

Kvalifikace a její prokazování po novele ZZVZ

Mgr. Markéta Adámková

Ministerstvo pro místní rozvoj

V rámci červencové novelizace ZZVZ se změnám nevyhnula ani regulace požadavků na kvalifikaci a způsob jejího prokazování. Jaká pravidla nově platí, pokud jde o prokázání kvalifikace prostřednictvím jiných osob, o využití poddodavatele či zjednodušené podlimitní řízení? Načerpejte inspiraci v odpovědích na související dotazy, jež se v praxi objevují nejčastěji.

Kvalifikaci pro nadlimitní režim regulují evropské zadávací směrnice tak, aby členské státy nemohly omezovat přístup dodavatelů k veřejným zakázkám nad rámec směrnice regulace. Při novelizaci ZZVZ byl tudíž prostor pro změny zásadně limitovaný, ale přesto se podařilo identifikovat několik oblastí týkajících se kvalifikace, kde bylo možné pravidla upravit. Na následujících řádcích provedené změny úpravy podrobně popíšeme a zodpovíme související dotazy, s nimiž se v praxi nejčastěji setkáváme.

Prokázání kvalifikace prostřednictvím jiných osob

Velkých změn z hlediska rozsahu, ovšem nepatrných ve vztahu k reálnému věcnému dopadu do postupu zadavatele doznalo ust. § 83, které reguluje pravidla pro prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob než dodavatele, pokud není zadavatel schopen kvalifikaci prokázat sám. V odst. 1 dochází k upřesnění textu tak, aby bylo zřejmé, že kvalifikaci lze prostřednictvím jiné osoby prokázat u veškeré kvalifika-

ce, s výjimkou základní způsobilosti a profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1, a to i v celém jejím rozsahu. Jiná osoba tedy může za účastníka zadávacího řízení prokázat například jak celou technickou kvalifikaci dle § 79 či ekonomickou kvalifikaci podle § 78, tak i jen její určitou část.

Dosavadní formulace ustanovení zněla: „*Dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti [...].*“ Právě zdůraznění, že se má jednat o „určitou část“ kvalifikace, vzbuzovalo při výkladu dosavadního textu pochybnosti, zda může být ekonomická, technická či profesní kvalifikace – s výjimkou předložením výpisu z obchodního rejstříku – prokázána jinou osobou v celém rozsahu. Důraz na určitost části prokazované kvalifikace se ovšem v dosavadním textu kladl pouze proto, aby se akcentovalo, že v zadávacím řízení musí být jednoznačné, v jakém rozsahu se kvalifikace jinou osobou prokazuje. Ani dosavadní text tak neměl směřovat k omezení rozsahu prokazování kvalifikace jinou osobou, a v daném smyslu se také vykládal a aplikoval. Požadavek

na určitost a jednoznačnost toho, jakou část kvalifikace dodavatel v zadávacím řízení prokazuje prostřednictvím jiné osoby, lze ovšem dovést již ze samotné zásady transparentnosti, a není tak nutné jej zdůrazňovat v textu § 83. Nová formulace tudíž nyní lépe a srozumitelněji vyjadřuje dosavadní výklad ustanovení a nejedná se o věcnou změnu.

V § 83 odst. 1 dále dochází k reformulaci písm. d): Namísto předložení „*písemného závazku jiné osoby*“ se v případě prokazování kvalifikace jinou osobou nově požaduje předložení „*smlouvy nebo jinou osobou podepsaného potvrzení o její existenci*“, jejímž obsahem je závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky či k poskytnutí věcí nebo práv. Daná změna nebyla v původním vládním návrhu novely zákona obsažena a byla doplněna až na základě diskusí v Legislativní radě vlády, kde se dospělo k závěru, že je nezbytné uvést text do souladu s občanskoprávní terminologií.

Ani zde nedochází k věcné změně toho, co musí dodavatel k prokázání předložit. I do budoucna bude ze strany zadavatele akceptovatelné



přijetí jednostranného potvrzení jiné osoby, že pokud dodavatel, za něhož kvalifikaci prokazuje, získá veřejnou zakázku, poskytne mu na základě dohody s vybraným dodavatelem plnění určené k plnění veřejné zakázky nebo mu za daným účelem poskytne věci či práva. Zmíněným prohlášením jiná osoba stvrdí, že mezi ní a dodavatelem o tomto existuje smlouva. Ta pak může být uzavřena jakoukoliv formou, tedy i ústně, ovšem prohlášení o její existenci předkládané v zadávacím řízení musí mít vždy písemnou formu. Stejně tak zákon neomezuje ani smluvní typ, který dodavatel a jiná osoba využijí, a může se tudíž jednat i o smlouvu nepojmenovanou či smlouvu o smlouvě budoucí. Opět tak nejde o věcnou změnu, jen o důslednější a s ohledem na občanské právo přesnější vyjádření toho, co platilo doposud.

Pravidla z dosavadního odst. 2 byla kvůli dosažení větší srozumitelnosti regulace rozdělena do dvou samostatných odstavců. Nový odst. 2 rozšiřuje požadavek na obsah písemného závazku nebo prohlášení o jeho existenci podle odst. 1 písm. d) v případě, že se prostřednictvím jiné osoby prokazuje kvalifikace

(tj. jsou předkládány doklady) dle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d). V uvedených případech je nezbytné, aby ze smlouvy nebo potvrzení o její existenci vyplýval závazek, že bude jiná osoba vykonávat stavební práce či služby, k nimž se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.

V novém odst. 3 se pak reguluje alternativa k povinnému obsahu písemného závazku nebo prohlášení o jeho existenci podle odst. 1 písm. d), kdy tento nemusí obsahovat závazek jiné osoby k poskytnutí konkrétního plnění určeného k plnění veřejné zakázky či k poskytnutí konkrétních věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn při plnění veřejné zakázky disponovat, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele. Pokud totiž ze smlouvy či písemného prohlášení o její existenci vyplývá závazek jiné osoby plnit veřejnou zakázku společně a nerozdílně s dodavatelem, splnění požadavku dle odst. 1 písm. d) se na základě odst. 3 presumuje.

Závazek jiné osoby vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje, a to alespoň v rozsahu,

v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele, ovšem není možné nahradit závazkem o společném a nerozdílném plnění v případech, kdy se prokazuje kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d), a obsah závazku má tedy zvláštní regulaci v odst. 2. Znamená to, že i kdyby z předložených dokladů – smlouvy či potvrzení o její existenci – závazek o společném a nerozdílném plnění vyplýval, není to v uvedených případech dostatečné; prokazuje-li se totiž kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d), musí ze smlouvy či prohlášení o její existenci i za popsanych okolností vždy plynout závazek, že bude jiná osoba vykonávat stavební práce či služby, k nimž se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje. Jak již ovšem zaznělo, ani zde nedochází k věcné změně a na výkladu a aplikaci pravidel se nic nemění.

V souvislosti s novým odst. 3 je vhodné podotknout, že ani změnou formulace ve vztahu ke společné a nerozdílné odpovědnosti nedochází k věcné změně. Původně zákon obsahoval formulaci „*obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky*“

společně s dodavatelem". Nová textace přitom zní „závazek osoby plnit veřejnou zakázku společně a nerozdílně s dodavatelem". Změna textu ovšem neznamená, že se dodavatel, který se zavázal plnit veřejnou zakázku společně a nerozdílně s dodavatelem, musí na reálném plnění nově vždy skutečně podílet. Text zákona je formulován v souladu s § 1872 OZ: „Je-li několik dlužníků zavázáno plnit společně a nerozdílně, jsou povinni plnit jeden za všechny a všichni za jednoho. Věřitel může požadovat celé plnění nebo jeho libovolnou část na všech spoludlužnících, jen na některých, nebo na kterémkoli ze spoludlužníků."

I v případě společné a nerozdílné odpovědnosti při plnění veřejné zakázky platí, že plnit může kterýkoliv ze subjektů, jež se ke společné a nerozdílné odpovědnosti zavázaly. Nejedná se tak o věcnou změnu.

Poslední změnu v § 83 pak představuje vložení nového odst. 5: Jeho účelem je potvrdit dosavadní výklad pravidel pro předkládání dokladů podle § 83 odst. 1 písm. a) a c) jinou osobou v situaci, kdy se kvalifikace jinou osobou prokazuje v zadávacím řízení, v němž nebyl požadavek na prokázání základní způsobilosti a profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 pro dodavatele stanoven. Dle nového odst. 5 platí – a i v dosavadním výkladu se dovozovalo – že na kvalifikaci jiné osoby, jejímž prostřednictvím se prokazuje kvalifikace, se vztahují pravidla stanovená tímto zákonem či zadávacími podmínkami pro kvalifikaci dodavatele, za něhož se kvalifikace prokazuje.

Pokud tedy nebyl v zadávacím řízení požadavek na prokázání základní způsobilosti nebo profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 vůbec vymezen (např. u sektorových veřejných zakázek), nemusí doklady dle § 83 odst. 1 písm. a) a c) k jejich prokázání předkládat ani jiná osoba prokazující za dodavatele v zadávacím řízení například požadovanou technickou kvalifikaci.

Stáří dokladu o kvalifikaci v žádosti o účast či nabídce

V ust. § 86 dochází ke zmírnění požadavků zákona na stáří dokladů prokazujících kvalifikaci. Dosavadní právní úprava vyžadovala, aby doklady prokazující základní způsobilost podle § 74 a profesní způsobilost dle § 77 odst. 1 prokazovaly splnění požadovaného kritéria způsobilosti nejpozději v době tří měsíců přede dnem zahájení zadávacího řízení. Nově však právní úprava vymezuje požadavek na maximální stáří dokladů pouze ve vztahu k dokladům o základní způsobilosti.

Zadavatel tak již nemusí vůbec posuzovat stáří dokladů o profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 (vý-

pisu z obchodního rejstříku či jiné obdobné evidence), takže mohou být i starší než tři měsíce. Má-li zadavatel pochybnosti o jejich obsahu, může si aktuálnost sám ověřit, neboť obchodní rejstřík je veřejně přístupný na internetu – popřípadě může dodavatele požádat o vysvětlení dle § 46.

Změny kvalifikace účastníka zadávacího řízení

Novelou došlo ke zmírnění dopadů porušení povinností dodavatele podle § 88 odst. 1, tj. nenahlášení změny či ztráty kvalifikace. Podle předchozí právní úpravy musel zadavatel za porušení dané povinnosti dodavatele vždy vyloučit. Na základě novelizovaného § 88 odst. 2 ovšem platí, že vyloučení dodavatele pro zmíněné pochybení představuje pouze možnost zadavatele.

Předmětné ustanovení má zadavatele chránit, a záleží tedy na něm, zda popsanou možnost využije, či zda dodavateli umožní jeho pochybení napravit. Vždy však musí být před podpisem smlouvy postaveno najisto, že vybraný dodavatel splňuje a prokázal veškeré kvalifikační



požadavky. Změna tedy neznamená možnost tolerovat ztrátu kvalifikace u vybraného dodavatele – ten by musel být vyloučen na základě § 48 odst. 8, respektive odst. 2. U vybraného dodavatele byl tedy dosavadní § 88 odst. 2 duplicitní, u ostatních není nutné na jejich vyloučení trvat.

Využití poddodavatele

Změna, která má věcný dopad do postupu při posuzování splnění a prokázání kvalifikace dodavatele, byla provedena v § 105 odst. 2. Dané ustanovení umožňuje zadavateli – v případě veřejné zakázky na služby či stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění či montáž – v zadávací dokumentaci požadovat, že jím určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky budou plněny přímo vybraným dodavatelem. Zmíněným požadavkem zadavatel omezuje možné poddodavatelství a k nepřímým důsledkům patří i nemožnost prokázat část kvalifikace, jež se vztahuje k uvedeným významným činnostem, jinou osobou podle § 83. Do § 105 odst. 5 ovšem novela doplnila, že se za vybraného dodavatele pro účely věty první považuje i osoba, která je členem téhož koncernu jako účastník zadávacího řízení, jestliže nepodařilo v témže zadávacím řízení nabídku samostatně či společně s jinými dodavateli a splňuje základní způsobilost dle § 74.

Prolamuje se tím jak možnost plnění těchto předem vymezených významných činností, tak možnost prokázání splnění kvalifikace, která se k nim vztahuje, jinou osobou než vybraným dodavatelem, ovšem pouze ve vztahu k osobě z téhož koncernu. Také ona je jinou osobou ve smyslu § 83, a pokud ji dodavatel

pro prokázání své kvalifikace využije, musejí být předloženy všechny doklady vyžadované ust. § 83.

V praxi může rovněž nastat situace, kdy je vybraný dodavatel schopen sám prokázat veškerou kvalifikaci, tedy i tu vztahující se k významným činnostem. Také v uvedeném případě by nově vložená úprava umožňovala, aby předmětné významné činnosti plnila i jiná osoba než dodavatel, která je ze stejného koncernu, a to za podmínky splnění základní způsobilosti.

Získávání a kontrola dokladů o kvalifikaci před uzavřením smlouvy

Zásadní věcné změny byly provedeny v § 122 odst. 3 a 4, přičemž mají zadavateli umožnit snížení administrativní náročnosti zadávacího řízení a zvyšují jeho flexibilitu při rozhodování, do jaké hloubky se bude posuzování kvalifikace a odpovídajících dokladů věnovat. Novela odstraňuje požadavek zákona na předložení originálů či ověřených kopií dokladů o kvalifikaci vybraného dodavatele. Uplatní se tak obecná úprava předkládání dokladů v § 45 odst. 1 a zadavateli postačí prosté kopie požadovaných dokladů – pokud ve výzvě dle § 122 odst. 4 nestanoví jinak. Doklady o základní způsobilosti musejí splňovat požadavky podle § 86 odst. 3 na jejich stáří.

Zcela novou úpravu přináší § 122 odst. 4, který zadavateli umožňuje rozšířit požadavky na „kvalitu“ dokladů nad rámec požadavků vymezených v zadávací dokumentaci. Zadavatel není povinen v zadávací dokumentaci předem stanovit, zda

a případně v jakém rozsahu postup podle § 122 odst. 4 využije. O svém postupu rozhoduje ad hoc ve vztahu k jednotlivým zakázkám až v okamžiku, kdy hodlá odesílat výzvu podle odst. 3. V ní je na základě § 122 odst. 4 písm. a) oprávněn vyžadovat předložení originálu či úředně ověřených kopií dokladů dle odst. 3, tedy především originály nebo úředně ověřené kopie dokladů o kvalifikaci. Záleží na něm, jak svůj požadavek formuluje: Může tak učinit obecně, ve vztahu ke všem dokladům o kvalifikaci, případně požadovat předložení originálu či úředně ověřené kopie jen ve vztahu k některým z nich. Zda bude předložen originál, nebo úředně ověřená kopie, ovšem závisí na rozhodnutí dodavatele – zadavatel není oprávněn jednu z daných forem upřednostňovat.

Na základě § 122 odst. 4 písm. b) je pak zadavatel oprávněn požadovat doklady o základní způsobilosti podle § 74 prokazující splnění požadovaného kritéria způsobilosti po doručení výzvy. Může tak požadovat doklady, které příslušné orgány vydají až po jejím doručení. Půjde-li například o výpis z rejstříku trestů prokazující splnění základní kvalifikace, bude akceptován pouze takový, který potvrzuje netrestanost k datu po odeslání výzvy. Zadavatel má tudíž nově možnost požadovat po zadavateli předložení zcela aktuálních dokladů, což může být přínosné především v zadávacích řízeních zahájených před delší dobou. Častý dotaz zní, zda mohou být i popsané doklady vyžadovány v originále nebo úředně ověřené kopii.

Na základě § 122 odst. 4 písm. c) je pak možné si vyžádat písemné čestné prohlášení, že se nezměnily údaje rozhodné pro posouzení splnění kvalifikace obsažené v dokladech

podle odst. 3, které má zadavatel k dispozici, nebo nové doklady, pokud se rozhodné údaje ve zmíněných dokladech změnilly. Dodavatel je tedy motivován znovu zkontrolovat, jaké požadavky na kvalifikaci zadavatel stanovil, jaké doklady mu k jejímu prokázání poskytl, zda jsou všechny aktuální a zda kvalifikaci stále splňuje. Pokud dojde k závěru, že ano, musí na základě výzvy potvrdit, že se údaje nezměnily. V opačném případě má možnost doložit nové doklady prokazující splnění kvalifikace. Zadavatel má ve využívání postupu podle § 122 odst. 4 velkou flexibilitu a může dané požadavky formulovat

Bez ohledu na to, v jakém rozsahu a kombinaci zadavatel oprávnění dle § 122 odst. 4 využije, je zásadní stanovit pro předložení dokladů přiměřenou lhůtu. Jelikož půjde o nové požadavky, které nebyly stanoveny v zadávací dokumentaci, bude se přiměřenost lhůty posuzovat ve vztahu k okamžiku doručení výzvy vybranému dodavateli.

způsobilost předložením čestného prohlášení, nestanoví-li zadavatel

Závisí na rozhodnutí dodavatele, zda předloží originál, nebo úředně ověřenou kopii

a kombinovat tak, aby mu umožnily dostatečně posoudit splnění kvalifikace v konkrétních případech.

Zjednodušené podlimitní řízení

V úvodu zmíněným cílům novely se vymyká změna provedená v § 53 odst. 4. Původní vládní návrh ji neobsahoval, ale byla doplněna na základě výsledků jednání Legislativní rady vlády. Zatímco za předchozí právní úpravy nebylo nezbytné v rámci zjednodušeného podlimitního řízení (ZPŘ) vymezit jakékoliv požadavky na splnění kvalifikace, která tak záležela zcela na uvážení zadavatele, nově musí tento vždy požadovat alespoň prokázání základní způsobilosti. Aby se však minimalizovala administrativní zátěž, kterou změna přináší, lze v ZPŘ prokázat základní

sem smlouvy nevyžaduje předložení konkrétních dokladů.

Dále se v § 53 odst. 4 do výčtu ustanovení z nadlimitního režimu doplňuje odkaz na § 86 odst. 3, který vymezuje požadavek na stáří dokladů. I v ZPŘ platí, že doklady prokazující základní způsobilost podle § 74 musejí prokazovat splnění požadovaného kritéria způsobilosti nejpozději v době tří měsíců přede dnem zahájení zadávacího řízení a že stáří výpisu z obchodního rejstříku zadavatel nově neposuzuje. Dochází tím ke sjednocení úpravy s nadlimitním režimem. Pro dosavadní rozdílnost úprav, kdy se stáří dokladů v ZPŘ posuzovalo v závislosti na okamžiku podání nabídky, neexistoval věcný důvod.

Poznámka na závěr: V tomto článku jsme se s ohledem na jeho délku nemohli věnovat prokazování kvalifikace v případě zvláštních postupů, tj. zadávání veřejných zakázek na základě rámcové dohody a v dynamickém nákupním systému. Ve vztahu k DNS se dané problematice již věnoval Jan Weigel v zářijovém vydání Veřejných zakázek v praxi. ●●●

v zadávací dokumentaci jinak. Pokud v ní tedy nestanoví, že vyžaduje předložení konkrétních dokladů podle § 75, postačí čestné prohlášení, a to i pro účely postupu dle § 122 odst. 3 – tzn. že se ani před podpi-

SHRNUTÍ

- Při novelizaci ZZVZ byl prostor pro změny zásadně limitovaný unijními směrnici, ale přesto se podařilo identifikovat několik oblastí týkajících se kvalifikace, kde bylo možné pravidla upravit.
- Například v § 83 odst. 1 dochází k upřesnění textu tak, aby bylo zřejmé, že kvalifikaci lze prostřednictvím jiné osoby prokázat u veškeré kvalifikace, s výjimkou základní způsobilosti a profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1, a to i v celém jejím rozsahu.
- V ust. § 86 se zase zmírňují požadavky na stáří dokladů prokazujících kvalifikaci. Zadavatel již vůbec nemusí posuzovat stáří dokladů o profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1, takže mohou být i starší než tři měsíce.
- V rámci ZPŘ pak musí vždy požadovat alespoň prokázání základní způsobilosti. Postačí však čestné prohlášení.