



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy senátu Mgr. Milana Procházky a soudců Mgr. Karla Černína, Ph.D. a Mgr. Jana Čížka ve věci

žalobce: **EUROVIA CS, a.s.**
sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha
zastoupené advokátem Mgr. Davidem Fyrbachem, LL.M.
sídlem Římská 103/12, 120 00 Praha

proti

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

za účasti: **Správa a údržba silnic Jihočeského kraje**
sídlem Nemanická 2133/10, České Budějovice
zastoupen advokátem JUDr. Pavlem Koukalem
sídlem Příkop 834/8, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 20. 12. 2022, č. j. ÚOHS-40576/2022/162

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

III. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Rozhodnutím žalovaného ze dne 6. 10. 2022, č. j. ÚOHS-34888/2022/500 (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), byl zamítnut návrh žalobce na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastněné na řízení – při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce křižovatky II/138 a II/141 Temelín“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 11. 2. 2022 uveřejněné na profilu zadavatele pod systémovým číslem P22V00212059 (dále jen „veřejná zakázka“). Proti prvostupňovému rozhodnutí brojil žalobce rozkladem, který byl podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), zamítnut, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

II. Argumentace žalobce

2. Žalobce namítá nesprávně zjištěný skutkový stav. Podle žalobce je zřejmé, že vybraný dodavatel – obchodní společnost Š + H Bohunice, s.r.o. (dále jen „vybraný dodavatel“ nebo „společnost Š + H Bohunice“) hodlal technickou kvalifikaci doložit sám za sebe, nikoliv prostřednictvím poddodavatele. Z postupu vybraného dodavatele vyplývá, že si vyložil požadavky stanovené v bodech 5.3.2 a 5.3.3 zadávací dokumentace tak, že stačí doložit čestné prohlášení, ve kterém bude konstatovat, že splňuje požadavky technické kvalifikace a má zavedena příslušná opatření. Vybraný dodavatel neměl zprvu v úmyslu doložit certifikáty prostřednictvím subdodavatele – obchodní společnosti HYDRO & KOV s.r.o. (dále jen „poddodavatel“ nebo „společnost HYDRO & KOV“). O tom svědčí i to, že společnost HYDRO & KOV zpočátku neuvedl do seznamu poddodavatelů. Pouze až na opakovanou žádost zadavatele ze dne 24. 3. 2022 k předložení certifikátů vybraný dodavatel dne 28. 3. 2022 doložil certifikáty vystavené pro společnost HYDRO & KOV spolu s poddodavatelským závazkem z téhož dne. Čestné prohlášení vybraného dodavatele tedy bylo nepravdivé, neboť požadovanými certifikáty nedisponuje. Až na druhou výzvu zadavatele začal vybraný dodavatel shánět způsob, kterým by kvalifikaci prokázal, a našel jej ve zcela novém poddodavateli. Doklady k prokázání kvalifikace předložené v nabídce (čestné prohlášení o splnění podmínek ohledně faktického stavu – zavedené požadovaných opatření, přičemž společnost HYDRO & KOV nebyla uvedena v seznamu poddodavatelů) nemohou obstát vedle podkladů doložených vybraným dodavatelem až v reakci na výzvu zadavatele ze dne 24. 3. 2022 (tj. nový poddodavatel s novým poddodavatelským závazkem).
3. Žalobce uvádí, že v odst. 28 napadeného rozhodnutí se zadavatel odvolává na předchozí část rozhodnutí s tím, že tam má být vysvětleno, proč doložení nového poddodavatele a nového poddodavatelského závazku není změnou nabídky. Žalobce namítá, že tato část rozhodnutí je nepřezkoumatelná, neboť tento závěr není náležitě odůvodněn, resp. spočívá pouze na nesprávné interpretaci záměru vybraného dodavatele.
4. Dále žalobce namítá nesprávné právní posouzení věci. Žalobce nesouhlasí se závěrem předsedy žalovaného, že doplněním podkladů k prokázání kvalifikace nedošlo ke změně nabídky. Žalobce uvádí, že § 46 odst. 2 ZZVZ nebrání doplnit údaje týkající se prokázání splnění podmínek účasti, přičemž skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek

účasti mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Musí se však jednat o pouhé doplnění chybějícího nebo vysvětlení nesrozumitelného podkladu. Musí však jít o formální změnu nabídky, tzn. musí být zachován původní obsah nabídky. V projednávaném případě se však jednalo o materiální změnu nabídky. Došlo totiž k principiální změně ve způsobu prokazování kvalifikace. Vybraný dodavatel, který prokazatelně hodlal svoji technickou kvalifikaci prokázat vlastními silami (patrně z důvodu nepozorného čtení zadávací dokumentace), následně po dvou výzvách zadavatele „zachraňoval“ situaci zásadní změnou plánu a zásadně změnil svoji nabídku, když technickou kvalifikaci začal prokazovat prostřednictvím poddodavatele, kterého si zasmluvnil až 24 dnů po skončení lhůty pro podání nabídek. Jednalo se proto o nepřípustnou změnu. Výklad, aby dodavatelé bezmyšlenkovitě „čestně“ prohlašovali, že splňují kvalifikační předpoklady, a až následně vymýšleli, jak vlastně kvalifikaci prokážou, jde proti smyslu zákona a nepřispěl by řádné hospodářské soutěži ani zásadám zadávacího řízení. Možnost vyměnit kvalifikaci prokazovanou vlastními kapacitami za kvalifikaci prokazovanou prostřednictvím poddodavatele je výrazným zásahem do nabídky a nelze ji dovodit ani z § 85 odst. 2 ZZVZ, který připouští méně závažný zásah.

5. Na podporu svých závěrů žalobce cituje rozhodnutí předsedy žalovaného, mj. č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc (dále jen „rozhodnutí R0113/2019/VZ“), komentářovou literaturu a rozsudek zdejšího soudu ze dne 15. 12. 2021, č. j. 31 Af 64/2020-183.
6. Žalobce dodává, že postup vybraného dodavatele po podání nabídky naplňuje podmínky bodu 5.9. zadávací dokumentace. Vybraný dodavatel se po podání nabídky (nejpozději z první výzvy zadavatele z 14. 3. 2022) musel dozvědět, že jeho čestné prohlášení k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů nepostačuje a vzhledem k tomu, že nedisponuje požadovanými certifikáty, není kvalifikován k podání nabídky. Zadavatel tak měl povinnost jej vyloučit ze zadávacího řízení.
7. Dále žalobce namítá, že změnou nabídky došlo k zásadní kvalitativní změně předmětu plnění, resp. kvalitativního standardu jeho provedení, neboť poddodavatel dodá méně než 5 % hodnoty zakázky. Došlo tak k propadu kvalitativního standardu provádění díla. Jde jednoznačně o materiální změnu nabídky. Žalobce uvádí, že se v návrhu i v rozkladu pozastavoval nad tím, zda je vůbec přípustné, aby certifikát kvality vybraný dodavatel prokazoval prostřednictvím poddodavatele. Podle žalobce není možné, aby celé plnění veřejné zakázky kvalitativně odpovídalo požadovaným standardům, kdy poddodavatel dodá méně než 5 % hodnoty zakázky.
8. Žalobce také namítá nedostatky poddodavatelského závazku. Není jasně vymezena kvalifikační dovednost, kterou společnost HYDRO & KOV poskytne vybranému dodavateli a chybí jasný závazek plnit ty části veřejné zakázky, které danou dovednost vyžadují. Poddodavatelská smlouva obsahuje pouze obecný závazek uzavřít v budoucnu smlouvu, na základě které společnost HYDRO & KOV poskytne vybranému dodavateli doklady k prokázání technické kvalifikace a provede zemní práce v objemu do 5 % celkové hodnoty zakázky. Podle žalobce jde o typický příklad tzv. kupování kvalifikace, protože vybraný dodavatel prokazuje technickou kvalifikaci ryze formálně (u méně než 5 %, navíc pouze u zemních prací, u kterých zavedení certifikátů postrádá smysl). k tomu žalobce odkazuje na závěry plynoucí z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2015, č. j. 3 As 204/2014-46.

9. Žalobce spatřuje rozpor napadeného rozhodnutí s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), konkrétně s rozsudky ze dne 4. 5. 2017, ve věci C-387/14, ze dne 14. 9. 2017, ve věci C-223/16 (obdobně stanovisko generálního advokáta ve spojených věcech C-523/2016 a C-536/16) a ze dne 11. 5. 2017 ve věci C-131/16.
10. V replice ze dne 15. 6. 2023 žalobce setrval na své argumentaci.

III. Argumentace žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

11. Žalovaný mimo jiné uvádí, že z nastavení kvalifikačních kritérií jasně vyplývá, že zadavatel bude považovat za kvalifikovaného toho dodavatele, který doloží specifický certifikát, který garantuje, že dodržování zadavatelem požadovaných norem někdo ověřil. Podmínkou naplnění kvalifikačního kritéria je tedy existence certifikátu, nikoliv pouze používání určitých postupů či dodržování opatření. Kdo držitelem certifikátu není, není ani kvalifikován. Čestná prohlášení vybraného dodavatele se nevyjadřovala k otázce, zda je vybraný dodavatel držitelem konkrétního certifikátu. Zadavatel tak přistoupil k postupu podle § 122 odst. 3 ve spojení s § 46 ZZVZ, přičemž vybraný dodavatel odstranil nedostatky a svoji kvalifikaci prokázal, byť prostřednictvím poddodavatele. Čestné prohlášení spornou kvalifikaci neprokazovalo. Nadto v čestném prohlášení vybraný dodavatel nedeklaruje, že kvalifikaci prokáže sám nebo že je držitelem požadovaného certifikátu. Nelze tedy uzavřít, že by došlo ke změně nabídky v otázce, kým bude kvalifikace prokazována. Situace je tak srovnatelná s případem, kdy vybraný dodavatel v nabídce doklady o kvalifikaci vůbec nedoloží a učiní tak až na výzvu zadavatele po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Čestné prohlášení a doklady o kvalifikaci poddodavatelem nejsou ve vzájemném rozporu. Žalovaný v napadeném rozhodnutí dostatečně jasně zdůvodnil, proč nepovažuje změnu v otázce prokazování kvalifikace za změnu nabídky.
12. Žalovaný dále uvádí, že v daném případě nedošlo k materiální změně nabídky. Nejde o změnu v nabízeném předmětu plnění a ani ze zadávací dokumentace nevyplývá, zda kvalifikace musí být prokázána přímo vybraným dodavatelem nebo jeho poddodavatelem. Pro zadavatele je podstatné prokázání kvalifikace, nikoliv který konkrétní subjekt, zda dodavatel či poddodavatel splňuje konkrétní kvalifikační podmínku.
13. Na podporu svých argumentů žalovaný cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 11. 2022, č. j. 31 Af 73/2020-178.
14. Žalovaný poukazuje na skutečnost, že vybraný dodavatel prokázal kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele týž den, kdy závazek poddodavatele vznikl (28. 3. 2022). Nebyl tak důvod pro vyloučení vybraného dodavatele pro nedodržení lhůty k notifikaci změny kvalifikace.
15. Podle žalovaného nemohlo dojít ani ke změně předmětu plnění, resp. jeho kvality. Vybraný dodavatel nabízí stále to stejné plnění o stejné kvalitě. Mění se snad jen to, kdo je subjektem, který plnění odvede a kdo je reálným nositelem opatření, která odpovídají kvalifikačnímu kritériu. Jestli bude v závětu poskytnuté plnění odpovídat tomu, co zadavatel požadoval, to je jiná otázka. Žalovaný však přezkoumával úkony zadavatele před uzavřením smlouvy (kdy plnění ještě poskytnuto nebylo). Vedle toho námitka změny kvality předmětu plnění nebyla obsažena v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Není tedy v rámci žalobních bodů přípustná, neboť ji žalobce mohl uplatnit již v prvoinstančním řízení před

žalovaným. V návrhu žalobce přitom vznesl argumentaci, proč je předmětná „změna“ nabídky změnou materiální.

16. Dále žalovaný uvádí, že námitky týkající se nedostatků poddodavatelského závazku, který podle žalobce neobsahuje jasně vymezenou kvalifikační dovednost ani jasný závazek plnit ty části veřejné zakázky, které danou dovednost vyžadují, opět nebyly uvedeny v návrhu, kterým žalobce zahájil správní řízení. Jde tedy o nepřipustné žalobní body. Žalovaný je vázán body návrhu a postup zadavatele přezkoumává v jejich mezích. Žalovanému nelze vytýkat, že nezohlednil problematiku, kterou žalobce neučinil předmětem přezku.
17. Žalobcem odkazované rozhodnutí R0113/2019/VZ se týkalo materiální změny nabídky spočívající ve změnu předmětu plnění. K takové změně v řešeném případě nedošlo. Šlo tedy o jiný skutkový stav.
18. K žalobcem odkazovaným rozsudkům SDEU žalovaný předně uvádí, že se vztahují k již neúčinné právní úpravě, případně se týkají odlišného skutkového stavu.
19. Osoba zúčastněná na řízení (zadavatel veřejné zakázky) ve svém vyjádření uvedla, že z čestného prohlášení nevyplývalo, že vybraný dodavatel sám bez dalšího (tj. bez použití jiných osob ve smyslu § 83 ZZVZ) splňuje technickou kvalifikaci. Čestné prohlášení dodavatele dle § 53 odst. 4 ZZVZ je třeba vykládat tak, že dodavatel je schopen prokázat technickou kvalifikaci, nikoliv však tak, že ji bude prokazovat vlastními kapacitami nebo že sám disponuje požadovanými certifikáty. Podle osoby zúčastněné na řízení v daném případě nedošlo k zakázané materiální změně nabídky. Naopak postup dodavatele představoval dovolenou změnu nabídky, resp. zákonem předvídaný způsob pro prokazování kvalifikace v rámci zjednodušeného podlimitního řízení. Opačný závěr by směřoval proti smyslu a účelu nahrazování dokladů o kvalifikaci čestným prohlášením ve zjednodušeném podlimitním řízení. Prokázání požadovaného kritéria kvalifikace u vybraného dodavatele prostřednictvím poddodavatele nemělo vliv na kvalitu plnění veřejné zakázky. I jiná osoba prokazující kvalifikaci je totiž objektivně schopná zajistit dodržování certifikovaných procesů a opatření. Uzavření poddodavatelské smlouvy až po uplynutí lhůty pro podání nabídek není relevantní. Vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci v původní nabídce prostřednictvím čestného prohlášení a před uzavřením smlouvy na veřejné zakázky předložil zadavateli konkrétní doklady prokazující technické kvalifikace (byť za využití jiné osoby v souladu s § 83 ZZVZ). Vybraný dodavatel byl tedy kvalifikován již při podání nabídky. Platná a účinná úprava zadávání veřejných zakázek nestanovuje povinnost, aby veškeré doklady o kvalifikaci byly vytvořeny (či podepsány) před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Žalobcem citovaná judikatura Krajského soudu v Brně, rozsudek Nejvyššího správního soudu ani rozhodnutí SDEU nejsou aplikovatelné na projednávaný případ. Osoba zúčastněná na řízení ve shodě se žalovaným navrhuje zamítnutí podané žaloby.

IV. Posouzení věci krajským soudem

20. Žaloba byla podána včas, osobou k tomu oprávněnou a jedná se o žalobu přípustnou. Soud ve věci rozhodl bez nařízení jednání za splnění zákonných podmínek, a sice souhlasu účastníků. Přezkoumal napadené rozhodnutí žalovaného v mezích uplatněných žalobních bodů, jakož i z pohledu vad, k nimž je povinen přihlížet z úřední povinnosti, a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná.

21. V dané věci se krajský soud bude k námitkám žalobce zabývat nejprve otázkou, zda postup vybraného dodavatele, který až po uplynutí lhůty pro podání nabídek získal poddodavatele (držitele požadovaných certifikátů), prostřednictvím kterého ve smyslu § 83 ZZVZ prokazoval část kvalifikace, a to na výzvu zadavatele, představoval nepřípustnou změnu nabídky. Následně bude muset krajský soud vyhodnotit, zda vybraný dodavatel dostatečně prokázal zapojení poddodavatele do plnění veřejné zakázky ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ.
22. Podle § 39 odst. 4 ZZVZ *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.*
23. Podle § 46 odst. 1 ZZVZ *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.*
24. Podle § 46 odst. 2 ZZVZ *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.*
25. 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.*
26. 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 3 písm. b) nebo odstavce 5 písm. a) až c).*
27. Podle § 83 odst. 1 písm. d) ZZVZ *dodavatel může ekonomickou kvalifikaci, technickou kvalifikaci nebo profesní způsobilost s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadovanou zadavatelem prokázat 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 při plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.*
28. Podle § 88 odst. 1 ZZVZ *pokud po předložení dokladů nebo prohlášení o kvalifikaci dojde v průběhu zadávacího řízení ke změně kvalifikace účastníka zadávacího řízení, je účastník zadávacího řízení povinen tuto změnu zadavateli do 5 pracovních dnů oznámit a do 10 pracovních dnů od oznámení této změny předložit nové doklady nebo prohlášení ke kvalifikaci; zadavatel může tyto lhůty prodloužit nebo prominout jejich zmeškání. Povinnost podle věty první účastníku zadávacího řízení nevzniká, pokud je kvalifikace změněna takovým způsobem, že a)*

podmínky kvalifikace jsou nadále splněny, b) nedošlo k ovlivnění kritérií pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo nabídek a c) nedošlo k ovlivnění kritérií hodnocení nabídek.

29. Podle § 88 odst. 2 ZZVZ zadavatel bezodkladně vyloučí ze zadávacího řízení dodavatele, dozví-li se zadavatel, že dodavatel nesplnil povinnost uvedenou v odst. 1.
30. V dané věci zadavatel požadoval k prokázání kritérií technické kvalifikace popis technického vybavení, popis opatření dodavatele k zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum (§ 79 odst. 2 písm. e) ZZVZ a bod 5.3.2. zadávací dokumentace) a opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, která bude dodavatel schopen použít při plnění veřejné zakázky (§ 79 odst. 2 písm. h) ZZVZ a bod 5.3.3. zadávací dokumentace). Dodavatel měl uvedená kritéria prokázat předložením požadovaných certifikátů, konkrétně platného certifikátu managementu kvality ISO 9001 ve verzi 2015 nebo vyšší (bod 5.3.2. zadávací dokumentace) a platného certifikátu environmentálního řízení ISO 14001 ve verzi 2015 nebo vyšší nebo platného certifikátu o účasti v systému environmentálního řízení a auditu Evropské unie (EMAS) (bod 5. 3. 3 zadávací dokumentace).
31. Technickou kvalifikaci dle bodů 5.3.2 a 5.3.3. zadávací dokumentace prokazoval vybraný dodavatel v rámci podané nabídky prostřednictvím čestného prohlášení.
32. Po uplynutí lhůty pro podání nabídek zadavatel ve smyslu § 39 odst. 4 ZZVZ nejdříve provedl hodnocení nabídek a pak posuzoval splnění podmínek účasti až jen u vybraného dodavatele, který předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou. Nabídková cena byla v dané věci výlučným kritériem hodnocení nabídek, tj. s váhou kritéria 100 % (bod 10.1. zadávací dokumentace).
33. Zadavatel již vybraného dodavatele opakovaně vyzval k objasnění či doplnění nabídky tak, aby bylo jisté, že vybraný dodavatel splňuje podmínky účasti. Krajský soud již na tomto místě uvádí, že takovému postupu zadavatele nic nebránilo (§ 46 odst. 1 ZZVZ).
34. Vybraný dodavatel až v reakci na v pořadí druhou výzvu zadavatele prokazoval část kvalifikace předložením požadovaných certifikátů, a sice prostřednictvím svého nového poddodavatele, který těmito certifikáty disponoval. Vybraný dodavatel rovněž předložil smlouvu o uzavření budoucí smlouvy o dílo řídicí vztah mezi vybraným dodavatelem a společností jako poddodavatelem. Předmětem zmíněné smlouvy je poskytnutí dokladů k prokázání kvalifikace veřejné zakázky a v případě získání zakázky i podíl na provádění zemních prací.
35. Jak krajský soud vymezil již shora, spornou je otázka, zda vybraný dodavatel mohl prokazovat kvalifikaci spočívající v předložení požadovaných certifikátů prostřednictvím nově přidaného poddodavatele až po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Žalobce považuje takový postup za nepřipustnou změnu nabídky. Podle žalovaného šlo o doplnění nabídky ve smyslu § 46 odst. 2 ZZVZ.
36. Správní soudy se již opakovaně zabývaly možností odstraňování nejasností nebo nápravy nedostatků v již podaných nabídkách postupem podle § 46 ZZVZ, a to např. Nejvyšší správní soud v rozsudcích ze dne 15. 9. 2023, č. j. 5 As 346/2022-34, nebo ze dne 3. 4. 2024, č. j. 9 As 7/2022-85 (korigující závěry žalobcem odkazovaného rozsudku zdejšího soudu č. j. 31 Af 64/2020-183 k postupu dle § 46 ZZVZ), nebo zdejší soud v rozsudku ze dne 12. 5. 2022, č. j. 62 Af 32/2020-216. Krajský soud se závěry prezentovanými v těchto rozsudcích souhlasí, proto z nich bude v dalším posouzení vycházet.

37. Účelem shora citovaných ustanovení je zachování možnosti zadavatele pokračovat v zadávacím řízení s těmi dodavateli, kteří podali pro zadavatele výhodné nabídky, avšak z různých důvodů se v nabídce dopustily formálních chyb, nejasností, nepřesností, eventuelně nepodali nabídku zcela kompletní, jde-li o chyby, nejasnosti, nepřesnosti či nekompletnost v údajích, jež nemají být (nebudou) hodnoceny v rámci kritérií hodnocení. Zadavatel tak nemusí automaticky vyloučit účastníka (vybraného dodavatele), který předložil nejvýhodnější nabídku, ale do uplynutí lhůty pro podání nabídek se mu nepodařilo prokázat splnění všech podmínek účasti stanovených zadavatelem. Nicméně zadavatel nemůže upustit od jím stanovených podmínek účasti. V případě nedostatečného objasnění nabídky má zadavatel postaveno najisto, že dodavatel skutečně zadávací podmínky nesplňuje a zadavatel jej tak může (případně u vybraného dodavatele musí) vyloučit ze zadávacího řízení podle § 48 ZZVZ. Institut objasnění nabídky tak slouží k ochraně oprávněných zájmů všech účastníků zadávacího řízení, včetně zadavatele.
38. V nyní řešené věci krajský soud zdůrazňuje, že § 46 odst. 2 ZZVZ výslovně připouští, že skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti (včetně podmínek kvalifikace) mohou nastat i po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Z logiky věci pak takové skutečnosti může uchazeč vnést do zadávacího řízení rovněž až po uplynutí lhůty pro podání nabídky. Ustanovení § 46 odst. 2 ZZVZ tedy obecně umožňuje účastníkovi doplnit písemný závazek poddodavatele, pokud tento v nabídce absentoval úplně. To za splnění shora uvedené podmínky, že takový dodatečný zásah do nabídky nemá vliv na hodnotící kritéria nabídky. K tomu lze dodat, že Nejvyšší správní soud dovodil ve výše zmíněných rozsudcích č. j. 9 As 7/2022-85 a č. j. 5 As 346/2022-34, že materiální změnou nabídky není ani rozšíření písemného závazku poddodavatele, ani výměna poddodavatele, prostřednictvím kterého účastník zadávacího řízení prokazuje kvalifikaci. Podle krajského soudu není žádný důvod (a textem zákona není odůvodněno), proč by mělo být nahlíženo odlišně na přistoupení nového poddodavatele prokazujícího kvalifikaci za účastníka zadávacího řízení. Jedná se rovněž o případ, kdy se bez dopadu na hodnotící kritéria nabídek mění ten, prostřednictvím něhož má být plněno.
39. Tímto způsobem je třeba nahlížet na situaci, kdy společnost Š+H Bohunice, s.r.o. až po uplynutí lhůty pro podání nabídek získala poddodavatele (držitele požadovaných certifikátů), prostřednictvím kterého ve smyslu § 83 ZZVZ prokazovala část kvalifikace, a to na výzvu zadavatele. Nevýznamné jsou úvahy žalobce, na jejichž základě dovozuje, že vybraný dodavatel hodlal technickou kvalifikaci doložit sám za sebe, nikoliv prostřednictvím poddodavatele. Nadto bylo v nabídce vybraného dodavatele čestné prohlášení, že používá opatření k zajištění kvality, které splňuje veškeré podmínky a nařízení shodné s ISO 9001 ve verzi 2015 nebo vyšší, používá opatření v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, které splňuje veškeré podmínky a nařízení shodné s ISO 14001, ve verzi 2015 nebo vyšší a uvedl zmocněnou kontaktní osobu dodavatele k projednání otázek souvisejících s doklady o kvalifikaci. Doplněním dokladu o kvalifikaci nedošlo ke změně nabídky. Na výzvu zadavatele pak vybraný dodavatel předložil doklady o kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele. V dané věci došlo ke splnění podmínek vyplývajících z ust. § 46 ZZVZ.
40. Ze spisového materiálu krajský soud ověřil (a mezi stranami není sporné), že výlučným kritériem hodnocení nabídek (s váhou kritéria 100 %) byla v dané věci nabídková cena (bod 10.1. zadávací dokumentace). Ve vztahu k doložení požadovaných certifikátů nebyla nastavena jakákoli kritéria hodnocení nabídek. Doložením certifikátů mělo být prokázáno

„pouze“ splnění podmínek účasti v zadávacím řízení (konkrétně technická kvalifikace). V případě kvalifikačních kritérií nejde o soutěž mezi jednotlivými účastníky zadávacího řízení, ale o prokázání schopnosti jednotlivých dodavatelů plnit veřejnou zakázku jako takovou. Na pořadí jednotlivých nabídek nemají žádný vliv, a ty tak z definice splňují podmínky § 46 odst. 2 ZZVZ pro možnost jejich objasnění/doplnění i po konci lhůty pro podání nabídek. 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 nepředsuně před ostatní uchazeče. Značí to „jen“, že uchazeč zůstává v zadávacím řízení a jeho nabídky může být porovnávána s nabídkami ostatních uchazečů podle kritérií stanovených k hodnocení nabídek.

41. Předložení požadovaných certifikátů prostřednictvím nového poddodavatele nevedlo k podstatné změně nabídky, resp. ke změně plnění nabízeného vybraným dodavatelem ve smyslu věcné změny obsahu či rozsahu plnění a změny podmínek přímo specifikujících budoucí plnění. Proto v dané věci nedošlo k situaci, na kterou by dopadaly závěry plynoucí z žalobcem odkazovaných rozsudků SDEU či z rozhodnutí R0113/2019/VZ. Ty se vztahovaly právě k případům, kdy uchazeč podstatnou měrou zasáhl do svých nabídek (např. při objasnění nabídky nebo její opravě předložil dokumenty obsahující takové změny, v nichž se odvolával na jiná plnění než ta, která uvedl ve své původní nabídce, došlo ke změně obsahu nabídky), dále se jednalo o rozhodnutí aplikující předchozí právní úpravu; nynější úprava již umožňuje rozšíření údajů obsažených v nabídce. K žalobcem poukazovanému rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 30. 8. 2019, č. j. ÚOHS-R0113/2019 -VZ-24101/2019-322/HSc soud uvádí, že šlo skutkově o posouzení jiné situace, kdy v poukazovaném případě přistoupil tamní dodavatel nikoliv k doplnění chybějících dokladů prokazujících splnění požadovaných parametrů, ale k jejich záměně za doklady zcela jiné odpovídající jiným výrobkům.
42. Nelze tak souhlasit se žalobcem, že pokud vybraný dodavatel nebyl v době podání nabídky způsobilý k prokázání kvalifikace, jelikož nedisponoval požadovanými certifikáty, a to této nezpůsobilosti musel vědět, neměl zadavatel akceptovat následný zásah vybraného dodavatele do nabídky spočívající v předložení požadovaných certifikátů prostřednictvím nově přidaného poddodavatele až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, a měl vybraného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit. Jak bylo podrobněji vysvětleno výše, změna nabídky v jejích nehodnocených parametrech je přípustná i po skončení lhůty pro podání nabídek a uchazeč může vnést do zadávacího řízení i skutečnosti nové, které nastaly i po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
43. Stejně závěry pak plynou i z eurokonformního výkladu. ZZVZ byl přijat mj. k zajištění souladu se Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „směrnice“). Podle čl. 63 odst. 1 směrnice mají účastníci soutěže možnost využití kapacity jiných subjektů i pokud jde o kritéria týkající se technické a odborné způsobilosti. Podle čl. 56 odst. 3 směrnice platí, *že 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 vznesou v plném souladu se zásadami rovného zacházení a transparentnosti a pokud vnitrostátní právní předpisy, jimiž se*

provádí tato směrnice, nestanoví jinak. Směrnice tedy výslovně připouští rozšíření nebo doplnění informací a dokumentů, pokud scházejí nebo jsou nesprávné.

44. Současně směrnice cílí na zvyšování efektivity veřejných výdajů (viz bod 2 odůvodnění směrnice). V souladu s tímto cílem je beze sporu poskytnout možnost vybranému dodavateli s nejnižší nabídkovou cenou odstranit nedostatek prokázání technické kvalifikace, byť až na výzvu zadavatele a prostřednictvím získání nového poddodavatele (držitele požadovaných certifikátů) po lhůtě pro podání nabídek.
45. Lze tak uzavřít, že v souzené věci nedošlo k nezákonné materiální změně nabídky, jak namítal žalobce, ale o její přípustné doplnění v souladu s § 46 ZZVZ, jak správně a zcela přezkoumatelným způsobem ve svých rozhodnutích vyhodnotili jak žalovaný, tak jeho předseda. K tomu krajský soud poznamenává, že nepřezkoumatelnost nelze zaměňovat s nesouhlasem s důvody rozhodnutí.
46. S ohledem na výše uvedené není, jak je shora již uvedeno, podstatné (a není tedy ani účelné k námitce žalobce posuzovat), zda vybraný dodavatel zamýšlel nejprve samostatně prokázat splnění podmínek účasti v zadávacím řízení do uplynutí lhůty k podání nabídek. I kdyby v rámci své nabídky poskytl zadavateli chybnou informaci, že je schopen splnit technickou kvalifikaci bez dalšího sám, byla zde možnost takovou případnou nesprávnost napravit, a to i po lhůtě pro podání nabídek.
47. Krajský soud nepřisvědčil ani žalobní námitce, že v důsledku doplnění nabídky došlo ke změně nebo k propadu kvality předmětu plnění. Jak krajský soud zmínil výše, změna nabídky se týkala pouze prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, nikoli tedy předmětu plnění samotného. Podmínka certifikace zjevně nesměruje a nemůže směřovat přímo k plnění zakázky; naopak osvědčuje kvalifikaci uchazeče, neboť prokazuje jeho určité vlastnosti a schopnosti – váže se tedy k jeho způsobilosti realizovat veřejnou zakázku (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2021, č. j. 3 As 346/2019-49).
48. Žalobce v podané žalobě argumentoval, že u vybraného dodavatele došlo ke změně kvalifikace a jeho postup po podání nabídky naplňuje podmínky bodu 5.9 zadávací dokumentace: *„Pokud po předložení dokladů nebo prohlášení o kvalifikaci dojde v průběhu zadávacího řízení ke změně kvalifikace účastníka zadávacího řízení, je účastník zadávacího řízení povinen tuto změnu zadavateli do 5 pracovních dnů oznámit a do 10 pracovních dnů od oznámení této změny předložit nové doklady nebo prohlášení ke kvalifikaci; zadavatel může tyto lhůty prodloužit nebo prominout jejich zmeškání. Povinnost podle věty první účastníku zadávacího řízení nevzniká, pokud je kvalifikace změněna takovým způsobem, že a) podmínky kvalifikace jsou nadále splněny, b) nedošlo k ovlivnění kritérií pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo nabídek a c) nedošlo k ovlivnění kritérií hodnocení nabídek. Dozví-li se zadavatel, že dodavatel nesplnil povinnost uvedenou v předchozím odstavci, zadavatel jej bezodkladně vyloučí ze zadávacího řízení.“*
49. K tomu krajský soud uvádí, že oznamovací povinnost dle bodu 5.9. zadávací dokumentace (odpovídající postupu dle § 88 odst. 1 ZZVZ) je z logiky věci možná pouze tehdy, jestliže splnění kvalifikace bylo ze strany dodavatele prokázáno k okamžiku lhůty pro podání nabídky či v návaznosti na výzvu zadavatele ve smyslu § 46 ZZVZ. V nyní řešené věci postup vybraného dodavatele podle § 46 odst. 2 ZZVZ nepředstavoval změnu kvalifikace, ale její originární prokazování. Až pokud by následně došlo k dodatečné (úplné či částečné) ztrátě kvalifikace doložené v dané věci vybraným dodavatelem postupem podle § 46 odst. 1 a 2

ZZVZ, pak by bylo na místě aplikovat bod 5. 9 zadávací dokumentace, resp. § 88 odst. 1 ZZVZ (srov. rozsudek zdejšího soudu ze dne 29. 2. 2024, č. j. 62 Af 9/2023-105). Taková situace však v nyní projednávané věci nenastal.

50. Dále se žalobce pozastavoval nad tím, zda je vůbec přípustné, aby požadované certifikáty vybraný dodavatel prokazoval prostřednictvím poddodavatele. K tomu krajský soud nejprve v obecné rovině uvádí, že požadavek zadavatele na předložení certifikátů bylo možno v zásadě splnit prostřednictvím poddodavatele (§ 83 ZZVZ).
51. Žalobce dále namítal, že poddodavatelský závazek je případem tzv. kupování kvalifikace, nespĺňuje požadavky zákona a judikatury na konkrétní vymezení kvalifikační dovednosti a závazku plnit ty části veřejné zakázky, které danou dovednost vyžadují. Žalobce poukazoval na skutečnost, že vybraný dodavatel prokazuje kvalifikaci ryze formálně (u méně než 5 % hodnoty zakázky, navíc pouze u zemních prací) a naprostou většinu zakázek bude plnit nekvalifikovaně.
52. Jak krajský soud uvedl výše, vybranému zadavateli v dané věci nic nebránilo, aby ke splnění technické kvalifikace využil certifikáty svědčící jinému subjektu. Uvedený postup je předvídaný zákonem a v dané věci i zadávací dokumentací. Návrh na zahájení předmětného správního řízení (o přezkoumání úkonů zadavatele) musí podle § 251 odst. 1 ZZVZ obsahovat kromě obecných náležitostí podání stanovených správním řádem, i to, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovatel vznikla nebo hrozí újma na jeho právech a návrhy na provedení důkazů. Podle ust. § 251 odst. 4 citovaného zákona platí, že náležitosti návrhu podle odst. 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně míněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků ve lhůtě stanovené úřadem; úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédně úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči navrhovatel; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
53. Podle ust. § 251 odst. 5 věta první citovaného zákona platí, že v řízení zahájeném na návrh mohou účastníci řízení navrhopvat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odst. 4; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhu důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí.
54. Žalobce jak v námitkách proti rozhodnutí o výběru dodavatele a oznámení o výběru dodavatele, tak v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v dané záležitosti pouze uvedl, že se zamýšlí i nad tím, jestli je předmětný požadavek technické kvalifikace možno splnit poddodavatelsky a jak by mohl takovýto závazek vypadat. Žalovaný ve svém prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že k citovanému zamyšlení navrhovatele podotýká, že vybraný dodavatel byl oprávněn předmětnou technickou kvalifikaci prokazovat poddodavatelsky a pokud se s touto možností navrhovatel neztotožňoval, měl možnost takovou skutečnost (tj. zadávací podmínku) rozporovat ve lhůtě pro podání nabídek a uplatnit tak námitky proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 242 odst. 4 ZZVZ. Takovéto vypořádání návrhu považuje krajský soud za dostačující, tvrzení žalobce bylo uvedeno jako „k zamyšlení“ a nebylo blíže konkretizováno.

55. V obecné rovině soud dodává, že jakkoliv se v případě řešení technické kvalifikace jedná o opatření dodavatele k zajištění kvality, resp. v oblasti řízení z hlediska ochrany životního prostředí, není vyloučeno, že by poddodavatelský závazek formulován být mohl. Pokud však jde o kvalitu, resp. prokázání reálné míry participace poddodavatele na veřejné zakázce, s ohledem na charakter konkrétního kvalifikačního předpokladu a doložení, v jakých ohledech, v jakých částech plnění veřejné zakázky, jakým konkrétním způsobem a do jaké konkrétní míry bude uchazeč reálně disponovat faktickou participací svého poddodavatele, pak takovouto námitku, a to pouze velmi omezeně (vzhledem k uplatněným žalobním bodům) v dané záležitosti uvedl žalobce nejprve až v rozkladu proti prvostupňovému správnímu rozhodnutí. Došlo tak k pozdnímu uplatnění skutečností, jež nemohl žalovaný s ohledem na shora citované ust. § 251 odst. 4 ZZVZ akceptovat (žalobce ani neuvedl, zda a proč by šlo o skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli). Navíc žalobce v žalobě ani netvrdí, že by jeho rozkladové námitky v uvedeném směru nebyly řádně vypořádány.
56. V žalobním návrhu pak byla předestřena již zcela rozšiřující argumentace, jak nad rámec námitek, návrhu na zahájení řízení i rozkladu. Řádně neuplatněné skutkové okolnosti nemohl proto vypořádat ani zdejší soud (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu týčž účastníků ze dne 18. 12. 2024, č. j. 9 As 243/2023–126, odst. 71 a násl.).

V. Závěr a náklady řízení

55. Krajský soud na základě výše uvedených skutečností a úvah neshledal žalobu důvodnou, proto ji podle ust. § 78, odst. 7 s.ř.s. zamítl.
56. Výrok o náhradě nákladů řízení vychází z ust. § 60, odst. 1 s.ř.s., podle něhož platí, že 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. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníkovi řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly. Výrok pod bodem III. týkající se nákladů osoby zúčastněné na řízení vychází z ust. § 60 odst. 5 s.ř.s., podle něhož platí, že osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil; v dané věci osobě zúčastněné na řízení soud žádné povinnosti neukládal.

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 20. 1. 2025

Mgr. Milan Procházka
předseda senátu