

VeźmĚte, prosĚme, na vĚdomĚ, Źe text ělĚnku odpovĚdĚ platnĚ prĚvnĚ ťpravĚ ke dni publikace.

Jak by mĚl zadavatel postupovat v pŕĚpadĚ podezŕĚnĚ na pŕedloŹenĚ „falešnĚ reference“?

VĚstnĚk rejstŕĚku osob se zĚkazem plnĚnĚ vĚrejnĚch zĚkĚzek obsahuje v současnosti sedm subjektť, kterĚm byl podle § 120a odst. 2 zĚkona ě. [137/2006](#) Sb., o vĚrejnĚch zĚkĚzkĚch, ve znĚnĚi pozdĚjšĚch pŕedpisť („ZVZ“), uloŹen zĚkaz plnĚnĚ vĚrejnĚch zĚkĚzek. KromĚ hojnĚ diskutovanĚho tĚmatu odpovĚdnosti dodavatelť za spĚchĚnĚ sprĚvnĚho deliktu v pŕĚpadĚ, Źe „falešnĚ reference“ je souěastĚ dokladť, jeŹ dodavatelĚ poskytl subdodavatel ěi odpovĚdnosti v pŕĚpadĚ pŕedloŹenĚ „falešnĚ reference“ jednĚm z ťěastnĚkť sdruŹenĚi podĚvĚjĚcĚch společnou nabĚdku a liberaěnĚch dťvodť, kterĚmu se budeme vĚnovat v nĚkterĚm z dalšĚch pŕĚspĚvkť, skĚtĚ ZVZ v souvislosti s delikty dodavatelť ťskalĚi i pro zadavatele.



Je zadavatel oprĚvnĚn za současného znĚnĚi ZVZ vylouěit uchazeěe, kterĚ „falešnou referencĚi“ vymĚnĚi za „řĚdnou“? Jak mĚl zadavatel vyřadit nabĚdku, u které zĚskĚ podezŕĚnĚ, Źe obsahuje „falešnou referencĚi“? Na tyto otĚzky se pokusĚi odpovĚdĚt nĚsledujĚcĚi pŕĚspĚvek.

ZVZ umoŹnuje zadavatelĚi ve fĚzi posuzovĚnĚi kvalifikace vylouěit uchazeěe (zĚjemce) pro nesplnĚnĚi kvalifikace (§ 60 ZVZ).

Zadavatel se mťuŹe dostat ve vztahu k moŹnĚmu spĚchĚnĚi sprĚvnĚho deliktu dodavatelem do nĚkolika situacĚi. NejěastĚjšĚi bude pŕĚpad, kdy zadavatel sĚm upozornĚi ťrad pro ochranu hospodĚrskĚ souteŹe (“ŤOHS”), Źe mĚl v urěitĚm zadĚvacĚm řĚzenĚi podezŕĚnĚi, Źe konkrĚtnĚi dodavatel pŕedloŹil k prokĚzĚnĚi splnĚnĚi kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovĚdĚjĚ skuteěnosti a mĚly nebo mohly mĚt vliv na posouzenĚi kvalifikace dodavatele v zadĚvacĚm řĚzenĚi („falešnĚ reference“). Na moŹnĚ spĚchĚnĚi sprĚvnĚho deliktu rovnĚŹ mťuŹe upozornĚi nĚkterĚy z uchazeěť ěi zĚjemcť. KaŹdopĚdnĚ se tak velmi pravdĚpodobnĚ stane v probĚhajĚcĚm zadĚvacĚm řĚzenĚi. V situaci, kdy je na moŹnĚ spĚchĚnĚi sprĚvnĚho deliktu ŤOHS upozornĚn po ukoněenĚi (podepsĚnĚi smlouvy) zadĚvacĚho řĚzenĚi, je zadavatel tzv. z obliga, neboť moŹnĚ spĚchĚnĚi sprĚvnĚho deliktu dodavatelem jĚi není s to ukoněenĚe zadĚvacĚi řĚzenĚi ovlivnit.

JestliŹe tedy takovĚ podezŕĚnĚi vznikne v pŕťbĚhu zadĚvacĚho řĚzenĚi, mohou nastat nĚsledujĚcĚi situace:

- zadavatel se pokusĚi ovĚřit pŕedklĚdanĚe doklady, které v nĚm vzbuzujĚjĚ pochybnosti o jejich pravosti pŕĚmo u objednatelĚ, nĚslednĚ kontradiktornĚ ovĚřĚi tvrzenĚi objednatelĚ i u dodavatele

(a poté podá či nepodá podnět k prošetření u ÚOHS), nebo

- zadavatel podá podnět k prošetření ÚOHS aniž by si svoje podezření ověřil, nebo
- zadavatel požádá dodavatele o písemné objasnění předložených dokladů nebo předložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace (§ 59 odst. 4 ZVZ), přičemž na základě této žádosti dodavatel „falešnou referenci“ vymění.

Každá z uvedených situací má ovšem odlišné dopady na průběh zadávacího řízení.

Pokud totiž zadavatel obdrží od objednatele podklady (vyjádření), ze kterých vyloučí, že dodavatel předložil „falešnou referenci“ a zároveň po kontradiktorním ověření u dodavatele[1] nedojde k vyvrácení pochybností o pravosti reference, může podle našeho názoru takového uchazeče (dodavatele) vyloučit z další účasti v zadávacím řízení pro nesplnění kvalifikace (§ 60 ZVZ). Uchazeč se proti svému vyloučení může bránit námitkami a následným návrhem u ÚOHS, jakkoliv by to v případě, pokud by si byl vědom, že předložil „falešnou referenci“, resp. by se skutečně jednalo o „falešnou referenci“, byl úkon čistě pro forma. ÚOHS, pokud by získal pochybnosti o možném spáchání správního deliktu dodavatelem, by zahájil správní řízení s dodavatelem, nikoli se zadavatelem (pokud by tedy neobdržel návrh od takového dodavatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele proti vyloučení ze zadávacího řízení, což nelze předpokládat, ale zároveň to nelze ani vyloučit). Uvedený postup, kdy si zadavatel při pochybnostech o pravosti referencí vyžádá potvrzení od objednatele (a dodavatel ani po kontradiktorním ověření pochybnosti zadavateli nevyvrátí) a až na základě takových podkladů uchazeče vyloučí, lze vnímat jako nejméně rizikový i z toho důvodu, že uchazeč má v rámci námitek podaných proti vyloučení možnost pravost reference obhájit a zadavatel má zároveň možnost opětovně referenci posoudit a případně přijmout opatření k nápravě (§ 111 odst. 6 ZVZ).

Za situace, kdy zadavatel podá podnět k ÚOHS (možné spáchání správního deliktu dodavatelem) a zároveň se ani nepokusí ověřit pravost referencí dodavatele, u kterého vznikla pochybnost o pravosti referencí, nemá v rámci posuzování kvalifikace do doby prošetření podnětu, resp. ukončení případného správního řízení na ÚOHS, důvod k vyloučení takového uchazeče. ZVZ totiž, jak je již výše zmíněno, umožňuje vyloučit uchazeče (zájemce) mj. pro nesplnění kvalifikace v požadovaném rozsahu (§ 60 ZVZ). Jako důvod vyloučení podle § 60 ZVZ však nemůže zadavateli stačit pouhé nepodložené podezření zadavatele na falešnou referenci. V uvedené situaci se zadavatel může ocitnout i tehdy, pokud se mu nepodaří od objednatele potvrzení o pravosti reference získat a zároveň mu ani dodavatel pochybnosti o pravosti reference nevyvrátí. Dle našeho názoru se ale bude jednat o výjimečné situace, neboť zadavatel může k ověření pravosti reference žádat dodavatele např. o doložení smlouvy, objednávky, faktur apod. týkajících se dané reference a lze předpokládat, že dodavatel by měl být v případě, že reference odpovídá skutečnosti, schopen podklady k ověření její pravosti doložit. Jestliže ale dodavatel podklady, které by vyvrátily pochybnost o pravosti reference, nepředloží, máme za to, že i bez potvrzení od objednatele (zadavateli lze doporučit, aby měl v dokumentaci o veřejné zakázce doloženo, že se u objednatele snažil ověřit pravost podezřelé reference), lze takového dodavatele pro neprokázání kvalifikace vyloučit.

Třetí alternativou je situace, kdy dojde k výměně „falešné reference“ na základě žádosti podle § 59 odst. 4 ZVZ. Existují v zásadě dvě možnosti, jak může dodavatel na tuto žádost zadavatele zareagovat. Buď se pokusí vysvětlit či jinak podložit podezřelou referenci dalšími podklady - viz první, resp. druhá výše popsání situace (zadavatel zváží, zda akceptuje či naopak uchazeče vyloučí), nebo předloží zcela novou referenci, u níž již pochybnost zadavateli nevznikne. Na tomto místě je vhodné poznamenat, že ZVZ v poslední větě § 59 odst. 4 ZVZ umožňuje předložit zcela nové doklady prokazující splnění kvalifikace[2]. Dojde tedy k situaci, kdy dodavatel (uchazeč) „vymění“ předkládané referenci a kvalifikační předpoklady po takové „výměně“ dle ZVZ prokáže. Ponechme stranou úvahu, z jakého důvodu by dodavatel nejprve předkládal „falešnou referenci“ a posléze byl schopen předložit referenci „řádnou“. ZVZ tuto situaci z pohledu postupu zadavatele a ve vztahu k §

120a odst. 1 písm. a) ZVZ neřeší. Jestliže je totiž uchazečům umožněno předkládat zcela nové doklady prokazující splnění kvalifikačních předpokladů, potom posouzení kvalifikace ze strany zadavatele nemůže být selektivní a zadavatel musí, pakliže uchazeči umožnil doplnit kvalifikační doklady, posuzovat tyto doklady v celku, tedy posuzovat všechny uchazečem předložené referenční zakázky. Jestliže příkladně postačí podle zadávacích podmínek tři reference o určené minimální úrovni, pak „výměna“ jedné z nich, jež díky pochybnostem o její pravosti nespĺňuje požadavky zadavatele, nemůže podle autorů tohoto článku, mít vliv na posouzení prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu se ZVZ (§ 59 odst. 1 ZVZ). Dodavatel totiž v konečném důsledku po aplikaci § 59 odst. 4 ZVZ zadavatelem předloží v tomto modelovém případě reference čtyři, z nichž jedna je „falešná“, avšak pro posouzení prokázání splnění kvalifikace jsou stěžejní tři reference.

Je totiž třeba odlišovat naplnění skutkové podstaty spáchání správního deliktu dodavatele podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ a naplnění důvodů pro vyloučení dodavatele pro nesplnění kvalifikace podle § 60 ZVZ. Pokud uchazeč předloží větší počet referencí, než zadavatel požadoval, pro prokázání splnění kvalifikace dodavatele postačí počet referencí, kterými dodavatel kvalifikaci prokáže. Ostatní reference jsou přitom z hlediska posouzení prokázání splnění kvalifikace nadbytečné. Ve vztahu ke spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ je potom situací, kdy jsou předloženy nadbytečné reference (nemají vliv na splnění kvalifikace) a příkladně jedna z těchto nadbytečných referencí se ukáže „falešnou“, nutné posuzovat z toho pohledu, zda byly takové reference předloženy v nabídce, či došlo k „výměně“ této reference prostřednictvím aplikace § 59 odst. 4 ZVZ, a to z následujících důvodů.

Spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ se dodavatel dopustí, jestliže **předloží** k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a **měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace** dodavatele v zadávacím řízení.

Ke spáchání správního deliktu dodavatelem dojde tedy tehdy, pokud **předložil** „falešnou referenci“ a její předložení **mohlo mít** vliv na posouzení kvalifikace dodavatele. K faktickému dopadu na posouzení kvalifikace tak dojít nemusí. K tomu se vyslovil ÚOHS v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S159/2013/VZ-1258/2014/514/AŠu ze dne 17. 1. 2014 následovně: *„...z dikce zákona jednoznačně vyplývá, že znaky správního deliktu spáchaného dodavatelem jsou naplněny již tehdy, kdy jednání dodavatele je způsobilé mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele. Postačuje tedy již samotná možnost ovlivnit jednáním dodavatele posouzení kvalifikace ze strany zadavatele a není podstatné, zda k tomuto ovlivnění skutečně došlo. Opačný výklad, tj. když by trestnost jednání dodavatele byla v podstatě vždy vázána na určitý konkrétní způsob jednání zadavatele a byla závislá na tom, jestli zadavatel zjistí či nezjistí nepravdivost informací a dokladů, by byl rovněž zcela v rozporu s účelem tohoto ustanovení, tedy zabránit dodavatelům, aby předkládali k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a mohly tak uvádět zadavatele v omyl při posouzení kvalifikace za účelem následného získání veřejné zakázky“.*

V situaci, kdy zadavatel požádá dodavatele podle § 59 odst. 4 ZVZ o doplnění dalších dokladů a dodavatel, jak je výše popsáno, vymění „falešnou referenci“ za pravou, je stále naplněna skutková podstata správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ (ačkoliv kvalifikaci dodavatel dodatečně prokázal), neboť dodavatel **předložil** doklad, který neodpovídal skutečnosti a **mohl mít** vliv na posouzení kvalifikace. Potencialita vlivu na posouzení kvalifikace totiž nemůže být negována výměnou „falešné reference“, neboť k předložení „falešné reference“ již došlo. A pakliže došlo k předložení „falešné reference“, mohla mít tato „falešná reference“ vliv na posouzení kvalifikace (za předpokladu, že nebyla nadbytečná, k tomu podrobněji níže). Nelze totiž, podle názoru autorů tohoto článku, připustit, aby naplnění skutkové podstaty správního deliktu dodavatele bylo odvislé od jednání zadavatele, tedy od toho, zda aplikuje postup podle § 59 odst. 4 ZVZ. Tomu ostatně nasvědčuje i znění § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ, k jehož naplnění postačí **předložení** dokladu, jež

neodpovídá skutečnosti a jeho **potencialita** ovlivnit posuzování kvalifikace dodavatele, který takový doklad předložil. Potencialita vlivu je zde dána tím, že předložená „falešná reference“ se již stala podkladem pro posouzení kvalifikace a mohla způsobit, že by dodavatel kvalifikaci prokázal. Následná aplikace ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ již nemůže zhojit předložení takové reference ani to, že tato již předložená reference mohla mít vliv na posouzení kvalifikace.

Oproti tomu situace, kdy dojde k předložení „falešné reference“ a tato „falešná reference“ je nadbytečná, tedy dodavatel jinými (řádnými) referencemi prokázal splnění kvalifikace, v sobě možnost ovlivnění posouzení kvalifikace dodavatele nenese. Rovněž ke spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ v takové situaci nedojde. K tomu se vyslovil i ÚOHS v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S393/2011/VZ-12342/2012/540/IMa ze dne 2. 7. 2012. V uvedeném rozhodnutí byla řešena situace, kdy zadavatel požadoval k prokázání splnění kvalifikace tři reference a dodavatel předložil referencí pět, z nichž jedna byla, jak se prokázalo, „falešná“. Dodavatel nicméně ostatními referencemi kvalifikaci prokázal. ÚOHS ve zmíněném rozhodnutí k této situaci konstatoval: *“Ačkoliv se v průběhu správního řízení prokázalo, že uchazeč ve své nabídce uvedl referenční list, který obsahoval nepravdivé údaje, neměla a nemohla tato skutečnost mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v předmětném zadávacím řízení, a tudíž se dodavatel nedopustil správního deliktu dle § 120a odst. 1 písm. a) zákona.”*

V souvislosti s možným zhojením předložení „falešné reference“ vyvstává ještě otázka, jak by se měl zadavatel zachovat v případě, kdy dodavatel sám, bez toho, aby reagoval na žádost zadavatele podle § 59 odst. 4 ZVZ, doloží po lhůtě pro podání nabídek jinou referenci, která „nahradí“ referenci původně předloženou. Může nastat i situace, kdy dodavatel ve snaze zhojit původně předloženou „falešnou referenci“ přizná v průběhu zadávacího řízení zadavateli, že došlo k předložení této „falešné reference“, a proto ji nahrazuje jinou, o jejíž pravosti již pochybnost zadavatel nezíská (nebo si ověří, že odpovídá skutečnosti). Snaha zhojit předložení „falešné reference“ může vyústit i v žádost dodavatele o vyloučení ze zadávacího řízení (zpětvzetí nabídky ZVZ mj. ve vazbě na požadavek vázanosti nabídkou neumožňuje).

Na základě znění relevantních ustanovení ZVZ (§ 6, § 59 ZVZ a § 60 ZVZ) se domníváme, že z pohledu postupu zadavatele ve vztahu k posouzení kvalifikace dodavatele je možné konstatovat, že zadavatel nemá povinnost zohlednit při posouzení kvalifikace dodatečně doložený doklad k prokázání splnění kvalifikace, pakliže o něj prostřednictvím ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ nežádal. Jinak řečeno z pohledu zachování zásad zakotvených v § 6 ZVZ by akceptace takového doplnění byla značně problematická, či spíše v rozporu s těmito zásadami. Odhlédnuto od předchozího, dodavatel, jak je rozebráno výše, podle našeho názoru, dodatečným doložením „pravé“ reference, resp. výměnou referencí, již zhojit předložení „falešné reference“ nemůže. Ani svým aktivním přístupem bez žádosti zadavatele podle § 59 odst. 4 ZVZ tedy dodavatel předložení „falešné reference“ nezhojí. Rovněž „žádost o vyloučení“ ze zadávacího řízení, resp. potvrzení dodavatele, že „falešnou referenci“ v nabídce předložil, nemá na naplnění skutkových znaků spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ vliv. ÚOHS by však mohl k těmto skutečnostem přihlížet v rámci posuzování polehčujících okolností při ukládání sankce.

Závěrem je tedy možné shrnout, že nejméně rizikovým postupem pro zadavatele v případě podezření na „falešnou referenci“, je ověřit pravost reference u objednatele, poté kontradiktorně ověřit skutečnosti tvrzené objednatelem u dodavatele (§ 59 odst. 4 ZVZ, tj. žádost o objasnění předloženého dokladu) a pokud bude mít zadavatel přesvědčivé podklady, které dodavatel nevyvrátí, dodavatele pro nesplnění kvalifikace vyloučit (§ 60 ZVZ). Zadavateli však v žádném případě nelze doporučit, aby vylučoval dodavatele v případě podezření na „falešnou referenci“ aniž by se pokusil získat podklady o podezřelé referenci u objednatele i dodavatele a bez dalšího podával podnět na ÚOHS. Je nutné zároveň říci, že zadavatel se v závislosti na reakci dodavatele na žádost podle § 59 odst. 4 ZVZ může dostat do poměrně problematické situace tehdy, pokud dodavatel v reakci na žádost podle § 59 odst.

4 ZVZ „falešnou referencí“ vymění a kvalifikaci prostřednictvím vyměněné reference prokáže. Dodavatel totiž v takovém případě může čelit podezření ze spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ předložením „falešné reference“ u ÚOHS a zadavatel se může dostat do situace, kdy bude nucen uzavřít smlouvu s dodavatelem, s nímž je vedeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ. Nutno ale na úplný závěr podotknout, že vztah § 59 odst. 4 ZVZ a § 120a odst. 1 písm. a) ZVZ, stejně jako aktivní (bez žádosti zadavatele podle § 59 odst. 4 ZVZ) výměna „falešné reference“ za řádnou, nebyly doposud řešeny v rozhodnutí ÚOHS.



Ing. Eva Marečková,
analytik veřejných zakázek



Mgr. David Říčný,
analytik veřejných zakázek

[Hirst, a. s.](#)

Samaritská 199/16
301 00 Plzeň

Tel.: +420 727 817 132
e-mail: info@hirst.cz

[1] Aplikace § 59 odst. 4 ZVZ, tj. žádost o písemné objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace.

[2] § 59 odst. 4 ZVZ in fine – Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52 ZVZ, tedy po lhůtě pro podání nabídek, nebo pro podání žádostí o účast.

Další články:

- [Návrh nového zákona o digitální ekonomice](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 30.: Jednání za s.r.o. – zápis jednatelského oprávnění do obchodního rejstříku](#)
- [Prověřování zahraničních investic a kybernetická regulace: řízená služba jako nová transakční proměnná](#)
- [Předběžné opatření a další instituty k ochraně věřitelů při přeměnách](#)
- [Silná koruna: jaké dopady má posilující koruna na české firmy](#)
- [Problematické aspekty změn v úpravě odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 29.: Jednání za s.r.o. – jednatelé](#)
- [K \(ne\)způsobilosti notářského zápisu jako exekučního titulu pro nařízení exekuce prodejem zástavy](#)
- [Když korporátní neshody nestačí: soudní zásah do účasti společníka jako krajní řešení](#)
- [Do 5 milionů EUR bez prospektu cenných papírů - novela ZPKT!](#)
- [Význam doplacení úvěru při přezkumu posouzení úvěruschopnosti](#)