

15. 8. 2014

Vezměte, prosíme, na vědomí, že text článku odpovídá platné právní úpravě ke dni publikace.

Omezení možnosti prokazovat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele - Přípustné či nikoli?

Zajímavým tématem objevujícím se v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“) je problematika možnosti zadavatele v zadávacích podmínkách omezit prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Níže v článku bychom rádi upozornili na existující rozhodnutí, která se uvedenou problematikou zabývají, a na závěry z nich vyplývající.



Podle § 44 odst. 6 zákona č. [137/2006](#) Sb., o veřejných zakázkách („ZVZ“), si může zadavatel v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že *určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem*. Zároveň dle § 51 odst. 4 ZVZ platí, že *pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele*.

Rozhodovací praxe ÚOHS je v otázce přípustnosti či nepřípustnosti omezení prokazování kvalifikace subdodavatelem rozdělena do dvou základních směrů. První z nich omezování prokazování kvalifikace nepřipouští.

Tento závěr ÚOHS uvedl např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011, ve kterém konstatoval, že ZVZ umožňuje zadavateli, aby stanovil, že určitou část předmětu plnění veřejné zakázky nemohou dodavatelé plnit prostřednictvím subdodavatele. V posuzovaném případě však došlo k situaci, kdy *„zadavatel svůj požadavek na omezení realizace plnění veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele nestanovil, ale omezil prokazování splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele“*. Tento postup však ÚOHS shledal rozporným se ZVZ a konstatoval, že *„realizaci plnění veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele lze omezit pouze vymezením určité části plnění, která nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele (viz § 44 odst. 6 zákona), nikoliv procentuálním omezením možnosti prokazovat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele“*. V šetřeném případě došlo k situaci, kdy zadavatel bez jakéhokoliv omezení využití subdodavatelů pro plnění předmětu veřejné zakázky omezil možnost prokazování kvalifikace (zde ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů a referenčních staveb) tak, že uchazeči mohli prokázat kvalifikaci pomocí subdodavatelů pouze do výše 20 % požadovaných referencí či požadovaného obrátu.

Svůj závěr ÚOHS podložil mj. argumentem, že vždy nemusí existovat přímá úměra mezi prokázanou

kvalifikací a vlastním plněním veřejné zakázky realizovaného prostřednictvím subdodavatele. Jako příklad ÚOHS uvedl situaci, „kdy mezi dodavatelem a subdodavatelem existuje vztah mateřské a dceřiné společnosti a dodavatel, jako společnost dceřiná prokazuje prostřednictvím subdodavatele, tj. společnosti mateřské, splnění požadavku na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních požadavků, může ze smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem vyplývat závazek, že v případě nutnosti dostojí závazkům dodavatele vůči zadavateli subdodavatel, aniž by plnil 100 % předmětu plnění veřejné zakázky, ačkoliv prokazuje požadavek na prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních požadavků absolutně...“.

Dalším rozhodnutím, ve kterém ÚOHS dospěl k závěru, že zadavatel není oprávněn omezovat prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, je rozhodnutí č. j. ÚOHS-S12,250/2012/VZ-18911/2012/523/DŘÍ ze dne 8. 10. 2012. V uvedeném rozhodnutí ÚOHS posuzoval situaci, kdy zadavatel zakázal prokazovat splnění technického kvalifikačního předpokladu na doložení seznamu referenčních zakázek prostřednictvím subdodavatele. ÚOHS konstatoval, že: „V šetřeném případě zadavatel neomezil možnost plnění určité části veřejné zakázky subdodavatelem, ale omezil možnost prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, aniž by mu k takovému postupu některé z ustanovení zákona dávalo prostor... Úřad má v tomto případě, tedy při vyloučení možnosti prokázat technický kvalifikační předpoklad ... (předložení seznamu nejméně dvou uchazečem poskytnutých služeb z oblasti ukládání, správy a poskytování dat o celkových nákladech minimálně 50 000 000 Kč včetně DPH za jednu zakázku)“ za to, že uvedenou podmínkou se zadavatel dopustil skryté diskriminace potenciálních dodavatelů“.

Druhý směr rozhodovací praxe ÚOHS prezentovaný rozhodnutími uvedenými níže naopak umožňuje omezovat prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů v situaci, kdy zadavatel věcně vymezí část předmětu plnění veřejné zakázky, která nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele.

Dne 7. 9. 2011 vydal ÚOHS rozhodnutí č. j. ÚOHS-S342/2012/VZ-16882/2012/514/MDI, ve kterém posuzoval případ, kdy zadavatel stanovil, že část předmětu plnění veřejné zakázky, konkrétně vybudování atletické dráhy (předmětem veřejné zakázky byla rekonstrukce sportovního stadionu), nesmí být plněna prostřednictvím subdodavatele. Zároveň zadavatel stanovil, že uchazeč není v souvislosti s touto částí předmětu plnění veřejné zakázky oprávněn prokazovat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele (zejména referenční stavební práce). ÚOHS v tomto případě s omezením prokazování kvalifikace souhlasil a konstatoval, že omezení prokázat reference související s vybudování atletické dráhy bylo v souladu se ZVZ, přičemž uvedl, že: „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“.

Dále ÚOHS možnost omezení prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatelů potvrdil v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012. ÚOHS své závěry zdůvodnil potřebou vykládat právní předpisy v souladu s tzv. zásadou předpokladu racionální tvorby zákonů neboli zásadou racionálního zákonodárce, ze které následně vyplývá zásada vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu. S odkazem na uvedenou zásadu ÚOHS v rozhodnutí konstatoval, že „při aplikování ustanovení § 44 odst. 6 zákona a ustanovení § 51 odst. 4 zákona z logiky věci vyplývá, že uchazeč **je oprávněn prokazovat chybějící kvalifikaci subdodavatelem**

jen v těch částech veřejné zakázky, které pak subdodavatel v souladu se zadávací dokumentací bude na základě smlouvy zavázán plnit... Výklad, podle kterého by ustanovení § 51 odst. 4 zákona, tj. možnost dodavatele prokázat chybějící kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, platil za všech okolností, tedy i v případě, že zadavatel si pro určitou část plnění v souladu s § 44 odst. 6 zákona vyhradil, že tato nemůže být plněna subdodavatelem, je vnitřně rozporný. Podle takové interpretace by bylo možné, aby uchazeči v rámci pokazování kvalifikace subdodavatelem podle § 51 odst. 4 písm. b) předkládali smlouvy se subdodavatelem i na takové plnění, u kterého si zadavatel předem vyhradil, že nesmí být poskytováno prostřednictvím subdodavatele“.

Následně v rozhodnutí ÚOHS č. j. ÚOHS-S772/2013/VZ-6408/2014/511/ABr ze dne 25. 3. 2014 ÚOHS vycházel z argumentace uvedené v předchozím rozhodnutí a navíc dovedl, že „jestliže si zadavatel ve smyslu ustanovení § 44 odst. 6 zákona vyhradí, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, znamená to jinými slovy to, že tuto část plnění musí plnit uchazeč sám ... Pokud tedy uchazeč prokazuje prostřednictvím subdodavatele právě tuto část kvalifikace, musí ze smlouvy předkládané podle § 51 odst. 4 zákona vyplývat, že subdodavatel zajišťuje právě tuto technickou schopnost zakázku řádně splnit. Takovou schopnost ale subdodavatel nemůže zajišťovat ve vztahu k té části veřejné zakázky, kterou ... nemůže plnit. ... **Vztahuje-li se tedy určitý technický kvalifikační předpoklad ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel ... vyhradil, že nemůže být plněna subdodavatelem, nelze tento kvalifikační předpoklad ... prokázat prostřednictvím subdodavatele** ve smyslu § 51 odst. 4 zákona. Opačný výklad by totiž vedl k absurdnímu závěru, že by uchazeč prokazoval svoji schopnost danou zakázku řádně plnit technickými a materiálními schopnostmi (ať již ve formě zkušeností nebo např. strojové vybavenosti) subdodavatele, který by se však nakonec na plnění dané části veřejné zakázky nemohl podílet“.

V citovaném rozhodnutí tak ÚOHS dovedl, že zadavatel může v zadávacích podmínkách v souvislosti s omezením možnosti plnit určitou část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele stanovit, že část kvalifikace související s takovou částí předmětu veřejné zakázky nemohou dodavatelé prokazovat prostřednictvím subdodavatele. ÚOHS vztáhl možnost omezení prokazování kvalifikace na kvalifikační předpoklady, které se vztahují ke konkrétní části veřejné zakázky, ve které si zadavatel vyhradil, že nemůže být plněna subdodavatelem, přičemž ÚOHS nepřipouští, aby uchazeč prokazoval svoji schopnost danou část předmětu plnění veřejné zakázky řádně plnit prostřednictvím technických a materiálních schopností (např. reference či strojová vybavenost) subdodavatele, který by se však na plnění dané části předmětu plnění veřejné zakázky nemohl podílet.

Úvahy ÚOHS uvedené v posledním zmiňovaném rozhodnutí směřují k situaci, kdy by zadavatelé mohli stanovit, že dodavatelé nemohou prokázat pomocí subdodavatele ty kvalifikační předpoklady vztahující se k části předmětu plnění veřejné zakázky, kterou nelze plnit prostřednictvím subdodavatele. Dle našeho názoru se však ze strany ÚOHS jedná o poměrně striktní výklad, jenž může mít zásadní negativní dopad na okruh možných dodavatelů.

Jako praktický příklad můžeme uvést situaci, kdy bude zadavatel požadovat předložení přehledu nástrojů, pomůcek či zařízení, které bude mít dodavatel při realizaci předmětu veřejné zakázky k dispozici (viz např. § 56 odst. 3 písm. f) ZVZ). Součástí přehledu budou i zařízení nutná k realizaci té části předmětu veřejné zakázky, u které zadavatel zapověděl její realizaci prostřednictvím subdodavatele. Určitý dodavatel předpokládá, že tuto část bude fakticky realizovat sám. Avšak pro zajištění řádné realizace (a pro splnění požadavku zadavatele na prokázání kvalifikace) potřebuje zajistit určitá zařízení ze zadavatelem stanoveného přehledu, která nemá k dispozici (nebo jich nemá k dispozici dostatečný počet). Uzavře proto dohodu se subdodavatelem, jejímž předmětem bude poskytnutí vybavení potřebného pro realizaci příslušné části plnění veřejné zakázky. Subdodavatel sám se však na vlastní realizaci této části plnění předmětu veřejné zakázky podílet nebude.

Za této situace dodavatel dle našeho názoru nepostupoval v rozporu s požadavky zadavatele na omezení plnění části předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, neboť předmět veřejné zakázky bude dodavatel plnit samostatně, přičemž subdodavatele využije pouze pro zajištění požadovaných zařízení, která sám nemá k dispozici. V případě, že by zadavatel přijal výklad ÚOHS uvedený v posledním citovaném rozhodnutí, tj. že dodavatel nemůže prokázat pomocí subdodavatele kvalifikační předpoklad, **který se vztahuje** k části plnění předmětu veřejné zakázky, u které zadavatel vyloučil možnost jejího plnění subdodavatelem, znemožnil by tak tomuto dodavateli zúčastnit se konkrétního zadávacího řízení, ačkoliv dodavatel by byl schopen předmět veřejné zakázky plnit.

V této souvislosti bychom rádi upozornili na pojem „plnění části předmětu subdodavatelem“ a na to, co je obsahem tohoto pojmu. Podle § 44 odst. 6 ZVZ si zadavatel *může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem*. ZVZ zde jinými slovy hovoří o možnosti zadavatele zakázat **plnění** určité věcně vymezené části předmětu veřejné zakázky **subdodavatelem**. Co je třeba rozumět „plněním části předmětu subdodavatelem“, uvedl ÚOHS ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S255/2012/VZ-16181/2012/560/MSc ze dne 29. 8. 2012, ve kterém konstatoval, že: „*Plnění určité části veřejné zakázky je nutné interpretovat ve smyslu **aktivní účasti, výkonu práce nebo dodávek** vymezených v projektové dokumentaci a ve výkazech výměr, jakožto součástí zadávacích podmínek*“. Vycházíme-li z tohoto závěru ÚOHS, můžeme uzavřít, že plněním části veřejné zakázky subdodavatelem znamená **aktivní účast subdodavatele na vlastním plnění**, tj. situaci, kdy subdodavatel určitou část předmětu veřejné zakázky sám realizuje. Co se týče zapojení subdodavatele do realizace předmětu veřejné zakázky tím, že dodavateli poskytuje „pouze“ technické zařízení, určitá práva či finanční zdroje potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky a sám se na vlastním plnění podílet nebude, nejedná se dle názoru ÚOHS uvedeného v citovaném rozhodnutí o aktivní účast tohoto subdodavatele na plnění předmětu veřejné zakázky.

Z výše uvedeného bychom tedy mohli dovodit, že zakáže-li zadavatel plnit určitou část předmětu veřejné zakázky subdodavatelem, je logické, že dodavatelé **nebudou moci prokazovat** pomocí subdodavatele ty kvalifikační předpoklady, které (i) souvisejí s částí předmětu veřejné zakázky, na níž se omezení subdodavatelství vztahuje, a které (ii) prokazují schopnost dodavatele **aktivně se podílet** na realizaci této části předmětu, tedy prokazující zejména adekvátní zkušenosti dodavatele s plněním předmětu veřejné zakázky. Jedná se typicky o prokázání referenčních zakázek, kvality členů týmu apod.

Naopak dodavatelé dle našeho názoru **mohou** v případě kvalifikačních předpokladů, které (i) sice souvisí s částí předmětu veřejné zakázky se zákazem subdodavatelství, avšak (ii) neosvědčují zkušenosti dodavatele, nýbrž směřují spíše k zajištění dostatečné kapacity dodavatele pro realizaci veřejné zakázky (tj. zejména poskytnutí potřebných zařízení či poskytnutí potřebného počtu pracovníků), využít pro jejich prokázání subdodavatele. V tomto případě totiž subdodavatel dodavateli pouze poskytne prostředky potřebné k realizaci předmětu veřejné zakázky, ale na **vlastní realizaci** předmětu veřejné zakázky **se aktivně podílet nebude**. Tudíž požadavek zadavatele na to, že určitou část plnění má realizovat dodavatel, zůstane zachován.

Vycházíme-li z výše uvedených rozhodnutí ÚOHS, bylo by možné připustit omezení prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele za následujících podmínek:

- zadavatel využil možnosti uvedené v § 44 odst. 6 a stanovil, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nemůže být plněna prostřednictvím subdodavatele;
- zadavatel stanovil kvalifikační předpoklady, jejichž povaha s takovou částí předmětu veřejné zakázky souvisí;
- tyto kvalifikační předpoklady dokládají, že dodavatel má dostatečné zkušenosti a znalosti pro

řádnou realizaci předmětu veřejné zakázky;

- pokud by dodavatel prokazoval tyto kvalifikační předpoklady subdodavatelem, nebude subdodavatel moci plnit část předmětu veřejné zakázky, aniž by došlo k porušení zadavatelem stanoveného zákazu plnění části předmětu veřejné zakázky subdodavatelem.

Ačkoliv ÚOHS omezení prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele připouští, považujeme z praktického pohledu za vhodné prokazování kvalifikace neomezovat a případné omezení subdodavatelství vztahovat pouze k vymezení předmětu plnění veřejné zakázky (dle § 44 odst. 6 ZVZ). Důvodem je riziko omezení okruhu možných dodavatelů tím, že zadavatel vyloučí možnost využití subdodavatelů při prokazování kvalifikačních předpokladů, u kterých by dodavatelé mohli subdodavatele využít, aniž tímto postupem došlo k obcházení zadavatelem stanoveného omezení plnění konkrétní části předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele.



Mgr. Karel Košťál,
analytik veřejných zakázek



Mgr. Jan Hlavsa,
analytik veřejných zakázek

[Hirst, a. s.](#)

Samaritská 199/16
301 00 Plzeň

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

© EPRAVO.CZ - Sběrka zákonů, judikatura, právo | www.epravo.cz

Další články:

- [Prekluze důvodu neplatnosti VH](#)

- [Jak zahájit provoz mezinárodní letecké linky do České republiky \(EU\): právní požadavky pro aerolinky ze třetích zemí](#)
- [TOP 5 judikátů z korporátního práva za rok 2025](#)
- [Odštěpný závod zahraniční společnosti optikou NIS2: Jak správně určit velikost podniku?](#)
- [Byznys a paragrafy, díl 31. - létající pořizovatel ve světle nového stavebního zákona](#)
- [SCHEJBAL& PARTNERS stáli u získání jedné z prvních licencí dle MiCA v ČR](#)
- [Proč dnes více než polovina M&A transakcí ve střední Evropě nekončí podpisem](#)
- [Přehnaná, nebo důvodná prevence? Zajištění a utvrzení závazků v praxi](#)
- [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](#)