



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, PhD. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **White & Case, s.r.o., advokátní kancelář**, IČO 07744536
sídlem Na příkopě 854/14, Nové Město, 110 00 Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti
osob zúčastněných
na řízení:

1) Ministerstvo průmyslu a obchodu, IČO 47609109,
sídlem Na Františku 32, 110 00 Praha

2) HAVEL & PARTNERS, s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807
sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. 9. 2020, č. j. ÚOHS-29695/2020/322/HSc,

takto:

- I. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 6. 2020, č. j. ÚOHS-19108/2020/544/AHn, a rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 9. 2020, č. j. ÚOHS-29695/2020/322/HSc, **se zrušují a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.**
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 3 000 Kč.

III. Osoby zúčastněné na řízení 1) a 2) **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Rozhodnutím žalovaného ze dne 23. 6. 2020, č. j. ÚOHS-19108/2020/544/AHn (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), byl zamítnut návrh žalobce na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastněné na řízení 1) – při zadávání veřejné zakázky „Právní služby pro stát ve věci uzavření smlouvy mezi státem a společností ČEZ, a. s. a vyjednávání s Evropskou komisí“, ev. č. Z2019-035079 (dále jen „veřejná zakázka“). Proti prvostupňovému rozhodnutí brojil žalobce rozkladem, který byl rozhodnutím předsedy žalovaného ze dne 22. 9. 2020, č. j. ÚOHS-29695/2020/322/HSc (dále jen „napadené rozhodnutí“), podle 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítnut, přičemž prvostupňové rozhodnutí jím bylo potvrzeno.

II. Stanoviska účastníků řízení

2. Žalobce se domáhá zrušení správních rozhodnutí obou stupňů a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Namítá, že Ministerstvo průmyslu a obchodu (dále jen „zadavatel“) porušilo svoji zákonnou povinnost vyloučit vybraného dodavatele HAVEL & PARTNERS, s.r.o., advokátní kancelář (dále jen „vybraný dodavatel“) pro rozpor předložených údajů se zadávacími podmínkami. Vybraný dodavatel prokázal 100 % služeb uvedených na seznamu vybraných služeb, tj. zásadní část své technické kvalifikace, pomocí poddodavatele – společnosti Ashurst LLP. Tato společnost se však k plnění veřejné zakázky zavázala pouze na bázi „strategického poradenství vyšší úrovně“, což nepředstavuje dostatečné zapojení poddodavatele ve smyslu § 83 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“). Navíc se Ashurst LLP nezavázala plnit veřejnou zakázku také v České republice a Lucemburku, jak zadávací dokumentace předpokládá. Skrze dodatečné Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny došlo k nepřípustné změně nabídky v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ, jelikož byl rozšířen závazek poddodavatele společnosti Ashurst LLP. Žalovaný tak neměl přihlížet k závazku společnosti Ashurst LLP k přenosu *know-how* a k poskytování podpory ve všech místech plnění veřejné zakázky. Rámcová smlouva (příloha č. 3 Zadávací dokumentace) obsahuje pravidlo, že veřejná zakázka bude plněna pouze členy realizačního týmu. Součástí realizačního týmu vybraného dodavatele jsou dva právníci společnosti Ashurst LLP, přičemž jeden z nich sídlí v londýnské pobočce společnosti, druhý sídlí v pobočce pařížské. Tvrzení vybraného dodavatele o snížení cestovních nákladů díky zapojení bruselských právníků je tak v rozporu se zadávacími podmínkami, jelikož by se na plnění veřejné zakázky podílely také osoby stojící mimo realizační tým.
3. Žalovaný ve svém vyjádření odkazuje na napadené rozhodnutí a navrhuje, aby soud žalobu zamítl. Dále uvádí, že předmět plnění veřejné zakázky tak, jak je vymezen v zadávací dokumentaci, nestanovuje, do jaké míry požaduje účast jednotlivých členů realizačního týmu. Z toho nelze dovodit v jakém rozsahu má být Ashurst LLP do plnění zakázky zapojen. V poddodavatelské smlouvě je uveden přesný popis právních služeb, které se poddodavatel zavazuje poskytnout. Tento popis v podstatě kopíruje popis právních služeb uvedených v rámcové dohodě o poskytování právních služeb, jež je součástí zadávací

dokumentace. Po vybraném dodavateli nelze požadovat, aby závazek poddodavatele specifikoval podrobněji než sám zadavatel v zadávacích podmínkách. Ashurst LLP pak ve svém dodatečném prohlášení vysvětlila nejasnosti ohledně místa plnění a zavázala se k poskytnutí veškerého specifického *know-how* a účasti na jednání v místech plnění veřejné zakázky v nezbytném rozsahu. Z poddodavatelské smlouvy a prohlášení společnosti Ashurst LLP lze vyvodit závěr o dostatečné participaci společnosti na plnění veřejné zakázky. V tomto případě se nejedná o změnu nabídky, jelikož prohlášením společnosti Ashurst LLP byly pouze odstraněny pochybnosti. Argumentace žalobce týkající se zapojení bruselských právníků směřuje již do následného způsobu realizace veřejné zakázky, je na zhodnocení zadavatele, zda rizika spojená s realizací veřejné zakázky vybraným dodavatelem ponese. Pochybnosti žalobce neplynou ze samostatné nabídky, ale z výše nabídkové ceny. Právě z důvodu nízké výše nabídkové ceny si zadavatel od vybraného dodavatele vyžádal odůvodnit mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „MNNC“) a pokud shledal toto odůvodnění dostatečným, nemá žalobce ani žalovaný oprávnění vstupovat do jeho úvah. I když vybraní právníci společnosti Ashurst LLP nejsou členy bruselské pobočky, mohou tam za účelem jednání přicestovat.

4. Žalobce v replice doplňuje, že žalovaný přehlíží zcela zjevnou skutečnost, že vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace pomocí společnosti Ashurst LLP v rozsahu 100 %. Poddodavatelský závazek Ashurst LLP k poskytování „strategického poradenství vyšší úrovně“ je tak z pohledu požadavků § 83 ZZVZ zcela nedostačující. Ohledně nabídky vybraného dodavatele nepanovaly pochybnosti, z poddodavatelské smlouvy zcela jasně vyplýval rozsah zapojení společnosti Ashurst LLP. Dodatečným prohlášením vybraného dodavatele tak nedošlo k odstranění pochybností, ale ke změně rozsahu zapojení společnosti Ashurst LLP do plnění veřejné zakázky. Tvrzení o zapojení bruselských právníků použil vybraný dodavatel na podporu své argumentace, že nebudou vznikat přebytné cestovní náklady. Pokud by vybraní právníci společnosti Ashurst LLP museli na jednání cestovat z Londýna nebo Paříže, zajisté by jim cestovní náklady vznikaly. Tvrzení o zapojení bruselských právníků a na něj navazující tvrzení o eliminaci cestovních nákladů proto lze vykládat pouze tak, že se na realizaci veřejné zakázky budou podílet také právníci bruselské pobočky, což je v rozporu se zadávacími podmínkami.

III. Posouzení věci krajským soudem

5. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2, věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů; dále jen „s. ř. s.“), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek (§ 51 odst. 1 s. ř. s.). Při rozhodování soud vycházel z obsahu správního spisu, nad jehož rámec nebylo potřeba provádět dokazování.
6. Soud předně uvádí, že soudní řízení správní je založeno na principu plné jurisdikce. Žalobce je tudíž oprávněn uvést v žalobě všechny důvody, pro které považuje napadené správní rozhodnutí za nezákonné [srov. usnesení Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) ze dne 26. 8. 2008, č. j. 7 Afs 54/2007-62 nebo usnesení NSS ze dne 2. 5. 2017, č. j. 10 As 24/2015-71, všechna zde citovaná rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz]. Tím spíše pak nemůže být na překážku soudnímu přezkumu to, že žalobce jednu

z námitek uplatnil až v rozkladu, konkrétně námitku nezákonné změny nabídky. Šlo totiž o námitku, kterou žalobce reagoval na skutečnosti, o kterých se dozvěděl až z prvostupňového rozhodnutí. Jejímu uplatnění proto nebránila koncentrace řízení (viz § 82 odst. 4 správního řádu). Soud se tak bude zabývat i touto námitkou.

7. Podle § 46 odst. 1 a 2 zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. V takovém případě se doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti za změnu nabídky nepovažují, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
8. Uvedené ustanovení obsahuje tři způsoby manipulace s nabídkou, její objasnění, doplnění nebo změnu. Aby zadavatel mohl požadovat objasnění nabídky, musí nabídka logicky obsahovat nějakou nejasnost. Možnost objasnění nejasných skutečností má však své hranice, nepřipustným je například objasňování nejednoznačných částí nabídky, jejichž dodatečným objasněním může daný uchazeč reagovat na nabídky ostatních uchazečů a získat tak nepřipustnou výhodu (podrobněji viz rozsudek NSS ze dne 3. 6. 2015, č. j. 2 As 6/2015-38). Uchazeč může dále nabídku na žádost doplnit o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Jakákoliv jiná manipulace s nabídkou po uplynutí lhůty pro podání nabídek se považuje za změnu nabídky. Změna nabídky po uplynutí lhůty pro podání nabídek je přitom přípustná pouze tehdy, stanoví-li tak výslovně zákon (viz text zákona: „nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak“). Změna nabídky, která není zákonem výslovně připuštěna, je tudíž zakázána.
9. Pro posouzení tohoto sporu je stěžejní zodpovězení otázky, zda vybraný uchazeč postupem podle § 46 ZZVZ pouze objasnil nejasnosti týkající se jeho nabídky nebo zda svoji nabídku materiálně změnil.
10. Vybraný dodavatel v zadávacím řízení prokázal splnění kvalifikačních předpokladů pomocí svého poddodavatele společnosti Ashurst LLP ze 100 %. Vztah mezi vybraným dodavatelem a Ashurst LLP se řídí poddodavatelskou smlouvou. Předmět smlouvy je upraven v čl. II, do 1-3 odstavce tohoto článku je pak zkopírován text zadávací dokumentace, týkající se předmětu plnění veřejné zakázky. Odstavec 4 pak obsahuje rozdělení povinností mezi vybraného dodavatele a Ashurst LLP, přičemž vybraný dodavatel má být dle smlouvy hlavním dodavatelem a Ashurst LLP má poskytovat pouze „strategické poradenství vyšší úrovně“. Ashurst LLP má podporu poskytovat ze svých kanceláří v Londýně, Paříži a Bruselu, pouze ve výjimečných případech a po dosažení dohody o ohledně hrazení cestovních výloh je Ashurst LLP povinna poskytovat podporu a účastnit se jednání na území České republiky.
11. Zadavateli dle jeho slov vznikly pochybnosti, zda zapojení společnosti Ashurst LLP podle poddodavatelské smlouvy do plnění veřejné zakázky splňuje požadavky § 83 ZZVZ a čl. 5.6.2 Zadávací dokumentace. Proto v Žádosti o zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny a objasnění či doplnění údajů ze dne 22. 1. 2020 (dále jen „Žádost o zdůvodnění“) vyzval vybraného dodavatele, aby tyto pochybnosti vyvrátil.

Vybraný dodavatel v reakci na Žádost o zdůvodnění zaslal zadavateli Prohlášení poddodavatele, ve kterém se společnost Ashurst LLP zavázala k tomu, že se bude na plnění veřejné zakázky podílet v rozsahu potřebném k řádné realizaci veřejné zakázky. To spatřuje zejména v závazku přenést veškeré specifické *know-how* a účasti členů realizačního týmu Ashurst LLP na jednání v místech plnění veřejné zakázky v takovém rozsahu, v jakém taková účast bude účelná a nezbytná pro řádnou realizaci veřejné zakázky.

12. Soud se neztotožnil s argumentací žalovaného, že se v daném případě jednalo pouze o objasnění nejasné části nabídky. Z původního závazku Ashurst LLP k poskytování strategického poradenství vyšší úrovně je dostatečně seznatelná míra zapojení poddodavatele do plnění veřejné zakázky. Ashurst LLP se zjevně neměla podílet na dílčích plněních veřejné zakázky, měla vybranému dodavateli pouze radit ohledně klíčových (strategických) otázek. To podporuje také skutečnost, že se jedná o poradenství vyšší úrovně, což dále evokuje, že se členové realizačního týmu od společnosti Ashurst LLP neměli podílet na plnění „běžných“ úkolů souvisejících s plněním veřejné zakázky. Z poddodavatelské smlouvy také vyplývá, že účast členů realizačního týmu od Ashurst LLP na jednáních v České republice je podmíněná. Uvedené zcela jasně vyplývá z poddodavatelské smlouvy, zadavateli proto nemohly vzniknout pochybnosti o tom, zda je zapojení Ashurst LLP do plnění veřejné zakázky dostatečné, jelikož bylo zřejmé, že toto zapojení dostatečné není (o tom podrobněji níže). Lze proto učinit dílčí závěr, že původní nabídka neobsahovala žádné nejasnosti ohledně míry zapojení poddodavatele Ashurst LLP do plnění veřejné zakázky.
13. I přesto zadavatel vyzval vybraného dodavatele, aby postupem podle § 46 ZZVZ opravil svoji nabídku. Prohlášení poddodavatele předložené vybraným dodavatelem v reakci na žádost podle § 46 ZZVZ pak původní závazek Ashurst LLP k poskytování strategického poradenství vyšší úrovně modifikuje, nikoliv objasňuje. Ashurst LLP se nově zavázala vedle poradenství vyšší úrovně také k přenosu veškerého potřebného *know-how* a zejména k účasti na jednáních v České republice. Je zřejmé, že se tímto prohlášením Ashurst LLP zavázala také k plnění části „běžných“ úkolů souvisejících s plněním veřejné zakázky (tj. k účasti na jednáních). Bezpochyby tak došlo ke změně původního závazku k (pouze) strategickému poradenství vyšší úrovně. Vybraný dodavatel tak změnil svoji nabídku v materiálním smyslu, což je podle § 46 odst. 2 věty první ZZVZ zakázáno. Nemožnost materiální změny nabídky pak ve svojí rozhodovací praxi dovodil i sám žalovaný, například v rozhodnutí ze dne 30. 8. 2019, č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc.: *„Podstatou je totiž možnost pouhého doplnění či upřesnění již podané nabídky, tedy dodání něčeho, co původně chybělo, nebo vysvětlení něčeho, co původně mohlo být chápáno různými způsoby. Jde tedy o údaje či podklady, které zadavatel hodlal předložit v jím pojatém významu již s podáním nabídky, avšak vlivem administrativního pochybení nebo vlivem odlišného výkladu, než jaký zastává zadavatel, je předložil chybně nebo v nabídce omylem zcela absentují. Nelze však připustit prostřednictvím postupu dle § 46 odst. 2 zákona nápravu takového pochybení, které spočívá v chybě dodavatele jakožto odborníka na oblast plnění veřejné zakázky. Jak správně konstatuje zadavatel ve svém rozkladu, prostřednictvím postupu dle § 46 odst. 2 zákona nelze provést materiální změnu nabídky, ale pouze toliko změnu formální, kdy obsah nabídky zůstává totožný, pouze je doplněna původně chybějící informace, nebo je jiná původně zadavateli nejasná informace vysvětlena, případně je uvedena na pravou míru zjevná, lehce popsitelná a zároveň vysoce pravděpodobně lehce vysvětlitelná nejasnost (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, čj. 62 Af 50/2010-104).“*

14. Soud tak na základě výše uvedené argumentace dospěl k závěru, že vybraný dodavatel změnil svoji nabídku v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ. Zadavatel proto neměl k této změně přihlížet.
15. Žalobce dále namítá, že z poddodavatelské smlouvy vyplývá, že společnost Ashurst LLP není dostatečně zapojena do plnění veřejné zakázky ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. To je v rozporu také s čl. 5.6.2 Zadávací dokumentace, která obsahuje totožné pravidlo jako § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ.
16. Krajský soud předesílá, že vzhledem k tomu, že k dodatečnému prohlášení poddodavatele nemělo být přihlíženo, měla by být otázka míry zapojení poddodavatele hodnocena skutečně pouze na základě původního závazku obsaženého v poddodavatelské smlouvě.
17. Podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.
18. Možnost prokazování kvalifikace však nemá vést k prostému „kupování kvalifikace“ pro veřejnou zakázku. Není žádoucím jevem, aby byly veřejné zakázky zadávány uchazečům, kteří by sami zásadně nesplňovali zadavatelem stanovené kvalifikační předpoklady a tento nedostatek by nahrazovali subdodavatelsky. Smyslem subdodavatelského způsobu prokazování kvalifikace je tedy umožnit zásadně vhodnému a kompetentnímu dodavateli pouze doplnit vlastní kvalifikační předpoklady dílčími kvalifikačními předpoklady v určitých specifických segmentech, které splňuje jeho subdodavatel. Pokud má ze subdodavatelské smlouvy vyplývat „závazek subdodavatele“, je primárně třeba, aby subdodavatelská smlouva vůbec obsahovala nějakou jasně vymezenou kvalifikační dovednost (schopnost, licenci, zkušenost) a reálný platný závazek k jejímu plnění. Subdodavatelská smlouva proto vždy musí splňovat minimálně obecné požadavky na platnost právních úkonů. To znamená, že kromě obecných požadavků na platnost právního úkonu musí subdodavatelská smlouva být dostatečně určitá a srozumitelná. Mimo těchto minimálních požadavků je však třeba trvat také na tom, aby formulace takové smlouvy byla natolik konkrétní, že z ní bude zřejmé, jaká část kvalifikačních předpokladů bude za dodavatele prokázána prostřednictvím subdodavatele. Obecnými formulacemi, z nichž nemůže být postaveno najisto, jaké konkrétní plnění nebo jaké věci či práva mají být poskytovány, nemůže být prokázán žádný jejich konkrétní obsah ani rozsah. (srov. rozsudek NSS ze dne 14. 5. 2015, č. j. 3 As 204/2014-46, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2014, č. j. 62 Af 57/2013-90, č. 3265/2015 Sb. NSS, rozsudek Krajského soudu ze dne 10. 6. 2020, č. j. 29 Af 34/2017-220 a rozsudek Krajského soudu ze dne 10. 6. 2020, č. j. 29 Af 48/2017-159). Uvedená judikatura se sice vztahuje k § 51 odst. 4 písm. b) zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, nicméně dané ustanovení obsahovalo stejné pravidlo, jako nyní obsahuje § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Závěry citované judikatury jsou tak aplikovatelné také na ZZVZ.
19. V tomto případě zadavatel k prokázání splnění technické kvalifikace požaduje podle čl. 5.4 Zadávací dokumentace předložení seznamu významných služeb, seznamu členů realizačního týmu a osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci. Z dalších článků Zadávací

dokumentace vyplývá, že seznam významných služeb musí obligatorně obsahovat minimálně 1 právní službu spočívající v přípravě smluvní dokumentace z oblasti energetiky, 1 právní službu z oblasti energetiky spočívající v zastupování klientů/poskytování podpory při jednáních s orgány Evropské komise, 2 právní služby spočívající v právním poradenství v oblasti finančních a kapitálových transakcí v oblasti energetiky a 2 právní služby spočívající v právním poradenství v oblasti práva obchodních korporací, které zahrnovaly úpravu vztahů mezi společníky. Zadávací dokumentace dále klade požadavky na délku advokátní praxe a znalost anglického a českého jazyka alespoň u některých členů realizačního týmu. Z povahy těchto kritérií vyplývá, že požadavek na předložení významných právních služeb je nejdůležitějším kritériem pro hodnocení technické kvalifikace uchazeče, protože právě pomocí těchto referencí může zadavatel ověřit, že daný uchazeč je schopen poskytovat komplikované právní služby v oblasti energetiky, že disponuje potřebnými znalostmi energetického práva, že má praxi s vedením jednání před Evropskou komisí, že má obecně zkušenosti s realizací podobných projektů apod. I když soud požadavek na jazykovou výbavu členů realizačního týmu a délku jejich advokátní praxe považuje za důležitý, ve vztahu k seznamu významných právních služeb se však jedná o požadavek vedlejší, který prokazuje pouze absolutní základ technické kvalifikace dodavatele.

20. Vybraný dodavatel splnil požadavky na technickou kvalifikaci pomocí projektů: Hinkley Point C, Sizewell C and Bradwell B new build nuclear projects; Nérédes offshore wind farm project; Earls Gate EfW (CHP) Waste Project a Ferrybridge Multifuel WfW Project. Členem týmu, který se na všech těchto projektech podílel, je pan A. J., právník Ashurst LLP. Vybraný dodavatel tak prokázal splnění technické kvalifikace pomocí svého poddodavatele Ashurst LLP takřka ze 100 %. S ohledem na pravidlo uvedené v § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ se dá předpokládat, že by takový poddodavatel měl být významnou mírou zapojen do plnění předmětu veřejné zakázky. Společnost Ashurst LLP se však v čl. II. 4 poddodavatelské smlouvy zavázala k poskytování pouze „strategického poradenství vyšší úrovně“, přičemž právníci Ashurst LLP měli tuto podporu poskytovat z kanceláří v Londýně, Paříži a Bruselu, jednání v České republice se tak měli účastnit pouze výjimečně, a to po předchozí dohodě o hrazení cestovních výdajů.
21. Dle názoru soudu je zapojení poddodavatele Ashurst LLP do faktické realizace veřejné zakázky zcela nedostatečné s ohledem na skutečnost, že skrze něj vybraný uchazeč prokázal splnění takřka 100 % požadavků na technickou kvalifikaci. Ze závazku k strategickému poradenství vyšší úrovně nikterak nevyplývá zapojení do „běžných“ plnění realizovaných v rámci veřejné zakázky. Zadávacích podmínky obsahují výčet činností, které se od dodavatele při realizaci veřejné zakázky očekávají. Jedná se zejména o oponentury návrhů smluv, příprava připomínek, protinávrhů a dalších podkladů zajišťující pozici státu, podpora zástupců při jednáních, spolupráce na vytvoření finální verze prováděcí smlouvy, právní posouzení smlouvy, příprava podkladů pro obhajování pozice státu vůči třetím osobám, příprava podkladů a právní podpora při jednáních s orgány Evropské komise, příprava celkové strategie a vedení jednání po právní stránce a další. S ohledem na rozsah technické kvalifikace prokázané společností Ashurst LLP by požadavky § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ mohly být naplněny v případě, že by se poddodavatel zavázal reálně se podílet na většině dílčích plnění spojených s realizací veřejné zakázky. Ze závazku z poddodavatelské smlouvy k poskytování pouze strategického poradenství vyšší úrovně vyplývá pouze participace Ashurst LLP na přípravě celkové strategie a to navíc formou poradenství. Účast zástupců Ashurst LLP na

jednáních má být výjimečná a dojde k ní pouze, pokud bude uzavřena následná dohoda mezi vybraným dodavatelem a Ashurst LLP ohledně hrazení cestovních nákladů. Jinými slovy je tato účast podmíněná. Na ostatních dílčích plněních se pak Ashurst LLP podílet žádným způsobem nemá. Článek II. 4 poddodavatelské smlouvy upravující její závazek k strategickému poradenství navíc obsahuje slovo „pouze“, což naznačuje, že se společnost chtěla zavázat spíše méně než více. V případě nejasností, zda by se společnost Ashurst LLP neměla podílet také na některých sporných plněních, je proto nutné na závazek Ashurst LLP nazírat spíše restriktivně. Uvedené jen potvrzuje závěr o nedostatečnosti rozsahu závazku Ashurst LLP.

22. Dle názoru soudu je tvrzení žalovaného, že čl. II. 4 poddodavatelské smlouvy nepředstavuje specifikaci závazků obsažených v čl. II 1 – 3 poddodavatelské smlouvy, chybné. Článek II. 4 poddodavatelské smlouvy je uvozen větou: „*Dodavatel a Poddodavatel se dohodli, že ohledně plnění činností uvedených v bodech 1 až 3 výše...*“. Dále následuje rozložení povinností mezi vybraného dodavatele a společnost Ashurst LLP. Ze znění i obsahu článku II. 4 poddodavatelské smlouvy tak jasně plyne, že konkretizuje závazky obsažené v čl. II. 1-3 poddodavatelské smlouvy, jelikož obsahuje rozsah, jakým se jednotlivé strany smlouvy budou na závazcích upravených v čl. II. 1-3 podílet.
23. Soud se dále neztotožnil s argumentem žalovaného, že ze Zadávací dokumentace nevyplývá, jakým způsobem se mají jednotliví členové realizačního týmu podílet na plnění veřejné zakázky. Rozsah zapojení zástupců společnosti Ashurst je totiž určen čl. 5.6.1. Zadávacích podmínek, který vyžaduje, aby se poddodavatel veřejné zakázky podílel na jejím plnění v rozsahu prokázané kvalifikace.
24. Vybraný dodavatel se do zadávacího řízení přihlásil s nabídkovou cenou ve výši 3 500 Kč bez DPH za hodinu. V porovnání s ostatními nabídkami se tato cena jeví jako mimořádně nízká, jelikož je o více než 45 % nižší než průměrná nabídková cena ostatních uchazečů. S ohledem na charakter poskytovaného plnění představuje zajištění participace zahraničního poddodavatele zjevně nejvyšší nákladovou položku dodavatele. Nabízí se, že právě o náklady na zajištění dostatečné participace zahraničních advokátních kanceláří museli ostatní dodavatelé nabídkové ceny navýšit tak, že významně převyšovaly nabídkovou cenu vybraného dodavatele. Mimořádně nízká nabídková cena vybraného dodavatele tak podporuje zjištění, že vybraný dodavatel skutečně nezajistil dostatečné zapojení zahraničního partnera. Jeho poddodavatel Ashurst LLP se měl na plnění veřejné zakázky podílet spíše okrajově (strategicky), což jistě nemělo být tak ekonomicky nákladné, jako kdyby se podílel i na „běžných“ činnostech spojených s realizací veřejné zakázky. Právě nízké (a z pohledu zadávacích podmínek nedostatečné) zapojení poddodavatele vysvětluje, proč byl vybraný dodavatel schopný v zadávacím řízení nabídnout tak nízkou nabídkovou cenu. S ohledem na argumentaci žalovaného v napadených rozhodnutích považuje soud za důležité zdůraznit, že nedostatečnost závazku poddodavatele Ashurst LLP vyplývá ze znění poddodavatelské smlouvy, mimořádně nízká nabídková cena takové zjištění pouze podporuje.
25. I když soud dospěl k závěru, že ke změně nabídky vybraného dodavatele nemělo být přihlíženo, považuje za účelné krátce posoudit také soulad poslední verze jeho nabídky s požadavky § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. V prohlášení poddodavatele se společnost Ashurst LLP zavázala zejména k přenosu veškerého potřebného *know-how* a k účasti na jednáních v České republice v nezbytném rozsahu. I přesto, že se Ashurst LLP zavázala k účasti na jednání, což znamená, že by se alespoň částečně měla podílet na faktické

realizaci veřejné zakázky, nelze konstatovat, že by tento závazek spolu s tvrzeným přenesením *know-how* představoval dostatečné zapojení poddodavatele do realizace veřejné zakázky s ohledem na rozsah prokázané technické kvalifikace výlučně prostřednictvím poddodavatele Ashurst LLP. Z výše vymezeného předmětu veřejné zakázky je zřejmé, že ta zahrnuje řadu činností, které nespočívají v osobní účasti vybraného dodavatele či poddodavatele na jednáních. Pouhé přenesení *know-how* či strategické poradenství přitom zjevně nemůže představovat podstatu konkrétních výstupů v podobě oponentury návrhů smluv, připomínek, protinávrhů a dalších podkladů. Je zřejmé, že ke konkrétní účasti na této zcela zásadní části veřejné zakázky se poddodavatel Ashurst LLP nijak nezavázal. A když už se zavázal k účasti na jednáních, z vysvětlení vybraného dodavatele plyne, že se k němu nezavázal prostřednictvím osob, které měly být členy realizačního týmu (viz dále), takže ani v této části nelze fakticky považovat závazek poddodavatele za závazek k plnění předmětu veřejné zakázky dle zadávacích podmínek.

26. Soud na základě výše uvedené argumentace dospěl k závěru, že vybraný dodavatel nepředložil písemný závazek svého poddodavatele Ashurst LLP, ve kterém by se zavázal k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky v takovém rozsahu, v jakém tento poddodavatel prokázal splnění kvalifikace za vybraného dodavatele, čímž došlo k porušení § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Zadávací dokumentace přitom v čl. 5.6.1 obsahuje shodné pravidlo jako § 83 odst. 1 ZZVZ. Nabídka vybraného dodavatele je tak v rozporu nejen se zákonem, ale také se zadávacími podmínkami. Zadavatel tak měl vybraného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit podle § 48 odst. 8 ZZVZ, avšak neučinil tak. Jestliže žalovaný v prvostupňovém a napadeném rozhodnutí neshledal, že by zadavatel svým postupem porušil povinnost uloženou mu ZZVZ, jsou rozhodnutí z tohoto důvodu nezákonná.
27. Soud navíc shledal důvodnou také námitku, že nabídka vybraného dodavatele byla v rozporu se zadávací dokumentací také z důvodu tvrzeného zapojení bruselských právníků do plnění veřejné zakázky. Podle čl. IX. odst. 1 písm. a) Rámcové dohody (příloha č. 3 Zadávací dokumentace) má být totiž veřejná zakázka plněna výhradně členy realizačního týmu. Ve Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny vybraný dodavatel uvádí, že byl schopen nabídnout tak nízkou nabídkovou cenu mimo jiné, protože poddodavatel Ashurst LLP má v Bruselu pobočku. V případě jednání s orgány Evropské komise tak nebudou vznikat cestovní výdaje. Společnost Ashurst LLP však má v realizačním týmu dva své zástupce: pan A. J. (se sídlem v Londýně) a pan C. L. (se sídlem v Paříži). Zadavatel zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny akceptoval, automaticky tudíž akceptoval také to, že vybraný dodavatel hodlá plnění poskytovat osobami, které nejsou členy realizačního týmu. Tato skutečnost ostatně byla z vyjádření vybraného dodavatele zcela zjevná. Údaje uvedené ve Zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny je nutno pokládat za součást nabídky vybraného dodavatele, není proto pravdou, že by se uvedené pochybnosti týkaly následného plnění veřejné zakázky, jak tvrdí žalovaný. Proto krajský soud dospěl k závěru, že nabídka vybraného dodavatele je v rozporu se Zadávací dokumentací také ohledně účasti právníků bruselské pobočky Ashurst LLP na realizaci veřejné zakázky. Zadavatel měl vybraného dodavatele vyloučit ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 8 ZZVZ také z tohoto důvodu.

IV. Shrnutí a náklady řízení

28. Soud z výše uvedených důvodů ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s. (ve spojení s § 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.) zrušil žalobou napadené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§

78 odst. 4 s. ř. s.). Jelikož se zrušující důvody vztahují i k prvostupňovému rozhodnutí, přistoupil soud také k jeho zrušení (§ 78 odst. 3 s. ř. s.). V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

29. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce byl ve věci úspěšný, soud mu proto přiznal právo na náhradu nákladů řízení vůči žalovanému. Náklady řízení žalobce sestávají ze zaplaceného soudního poplatku ve výši 3 000 Kč.
30. Osoby zúčastněné na řízení 1) a 2) nemají právo na náhradu nákladů řízení, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jim náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s. *a contrario*).

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 15. prosince 2021

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu