



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně Daniely Zemanové a soudců Zdeňka Kühna a Miloslava Výborného v právní věci žalobkyně: **HOBAK, a. s.**, se sídlem nám. 14. října 1307/2, Praha 5, zast. Dr. Vítem Horáčkem, advokátem se sídlem Jana Zajíce 140/32, Praha 7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: **I) Městská část Praha 2**, se sídlem Nám. Míru 600/20, Praha 2 a **II) Swietelsky stavební, s. r. o.**, se sídlem Sokolovská 192/79, Praha 8, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 17. 10. 2012, čj. ÚOHS-R267/2011/VZ-19523/2012/310/Pse, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 19. 2. 2015, čj. 30 Af 138/2012-96,

t a k t o :

I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**

II. Žalovaná ani osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.
Vymezení věci

[1] Osoba zúčastněná na řízení I. (dále též jen „zadavatel“) vyhlásila veřejnou zakázku uveřejněnou dne 22. 4. 2011 pod č. 60059095, s názvem „Revitalizace Havlíčkových sadů“. Žádostí ze dne 23. 5. 2011 požádal zadavatel žalobkyni podle § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), o objasnění informací uvedených v části její nabídky prokazující splnění kvalifikačních předpokladů dle bodu 5.5.1 písm. B) Podrobných podmínek zadávací dokumentace (dále jen „podmínky zadávací

dokumentace“), tj. předložení seznamu nejvýznamnějších stavebních prací provedených dodavatelem, neboť žalobkyně předložila doklady o realizaci stavebních prací v roce 2009, přestože neměla v tomto roce příslušné oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Zadavatel rovněž žádal objasnění průměrného počtu zaměstnanců žalobkyně (bod 5.5.2 podmínek zadávací dokumentace), který neodpovídal ani výši minimální mzdy a dále žádal o objasnění informací prokazujících naplnění kvalifikačního předpokladu dle bodu 5.5.3 podmínek zadávací dokumentace, tj. uvedení přehledu techniků a technických útvarů dodavatele formou grafického znázornění týmu určeného pro plnění veřejné zakázky a předložením strukturovaných životopisů vedoucích pracovníků; konkrétně zadavateli nebylo ze životopisů Ing. V. F., P. J., F. Z., BcA aj. B. zřejmé, se kterým subjektem měly tyto osoby uzavřeny smluvní vztahy a na základě jaké smlouvy měly být uvažované práce vykonány.

[2] V dopise ze dne 25. 5. 2011 žalobkyně uvedla, že jí v nabídce uvedené práce realizovala společnost Stavby Bohemia a.s., jejíž příslušnou divizi žalobkyně koupila na základě smlouvy o prodeji části podniku. Přešla tak na ni současně všechna hmotná a nehmotná práva související s referenčními zakázkami. Došlo navíc i k přechodu práv z pracovněprávních vztahů a mzdové náklady uvedené ve výkazu zisku a ztrát byly vyplaceny jen za období prosinec 2010. Žalobkyně dále uvedla, že smlouvami, na které čestná prohlášení jejích pracovníků odkazovala, byla smlouva o spolupráci mezi ní a Ing. V. F., resp. P. J. a dohoda o provedení práce uzavřená mezi subdodavatelem žalobce GEMA ART GROUP, a.s., a F. Z., BcA, resp. J. B..

[3] Hodnotící komise zadavatele poté dospěla k závěru, že i přes uvedené objasnění žalobkyně neprokázala splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na požadavky zadavatele v bodu 5.5.1 písm. B) podmínek zadávací dokumentace. Dle jejího názoru žalobkyně nepředložila k uvedenému převodu části podniku žádné doklady. Dospěla rovněž k závěru, že žalobkyně neprokázala splnění profesního kvalifikačního předpokladu v souladu s § 54 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. b) téhož zákona v návaznosti na bod 5.5.3 podmínek zadávací dokumentace, a to v souladu s § 51 odst. 4 písm. a) a b) citovaného zákona. Jestliže žalobkyně uvedla, že měla s Ing. V. F. a P. J. uzavřenu smlouvu o spolupráci, jednalo se o její subdodavatele. Zadavatel proto dne 31. 5. 2011 rozhodl o vyloučení žalobkyně ze zadávacího řízení. Proti tomuto vyloučení podala žalobkyně námitky, jimž však zadavatel rozhodnutím ze dne 28. 6. 2011 nevyhověl a ve stejný den rozhodl také o výběru nejvhodnější nabídky.

[4] Žalovaný následně rozhodnutím ze dne 10. 11. 2011, čj. ÚOHS-S270/2011/VZ-17214/2011/530/JNe [podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, ve znění rozhodném pro projednávanou věc], zamítl návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele dle § 114 odst. 1 písm. c) téhož zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 odst. 1 nebo 2. Žalobkyní podaný rozklad předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 17. 10. 2012, čj. ÚOHS-R267/2011/VZ-19523/2012/310/Pse, zamítl a napadené rozhodnutí žalovaného potvrdil.

[5] Žalobu proti tomuto rozhodnutí Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) v záhlaví označeným rozsudkem zamítl. V odůvodnění svého rozhodnutí předně uvedl, že „[s] ohledem na zadávací dokumentaci, by [...] bylo nutné zakázky zhotovené právním předchůdcem považovat za zakázky prokazující technickou kvalifikační způsobilost dle § 56 odst. 3

pokračování

písm. a) [zákona o veřejných zakázkách] v návaznosti na bod 5.5.1. zadávací dokumentace, pokud by samozřejmě bylo prokázáno, že uchazeč, coby právní nástupce osoby, která provedla referenční dodávku, skutečně disponuje s veškerými prostředky svého právního předchůdce, které k plnění významné dodávky využíval.“ Tuto skutečnost přitom žalobkyně nikterak nedoložila. Nelze souhlasit s tím, aby žalobkyně v jí uvedených referencích (bod 5.5.1 podmínek zadávací dokumentace) vystupovala jako zhotovitel. Tyto zakázky totiž jednoduše nezhotovovala, neboť k tomu v dané té době neměla ani oprávnění. Žalobkyně a její právní předchůdkyně jsou dvě různé právnické osoby, a žalobkyně tudíž nemohla v případě referenčních zakázek předcházejících převodu části podniku uvádět jako zhotovitele samu sebe. V opačném případě by podle názoru krajského soudu postrádal smysl požadavek obsažený v bodě 5.1 podmínek zadávací dokumentace, tedy že „[v]eškeré dokládání údajů týkající se dodavatele, se musejí vztahovat výhradně k osobě dodavatele se současným identifikačním číslem nebo k osobě, která byla právním předchůdcem dodavatele a jejíž veškeré závazky převzal dodavatel.“ Tento požadavek by byl dle krajského soudu nadbytečný, neboť pokud by žalobkyně mohla být v předmětných referencích označena sama „proč by potom zadavatel umožňoval, aby se dokládání údajů mohly vztahovat i na právního předchůdce dodavatele.“

[6] K žalobní námitce týkající se neprokázání kvalifikačních předpokladů dle bodu 5.5.3 podmínek zadávací dokumentace krajský soud konstatoval, že zadavatel musel „tuto skutečnost postavit na jisto nikoliv proto, aby zjistil pouze to, jaký je vztah mezi žalobcem a pracovníky uvedenými v nabídce, ale zejména proto, aby v případě, že se nejedná o zaměstnance žalobce, ale jeho subdodavatele, posoudil, zda splňují požadavky dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.“ Přestože zadavatel žalobkyni nad rámec svých povinností k upřesnění této otázky vyzval, ta této možnosti nevyužila a dle krajského soudu naopak její „vysvětlení, že se v předmětné věci jednalo o smlouvy o spolupráci, tyto pochybnosti ještě zvýšilo“. Přezkoumání námitek je pak zvláštním postupem zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách, jehož cílem je náprava porušení zákona, které bylo způsobeno úkonem zadavatele. Tento postup však neslouží k doplnění nebo vyjasnění nabídky a v projednávané věci tak mohlo být posuzováno pouze to, zda žalobkyně ke dni vyloučení prokázala technické a profesní kvalifikační předpoklady v návaznosti na § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a nikoliv to, co posléze v návaznosti na podané námítky doplnila. Řízení o námitkách dle § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neslouží k nápravě domněle chybných rozhodnutí zadavatele, ale toliko k nápravě rozhodnutí nezákonných.

II.

Argumenty kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[7] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) v kasační stížnosti proti tomuto rozsudku uvedla, že není sporu o tom, že stěžovatelka byla kvalifikovaná ke splnění veřejné zakázky. Sporným bylo pouze to, zda tuto kvalifikaci v souladu se zákonem a podmínkami zadávací dokumentace prokázala. Přístup krajského soudu přitom označila za účelový a formalistický.

[8] Krajský soud jí přitom dal za pravdu v tom, že v důsledku převodu podniku na ni přešla práva a povinnosti její právní předchůdkyně. Stěžovatelka tudíž dle svého mínění byla oprávněna v referencích vystupovat jako zhotovitel ačkoliv tyto zakázky fyzicky

nezhotovala. Krajským soudem citované ustanovení obsažené v bodu 5.1 podmínek zadávací dokumentace *„pouze umožňuje (a tedy nepožaduje), aby uchazeč vložil do nabídky osvědčení vydané na jinou osobu než dodavatele či jeho subdodavatele, za předpokladu současného doložení univerzálního nástupnictví této osoby.“* Předložení aktuální reference s údaji platnými ke dni podání nabídky proto taktéž zákonu o veřejných zakázkách a podmínkám zadávací dokumentace odpovídalo a bylo k prokázání kvalifikace dostatečné. Nadto v posuzované věci je situace o to složitější, že nedošlo k universální sukcesi, nýbrž pouze k převodu části podniku právní předchůdkyně stěžovatelky. Alternativní možnost prokázání kvalifikace (tj. uvedením právní předchůdkyně stěžovatelky coby zhotovitele) tudíž na tento případ nedopadá. Stěžovatelkou předložené dokumenty tak splňovaly všechny obsahové i formální náležitosti, jež odpovídaly skutečnosti a aktuálnímu právnímu stavu, což na žádost zadavatele dostatečně objasnila. Nutnost předložení dalších dokladů nejenže nebyla obsažena v podmínkách zadávací dokumentace, ale stěžovatelka k ní ani nebyla vyzvána.

[9] Stěžovatelka uvedla, že k prokázání toho, že *„disponuje opravdu veškerými jednotlivými prostředky svého právního předchůdce, které k plnění významné zakázky tento předchůdce používal, by nepochybně nepostačila pouze smlouva o převodu části podniku, ale bylo by nutné provést rozsáhlé dokazování přesahující rámec zadávacího řízení.“* Takový požadavek by byl navíc diskriminační, neboť u dalších uchazečů zadavatel nepochybně nezkoumal, zda disponují veškerými prostředky, které ke zhotovení referenčních zakázek využili. Stěžovatelka namítla, že lze stěží nutit objednatele k tomu, aby referenci vystavil na její právní předchůdkyni, jelikož ta je již informovala o tom, že již v postavení zhotovitele těchto zakázek není, nebo aby tyto reference antedatoval. Dle krajského soudu by přitom k prokázání splnění kvalifikace nestačila ani kombinace aktuálního osvědčení a smlouvy o převodu části podniku, neboť ani tak by stěžovatelka nepřeklenula jeho názor o tom, že nemohla v referenci vystupovat jako zhotovitel. Nepochopitelná je pak v této souvislosti argumentace soudu na straně 8 odůvodnění jeho rozsudku, která naopak nasvědčuje tomu, že stačilo k objasnění dané otázky doložit smlouvu o převodu části podniku a její nepředložení je důvod neprokázání kvalifikace. Stěžovatelka konstatovala, že § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách umožňuje, aby zhotovitel sice ve smluvním vztahu vystupoval, ale zakázku prováděl zcela prostřednictvím subdodavatelů; v takovém případě nezhotovuje zakázku fyzicky, avšak jeho oprávnění být coby zhotovitel uveden v referenci nikdo nezpochybňuje, ačkoli záruky na kvalitní provedení budoucí zakázky jsou v takovém případě na rozdíl od nyní projednávané věci minimální.

[10] Stěžovatelka dále poukázala na skutečnost, že podle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je to zadavatel, kdo odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek. Zadavatel si tak měl v podmínkách zadávací dokumentace vyhradit pro posouzení splnění kvalifikace nutnost poskytnutí údaje o vztahu příslušné fyzické osoby (pracovníka). Jelikož tak neučinil, nelze stěžovatelce vyčítat, že se nedovtípila, *„že k získání tohoto údaje směřovala výzva dle § 59 odst. 4 [zákonu o veřejných zakázkách], když to ani v ní není výslovně uvedeno.“* Stěžovatelkou dobrovolně uvedený údaj, dle něhož vztah určité osoby k ní je *„na základě platné smlouvy“*, přitom není způsobilý vyvolat jakékoli pochybnosti, neboť nic nevypovídá o obsahu tohoto vztahu; jednalo se o vztah pracovněprávní a nabídka proto správně neobsahovala doklady dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Měl-li zadavatel o této skutečnosti pochybnosti, měl to v žádosti ze dne 23. 5. 2011 uvést. Tato žádost přitom směřovala k objasnění subjektů těchto vztahů a stěžovatelka proto zodpovídala právě na tuto otázku. Stěžovatelka konstatovala, že *„pokud zadavatel není z údajů, jejichž*

pokračování

uvedení v nabídce požaduje zákon nebo zadávací dokumentace schopen splnit svojí povinnost dle § 51 odst. 1 [zákona o veřejných zakázkách] proto, že v zadávací dokumentaci nepožadoval uvedení údaje, který potřebuje k posouzení toho, zda absence určité listiny v nabídce odpovídá zákonu nebo jde o pochybení uchazeče, nezbyvá mu než postupem dle § 59 odst. 4 [zákona o veřejných zakázkách] toto své (zadavatelovo) pochybení odstranit a takový postup už není projevem jeho dobré vůle ale zákonné povinnosti, a to i když situace vyvolá potřebu užít tohoto institutu opakovaně.“

[11] Stěžovatelka se neztotožnila ani se závěrem krajského soudu, dle něhož předmětem posuzování v řízení o jejích námitkách proti úkonům zadavatele nemohlo být to, co v tomto řízení předložila. Stěžovatelka v obecné rovině vymezila dvě možné varianty nezákonného rozhodnutí o vyloučení: „*Bud' zadavatel úmyslně nabídku posoudil způsobem odporujícím zákonu, nebo nabídka byla správná a zadavatel ji pouze chybně interpretoval ať už proto, že nějaký údaj přehlédl nebo z uvedených údajů dovodil chybný závěr. Proto nelze uchazeči odpírat právo na objasnění skutečnosti, že údaje uvedené v nabídce jsou úplné a správné a chybný byl pouze závěr zadavatele.*“ Stěžovatelka dále zpochybnila, že zadavatel neměl povinnost zabývat se skutečným obsahem předmětných smluv, neboť právě ten (a nikoli jejich název) je z hlediska posouzení kvalifikace relevantní. Důvodem nevyhovění námitkám přitom nebyl rozsah přezkumné činnosti, ale nesprávný závěr, že ani dohoda o provedení práce nezakládá pracovní poměr mezi jejími smluvními stranami a osoby zaměstnané na základě dohody o provedení práce jsou pouze subdodavateli žalobkyně.

[12] Stěžovatelka navrhl, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

[13] Žalovaný se ve vyjádření ke kasační stížnosti se závěry krajského soudu plně ztotožnil. Uvedl, že převodem části podniku sice přechází na právního nástupce všechna práva a závazky, z toho však neplyne, že by se zpětně stal zhotovitelem předmětných referenčních zakázek. Opačný přístup by vedl k zavádějícím závěrům a vnitřním rozporům v zadávacím řízení (v posuzovaném případě by např. oprávnění k podnikání uvedené v obchodním rejstříku uchazeče odporovalo údajům v osvědčení). Získání osvědčení splňující požadavky zákona a zadávacích podmínek je přitom vždy odpovědností a rizikem dodavatele. Žalovaný konstatoval, že stěžovatelka měla „*v rámci vysvětlení dle § 59 odst. 4 zákona předložit podklady, z nichž by převod části podniku vyplýval (zejména smlouvu o převodu části podniku, na níž ve svém vysvětlení několikrát odkazoval[a]). Bez podložení svých tvrzení totiž zadavatel (a ve svém důsledku ani účastník řízení z pozice orgánu dohledu) nemůže obsah tvrzení ověřit a není sto posoudit, zda stěžovatel kvalifikaci skutečně splňuje.*“ Nešlo přitom o požadavek diskriminační, neboť v případě nabídek jiných uchazečů zadavatel obdobné pochybnosti jako v případě stěžovatelky nezískal.

[14] Dle žalovaného není rozhodné, že zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně nepožadoval, aby v životopisech techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, byl uveden druh jejich vztahu k dodavateli. Stěžovatelka tento údaj ve své nabídce uvedla způsobem, který objektivně vyvolal pochybnosti o dodržení povinností v § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, pročez byl zadavatel povinen stěžovatele k objasnění této otázky vyzvat. Svou žádost přitom formuloval zcela jasně a srozumitelně, přičemž výslovně po

stěžovatelce požadoval, aby uvedla, jaké smlouvy má s techniky (P. J. a Ing. V. F.) uzavřeny. Způsob, jakým stěžovatelka na tuto žádost reagovala, však neodstranil pochybnosti o charakteru smluv a v zadavateli důvodně vyvolal dojem, že jde o smlouvy subdodavatelské. Účelem námitek je dle žalovaného výlučně náprava (případného) porušení zákona, nikoli odstranění nedostatků či vysvětlení nabídek. V projednávané věci navíc nedošlo k vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení z důvodu nesprávné interpretace údajů v nabídce ze strany zadavatele, nýbrž proto, že ani po žádosti zadavatele podle § 59 odst. 4 zákona stěžovatelka nevyloučila, že její smluvní vztah s P. J. a Ing. V. F. nemá obchodněprávní povahu. Pokud je název smluv zavádějící, měla stěžovatelka ve svém objasnění tuto informaci uvést na pravou míru, což však neučinila. Stěžovatelka však v předmětném objasnění odlišila smlouvy o spolupráci s P. J. a Ing. V. F. a smlouvy o provedení práce uzavřené s dalšími členy týmu, aniž by uvedla, že tyto smlouvy měly stejný charakter. Závěrem žalovaný dodal, že *„pro posouzení porušení § 51 odst. 4 zákona [o veřejných zakázkách] je rozhodující skutkový stav před vyloučením uchazeče a na konstatování porušení tohoto ustanovení nemá pozdější doplňování či objasňování nabídky (např. v rámci vyřizování námitek) vliv.“*

[15] Žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

[16] Zadavatel ani osoba zúčastněná na řízení II. vyjádření ke kasační stížnosti nepodali.

III.

Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[17] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti a předpoklady věcné projednatelnosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, napadá rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je řádně zastoupen [§ 105 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“)]. Důvodnost kasační stížnosti poté posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.); neshledal přitom, že by napadené rozhodnutí či řízení jeho vydání předcházející trpělo vadami, jimiž by se musil zabývat i bez návrhu.

[18] Kasační stížnost není důvodná.

III.A K námitkám týkajícím se neprokázání kvalifikace dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách

[19] Nejvyšší správní soud předně nepřisvědčil stěžovatelčiným námitkám týkajícím se neprokázání kvalifikace dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

[20] Dle posledně citovaného ustanovení platí, že *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.* Uvedené ustanovení pak našlo svůj odraz v bodě 5.5.1 podmínek zadávací dokumentace, přičemž zadavatel si vyhradil, že *„[v]eškeré dokládání údajů týkající se dodavatele, se musejí vztahovat výhradně k osobě dodavatele se*

pokračování

současným identifikačním číslem nebo k osobě, která byla právním předchůdcem dodavatele a jejíž veškeré závazky převzal dodavatel“ (bod 5.1 podmínek zadávací dokumentace).

[21] Nejvyšší správní soud ve shodě s krajským soudem i žalovaným nikterak nepochybně, že převodem části podniku na stěžovatelku přešla práva a povinnosti její právní předchůdkyně v rozsahu, jenž se k této části podniku vztahoval. Zcela klíčový je ovšem fakt, že stěžovatelka uskutečnění převodu v průběhu zadávacího řízení nikterak nedoložila. Již sama tato skutečnost by přitom k vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení postačovala, neboť pokud stěžovatelka opírala část své kvalifikace o prostředky nabyté tvrzeným převodem, byla povinna takové tvrzení i náležitě prokázat. Nejvyšší správní soud proto přisvědčil závěru krajského soudu, dle něhož *„[p]ouhé sdělení o převodu části podniku nemohlo rozpor nepochybným způsobem objasnit, byť bylo jasné a srozumitelné. Nebylo však nijak průkazné. Tento žalobní bod tak lze uzavřít připomenutím, že žalobci nebylo vyčteno, že nesplnil technické kvalifikační předpoklady, nýbrž to, že neprokázal, že je skutečně splňoval a tento závěr byl dle soudu v souladu se zákonem.“*

[22] Námitka stěžovatelky, dle které by zjištění reálné dispozice s veškerými jednotlivými prostředky její právní předchůdkyně (tj. typicky zaměstnanci, technikou, know-how apod.) vyžadovalo rozsáhlé dokazování, tudíž není v nyní posuzované věci případná, neboť pro zadavatele nebylo najisto postaveno ani to, že k předmětnému převodu části podniku došlo. Nejedná se přitom o jakkoli diskriminační jednání, jak sugeruje stěžovatelka, neboť u ostatních dodavatelů takováto pochybnost o splnění předmětné podmínky jednoduše nevznikla. Krajský soud pak srozumitelně vysvětlil, že k prokázání dané kvalifikace mohlo (a contrario dle Nejvyššího správního soudu ovšem v pochybnostech nikoli nutně muselo) postačovat předložení dokladů o převodu části podniku. Této úvaze nemá Nejvyšší správní soud co vytknout, neboť ji považuje za správnou.

[23] Avšak ani v případě prokázání stěžovatelkou tvrzeného uskutečnění převodu části podniku by z tohoto faktu automaticky neplynulo, že stěžovatelka získala oprávnění vystupovat v zadávacím řízení coby zpracovatel referenčních zakázek, jež ve skutečnosti zpracovávala její právní předchůdkyně, a to z následujících důvodů.

[24] Nejvyšší správní soud se neztotožnil se stěžovatelčím výkladem shora citované podmínky obsažené v bodě 5.1 podmínek zadávací dokumentace. Zadavatel tím, že umožnil, aby dodavatel v referencích uvedl coby zhotovitele svého právního předchůdce, vyšel vstříc subjektům, jež by dostatečnou kvalifikaci prostřednictvím referencí prokázat nemohly, neboť požadované zakázky samy nezhotovovaly, avšak v důsledku právního nástupnictví touto kvalifikací, resp. potřebnými prostředky disponují. Z toho ovšem nelze dovozovat, že jde pouze o jakési alternativní či snad dokonce volitelné označení zhotovitele, neboť cílem předmětné podmínky (a v obecné rovině prakticky veškerých ustanovení podmínek zadávací dokumentace) je bezpochyby vykreslení reálného a nikoli fiktivního stavu, to jest skutečné prokázání kvalifikačních předpokladů dodavatele.

[25] Uvedení přímého zhotovitele – nikoliv jen jeho právního nástupce – referenčních zakázek má svůj význam především proto, že zadavatel by v opačném případě mnohdy fakticky pozbyl možnost relevantního zhodnocení toho, zda dodavatel skutečně

požadovanou kvalifikaci (typicky v podobě lidských či technických prostředků, které se na zhotovení referenčních zakázek podílely) má či nikoli. Jak totiž plyne z žádosti zadavatele o objasnění informací k prokázání kvalifikace ze dne 23. 5. 2011, pochybnost o správnosti referencí získal v projednávané věci zadavatel pouze a právě proto, že v době zhotovování referenčních zakázek stěžovatelka neměla živnostenské oprávnění k provádění staveb, jejich změn a odstraňování, tedy na základě (zadavatelem nepřehlédnuté) shody okolností. Pokud by zadavateli tato pochybnost nevznikla, stěžovatelka by se relevantnímu hodnocení své kvalifikace v této otázce (v rozsahu zadavatelem rozporovaných referenčních zakázek) prakticky zcela vyhnula.

[26] Z týchž důvodů nelze přijmout ani stěžovatelčinu námitku, dle níž v posuzované věci je významné, že nedošlo k univerzální sukcesi ve vztahu k její právní předchůdkyni, nýbrž pouze k převodu části podniku, protože se vůči ní „alternativní“ možnost prokázání kvalifikace neuplatní. Jakkoli by doslovné čtení shora citovaného požadavku stanoveného v bodě 5.1 podmínek zadávací dokumentace (*„jejíž veškeré závazky převzal dodavatel“*) mohlo k takovému přístupu svádet, postrádá nabízený výklad jakékoli racionální jádro. Zejména v případech velkých obchodních společností je běžné, že různé její části vykonávají různé – leckdy vzájemně ne zcela související – činnosti. Stěžovatelčin výklad bodu 5.1 podmínek zadávací dokumentace by tudíž potenciálně vedl k absurdním situacím, v nichž by dodavatel, jenž sám doposud nezhotovoval požadovaný typ zakázek, byl nucen převzít celou obchodní společnost, jež naopak příslušné reference má, ačkoli činnosti jejích jednotlivých částí mohou být předmětu zamýšlené veřejné zakázky velmi vzdáleny. Formulaci *„jejíž veškeré závazky převzal dodavatel“* je tedy nutno vykládat tak, že jde o veškeré závazky týkající se předmětných referenčních zakázek.

[27] Striktní výklad zvolený stěžovatelkou by navíc ve světle nutnosti uvedení reálného zhotovitele referenčních zakázek v důsledku znamenal, že by stěžovatelka, jež převzala pouze část podniku své právní předchůdkyně, nemohla sporné referenční zakázky ve své nabídce vůbec uplatnit. Nejvyšší správní soud se přitom zcela ztotožnil s názorem žalovaného, dle něhož získání referencí (osvědčení) splňujících požadavky zákona a zadávacích podmínek je vždy odpovědností a rizikem dodavatele. Není tudíž důvodná ani stěžovatelčina námitka, dle níž lze stěžít nutit objednatele referenční zakázky k tomu, aby referenci vystavil na její právní předchůdkyni či antedatoval. Nic totiž nebránilo stěžovateli, aby u objednatelů referenčních zakázek vyžádala příslušná potvrzení (reference) ve vztahu k jejich skutečnému zhotoviteli, tj. její právní předchůdkyni, a ta doplnila důkazem o svém právním nástupnictví.

[28] Nepřípadná je i stěžovatelčina argumentace, dle které § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách umožňuje, aby dodavatel zakázku prováděl zcela prostřednictvím subdodavatelů, aniž by se na zhotovení zakázky podílel fyzicky, a zároveň později v referencích jako zhotovitel sám vystupoval. Tato situace je totiž od nyní posuzované věci kvalitativně zcela odlišná. Dodavatel zhotovující zakázku prostřednictvím subdodavatelů je totiž smluvní stranou příslušné smlouvy uzavřené se zadavatelem (na rozdíl třeba právě od právního nástupce v případě převodu podniku, který zakázku zhotovoval). Skutečnost, že zakázku nezhotovuje fyzicky sám, přitom zohledňuje § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách stanovením dodatečných kritérií, jež je dodavatel za účelem prokázání své kvalifikace povinen splnit. Následné uvedení takového dodavatele coby zhotovitele veřejné zakázky v referencích je pak v materiální rovině odůvodnitelné také tím, že tento prokázal svou schopnost (byť třeba jen v rovině manažerské) zakázku požadovaného rozsahu uskutečnit.

pokračování

Totéž ovšem nelze a priori dovozovat u subjektu, který doposud žádnou zakázku nezhotovil, a svou kvalifikaci odvíjí pouze od tvrzení, že převodem nabyt část podniku, která se (prý) v minulosti na takovýchto zakázkách podílela.

[29] Nejvyšší správní soud proto neshledal, že by postup krajského soudu byl jakkoli účelový či formalistický. Stěžovatelka naopak povyšuje jen tvrzené právní nástupnictví nad jeho obsah, tj. nad označení reálného zhotovitele referenčních zakázek. Krajský soud tudíž správně dovodil, že předmětný požadavek „*lze v návaznosti na bod 5.5.1 zadávací dokumentace vykládat pouze tím způsobem, že přesné identifikační údaje uchazeče měly být v referencích uvedeny pouze v případě, že tento uchazeč tyto konkrétní zakázky skutečně zhotovil. Opačný výklad by nepochybně odporoval vůli zadavatele. Jestliže by totiž byla validní argumentace žalobce, že mohl být v referencích označen sám, proč by potom zadavatel umožňoval, aby se dokládání údaje mohly vztahovat i na právního předchůdce dodavatele. Takové ustanovení by bylo nadbytečné.*“

III.B K námitkám týkajícím se neprokázání kvalifikace dle § 54 písm. d), § 56 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 51 odst. 4 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách

[30] Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani stěžovatelčiným námitkám týkajícím se neprokázání její kvalifikace v otázce jejího smluvního vztahu s P. J. a Ing. V. F..

[31] Stěžovatelka sice správně uvádí, že dle § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách *[z]a správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel*, nicméně otázka správnosti a úplnosti podmínek zadávací dokumentace v nyní posuzované věci postrádá relevanci. Není podstatné, že zadavatel v podmínkách zadávací dokumentace výslovně nepožadoval konkretizaci smluvního vztahu dodavatele a jeho pracovníků, neboť právě z použití pojmu „pracovník“ v bodu 5.5.3 podmínek zadávací dokumentace bylo dostatečně zřejmé, že tento vztah musí mít pracovněprávní povahu; pokud by tomu tak nebylo, jednalo by se o vztah subdodavatelství podléhající dle zákona o veřejných zakázkách zvláštnímu režimu. Pokud v čestných prohlášeních P. J. a Ing. V. F. bylo uvedeno pouze tolik, že jejich vztahy ke stěžovateli byly založeny na základě platné smlouvy, šlo o zcela neurčitý údaj, který pochybnosti o povaze tohoto vztahu nevyklučoval, a to právě proto (jak ostatně uvádí i stěžovatelka), že o obsahu tohoto vztahu ve skutečnosti vůbec nic nevypovídal.

[32] Není přitom pravdou, že by zadavatelova žádost ze dne 23. 5. 2011 směřovala pouze k odstranění pochybností týkajících se subjektů předmětných vztahů, neboť ten v ní výslovně také uvedl, že žádá objasnění otázky, „*na základě jaké smlouvy budou uvažované práce vykonávány*“. Na tuto žádost stěžovatelka reagovala tvrzením, dle kterého v případě P. J. a Ing. V. F. „*[s]mlouvami, na které čestná prohlášení odkazovala, jsou smlouva o spolupráci uzavřená mezi uchazečem na jedné straně a panem Ing. V. F., resp. P. J. na straně druhé a dohoda o provedení práce uzavřená mezi subdodavatelem GEMA ART GROUP a. s., na straně jedné a panem F. Z. BcA. resp. J. B. na straně druhé.*“ Toto tvrzení však nebylo způsobilé shora uvedenou pochybnost o povaze smluvního vztahu odstranit, neboť i tento údaj postrádá ve vztahu k obsahu předmětných vztahů s P. J. a Ing. V. F. jakoukoli vypovídací hodnotu. Přestože uvedená žádost zadavatele neobsahovala výslovný požadavek na předložení předmětných smluv (či alespoň popis jejich obsahu), stěžovatelce muselo být zřejmé, že

pouhé „zpřesnění“ označení těchto smluv, jež samo o sobě nikterak k objasnění věci nepřispělo, nemohlo otázku jejich povahy uspokojivým způsobem zodpovědět. Stěžovatelce tak v podstatě není vytýkáno to, že se „nedovtípila“, jakých informací se zadavatel domáhal, nýbrž to, že na žádost zadavatele pouze nahradila jeden neurčitý údaj neurčitým údajem jiným – o povaze předmětných smluv opět ničeho nevypovídajícím. Jak přitom správně dovodil krajský soud, za úplnost a správnost předložené nabídky odpovídá dodavatel (uchazeč). Stěžovatelčina pasivita v otázce prokázání kvalifikace dle bodu 5.5.3 podmínek zadávací dokumentace jde proto zcela k její tíži.

[33] Nejvyšší správní soud se neztotožnil ani se stěžovatelčíným závěrem, že zadavatel měl povinnost přetrvávající pochybnosti o splnění její kvalifikace dodatečně opakovaným dotazováním odstranit. Nelze totiž přehlédnout, že podání žádosti o objasnění nejasností ohledně splnění kvalifikace dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je podobně jako žádost o vysvětlení nabídky dle § 76 odst. 3 téhož zákona pouze fakultativním postupem zadavatele (srov. např. rozsudek krajského soudu ze dne 6. 10. 2011, čj. 62 Af 50/2010-104, č. 2608/2012 Sb. NSS). Břemeno prokázání kvalifikace totiž spočívá na dodavateli a žádost o objasnění dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách tedy nesměřuje k naplnění povinnosti zadavatele dle § 51 odst. 1 téhož zákona, jak nesprávně dovozuje stěžovatelka. Dle posledně citovaného ustanovení sice platí, že *[v]eřejný zadavatel je povinen požadovat prokázání splnění kvalifikace dodavatele, nestanoví-li tento zákon jinak*, nicméně to znamená pouze tolik, že zadavatel nemůže od požadavku prokázání kvalifikace ustoupit, nikoli však to, že zadavatel musí k prokázání kvalifikace dodavatele opakovaně (či vůbec) vyzývat.

III.C K námitkám týkajícím se nezohlednění dodatečných tvrzení stěžovatelky v řízení o námitkách dle § 110 zákona o veřejných zakázkách

[34] Nedůvodné jsou i stěžovatelčiny námitky, dle nichž měl zadavatel v řízení o námitkách dle § 110 zákona o veřejných zakázkách zohlednit skutečnosti jí uplatněné až v tomto řízení.

[35] Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěrem krajského soudu, dle něhož *„[p]řezkoumání námitek je zvláštním postupem zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách, jehož cílem je náprava porušení zákona, které bylo způsobeno úkonem zadavatele. Není to postup, který slouží k doplnění nebo vyjasnění nabídky.“* To ostatně plyne i z dikce § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, dle něhož může námitky podat *kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech*. Námitkové řízení tudíž slouží skutečně pouze k přezkumu zákonnosti úkonů zadavatele a nikoli k dalšímu doplňování kvalifikační způsobilosti dodavatele.

[36] V nyní posuzované věci však nelze dovodit ani to, že by stěžovatelce vznikla újma na jejích právech. Stěžovatelka byla povinna prokázat svou kvalifikaci primárně již ve lhůtě pro podání nabídek (§ 52 odst. 1 věta první zákona o veřejných zakázkách). Vzhledem k tomu, že údaje obsažené ve stěžovatelčině nabídce vzbudily v zadavateli shora popsané pochybnosti, umožnil stěžovatelce jejich objasnění prostřednictvím (fakultativní) žádosti dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Jelikož však stěžovatelka na tuto žádost adekvátně nereagovala, nelze zadavateli vytýkat, že ji ze zadávacího řízení vyloučil.

pokračování

Obsahem námitek dle § 110 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách pak sice nepochybně může být – jak naznačuje stěžovatelka - poukaz na protizákonné posouzení nabídky, její chybnou interpretaci, přehlédnutí některého z údajů či nesprávné závěry z uvedených údajů dovozené, nelze jimi však obcházet povinnost prokázat splnění kvalifikace již v průběhu zadávacího řízení. Zadavatel proto nepochybil, pokud v rozhodnutí o námitkách nepřihlédl k těm (až v námitkách uplatněným) tvrzením stěžovatelky, dle nichž smlouvy o spolupráci měly být „*formou dohody o provedení práce*“.

[37] Z tohoto důvodu Nejvyšší správní soud nepřisvědčil ani námitce stěžovatelky, dle níž se zadavatel měl zabývat skutečným obsahem předmětných smluv. Ten totiž stěžovatelka v průběhu zadávacího řízení nikterak nevyjevila, přičemž jak k tomu krajský soud správně uvedl, „*[t]ěžko lze vyčítat zadavateli, že smlouvu o spolupráci neinterpretoval jako dohodu o provedení práce, kterou měla ve skutečnosti představovat.*“ Nejvyšší správní soud k tomu dodává, a to i ve shodě s vyjádřením žalovaného, že taková interpretace není koneckonců ani v souladu s faktem, že zatímco u P. J. a Ing. V. F. stěžovatelka v reakci na zadavatelovu výzvu reagovala sdělením, že s těmito osobami jde o vztah na základě „*smlouvy o spolupráci*“, u F. Z., BcA a J. B. výslovně jejich smluvní vztah se subdodavatelem označila jako „*dohodu o provedení práce*“ (viz zde odst. [32]). Vskutku jen ztěžka mohl zadavatel za takto stěžovatelkou nastoleného skutkového stavu mít bez pochybností za jisté, že také u P. J. a Ing. V. F. jde o dodatečné doložení existence pracovněprávního vztahu.

IV.

Závěr a rozhodnutí o nákladech řízení

[38] Nedůvodnou kasační stížnost proto Nejvyšší správní soud dle § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. O věci přitom rozhodl bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[39] Vzhledem k tomu, že stěžovatelka neměla ve věci úspěch, žalovanému nevznikly náklady nad rámec jeho úřední činnosti a osobám zúčastněným na řízení podle obsahu spisu nevznikly žádné náklady vzešlé z povinnosti, kterou jim soud uložil, nemají účastníci dle § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s., právo na náhradu nákladů řízení.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 20. srpna 2015

Daniela Zemanová
předsedkyně senátu