



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D., a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D., a Mgr. Filipa Skřivana v právní věci

žalobce: **VYSSPA Sports Technology s.r.o.**
sídlem Skladová 2438/6, Plzeň
zastoupen Mgr. Jiřím Čížkem, advokátem
sídlem Dvořákova 44/38, Plzeň

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

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.2.2023, č.j. ÚOHS-01160/2023/161, sp.zn. ÚOHS-R0167/2022/VZ,

takto:

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.2.2023, č.j. ÚOHS-01160/2023/161, sp.zn. ÚOHS-R0167/2022/VZ, se ruší a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný je povinen nahradit žalobci náklady řízení ve výši 27 703 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám Mgr. Jiřího Čížka, advokáta.

III. Žalovaný nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Zadavatel zadával ve zjednodušeném podlimitním řízení veřejnou zakázku „Rekonstrukce fotbalového hřiště s umělým povrchem“, která byla uveřejněna na profilu zadavatele pod č. P21V10000501. Žalovaný ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení rozhodoval o návrhu žalobce na přezkoumání úkonů zadavatele (návrh směřoval proti postupu zadavatele při výběru dodavatele) a vydal prvostupňové rozhodnutí ze dne 25.11.2022, č.j. ÚOHS-42067/2022/510, sp.zn. ÚOHS-S0432/2022/VZ, kterým návrh žalobce na přezkum úkonů zadavatele podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“ v rozhodném znění), zamítl, neboť podle něj nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Předseda žalovaného pak nyní napadeným rozhodnutím podaný rozklad žalobce zamítl a prvostupňové rozhodnutí potvrdil.

II. Shrnutí procesního postoje žalobce

2. Podle žalobce je napadené i jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí nezákonné a nepřezkoumatelné.
3. Žalovaný podle žalobce pochybil, když aproboval postup zadavatele, který nevyloučil vybraného dodavatele ze zadávacího řízení, ačkoli tak měl učinit podle § 48 odst. 8 ZZVZ, neboť údaje a podklady k prokázání splnění technické kvalifikace předložené vybraným dodavatelem podle žalobce neodpovídaly skutečnosti a současně měly vliv na posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Tento nezákonný postup byl podle žalobce následně umocněn tím, že zadavatel přistoupil na změnu kvalifikace vybraného dodavatele (poté, co její splnění bylo žalobcem opakovaně rozporováno), což vedlo k tomu, že v zadávacím řízení opětovně uspěl vybraný dodavatel. Žalovaný tedy podle žalobce nesprávně posoudil splnění kvalifikace vybraným dodavatelem, což vyústilo ve stav, kdy vybraný dodavatel neoprávněně zůstal účastníkem zadávacího řízení a následně v něm také uspěl.
4. Žalobce dále namítá nesprávnou interpretaci § 88 ZZVZ; žalovaný nesprávně dovozuje, že změna kvalifikace je možná i při absenci (nesplnění) kvalifikace předcházející její následné změně. Žalobce je oproti žalovanému toho názoru, že o změně kvalifikace lze hovořit pouze tehdy, kdy je účastník řízení v době podání nabídky prokazatelně kvalifikovaným k řádnému plnění předmětu veřejné zakázky.
5. Žalobce také rozporuje závěry žalovaného stran přípustnosti rozsahu prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele prostřednictvím poddodavatele, neboť je přesvědčen, že ačkoli má mít prokázání kvalifikace prostřednictvím dalších osob toliko doplňkový charakter k prokázání kvalifikace samotným dodavatelem, v nyní posuzované věci je reálný podíl vybraného dodavatele na realizaci předmětu referenční zakázky mimořádně nízký (resp. žádný), což jej činí (opětovně) nekvalifikovaným i po oznámené změně kvalifikace.

6. Žalobce tedy navrhuje, aby zdejší soud napadené a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí zrušil. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, i při jednání soudu.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

7. Žalovaný považuje žalobu za nedůvodnou a setrává na závěrech, na nichž je založeno napadené rozhodnutí.
8. K žalobní argumentaci stran údajného neprokázání technické kvalifikace a její nepřipustné změny vybraným dodavatelem žalovaný pouze ve zkratce shrnuje, že podmínky technické kvalifikace vybraným dodavatelem splněny byly, nicméně i kdyby tomu tak nebylo (což žalovaný popírá), šlo by sice o vadu nabídky vybraného dodavatele, kterou však lze zhojit i dodatečně postupem podle § 88 ZZVZ. Ve vztahu k žalobcem tvrzenému nepřipustnému rozsahu prokázání technické kvalifikace vybraného dodavatele prostřednictvím poddodavatele žalovaný konstatuje, že zákon rozsah, v němž může být kvalifikace prokázána prostřednictvím jiných osob, neomezuje.
9. Žalovaný tedy navrhuje, aby zdejší soud žalobu jako nedůvodnou zamítl. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejším soudem, i při jednání soudu.

IV. Posouzení věci

10. Žaloba byla podána osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“) a včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.). Žaloba je přípustná a věcně projednatelná (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.). Napadené rozhodnutí bylo přezkoumáváno v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.).
11. Žaloba je důvodná.
12. Zdejší soud se nutně nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností či vad předcházejícího správního řízení. Namítá-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, pak ji sice opírá o tvrzení, že se předseda žalovaného (či žalovaný v prvním stupni) nevypořádal se žalobcovými argumenty, eventuálně že způsob vypořádání je nesrozumitelný, současně však žalobce s nosnou argumentační linií obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného podrobně a věcně polemizuje a konkrétními argumenty s ní nesouhlasí. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů či pro nesrozumitelnost musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, tj. jako nemožnost přezkoumat určité rozhodnutí pro skutečnou nemožnost zjistit samotný obsah nebo důvody, pro které bylo vydáno (srov. například usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19.2.2008, č.j. 7 Afs 212/2006 - 76); není přípustné institut nepřezkoumatelnosti libovolně rozšiřovat a vztahovat jej i na situace, kdy se správní orgán podstatou námitky účastníka řízení řádně zabývá a vysvětlí, proč nepovažuje argumentaci účastníka za správnou, byť výslovně v odůvodnění rozhodnutí nereaguje na všechny myslitelné aspekty uplatněné námitky, popř. se dopustí dílčího nedostatku odůvodnění. Zrušení rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost je vyhrazeno těm nejzávažnějším vadám rozhodnutí, kdy pro absenci důvodů či pro nesrozumitelnost skutečně nelze rozhodnutí vůbec meritorně přezkoumat. Nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nedostatek důvodů tak má místo tehdy, opomene-li

správní orgán na námitku účastníka zcela (tedy i implicitně) reagovat (srov. například rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17.1.2013, č.j. 1 Afs 92/2012-45, či ze dne 29.6.2017, č.j. 2 As 337/2016-64), přehlédnout přitom nelze ani skutečnost, že správní orgány nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví jasný právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí, což jako ústavně konformní shledal i Ústavní soud např. v nálezu ze dne 12.2.2009, sp.zn. III. ÚS 989/08.

13. Pokud jde o srozumitelnost a důvody nyní napadeného rozhodnutí, pak napadené rozhodnutí obsahuje jasné a srozumitelné odůvodnění, v němž je zrekapitulován procesní vývoj včetně nosných důvodů prvostupňového rozhodnutí a rozkladové argumentace, zároveň jsou v něm dostatečně zřetelně uvedeny důvody, na jejichž základě předseda žalovaného dospěl k závěru o zákonnosti postupu zadavatele při posouzení splnění kvalifikace vybraným dodavatelem (str. 5-7), o oprávněnosti oznámení změny kvalifikace vybraným dodavatelem a důvodnosti (správnosti) akceptace této změny zadavatelem (str. 7-10) i o přípustnosti tzv. referenční zakázky, kterou z podstatné části realizoval poddodavatel vybraného dodavatele (str. 10-11). Navíc ze samotného obsahu žaloby a z vymezení (věcných) žalobních bodů bezpečně plyne, že napadené i jemu předcházející rozhodnutí bylo pro žalobce velmi dobře srozumitelné a nosné důvody napadeného a jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí byly pro žalobce dostatečně čitelné.
14. Napadené rozhodnutí tudíž z pohledu přezkoumatelnosti ob stojí, a to jak v otázce srozumitelnosti, tak v otázce důvodů, na kterých je založeno, přičemž zdejší soud neshledal ani jiné důvody nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, ke kterým by musel přihlížet z úřední povinnosti. Věcný nesouhlas žalobce s pohledem žalovaného je již otázkou zákonnosti (věcné správnosti) napadeného rozhodnutí a procesního postupu žalovaného, jenž jej k jeho vydání přivedl.
15. Spor je v nyní posuzované věci o to, zda žalovaný postupoval správně, když dospěl k závěru o zákonnosti postupu zadavatele při výběru vybraného dodavatele (jak tvrdí žalovaný), či nikoli, neboť žalovaný nesprávně posoudil splnění kvalifikace vybraným dodavatelem (jak při „prvotním“ posouzení splnění podmínek jeho účasti, tak při posouzení navazujícím na změnu kvalifikace) a současně připustil změnu kvalifikace vybraného dodavatele v situaci, která odporuje smyslu a účelu ustanovení o přípustnosti její změny (jak tvrdí žalobce).
16. Nesporné je přitom mezi žalobcem a žalovaným to, že žalobce od okamžiku (prvního) výběru dodavatele v řízení o námitkách i ve správním řízení před žalovaným opakovaně rozporoval pravdivost a úplnost dokladů k tzv. referenční zakázce vybraného dodavatele, což žalovaného vedlo k zaslání výzev ze dne 22.7.2022 a 28.7.2022 tzv. referenčnímu zadavateli k předložení relevantních dokumentů k tzv. referenční zakázce ve správním řízení vedeném pod sp.zn. ÚOHS-S0256/2022/VZ; to odpovídá i obsahu správního spisu vedeného žalovaným ve věci sp.zn. ÚOHS-S0256/2022/VZ, jehož podstatnými částmi zdejší soud při jednání dokazoval. Nesporné je i to, že vybraný dodavatel dne 29.7.2022 oznámil změnu kvalifikace, kterou nově prokazoval prostřednictvím odlišného poddodavatele, což zadavatele vedlo ke zrušení rozhodnutí o výběru vybraného dodavatele a žalovaného k zastavení tamního správního řízení; na výzvy určené tzv. referenčnímu zadavateli se pak již hledělo jako na bezpředmětné. Nesporné je konečně i to, že zadavatel změnu kvalifikace vybraného dodavatele přijal a opětovně rozhodl o jeho výběru s odůvodněním, že

prostřednictvím nově předloženého referenčního plnění (cestou § 88 ZZVZ) kvalifikaci v plném rozsahu splňuje.

17. Pokud jde o tzv. změnu kvalifikace v průběhu zadávacího řízení, pak podle § 88 odst. 1 ZZVZ (které se ve zjednodušeném podlimitním řízení použije; srov. § 53 odst. 4 ZZVZ) platí, že dojde-li po předložení dokladů nebo prohlášení o kvalifikaci v průběhu zadávacího řízení ke změně kvalifikace účastníka řízení, je povinen tuto změnu oznámit zadavateli a předložit nové doklady nebo prohlášení ke kvalifikaci. Podle § 48 odst. 2 písm. c) ZZVZ zadavatel může vyloučit účastníka řízení, pokud předložené údaje neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení. Podle § 48 odst. 8 ZZVZ zadavatel vybraného dodavatele vyloučí z účasti v zadávacím řízení, budou-li naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 ZZVZ.
18. V nyní posuzované věci vyvstává především otázka, zda lze změnu kvalifikace ve smyslu § 88 odst. 1 ZZVZ připustit (tj. zda lze mít kvalifikaci za prokázanou postupem podle § 88 odst. 1 ZZVZ) v situaci, kdy otázka jejího splnění k okamžiku podání nabídky, resp. k okamžiku posouzení splnění podmínek účasti (konkrétně kvalifikace dodavatele), není postavena najisto, anebo postavena najisto je, avšak v tom smyslu, že kvalifikace – původně – prokázána nebyla. Jde tedy o otázku, zda postup podle § 88 odst. 1 ZZVZ je možný bez ohledu na to, zda splnění kvalifikace již bylo ze strany dodavatele (účastníka zadávacího řízení) prokázáno k okamžiku uplynutí lhůty pro podání nabídky či v návaznosti na výzvu zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ, anebo zda postup podle § 88 odst. 1 ZZVZ je možný jen tehdy, jestliže splnění kvalifikace již bylo předtím ze strany dodavatele (účastníka zadávacího řízení) prokázáno k okamžiku uplynutí lhůty pro podání nabídky či v návaznosti na výzvu zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ. Teprve z odpovědi na tuto otázku může vyplynout odpověď na otázku, zda v nyní posuzované věci vybraný dodavatel prokázal splnění kvalifikace cestou § 88 odst. 1 ZZVZ.
19. Zdejší soud odlišně od žalovaného dovozuje, že postup podle § 88 odst. 1 ZZVZ je možný jen tehdy, jestliže splnění kvalifikace již bylo předtím ze strany dodavatele (účastníka zadávacího řízení) prokázáno. Pravidlo podávané z § 88 odst. 1 ZZVZ totiž podle zdejšího soudu nemá fakticky prodloužit (nebo dokonce obejít) lhůtu k prokázání splnění kvalifikace vyplývající z § 53 odst. 4 a § 54 odst. 1 ZZVZ (zadavatel musí stanovit lhůtu pro podání nabídek v souladu s § 54 odst. 1 ZZVZ a v nabídce pak dodavatelé podle § 53 odst. 4 ZZVZ předkládají doklady o kvalifikaci), eventuálně již prodlouženou v důsledku výzvy zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ (pokud se zadavatel – fakultativně – rozhodne k tomu, že dodavatele vyzve k doplnění nabídky, resp. požádá jej o doplnění nabídky, o údaje týkající se kvalifikace podle § 46 odst. 1 ZZVZ, pak doplnění údajů týkajících se prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, tj. i kvalifikace, je povoleno, přitom skutečnosti rozhodné pro posouzení mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek, tj. ve lhůtě, v níž má dodavatel na výzvu, resp. žádost, podle § 46 odst. 1 ZZVZ reagovat; srov. § 46 odst. 2 in fine ZZVZ). Pravidlo podávané z § 88 odst. 1 ZZVZ má jen umožňovat, aby kvalifikace již konkrétními doklady prokázána (doložená), dojde-li k její dodatečné ztrátě, ať už úplné anebo částečné (k níž dojde stále ještě v době běžícího zadávacího řízení), mohla být nahrazena (fakticky znovu prokázána) předložením dokladů nových, reagujících na změnu (zohledňujících změnu).
20. Byl-li by aprobován výklad žalovaného, podle něhož je v případě postupu podle § 88 odst. 1 ZZVZ nepodstatné, zda kvalifikace ve lhůtě pro její prokázání (u tzv. jednofázových

zadávacích řízení ve lhůtě pro podání nabídek, v případě zjednodušeného podlimitního řízení v nabídce podle § 53 odst. 4 třetí věty ZZVZ) byla prokázána či nikoliv, byl by *de facto* zcela popřen smysl a účel lhůty k podání nabídek (jejichž součástí mají být i doklady prokazující kvalifikaci). Byl by současně popřen i smysl a účel jediného pravidla, které povinnost prokázat kvalifikaci již v nabídce prolamuje, tj. pravidla podávaného z § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ (jehož využití je zásadně fakultativním oprávněním zadavatele), eventuálně pak pravidla vyplývajícího z § 39 odst. 5 ZZVZ (na základě kterého má zadavatel ještě oprávnění opatřovat si doklady sám). Stěží by pak lhůta k podání nabídek (a k prokázání zadavatelem požadované kvalifikace již v nabídce podle § 53 odst. 4 třetí věty ZZVZ) měla smysl, bylo-li by dodavatelům (účastníkům zadávacího řízení) poté (během celého zadávacího řízení) cestou § 88 odst. 1 ZZVZ umožněno předkládat doklady teprve kvalifikaci prokazující. Nešlo by ani o „změnu“ kvalifikace, nýbrž o její originární prokazování (po uplynutí lhůty pro její prokázání výlučně z vůle dodavatele, které by zadavatel musel akceptovat). Navíc by tak byl položen základ neoprávněného zvýhodnění toho dodavatele, který by ve lhůtě pro podání nabídek kvalifikaci nesplňoval, přesto by nabídku bez doložení dokladů o kvalifikaci („nadrzo“) podal, oproti těm dodavatelům, kteří, třeba právě vědomi si toho, že kvalifikaci nesplňují (že v nabídce nejsou schopni doklady o kvalifikaci doložit), nabídku do zadávacího řízení vůbec nepodali (nevedeni myšlenkou, že tak stejně učiní, protože „co kdyby kvalifikaci náhodou v průběhu zadávacího řízení přeci jen začali splňovat“). V konečném důsledku by tak velmi snadno mohlo docházet k podávání účelových, nepravdivých a neúplných nabídek s možností zhojení jejich vad teprve po uplynutí lhůty k jejich podání (a k prokázání kvalifikace) prostřednictvím § 88 odst. 1 ZZVZ, protože lhůta k podání nabídek (a k prokázání kvalifikace), eventuálně prodloužená postupem podle § 46 odst. 1 a 2 ZZVZ, by se stala lhůtou otevřenou (až do dokončení zadávacího řízení uzavřením smlouvy), jíž by mohl dodavatel (účastník zadávacího řízení) využít kdykoliv, vznikly-li by o jeho kvalifikaci pochybnosti; dokonce by postupem podle § 88 odst. 1 ZZVZ mohl dodavatel (účastník zadávacího řízení) dodatečně reagovat i na své vyloučení pro nesplnění kvalifikace. To by se jistě principům ohledně lhůt pro prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení (tedy i pro prokázání kvalifikace), na kterých je ZZVZ vystavěn, protivilo.

21. Změněna (cestou § 88 odst. 1 ZZVZ) tedy může být jen taková kvalifikace, která byla v minulosti účastníkem zadávacího řízení již prokazatelně splněna (doložena v souladu se ZZVZ, ve zjednodušeném podlimitním řízení konkrétně v souladu s § 53 odst. 4 třetí větou ZZVZ). Pro tento výklad, kromě shora uvedeného, ostatně svědčí nejen text § 88 odst. 1 ZZVZ (jde o „změnu“ kvalifikace „*po předložení dokladů nebo prohlášení o kvalifikaci*“, přitom povinnost podle § 88 odst. 1 ZZVZ nevzniká účastníku zadávacího řízení, pokud je kvalifikace „*změněna*“ takovým způsobem, že podmínky kvalifikace jsou „*nadále*“ splněny), nýbrž také důvodová zpráva k § 88 odst. 1 ZZVZ, podle níž může nastat situace, kdy „*vybraný dodavatel v průběhu zadávacího řízení na určitou dobu kvalifikaci ztratí, [n]ejpozději v okamžiku uzavření smlouvy však vybraný dodavatel musí kvalifikaci v plném rozsahu opět splňovat*“ (důvodová zpráva k ZZVZ, www.psp.cz). Navíc se pro tento výklad zřetelně vyslovuje i komentářová literatura, podle níž „*primární povinností samotného účastníka zadávacího řízení je již prokázanou kvalifikaci udržovat*“ (ŠEBESTA, M., NOVOTNÝ, P., MACHUREK, T., DVOŘÁK, D. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, „[ú]častník zadávacího řízení má tak v souhrnu lhůtu až 15 pracovních dnů od doby, kdy zjistí, že u něj došlo ke změně v kvalifikaci, která by mohla znamenat nesplnění kvalifikace do jejího zhojení zasláním nových dokladů či prohlášení, které

opětovně (nově) prokážou splnění kvalifikace“ (FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*, Wolters Kluwer, 2023), „[o] *podstatnou změnu* [kvalifikace] *jde tehdy, způsobuje-li nastalá změna ztrátu kvalifikace*“ (DĚDEK, V., JELÍNEK, K., STAŇO, R., ŠLESINGER, J. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*, Wolters Kluwer, 2022), či „*paragraf upravuje situace, kdy v průběhu zadávacího řízení poté, co účastník předložil doklady či prohlášení o své kvalifikaci, dojde ke změně v kvalifikaci tohoto účastníka, tj. změně se jím prokázané či prohlášené skutečnosti*“ (MACEK, I., DERKOVÁ, R., BARTOŇ, D., KOŠTÁL, K., MAREČKOVÁ, E. a ZATLOUKAL, P., *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem a judikaturou*, CODEXIS publishing, 2016), anebo „[n]ení podle našeho názoru namístě vyloučit účastníka zadávacího řízení, který předloží nové doklady či prohlášení postačující ke splnění kvalifikace, nicméně v úrovni, která není zcela srovnatelná s původně prokázanou úrovní“ (KRUTÁK, T., KRUTÁKOVÁ, L. a GERYCH, J., *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem*, ANAG, 2020). Aby tedy mohlo dojít ke „změně“ kvalifikace, je nezbytné, aby byla kvalifikace od počátku účasti dodavatele v zadávacím řízení (resp. od konce lhůty k prokázání splnění podmínek jeho účasti, eventuálně později na základě postupu podle § 46 odst. 1 ZZVZ nebo § 39 odst. 5 ZZVZ) „splněna“ (tj. „její splnění prokázáno“). Steží by, ve světle shora uvedeného, mohlo dojít k „udržování“ kvalifikace, její následné „ztrátě“ a „opětovnému“ prokázání, nebylo-li by k okamžiku podání nabídek její splnění postaveno najisto, resp. nebyla-li by kvalifikace účastníkem zadávacího řízení v požadovaném rozsahu vůbec doložena (prokázána). Pro správnost výkladu žalovaného tedy podle zdejšího soudu vlastně nesvědčí vůbec nic.

22. Jestliže lze změnu kvalifikace cestou (ve smyslu) § 88 odst. 1 ZZVZ připustit pouze ve vztahu k již dříve prokázané (splněné) kvalifikaci, pak je třeba otázku počátečního prokázání jejího splnění považovat za otázku předběžnou k otázce přípustnosti její změny podle § 88 odst. 1 ZZVZ.
23. V nyní posuzované věci žalobce původní prokázání (doložení) kvalifikace vybraným dodavatelem zpochybňoval námitkami a následně návrhem na zahájení správního řízení k žalovanému. Žalovaný na základě tohoto návrhu vedl správní řízení sp.zn. ÚOHS-S0256/2022/VZ, v rámci něhož tzv. referenčního zadavatele vyzval k doložení dokladů prokazujících, že tzv. referenční zakázka byla poddodavatelem skutečně realizována ve tvrzeném finančním rozsahu; referenční zadavatel však žalovanému požadované dokumenty dle obsahu správního spisu ve stanovených lhůtách neposkytl. Dne 29.7.2022 vybraný dodavatel oznámil změnu kvalifikace (cestou § 88 odst. 1 ZZVZ), což zadavatele vedlo ke zrušení posouzení splnění podmínek účasti, ke zrušení rozhodnutí o výběru vybraného dodavatele, k opětovnému posouzení nabídek a k opětovnému výběru dodavatele, neboť dospěl k závěru, že tento dodavatel prokázal splnění všech podmínek účasti v zadávacím řízení i po změně kvalifikace; to žalovaného vedlo k zastavení správního řízení sp.zn. ÚOHS-S0256/2022/VZ a k zaslání informace tzv. referenčnímu zadavateli, že se zaslání výzvy staly bezpředmětnými. Tento postup zdejší soud (pro účely řízení sp.zn. ÚOHS-S0256/2022/VZ) nezpochybňuje.
24. Dovodil-li však shora zdejší soud, že otázku počátečního prokázání splnění kvalifikace je třeba mít postavenou najisto, aby bylo možno posuzovat její změnu cestou § 88 odst. 1 ZZVZ, pak žalovaný v řízení v nyní posuzované věci musel opatřit dostatečný skutkový podklad k posouzení této otázky a následně musel posoudit, zda vybraný dodavatel do doby

nahrazení poddodavatele (nahrazení původní tzv. referenční zakázky jinou) sám či prostřednictvím třetí osoby technickou kvalifikaci podle čl. 6.3 výzvy k podání nabídek ze dne 25.8.2021 splňoval či nikoliv. Námitkami proti splnění kvalifikačních kritérií vybraným dodavatelem žalobce konstantně zpochybňoval pravost údajů předložených k jejich prokázání ve vztahu k tzv. referenční zakázce s názvem „Dodávka a pokládka povrchu UMT III. generace včetně lajnování, aplikace zásypu křemičitým pískem a granulátem do plochy“ o celkové finanční hodnotě 7 525 180 Kč bez DPH, neboť se domníval, že podíl poddodavatele vybraného dodavatele na referenční zakázce mohl dosahovat částky v maximální výši 3,8 mil. Kč bez DPH, což v průběhu správního řízení před žalovaným i v řízení před zdejší soudem doložil konkrétními skutkovými okolnostmi plnění referenční zakázky (především bod A/ návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 22.9.2022, bod II. rozkladu ze dne 9.12.2022, tomu pak odpovídá bod V. žaloby) a současně žalovanému navrhl provedení několika důkazů, kterými hodlal doložit svá tvrzení, a dále pak vyžádání několika dokumentů, které by případnou pravost údajů předložených k referenční zakázce prokazovaly (v podrobnostech bod A/ návrhu na zahájení řízení ze dne 22.9.2022). Žalovaný však, veden jiným výkladem § 88 odst. 1 ZZVZ, než jak jej za správný pokládá zdejší soud, neposoudil, nakolik bylo splnění kvalifikace před změnou cestou § 88 odst. 1 ZZVZ prokázáno (aby mohla být kvalifikace skutečně „měněna“). Napadené rozhodnutí je proto zatíženo nezákonností (nesprávným výkladem § 88 odst. 1 ZZVZ).

25. Odpověď na otázku stran (ne)splnění kvalifikace „následné“ („změněné“) je pak odvislá od úvah žalovaného ohledně (ne)přípustnosti její změny podle § 88 odst. 1 ZZVZ při respektování shora předestřené výkladu § 88 odst. 1 ZZVZ. Posuzovat tuto otázku zdejší soudem, aniž by byla zodpovězena otázka (ne)přípustnosti její změny podle § 88 odst. 1 ZZVZ v závislosti na tom, nakolik bylo splnění kvalifikace již prokázáno (ve lhůtě pro její prokázání, eventuálně později na základě postupu zadavatele podle § 46 odst. 1 ZZVZ, případně postupu zadavatele podle § 39 odst. 5 ZZVZ), by bylo předčasné. V tomto směru proto zdejší soud pouze připomíná, že pravidlo podávané z § 83 odst. 1 ZZVZ umožňuje dodavateli, který není schopen samostatně prokázat splnění kvalifikace, prokázat její splnění prostřednictvím jiných osob (zde poddodavatele) a učiní-li tak, pak je podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ povinen doložit písemný závazek poddodavatele k poskytnutí plnění, a to alespoň v rozsahu, v jakém poddodavatel prokázal kvalifikaci za dodavatele (srov. například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.5.2015, č.j. 3 As 204/2014-46, rozsudky zdejšího soudu ze dne 6.10.2014, č.j. 62 Af 57/2013-90, ze dne 10.6.2020, č.j. 29 Af 34/2017-220, či ze dne 10.6.2020, č.j. 29 Af 48/2017-159 – uvedená judikatura se sice vztahuje k § 51 odst. 4 písm. b/ předchozího zákona o veřejných zakázkách, avšak je použitelná i v poměrech ZZVZ). Ustanovení § 83 odst. 1 ZZVZ přitom co do rozsahu, v jakém může být kvalifikace prokázána prostřednictvím jiných osob, dodavatele a priori neomezuje.
26. Ze shora uvedených důvodů tedy zdejší soud napadené rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil a podle § 78 odst. 4 s.ř.s. věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán shora vysloveným závěrem zdejšího soudu o nutnosti posouzení prokázání (splnění) kvalifikace vybraného dodavatele před uskutečněním postupu podle § 88 odst. 1 ZZVZ, a sice pro zodpovězení otázky, zda došlo k „úspěšné“ („oprávněné“) změně kvalifikace ve smyslu § 88 odst. 1 ZZVZ, a teprve pokud cestou § 88 odst. 1 ZZVZ vybraný dodavatel změnil již prokázanou kvalifikaci, zda i po této změně vybraný dodavatel kvalifikaci nadále splňuje. Osud prvostupňového rozhodnutí je pak odvislý od navazujících úvah předsedy žalovaného v rámci řízení o rozkladu.

V. Náklady řízení

27. O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 věty první s.ř.s. Nestanoví-li zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, jež důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobce měl ve věci plný úspěch, a proto má právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému. Žalovaný ve věci úspěch neměl, a proto na náhradu nákladů řízení právo nemá. Z obsahu spisu a ze žalobcova vyúčtování nákladů řízení vyplynulo, že žalobci vznikly náklady na zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč společně s náklady právního zastoupení (čtyři úkony právní služby spočívající v převzetí a přípravě zastoupení, v podání žaloby, v podání repliky a v účasti na soudním jednání dne 29.2.2024, tj. 4 x 3 100 Kč, společně se čtyřmi paušály po 300 Kč a částkou odpovídající DPH) ve výši 16 456 Kč, společně s cestovným a náhradou za promeškaný čas advokáta žalobce na cestě k jednání soudu a zpět dne 29.2.2024 (Plzeň – Brno – Plzeň vozidlem r.z. X, osvědčení o registraci doloženo) ve výši 5 416 Kč + 1 400 Kč (14 započatých půlhodin) společně s částkou odpovídající DPH, tj. 8 247 Kč, tj. celkem 3 000 Kč + 16 456 Kč + 8 247 Kč = 27 703 Kč, vše podle § 11 odst. 1 písm. a), d) a g), § 13 odst. 1, 4 a 5, § 14 odst. 1 písm. a) a odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu. K zaplacení k rukám advokáta žalobce byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

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 29. února 2024

David Raus v.r.
předseda senátu