Stanovisko k počítání referenční doby u technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 písm. a), § 56 odst. 2 písm. a) a § 56 odst. 3 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

Cílem tohoto stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „*ÚOHS*“) je vyjasnění problematiky počítání tzv. „referenční doby“ u technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 písm. a), § 56 odst. 2 písm. a) a § 56 odst. 3 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „*ZVZ*“), tj. pro účely posouzení seznamů stavebních prací provedených dodavatelem a osvědčení objednatelů o jejich řádném plnění předložených v rámci nabídek dodavatelů postavení najisto, od kterého okamžiku je třeba počítat tří, resp. pětileté období, ve kterém mají být podle uvedených ustanovení ZVZ realizovány rozhodné referenční zakázky.

Uvedená problematika se stala v minulosti předmětem řady odborných diskusí, neboť ZVZ bohužel nedává žádnou výslovně vyjádřenou odpověď na otázku, od jakého okamžiku se lhůta posledních tří let u veřejných zakázek na dodávky a služby (resp. pěti let u veřejných zakázek na stavební práce), v níž mají být realizovány rozhodné referenční zakázky, v této situaci počítá.

V minulosti byl odbornou veřejností akceptován závěr, že rozhodným dnem, od kterého by měla být zpětně počítána lhůta posledních tří (dodávky, služby), resp. pěti let (stavební práce) pro předložení referencí, je den podání nabídky na veřejnou zakázku. S ohledem na to, že tento závěr neodpovídá aktuálnímu trendu vývoje v právu zadávání veřejných zakázek, došlo ze strany ÚOHS k iniciaci diskuse o vhodnosti takového závěru a k podání správného a přiléhavého výkladu předmětného ustanovení.

Při výkladu předmětné problematiky je třeba zohlednit především následující ustanovení ZVZ.

Podle § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ může zadavatel *„[k] prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na dodávky … 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.“*

Podle § 56 odst. 2 písm. a) ZVZ může zadavatel *„[k] prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby … 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.“*

Podle § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ může zadavatel *„[k] prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby … požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem **za posledních 5 let** a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací.“*

Podle § 52 ZVZ je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace **(1)** v otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení ve lhůtě pro podání nabídek (v případě otevřeného řízení se zavedením dynamického nákupního systému je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace nejpozději s podáním předběžné nabídky), **(2)** v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním a soutěžním dialogu ve lhůtě pro podání žádosti o účast a **(3)** v jednacím řízení bez uveřejnění ve lhůtě stanovené veřejným zadavatelem ve výzvě k jednání, nejpozději však do uzavření smlouvy.

Protože shora citovaná ustanovení § 56 ZVZ neobsahují zvláštní úpravu, uplatní se na okamžik, ke kterému je třeba prokázat splnění daného technického kvalifikačního předpokladu (tj. existenci referenční zakázky, např. stavebních prací provedených v posledních pěti letech), plně obecná úprava § 52 ZVZ.

Pokud toto ustanovení stanoví, že dodavatel je povinen prokázat splnění kvalifikace v určité lhůtě, nelze dle Úřadu v situaci, kdy zadavatel posuzuje referenční zakázky a osvědčení objednatelů o jejich řádném plnění předložená v rámci nabídek dodavatelů, přijmout jiný výklad, než že dodavatel musí kvalifikační předpoklady stanovené v § 56 odst. 1 písm. a), § 56 odst. 2 písm. a) či § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ splňovat (a prokázat) k poslednímu dni takové lhůty.

Rozhodným dnem pro prokázání splnění kvalifikace dle § 56 odst. 1 písm. a), § 56 odst. 2 písm. a) a § 56 odst. 3 písm. a) ZVZ je tak <u>poslední den lhůty stanovené v § 52 ZVZ</u>, v případě otevřeného řízení tak poslední den lhůty pro podání nabídek. Dodavatel tedy, aby prokázal svoji kvalifikaci, musí disponovat osvědčením (případně smlouvou a dokladem o uskutečnění plnění), ze kterého vyplývá, že dané referenční zakázky realizoval 3, resp. 5 let před tímto dnem. Aplikováno na příklad otevřeného řízení na veřejnou zakázku na stavební práce, kdy již nabídky byly podány a jejich součástí jsou seznamy stavebních prací provedených dodavatelem a osvědčení objednatelů o jejich řádném plnění, přičemž poslední den lhůty pro podání nabídek byl stanoven na 15. 6. 2016, je období, ve kterém musely být referenční zakázky realizovány, ohraničeno daty 15. 6. 2011 a 15. 6. 2016.

Právě uvedený výklad je dle ÚOHS jediný správný a možný a je již standardně aplikován. Příkladmo lze uvést rozhodnutí ze dne 29. 9. 2015, sp. zn. S0656/2015/VZ, v němž ÚOHS jednoznačně uzavřel, že v předmětné věci měli dodavatelé k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 písm. a) ZVZ předložit zadavateli osvědčení (či smlouvu a doklad o uskutečnění plnění) o dodávkách, které realizovali v posledních třech letech počítaných **zpětně od data konce lhůty pro podání nabídek**, která byla zadavatelem stanovena (v dané věci se jednalo o veřejnou zakázku zadávanou v otevřeném řízení).

Jiný výklad než výše uvedený (např. v minulosti akceptovaný názor, že za rozhodný den je třeba považovat den podání nabídek) by vedl k situaci, že by pro každého z dodavatelů byl rozhodný jiný den (a mohlo by tak snadno dojít k situaci, kdy jeden dodavatel „prokáže“ kvalifikaci pomocí referenční zakázky, zatímco druhý dodavatel kvalifikaci pomocí zakázky realizované v naprosto totožném termínu neprokáže jen proto, že podal nabídku/žádost o účast o něco později); taková situace se však zcela vymyká smyslu a účelu prokazování kvalifikace.

Je však nezbytné zopakovat, že výše poskytnutý výklad se vztahuje výlučně k posuzování dokladů – seznamů stavebních prací provedených dodavatelem a osvědčení objednatelů o jejich řádném plnění, jež byly předloženy v nabídkách dodavatelů; další eventuality, které mohou nastat v průběhu zadávacího řízení, nejsou předmětem tohoto stanoviska.

Závěrem je třeba upozornit, že nový zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, který s účinností od 1. 10. 2016 nahradí dosud účinný ZVZ, již předmětnou otázku – posouzení seznamů stavebních prací provedených dodavatelem a osvědčení objednatelů o jejich řádném plnění – řeší výslovně, když ve svém § 79 odst. 2 písm. a) a b) jednoznačně stanovuje **zahájení zadávacího řízení** jako okamžik rozhodný pro určení doby relevantní pro prokazování referencí z oblasti významných dodávek nebo služeb.

V Brně dne 29. 8. 2016