



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Radka Malenovského ve věci

žalobce: a) **GEMA ART GROUP a.s.**, IČO 26437741,
sídlem Haštalská 760/27, 110 00 Praha 1
b) **Gardenline s.r.o.**, IČO 27263827,
sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice

oba zastoupeni advokátkou JUDr. Mariannou Svobodovou,
sídlem Václavská 316/23, 120 00 Praha 2

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, 602 00 Brno

za účasti osob zúčastněných na řízení: 1) **umdash Story Design a.s.**, IČ 63216281
sídlem Moravská 949, 570 01 Litomyšl
zastoupený advokátem Mgr. Tomášem Machurkou
sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

2) **Národní muzeum**, IČ: 000 23 272
sídlem Václavské náměstí 1700/68, 115 79 Praha 1
zastoupený advokátem JUDr. Jaromírem Císařem
sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 8. 9. 2020 č. j. ÚOHS-27928/2020/323/VVÁ,

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Předmět řízení

1. Národní muzeum - jako zadavatel veřejné zakázky („Realizace stálé přírodovědecké expozice s tématem „Příroda“ a „Evoluce“ v Historické budově Národního muzea“ v otevřeném řízení – dále „veřejná zakázka“) - vydalo 21. 11. 2019 rozhodnutí o výběru dodavatele (dále jen „první rozhodnutí o výběru dodavatele“) umdasch Story Design a.s. [dále „dodavatel“ či „1) OZŘ“], které oznámila 28. 11. 2019 (dále „první oznámení o výběru dodavatele“). Proti tomuto rozhodnutí podali žalobci námitky (dále „první námitky“), které zadavatel rozhodnutím o námitkách žalobců z 20. 12. 2019 (dále „první rozhodnutí o námitkách“) odmítl, ale současně jim částečně vyhověl tak, že (rozhodnutím z 20. 12. 2019) zrušil první rozhodnutí o výběru dodavatele (dále „rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele“). Zadavatel pak (13. 1. 2020) dodavatele podle § 46 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jako „ZZVZ“) vyzval k objasnění a doplnění nabídky a dodavatel (31. 1. 2020) reagoval. Dne 10. 2. 2020 zadavatel opět vydal rozhodnutí o výběru téhož dodavatele (dále „druhé rozhodnutí o výběru dodavatele“), které oznámil dne 18. 2. 2020 (dále „druhé oznámení o výběru dodavatele“). Námitky žalobců z 2. 3. 2020 (dále „druhé námitky“) zadavatel rozhodnutím z 16. 3. 2020 (dále „druhé rozhodnutí o námitkách“) odmítl. Žalovaný rozhodnutím z 3. 6. 2020 č. j. ÚOHS-16392/2020/512/JHé (dále „prvostupňové rozhodnutí“) v řízení zahájeném na návrh žalobců - ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (ve smyslu § 249 až 267 ZZVZ) učiněných při zadávání veřejné zakázky - rozhodl: „*I. Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele... ze dne 27. 3. 2020 se v části návrhu citovaného navrhovatele, týkající se údajného porušení zákona č. 134/2016 Sb... zadavatelem – Národní muzeum... – když nevyloučil vybraného dodavatele – umdasch Story Design a.s... – z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku ... nýbrž dne 20. 11. 2019 rozhodl o zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 21. 11. 2019, podle § 257 písm. e) citovaného zákona, zastavuje, neboť předmětná část návrhu nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 citovaného zákona. II. Návrh navrhovatele... ze dne 27. 3. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Národní muzeum... – učiněných při zadávání veřejné zakázky ... se vyjma části návrhu citovaného navrhovatele, týkající se údajného porušení zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek,... zadavatelem, když nevyloučil vybraného dodavatele – umdasch Story Design a.s... – z účasti v zadávacím řízení citovanou veřejnou zakázku... podle § 265 písm. a) citovaného zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.“.* Předseda žalovaného

rozhodnutím z 8. 9. 2020 č. j. ÚOHS-27928/2020/323/VVá prvostupňové rozhodnutí potvrdil a rozklad žalobců zamítl (dále „*napadené rozhodnutí*“). Žalobci navrhli zrušit druhostupňové i prvostupňové rozhodnutí.

II. Obsah žaloby a repliky žalobců

- Žalobci namítají nesprávné posouzení (ze strany žalovaného) okamžiku, kdy se žalobci dozvěděli o postupu zadavatele v rozporu se zákonem, což vyústilo v nesprávné zastavení řízení o části jejich návrhu pro opožděnost. Namítají nesprávný výklad a aplikaci § 46 ZZVZ, v důsledku čehož zadavatel vybraného dovozatele dle § 48 odst. 8 ZZVZ chybně nevyloučil, i když vybraný dodavatel neprokázal technickou kvalifikaci. Namítají nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem i po neoprávněné změně jeho nabídky, nesprávné posouzení splnění zadávacích podmínek týkajících se pojistné smlouvy i nesprávný výklad požadavků ZZVZ na obsah oznámení o výběru dodavatele [dle § 123 písm. b) bod 1. ZZVZ]. Obsah žalobních námitek bude konkretizován v textu níže. V replice žalobci setrvali na svých námitkách a v podání z 22. 3. 2022 odkázali na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021 č. j. 31 Af 64/2020 – 183 s tím, že v odkazované i souzené věci se jednalo o nepřipustnou materiální změnu nabídky dodavatelem.

III. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

- Žalovaný navrhl žalobu zamítnout z následujících důvodů. Počátek běhu lhůty pro podání návrhu k tomu, že byl zadavatel povinen vyloučit vybraného dodavatele, nastal již doručením prvního rozhodnutí o námitkách. Též vybraný dodavatel může být vyzván dle § 46 ZZVZ, jelikož smyslem je vyhnout se vyloučení jinak kvalifikovaného účastníka soutěže na základě chyb a nejasností, které nemají vliv na hodnocení nabídky. Změna referenčních zakázek ani změna poddodavatele nebyla nepovolenou změnou zakázek. Referenční zakázka A) je způsobilá k prokázání technické kvalifikace, neboť předmětem díla byla realizace interaktivní audiovizuální expozice pro český pavilon. Již z předmětu této referenční zakázky je jasné, že audiovizuální prvek expozice je nedílnou součástí zakázky a není možné jej vydělit jako část méně podstatnou. Tvrzení žalobců k referenční zakázce B) i C) jsou neurčitá. Pojistná smlouva splňuje požadavky zadavatele. Není účelné v oznámení o výběru dodavatele uvádět doklady, kterými kvalifikace prokázána nebyla (nemají vliv na rozhodnutí zadavatele, zda vybraný dodavatel kvalifikaci splnil). Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 64/2020 – 183 nezapověděl změnu referenčních zakázek na základě žádosti zadavatele dle § 46 ZZVZ, zabýval se změnou nabídky ve vztahu k obsahu poddodavatelského závazku s ohledem na rozsah prokazování kvalifikace poddodavatelem; tato situace zde nenastala. Navíc krajský soud neuchopil otázku změny či doplnění kvalifikace v souladu s judikaturou.
- Národní muzeum [osoba zúčastněná na řízení 2]) se ve vyjádření k žalobě přiklonila k názorům žalovaného. Osoba zúčastněná na řízení 1) [umdash Story Design a.s.] se v řízení nevyjádřila.

IV. Posouzení věci krajským soudem

- Soud na základě včas podané žaloby přezkoumal rozhodnutí žalovaného v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 věta první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní - dále

jako „s. ř. s.“) i řízení předcházející jeho vydání. Soud vycházel ze skutkového a právního stavu v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.).

IV. A) Námitka o nedovolené změně nabídky vybraným dodavatelem a o následně chybném nevyloučení vybraného dovolatele

6. Termín podání nabídky byl do 23. 9. 2019. V zadávací dokumentaci (dále „ZD“) zadavatel (dle § 73 ZZVZ) požadoval předložení informací a dokladů k prokázání splnění kvalifikace (bod 5. ZD). Zadavatel (dle § 105 odst. 1 ZZVZ) požadoval, aby účastník zadávacího řízení v nabídce předložil seznam poddodavatelů (pokud jsou účastníkovi známi). V ZD byla (dle § 83 odst. 1 ZZVZ) připuštěna možnost dodavatele prokázat určitou část (mj.) technické kvalifikace prostřednictvím jiných osob, ale dodavatel byl v takovém případě povinen zadavateli předložit doklady (mj.) prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby a písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele (bod 5.3.). K prokázání technické kvalifikace (dle § 79 ZZVZ) zadavatel požadoval seznam minimálně 3 významných dodávek (dále „referenční zakázky“).
7. Vybraný dodavatel původně uvedl v nabídce jako poddodavatele korporace umdasch Store Makers Management GmbH a FULL CAPACITY s.r.o.; k prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení k požadovaným významným dodávkám (dle § 79 odst. 2 ZZVZ) – tj. k prokázání technické kvalifikace - uvedl celkem 3 referenční zakázky těchto poddodavatelů.
8. Zadavatel vydal 1. rozhodnutí o výběru dodavatele umdasch Story Design a.s. kvůli nižší nabídkové ceně, která byla výlučným hodnotícím kritériem, tj. měla váhu 100 %. O zakázku se ucházely jen 2 subjekty - žalobci a korporace umdasch Story Design a.s.
9. Proti 1. rozhodnutí o výběru dodavatele podali žalobci (první) námitky, v nichž mj. namítli, že vybraný dodavatel neprokázal požadovanou technickou kvalifikaci. Zadavatel v 1. rozhodnutí o námitkách těmto částečně vyhověl tak, že zrušil 1. rozhodnutí o výběru dodavatele z důvodu, že provede nové posouzení technické kvalifikace.
10. Zadavatel (13. 1. 2020) dle § 46 ZZVZ vyzval dodavatele k objasnění a doplnění nabídky stran jeho technické kvalifikace (dále i jako „výzva“), a to zejména k : 1) vysvětlení referenční zakázky „Projekční audiovizuální systém pro pavilon ČR na světové výstavě EXPO 2015 v Miláně – Laboratoř Ticha“; 2) vysvětlení, které z referencí v nabídce plně odpovídají požadavkům ZD a prokazují realizaci instalace expozičního interiéru v požadovaném finančním objemu; 3) uvedení přesné identifikace poskytovatelů těchto dodávek; 4) doložení dokladů k předloženým referencím prokazujících poskytnutí daného plnění; 5) úpravě písemných závazků poddodavatelů dle způsobu jednání uvedeném v obchodním rejstříku; 6) stran poddodavatele umdasch Store Makers Amstetten GmbH doložit doklady podle § 83 odst. 1 ZZVZ.
11. Dodavatel reagoval na výzvu zadavatele podle § 46 ZZVZ dne 31. 1. 2020 (dále jako „reakce na výzvu“). Setrval na původním poddodavateli FULL CAPACITY s.r.o. i 2 původních referenčních zakázkách tohoto poddodavatele, kterými prokazoval i svoji kvalifikaci. Uvedl dále, že kvalifikaci původně prokazoval i společností umdasch Store Makers Management GmbH, nicméně - ačkoli již má v podstatě komplexní potřebnou dokumentaci zajištěnou - vzhledem k okolnostem (např. obtížné včasné zajištění originálů některých kvalifikačních dokumentů s ohledem na lhůty a nutnost překládat obsažné

dokumenty do češtiny) se rozhodl přizvat ke spolupráci nového poddodavatele „M plus“ spol. s r. o. a uvedl 2 nové referenční zakázky tohoto nového poddodavatele, kterými prokazoval i svoji technickou kvalifikaci. Tudíž vybraný dodavatel nahradil jednoho poddodavatele (z celkově původních dvou) novým a též nahradil 1 referenční zakázku původního poddodavatele dvěma jinými referenčními zakázkami nového poddodavatele.

12. Zadavatel 10. 2. 2020 opět rozhodl o výběru téhož dodavatele z důvodu nižší nabídkové ceny.
13. Nabídkou se rozumí *„údaje nebo doklady, které dodavatel podal písemně zadavateli na základě zadávací dokumentace“* [viz § 28 odst. 1 písm. f) ZZVZ]. Podle § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ: *„(1) 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. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání. (2) 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. (3) Za objasnění se považuje i oprava položkového rozpočtu, pokud není dotčena celková nabídková cena nebo jiné kritérium hodnocení nabídek.“*
14. Obecně platí, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek nelze podanou nabídku měnit (viz § 46 odst. 2 věta před středníkem ZZVZ). Ustanovení § 46 ZZVZ však upravuje výjimky, které se při splnění stanovených podmínek za změnu nabídky nepovažují. Jedná se o objasnění předložených údajů, dokladů, vzorků nebo modelů (dále jako „objasnění“), o doplnění dalších nebo chybějících údajů, dokladů, vzorků nebo modelů (dále jako „doplnění“) a o opravu položkového rozpočtu. Objasnění nebo doplnění nabídky podle § 46 ZZVZ je podmíněno předchozí výzvou ze strany zadavatele. Objasnění či doplnění je možné pouze v případě, že doplněné údaje, doklady, vzorky nebo modely nebudou předmětem hodnocení (a že doplněním nebo objasněním nebude dotčena celková nabídková cena nebo jiné kritérium pro hodnocení nabídek).
15. Mezi účastníky není sporu o tom, že zadavatel byl oprávněn vybranému dodavateli adresovat výzvu k objasnění či doplnění ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ (srov. např. poznámku pod čarou č. 15 v žalobě, že zadavatel měl při zjištění nesrovnalostí v nabídce vyzvat vybraného dodavatele k objasnění předložených údajů; obdobně srov. např. bod 5. repliky žalobce z 17. 10. 2022). Mezi účastníky je spor o to, zda zadavatel byl oprávněn přihlédnout k reakci vybraného dodavatele na výzvu s ohledem na to, co obsahovala. Podle žalobců nešlo o „doplnění“ nabídky (dle § 46 odst. 1 věta první a odst. 2 věta za středníkem ZZVZ), nýbrž šlo o nepřípustnou změnu nabídky (dle § 46 odst. 2 věta před středníkem ZZVZ); dle žalovaného se o „doplnění“ jednalo.
16. Žalobci jsou názoru, že zadavatel nebyl oprávněn přihlédnout k reakci na výzvu, jelikož vybraný dodavatel neoprávněně (materiálně) – v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ – změnil nabídku v podobě změny jednoho původního poddodavatele a změny 2 referenčních zakázek. Pokud zadavatel nebyl oprávněn přihlédnout k takové reakci na výzvu, dle žalobců měl vyjít ze stavu před reakcí na výzvu. Přitom minimálně u původní referenční

zakázky („*Realizace výstavního interiéru pro Victoria and Albert Museum*“) původního poddodavatele umdasch Store Makers Management GmbH (dále „*původní poddodavatel*“) šlo o zakázku nesplňující zadávací podmínky dle § 48 odst. 2 písm. a) ZZVZ [a s vysokou pravděpodobností obsahující nepravdivé údaje dle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ]. Podle žalobců tak zadavatel byl povinen vybraného dovolatele dle § 48 odst. 8 ZZVZ vyloučit.

17. Naproti tomu žalovaný zastává názor, že zadavatel přihlédnout k reakci na výzvu oprávněn byl, a proto jsou bezvýznamné námitky žalobců proti původní referenční zakázce (předložené vybraným dodavatelem před jeho reakcí na výzvu) a zadavatel tak nebyl oprávněn vyloučit vybraného dodavatele podle § 48 odst. 8 ZZVZ. Vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatelů a (dle žalovaného) vybraný dodavatel mohl - v reakci na výzvu dle § 46 ZZVZ - změnit (vyměnit) poddodavatele i referenční závazky. Podle žalovaného šlo o doplnění nabídky (doplnění skutečností a dokladů vztahujících se ke kvalifikaci dodavatele), nikoli o změnu nabídky, jelikož kvalifikovanost dodavatele je stále stejná jako při podání nabídky.
18. Teleologické pozadí § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ vystupuje na povrch prostřednictvím § 46 odst. 2 věty za středníkem ZZVZ, dle níž po uplynutí lhůty k podání nabídek může dodavatel (na výzvu zadavatele) doplnit jen takové údaje a doklady, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení. Vystává otázka, proč zákon rozlišuje – stran (ne)oprávněnosti doplnění nabídky - údaje a doklady, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení na straně jedné, a údaje a doklady, které budou hodnoceny podle kritérií hodnocení na straně druhé. Důvod diferenciací je následující.
19. Pokud by účastník měl možnost po uplynutí lhůty pro podání nabídky na výzvu zadavatele manipulovat se svou nabídkou v hodnocených parametrech (typicky v ceně nabídky), tak by mohl dosáhnout vítězství (v zadávacím řízení) až za pomoci informací případně (tou kterou cestou) získaných z nabídek ostatních účastníků a navazující manipulace se svou nabídkou, což by znamenalo jeho nespravedlivou výhodu. Tím by došlo k porušení zásady rovného zacházení s hospodářskými subjekty, jelikož by ostatní účastníci (zadavatelem ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ nevyzvaní) takovou výhodu dodatečné manipulace s nabídkou v hodnocených parametrech neměli. Uvedené platí tím spíše, když sice platí pravidlo, že jediná přípustná podoba nabídek je elektronická (viz § 279 odst. 2 ZZVZ, § 211 odst. 3 ZZVZ a § 109 ZZVZ), ale z tohoto pravidla existují výjimky. Totiž v případě výjimek uvedených v § 211 odst. 3 ZZVZ je možné i nadále přijímání a otevírání obálek v listinné podobě, přičemž dle § 110 odst. 1 věta první ZZVZ mají účastníci zadávacího řízení právo účastnit se otevírání nabídek podaných v listinné podobě (a dle § 110 odst. 5 ZZVZ o otevírání obálek s nabídkami zadavatel vyhotoví písemný protokol, který obsahuje seznam nabídek, které byly otevřeny, spolu s údaji podle § 110 odstavce 3 ZZVZ; ostatně srov. např. rozsudek NSS z 25. 2. 2021 č. j. 2 As 86/2019-78, bod 34., že osoby přítomné otevírání nabídek nejsou vázány povinností mlčenlivosti ve vztahu k informacím, které se dozví).
20. Podstatně jiná situace je u nehodnocených kritérií - typicky u podmínek účasti v zadávacím řízení, včetně podmínek kvalifikace [viz § 28 odst. 1 písm. a) bod 1. ZZVZ a § 37 ZZVZ]. Podmínky účasti hodnotícím kritériem sloužícím k porovnávání nabídek nejsou, nýbrž jsou (jen) minimálním požadavkem, který musí splnit všichni účastníci zadávacího řízení. Na základě podmínek účasti tak nedochází k soutěžení mezi uchazeči kupř. v tom smyslu, že kdo (z těch co prokáží splnění podmínek účasti) lépe splní podmínky účasti, ten získá zakázku. Buď uchazeč splní podmínky účasti (pak jeho nabídka může být porovnávána

s ostatními dle stanovených hodnotících kritérií) či nesplní (pak nemůže zakázku získat). Nabídky uchazečů jsou porovnávány výhradně podle jejich ekonomické výhodnosti (§ 114 odst. 1 a 2 ZZVZ) a zadavatel je (dle § 122 odst. 1 ZZVZ) povinen vybrat k uzavření smlouvy účastníka, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější podle výsledku hodnocení nabídek (za kumulativního splnění podmínek účasti na jeho straně). Z toho plyne, že pokud uchazeč prokáže splnění podmínek účasti až v důsledku vlastního zásahu do své nabídky (po výzvě dle § 46 odst. 1 ZZVZ), nemá to vliv na hodnotící kritéria nabídek, tj. ani jej to bez dalšího nepředsune před ostatní uchazeče. Značí to „jen“, že uchazeč zůstává v zadávacím řízení a jeho nabídka může být porovnávána s nabídkami ostatních uchazečů podle kritérií stanovených k hodnocení nabídek. Smyslem výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ je umožnit zadavatelům získat ekonomicky nejvýhodnější nabídku, s čímž by nebylo plně v souladu automatické vyloučení účastníka, který předloží ekonomicky nejvýhodnější nabídku, ale do uplynutí lhůty k podání nabídek se mu nezdaří (z toho kterého důvodu) prokázat splnění podmínek účasti stanovené zadavatelem.

21. Z aplikace teleologie zákona (§ 46 ZZVZ) na skutkový stav plyne, že v souzené věci **šlo o právně přípustné doplnění nabídky**, tj. v souladu s § 46 odst. 1 věta první a odst. 2 věta za středníkem ZZVZ.
22. Podle zadávací dokumentace (bod 9.1) byly nabídky hodnoceny dle ekonomické výhodnosti na základě nejnižší nabídkové ceny, která byla jediným hodnotícím kritériem a měla tak váhu 100 %. Reakce vybraného dodavatele na výzvu obsahovala údaje (a doklady) týkající se výlučně podmínek účasti (technické kvalifikace). Tudíž obsahovala údaje a doklady, které (dle ZD) nemohly a nebyly hodnoceny podle kritérií hodnocení. Proto byla splněna podmínka (dle § 46 odst. 2 věta za středníkem ZZVZ) pro akceptaci zásahu do nabídky, tj. že údaje (doklady) „*nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení*“.
23. Na podřazení zásahu vybraného dodavatele do nabídky pod přípustné „doplnění“ nabídky (dle § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ) nic nemění ani okolnost, že nešlo jen o přidání nového poddodavatele a nových referenčních zakázek (k původním dvěma poddodavatelům a původním třem referenčním zakázkám), nýbrž se jednalo o nahrazení (výměnu) jednoho původního poddodavatele novým a nahrazení (výměnu) jedné původní referenční zakázky dvěma novými. Z hlediska popsané teleologie zákona (§ 46 ZZVZ) není podstatné, zda jde o přidání nového údaje (dokladu) k původnímu nebo o výměnu původního údaje (dokladu) za nový. V obou případech (u přidání i výměny) se totiž údaj (doklad) týká výlučně prokázání splnění podmínek účasti, tedy nemá vliv na kritérium hodnocení nabídek. Na přidání i výměnu údajů (dokladů) týkajících se výlučně prokázání splnění podmínek účasti dopadá stejný smysl zákona - umožnit zadavatelům (na podkladě výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ) získat ekonomicky nejvýhodnější nabídku, s čímž by nebylo plně v souladu automatické vyloučení účastníka, který předloží ekonomicky nejvýhodnější nabídku, ale do uplynutí lhůty k podání nabídek se mu nezdaří prokázat splnění všech podmínek účasti.
24. Opačný výklad – dovozující nepřípustnost zásahu do nabídky jen z rozdílu mezi přidáním údaje (dokladu) a výměnou údaje (dokladu) [dále jako „opačný výklad“] – by byl projevem přepjatého formalismu (a je vyloučen i metodou výkladu *reductio ad absurdum*). Dejme tomu, že by - v situaci přidání nového poddodavatele a jeho (nových) referenčních zakázek k původnímu poddodavateli a původním referenčním zakázkám - zadavatel shledal za prokázané splnění podmínek účasti (technické kvalifikace) za pomoci výlučně nově přidaného poddodavatele a jeho referenčních zakázek. Podle opačného výkladu by však šlo

o přípustné doplnění, jelikož uchazeč nevyměnil původního poddodavatele (a jeho zakázky) za nového, nýbrž „jen“ přidal nového ke stávajícímu. Nicméně pokud by uchazeč vyměnil původního poddodavatele (a jeho referenční zakázky) za nového, pak by se podle opačného výkladu jednalo o nepřípustnou změnu nabídky. Přitom obě (komparované) situace by měly společnou podstatu, neboť uchazeč by až po uplynutí lhůty k podání nabídek uváděl nového poddodavatele a nové referenční zakázky nového poddodavatele a až za pomoci takového nového poddodavatele a nových referenčních zakázek by prokázal technickou kvalifikaci. K obdobné situaci došlo i v souzené věci. Totiž zadavatel měl za prokázané splnění technické kvalifikace (vybraného dodavatele) prostřednictvím nejen (1) původního poddodavatele (a jeho původních 2 referenčních zakázek), ale až v souhrnu s novým poddodavatelem (a jeho 2 referenčních zakázek). Pokud by vybraný dodavatel nevyměnil jednoho původního poddodavatele (a jeho původní referenční zakázku) za nového (a za jeho nové dvě referenční zakázky), ale „toliko“ by přidal nového poddodavatele (a jeho referenční zakázky) k oběma původním poddodavatelům (a jejich referenčním zakázkám), pak výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele (jeho technické kvalifikace) by byl zjevně stejný – že vybraný dodavatel prokázal splnění podmínek účasti (svou technickou kvalifikaci).

25. Opačný výklad je vyloučen i ustanovením § 46 odst. 2 *in fine* ZZVZ. Pokud totiž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek, pak je – logicky – může uchazeč i do zadávacího řízení vznést až po uplynutí lhůty pro podání nabídek. *In concreto* stran podmínek (mj.) technické kvalifikace (§ 79 ZZVZ), pokud by uchazeč až po uplynutí lhůty pro podání nabídek (např.) získal poddodavatele, prostřednictvím kterého by ve smyslu § 83 ZZVZ prokazoval část kvalifikace a referenční zakázky, pak jde právě o (ustanovením § 46 odst. 2 *in fine* ZZVZ) dovolené skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti nastalé po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
26. Z uvedeného teleologického výkladu plyne nutnost zvolit výklad pojmu „doplnění“ (v § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ), podle kterého za právně přípustné „*doplnění dalších údajů a dokladů*“ zásadně lze považovat, pokud dodavatel prvně uvede 2 poddodavatele a jejich referenční zakázky k prokázání své technické kvalifikace, avšak po uplynutí lhůty k podání nabídek – v reakci na právně souladnou výzvu zadavatele k objasnění či doplnění (tj. dle § 46 odst. 1 ZZVZ) – nahradí 1 původního poddodavatele novým poddodavatelem a původní referenční zakázku 1 původního poddodavatele nahradí novými referenčními zakázkami nového poddodavatele (dále jako „*výkladový závěr*“). To za splnění podmínky (výše citované), že takový zásah do nabídky nemá vliv na hodnotící kritéria nabídek.
27. Stejný výkladový závěr plyne i z eurokonformního výkladu (pokud je možný výklad souladný s unijním právem, upřednostní se tzv. eurokonformní výklad transponovaného vnitrostátního práva - srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu z 14. 10. 2015 sp. zn. 31 Cdo 3093/2013). Zákon o zadávání veřejných zakázek byl přijat mj. k zajištění souladu s úpravou zadávání veřejných zakázek právě v EU (viz i důvodová zpráva k ZZVZ) - tj. (i) se směrnicí Rady EU č. 2014/24/EU z 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2014/18/EU (dále jako „*směrnice*“).
28. Z čl. 60 odst. 1 a 4 směrnice plyne možnost zadavatelů vyžadovat doklady k prokázání splnění kvalifikačních kritérií pro výběr v souladu s čl. 58 směrnice, a to i k prokázání technické způsobilosti. Z čl. 63 odst. 1 první pododstavec směrnice je zřejmé, že účastník soutěže může – pokud jde o kritéria i technické způsobilosti - využít kapacity jiných

subjektů, přičemž prokáže veřejnému zadavateli, že bude disponovat nezbytnými zdroji. Podle čl. 63 odst. 1 druhý pododstavec směrnice: „*Veřejný zadavatel v souladu s články 59, 60 a 61 ověří, zda subjekty, jejichž způsobilosti hodlá hospodářský subjekt využít, splňují příslušná kvalifikační kritéria pro výběr a zda existují důvody pro vyloučení podle článku 57. Veřejný zadavatel požaduje, aby hospodářský subjekt nahradil subjekt, jenž nesplňuje určité příslušné kritérium pro výběr nebo u něhož existují povinné důvody pro vyloučení. Veřejný zadavatel může požadovat, nebo členský stát může po veřejném zadavateli požadovat, aby hospodářský subjekt nahradil subjekt, u něhož existují nepovinné důvody pro vyloučení.*“. Tudíž směrnice (dokonce) vyžaduje - popřípadě dovoluje (souvětí poslední čl. 63 odst. 1 druhý pododstavec) - aby zadavatel umožnil uchazeči nahradit poddodavatele, kterým uchazeč neprokázal (mj. technickou) způsobilost. Ve světle směrnice je třeba zvolit (eurokonformní) výklad umožňující přihlédnout k nahrazení sporného původního poddodavatele a jeho referenčních zakázek v reakci na výzvu zadavatele, a to místo žalobci prosazovaného (automatického) vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení.

29. Dále podle čl. 56 odst. 3 směrnice : „*Pokud jsou informace nebo dokumenty, které mají hospodářské subjekty předložit, neúplné nebo nesprávné nebo se tak jeví, nebo pokud určité dokumenty scházejí, mohou veřejní zadavatelé dotčené hospodářské subjekty požádat o předložení, rozšíření, upřesnění nebo doplnění příslušných informací nebo dokumentů v přiměřené lhůtě, pokud takovou žádost vynesou v plném souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti a pokud vnitrostátní právní předpisy, jimiž se provádí tato směrnice, nestanoví jinak.*“. Směrnice tak připouští výzvu zadavatele nejen k objasnění (upřesnění) a doplnění, ale dokonce i k nápravě nesprávností a k rozšíření informací a dokumentů, pokud je výzva v souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti. Pokud tak uchazeč na výzvu zadavatele uvede nového poddodavatele a nové referenční zakázky, důsledně vzato jde o „rozšíření“ dle čl. 56 odst. 3.
30. Zásada rovného zacházení a transparentnosti (viz i čl. 56 odst. 3 směrnice *in fine*) nebrání tomu, aby zadavatel účastníka – který nabídl nejnižší cenu, která byla výlučným hodnotícím kritériem – vyzval za účelem prokázání splnění kvalifikace. Tyto zásady vyžadují, aby se srovnatelnými situacemi nebylo zacházeno odlišně a s odlišnými situacemi stejně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněno (viz např. rozsudek SD z 3. 3. 2005 ve věci Fabricom, C-21/03 a C-34/03, bod 27.; k § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně z 29. 6. 2017 č. j. 29 Af 74/2015 – 224, bod 48.). Vybraný dodavatel a žalobci nebyli ve srovnatelném postavení, jelikož výlučným hodnotícím kritériem nabídek byla cena a žalobci nabídli cenu vyšší, pročez jen u vybraného dodavatele zadavatel ověřoval (mj.) technickou kvalifikaci a dle § 46 ZZVZ jej za tímto účelem vyzýval. Pokud by žalobci nabídli v soutěži nejnižší cenu, pak by právě oni mohli být vyzváni k objasnění a doplnění v rámci prokazování technické kvalifikace. Legitimním a právně souladným (viz i § 39 odst. 4 ZZVZ) důvodem pro postup dle § 46 ZZVZ pouze ve vztahu k některému účastníkovi je i reflexe zadavatele na poli hospodárnosti - tedy když zadavatel vyzve dle § 46 ZZVZ (ohledně podmínek účasti) jen účastníka, který bude na základě stanovených kritérií hodnocení vybrán. Právě § 39 odst. 4 *in fine* ZZVZ předpokládá možnost posouzení podmínek účasti jen u vybraného dodavatele (podobně čl. 56 odst. 2 směrnice : „*V otevřených řízeních mohou veřejní zadavatelé rozhodnout, že přezkoumají nabídky před ověřením neexistence důvodů pro vyloučení a splnění kvalifikačních kritérií pro výběr v souladu s články 57 až 64. Pokud této možnosti využijí, ujistí se, že ověření neexistence důvodů pro vyloučení a splnění kvalifikačních kritérií pro výběr je prováděno nestranně a transparentně, aby žádná veřejná zakázka nebyla zadána uchazeči, který měl být*

podle článku 57 vyloučen nebo který nesplňuje kvalifikační kritéria pro výběr stanovená veřejným zadavatelem.“; viz i bod 84. odůvodnění směrnice: „...Od uchazečů, u nichž bylo rozhodnuto, že jim bude zadána veřejná zakázka, by však poskytnutí příslušných dokladů vyžadováno být mělo a veřejní zadavatelé by neměli uzavírat smlouvy s uchazeči, kteří nejsou schopni tak učinit. Veřejní zadavatelé by rovněž měli mít právo kdykoli požádat o všechny další podklady nebo jejich část, považují-li to za nezbytné s ohledem na řádné vedení řízení.“; k tomu blíže i bod 42. až 44. odůvodnění tohoto rozsudku). Obdobně zásada rovného zacházení a transparentnosti nebrání tomu, aby zadavatel (v reakci na výzvu zadavatele dle § 46 ZZVZ) - místo uchování původního sporného poddodavatele (a původních sporných referenčních zakázek) - nahradil původního sporného poddodavatele (a původní sporné referenční zásilky) poddodavatelem novým (a novými referenčními zakázkami). Pokud by se žalobci ocitli v situaci vybraného dodavatele – tedy by nabídli nejnížší cenu – pak by k nim byl uplatněn stejný přístup (včetně akceptace příp. nahrazení původního poddodavatele a jeho referenčních zakázek). Přiměřeně lze odkázat na rozsudek SD z 30. 1. 2020 ve věci C-395/18, Tim, bod 47.: „Vzhledem k tomu, že k takovému jednotnému ověření dochází ve stadiu zadávacího řízení, je třeba upřesnit, že zásada rovného zacházení nebrání tomu, aby vnitrostátní právní úprava stanovila, že konstatování nedodržení povinnosti v případě subdodavatele po zadání zakázky nevede k vyloučení úspěšného uchazeče, ale pouze k nahrazení subdodavatele. Vzhledem k tomu, že všechny hospodářské subjekty a subdodavatelé uvedení v nabídkách těchto subjektů podléhali v průběhu zadávacího řízení postupu ověřování, který byl vedený veřejným zadavatelem za stejných podmínek, je totiž třeba mít za to, že s těmito hospodářskými subjekty a subdodavateli bylo v průběhu zadávacího řízení v tomto ohledu zacházeno stejně, když zásada rovného zacházení nebrání tomu, aby bylo stanoveno odlišné pravidlo, jestliže nedodržení povinnosti mohlo být konstatováno až později v průběhu fáze plnění zakázky.“.

31. Zadavatelé musejí dodržovat zásady zadávání zakázek uvedené v čl. 18 směrnice, tj. i zásadu proporcionality, v souladu s níž pravidla stanovená členskými státy (či veřejnými zadavateli) v rámci provádění ustanovení směrnice nemohou překračovat meze toho, co je nezbytné pro dosažení cílů stanovených směrnicí (viz např. rozsudek SD z 7. 7. 2016, Ambisig, C-46/15, bod 40.; rozsudek SD z 30. 1. 2020, C-395/18, Tim, mj. bod 47.). Výklad žalobců – požadující vyloučení vybraného dodavatele, aniž by mu bylo umožněno nahradit původního sporného poddodavatele (a jeho zakázky) poddodavatelem kvalifikovaným – by byl méně souladný se zásadou proporcionality. Znamenal by konec hospodářského subjektu v soutěži, ačkoli nedostatek (průkazu kvalifikace) byl odstranitelný. Jedním z cílů pravidel v oblasti veřejných zakázek je otevření se co nejširší možné hospodářské soutěži, zajistit co možná největší účast uchazečů na zadávacím řízení a toto otevření je usilováno v zájmu EU v oblasti volného pohybu zboží a služeb i v zájmu veřejného zadavatele, který bude mít větší výběr, pokud jde o nejvýhodnější nabídku a nabídku, která nejlépe vyhovuje jeho potřebám (viz např. rozsudek SD ve věci Assitur, C-538/07, bod 26.). Cílem směrnice je zejména zvýšit efektivitu veřejných výdajů, aby zadavatelé měli možnost lépe využívat veřejných zakázek na podporu společných společenských cílů (viz bod 2. odůvodnění směrnice). Těmto cílům by méně korespondovalo vyloučení uchazeče s nejnížší nabídkovou cenou bez možnosti prokázat kvalifikaci, byť až na výzvu (dle § 46 ZZVZ) a nahrazením původního poddodavatele novým.
32. Suma sumárum, pokud zadavatel přihlédl k nahrazení jednoho původního poddodavatele poddodavatelem novým (včetně nahrazení původní 1 referenční zakázky 2 novými

referenčními zakázkami), šlo o postup souladný (i) s § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ (subsumpce pod pojem „doplnění údajů a dokladů“), a to i ve světle směrnic (eurokonformní výklad). Námitka žalobců – o nedovolené změně nabídky a o následně chybném nevyhlášení vybraného dodavatele – tak je nedůvodná.

33. Žalobci zmiňované rozhodnutí žalovaného z 30. 8. 2019 č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc vychází z podstatně odlišného skutkového stavu (tehdy dodavatel změnil předmět nabídky v tom smyslu, že vyměnil nabízené zboží za jiné), a proto je nepoužitelné, což platí i pro další rozhodnutí žalovaného žalobci poukazované (z 1. 6. 2020 č. j. ÚOHS-16053/2020/323/MPe, které též řešilo otázku změnitelnosti předmětu nabízeného plnění).

IV. B) Námitka o nesprávném výkladu § 48 odst. 8 ZZVZ

34. Soud vysvětlil již v bodě 15. odůvodnění tohoto rozsudku, že mezi účastníky není sporu o tom, že zadavatel byl oprávněn vybranému dodavateli adresovat výzvu k objasnění či doplnění ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ. Stakovým stanoviskem žalobců není plně konzistentní jejich další argumentace odkazující na § 48 odst. 8 ZZVZ ve smyslu povinnosti zadavatele vybraného dodavatele rovnou (tj. bez výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ) vyloučit (viz např. bod 6. až 8. žaloby). Pokud zadavatel měl právo vyzvat vybraného dodavatele k objasnění a doplnění nabídky, pak nelze současně tvrdit, že měl povinnost jej rovnou vyloučit ze soutěže – obojí je v rozporu. V této části není argumentace žalobce plně srozumitelná, případně konzistentní. Možná to žalobci mysleli „jen“ v tom smyslu, že zadavatel měl povinnost vyloučit dodavatele až po „neoprávněné změně nabídky“ (viz bod III. žaloby). Tak či onak, soud k námitce žalobců nazvané „Nesprávný právní výklad § 48 odst. 8 ZZVZ žalovaným“ (str. 4 až 5 žaloby) uvádí následující.
35. Žalobci namítají, že § 48 odst. 8 ZZVZ jednoznačně stanoví povinnost zadavatele vyloučit vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení. Žalobci rozporují výklad žalovaného, že „Nelze tak učinit závěr, který dovozuje navrhovatel, že by byl zadavatel automaticky povinen vybraného dodavatele vyloučit podle § 48 odst. 8 zákona, pokud by zjistil, že jsou naplněny důvody podle § 48 odst. 2 zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c) téhož ustanovení.“; žalovaný tím připouští vyzvat dle § 46 odst. 1 ZZVZ i vybraného dodavatele. Žalobci namítají, že žalovaný argumentuje smyslem § 46 ZZVZ, aniž by vysvětlil rozdíl mezi souslovím „může vyloučit“ v § 48 odst. 2 a 5 ZZVZ a „vyloučí“ v § 48 odst. 8 ZZVZ a že žalovaný popírá výslovné znění zákona.
36. Jazykový výklad však je „jen“ východiskem pro objasnění smyslu a účelu předpisu a právní norma se ne vždy musí krýt s vyjádřením v textu zákona, i když se text může jevit jako jednoznačný a určitý [srov. např. nálezy Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 138/06, Pl. ÚS 87/06 (bod 31.)]. Již proto je přístup žalobců argumentující jen doslovným zněním (§ 48 odst. 2 a 5 a 8 ZZVZ) nedostatečným.
37. Žalovaný metodologicky přiléhavě aplikoval metodu teleologického výkladu, a to zejména v bodě 45. a 46. napadeného rozhodnutí: „45...i pokud je účastník řízení již v pozici vybraného dodavatele, je možné jej vyzývat podle § 46 zákona k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů. Smyslem ustanovení § 46 zákona je totiž především vyhnout se takovému formalismu, který by zadavatele nutil vyloučit účastníka plně způsobilého k plnění veřejné zakázky na základě chyb a nejasností, které nemají vliv na hodnocení nabídky, a to až už je v pozici dodavatele či již vybraného dodavatele. 46. Nelze tak učinit závěr, který dovozuje

navrhovatel, že by byl zadavatel automaticky povinen vybraného dodavatele vyloučit podle § 48 odst. 8 zákona, pokud by zjistil, že jsou naplněny důvody podle § 48 odst. 2 zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c) téhož ustanovení. Takový závěr by odporoval smyslu ustanovení § 46 zákona. Právo zadavatele požadovat objasnění nebo doplnění se totiž vztahuje na všechny účastníky zadávacího řízení. Význam existence a účelu § 46 zákona by pak byl při navrhovatelem uváděném závěru týkajícím se § 48 odst. 8 a § 48 odst. 2 zákona poněkud omezen, když by popíral právě výše uvedený smysl § 46 zákona.“. Soud souhlasí i s obsahem takového teleologického výkladu. Již proto je námitka žalobců o nesprávném výkladu § 48 odst. 8 ZZVZ nedůvodná. Soud k objasnění formulačního rozdílu § 48 odst. 2, 5 a 8 ZZVZ dodává následující.

38. Podle § 48 odst. 2 ZZVZ: „Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil, b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46, nebo c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.“. Podle § 48 odst. 5 ZZVZ: „Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že a) plnění nabízené dodavatelem by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky, b) došlo ke střetu zájmů a jiné opatření k nápravě, kromě zrušení zadávacího řízení, není možné, c) došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení, jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo,...“. Podle § 48 odst. 8 ZZVZ: „Vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle odstavce 2 nebo může prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).“.
39. Žalobce argumentuje rozdílem mezi souslovím „může vyloučit“ v § 48 odst. 2 a 5 ZZVZ a slovem „vyloučí“ v § 48 odst. 8 ZZVZ, avšak nepokládá si otázku smyslu a účelu této diference a otázku smyslu a účelu tak ani nezodpovídá. Soud poukazuje na následující teleologii (a význam) uvedené odlišné dikce („může vyloučit“ a „vyloučí“) v rámci § 48 ZZVZ.
40. Podle § 39 odst. 2 ZZVZ platí, že „v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, b) snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, pokud je tímto zákonem pro zvolený druh zadávacího řízení připuštěno a zadavatel si je vyhradil, c) hodnocení nabídek“. Podle odstavce 4 uvedeného ustanovení „není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy“. Tudíž stran postupu zadavatele při posuzování podmínek účasti v zadávacím řízení platí, že u vybraného dodavatele je zadavatel (viz § 39 odst. 4 ZZVZ) povinen provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vždy. Zadavatel tak nemůže upustit od jím stanovených podmínek účasti, které ve vztahu k dodavatelům v zadávacích podmínkách stanovil.
41. Důvodová zpráva k § 48 ZZVZ stanoví: „... Důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení jsou v § 48 formulovány ve většině jako možné, nikoli však povinné. Důvodem je

skutečnost, že by nebylo účelné zadavateli ve všech případech ukládat, aby důvody pro vyloučení zkoumal... Ve vztahu k vybranému dodavateli má pak zadavatel povinnost vyloučit jej tehdy, jestliže jsou naplněny důvody pro vyloučení podle odstavce 2 nebo je schopen prokázat naplnění důvodů podle odstavce 5 písm. a) až c).“.

42. Zákon tak umožňuje zadavateli se rozhodnout, zda bude zkoumat splnění podmínek u všech účastníků zadávacího řízení, či nikoliv (viz § 39 odst. 4 ZZVZ). Pokud se zadavatel rozhodne neprovádět posouzení splnění podmínek u všech účastníků zadávacího řízení, tak nejdříve provede hodnocení nabídek a pak musí posuzovat splnění podmínek účasti (až) jen u vybraného dodavatele. Zadavatel tak nemusí posuzovat splnění podmínek účasti u ostatních účastníků zadávacího řízení; právě proto ustanovení § 48 odst. 2 či 5 ZZVZ explicitně zadavateli stanoví možnost (nikoliv povinnost) vylučovat ostatní účastníky zadávacího řízení (z důvodů stanovených zákonem). Rovněž § 48 odst. 8 ZZVZ tak reaguje na § 39 odst. 4 ZZVZ, jelikož vychází z toho, že zadavatel je vždy povinen posoudit splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele. V tomto smyslu lze odkázat i na tzv. komentářovou literaturu (viz např. Krč, R., Vaněček, J.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, 1. vydání, C. H. Beck, Praha, 2022, s. 277 – 291 a nebo Šebesta, M., Novotný, P., Machurek, T., Dvořák, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 376 - 407).
43. Tudíž § 48 odst. 2 a 5 ZZVZ vychází z teleologie, že zadavatel nemusí posuzovat splnění podmínek účasti u všech účastníků zadávacího řízení. Ustanovení § 48 odst. 8 ZZVZ vychází z teleologie, že zadavatel naopak nemá takovou diskreci na konci zadávacího řízení, pokud jde o posouzení splnění podmínek na straně vybraného dodavatele a jeho případného vyloučení, pokud tyto podmínky nesplní. Smyslem je garantovat, aby nebyla uzavřena smlouva na veřejnou zakázku se subjektem (vybraným dodavatelem), který nesplňuje zadavatelem stanovené podmínky účasti. Zadavatel nemůže upustit od jím stanovených podmínek účasti, které ve vztahu k dodavatelům v zadávacích podmínkách stanovil. Tomuto smyslu zákona se však neprotiví výklad žalovaného, který umožňuje na základě výzvy zadavatele dle § 46 odst. 1 ZZVZ i již vybranému dodavateli objasnit či doplnit nabídku tak, aby bylo jisté, že vybraný dodavatel splňuje podmínky účasti. Smyslu zákona je učiněno zadost, pokud je postaveno na jisto, že smlouva je uzavřena s takovým dodavatelem, který splňuje (mj.) podmínky účasti soutěže. Není proto podstatné, zda závěr o splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele zadavatel učiní bez výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ a nebo až po reakci vybraného dodavatele na výzvu dle § 46 odst. 1 ZZVZ, tj. až po objasnění či doplnění nabídky.
44. Stejný závěr plyne z eurokonformního výkladu § 48 ZZVZ. Soud odkazuje např. na čl. 63 odst. 1 druhý pododstavec směrnice Rady EU č. 2014/14/EU a argumentaci uvedenou v bodě 28. až 31. tohoto rozsudku. Tedy směrnice (dokonce) vyžaduje - popřípadě dovoluje (souvětí poslední čl. 63 odst. 1 druhý pododstavec) - aby zadavatel umožnil uchazeči nahradit poddodavatele, kterým uchazeč neprokázal (mj. technickou) způsobilost. Ve světle směrnice je tak třeba zvolit (eurokonformní) výklad umožňující vyzvat zadavatele k objasnění či doplnění nabídky a přihlídnout pak i k nahrazení sporného původního poddodavatele a jeho referenčních zakázek, a to místo žalobci prosazovaného (automatického) vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení.
45. Nadto zadavatel nejprve přistoupil ke zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele a až poté k žádosti dle § 46 odst. 1 ZZVZ, pročez v okamžiku výzvy dle § 46 odst. 1 ZZVZ se

dodavatel již nenacházel v pozici vybraného dodavatele ve smyslu § 48 odst. 8 ZZVZ (viz i např. bod 47. napadeného rozhodnutí).

IV. C) Námitka o nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem i po údajné neoprávněné změně nabídky

46. Žalobci namítli, že vybraný dodavatel nesplnil technickou kvalifikaci (požadovanou v zadávací dokumentaci) i pokud by bylo možné přihlédnout k jeho reakci na výzvu zadavatele.
47. Stran referenční zakázky A) „*Projekční audiovizuální systém pro pavilon ČR na světové výstavě EXPO 2015 v Miláně – Laboratoř Ticha*“ žalobci namítli, že nešlo o realizaci expozičního interiéru a že do hodnoty referenční zakázky lze započítat jen plnění skutečně připadající na realizaci expozičního interiéru. Tato námitka je nedůvodná.
48. Podle ZD se za významnou (referenční) dodávku považuje realizace „*obdobné*“ zakázky (s konkretizovaným finančním plněním), kterou se „*rozumí zakázka, jejímž předmětem byla realizace instalace expozičního interiéru.*“. Účelem zadávacího zařízení bylo uzavření smlouvy o dílo na dodávky expozičních souborů v prostoru Historické budovy Národního muzea (bod 2. 1. ZD). Referenční zakázka A) spočívala v realizaci expozice, tj. výstavy a rovněž v interiéru. Lze tak objektivně usuzovat na požadovanou dobu zakázek. Racionálně uvádí žalovaný v napadeném rozhodnutí (bod. 66.), že u referenční zakázky A) šlo o jeden celek, jehož součástí byl expoziční interiéru obsahující audiovizuální prvky jako nedílnou součást díla (srov. i bod 143. prvostupňového rozhodnutí, že podstatnou část výstavy v Miláně tvořila právě audiovizuální technika).
49. Žalobci namítli, že napadené rozhodnutí je stran referenční zakázky A) v rozporu s rozhodnutím žalovaného z 1. 2. 2018 č. j. ÚOHS-S0667/2016/VZ-03344/2018/541/JCh). Avšak žalobci nevysvětlili, v čem konkrétně shledávají rozpor a zda a v jakých ohledech jsou obě věci srovnatelné. Odkazované rozhodnutí je neaplikovatelné už pro podstatnou skutkovou odlišnost, jelikož tehdy ZD požadovala doložení (referenční zakázkou) rekonstrukce roubené stavby, přičemž největší část předložené referenční zakázky (minimálně 63 % prací) [min. 63 % objemu peněžitého plnění] tvořily jen udržovací práce, které neodpovídají technice roubení. Naproti tomu zde referenční zakázka A) i poptávaná veřejná zakázka byla obdobná již v podstatě – realizace výstavy v interiéru.
50. Žalobci k referenční zakázce B) („*Komplexní realizace a dodávka stálých expozic včetně náplní AV techniky na hradě Rotštejn*“) namítli, že odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je v bodech 145 - 146 nesrozumitelné a nepřezkoumatelné, kdy směřuje dvě různé referenční zakázky. Tato námitka je nedůvodná již pro vágnost - žalobci neupřesňují, jak se konkrétně projevuje směřování dohromady dvou různých a jakých zakázek. Nad rámec soud dodává, že patrně v bodě 146. (část od textu „*Dále Úřad zjistil, že referenční zakázka B) byla realizována v období od července do listopadu 2014...*“) odůvodnění prvostupňového rozhodnutí došlo ke zřejmé nesprávnosti (přepisu), když místo písmena C) bylo zřejmým omylem uvedeno „B)“ jako označení referenční zakázky. Takové formální pochybení nepřezkoumatelnost prvostupňového rozhodnutí pro nesrozumitelnost nezakládá. Podle judikatury „*rozhodnutí nemůže být nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost tehdy, je-li rozpor v něm odstranitelný výkladem... To platí tím spíše, pokud rozpor, v němž má údajně spočívat nesrozumitelnost rozhodnutí, spočívá pouze v písařské chybě.*“ (viz i rozsudek NSS z 23. 8. 2006 č. j. 1 Afs 38/2006-72).

51. Žalobci k referenční zakázce C) („Moravian Science Center Brno“) namítli, že „*nebyly uvedeny všechny rozhodné údaje, a tedy stále trvají důvodné pochybnosti o tom, že tato referenční zakázka poddodavatele vybraného dodavatele splňuje zadávací podmínky.*“. Tato námitka je nedůvodná již pro její vágnost. Žalobci neupřesňují, jaké rozhodné údaje nebyly uvedeny a v čem zakázka nesplňovala ZD (viz i bod 71. napadeného rozhodnutí). Referenční zakázkou D) se žalovaný pro nadbytečnost nezabýval, jelikož zadavatel požadoval k prokázání kvalifikace jen 3 referenční zakázky a žalobci proti tomu ani nic nenamítají.

IV. D) Námitka o nepředložení řádné pojistné smlouvy

52. Žalobci namítli, že žalovaný chybně posoudil otázku nesplnění podmínek pro uzavření smlouvy dle § 104 písm. a) ZZVZ, jelikož vybraný dodavatel předložil pojistnou smlouvu v rozporu se ZD. Totiž pojistná smlouva musí dle čl. X. smlouvy o dílo na plnění veřejné zakázky obsahovat mj. pojištění pro případ odpovědnosti dalších osob - smluvních partnerů a poddodavatelů; to vybraný dodavatel nesplnil, pojištění jen vybraného dodavatele je nedostatečné.
53. Soud odkazuje na bod 82. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že pojistná smlouva předložená vybraným dodavatelem obsahuje „*pojištění třetích osob za škody na majetku, újmy na zdraví a smrti způsobené při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla s min. výši pojistného plnění 10 mil. Kč – pojistná smlouva č. 41833181-34 s Českou pojišťovnou a. s.*“ a „*pojištění odpovědnosti za škodu vzniklou při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla s min. výši pojistného plnění 10 mil. Kč – pojistná smlouva č. 41833181-34 s Českou pojišťovnou a. s.*“. Žalobci proti tomuto zjištění o obsahu pojistné smlouvy - plynoucímu i z 2. oznámení o výběru dodavatele [bod 4. písm. c) na str. 5] – nic konkrétního nenamítají. Vybraný dodavatel tak předložil pojistnou smlouvu o pojištění i třetích osob (za újmu způsobenou při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla) a už proto je žalobní námitka nedůvodná.
54. Nadto dle čl. IX. 5. smlouvy o dílo: „*Za všechny škody způsobené třetími osobami v rámci provádění Díla odpovídá Objednateli přímo zhotovitel.*“. Z toho plyne, že pokud vybraný dodavatel předložil pojistnou smlouvu vztahující se na pojištění rizik souvisejících s prováděním díla, je v tom zahrnuto i pojištění pro případ vzniku újmy způsobení při provádění nebo v souvislosti s prováděním díla nejen vybraným dodavatelem, ale i jeho zaměstnanci, smluvními partnery i poddodavatelé; totiž i podle smlouvy o dílo nese vybraný dodavatel za jimi způsobené újmy odpovědnost sám.

IV. E) Námitka o nesplnění náležitostí pro seznam dokladů v rozporu s § 123 ZZVZ

55. Podle § 123 písm. b) bod 1) ZZVZ: „*Zadavatel odešle...oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení...musí být součástí tohoto oznámení...b) výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat 1. seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci...*“. Dle žalobců žalovaný aproboval nezákonný postup zadavatele, který seznam dokladů - kterými dodavatel prokazoval kvalifikaci - neuvedl v oznámení o výběru dodavatele. Žalobci nesouhlasí s názorem žalovaného, že zadavatel musí uvádět v seznamu dokladů jen doklady, kterými vybraný dodavatel prokázal kvalifikaci; dle žalobců je zadavatel povinen uvést i doklady, kterými kvalifikaci prokazoval marně. Dle žalobců je smyslem umožnit účastníkům přezkoumat výsledek posouzení splnění kvalifikace dodavatele i postup vedoucí k výběru dodavatele –

zda nedošlo ke změně nabídky v rozporu s § 46 ZZVZ či jinému porušení zákona, které mohlo ovlivnit výběr dodavatele.

56. Námitka žalobců je nedůvodná již pro její vágnost. Žalobci polemizují s názorem žalovaného, že není nutné uvádět v seznamu doklady, kterými dodavatel neprokázal kvalifikaci. Žalobci netvrdí, zda vybraný dodavatel předložil doklady neprokazující jeho kvalifikaci, které by nebyly uvedeny v oznámení o výběru dodavatele. Z žaloby není zřejmé, zda se nejedná o spor v akademické rovině. Z druhých námitek žalobců ale soud zjistil, že žalobci v nich namítli konkrétně jen absenci dokladů k poddodavateli umdash Store Makers Management GmbH. Nicméně prostřednictvím tohoto poddodavatele vybraný dodavatel již ani neprokazoval svoji kvalifikaci. Šlo totiž o původního poddodavatele, kterého vybraný dodavatel následně nahradil novým poddodavatelem.
57. Navíc žalobci argumentují smyslem umožnit účastníkům zadávacího řízení přezkoumat i postup vedoucí k výběru dodavatele, zda nedošlo ke změně nabídky v rozporu s § 46 ZZVZ. Ani v tomto ohledu žalobci na svých právech nebyli poškozeni. Žalobcům bylo známo 1. rozhodnutí o výběru dodavatelem, které uvádělo původního poddodavatele i referenční zakázku původního poddodavatele. Rovněž bylo žalobcům známo 2. rozhodnutí o výběru dodavatele, z něhož plyne, že vybraný dodavatel nahradil původního poddodavatele novým. A právě z těchto skutečností (i žalobcům vyjevených v 1. a 2. oznámením o výběru dodavatele) žalobci namítají konkrétní skutečnosti ve prospěch jejich názoru o změně nabídky vybraného dodavatele v rozporu s § 46 ZZVZ. Tedy i z tvrzení samotných žalobců plyne, že ani z hlediska obsahu oznámení o výběru dodavatele žalobci nebyli poškozeni na právu přezkoumat i postup vedoucí k výběru dodavatele, zda nedošlo ke změně nabídky v rozporu s § 46 ZZVZ. Tudíž žalobní námitka je tak nedůvodná.

IV. F) Námitka o nesprávném zastavení řízení o části návrhu žalobců pro opožděnost

58. Žalobci namítli, že žalovaný nesprávně posoudil část jejich návrhu jako opožděnou. Žalovaný výrokem I. prvostupňového rozhodnutí zastavil řízení [dle § 257 písm. e) ZZVZ] pro opožděnost o části návrhu žalobců týkající se údajného porušení zákona způsobeného tím, že zadavatel nevyloučil vybraného dodavatele podle § 48 odst. 8 ZZVZ, nýbrž rozhodl o zrušení o výběru dodavatele (aniž by dodavatele vyloučil). Žalovaný tak vyšel z premisy, že žalobci v návrhu na přezkum namítali, že zadavatel porušil - již v době zrušení prvního rozhodnutí o výběru dodavatele - svoji povinnost vyloučit vybraného dodavatele. Tato premisa žalovaného je mylná. Žalobci uvedené v návrhu na přezkum nenamítali. Přiznávali zadavateli možnost vybraného dodavatele nejprve (tj. před vyloučením ze soutěže) vyzvat k objasnění či doplnění (dle § 46 odst. 1 ZZVZ) ke 3 původním referenčním zakázkám (viz např. bod 9. a 10. návrhu na přezkum; ostatně obdobně i poznámka pod čarou č. 15 v žalobě). Žalobci tak (v návrhu na přezkum) nerozporovali postup zadavatele, kterým rozhodl o zrušení 1. rozhodnutí o výběru dodavatele, aniž by zároveň vybraného dodavatele vyloučil. Namítali však, že pokud zadavatel vyzval dodavatele dle § 46 odst. 1 ZZVZ, měl po reakci dodavatele zhodnotit jen 3 původní referenční zakázky původních poddodavatelů a nepřihlédnout k novému poddodavateli a novým referenčním zakázkám a (až) na takovém podkladě dodavatele vyloučit. S touto námitkou se žalovaný přesvědčivě vypořádal [k tomu srov. i bod IV. A) tohoto rozsudku] a takovou námitku věcně posuzoval i soud v textu shora tohoto rozsudku.

59. Pokud výrokem I. prvostupňového rozhodnutí bylo řízení o námitce žalobců, kterou tito ve skutečnosti nikdy nevznесли, zastaveno, nemohlo se takové nesprávné rozhodnutí negativně dotknout právní sféry žalobců. Důsledně vzato šlo jen o nadbytečné rozhodnutí. Již z tohoto důvodu soud i žalobní námitku o nesprávném zastavení části návrhu žalobců shledal nedůvodnou.
60. Nadto soud uvádí další důvod nedůvodnosti této žalobní námítky. Sice žalovaný ve výroku I. zastavil řízení o části návrhu pro opožděnost, ale z obsahu prvostupňového i napadeného rozhodnutí plyne, že ve skutečnosti se i touto námitkou žalobců žalovaný věcně zabýval a shledal ji za nedůvodnou a soud souhlasí, že jde o námitku nedůvodnou [blíže viz bod IV. B) odůvodnění tohoto rozsudku]. Tu lze odkázat již na bod 45. až 47. napadeného rozhodnutí, kde žalovaný přijal a odůvodnil závěr, že zadavatel nebyl povinen vyloučit již vybraného dodavatele dle § 48 odst. 8 ZZVZ (srov. i bod 129. prvostupňového rozhodnutí či bod 37. odůvodnění tohoto rozsudku).

IV. G) Námitka rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 64/2020-183

61. Žalobci odkázali na rozsudek Krajského soudu v Brně z 15. 12. 2021 č. j. 31 Af 64/2020 – 183. Tento odkaz není přílehlavý už pro podstatně odlišné skutkové odlišnosti obou věcí. Tehdy nabídka neobsahovala nejasnosti a přesto (dle citovaného rozsudku) v rozporu s § 46 ZZVZ zadavatel vyzval vybraného dodavatele dle § 46 ZZVZ (viz bod 12. a 13. odůvodnění citovaného rozsudku). V souzené věci ale není sporu, že nabídka vybraného dodavatele obsahovala nejasnosti a že vybraný dodavatel byl vyzván po právu (srov. i bod 10. tohoto rozsudku). Nadto citovaný rozsudek se zabýval změnou nabídky ve vztahu ke změně míry zapojení poddodavatele do plnění veřejné zakázky ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ. Tehdy v původní nabídce byl předložen závazek poddodavatele jen radit dodavateli a poddodavatel se neměl podílet na plnění veřejné zakázky, ačkoli dodavatel tímto poddodavatelem prokazoval svoji kvalifikaci; až v reakci na výzvu dle § 46 ZZVZ tehdejší dodavatel opravil svoji nabídku tak, že se jeho poddodavatel zavázal i k plnění úkolů souvisejících s plněním veřejné zakázky (což soud tehdy označil jako nepřipustnou změnu nabídky). V souzené věci však žalobci ani nenamítali, že by žádný z původních poddodavatelů nebyl zapojen do plnění veřejné zakázky a že až nahrazením novým poddodavatelem došlo k zapojení poddodavatele do plnění veřejné zakázky.

V. Závěr a náklady řízení

62. Z uvedených důvodů soud žalobu jako **nedůvodnou** zamítl (§ 78 odst. 7 s. ř. s.). Pro nadbytečnost neprováděl důkazy navržené žalobci (str. 7 žaloby), jelikož se týkaly jen referenční zakázky původního poddodavatele, kterým vybraný dodavatel svoji kvalifikaci pak už neprokazoval.
63. Výrok (II.) o náhradě nákladů řízení je odůvodněn § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobci, kteří neměli ve věci úspěch, nemají právo na náhradu nákladů řízení před soudem. Proto soud rozhodl, že žádný z žalobců nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému náklady řízení nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, a proto soud rozhodl, že se žalovanému nepřiznává náhrada nákladů řízení (výrok III.). Vzhledem k tomu, že soud neuložil osobám zúčastněným na řízení povinnost, nemohly jim vzniknout náklady řízení podle § 60 odst. 5 s. ř. s., a proto soud rozhodl, že osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů řízení (výrok IV.).

Poučení:

Proti tomuto rozsudku 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 právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 16. listopadu 2022

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.
předsedkyně senátu