



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců Mgr. Aleše Smetanky a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobkyně: **FETTERS management, s.r.o.**, IČO: 01405471, se sídlem Jinonická 1327/76a, Praha 5, zastoupená Mgr. Antonínem Hajduškem, LL.M., advokátem, se sídlem tř. Kosmonautů 1221/2a, Olomouc, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Národní památkový ústav, se sídlem Valdštejnské náměstí 162/3, Praha 1, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 13. 4. 2023, č. j. ÚOHS-13968/2023/163, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 6. 2024, č. j. 31 Af 22/2023-61,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Osoba zúčastněná na řízení (dále jen „*zadavatel*“) zahájila dne 13. 1. 2022 otevřené zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku s označením „*Technický dozor stavebníka a koordinátor BOZP Zámek a Panský dům Litomyšl*“. Ve vztahu k části I. této veřejné zakázky (tedy části „*Technický dozor stavebníka*“ – dále jen „*část I. veřejné zakázky*“) zadavatel stanovil, že nabídky budou hodnoceny podle jejich ekonomické výhodnosti, jež bude posuzována a hodnocena na základě dvou hodnotících kritérií, a to (i) nabídková cena celkem v Kč bez DPH: váha 70 % (dále jen „*kritérium cena*“), a (ii) zkušenosti vedoucího týmu technického dozoru stavebníka s realizací obdobných staveb: váha 30 % (dále jen „*kritérium zkušenosti*“).

[2] Žalobkyně v zadávacím řízení neuspěla, neboť zadavatel vybral k uzavření smlouvy společnost D A B O N A s.r.o. (dále jen „*vybraný dodavatel*“ nebo „*DABONA*“), jejíž nabídka byla v rámci hodnocení nabídek konaného dne 7. 3. 2022 vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. Vybraný dodavatel nabídl nabídkovou cenu ve výši 6 977 000 Kč bez DPH, zároveň nepředložil žádnou referenci, která by mohla být hodnocena v rámci kritéria zkušenosti. Oproti tomu nabídková cena žalobkyně činila 7 018 000 Kč bez DPH, přičemž v rámci kritéria zkušenosti zadavatel hodnotil její nabídku rovněž tak, jako by nepředložila žádnou referenci. Žalobkyně sice v rámci formuláře pro hodnocení nabídek uvedla celkem 4 zkušenosti vedoucího týmu technického dozoru stavebníka s realizovanými obdobnými stavbami, ovšem v rámci své nabídky podané dne 18. 2. 2022 nedoložila osvědčení objednatelů prokazujících uvedené zkušenosti. Žalobkyně tak učinila z vlastního podnětu až podáním dne 28. 2. 2022, k tomu ale zadavatel při hodnocení nabídek odmítl přihlížet (neboť se tak stalo až po uplynutí lhůty pro podání nabídek). Rozhodnutí o výběru dodavatele (společnosti DABONA) zadavatel vydal nejprve dne 8. 4. 2022, ovšem následně jej na základě podaných námitek žalobkyně sám zrušil rozhodnutím ze dne 9. 5. 2022 (za účelem nového podrobného posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem v rámci posouzení splnění podmínek jeho účasti v zadávacím řízení). Opětovně o výběru dodavatele (opět společnosti DABONA) zadavatel rozhodl dne 21. 6. 2022.

[3] Na návrh žalobkyně žalovaný zahájil dne 25. 7. 2022 správní řízení podle § 249 a násl. zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v relevantním znění (dále jen „*ZZVZ*“), jehož předmětem byl přezkum postupu zadavatele ve vztahu k části I. veřejné zakázky. Účastníky předmětného správního řízení byli zadavatel, žalobkyně (coby neúspěšný uchazeč) a vybraný dodavatel (DABONA). Žalobkyně vyjádřila přesvědčení, že měla být zadavatelem vyzvána podle § 46 odst. 1 ZZVZ k doložení chybějících osvědčení, které ke své nabídce opomněla předložit, v důsledku čehož by její nabídka získala v kritériu zkušenosti více bodů a stala by se nabídkou vítěznou. Zatímco zadavatel žalobkyni k doplnění osvědčení dokládající zkušenosti vedoucího týmu technického dozoru stavebníka (dále též jen „*TDS*“) nevyzval, tak vybraného dodavatele k doplnění jeho nabídky dle § 46 odst. 1 ZZVZ vyzval opakovaně.

[4] Dne 12. 10. 2022 žalovaný vydal v předmětném správním řízení rozhodnutí, kterým rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidlo stanovené v § 6 odst. 2 ZZVZ tím, že v rozporu se zásadou rovného zacházení nevyzval žalobkyni k objasnění nabídky dle § 46 odst. 1 ZZVZ, a to k předložení dokladů dle čl. 13.4 zadávací dokumentace, z nichž by vyplývalo, že hodnocená osoba vykonávala funkci TDS na stavbách, které byly (v počtu 4) uvedeny ve formuláři pro hodnocení nabídek předloženém žalobkyní v nabídce, přestože její nabídka obsahovala údaje rozhodné pro její hodnocení. Zadavatel totiž vyzval vybraného dodavatele k objasnění jeho nabídky dle § 46 odst. 1 ZZVZ ve vztahu k prokázání splnění technické kvalifikace, a to konkrétně výzvou ze dne 29. 4. 2022. Dle žalovaného byla dána srovnatelnost postavení žalobkyně a vybraného dodavatele. Jelikož v době vydání tohoto rozhodnutí nebyla uzavřena realizační smlouva na veřejnou zakázku, rozhodl žalovaný o tom, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil podle § 263 odst. 2 ZZVZ rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 21. 6. 2022 včetně oznámení o výběru z téhož dne.

pokračování

[5] K rozkladu zadavatele předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 20. 12. 2022 uvedené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc vrátil žalovanému k novému projednání, neboť dospěl k závěru, že zadavatel v posuzovaném případě nebyl povinen vyzvat žalobkyni podle § 46 odst. 1 ZZVZ k doplnění její nabídky o doklady, které měly sloužit k doložení kritéria zkušenosti. Podle předsedy žalovaného se žalobkyně a vybraný dodavatel nenacházeli ve srovnatelném postavení (situaci), a to zejména z důvodu, že se vady v nabídce žalobkyně a vybraného dodavatele týkaly dokladů, které sloužily k prokázání skutečností v odlišných fázích zadávacího řízení (v případě vybraného dodavatele se jednalo o doklady vztahující se k fázi posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, zatímco v případě žalobkyně o doklady vztahující se k fázi hodnocení nabídek).

[6] Posléze žalovaný rozhodnutím ze dne 31. 1. 2023, č. j. ÚOHS-04506/2023/500 (dále jen „*prvostupňové rozhodnutí*“) návrh žalobkyně zamítl podle § 265 písm. a) ZZVZ, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření. Žalovaný dospěl k závěru (vázan předcházejícím zrušovacím rozhodnutím svého předsedy), že v posuzované věci nebyl zadavatel povinen vyzvat žalobkyni podle § 46 ZZVZ k doplnění její nabídky o doklady, které měly sloužit k doložení kritéria zkušenosti. Podle žalovaného postup podle § 46 odst. 1 ZZVZ je toliko fakultativní a ani na základě zásady rovného zacházení zakotvené v § 6 odst. 2 ZZVZ nevyvstala povinnost daný postup aplikovat, neboť žalobkyně a vybraný dodavatel se nenacházeli ve srovnatelném postavení z důvodů, které dovodil předseda žalovaného v rozhodnutí ze dne 20. 12. 2022.

[7] Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 13. 4. 2023, č. j. ÚOHS-13968/2023/163 (dále jen „*napadené rozhodnutí*“) zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil prvostupňové rozhodnutí žalovaného, neboť setrval na svém názoru vyjádřeném v prvním rozhodnutí o rozkladu, že se žalobkyně a vybraný dodavatel nenacházeli ve srovnatelném postavení, tudíž zadavatel nebyl povinen vyzvat žalobkyni k opravě, resp. doplnění její nabídky.

[8] Žalobkyně proti napadenému správnímu rozhodnutí podala žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „*krajský soud*“), který ji rozsudkem ze dne 12. 6. 2024, č. j. 31 Af 22/2023-61, zamítl.

[9] Podle krajského soudu jádrem sporu byla otázka, zda (s ohledem na zásadu rovného zacházení) byl zadavatel povinen za situace, kdy vybraného dodavatele vyzval k objasnění jeho nabídky dle § 46 ZZVZ ve vztahu k prokázání splnění technické kvalifikace, dle zmíněného ustanovení postupovat též vůči žalobkyni a vyzvat ji k předložení dokladů dle čl. 13.4 zadávací dokumentace, z nichž by vyplývalo, že hodnocená osoba vykonávala funkci technického dozoru na stavbách, které byly (v počtu 4) uvedeny ve formuláři pro hodnocení nabídek předloženém žalobkyní v její nabídce.

[10] Krajský soud konstatoval, že vyzvání účastníka k odstranění pochybností nebo doplnění chybějících údajů dle § 46 odst. 1 ZZVZ je postupem fakultativním, a dále že odpovědnost za správnost a úplnost podané nabídky nese v zadávacím řízení účastník. Krajský soud doplnil, že z uvedené možnosti se může stát povinnost, a to zejména v případě, že zadavatel již postup podle § 46 ZZVZ využil ve vztahu k jinému dodavateli ve srovnatelném postavení, neboť v opačném případě by byla porušena zásada rovného zacházení. Krajský soud proto považoval za klíčové, zda se žalobkyně a vybraný dodavatel nacházeli ve srovnatelném postavení. Uvedl, že povinnost využít postup, který zákonodárce

zakotvil jako oprávnění zadavatele, by měla být spíše výjimkou než pravidlem. Jelikož § 46 ZZVZ zahrnuje možnost nápravy nedostatků velmi různého charakteru, je podle krajského soudu třeba kritérium srovnatelnosti postavení dodavatelů v první řadě odvíjet od charakteru vady nabídky.

[11] Krajský soud se ztotožnil se správními orgány v jejich závěru, že vady nabídek vykazovaly zásadní (právně relevantní) odlišnosti, resp. že se žalobkyně a vybraný dodavatel nacházeli v natolik rozdílném postavení, že zadavatel nebyl vůči nim povinen postupovat shodně podle § 46 odst. 1 ZZVZ.

[12] Krajský soud poté, co shrnul skutečnosti, ze kterých správní orgány vyšly, shrnul základ argumentace z napadeného rozhodnutí předsedy žalovaného následovně. Poté, co zadavatel vyhodnotil nabídku vybraného dodavatele jako ekonomicky nejvýhodnější, posoudil v souladu s § 39 odst. 4 ZZVZ splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 ZZVZ pouze vůči tomuto účastníkovi zadávacího řízení. Žádný další účastník se této fáze zadávacího řízení již neúčastnil a ani účastnit neměl, neboť tento proces směřoval k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku mezi vybraným dodavatelem a zadavatelem. Už vzhledem k této skutečnosti, že tato další fáze zadávacího řízení probíhala pouze ve vztahu k vybranému dodavateli, je logické, že zadavatel využil postup podle § 46 odst. 1 ZZVZ pouze vůči němu, a nikoliv i např. vůči žalobkyni. Zadavatel v souladu s § 39 odst. 4 ZZVZ posuzoval podmínky účasti (včetně podmínek kvalifikace) pouze vůči jednomu účastníkovi zadávacího řízení, a to vybranému dodavateli. Nedostatek v nabídce žalobkyně se netýkal dokladů, které zadavatel potřeboval k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, ale dokladů, které potřeboval k hodnocení nabídek. Jednalo se tedy o vady, které se vztahovaly k různým fázím zadávacího řízení. Rovněž důsledky neodstranění těchto vad se zásadně lišily. Pokud by vada v nabídce vybraného dodavatele nebyla odstraněna, zadavatel by ho musel vyloučit z účasti v zadávacím řízení pro neprokázání podmínek technické kvalifikace. Naproti tomu vada v nabídce žalobkyně nebránila v jejím hodnocení. Proto byl charakter těchto vad odlišný.

[13] V návaznosti na rekapitulaci posouzení uvedeného v napadeném rozhodnutí krajský soud konstatoval, že nelze přihlížet pouze k tomu, že absentovaly doklady, jež měly osvědčit předchozí zkušenosti členů týmu dodavatele, kteří se měli podílet na plnění veřejné zakázky, jak to činí žalobkyně. Podle krajského soudu se jedná jistě o okolnost relevantní, nicméně správní orgány správně poukázaly i na další relevantní okolnosti. V souhrnu všech těchto okolností je nutné charakter vad nabídek vyhodnotit a srovnatelnost postavení posoudit. To podle krajského soudu správní orgány v posuzované věci učinily a on se s tímto posouzením ztotožnil.

[14] Krajský soud uzavřel, že zadavateli nelze vyčítat, že žalobkyni nevyzval k objasnění nabídky, neboť taková povinnost mu neplynula přímo z § 46 ZZVZ a nevyplývala s ohledem na konkrétní okolnosti případu ani ze zásad zadávání veřejných zakázek. Postupem zadavatele nemohlo dojít k porušení zásady rovného zacházení, neboť „zadavatel“ [zřejmě myšleno „žalobce“ – pozn. NSS] a vybraný dodavatel nebyli ve srovnatelném postavení s ohledem na odlišný charakter nedostatků jejich nabídek.

II. Kasační stížnost

pokračování

[15] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) podala proti napadenému rozsudku kasační stížnost, a to z důvodu dle § 103 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“).

[16] Stěžovatelka úvodem v rámci zevrubného shrnutí skutkového stavu a průběhu správního řízení zdůraznila, že v projednávané věci podala námitky proti úkonu zadavatele, který rozhodl o výběru dodavatele a toto rozhodnutí následně oznámil, neboť byla přesvědčena, že povaha vad její nabídky a nabídky vybraného dodavatele je identická. Ani jedna z nabídek nebyla kompletní, a bylo tak nutné její doplnění. Dle stěžovatelky není relevantní, že v případě vady její nabídky se jednalo o doplnění osvědčení potvrzujících správnost hodnotitelných zkušeností a v případě nabídky vybraného dodavatele o doplnění dokladů prokazujících splnění jeho kvalifikace. Povaha vady je identická, neboť v obou případech bylo zapotřebí doložit doklad, který měl být součástí nabídky již od počátku. Podle stěžovatelky je v příkrém rozporu se zásadami dle § 6 odst. 2 ZZVZ, pokud zadavatel jednomu účastníku umožní doklad doplnit, a druhému účastníku nikoli.

[17] Stěžovatelka namítá, že krajský soud posoudil nesprávně předmětnou právní otázku, zda (s ohledem na zásadu rovného zacházení) byl zadavatel povinen za situace, kdy vybraného dodavatele vyzval k objasnění jeho nabídky dle § 46 ZZVZ ve vztahu k prokázání splnění technické kvalifikace, dle zmíněného ustanovení takto postupovat též vůči stěžovateli a vyzvat ji k předložení dokladů dle čl. 13.4 zadávací dokumentace, z nichž by vyplývalo, že hodnocená osoba vykonávala funkci technického dozoru na stavbách, které byly (v počtu 4) uvedeny ve formuláři pro hodnocení nabídek předloženém stěžovatelkou v rámci její nabídky.

[18] Stěžovatelka má za to, že při řešení předmětné právní otázky je potřeba vzít v úvahu několik skutečností. Za prvé, zadavatel na základě dokladů, které mu stěžovatelka z vlastního podnětu doplnila dne 28. 2. 2022, musel vědět, že pokud by stěžovatelku vyzval podle § 46 ZZVZ, ta by mu znovu doplnila identická potřebná osvědčení, pro jejichž opomenutí v předložené nabídce nezískala v rámci hodnocení kritéria zkušeností žádný bod. Zadavatel rovněž musel vědět, že by stěžovatelka v rámci hodnocení nabídek získala více bodů než vybraný dodavatel. Za druhé, zadavatel mohl využít svého práva podle § 39 odst. 5 ZZVZ a ověřit si věrohodnost poskytnutých údajů pro posouzení splnění podmínek hodnocení tím, že by akceptoval osvědčení doplněná stěžovatelkou dne 28. 2. 2022 a na základě toho by hodnotil 4 zkušenosti uvedené stěžovatelkou v její nabídce. A za třetí, ze správního řízení vyplynulo, že zadavatel nepostupoval podle § 46 ZZVZ vůči stěžovateli primárně proto, že vycházel z nesprávného názoru, že osvědčení o zkušenostech vedoucího týmu technického dozoru stavebníka je údaj či doklad, který bude hodnocen podle kritérií hodnocení, a z tohoto důvodu se domníval, že podle § 46 odst. 2 ZZVZ nemůže požadovat doplnění těchto dokladů. Z rozhodnutí předsedy žalovaného o rozkladu ze dne 20. 12. 2022 vyplývá, že případné doložení těchto dokladů na základě výzvy zadavatele po uplynutí lhůty pro podání nabídek by nebylo v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ, neboť by tím nedošlo ke změně ani doplnění údajů rozhodných pro hodnocení nabídek.

[19] K odkazu krajského soudu na rozsudek téhož soudu ze dne 12. 5. 2022, č. j. 62 Af 32/2020-216, stěžovatelka uvádí, že závěr, který cituje [poslední věta v bodu 28 cit. rozsudku – pozn. NSS], lze vyložit i v její prospěch. Zadavatel totiž již od 28. 2. 2022 (kdy mu stěžovatelka doplnila chybějící osvědčení) věděl, že pokud by stěžovatelku vyzval podle § 46 ZZVZ, ta by mu doplnila osvědčení, a tím by v hodnocení uspěla její nabídka. Na

základě této korektní ekonomické úvahy tak zadavatel měl jednoznačně dospět k závěru, že stěžovatelku má smysl k doplnění nabídky vyzvat.

[20] Podle stěžovatelky zadavatel si musel být vědom, že má dvě volby, u kterých přitom dopředu věděl, jaké následky každá z voleb má. Pokud by totiž zadavatel vyzval stěžovatelku k doplnění její nabídky o opomenutá osvědčení, pak by se vybraným dodavatelem stala stěžovatelka. Druhá volba byla stěžovatelku nevyzvat, což vedlo k výběru dodavatele DABONA. Měl-li zadavatel na výběr, kterého z dodavatelů si vybere k uzavření smlouvy, pak tato okolnost sama o sobě svědčí o naprosto srovnatelném postavení obou dodavatelů.

[21] Stěžovatelka rovněž nesouhlasí s krajským soudem a žalovaným v tom, že rozhodující okolností pro posouzení srovnatelnosti postavení jejího a vybraného dodavatele je odlišnost v účelu, k jakému měly doklady o zkušenostech vedoucího týmu TDS v rámci zadávacího řízení sloužit. Podle stěžovatelky je tato okolnost zcela podružná, neboť charakter vady je „*absentující doklad*“. Bez tohoto doložení dokladů nebylo možné, aby zadavatel jak s vybraným dodavatelem, tak i stěžovatelkou uzavřel smlouvu. Vybraný dodavatel by neprokázal kvalifikaci, a musel by být jakožto vybraný dodavatel vyloučen, stěžovatelka by se zase nedostala bez potřebného doložení dalších dokladů do pozice „vybraného dodavatele“.

[22] Podle stěžovatelky lze předpokládat, že zadavatel se při rozhodování o (ne)využití výzvy k objasnění nebo doplnění nabídky bude řídit především ekonomickými motivy, neboť co nejširší hospodářská soutěž je předpokladem získání ekonomicky nejvýhodnější nabídky. Stěžovatelka považuje za podstatné, že v posuzovaném případě postavení účastníků zadávacího řízení bylo provázáno natolik, že využití či nevyužití institutu objasnění nabídky u obou účastníků by vedlo ke změně pořadí nabídek, přičemž se vada nabídky týká v zásadě totožných dokladů.

[23] Stěžovatelka považuje za nutné přihlédnout ke skutečnosti, že i v důsledcích vad obou nabídek lze shledat určitou podobnost. Zadavatel si totiž na základě stanoveného způsobu hodnocení a obsahu nabídek z hlediska údajů pro hodnocení musel být vědom toho, že pokud stěžovatelku nevyzve k objasnění nabídky, bude to *de facto* znamenat její neúspěch v zadávacím řízení, čili v podstatě obdobný důsledek jako v případě, že by byla vyloučena. Pokud by naopak zadavatel nevyzval vybraného dodavatele k doložení dokladů o vzdělání a odborné kvalifikaci nově uvedené osoby na pozici „*Zástupce vedoucího týmu technického dozoru stavebníka*“ ve vztahu k nově uvedeným referenčním stavbám, byl by zadavatel nucen vyloučit ze zadávacího řízení vybraného dodavatele, který by neprokázal splnění technické kvalifikace. Zatímco u vybraného dodavatele se zadavatel rozhodl dát mu příležitost uzavřít smlouvu (tím, že jej vyzval k doplnění nabídky), u stěžovatelky této možnosti svévolně nevyužil (tím, že ji k doplnění nabídky nevyzval). Podle přesvědčení stěžovatelky, jelikož zadavatel vůči ní neuplatnil stejný postup, jako uplatnil vůči vybranému dodavateli, a tím porušil § 6 odst. 2 ve spojení s § 46 odst. 1 ZZVZ.

III. Vyjádření žalovaného a osoby zúčastněné na řízení

[24] Žalovaný ve svém vyjádření navrhuje kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout. Předesílá, že na podstatu kasačních námitek již opakovaně odpověděl, a proto se vyjadřuje

pokračování

stručně a v podrobnostech odkazuje na své rozhodnutí a na napadený rozsudek, s jehož závěry souhlasí.

[25] Podle žalovaného zadavateli nevznikla povinnost přistoupit k výzvě podle § 46 odst. 1 ZZVZ na základě stěžovatelkou zmiňovaných ekonomických důvodů ani tím, že zadavateli muselo být zřejmé, jaké doklady mu budou předloženy, a že by tak stěžovatelka získala více bodů než vybraný dodavatel. Ekonomické úvahy nehrají pro vznik této povinnosti z pohledu ZZVZ roli, a ani žalovaný je proto nemůže zkoumat. Za důležité považuje také to, že zadavatel nepřistoupil k výzvě ve fázi hodnocení nabídek u žádného z účastníků. Proto žalovaný považuje za liché se dovolávat rovného zacházení z důvodu využití výzvy na vybraného dodavatele v následující fázi zadávacího řízení – posouzení splnění podmínek účasti. Žalovaný připouští, že zadavatel mohl stěžovatelku k doplnění nabídky vyzvat a je možné, že by tak došlo ke změně pořadí nabídek. Žádná taková povinnost ale zadavateli již ve fázi hodnocení nabídek nevznikla a nemohla vzniknout ani později kvůli tomu, že zadavatel vybraného dodavatele vyzval podle § 46 odst. 1 ZZVZ ve fázi posouzení splnění podmínek účasti.

[26] Žalovaný uvádí, že *ad absurdum* by přisvědčení argumentaci stěžovatelky znamenalo, že pokud zadavatel takovou výzvu zaslal ve fázi posouzení splnění podmínek účasti, měl by (aby dostal zásadě rovného zacházení) své úkony zrušit a znovu provést hodnocení, při kterém by stěžovatelku vyzval k doplnění nabídky. Takový postup ale podle žalovaného nedává smysl. Pokud zadavatel neměl danou povinnost již při hodnocení nabídek, nemohla mu vzniknout zpětně při posuzování splnění podmínek účasti. Z tohoto pohledu má žalovaný za zřejmé, že vybraný dodavatel a stěžovatelka nemohli být ve srovnatelném postavení. Zatímco v případě hodnocení nabídek nebyl žádný z dodavatelů vyzván a tato fáze zadávacího řízení se týkala obou z nich, fáze posouzení splnění podmínek účasti se týkala již jen vybraného dodavatele. Srovnatelné postavení podle žalovaného nelze najít v situaci, kdy vůbec není možné srovnatelně postupovat.

[27] Podle žalovaného se vady týkaly dokladů různého charakteru, v případě nabídky vybraného dodavatele se jednalo o vady při prokázání technické kvalifikace, v případě nabídky stěžovatelky chyběly doklady vztahující se k hodnocení nabídek. Současně žalovaný opakuje, že důsledkem nesplnění podmínek účasti je v zásadě vyloučení ze zadávacího řízení, ale nedochází na základě nich k soutěži mezi dodavateli. Opak platí o dokladech předložených za účelem hodnocení nabídek, neboť nedostatky v nich mohou mít negativní dopad na úspěch v zadávacím řízení, ale v zásadě nevedou k vyloučení ze zadávacího řízení. Stěžovatelka se navíc mohla umístit na prvním místě i za přítomnosti řešených vad nabídky, pokud by nabídla nižší cenu než vybraný dodavatel.

[28] Žalovaný opakovaně přisvědčuje stěžovatelce, že jí zadavatel skutečně výzvu k doplnění nabídky mohl zaslat, neboť prostřednictvím dokladů, které absentovaly v její nabídce, mělo dojít pouze k ověření skutečností jí uvedených ve formuláři pro hodnocení nabídek. Nešlo by proto o postup, který by byl v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ. Ovšem upozorňuje, že stěžovatelce bylo řečeno, že se v případě daného názoru nejedná o ustálenou rozhodovací praxi a pro opačný názor zadavatele lze mít pochopení. Není proto nezákonným postupem zadavatele, že z tohoto důvodu nepřistoupil k výzvě na stěžovatelku podle § 46 odst. 1 ZZVZ.

[29] Žalovaný proto trvá na tom, že vybraný dodavatel a stěžovatelka se nenacházeli ve srovnatelném postavení, a zadavateli tedy nevznikla povinnost vyzvat stěžovatelku k doplnění nabídky ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ.

[30] Osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti vyjádřila tak, že stěžovatelka neuvádí žádné nové skutečnosti a argumenty, se kterými by se již žalovaný či krajský soud nevypořádali. Proto navrhuje kasační stížnost zamítnout.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[31] Nejvyšší správní soud nejdříve hodnotil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), osobou oprávněnou (§ 102 věta první s. ř. s.), proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatelka je řádně zastoupena advokátem (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v rozsahu podané kasační stížnosti (§ 109 odst. 3 věta před středníkem s. ř. s.) a z důvodů v ní uvedených (§ 109 odst. 4 věta před středníkem s. ř. s.). Ve věci rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

[32] Kasační stížnost není důvodná.

[33] Byť stěžovatelka v kasační stížnosti namítá pouze jediný kasační důvod, a to důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. spočívající v nesprávném posouzení předestřené právní otázky krajským soudem, Nejvyšší správní soud nejprve posoudí přezkoumatelnost napadeného rozsudku. K případné nepřezkoumatelnosti rozsudku by totiž byl povinen podle § 109 odst. 4 s. ř. s. přihlídnout z úřední povinnosti. Obecně platí, že meritorní přezkum napadeného rozsudku je možný pouze za předpokladu, že rozsudek je srozumitelný a vychází z důvodů, z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku jeho rozhodnutí (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS, nebo ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 28/2008-76). Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů je dána především tehdy, opřel-li soud (či správní orgán) rozhodovací důvody o skutečnosti v řízení nezjišťované, případně zjištěné v rozporu se zákonem (viz např. již citovaný rozsudek č. j. 2 Ads 58/2003-75), nebo pokud zcela opomenul vypořádat některou z námitek uplatněných v žalobě (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, č. 787/2006 Sb. NSS).

[34] V nyní projednávané věci napadený rozsudek kritéria přezkoumatelnosti splňuje, byť se jeho odůvodnění ve své podstatě omezuje, pokud jde o aplikaci obecných právních východisek na okolnosti posuzovaného případu, toliko na převzetí posouzení předsedy žalovaného z napadeného rozhodnutí. Nicméně krajský soud srozumitelně vymezil předmět a podstatu sporu a vyjádřil důvody svého rozhodnutí (byť je převzal od předsedy žalovaného), přičemž se tím i vypořádal s podstatou žalobních námitek, které v zásadě opakovaly námitky uplatněné stěžovatelkou v rozkladu ze dne 15. 2. 2023. Přezkoumatelnosti napadeného rozsudku svědčí i skutečnost, že stěžovatelka s posouzením krajského soudu věcně polemizuje v kasační stížnosti. Rovněž je třeba zohlednit názor rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu vyjádřený v usnesení ze dne 5. 12. 2017, č. j. 2 As 196/2016-123, č. 3668/2018 Sb. NSS, podle kterého případná nepřezkoumatelnost

pokračování

rozhodnutí „[...] připadá v úvahu výjimečně, není-li z odůvodnění rozhodnutí krajského soudu vůbec patrné, jak soud hodnotil podstatné důvody či skutečnosti uplatněné v rámci žalobních bodů. Naopak nelze považovat za nepřezkoumatelné takové rozhodnutí krajského soudu, z jehož odůvodnění lze (byť i zohledněním celkového kontextu důvodů uvedených v odůvodnění) seznat, jaký názor krajský soud zaujal vůči důležitým skutkovým a právním otázkám podstatným pro rozhodnutí projednávané věci. Nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů nemůže být založena tím, že odůvodnění krajského soudu je pouze stručné či argumentačně chudé[...]“ (srov. odst. [29] a [30] cit. usnesení).

[35] Nejvyšší správní soud dále posoudil namítaný kasační důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Stěžovatelka tento kasační důvod spatřuje v tom, že krajský soud nesprávně posoudil právní otázku, zda (s ohledem na zásadu rovného zacházení) byl zadavatel povinen za situace, kdy vybraného dodavatele vyzval k objasnění jeho nabídky dle § 46 ZZVZ ve vztahu k prokázání splnění technické kvalifikace, dle zmíněného ustanovení postupovat též vůči stěžovateli a vyzvat ji k předložení dokladů dle čl. 13.4 zadávací dokumentace, z nichž by vyplývalo, že hodnocená osoba vykonávala funkci technického dozoru na stavbách, které byly (v počtu 4) uvedeny ve formuláři pro hodnocení nabídek předloženém stěžovatelkou v rámci její nabídky.

[36] Relevantní skutkový základ je v posuzovaném případě zřejmý a mezi účastníky o něm nepanuje spor. Podstatné skutečnosti plynoucí ze zadávací dokumentace a průběhu zadávacího řízení jsou podrobně popsány v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí (zejména body 1 až 8 a poté 44 až 68) a Nejvyšší správní soud je shrnul v úvodním čl. I. tohoto rozsudku.

[37] Zjednodušeně řečeno, zadavatel zjistil v nabídkách stěžovatelky a vybraného dodavatele nedostatky. Součástí nabídky stěžovatelky byl zadávací dokumentací vyžadovaný formulář pro hodnocení nabídek, v němž stěžovatelka uvedla informace o 4 zakázkách, na nichž osoba, kterou nominovala na pozici vedoucího týmu TDS, měla vykonávat obdobnou funkci. Stěžovatelka však k tomuto formuláři nepřiložila zadavatelem požadované objektivní doklady, ze kterých by vyplývalo, že hodnocená osoba na příslušných stavbách působila v předmětné funkci (zadávací dokumentace vyžadovala osvědčení či jiný doklad od objednatelů příslušných zakázek). Naproti tomu vada nabídky vybraného dodavatele spočívala v tom, že tento účastník zadávacího řízení neprokázal splnění požadavků na technickou kvalifikaci ve vztahu k jím nominované osobě zástupce vedoucího týmu TDS, neboť daná osoba nedisponovala zadavatelem stanovenou profesní zkušeností (tj. vada se tedy týkala jedné z podmínek účasti v zadávacím řízení). Vzhledem k tomu, že v nabídce stěžovatelky chyběly uvedené doklady, zadavatel jí za účelem hodnocení v rámci kritéria zkušenosti neuznal žádnou referenční stavbu. Zadavatel tak učinil bez toho, aby stěžovatelku vyzval k doplnění nabídky o chybějící doklady. Zadavatel poté vyhodnotil jako nejvhodnější nabídku vybraného dodavatele, u něhož začal posuzovat splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Tehdy zadavatel vybraného dodavatele vyzval podle § 46 odst. 1 ZZVZ k objasnění nabídky, a to opakovaně, a tím mu mj. umožnil nahradit zástupce vedoucího týmu TDS jinou osobou a ve vztahu k ní doplnit nabídku o nové informace a doklady. Následně zadavatel dospěl i díky těmto novým dokladům k závěru, že vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci (srov. body 30 a 31 napadeného rozhodnutí).

[38] Nejvyšší správní soud považuje za podstatné rovněž poukázat na to, že zadavatel postupoval při hodnocení nabídek dvoufázově. Nejprve dne 7. 3. 2022 provedl hodnocení předložených tří nabídek, v rámci kterého určil následující pořadí: 1. vybraný dodavatel DABONA (100 bodů), 2. stěžovatelka (99,59 bodů) a 3. zbývající uchazeč (94,14 bodů). Jak již bylo uvedeno, *de facto* rozhodovalo pouze kritérium cena (hodnota 70 %), neboť DABONA a třetí uchazeč nepředložili žádné reference pro kritérium zkušenosti a u stěžovatelky nebyly jí předložené 4 reference započteny z důvodu, že nebyly v termínu pro podání nabídek (do 18. 2. 2022) řádně doloženy (stěžovatelka tak sama učinila až dne 28. 2. 2022). Následně zadavatel přistoupil ke druhé fázi, a to posouzení kvalifikace vybraného dodavatele (DABONA), přičemž konstatoval, že nabídka nevyhověla požadavkům zadavatele pro určité nejasnosti v rámci prokazované kvalifikace, a přistoupil k první výzvě vybranému dodavateli dle § 46 odst. 1 ZZVZ (k uvedení termínů dokončení u referenčních zakázek). Poté následovaly ještě dvě další výzvy vybranému dodavateli dle § 46 odst. 1 ZZVZ (výzva ze dne 29. 4. 2022 k prokázání splnění technické kvalifikace u osoby „Zástupce vedoucího týmu technického dozoru stavby“ a celkových nákladů u jedné z referenčních zakázek, resp. výzva ze dne 31. 5. 2022 k předložení „všech relevantních dokladů a dokumentů, kterými vybraný dodavatel kompletně, řádně a platně prokazuje svoji kvalifikaci“). Až po těchto opakovaných výzvách zadavatel vydal dne 21. 6. 2022 konečné rozhodnutí o výběru dodavatele.

[39] K provedenému shrnutí základního skutkového stavu je třeba pro přehlednost poznamenat, že zadavatel dne 9. 5. 2022 k námitkám stěžovatelky sám zrušil své první rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 8. 4. 2022. V oznámení rozhodnutí zadavatele o zrušení výběru dodavatele ze dne 9. 5. 2022 (součást správního spisu) zadavatel mj. uvádí, že částečně vyhověl námitkám jednoho z účastníků zadávacího řízení, a proto provede opatření k nápravě. Na základě nových skutečností, na které byl upozorněn v námitkách, se zadavatel zavázal prověřit informace a údaje poskytnuté vybraným dodavatelem k prokázání kvalifikace, o nichž pověřená komise neměla v době posouzení pochybnost, a současně provést nové posouzení a případně nové hodnocení nabídek. Zadavatel následně přistoupil k novému posouzení nabídky vybraného dodavatele (a to na základě nových podkladů dodatečně předložených vybraným dodavatelem dne 4. 5. 2022 k výzvě ze dne 29. 4. 2022 a dalších podkladů doplněných k výzvě ze dne 31. 5. 2022) dne 21. 6. 2022, kdy vydal i již zmíněné rozhodnutí o výběru dodavatele.

[40] Nejvyšší správní soud souhlasí s obecnými východisky pro výklad § 46 ZZVZ, která žalovaný i krajský soud aplikovali na posuzovaný případ. Ostatně tato východiska nesporně ani stěžovatelka v kasační stížnosti.

[41] Ustanovení § 46 ZZVZ upravuje postup při objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů v rámci zadávacího řízení. Podle odst. 1 platí, že *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.* Podle odst. 2 platí, že *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*

pokračování

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. Odst. 3 se týká oprav položkového rozpočtu, což není pro nyní posuzovaný případ relevantní.

[42] Nejvyšší správní soud ve své judikatuře opakovaně dospěl k závěru, že „*vyzvání účastníka k odstranění pochybností nebo doplnění chybějících údajů postupem podle § 46 ZZVZ je postupem fakultativním*“ (srov. rozsudek ze dne 26. 9. 2024, č. j. 3 Afs 179/2023-30, bod [18], resp. tam odkazované rozsudky ze dne 20. 8. 2015, č. j. 10 As 55/2015-46, nebo ze dne 15. 6. 2022, č. j. 7 As 418/2021-31). Současně Nejvyšší správní soud dovodil, že z uvedené možnosti se může stát povinnost. V již citovaném rozsudku č. j. 3 Afs 179/2023-30 Nejvyšší správní soud uvedl v bodu [21] následující: „*V judikatuře (zejména krajských soudů) se objevují dvě typické situace, kdy zadavateli vzniká povinnost postupovat podle § 46 ZZVZ. Zadavatel je povinen odstranit nejasnosti nabídky, pokud jde o takové nejasnosti, které na první pohled vyvolávají dojem, že se účastník zadávacího řízení v části své nabídky dopustil chyby, tedy nejasnosti již na první pohled zřejmé, lehce popsatelné a pravděpodobně i lehce odstranitelné (podrobněji viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 50/2010-104, č. 2608/2012 Sb. NSS). Stejně tak musí zadavatel postupovat podle § 46 ZZVZ v situaci, kdy se u účastníka zadávacího řízení objeví stejná nejasnost jako u jiného účastníka, vůči kterému již zadavatel podle § 46 postupoval (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 6. 2016, č. j. 30 Af 66/2014-40). Je tedy zřejmé, že z uvedené možnosti se může stát povinnost, a to mimo jiné zejména v případě, že zadavatel již postup podle § 46 ZZVZ využil ve vztahu k jinému dodavateli ve srovnatelném postavení. V opačném případě by totiž byla porušena zásada rovného zacházení (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 11. 2021, č. j. 31 Af 83/2020-80).*“

[43] V rozsudku ze dne 16. 9. 2022, č. j. 9 Afs 80/2022-46, Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*[v]ýzva dle § 46 zákona o veřejných zakázkách sama o sobě do práv uchazeče žádným způsobem nezasahuje. Nicméně celý průběh výběru nabídky musí být v souladu se zásadou rovného zacházení. Rozdílná povaha vad nabídek uchazečů v nabídkovém řízení může vyvolat i rozdílný postup zadavatele z hlediska § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek (rozsudek z 15. 6. 2022, č. j. 7 As 418/2021-31). Vůči stejným vadám však musí zadavatel postupovat stejně [...]*“ (viz bod [17] cit. rozsudku).

[44] A konečně Nejvyšší správní soud rozsudku ze dne 15. 6. 2022, č. j. 7 As 418/2021-31, publikoval následující právní větu: „*Rozdílná povaha vad nabídek uchazečů v nabídkovém řízení může vyvolávat i rozdílný postup zadavatele z hlediska § 46 ZZVZ. Každou věc je třeba s ohledem na koncepci § 46 ZZVZ i na možné variace zadávacích podmínek, nabídek uchazečů atp. posuzovat individuálně. Lze tak jen obtížně vytvořit algoritmus, který by chirurgicky přesně stanovil hranici, kdy zadavatel musí vyzyvat uchazeče k doplnění jeho nabídky.*“

[45] Z citované judikatury vyplývá, že bytí je postup zadavatele spočívající ve výzvě účastníka k odstranění pochybností nebo doplnění chybějících údajů podle § 46 ZZVZ postupem fakultativním, nemůže být postupem zcela libovolným, neboť zadavatel i při tomto postupu je povinen dodržovat zásady zadávání veřejných zakázek obsažené v § 6 ZZVZ, zejména pak zásadu rovného zacházení.

[46] Za výše popsanych okolností posuzovaného případu se žalovaný i krajský soud správně zaměřili na klíčovou otázku, zda se stěžovatelka a vybraný dodavatel v předmětném

zadávacím řízení nacházeli ve stejném či srovnatelném postavení z hlediska vad, které měly jejich nabídky. Zatímco stěžovatelka klade důraz na jí vymezený „charakter“ vady, tedy že se v obou případech jednalo o „*absentující doklad*“ týkající se členů realizačního týmu, krajský soud ve shodě s žalovaným považovali za stěžejní, v jaké fázi zadávacího řízení zadavatel přistoupil k výzvě dle § 46 odst. 1 ZZVZ.

[47] Nejvyšší správní soud předesílá, že se v posuzovaném případě jedná o hraniční případ. Ostatně i průběh správního řízení tomu nasvědčuje. Žalovaný totiž ve svém prvním rozhodnutí spatřoval porušení pravidla rovného zacházení v tom, že zadavatel nevyzval stěžovatelku k doplnění její nabídky o chybějící doklady týkající se referenčních staveb. Ovšem posléze předseda žalovaného dospěl k závěru opačnému, byť připustil, že „*z určitého úhlu pohledu lze ve vadách obou nabídek najít shodné rysy*“, neboť „*měly určitý vztah ke členům realizačního týmu, kteří se měli podílet na plnění veřejné zakázky*“, nicméně podle něj mezi vadami nabídek stěžovatelky a vybraného dodavatele, resp. situacemi, v nichž se tito účastníci zadávacího řízení nacházeli, existovaly „*podstatné (právně relevantní) rozdíly*“ (viz body 7, 38, 40 a 41 napadeného rozhodnutí).

[48] Nejvyšší správní soud považuje za podstatnou tu skutkovou okolnost, že zadavatel postupoval při výběru dodavatele dvoufázově tak, že nejprve provedl hodnocení nabídek a poté až posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení. Takový postup zadavateli umožnil § 39 odst. 4 ZZVZ, dle kterého *zadavatel může provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek* (v posuzované věci z ničeho nevyplývalo, že by pro tento případ mělo být v zákoně stanoveno jinak). Zákon přitom ponechává pořadí těchto kroků zadavatele na jeho uvážení a rozhodnutí. Komentářová literatura k § 39 ZZVZ dokonce doporučuje nejdříve vyhodnotit předložené nabídky a až následně přistoupit k posouzení splnění podmínek účasti pouze u dodavatele, jehož nabídka je dle výsledku hodnocení ekonomicky nejvýhodnější, a to v zájmu snížení administrativní a časové náročnosti (srov. Jelínek, K., Dědek, V., Slesinger, J., Staňo, R.: *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář* – ASPI ID: KO134_p12016CZ a rovněž Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J. Měkota, J., Janoušek, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář* - ASPI ID: KO134_2016CZ). Ani stěžovatelka v kasační stížnosti proti tomuto postupu zadavatele nic nenamítala.

[49] V první fázi, kdy výběrová komise hodnotila nabídky, zadavatel žádného z účastníků zadávacího řízení nevyzýval podle § 46 odst. 1 ZZVZ. Z této první fáze vzešel vybraný dodavatel, neboť se jeho nabídka umístila na prvním místě. Ve druhé fázi již zadavatel posuzoval splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 ZZVZ, včetně technické kvalifikace, pouze u vybraného dodavatele. Až v této fázi, tedy až následně po hodnocení nabídek, zadavatel přistoupil k výzvě podle § 46 odst. 1 ZZVZ, kterou učinil pouze vůči vybranému zadavateli a pouze ve vztahu k prokázání technické kvalifikace, coby podmínky účasti v zadávacím řízení. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel přistoupil k výzvě vybraného dodavatele v jiné (pozdější) fázi výběru dodavatele, než ve které se nacházela stěžovatelka se svou nabídkou zatíženou vadou a ve které podle jejího názoru měla být zadavatelem vyzvána podle § 46 odst. 1 ZZVZ. Z tohoto hlediska stěžovatelka a vybraný dodavatel nebyli ve stejném postavení.

[50] S žalovaným lze souhlasit i v tom, že další odlišnost v postavení stěžovatelky a vybraného dodavatele byla dána tím, že nedostatek v nabídce stěžovatelky se netýkal

pokračování

dokladů, které zadavatel potřeboval k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení (jako tomu bylo v případě vybraného dodavatele), ale dokladů, které se týkaly jednoho z kritérií pro hodnocení nabídky. Přitom ze správního spisu vyplývá, že požadavky na technickou kvalifikaci dodavatele, resp. podmínky a doklady jejího prokázání, byly stanoveny v čl. 5 svazku 2 zadávací dokumentace, zatímco požadavky na prokázání hodnotícího kritéria zkušenosti byly upraveny v čl. 13.4 svazku 1 zadávací dokumentace. Nelze proto souhlasit se stěžovatelkou, že charakter vady byl stejný, jelikož se jednalo o doklady prokazující různé požadavky stanovené zadávací dokumentací. Argumentace stěžovatelky, že šlo v obou případech o „*absentující doklad*“, je zjednodušující a zavádějící.

[51] V obecné rovině lze se stěžovatelkou souhlasit v tom, že v důsledcích, jež pramení z vad nabídky její a vybraného dodavatele, „*lze sledat určitou podobnost*“, neboť jejich neodstranění by v obou případech v konečném důsledku mohlo vést k neúspěchu daného účastníka v zadávacím řízení, resp. k neuzavření smlouvy na veřejnou zakázku se zadavatelem. Ovšem i v tomto ohledu se stěžovatelka dopouští zavádějícího zjednodušení. Nejvyšší správní soud souhlasí s předsedou žalovaného, který v napadeném rozhodnutí naopak uváděl rozdíly v důsledcích neodstranění vad plynoucí z konkrétních okolností nyní posuzovaného případu. Vada nabídky stěžovatelky měla za následek přidělení nižšího počtu bodů v rámci kritéria zkušenosti. I přesto se však stěžovatelka mohla umístit na prvním místě, pokud by v rámci kritéria cena nabídla nižší cenu než vybraný dodavatel. Dokonce i za situace, kdy by se umístila na druhém místě, by se mohla stát vybraným dodavatelem, pokud by společnost DABONA neprokázala splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, či by před podpisem smlouvy na veřejnou zakázku nepředložila stanovené doklady [srov. § 122 odst. 7 písm. b) ZZVZ] nebo by neposkytla řádnou součinnost k uzavření smlouvy (srov. § 124 odst. 2 ZZVZ). Tudíž nevyzvání stěžovatelky k odstranění vad její nabídky ve fázi hodnocení nabídek nemuselo v každém případě vést k jejímu neúspěchu v zadávacím řízení. Oproti tomu neodstranění vady v nabídce vybraného dodavatele (společnosti DABONA) týkající se prokazování splnění technické kvalifikace by v každém případě vedlo k jejímu vyloučení ze zadávacího řízení (srov. bod 49 napadeného rozhodnutí). Je tudíž zřejmé, že ani důsledky neodstranění vad nabídek by u stěžovatelky a vybraného dodavatele nemusely být stejné.

[52] S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud připouští, že jistá podobnost mezi nedostatky nabídek stěžovatelky a vybraného dodavatele skutečně dána byla (a připouští to i předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí), ovšem na základě výše popsaných konkrétních okolností nyní projednávané věci se stěžovatelka a vybraný dodavatel nenacházeli ve stejném či natolik srovnatelném postavení, aby se oprávnění zadavatele učinit výzvu dle § 46 odst. 1 ZZVZ transformovalo do povinnosti. Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem předsedy žalovaného a krajského soudu, že extenzivní pojetí případů, kdy zadavatel bude povinen postupem podle § 46 odst. 1 ZZVZ vyzývat účastníky zadávacího řízení k opravám jejich nabídek, by do značné míry popíralo text zákona, který jasně stanoví, že zadavatel „*může*“ požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil, resp. doplnil svou nabídku, aniž by nabídka byla měněna. Korektiv zásad zadávání veřejných zakázek dle § 6 ZZVZ by tedy měl být využíván uvážlivě a aplikován v případech, ve kterých to bude prokazatelně odůvodněno konkrétními okolnostmi posuzovaného případu. O takový jednoznačný případ se podle názoru Nejvyššího správního soudu v nyní projednávané věci nejednalo.

[53] Nejvyšší správní soud ve svém posouzení rovněž zohlednil důvody a motivaci, pro které zadavatel nepřistoupil k výzvě vůči stěžovateli k odstranění vad její nabídky ve fázi hodnocení nabídek. Ze správního spisu vyplývá, že zadavatel v dané době zastával právní názor, podle kterého v předmětném případě bránilo výzvě k odstranění vad nabídky dle § 46 odst. 1 ZZVZ omezení dle odst. 2 téhož ustanovení. Ze stejného důvodu se zadavatel domníval, že nemohl přihlížet ke stěžovatelkou dodatečně (po lhůtě k podání nabídek) doplněným osvědčením o referencích. Zadavatel měl za to, že by se jednalo o doložení údajů, které se vztahovaly k hodnotícímu kritériu zkušenosti, tedy údaj, jenž měl být předmětem hodnocení (srov. body 17 až 21 prvostupňového rozhodnutí, kde je rekapitulováno vyjádření zadavatele v rámci předmětného správního řízení). Tento právní názor zadavatele pak byl patrný již ze zadávací dokumentace, ve které v čl. 13.4 u kritéria zkušenosti zadavatel připojil „*upozornění pro dodavatele*“, dle něhož (mimo jiné) dodavatel je povinen k uváděným zkušenostem doložit osvědčení, smlouvu či prohlášení od objednatele a doporučuje se dbát na řádnou přípravu nabídky „*co do dokladů pro hodnocení tohoto kritéria s tím, že veškeré požadované doklady, údaje musí být patrné přímo z nabídky, a to s ohledem na limity § 46 odstavec 2 ZZVZ*“. Žalovaný i jeho předseda tento právní názor zadavatele v pozdějším správním řízení nesdíleli, neboť dle jejich názoru mělo dojít pouze k ověření skutečností, které zadavatel uvedl ve formuláři pro hodnocení nabídek (nikoli tedy o nepřípustné doplnění údajů či dokladů, které budou hodnoceny podle kritérií hodnocení), a tudíž by se v případě výzvy zadavatele nejednalo o postup, který by byl v rozporu s § 46 odst. 2 ZZVZ. Současně ale předseda žalovaného doplnil, že tento jeho právní názor nelze označit za ustálenou součást rozhodovací praxe žalovaného, a tudíž měl i pro opačný názor zadavatele pochopení (viz bod 44 napadeného rozhodnutí).

[54] Nejvyšší správní soud proto souhlasí s žalovaným, že jednání zadavatele nevykazovalo znaky libovůle v tom smyslu, že by si zadavatel jím zvoleným postupem (tedy nevyužitím oprávnění k výzvě stěžovatelky dle § 46 odst. 1 ZZVZ) připravoval podmínky pro budoucí zvýhodnění vybraného dodavatele (na úkor stěžovatelky), kterého v další fázi zadávacího řízení vyzval k objasnění nabídky, aby si vyjasnil, zda vybraný dodavatel splňuje všechny podmínky účasti v zadávacím řízení. Postup zadavatele tudíž ani nevykazuje indicie netransparentnosti, zejména s přihlédnutím k tomu, že zadavatel dodavatele v zadávací dokumentaci jasně upozornil, že na doklady vztahující se k hodnotícím kritériím doložené po uplynutí lhůty k podání nabídek nebude brát zřetel. Ostatně stěžovatelka ani v kasační stížnosti ani v žalobě porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ nenamítala.

[55] Ač se může stěžovatelce subjektivně jevit postup zadavatele vůči ní nepřiměřeně tvrdý, Nejvyšší správní soud konstatuje, že objektivně tomu tak nebylo, tudíž ani v tomto ohledu nelze postup zadavatele považovat za nezákonný. Je třeba si uvědomit, že primární a hlavní příčinou, proč stěžovatelka neuspěla se svou nabídkou v zadávacím řízení, bylo to, že stěžovatelka nepodala svou nabídku kompletní v části týkající se kritéria zkušenosti. Přitom povinnost nejen uvést, ale též předepsaným způsobem doložit referenční stavby, a to ve lhůtě pro podání nabídky, byla v zadávací dokumentaci jednoznačně uvedena. Stěžovatelka v kasační stížnosti sama připouští, že „*opomněla předložit k těmto hodnoceným zkušenostem osvědčení objednatelů*“ (viz bod 12 kasační stížnosti), aniž by blíže vyjasnila důvody, co bylo příčinou takového opomenutí. Stěžovatelka ani v dopise ze dne 28. 2. 2022, tedy až po lhůtě pro podání nabídky (tj. po 18. 2. 2022), neuvedla žádné důvody, proč

pokračování

osvědčení dokládá až dodatečně (stěžovatelka pouze uvádí své přesvědčení, že její nabídka je kompletní, nicméně „z důvodu právní jistoty a pro vyloučení všech pochybností“ zasílá osvědčení od objednatele).

[56] Nejvyšší správní soud přitom ve své judikatuře opakovaně konstatoval, že odpovědnost za správnost a úplnost podané nabídky nese v zadávacím řízení účastník (dodavatel). Nejvyšší správní soud např. v již citovaném rozsudku č. j. 7 As 418/2021-31 připomněl svou judikaturu, podle které „[j]e to [...] účastník (stěžovatel), nikoliv zadavatel, kdo nese zodpovědnost za správnost a úplnost podané nabídky. Stejně jako zadavatel odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, odpovídá uchazeč za svou nabídku (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 - 42, ze dne 11. 9. 2018, č. j. 6 As 172/2018 - 44, atp.) [...] zadávací řízení představuje formalizovaný postup, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče projevujícím se například i ve ztrátě příležitosti se o zakázku ucházet a následně ji plnit“ (viz body [23] a [26] cit. rozsudku). V nyní posuzovaném případě je to stěžovatelka, kdo nesl zodpovědnost za správnost a úplnost své nabídky, tudíž její neúspěch v zadávacím řízení, který spatřuje v nulovém hodnocení kritéria zkušenosti, by stěžovatelka měla přičítat v prvé řadě sobě, nikoli postupu zadavatele.

[57] Stěžovatelka v kasační stížnosti hledala oporu v krajském soudem odkazovaném rozsudku téhož soudu č. j. 62 Af 32/2020-216, z něhož citovala bod 28. Nejvyšší správní soud nemá takový odkaz za příležitý, neboť krajský soud se v odkazované části uvedeného rozsudku zabýval důvody, pro které lze ospravedlnit postup zadavatele, který využil svého oprávnění a vyzval postupem dle § 46 odst. 1 ZZVZ pouze některého z účastníků zadávacího řízení (a stěžovatel v daném sporu namítal, že tím zadavatel připustil změnu nabídky vybraných dodavatelů). Za takový důvod, který musí být korektní a zřejmý, pak krajský soud považoval i ekonomickou úvahu zadavatele vedenou v tom směru, že vyzývat má smysl jen takového účastníka zadávacího řízení, jenž může být na základě naplnění příslušných kritérií hodnocení následně vybrán. V nyní posuzovaném případě stěžovatelky je ovšem řešen postup zadavatele, který v rámci hodnotící fáze nikoho nevyzýval (tedy situace opačná), tudíž si zadavatel ani nemusel činit korektní ekonomickou úvahu, kterého z uchazečů by měl vyzvat, neboť v této fázi výběru dodavatele zadavatel svého oprávnění dle § 46 odst. 1 ZZVZ využít nechtěl (z důvodů popsanych shora), což mu zákon umožňoval.

[58] Pokud jde o stížní argumentaci, že zadavatel mohl využít svého práva podle § 39 odst. 5 ZZVZ a ověřit si věrohodnost poskytnutých údajů tím, že by akceptoval osvědčení doplněná stěžovatelkou dne 28. 2. 2022, taková argumentace nemá svůj předobraz v žalobních námítkách. Nejvyšší správní soud přitom setrvale judikuje, že opírá-li se kasační stížnost o nové důvody, které nebyly uplatněny v žalobě před krajským (resp. městským) soudem, ač tak stěžovatel mohl učinit, nelze se jimi poprvé zabývat až v řízení před kasačním soudem. „Ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. nesleduje restriktci práv fyzických a právnických osob na přístup k soudní ochraně, nýbrž zachování kasačního charakteru řízení o kasační stížnosti. Po aktivně legitimovaných účastnících předcházejícího žalobního řízení lze spravedlivě žádat, aby na principu *vigilantibus iura* uplatnili veškeré důvody nezákonnosti správního rozhodnutí již v řízení před soudem první instance. Pokud tak neučiní, je legitimní, že z hlediska možnosti uplatnění argumentace v dalším stupni ponесou případné nepříznivé následky s tím spojené.“ (viz publikovaná právní věta č. I v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 9. 2008,

č. j. 8 Afs 48/2006-155, č. 1743/2009 Sb. NSS). Jelikož zmíněnou námitku stěžovatelka ve své žalobě neuplatnila, ač tak nepochybně učinit mohla, je třeba takovou námitku hodnotit jako nepřipustnou, a proto se jí kasační soud dále nezabýval.

[59] Nejvyšší správní soud uzavírá, že žádná ze stěžovatelkou uplatněných (přípustných) kasačních námitek není důvodná. Krajský soud se nedopustil pochybení v právním posouzení věci, přičemž svůj rozsudek i přezkoumatelně odůvodnil.

V. Závěr

[60] Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost nedůvodnou, zamítl ji dle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. (výrok I. tohoto rozsudku).

[61] O náhradě nákladů řízení Nejvyšší správní soud rozhodl na základě § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka neměla ve věci úspěch, proto jí právo na náhradu nákladů nenáleží. Toto právo by měl procesně úspěšný žalovaný, kterému ale žádné účelně vynaložené náklady nevznikly. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů tohoto řízení (výrok II. tohoto rozsudku).

[62] Výrok o náhradě nákladů řízení osoby zúčastněné na řízení vychází z § 60 odst. 5 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Jelikož Nejvyšší správní soud osobě zúčastněné na řízení neuložil žádnou povinnost, přičemž ani v daném případě neshledal žádný důvod zvláštního zřetele hodný, tato rovněž nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (výrok III. tohoto rozsudku).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 14. března 2025

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu