky do vzorce, přičemž zadavatel požadoval, aby výsledek uchazeče byl v jím určeném rozptylu. V některých případech bylo až úsměvné, co všechno jsou někteří zadavatelé schopni vymyslet, přičemž výsledek leckdy neměl žádnou vypovídající hodnotu co se ekonomické stability týče.

K tomuto složitějšímu požadavku zadavatele lze s ohledem na prokazování subdodavatelem konstatovat, že z logiky věci není možné dosazované údaje skládat z různých účetních uzávěrek (uchazeče a jeho subdodavatelů), neboť by takto

poskládaný údaj nebyl dokladem o stabilitě jednoho subjektu. Lze ale připustit splnění celého požadavku zadavatele, tedy dosažení všech požadovaných údajů z účetní uzávěrky subdodavatelem, tedy splnění tohoto požadavku komplexně třetí osobou. Šlo by tedy v konečném důsledku o stejný případ, jako kdyby zadavatel požadoval jen předložení účetní uzávěrky. Otázkou je opět způsob a také rozsah v jakém by se měl subdodavatel podílet na realizaci VZ. Domnívám se, že jediný bezpečný způsob musí být jasná garance ekonomické stability uchazeče jeho subdodavatelem. To znamená, že obsahem závazku ve smlouvě mezi uchazečem a subdodavatelem by muselo být konkrétní ručení nebo ručitelská smlouva za ekonomickou stabilitu uchazeče při realizaci celé zakázky, včetně řešení případných důsledků.

- K požadavku zadavatele na předložení údaje o celkovém obratu dodavatele, popřípadě obratu dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky a to nejvýše za poslední 3 účetní období

V prvé řadě je potřeba zamyslet se nad tím, zda je vůbec možné prokazovat tento kvalifikační předpoklad prostřednictvím subdodavatele. Jak již bylo uvedeno, zákon tuto možnost výslovně umožňuje a zadavatel ji nemůže nikterak omezit. Ve výše uvedeném rozhodnutí (ÚOHS S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa) prokazoval jeden z uchazečů část obratu (obecný požadovaný obrat za každý rok) a druhou část obratu (specializovaný obrat vztahující se k předmětné VZ) prokázal jeho subdodavatel, Úřad tento postup připustil, přičemž o žalobě v současné době rozhoduje KS v Brně. Obdobný postup Úřad připustil i v rozhodnutí č.j. S430/446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema151 ze dne 21. června 2011.¹⁷⁵ Osobně se ale domnívám, že z logiky věci ani skládání obratu možné není. V tomto konkrétním případě složením

¹⁷⁵ Cit. Bod 151 a 152 Rozhodnutí: *“Úřad tedy k problematice „sčítání“ kvalifikace, a to údaje o dosaženém obratu, shrnuje, že sledujíc elementární účel zákona, tj. efektivní vynakládání veřejných prostředků a ochranu hospodářské soutěže, je nutné ustanovení § 51 odst. 5 zákona, resp. ustanovení § 51 odst. 4 zákona vykládat tak, že v případě podání společné nabídky několika dodavateli mohou tito dodavatelé prokázat splnění výše dosaženého obratu společně, tedy „sečíst“ v případě potřeby dosažené obraty. Velký důraz musí být přitom kladen na smlouvu o konsorciu či sdružení, ze které musí vyplývat závazek solidární odpovědnosti při plnění veřejné zakázky.“*

„Případná argumentace, že „sčítání“ kvalifikace nelze v tomto případě připustit, neboť ukazatel obratu svědčí o stabilitě dodavatele, která je v případě společné nabídky a „sečtení“ obratů narušena, nemůže obstát, neboť, jak Úřad odůvodnil výše, ukazatel obratu je nutné považovat spíše za ukazatel kvantitativní, nikoliv kvalitativní svědčící samostatně o způsobilosti dodavatele plnit předmět veřejné zakázky, resp. o jeho ekonomické stabilitě. Zákon umožňuje požadovat v rámci kvalifikace údaj o dosaženém obratu, avšak ve vztahu ke „sčítání“ kvalifikace nelze tento ukazatel považovat za jediný vypovídající o ekonomické stabilitě dodavatele, a to při sledování účelu požadavků na prokázání kvalifikace, kterým je výběr kvalifikovaného, tj. způsobilého dodavatele, či dodavatelů.“

tohoto kvalifikačního předpokladu nevznikne zadavatelem požadovaný stabilní uchazeč, ale pouze dva subjekty, z nichž jeden prokázal stabilitu, řekněme obecnou, a druhý pak speciální s ohledem na předmět VZ, nicméně celkově ve smyslu požadavků zadavatele není ekonomicky stabilní k realizaci konkrétní VZ ani jeden.

Obdobně by tomu bylo i v dalším možném případě, kdy by uchazeč prokazoval splnění obratu za jedno účetní období a subdodavatel za dvě účetní období, ani tento způsob by neprokázal stabilitu ani jednoho subjektu.¹⁷⁶

Tento můj názor je v souladu s většinovým názorem odborné veřejnosti, když např. Dvořák uvádí, cit: „*Domnívám se, že v těchto případech prosté „sčítání“ nelze uplatnit, neboť sdružení několika ekonomicky slabých subjektů nezíská bez dalšího automaticky potřebnou ekonomickou sílu, a tudíž v těchto případech „sčítání“ kvalifikace využít nejde.*“¹⁷⁷ Obdobně se vyjadřuje i Gurlich, cit: „*Pokud zadavatel požaduje předložit údaj o celkovém obratu nebo rozvahu a požaduje, aby vykazovaly určité parametry, pak požaduje, aby alespoň jeden z uchazečů nebo subdodavatel byli ekonomicky a finančně silní, jak požaduje, a zadavatel si tak mohl ověřit, že jsou schopni finančně a ekonomicky danou veřejnou zakázku zvládnout.*“¹⁷⁸ A konečně i Nývlt, cit: „*Účelem je, aby zadavatel získal informaci o základní schopnosti dodavatele splnit předmětnou veřejnou zakázku, tj. aby získal určitou míru jistoty, že plnění bude poskytnuto kvalifikovaným dodavatelem. Pokud bychom bez dalšího obecně připustili „sčítání“ při prokazování splnění kvalifikace, zadavatel by tyto informace získat nemusel, protože ani dodavatel ani jeho subdodavatel by sami bezzbytku daný kvalifikační požadavek nesplňovali. Tato nepřípustnost „sčítání“ se podle mého názoru týká například prokazování výše škod krytých pojištěním či výše obratu za stanovené období.*“¹⁷⁹

Pokud ale i přesto připustím, že složení tohoto kvalifikačního předpokladu možné je, pak zůstává otázkou, jak by měl vypadat konkrétní závazek (opět co do způsobu, ale i rozsahu k prokazované kvalifikaci) mezi uchazečem a jeho

¹⁷⁶ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 51 odst. 4), ASPI.

¹⁷⁷ DVOŘÁK, David. *Veřejné zakázky (odborný měsíčník)* č. 3/2007. [cit. 26. 7. 2013]. Dostupný z [www : http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf](http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf).

¹⁷⁸ GURLICH, Richard. *Veřejné zakázky (odborný měsíčník)* č. 3/2007. [cit. 26. 7. 2013]. Dostupný z [www : http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf](http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf).

¹⁷⁹ NÝVLT, Lukáš. *Veřejné zakázky (odborný měsíčník)* č. 3/2007. [cit. 26. 7. 2013]. Dostupný z [www : http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf](http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf).

subdodavatelem ve smlouvě o smlouvě budoucí ve smyslu ustanovení § 51 odst. 4). Z analýzy rozhodovací praxe orgánu dohledu vyplývá volnější výklad, avšak tato praxe je více než rozkolísaná. Domnívám se, že z pohledu uchazeče (ale i zadavatele) je na místě výklad přísnější tak, aby přímo odpovídal konkrétnímu ustanovení, ale koneckonců i eurokonformnímu výkladu a jeho směřování (nové směrnice, viz. kapitola 2.4.1.). Tedy pokud se v § 51 odst. 4) ZVZ hovoří o závazku, pak je zcela na místě, aby jeho podoba ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem byla skutečným závazkem. Lze si tedy představit, že i v tomto případě by mohlo jít např. o konkrétní ručitelství závazek nebo dohodu o ručení za ekonomickou stabilitu uchazeče při realizaci celé zakázky, včetně řešení případných důsledků.¹⁸⁰

2.6.2 Ke způsobu a rozsahu prokazování profesních kvalifikačních předpokladů

Jak již bylo uvedeno, uchazeč není oprávněn prokázat předložení výpisu z obchodního rejstříku či výpisu z jiné obdobné evidence (§ 51 odst. 4) písm. a) ZVZ prostřednictvím subdodavatele. U ostatních profesních kvalifikačních předpokladů to v zásadě možné je.

- K prokazování dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména dokladu prokazujícího příslušné živnostenské oprávnění či licenci (§ 54 písm. b).

Pokud pro zjednodušení budeme řešit situaci, kdy zadavatel požaduje konkrétní živnostenské oprávnění, které za uchazeče předloží jeho subdodavatel, pak je zřejmé, že uchazeč nedisponuje určitým důležitým oprávněním, které většinou „prostupuje“ realizací celé VZ.¹⁸¹ Tedy při prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu subdodavatelem by co do rozsahu, měl závazek subdodavatele ve smlouvě ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ obepínat celou realizaci VZ. V případě živnostenského oprávnění existují v zásadě čtyři druhy tohoto oprávnění. Jde o živnosti volné, řemeslné, vázané, které patří mezi živnosti ohlašovací a pak živnosti koncesované. Pro jednotlivé

¹⁸⁰ Srov. ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 51 odst. 4), ASPI., nebo PODEŠVA, V. OLÍK, M. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 229-230. ISBN 978-80-7357-636-3.

¹⁸¹ Pozn.: Např. živnostenské oprávnění k provádění staveb, jejich změnám a odstraňování, při realizaci veřejné zakázky na stavební práce.

druhy živnostenských oprávnění vyžaduje živnostenský zákon splnění různých úrovní kvalifikace (odbornosti). Tuto skutečnost by měl mít na paměti uchazeč i zadavatel, proto by závazek subdodavatele ve smlouvě ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ co do způsobu měl být úměrný druhu živnostenského oprávnění (resp. stupni jeho odbornosti). Tedy konkrétně např. u živnosti volné podle mého názoru postačí závazek formulovaný tak, že na realizaci předmětné VZ se bude podílet pracovník subdodavatele, který je držitelem příslušného živnostenského oprávnění jako poradce odpovídající za odborné vedení pracovníků uchazeče, metodiku a technologie v souvislosti s realizací veřejné zakázky.¹⁸² Naopak pokud by šlo o živnost koncesovanou předpokládající vysoké odborné znalosti, měl by být zadavatel v posuzování adekvátnosti závazku přísnější a dle mého názoru by odpovídající závazek v subdodavatelské smlouvě měl obsahovat stálou přítomnost držitele koncesované živnosti jako dozor při realizaci VZ, přičemž ta by měla být s ohledem na konkrétní VZ promítnuta co do rozsahu ve vztahu k celé VZ při její budoucí realizaci.¹⁸³

Pokud by se tento konkrétní zadavatelem požadovaný doklad vztahoval pouze k určité části VZ, tak si lze logicky představit, že při prokazování kvalifikace subdodavatelem by tento realizoval tu část zakázky, která by přímo souvisela s požadovaným dokladem. Takto by vypadal i obsah závazku v subdodavatelské smlouvě. Tedy pokud by např. předmětem VZ byla realizace stavebního díla spočívajícího ve stavbě budovy, jejíž součástí by byla realizace střechy budovy, tak pokud by uchazeč nedisponoval živnostenským oprávněním pro živnost řemeslnou pokrývačství a tesařství, pak by subdodavatel realizoval za uchazeče právě krov a střechu včetně pokrytí. Tak by byl formulován i závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí s tím, že přílohou této smlouvy by byl konkrétní rozpočet, ze kterého by bylo patrné, jaké položky bude subdodavatel realizovat. Také by se dal spolehlivě určit rozsah podílu subdodavatele na realizaci VZ, který by odpovídal požadavku § 51 odst. 4.

¹⁸² Srov. PODEŠVA, V. OLÍK, M. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ. J. *Zákon o veřejných zakázkách. Komentář*. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011.

¹⁸³ Srov. Rozhodnutí ÚOHS č.j. R161/2012/VZ-4714/2013/310/JRa ze dne 15. března 2013, kterým bylo potvrzeno Rozhodnutí ÚOHS č.j. S271/2011/Vz-2792/2012/520/Dří ze dne 9. května 2012, ve kterém prokazoval uchazeč živnostenské oprávnění v oboru „Projektování pozemkový úprav“ podle § 54 písm. b) pomocí subdodavatele stejně jako oprávnění k podnikání podle § 54 písm. d) ZVZ pro dvě osoby podílející se na realizaci VZ. Úřad krom jiného konstatoval, cit: „Pokud je požadavek zadavatele na zkušenost dodavatele prokázána zcela a výlučně subdodavatelem, nelze tento postup akceptovat v případě, kdy je podíl subdodavatele na plnění celé VZ marginální (závazek subdodavatele tvořil pouze 30 % všech prací“.

Tímto způsobem je možno postupovat i v případě prokazování některých dalších kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele.

- K prokazování dokladu vydaného profesní samosprávnou komorou či jinou profesní organizací prokazující jeho členství v této komoře či jiné organizaci, je-li takové členství nezbytné pro plnění veřejné zakázky na služby podle zvláštních právních předpisů (§ 54 písm. c).

Prokazování členství v profesní samosprávné komoře prostřednictvím subdodavatele nemůže v praxi činit větší problémy. Jde o doklad, který za uchazeče předloží jeho subdodavatel, přičemž závazek ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem ve smyslu § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ by z logiky věci měl většinou pokrývat celou realizaci veřejné zakázky (pokud by se tento požadavek nevztahoval jen k části VZ, pak by ale bylo zřejmě diskutabilní, zda jde o oprávněný požadavek zadavatele) a to tím způsobem, že osoba subdodavatele vlastníčí příslušný doklad, by měla zajišťovat všechny odborné činnosti, popř. odborně vést zaměstnance uchazeče při všech činnostech spojených s členstvím v profesní samosprávné komoře. Samozřejmě by konkrétní závazek musel být formulován s ohledem na tu či onu VZ a její specifika. Opět může někdy dojít k situaci, kdy by se požadovaný doklad vztahoval pouze k určité části VZ, pak by se postupovalo v souladu s komentářem k § 54 písm. b, tedy závazek subdodavatele v subdodavatelské smlouvě by obsahoval povinnost poskytnout osobu vlastníčí příslušný doklad, která by měla zajišťovat všechny odborné činnosti na konkrétní části VZ, ke které se příslušný doklad požadovaný zadavatelem vztahuje.

- K prokazování dokladu osvědčujícího odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky nezbytná podle zvláštních právních předpisů (§ 54 písm. d).

Z příkladů možných dokladů, které jsem uváděla v kapitole 2.1.2., je z mého pohledu nejběžnější doklad prokazující odbornou způsobilost uchazeče podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě. V takovém případě zadavatel konkretizuje v zadávací dokumentaci obor, ve kterém uchazeč dokladem disponuje,

příčemž obor musí odpovídat předmětu veřejné zakázky.¹⁸⁴ Stejně jako v předešlém případě bude většinou tato odbornost prostupovat celou realizací veřejné zakázky (např. Osvědčení ČKAIT pro obor mosty a inženýrské konstrukce při realizaci mostní estakády). Z tohoto důvodu by rozsah i způsob promítnutí prokázané kvalifikace subdodavatelem do závazku ve smlouvě dle § 51 odst. 4) písm. b) musel být obdobný jako v předešlém případě prokazování živnostenského oprávnění subdodavatelem a stejně jako v předchozích případech by se postupovalo i v případě, kdy by se příslušný doklad vztahoval pouze k části VZ.

- Doklad prokazující schopnost dodavatele zabezpečit ochranu utajovaných informací podle příslušného druhu zajištění ochrany utajované informací při plnění veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti, odpovídající požadavkům na opatření, která stanovil zadavatel v zadávacích podmínkách (§ 54 písm. e).

Jako příklad takového požadavku může být certifikát prokazující způsobilost informačního systému k nakládání s utajovanými informacemi ve smyslu § 46 zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti. Tento certifikát jistě může za uchazeče předložit jeho subdodavatel s tím, že obdobně jako v předchozích případech by závazek ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem co do rozsahu a způsobu ve vztahu k prokazované kvalifikaci vypadal tak, že by musel pokrýt veškeré nakládání s utajovanými informacemi, které to by probíhalo prostřednictvím informačního systému subdodavatele. V takovém případě by tento informační systém musel být paradoxně chráněn i proti samotnému uchazeči. Také by se mohlo jednat o osvědčení podnikatele na stupeň důvěrné, tajné a přísně tajné ve smyslu §54 a 55 uvedeného zákona. Pak by závazkem (podle § 51 odst. 4) písm. b)) muselo být zajišťování nakládání s utajovanými informacemi právě podnikatelem v pozici subdodavatele, který disponuje příslušným oprávněním. I v tomto případě by informace musela být chráněna i proti samotnému uchazeči.

¹⁸⁴ Viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S140/2007/VZ-12232/2007/530/BM ze dne 5. listopadu 2007, cit.: „Z uvedeného vyplývá, že zadavatel porušil ustanovení § 50 odst. 3 zákona, v návaznosti na § 54 písm. d) zákona, když požadoval po dodavatelích splnění profesní kvalifikace doložením dokladu prokazujícího odbornou způsobilost dodavatele nebo osoby, jejímž prostřednictvím dodavatel odbornou způsobilost zajišťuje, která pro plnění veřejné zakázky dle zvláštních právních předpisů (stavební zákon) není nezbytná. Zadavatel tak nesplnil povinnost stanovenou zákonem a neomezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.“ Dále také např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S195/2007-16456/2007/540-Der ze dne 7. září 2007.

2.6.3 Ke způsobu a rozsahu prokazování technických kvalifikačních předpokladů

- K seznamu významných dodávek (služeb, stavebních prací) realizovaných dodavatelem v posledních 3 letech (v případě oblasti obrany nebo bezpečnosti v posledních 5 letech) s uvedením jejich rozsahu a doby plnění včetně přílohy, specifikované s ohledem na to, zda se jedná o dodávku, službu nebo stavební práci (§ 56 odst. 1 písm. a), § 56 odst. 2) písm. a), § 56 odst. 3) písm. a) ZVZ).

Vycházejme ze skutečnosti, že tento technický kvalifikační předpoklad slouží zadavateli k ověření, zda má uchazeč dostatek zkušeností s realizací obdobné VZ (rozsáhlé, technologicky a kapacitně složité).¹⁸⁵ Za situace, kdy uchazeč není schopen předložit zadavatelem požadované referenční dodávky (služby, nebo stavební práce), má možnost předložit reference subdodavatele. Pokud jde o závazek mezi uchazečem a jeho subdodavatelem ve smlouvě podle § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ, tak jeho stanovení nebude vzhledem k rozkolísanosti rozhodovací praxe ÚOHS jednoduché.

Odborná literatura jde naopak zcela proti výše uvedeným rozhodnutím ÚOHS, např. Kruták a Krutáková uvádějí tento příklad, cit: „*Pokud tedy například dodavatel prokazuje splnění technického kvalifikačního předpokladu spočívajícího v realizaci významných služeb (tj. kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ), pak je nezbytné, aby se subdodavatel, jehož referencemi je tento kvalifikační předpoklad prokazován, zavázal k realizaci části plnění veřejné zakázky odpovídající doložené referenci. Jestliže v případě veřejné zakázky jejímž předmětem je zajištění bezpečnostních služeb, úklidu a správy (facility managementu) zdravotnického zařízení, je kromě jiného požadováno prokázání zkušeností s úklidem ve zdravotnickém zařízení a dodavatel splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prokáže subdodavatelem, pak*

¹⁸⁵ Viz např. Rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 15/2009 ze dne 10. března 2013, cit. : „Účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomuto mají prokazatelně dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit“.

zadavateli musí být (smlouvou podle § 51 odst. 4 ZVZ) doloženo, že daný subdodavatel bude zajišťovat úklidové práce v rámci daného zařízení, nikoliv obecná formulace“.

S tímto názorem souhlasím, avšak dovedu si představit spíše situaci, kdy by požadavkem zadavatele bylo předložení významných referencí, ze kterých vyplývá prokazování určitých odborných částí dodávek, služeb nebo stavebních prací. Pak se domnívám, že obsahem závazku mezi uchazečem a jeho subdodavatelem nutně musí být realizace alespoň těchto odborných prací subdodavatelem. Tedy pokud např. ve vztahu k výše uvedenému rozhodnutí S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. února 2013 ve věci „RTT Poděbradská“ zadavatel požadoval předložit referenční stavby tramvajových tratí, pak podle mého názoru měl být subdodavatel zavázán subdodavatelskou smlouvou k realizaci alespoň konkrétních odborných prací (např. technologicky náročná montáž kolejového svršku, atd.). Uchazeč by pak mohl realizovat běžné stavební práce (demontáž stávajícího kolejového svršku, příprava zemních plání, odvodnění zemních plání, realizace spodních vrstev konstrukce tramvajového tělesa). V takových případech by konkrétní realizace odborných dodávek, resp. služeb, nebo stavebních prací měla být obsahem závazku ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem podle § 51 odst. 4) ZVZ. Tento výklad neodporuje ani dílčímu závěru uvedeném v tomto Rozhodnutí, cit: *„Ad absurdum by se totiž mohlo dospět k závěru, že prokazuje-li subdodavatel všechny technické kvalifikační předpoklady, měl by rovněž plnit celý předmět veřejné zakázky a účel prokazování kvalifikace subdodavatelsky by tak byl zmařen“*, neboť by k takové situaci dojít nemělo (většina požadavků na reference obsahuje i obecnější, řekněme doprovodné části dodávek, služeb nebo stavebních prací). Z toho důvodu se nelze zcela přiklonit k uvedené interpretaci orgánu dohledu ani k jeho druhostupňovému rozhodnutí, kde je uvedeno, cit: *„Nelze přijmout závěr, že by subdodavatel musel sám realizovat práce, které prokazoval za dodavatele,“* neboť je vzhledem k výše uvedenému obecný a neobepíná právě technologicky nebo jinak náročné části tzv. „referencí“.

S ohledem na výše uvedenou evropskou právní úpravu včetně znění nových zadávacích směrnic EU (byť se týkají především budoucnosti) nelze přistoupit na výklad Úřadu ve výše uvedeném Rozhodnutí sp. zn. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. února 2013 potvrzeném Rozhodnutím R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. května 2013 (viz kapitola 2.5.1.5 a 2.5.1.6), přičemž vzhledem k výše uvedenému předpokládám spíše zrušení obou rozhodnutí KS v Brně.

V praxi nastávají případy, kdy je rozsah závazku mezi uchazečem a jeho subdodavatelem uveden ve smlouvě mezi nimi jako procentuální podíl na realizaci VZ a nikoliv jako konkrétní vymezení předmětu VZ (např. uvedením konkrétních stavebních objektů nebo položek rozpočtu v případech stavebních prací). Takové případy vnímám poněkud nešťastně, neboť takto vymezený předmět budoucí smlouvy dle mého názoru neodpovídá požadavku na určitost závazku a měl by být užit jen jako podpůrný údaj na základě výpočtu vycházejícího z konkrétní části dodávek (resp. služeb, nebo stavebních prací), které bude za uchazeče realizovat jeho subdodavatel. Právě konkrétní práce (dodávky nebo služby) odpovídají dostatečné specifikaci budoucí části předmětu VZ v subdodavatelské smlouvě. Pokud uvedu opět příklad tramvajové trati, pak by šlo o procentuální podíl konkrétních odborných prací na celé zakázce, které lze v takových případech celkem přesně dovodit, jak jsem na příkladu uvedla výše, přičemž tento údaj je spíše využitelný pro potřeby požadavku zadavatele ve smyslu již uvedeného § 44 odst. 6), nicméně může posloužit jako kontrola zadavatele, zda se subdodavatel bude podílet na realizaci VZ v rozsahu v jakém prokazoval za uchazeče kvalifikaci, resp. její část.

Na druhou stranu je potřeba zamyslet se nad tím, že výše uvedené platí především v případě otevřeného zadávacího řízení, neboť v takovém případě má uchazeč k dispozici kompletní specifikaci předmětu veřejné zakázky, v případě stavebních prací půjde o výkaz výměr (seznam prováděných prací) a uchazeč tak může plně postupovat popsáním způsobem. V případech řízení užšího nemá v době do podání žádosti o účast uchazeč zpravidla k dispozici kompletní seznam prováděných prací a tak musí vycházet ze specifikace předmětu díla v zadávací dokumentaci a postupovat úměrně k šíři poskytnutých informací od zadavatele. I tak by měl předmět smlouvy o smlouvě budoucí se subdodavatelem specifikovat s ohledem na dostupné informace co možná nejpřesněji.

Obdobně jako u dříve uplatňovaných ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů je i v tomto případě, dle mého názoru, možné kvalifikaci sčítat, tedy pokud by zadavatel požadoval předložení 3 referenčních zakázek a uchazeč by předložil v nabídce jednu referenční zakázku a jeho subdodavatel by předložil 2. V takovém případě by šlo o poměrně komplikovanou situaci vzhledem ke správnému určení odpovídajícího závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a subdodavatelem dle §51 odst. 4) písm. b), avšak vyjít musíme ze stejné situace, jako

když subdodavatel prokazuje celý tento kvalifikační předpoklad, tedy např. pokud uchazeč nemá dostatečnou zkušenost z realizací odborných prací (realizoval pouze jednu takto náročnou zakázku namísto tří), měl by se na realizaci odborných prací podílet jeho subdodavatel přibližně v rozsahu 2/3, přičemž spíše logičtější a jistější z pohledu zadavatele by bylo takové uspořádání vztahů mezi uchazečem a jeho subdodavatelem, kdy zkušenější subdodavatel bude realizovat větší část zakázky a zároveň bude částečně dozorovat realizaci těchto odborných prací uchazečem (což by mělo být opět obsahem předmětného závazku). Proti takto formulovanému závazku by neměl mít námitek žádný zadavatel.

Další situace může nastat v případě skládání tohoto kvalifikačního předpokladu uchazeče a jeho subdodavatele, tedy pokud by např. došlo k případu, kdy by zadavatel požadoval referenční zakázku o objemu 100.000,-Kč, přičemž uchazeč by předložil referenci na finanční objem 35.000,-Kč a jeho subdodavatel na 70.000,-. Obdobně jako v případě ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů se domnívám, že v takovém případě by skládání kvalifikace možné nebylo, protože by ani jeden z uchazečů neměl zkušenost s obdobně rozsáhlou zakázkou. Tento názor sice není opřen o žádné rozhodnutí, avšak je v souladu s názorem odborníků v daném oboru.¹⁸⁶

- Seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli (§ 51 odst. 1) písm. b), § 51 odst. 2) písm. b), § 51 odst. 3) písm. b).

I v tomto případě je k výkladu potřeba přistupovat spíše logicky v kontextu s eurokonformním výkladem ZVZ a tak je zřejmé, že pokud uchazeč nedisponuje technikem, který je buď zaměstnancem, nebo je v jiném obdobném poměru k uchazeči a prokazuje, že má zajištěného odborníka k realizaci VZ od svého subdodavatele, pak je jasné, že záměrem zákonodárce musela být fyzická přítomnost tohoto odborníka při realizaci VZ a jeho odborný dohled nad realizací VZ. To tedy znamená, že v tomto případě by závazek ve smlouvě podle § 51 odst. 4) písm. b) musel obsahovat poskytnutí příslušného technika (techniků) k realizaci VZ. Tento závěr sice odporuje některým

¹⁸⁶ Viz MACHUREK, T. *Konference veřejné zakázky – subdodavatelé*. Prezentace ze dne 19. 11. 2013.

dílčím závěrům v uvedených rozhodnutích orgánu dohledu, avšak vzhledem k neustálené rozhodovací praxi jej nelze brát jako dogma.¹⁸⁷

Co se skládání tohoto kvalifikačního předpokladu týká, dá se souhlasit s odbornou veřejností, viz např., cit.: „*Autoři tohoto komentáře se přiklánějí k názoru, že splnění tohoto kvalifikačního předpokladu mohou z logiky věci prokázat dodavatel se subdodavatelem společně, tj. část techniků k plnění veřejné zakázky poskytne dodavatel a část techniků poskytne subdodavatel. V takovém případě pak dodavatel předloží veřejnému zadavateli smlouvu, ze které bude jednoznačně vyplývat závazek subdodavatele k poskytnutí příslušného počtu techniků k plnění zakázky.*“¹⁸⁸ S tímto výkladem nelze nesouhlasit, když je zcela ve shodě s dosavadním výkladem ostatních kvalifikačních předpokladů, co se prokazování kvalifikace subdodavatelem týká, navíc objasňuje skládání tohoto kvalifikačního předpokladu a ani proti tomu nelze z logiky věci nic namítat.

Pokud jde o sčítání kvalifikace, tak pokud se přikloníme k výkladu tohoto pojmu odbornou veřejností, pak to u tohoto kvalifikačního předpokladu vzhledem k nemožnosti dělení lidí z praktického hlediska možné v současnosti není.

- Popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu (§ 56 odst. 1) písm. c), § 56 odst. 2) písm. c) ZVZ).

I v případě prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu není nezbytné, aby se jednalo o vybavení, které je v majetku uchazeče, nicméně je nutné, aby uchazeč ve své nabídce uvedl právní titul opravňující jej k využívání tohoto vybavení (např. nájemní smlouva, leasingová smlouva). V takovém případě využije k prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu uchazeč třetí osobu (šlo by o stejný případ jako prokazování vlastnictví od subdodavatele) a proto je třeba, aby ve své nabídce předložil mj. platnou subdodavatelskou smlouvu ve smyslu 51 odst. 4) ZVZ.¹⁸⁹ Obdobně jako v předchozích případech by s pravděpodobným odkazem na toto technické vybavení ve smyslu § 56

¹⁸⁷ Viz. Rozhodnutí R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. května 2013, cit.: „*zákon nevyžaduje, aby smluvní strany v subdodavatelské smlouvě přesně specifikovaly, jak zajištění plnění vyplývajícího ze smlouvy dosáhnou a jakých k tomu použijí prostředků.*“

¹⁸⁸ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 56), ASPI.

¹⁸⁹ ŠEBESTA, M. PODEŠVA, V. OLÍK, M. MACHUREK, T. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. *Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář* (§ 50 odst. 4), ASPI.

odst. 2 písm. h) ZVZ (resp. § 56 odst. 3 písm. f) i v tomto mělo být závazkem poskytnutí konkrétního technického vybavení, přičemž lze připustit, aby smlouvou podle požadavku § 51 odst. 4) ZVZ byla právě ona nájemní, nebo leasingová smlouva, pokud odpovídá požadavkům zákona. Rozsah závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem by vypadal tak, že by odpovídal konkrétní potřebě těchto strojů nebo zařízení při realizaci příslušné VZ. Tedy např. pokud by šlo o demoliční kleště při VZ na demolici objektu, pak by se dalo co do rozsahu spokojit se závazkem, který by odpovídal zbourání částí budovy nad výšku, do které dosáhne jiná běžná technika. Takto by se tedy dal stanovit velmi přesně rozsah, který by mohl být promítnut do konkrétních položek výkazu výměr, který by mohl být přílohou „subdodavatelské“ smlouvy specifikující předmět budoucí smlouvy dostatečným způsobem, viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S8/2009/VZ-2486/2009/520/JHI za dne 6. března 2009, cit: *„Není vyloučeno prokazovat splnění kvalifikace subdodavatelem podle § 51 odst. 4, kdy ze smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Ale za situace, která je v tomto případě, kdy smlouva vymezuje plnění subdodavatele pouze v rozsahu 5 % z celkového předmětu veřejné zakázky, nemůže být tato smlouva považována za smlouvu uzavřenou v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.“*

- Osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za poskytování příslušných služeb (§ 56 odst. 2) písm. e), resp. § 56 odst. 3) písm. c) ZVZ).

Při prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu jde o prokázání odborné kvalifikace dodavatele nebo jeho zaměstnanců. Jde tedy o osoby v zaměstnaneckém poměru a jejich kvalifikaci. I když jde o kvalifikační předpoklad podobný tomu dle § 54 písm. d), v tomto případě jde o vedoucí pracovníky např. odpovědné dle organizační struktury za dozor nad realizací VZ atd. V takovém případě by východisko při prokazování tohoto druhu kvalifikace subdodavatelem bylo téměř totožné jako

v případě dle § 54 písm. b) zákona, který je dostatečně popsán v kapitole 2.6.2 této práce.

- Opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky (§ 56 odst. (2) písm. f), resp. § 56 odst. (3) písm. f) ZVZ).

Vzhledem k tomu, že ve většině případů půjde o doklad, který prostupuje celým předmětem VZ, neboť půjde např. o certifikát řízení z hlediska ochrany životního prostředí vydaný podle českých technických norem řady ČSN EN ISO 14000 akreditovanou osobou, a to v oblasti související s předmětem veřejné zakázky, jehož účelem je deklarovat úroveň systému řízení jakosti u konkrétní osoby, je třeba při prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu přistupovat k závazku ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem odpovídajícím způsobem. Správným řešením by měl být takový závazek, jehož obsahem bude zajištění všech procesů vázaných na příslušný doklad subdodavatelem. V takovém případě může nastat problém v tom, že pokud by subdodavatel měl realizovat pouze část díla, bude pouze tato část pokryta požadovaným certifikátem. Z toho důvodu je nejbezpečnějším způsobem závazek subdodavatele a uchazeče ve smlouvě dle § 51 odst. 4) písm. b) k realizaci celé veřejné zakázky. Domnívám se, že si také lze představit subdodavatele jako odbornou firmu, která bude pro uchazeče při realizaci příslušné VZ zajišťovat kompletní servis zavedením systému jakosti při realizaci konkrétní VZ. Tímto způsobem by podle mého názoru byl naplněn požadavek zákona, pokud by subdodavatelská smlouva obsahovala odpovídající závazek k zavedení a dodržování systému jakosti při realizaci konkrétní VZ. Nicméně Úřad se k této možnosti staví spíše skepticky.¹⁹⁰ Přesto bude nutné přistupovat ke každé situaci individuálně a zkoumat důsledně závazek v subdodavatelské smlouvě jakož i to, aby byla VZ realizována spolehlivě, kvalitně a za nejnižší možné náklady.

¹⁹⁰ Viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. R103, 104/2010/VZ-17013/2010/310/JSI ze dne 29. listopadu 2010 v případě prokazování již zrušeného technického kvalifikačního předpokladu, konkrétně dokladů o registraci v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS), cit. *“není možné aby dodavatel, či subdodavatel disponující svým certifikátem zajišťoval standardy systému řízení jakosti též pro činnost jiných dodavatelů“*

- Přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky (§ 56 odst. (2) písm. g), resp. § 56 odst. (3) písm. e) ZVZ).

Účelem tohoto kvalifikačního předpokladu je prokázat, že uchazeč má dostatečné množství zaměstnanců, kteří mají odpovídající zkušenosti s realizací obdobné (rozsáhlé, technologicky nebo logisticky náročné) VZ. Zadavatel tedy zpravidla stanovuje tento kvalifikační předpoklad tak, že požaduje doložení odpovídajícího počtu osob v určitém postavení podílejícího se u uchazeče na realizaci zakázek obdobného charakteru. V případě, že uchazeč nedisponuje požadovaným množstvím zaměstnanců k plnění VZ a prokazuje splnění tohoto kvalifikačního předpokladu subdodavatelem, pak by obsahem závazku ve smlouvě o smlouvě budoucí podle § 51 odst. 4) ZVZ mělo být poskytnutí těchto zaměstnanců subdodavatelem uchazeči po celou dobu realizace VZ, neboť jedině tak bude VZ realizována zkušenými osobami, což jak již bylo řečeno, je účelem tohoto kvalifikačního předpokladu. Obdobně jako v případě technického kvalifikačního předpokladu, spočívajícího v předložení určitého počtu techniků nebo technických útvarů, lze skládání tohoto kvalifikačního předpokladu podle mého názoru, obecně připustit, přičemž při realizaci veřejné zakázky budou zaměstnanci obou subjektů spolupracovat v jednom týmu.

- Přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici (§ 56 odst. 2) písm. h), resp. § 56 odst. 3) písm. f).

Jak již bylo popsáno výše, je účelem tohoto kvalifikačního předpokladu ověřit, zda uchazeč disponuje určitým zařízením, které je nezbytné k realizaci VZ. V případě stavebních zakázek se jedná např. o speciální bourací stroje při demolicích výškových objektů, velkých betonových ploch atd.

Jen pro zajímavost uvádím, jak již bylo uvedeno odkazem pod čarou v kapitole 2.2, že zadavatel je povinen vymezit minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů (rozuměj technických kvalifikačních) tak, aby odpovídaly druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž opakovaně např. bylo v rozhodnutích ÚOHS, KS v Brně a konečně i NSS konstatováno, že pokud je

zadavatelem v rámci tohoto kvalifikačního předpokladu požadováno předložení dokladu o vlastnictví nebo dispozici obalovny asfaltových směsí (u VZ na novostavbu nebo rekonstrukci silnic), je tento požadavek zadavatele diskriminační. Pokud byl ale v případě šetřeném ÚOHS tento požadavek zadavatele formulován v tzv. „jiných zadávacích podmínkách“ jako povinnost uchazeče vyplnit a vložit do nabídky formulář „Prohlášení o zajištění betonových nebo asfaltových směsí“ s tím, že přílohou formuláře musel být buď doklad o vlastnictví obalovny, nebo smluvní zajištění, pak byl podle orgánu dohledu tento požadavek zcela legitimní, i když dopad na uchazeče byl totožný.¹⁹¹

Při prokazování tohoto kvalifikačního předpokladu subdodavatelem tedy opět zcela logicky musíme dojít k názoru, že pokud uchazeč nedisponuje konkrétním zařízením, pak podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky specifikovaný ve smlouvě o smlouvě budoucí musí odpovídat dodávkám, službám nebo stavebním pracím, pro jejichž realizaci je požadované technické zařízení nezbytné. Tedy konkrétně pokud zadavatel požaduje v rámci tohoto kvalifikačního předpokladu např. doložení speciálního stroje finišeru pro pokládku asfaltových směsí a uchazeč tento kvalifikační předpoklad prokazuje prostřednictvím svého subdodavatele, pak obsahem závazku mezi uchazečem a subdodavatelem musí nutně být realizace pokládky živičných vrstev vozovky tímto strojem, přičemž je možné si představit, že směs do stroje dodá samotný uchazeč, popř. jeho jiný subdodavatel. Nebo např. pokud by šlo o požadavek zadavatele na dispozici demoličních kleští při realizaci VZ na demolici objektu, pak by se dalo co do rozsahu spokojit se závazkem, který by odpovídal zbourání částí budovy nad výšku, do které dosáhne jiná běžná technika. Takto by se tedy dal stanovit velmi přesně rozsah, který by mohl být promítnut do konkrétních položek výkazu výměr, který by mohl být přílohou „subdodavatelské“ smlouvy specifikující předmět budoucí smlouvy dostatečným a spolehlivým způsobem bez případných komplikací, viz např. Rozhodnutí ÚOHS č.j. S8/2009/VZ-2486/2009/520/JHI za dne 6. března 2009, cit: *„Není vyloučeno prokazovat splnění kvalifikace subdodavatelem podle § 51 odst. 4, kdy ze smlouvy mezi*

¹⁹¹ Srov. Rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S372/2013/VZ-21547/2013/513/PPo ze dne 5. listopadu 2013, cit: *„Úřad v dalším konstatuje, že je třeba vnímat rozdíl mezi „kvalifikačními předpoklady“ a „jinými zadávacími podmínkami“. Tu tedy zřetelně vyvstává rozdíl mezi mobilní betonárkou a obalovnou, coby jedněmi z kvalifikačních předpokladů, na straně jedné a betonovou a asfaltovou směsí, coby tzv. jinými technickými podmínkami, na straně druhé. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem tedy Úřad uzavírá, že formulář „Prohlášení o zajištění betonových a asfaltových směsí“ sloužící k prokázání tzv. jiných zadávacích podmínek, musel být povinnou součástí nabídky uchazečů o šetřenou veřejnou zakázku.*

dodavatelem a subdodavatelem vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Ale za situace, která je v tomto případě, kdy smlouva vymezuje plnění subdodavatele pouze v rozsahu 5 % z celkového předmětu veřejné zakázky, nemůže být tato smlouva považována za smlouvu uzavřenou v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace.“ Obdobný výklad by se dal použít i na prokazování technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 1) písm. c) a § 56 odst. 2) písm. c).

ZÁVĚR

Jak celkem jasně v průběhu práce vyšlo najevo, problematika prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele je disciplína náročná, nejasná a v praxi vyvolávající rozpaky a především výkladové problémy. Právě proto je z pozice zadavatelů spíše záměrně přehlížena a to zejména z toho důvodu, že je pro ně pohodlnější zadávací řízení dokončit a to i za cenu, že nebude v souladu s výkladem zákona. Kamenem úrazu je právě onen správný výklad zákona.

První relevantní zmínka o prokazování tehdejší obdoby kvalifikace prostřednictvím třetí osoby byla již v zákoně č. 199/1994 Sb. Následující zákon č. 40/2004 Sb., možnost prokazování kvalifikace třetí osobou více omezil a velká změna přišla až s přijetím zákona č. 137/2006 Sb., který absorboval tehdy platné evropské zadávací směrnice 2004/17/ES a 2004/18/ES. Právě z těchto směrnic vychází v současnosti platné ustanovení § 51 odst. 4) zákona, které upravuje prokazování kvalifikace pomocí subdodavatele a to tak, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) subdodavatelem a smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v

rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d).

Při výkladu tohoto ustanovení je tedy potřeba vycházet z evropské právní úpravy, tedy ze směrnic. Jejich výkladem dojdeme k závěru, že je potřeba dokládat konkrétní závazek mezi subdodavatelem a jeho uchazečem jako dispozici uchazeče s prostředky subdodavatele. Jde tedy o konkrétní materiální dispozici prostředky subdodavatele, což potvrzuje a rozvádí judikatura ESD dopadající na tuto problematiku, konkrétně C-389/92 Ballast Nedam Groep NV a C-176/98 Ruhrwaser AG International Water Management.

Pokud jde o výklad právní úpravy prokazování kvalifikace pomocí třetí osoby v ČR, tak z rozhodnutí orgánu dohledu, tedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže se sídlem v Brně, vyplývá, že ani ten nemá v problematice jasno a z provedené analýzy lze dovodit, že tato rozhodovací praxe je nejednotná a rozkolísaná, dílčí závěry v jednotlivých rozhodnutích dopadajících na danou problematiku jsou ve vzájemném rozporu. Pokud vůbec lze pozorovat nějakou tendenci v rozhodovací praxi, tak s ohledem na rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 94/2008 ze dne 27. května 2010 potvrzené dne 30. září 2011 Nejvyšším správním soudem v rozhodnutí sp. zn. 5 Afs 78/2010 jde spíše o tendenci směřující k volnějšímu výkladu co se promítnutí rozsahu a způsobu prokazované kvalifikace do obsahu závazku ve smlouvě mezi uchazečem a jeho subdodavatelem týká. Jak vyplývá z dílčího závěru práce, důvodem tohoto volnějšího výkladu je z části nepochopení uvedených soudních rozhodnutí. Tento výklad v mnoha případech způsobuje, že závazky subdodavatelů ve smlouvách s uchazeči ani zdaleka neodpovídají požadavkům zákona a nejsou úměrné rozsahu a způsobu prokazované kvalifikace za uchazeče.

Pokud jde tedy o bezpečný výklad toho, jak by měl vypadat závazek ve smlouvě o smlouvě budoucí mezi uchazečem a jeho subdodavatelem, pak ten by měl být v první řadě pokud možno dostatečně určitý tak, aby naplňoval požadavky zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, pokud např. bude onou budoucí smlouvou smlouva o dílo. V případě veřejných zakázek na stavební práce, kdy jde o rozsáhlé investiční celky, je více než vhodné tento předmět budoucí smlouvy specifikovat s odkazem na výkaz výměr, popř. projektovou dokumentaci tak, aby byl dostatečně určitý, neboť požadavek,

který na tuto určitost klade zákon 89/2012, je umocněn právě ustanovením § 51 odst. 4) písm. b) ZVZ.

Co se týká obsahu závazku, tak ten musí v případě jednotlivých kvalifikačních předpokladů prokazovaných subdodavatelem odpovídat jejich účelu, výkladu i rozsahu. Tedy jak bylo v závěrečných kapitolách práce uvedeno, je vždy nutno postupovat individuálně a spíše logicky a citlivě v souladu se záměrem zákonodárce a eurokonformním výkladem. Pokud jde o jednotlivé doklady prokazující odborné znalosti dodavatele, pak je nutné, aby závazek subdodavatele ve smlouvě vypadal tak, že bude spolehlivě zajištěno přenesení odborných znalostí na uchazeče. K tomu může dojít v některých případech pouhým dozorem konkrétního pracovníka nad realizací veřejné zakázky a to v různém rozsahu, někdy bude naopak nutné, aby de facto celou zakázku realizoval za uchazeče jeho subdodavatel. V případě prokazování konkrétních odborníků nutných podle zadavatele k úspěšné realizaci veřejné zakázky pak bude nutné, aby se subdodavatel zavázal tyto klíčové odborníky poskytnout k realizaci veřejné zakázky a to opět ve stejném rozsahu, v jakém prokazoval doklady těchto odborníků kvalifikaci za uchazeče. Logicky musíme uvažovat i v případě, kdy zadavatel požaduje prokázat dispozici konkrétním technickým nebo strojním zařízením. Pak v případě prokázání tohoto kvalifikačního předpokladu subdodavatelem se ten musí zavázat k realizaci těchto konkrétních prací, přičemž v případě stavebních, ale i jiných zakázek, lze tyto práce definovat ve výkazu výměr a pak relativně přesně stanovit podíl subdodavatele na realizaci veřejné zakázky.

Domnívám se, že se analýzou konkrétního ustanovení ZVZ, jeho původu v evropské právní úpravě, jakož i výkladem judikatury ESD a nezanedbatelnou tendencí patrnou z nově platných evropských zadávacích směrnic, koneckonců i výkladem logickým se podařilo dojít k tomu, jak přistupovat spolehlivým způsobem k této problematice, když podrobná analýza všech dostupných rozhodnutí orgánu dohledu přinesla spíše nejistotu. I přesto dává tato práce dle mého názoru relativně spolehlivý návod v problémových případech, přičemž ten je podpořen právě dílčími závěry této práce, které jsou v souladu i s názory odborníků v oboru.

RESUMÉ

As it quite clearly transpired during the course of the work, the issue of proving qualifications through a subcontractor is a challenging discipline: one that is unclear and, in practice, one that invokes quandaries and, in particular, difficulties with respect to interpretation. For these very reasons, it tends to be purposely overlooked by contracting authorities, primarily because they find it more convenient to conclude the tender, even if this means that the tender is not compliant with the interpretation of the law. The stumbling-block lies in that very interpretation of the law.

The first relevant mention of proving the then-equivalent of qualifications through a third party is to be found in Act No. 199/1994, Coll. The subsequent Act No. 40/2004, Coll. limited the proving of qualifications through a third party even further; and not until the adoption of Act No. 137/2006, Coll., which absorbed the European Procurement Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (in force at that time), was there any great change. The provisions of Section 51.(4) of the law currently in force is based on these very Directives; they regulate the proof of qualifications through a subcontractor in such a way that if the contractor is unable to prove fulfilment of a particular part of the qualifications required by the contracting authority in accordance with Section 50.1.(b) and (d) in the full scope, then it is entitled to prove fulfilment of the missing qualifications through a subcontractor. In such a case, the contractor is obliged to provide the contracting authority with documents proving fulfilment of basic qualifying prerequisites in accordance with Section 53.1.(j) and professional qualifying prerequisites in accordance with Section 54.(a) through a subcontractor, as well as a contract concluded with the subcontractor implying the subcontractor's undertaking to provide performance for the purpose of fulfilment of the public contract by the contractor or to provide things or rights that the contractor will be entitled to dispose within the scope of fulfilling the public contract in at least the same scope within which the subcontractor proved fulfilment of the qualifications in accordance with Section 50.1.(b) and (d).

In interpreting this provision, therefore, it is necessary to work from the European legal regulations (the Directives). Their interpretation leads us to the conclusion that the concrete commitment between the subcontractor and its tenderer must be illustrated as the tenderer's disposition of the subcontractor's resources. It is

therefore a concrete, material disposition of the subcontractor's resources; this is confirmed and conveyed by ECJ case law on this issue, in particular: C-389/92 Ballast Nedam Groep NV and C-176/98 Ruhrwaser AG International Water Management.

As concerns interpretation of the legal regulations with respect to proving qualifications through a third party in the Czech Republic, the decision-making of the supervisory body (the Office for the Protection of Competition, with its headquarters in Brno) implies that even that body is not completely clear on this issue. It can be deduced from the analysis performed that this decision-making practice is disunited and unstable: the partial conclusions in respect of individual decisions on the given issue contradict one another. If any trend is apparent in the decision-making practice at all, then (considering the decision of the Regional Court in Brno No. 62 Ca 94/2008, dated 27 May 2010 and acknowledged on 30 September 2011 by the Supreme Administrative Court in decision No. 5 Afs 78/2010) it is instead a trend towards freer interpretation as regards reflection of the extent and method of the qualification being proven in the undertaking contained in the contract between the tenderer and its subcontractor. As the interim conclusion of the work implies, the reason for this freer interpretation is, in part, a lack of understanding of the court decisions mentioned. In many cases, the result of this interpretation is that subcontractors' undertakings in their contracts with the tenderer are nowhere near commensurate to the requirements of the law, and the scope and method of proof of qualifications on behalf of the tenderer are not adequate.

Thus, as regards safe interpretation of how the undertaking in the agreement on future contract between the tenderer and its subcontractor should be formulated, if possible it should, first and foremost, be sufficiently explicit to ensure that it meets the requirements set out in Act No. 89/2012, Coll., the Civil Code, if, for example, that future contract is to be a contract for works. In the case of public contracts for construction work, which involve extensive capital equipment, it is more than appropriate to specify this subject of the future contract by referring to the bill of quantities or the project documentation so that it is sufficiently definite, because the requirement for such definiteness set out in Act No. 89/2012 is amplified by Section 51.4(b) of the Act on Public Procurement.

As regards the content of the undertaking, in the case of individual qualifying prerequisites proven by a subcontractor, this must correspond to their purpose,

interpretation and scope. Thus, as stated in the concluding chapters of the work, it is always necessary to proceed on a case-by-case basis with a logical and sensitive approach in accordance with the legislator's intentions and EU-compliant interpretation. With respect to the individual documents proving the contractor's professional expertise, the subcontractor's undertaking in the contract must be formulated in such a way that the delegation of professional expertise to the tenderer is reliably ensured. This can occur in certain cases merely by the particular worker supervising realisation of the public contract in varying scopes; conversely, it will at times be necessary de facto for the entire contract to be realised on the tenderer's behalf by its subcontractor. In the case of proving concrete professionals that the authority considers essential to successful realisation of the public contract, the subcontractor will need to undertake to provide these key professionals for realisation of the public contract, again in the same scope within which it proved qualification on behalf of the tenderer by way of these professionals' documents. Logical consideration is also necessary in the case where the contracting authority requires proof of disposal by way of technical or mechanical equipment. Then, in the event this qualifying prerequisite is proved through a subcontractor, the subcontractor must undertake to realise these particular works, whereby in the case of construction contracts (but also other types of contract), these works can be defined in the bill of quantities and the subcontractor's participation in realisation of the public contract can then be determined relatively precisely.

I believe that analysis of the particular provision of the Act on Public Procurement and its origin in European legal regulations, as well as interpretation of ECJ case law and the far-from-insignificant trend that is evident from the newly valid European Procurement Directives, and even logical interpretation have made it possible to work out how to approach this issue reliably, when a detailed analysis of all the supervisory body's available decisions instead resulted in uncertainty. Despite this fact, it is my opinion that this work provides a relatively reliable guide in problematic cases that is supported by the interim conclusions of this work, which also comply with the opinion of professionals in the field.

SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

LITERATURA:

ABRHÁM, J. BLÁHA, P. BROŽ, P. DAVIDOVÁ, J. DVOŘÁK, D. HAVLAN, R. KRČ, R. MLÍČKO, D. ONDRŮJOVÁ, E. PECA, J. SEKVARD, O. STUDNIČKA, V. TOPENČÍK, M. VAINDL, V. VELÍK, M. VÍTKOVÁ, M. Veřejné zakázky od A do Z. Praha: Verlag Dashofer, 2012, kap. 2/7.1 s.2. ISSN: 1801-8092.

BERGEROVÁ, Eva. Veřejné zakázky v České republice. Praha: EUROLEX BOHEMIA s.r.o., 2005, ISBN: 80-86861-84-8.

DVOŘÁK David, SERAFÍN Petr. Veřejné zakázky ve stavebnictví. Praha: Linde Praha, s.2011. ISBN 978-80-7201-843-7.

FIALA, Josef. KINDL, Milan. Občanské právo hmotné. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007. ISBN 978-80-7380-058-1.

JURČÍK, Radek. Zadávání veřejných zakázek v praxi. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2002, ISBN 80-7179-743-6.

KRČ, R. MAREK, K. PETR, M. Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon. Praha: Linde Praha, 2006, ISBN: 80-7201-629-6.

KRČ, Robert. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a judikaturou. Praha: Linde, 2013. ISBN 978-80-7201-888-8.

KRENK, Michal. Zadávání veřejných zakázek. Praha: Galén, 2005, ISBN: 80-7262-343-5.

KRENK, Michal. Zadávání veřejných zakázek. Praha: Institut postgraduálního vzdělávání ve zdravotnictví, 2008, ISBN: 978-80-87023-06-8.

KRUTÁK, Tomáš. KRUTÁKOVÁ, Lenka. Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady. Praha: ANAG, 2013. ISBN 978-80-7263-778-2.

KUBIŠTA, V. Mezinárodní ekonomické vztahy. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. ISBN 978-80-7380-191-5.

ONDRÁČKA, D. CÍSAŘOVÁ, E. VYMĚTAL, P. JURČÍK, R. Černé listiny ve veřejných zakázkách. Praha: Transparency International – Česká republika, 2007. ISBN 978-80-7263-778-2.

OUTLÁ, Veronika. Právo Evropské unie. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. ISBN 978-80-7380-084-0.

PODEŠVA, V. OLÍK, M. JANOUŠEK, M. STRÁNSKÝ, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, s. 229 -230. ISBN 978-80-7357-636-3.

POSPÍŠILOVÁ, Alena. Právní postavení podniku. Praha: Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o., 2003. ISBN 80-86775-02-X.

POSPÍŠILOVÁ, Alena. POSPÍŠIL, Michal. Obchodní vztahy a spory. Praha: Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o., 2005, ISBN 80-86775-05-4.

PRAŽÁK, Zbyněk. Smlouva o dílo podle obchodního zákoníku. 3 přepracované vyd. Praha: Leges. 2010. ISBN 978-80-87212-61-5.

PRAŽÁK, Zbyněk. Občanský zákoník II. s komentářem. Český Těšín: Poradce, s.r.o. 2012. ISBN 978-80-7365-338-5.

PELC, Vladimír. Zadávání veřejných zakázek. 3. vyd. Praha: Linde Praha, 1996. ISBN: 80-7201-010-7.

RAUS, David. Zadávání veřejných zakázek. Judikatura s komentářem. Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011. ISBN: 978-80-7357-658-5.

SECHTEROVÁ, Jaroslava. SOKOL, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praha: C. H. Beck, 1995, ISBN: 80-7179-025-7.

SECHTEROVÁ, J. SERAFÍN, P. VAINDL, V. Zadávání staveb podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Praha: ARCH, 2005, ISBN: 80-86905-02-0

ŠÍP, Emanuel. Veřejné zakázky v oblasti Fondu soudržnosti. Praha: Odbor vnějších vztahů, Ministerstvo pro místní rozvoj České republiky, 2006.

ŠTENGLOVÁ, Ivana. PLÍVA, Stanislav, TOMSA, Miloš. Obchodní zákoník. Komentář. 11. vyd. Praha: C.H. Beck, 2006. ISBN 80-7179-486-2.

VEDRAL, Josef. Správní řád komentář. Praha: Poligon, 2006. ISBN 80-7273-134-3.

ODBORNÉ ČLÁNKY A PREZENTACE:

DOLEŽALOVÁ, H. Zadávání veřejných zakázek v praxi. *Právník*, roč. 1998, č. 9.

KOTOUČOVÁ, J. Nad novým zákonem o veřejných zakázkách. *Aplikované právo*, roč. 2004, č. 2.

MACHUREK, T. Konference veřejné zakázky – subdodavatelé. Presentace ze dne 19. 11. 2013.

ABSOLOVENTSKÉ PRÁCE:

Dubská, K. *Zadávání veřejných zakázek*: diplomová práce. Brno, 2009. 57 s. Ekonomicko-správní fakulta Masarykovi univerzity. Vedoucí práce Petr Halámek.

PRÁVNÍ PŘEDPISY:

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník.

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství.

Zákon č. 523/1992 Sb., o daňovém poradenství a komoře daňových poradců.

Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání.

Zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti.

Zákon č. 254/2000 Sb., o auditorech.

Zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii.

zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících.

Zákon č. 237/1991 Sb., o patentových zástupcích

Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

Zákon č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky.

Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním.

Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti.

Zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě.

Zákon č. 22/1997 Sb. o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů.

Zákon č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti.

Vyhláška č. 232/2012 Sb. o podrobnostech rozsahu odůvodnění účelnosti veřejné zakázky a odůvodnění veřejné zakázky.

Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 761/2001 o dobrovolné účasti organizací v systému řízení a auditu z hlediska ochrany životního prostředí (EMAS) ze dne 19. března 2001 (Úřední věstník EU č. L 114 z 24. 4. 2001).

Směrnice Rady (ES) 71/304/EHS o odstraňování omezení volného pohybu služeb, pokud jde o veřejné zakázky na stavební práce a zadávání veřejných zakázek na práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení či poboček ze dne 26. července 1971 (Úřední věstník EU č. L 185 z 16. 8. 1971).

Směrnice Rady (ES) 71/305/EHS o koordinaci postupu přidělování veřejných zakázek na provedení veřejných prací ze dne 26. července 1971 (Úřední věstník EU č. L 185 z 26. 8. 1971).

Směrnice Rady 1989/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce ze dne 21. prosince 1989 (Úřední věstník EU č. L 395 z 30. 12. 1989).

Směrnice Rady 92/13/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se uplatňování pravidel Společenství pro postupy při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací ze dne 25. února 1992 (Úřední věstník EU č. L 76 z 23. 3. 1992).

Směrnice Rady 93/36/EHS o o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na dodávky ze dne 14. června 1993 (Úřední věstník č. L 199 z 9. 8. 1993).

Směrnice Rady 93/38/EHS, o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací ze dne 14. června 1993 (Úřední věstník č. L 199 z 9. 8. 1993).

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník EU č. L 134 z 30. 4. 2004).

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby ze dne 31. března 2004 (Úřední věstník EU č. L 134 z 30. 4. 2004).

Směrnice Evropského parlamentu a rady 2007/24/ES kterou se zrušuje směrnice Rady 71/304/EHS o odstranění omezení volného pohybu služeb v souvislosti s veřejnými zakázkami na stavební práce a se zadáváním veřejných zakázek na stavební práce zhotovitelům jednajícím prostřednictvím zastoupení nebo poboček ze dne 24. května 2007 (Úřední věstník EU č. L 154/22 z 14. 6. 2007).

Směrnice Rady 92/50/EHS o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby ze dne 18. června 2012 (Úřední věstník č. L 209 z 24. 7. 2012).

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a zrušení směrnice 2004/18/ES ze dne 26. února 2014 (Úřední věstník EU č. L 94 z 28. 3. 2014).

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES ze dne 26. února 2014 (Úřední věstník EU č. L 94 z 28. 3. 2014).

JUDIKATURA:

Rozhodnutí ÚOHS č.j. 3R 43/00-Ju ze dne 3. července 2000.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. VZ/S063/2007-00087/2007/550-VŠ ze dne 16. dubna 2004.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. VZ/S115/04-153/4460/04-Gar ze dne 2. září 2004.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. VZ/S14/05-152/1050/05-GS ze dne 7. března 2005.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. VZ/S21/05-152/1136/05-KV ze dne 14. března 2005.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. VZ/S43/05-151/2010/05-SH ze dne 19. května 2005.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. VZ/S234/05-152/5926/05-KV ze dne 21. prosince 2005.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 26. ledna 2006.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S013,085,099,102/2007/VZ-08685/2007/510-če ze dne 4. června 2006.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S035/2007-00046/2007/550-VŠ ze dne 10. dubna 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. S065/2007-09956/2007/510-IF ze dne 12. dubna 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. S063/2007-00087/2007/550-VŠ ze dne 16. dubna 2007

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S244/05-154/01536/2006/540-RP ze dne 4. června 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S175/2007/VZ-15226/2007/520-AB ze dne 5. září 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S195/2007-16456/2007/540-Der ze dne 7. září 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S140/2007/VZ-12232/2007/530/BM ze dne 5. listopadu 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. S222/2007/VZ-22700/2007/530/LB ze dne 7. prosince 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. 250/2007/VZ-20674/2007/510-če ze dne 20. prosince 2007.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S323/2008/VZ-2055/2009/540/PVé ze dne 18. února 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S261/2007/VZ-22119/2007/530/BM ze dne 19. února 2008

Rozhodnutí ÚHOS č.j. S056/2008/VZ-03935/2008/520/EM ze dne 1. března 2008.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. S089/2008/VZ-06320/2008/520/AB ze dne 18. dubna 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S084/2008/VZ-08370/2008/510/Od ze dne 22. dubna 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j.R102/2008/02-19643/2008/310-AS ze dne 26. září 2008.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. S240/2008/VZ-18275/2008/510/če ze dne 3. října 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S287/2008/VZ-21603/2008/510/MO ze dne 17. prosince 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S310/2008/VZ-25114/2008/510/chm ze dne 19. prosince 2008.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S8/2009/VZ-2486/2009/520/JHl za dne 6. března 2009.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S130/2/09-11951/2009/530/RPá ze dne 9. října 2009.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S220/2009-16376/2009/530/RKr ze dne 3. března 2010.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S353/2009/VZ-2312/2010/540/DCh ze dne 26. dubna 2010.

Rozhodnutí ÚHOS č.j. S61/2010/VZ-4508/2010/520/Ema ze dne 29. června 2010.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. R103, 104/2010/VZ-17013/2010/310/JSI ze dne 29. listopadu 2010.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/Hod ze dne 8. prosince 2010.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. R4,7/2011/KO-7213/2011/310/EKu ze dne 12. května 2011.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S430/446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema ze dne 21. června 2011.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/Ema ze dne 29. června 2011.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S271/2011/Vz-2792/2012/520/Dří ze dne 9. května 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr ze dne 14. června 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S164/2012/VZ-9012/2012/530/EDo ze dne 30. července 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc ze dne 29. srpna 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI ze dne 7. září 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č. j. S420/2012/VZ-21090/2012/521/HKu ze dne 6. listopadu 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S639/2012/VZ-23461/2012/511/KČe ze dne 12. prosince 2012.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S496/2012/VZ-1505/2013/521/JHn ze dne 22. ledna 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S481/2012/VZ-2808/2013/522/MSc ze dne 13. února 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S629/2012/VZ-2806/2013/523/MSc ze dne 13. února 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S540/2012/VZ-2901/2013/514/IMa ze dne 14. února 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. R221/2012/VZ-4592/2013/310/Bví ze dne 14. března 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. R161/2012/VZ-4714/2013/310/JRa ze dne 15. března 2013

Rozhodnutí ÚOHS č.j. R54/2013/VZ-8821/2013/310/PMo/IPs ze dne 15. května 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. R127/2013/VZ-11856/2013/310/Pse ze dne 12. července 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S625/2012/VZ-22353/2012/AZa ze dne 19. srpna 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. S61/2013/VZ-15972/2013/521/VČe ze dne 22. srpna 2013.

Rozhodnutí ÚOHS č.j. ÚOHS-S372/2013/VZ-21547/2013/513/PPo ze dne 5. listopadu 2013.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 9/2007 ze dne 11. října 2007.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 14/2008 ze dne 11. října 2007.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007-175 ze dne 20. března 2008.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn.62 Ca 13/2008 ze dne 1. srpna 2008.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 18/2008 ze dne 24. března 2009.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 51/2008 ze dne 15. února 2010

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 32/2010 ze dne 3. června 2010.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 92/2008 ze dne 3. června 2010.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 10/2009 ze dne 12. srpna 2010.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 47/2011 ze dne 7. března 2011.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 13/2009 ze dne 7. dubna 2011.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 39/2009 ze dne 12. května 2011.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 74/2010 ze dne 21. června 2012.

Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 1/2011 ze dne 19. července 2012.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 92/2005-45 ze dne 15. prosince 2006.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 27/2007 ze dne 8. srpna 2007.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 27/2007 ze dne 30. srpna 2007.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu 8 Afs 58/2007 ze dne 30. dubna 2008.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 86/2008-222 ze dne 25. března 2009.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 97/2008 ze dne 15. května 2009.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 111/2008 ze dne 10. srpna 2009.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 5/2009 ze dne 10. srpna 2009.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. září 2010.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 98/2010 ze dne 31. května 2011.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 78/2010-192 ze dne 30. září 2011.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. září 2011.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu 2 Afs 98/2011-112 ze dne 21. března 2012.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 66/2012 ze dne 20. prosince 2012.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu 1 Afs 69/2012 ze dne 28. března 2013.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2013 ze dne 27. června 2013.

Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 2295/98 ze dne 17. června 1998.

Rozsudkem Nejvyššího soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. června 2008.

Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 4404/2008 ze dne 24. února 2011.

Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 964/2012 ze dne 17. dubna 2013.

Rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 23 Cdo 4262/2011 ze dne 24. června 2013.

Rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 1/2000 ze dne 2. května 2000.

Rozsudek ESD C-76/81 ve věci SA Transporoute et travaux v. Minister of Public Works (1982).

Rozsudek ESD C-106/89 ve věci Marleasing SA vs. La Comercial Internacional de Alimentacion SA (1990).

Rozsudek ESD ve věci C-360/89 Commission of the European Communities, represented initially by Guido Berardis, then by Antonio Aresu, of its Legal Service, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg at the office of Roberto Hayder, a representative of the Commission's Legal Service, Wagner Centre, Kirchberg vs. Italian Republic, represented by Luigi Ferrari Bravo, Head of the Department for Legal Affairs of the Ministry for Foreign Affairs, acting as Agent, assisted by Pier Giorgio Ferri, Avvocato dello Stato, with an address for service in Luxembourg at the Italian Embassy, 5 Rue Marie-Adélaïde (1992).

Rozsudek ESD č. C-898/92 ve věci Ballast Nedam Groep NV vs. stát Belgie (1994).

Rozsudek ESD ve věci C-87/94 ve věci Commission of the European Communities, represented by Hendrik van Lier, Legal Adviser, acting as Agent, with an address for service in Luxembourg at the office of Carlos Gómez de la Cruz, of its Legal Service, Wagner Centre, Kirchberg, vs. Kingdom of Belgium, represented by Jan Devadder, Director at the Ministry of Foreign Affairs, Foreign Trade and Cooperation for Development, acting as Agent, and by Michel Waelbroeck and Denis Waelbroeck, of the Brussels Bar, with an address for service in Luxembourg at the Belgian Embassy, 4 Rue des Girondins (1996).

Rozsudek ESD ve věci C-16/98 ve věci Commission of the European Communities, represented by H. van Lier, Legal Adviser, and O. Couvert-Castéra, a national civil

servant on secondment to the Legal Service, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg at the Chambers of C. Gómez de la Cruz, of the same service, Wagner Centre, Kirchberg vs. French Republic, represented by K. Rispal-Bellanger, Head of Subdirectorates in the Legal Affairs Directorate of the Ministry of Foreign Affairs, and P. Lalliot, Secretary for Foreign Affairs in the same Directorate, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg at the French Embassy, 8B Boulevard Joseph II (2000).

Rozsudky ESD č. C-223/99 a C-260/99 ve spojených věcech Agorà Srl a Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. proti Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano a Ciftat Soc. coop. arl. (2001).

Rozsudek ESD č. C-237/99 ve věci Komise Evropských společenství proti Francouzské republice. (2001).

Rozsudek ESD č. C 399/98 ve věci Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi, Piero De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti and Leopoldo Freyrie v Comune di Milano, and Pirelli SpA, Milano Centrale Servizi SpA and Fondazione Teatro alla Scala (2001).

Rozsudek ESD č. C- 403/98 ve věci Azienda Agricola Monte Arcosu Srl vs. Regione Autonoma della Sardegna, Organismo Comprensoriale n 24 della Sardegna a Ente Regionale per l Assistenza Tecnica in Agricoltura (ERSAT) (2001).

Rozsudek ESD č. C-373/00 ve věci Adolf Truley GmbH proti Bestattung Wien GmbH. (2003).

Rozhodnutí ESD C-126/03 ve věci Heineken Brouwerijen BV vs. Hoofdproductschap Akkerbouw (2004).

Rozsudek ESD č. C-393/06 ve věci Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH proti Fernwärme Wien GmbH.(2008).

Rozsudek ESD ve věci C 314/01 Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger vs. Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (2004).

PRÁVNÍ SYSTÉM:

ŠEBESTA, Milan. PODEŠVA, Vilém. OLÍK, Miloš. MACHUREK, Tomáš. JANOUŠEK, Martin. STRÁNSKÝ, Jakub. Zákon č. 137/2006 Sb. O veřejných zakázkách – komentář (§ 50 odst. 4), ASPI.

INTERNETOVÉ ZDROJE

ÚOHS - *Výkladové stanovisko. Požadavky zadavatele na formální zpracování nabídky a požadavky na kopii nabídek* [2014-1-28]. Dostupný z [www http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-standoviska-a-metodiky.html](http://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/vykladova-standoviska-a-metodiky.html)

Profil zadavatele města Liberec. *Zadávací dokumentace – textová část*, [2014-7-2.] Dostupný z [www: https://zakazky.liberec.cz/document_download_3790.html](https://zakazky.liberec.cz/document_download_3790.html)

ONLINE PREZENTACE:

HAVLOVÁ, A. DERKOVÁ, R. *Novela zákona o veřejných zakázkách*. [online prezentace]. Praha: HAVEL HOLÁSEK advokátní kancelář, [cit. 9.4.2014]. Dostupný z [www: http://www.regionservis.cz/document/filename/3512/Novela_z_kona_o_ve_ejn_ch_z_ak_zk_ch_-_Ad_la_Havlov_.pdf](http://www.regionservis.cz/document/filename/3512/Novela_z_kona_o_ve_ejn_ch_z_ak_zk_ch_-_Ad_la_Havlov_.pdf)

DERKOVÁ, R. DVOŘÁK, D. GURLICH, R. NÝVLT, L. *Veřejné zakázky (odborný měsíčník)* č. 3/2007. [cit. 26. 7. 2013]. Dostupný z [www : http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf](http://www.nhpartners.cz/publikace/scitani-kvalifikace.pdf).

ODBORNÉ SEMINÁŘE:

ONDREJOVÁ, D. Pokročilé praktikum uzavírání smluv. Seminář. Praha: Agentura BOVA, 17. 4. 2014.

RAUS, D. Zadávání veřejných zakázek pohledem aktuální judikatury ke květnu 2014. Seminář. Praha: Agentura BOVA, 27. 5. 2014.

ABSTRAKT

Zadávání veřejných zakázek je problematikou mimořádně ostře sledovanou zejména z důvodu přerozdělování veřejných prostředků. Současná právní úprava v ČR vychází z tzv. evropských zadávacích směrnic. V těchto směrnicích je možno najít i původ ustanovení upravující prokazování kvalifikace pomocí třetí osoby – subdodavatele.

Ke spolehlivému výkladu tohoto ustanovení bylo tedy nutné provést důkladnou analýzu evropské právní úpravy, judikatury ESD i rozhodovací praxe v ČR. Jako podpůrná se osvědčila i odborná literatura a články.

Z provedené analýzy vyplynulo, že rozhodovací praxe v ČR je nejednotná a tak se o ní při výkladu spíše opřít nedá. Klíčovým vodítkem byl tedy eurokonformní výklad a také trpělivý a podrobný rozbor jednotlivých problematických možností prokazování kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele s důrazem na záměr zákonodárce a logiku.

Výsledkem této práce je tedy poměrně bezpečný návod, jak v případě jednotlivých problematických kvalifikačních předpokladů postupovat a jak spolehlivě dostát problematickému ustanovení zákona.

ABSTRAKT

The issue of public procurement is one that is extremely closely followed, particularly due to the redistribution of public resources. The current Czech legal regulations are based on the so-called European Procurement Directives. These Directives also comprise the origin of the provisions regulating proof of qualifications through a third party (a subcontractor).

For a reliable interpretation of this provision, a thorough analysis of the European legal regulations, ECJ case law, and decision-making practice in the Czech Republic was therefore necessary. Technical books and articles also proved to be a helpful backup.

The analysis indicated that decision-making practice in the Czech Republic is disunited and cannot be relied upon for an interpretation. The key guide was therefore EU-compliant interpretation, as well as patient and detailed analysis of the individual possible issues in respect of proof of qualifying prerequisites through a subcontractor with emphasis on the legislator's intentions and on logic.

The result is, then, a relatively safe guide on how to proceed in the case of individual problematic qualifying prerequisites and how to comply reliably with problematic legal provisions.

KLÍČOVÁ SLOVA

Veřejné zakázky, kvalifikace, prokazování.

Public procurement, qualifications, attestation.