

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudců JUDr. Jakuba Camrdy, Ph.D. a JUDr. Lenky Matyášové, Ph.D. v právní věci žalobce: **Opavská lesní a.s.**, se sídlem Krajánkova 11/2390, Praha 4, zast. JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem se sídlem nám. Republiky 1079/1a, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti: **Lesy České republiky, s.p.**, se sídlem Přemyslova 1106, Hradec Králové, zast. Mgr. Bohuslavem Hubálkem, advokátem se sídlem Těšnov 1/1059, Praha 1, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 6. 2010, č. j. 62 Ca 92/2008 - 101,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žalobci **se** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává**.

III. Osoba zúčastněná na řízení **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

Rozhodnutím žalovaného v prvním stupni ze dne 14. 3. 2008, č. j. S305/2007/VZ-04551/2008/510/MO, bylo zastaveno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v zadávacím řízení „Provádění lesnických činností s prodejem dříví od 1. 1. 2008, SÚJ č. 12403“. Řízení bylo zastaveno podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění relevantním pro posuzovanou věc (dále jen „zákon o veřejných

zakázkách“), neboť žalovaný nezjistil, že by zadavatel, tj. osoba zúčastněná na řízení, při zadávání veřejné zakázky porušil ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

Proti rozhodnutí prvního stupně podal žalobce rozklad, který předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 13. 10. 2008, č. j. R084/2008/02-19000/2008/310-AS, zamítl a rozhodnutí prvního stupně potvrdil.

Žalobce napadl uvedené rozhodnutí žalovaného o rozkladu žalobou podanou u Krajského soudu v Brně, jenž napadené rozhodnutí rozsudkem ze dne 3. 6. 2010, č. j. 62 Ca 92/2008 - 101, zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

Krajský soud neshledal důvodnými žalobní námitky týkající se tvrzených vad řízení před správním orgánem. Pokud jde o žalobní námitku spočívající v tom, že správní orgány neprovedly žalobcem navržený důkaz znaleckým posudkem k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci, konstatoval krajský soud, že zvláštního odborného posouzení nad rámec úvah žalovaného nebylo v daném případě třeba. Přestože neprovedení znaleckého posudku nebylo formálně řádně odůvodněno, nebylo rozhodnutí podle krajského soudu nepřezkoumatelné a nejednalo se ani o procesní vadu, jež by mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí žalovaného.

Krajský soud shledal žalobu důvodnou v části týkající se požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006. Podle krajského soudu byl požadavek na předložení certifikátu technickým kvalifikačním předpokladem podle § 50 odst. 1 písm. d) ve spojení s § 56 odst. 2 písm. c) a odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, jehož splnění bylo možno podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách prokázat prostřednictvím subdodavatele. Stanovil-li zadavatel, že splnění uvedeného kvalifikační předpokladu nelze prokázat prostřednictvím subdodavatele, jednal v rozporu s § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Krajský soud proto nesouhlasil s názorem žalovaného, že pochybení zadavatele způsobené tím, že nesprávně podřadil požadavek na předložení certifikátu pod § 44 odst. 3 písm. g) zákona o veřejných zakázkách, tj. jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky, nemělo podstatný vliv na prokázání kvalifikačních předpokladů. Krajský soud shledal důvodnou též žalobní námitku spočívající v tvrzené nezákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv. Z § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách nevyplývá, že by zadavatel mohl po uchazečích o veřejnou zakázku požadovat předložení smluv se subdodavateli. Pro opačný názor zastávaný žalovaným neposkytuje zákon o veřejných zakázkách podle krajského soudu dostatečnou oporu.

Žalovaný (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu kasační stížnost, již opírá o důvody podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., tj. namítá nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky krajským soudem v předcházejícím řízení.

Stěžovatel v prvé řadě uvedl, že nadále nesouhlasí s názorem žalobce ohledně tvrzeného pochybení spočívajícího v neprovedení důkazu ve formě znaleckého posudku k otázce vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci. Také s tvrzením krajského soudu, že řádně neodůvodnil neprovedení důkazů, stěžovatel nesouhlasí, neboť

jeho závěry k návrhům žalobce ve správním řízení jsou uvedeny v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Stěžovatel dále namítal, že krajský soud nesprávně posoudil otázku zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006. Trvá na tom, že nedošlo k porušení zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel tímto postupem neznemožnil uchazečům prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele, neboť není možné, aby uchazeč, který nesplňuje kvalifikační předpoklady podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona o veřejných zakázkách v plném rozsahu, mohl prokázat potřebnou kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele. Pokud příslušný kvalifikační předpoklad souvisí s celým předmětem veřejné zakázky, jako je tomu v posuzovaném případě, nebude postačovat, pokud pro jeho splnění uchazeč předloží kvalifikaci svého subdodavatele, který se však ve skutečnosti bude podílet na plnění veřejné zakázky ve vztahu k uchazeči marginálně. Správný je naopak ten postup, kdy uchazeč, není-li schopen vlastními silami splnit část veřejné zakázky, z tohoto důvodu prokáže kvalifikaci na tuto část veřejné zakázky pomocí svého subdodavatele, který bude odpovídající část veřejné zakázky i fakticky plnit. Tento požadavek zadavatele žádným způsobem nediskriminoval určité uchazeče oproti jiným uchazečům, ani se nejednalo o svévoli ze strany zadavatele při stanovení požadavků na plnění veřejné zakázky, neboť požadované doklady byly pro řádné plnění veřejné zakázky nezbytné.

Dále stěžovatel namítal, že krajský soud nesprávně posoudil otázku zákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv. Pokud ostatní veřejní zadavatelé postupují obdobným způsobem, jako to v přezkoumávaném případě učinil zadavatel, rozhodně nelze vytýkat, že by se jednalo o postup v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Stěžovatel je toho názoru, že v daném případě byl tento požadavek oprávněný (už i z toho pohledu, že neklade žádné další požadavky na tuto smlouvu, nýbrž postačuje de facto pouze stvrzení podpisem subdodavatele, že byl o svém postavení vyrozuměn a dává k němu uchazeči svůj souhlas). Vzájemný vztah dodavatele a subdodavatele dává oběma stranám tohoto vztahu potřebnou právní jistotu a umožňuje dodavateli kontrolu plnění části veřejné zakázky prováděné subdodavatelem. V § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách není obsažen zákaz požadovat předložení smluv se subdodavateli. Nejde proto o rozpor se zákonem a uvedenou aktivitu smluvních stran je třeba vnímat pozitivně. Pokud je již dodavatel dohodnut se subdodavatelem na poskytnutí a podmínkách subdodávky, je zřejmé, že administrativní náklady spojené s písemným stvrzením této dohody subdodavatelem jsou bagatelní. Zadavatel tímto svým požadavkem pouze usiluje o zajištění dostatečné míry jistoty a transparentnosti plnění veřejné zakázky. Z tohoto důvodů nelze tedy podle názoru stěžovatele v žádném případě považovat požadavek zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv za důvod pro zrušení rozhodnutí stěžovatele.

S ohledem na uvedené navrhl stěžovatel, aby Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Žalobce se k podané kasační stížnosti nevyjádřil.

Osoba zúčastněná na řízení se ve svém vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnila s názorem stěžovatele, podle něhož k porušení zákona o veřejných zakázkách nedošlo. Podle osoby zúčastněné na řízení nelze předložení požadovaného certifikátu podřadit pod požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona o veřejných zakázkách. Doklady požadované zadavatelem v rámci předmětné veřejné zakázky nebylo možno podřadit pod § 56 odst. 2, 4 a 5 zákona o veřejných zakázkách, v nichž je uveden taxativní výčet dokladů, které může veřejný zadavatel požadovat. Osoba zúčastněná na řízení proto požadovala předložení těchto dokladů na základě § 44 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož zadavatel *„může v zadávacích podmínkách uvést též požadavky týkající se zvláštních podmínek na plnění veřejné zakázky, a to zejména v sociální oblasti, v oblasti zaměstnanosti nebo v oblasti životního prostředí*“. I kdyby však soud dospěl k závěru, že osoba zúčastněná na řízení měla tento požadavek podřadit mezi technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, neměla by tato skutečnost žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu. Není v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, pokud osoba zúčastněná na řízení požadovala splnění uvedeného kvalifikačního předpokladu přímo po uchazeči, neboť tento požadavek se vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, za kterou musí nést odpovědnost a jejíž splnění musí garantovat uchazeč.

Osoba zúčastněná na řízení rovněž nesouhlasí se závěrem soudu ohledně požadavku na prokázání subdodavatelského vztahu. Požadavek na předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem plnění části předmětu veřejné zakázky je podle názoru osoby zúčastněné na řízení legitimní a lze jej zahrnout mezi jiné požadavky podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona o veřejných zakázkách. Co se rozumí jinými požadavky na plnění veřejné zakázky, zákon o veřejných zakázkách nedefinuje, logický výklad je však takový, že jinými požadavky na plnění veřejné zakázky mohou být v podstatě jakékoliv požadavky, které zákon o veřejných zakázkách nezakazuje a které jsou v souladu se zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tento požadavek zadavatele byl veden snahou zajistit s potřebnou mírou jistoty splnění předmětu veřejné zakázky. Díky uzavření smlouvy mezi uchazečem a subdodavatelem by měl zadavatel již při rozhodování o přidělení veřejné zakázky jistotu v tom, že subdodavatel označený uchazečem je skutečně ochoten a připraven se na plnění veřejné zakázky podílet. Tento požadavek žádným způsobem neznevýhodňuje ani nediskriminuje uchazeče o veřejné zakázky. V případech, kdy uchazeč závazně uvede, že splní část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, je zřejmé, že musí být již s tímto subdodavatelem na podmínkách případné subdodávky dohodnut. Pokud by dohodnut nebyl, nemohl by odpovědně uvést subdodavatele v rámci své nabídky. Aby dohoda se subdodavatelem byla úspěšně vymahatelná, je zřejmé, že musí být uzavřena písemně.

S ohledem na uvedené navrhla osoba zúčastněná na řízení, aby Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

Nejvyšší správní soud nejprve přezkoumal formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost je podána včas, neboť byla podána ve lhůtě dvou týdnů od doručení napadeného rozsudku (§ 106 odst. 2 s. ř. s.), je podána osobou oprávněnou, neboť stěžovatel byl účastníkem řízení, z něhož napadený rozsudek vzešel (§ 102 s. ř. s.), a jedná za něj osoba s vysokoškolským právnickým vzděláním, které je vyžadováno pro výkon advokacie (§ 105 odst. 2 s. ř. s.).

Nejvyšší správní soud dále přistoupil k posouzení kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů, přičemž zkoumal, zda napadené rozhodnutí krajského soudu netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 2 a 3 s. ř. s), a dospěl k závěru, že kasační stížnost není z celkového hlediska důvodná.

Nejvyšší správní soud předně poukazuje na svůj rozsudek ze dne 30. 9. 2011, č. j. 5 Afs 78/2010 – 186, dostupný na www.nssoud.cz, v němž se již v obdobné věci vypořádal s námitkami, jež stěžovatel uplatnil i ve věci nyní posuzované. Od závěrů vyslovených v uvedeném rozsudku se Nejvyšší správní soud nemíní odchýlit.

Nejvyšší správní soud tedy považuje za nutné konstatovat, že krajský soud shledal žalobu důvodnou:

a) v části napadající závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů a

b) v části napadající závěr ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv.

Ostatní žalobní námitky směřující proti rozhodnutí stěžovatele shledal krajský soud nedůvodnými. V těchto intencích tedy Nejvyšší správní soud posuzoval stížní námitky proti rozsudku krajského soudu.

Pokud jde o první stížní námitku, jež se týkala nedostatečného odůvodnění neprovedení důkazu znaleckým posudkem ze strany stěžovatele, je třeba konstatovat, že krajský soud shledal žalobní námitku k této otázce nedůvodnou. Nedostatky v odůvodnění rozhodnutí stěžovatele podle názoru krajského soudu nemohly vyvolat nezákonnost tohoto rozhodnutí. Za této situace stěžovatel brojí pouze proti stanovisku krajského soudu, podle něhož neprovedení znaleckého posudku nebylo stěžovatelem řádně odůvodněno, byť krajský soud zdůraznil, že uvedené pochybení nebylo důvodem pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí. Stěžovatel tak brojí pouze proti důvodům, jež vedly krajský soud k závěru o neopodstatněnosti žalobní námitky. Nejedná se proto o stížní námitku opírající se o některý z přípustných důvodů kasační stížnosti podle § 103 odst. 1 s. ř. s., nýbrž o námitku směřující jen proti důvodům rozsudku krajského soudu, která je podle § 104 odst. 2 s. ř. s. nepřípustná. Z tohoto důvodu se Nejvyšší správní soud touto stížní námitkou nezabýval.

Pokud jde o druhou stížní námitku týkající se doložení opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů stanoveným certifikátem, ztotožňuje se Nejvyšší správní soud zcela s právním názorem krajského soudu a s jeho závěrem, který je v odůvodnění napadeného rozsudku přesvědčivě a podrobně odůvodněn. V daném případě nebylo mezi účastníky řízení sporu o tom, že podle zadávací dokumentace („9. Jiné požadavky zadavatele“, bod 2/) byli uchazeči povinni v nabídce doložit přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006 (v originále či v úředně ověřené kopii) vydaným

akreditovanou osobou nebo rovnocenným certifikátem vydaným v členském státě Evropské unie. Zadavatel si přitom vymínil, že tento požadavek nelze splnit pomocí subdodavatele.

Stěžovatel dovodil (str. 6, bod 28 napadeného správního rozhodnutí), že se v daném případě jedná nikoli o požadavek zadavatele na plnění veřejné zakázky podle § 44 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, ale o technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách; přitom však zároveň konstatoval, že tato skutečnost (tj. nesprávně stanovený požadavek) nemá podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu, a nedošlo proto ze strany zadavatele k porušení zákona o veřejných zakázkách.

Podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona o veřejných zakázkách.

V § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách je stanoveno, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona o veřejných zakázkách v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Stěžovatel správně dospěl k závěru, že požadavek na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006 byl technickým kvalifikačním předpokladem podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách. Podle tohoto ustanovení k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby může veřejný zadavatel požadovat popis technického vybavení a opatření používaných dodavatelem k zajištění jakosti a popis zařízení či vybavení dodavatele určeného k provádění výzkumu, veřejný zadavatel je oprávněn požadovat rovněž předložení certifikátu podle § 56 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Podle § 56 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách pak, je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, může veřejný zadavatel v rámci prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Veřejný zadavatel uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie. Veřejný zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti.

Jestliže tedy podle stěžovatele požadavek zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006 byl technickým kvalifikačním předpokladem podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, jestliže dále splnění technických

kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona o veřejných zakázkách [a tedy i podle odst. 2 písm. c) tohoto ustanovení] je předpokladem splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách a jestliže zároveň podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách platí, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem mimo jiné i podle § 50 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele, pak nutně musí i zdejší soud, stejně jako soud krajský, dospět k závěru, že požadavek zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C) certifikátem podle normy CFCS 1004:2005 či CFCS 1004:2006 bylo možno splnit prostřednictvím subdodavatele. Jestliže pak ve vztahu k tomuto požadavku, nesprávně podřazenému pod tzv. jiné požadavky zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. g), resp. odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, zadavatel stanovil, že jej nelze splnit pomocí subdodavatele, pak ohledně jeho prokázání stanovil pravidlo, které, jak již konstatoval krajský soud, nerespektuje § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele lze. Za tohoto stavu tedy nelze konstatovat, že stěžovatelem nesprávně dovozená subsumpce tohoto požadavku pod § 44 odst. 3 písm. g) a odst. 8 zákona o veřejných zakázkách neměla, resp. nemohla mít podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu, jak uvedl stěžovatel v žalobou napadeném rozhodnutí.

Jak již rovněž uvedl krajský soud, podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavatelsky, obsažené v § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, nejsou vázány na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele. Skutečnost, zda se příslušný zadavatelův požadavek váže „k podstatné části veřejné zakázky“ či nikoli, není podmínkou použitelnosti § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavatelsky. Ta je vázána na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou a včasnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť i subdodavatelsky, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na dodavatelské straně. To vše nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, stane-li se vítězným uchazečem, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelskou.

Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem krajského soudu, že ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách nelze přiznávat takový smysl, jak jej coby smysl funkční vyložil stěžovatel. Výklad použitý stěžovatelem znamená ve skutečnosti opak, než je podáváno z jednoznačného (a přitom kogentního) pravidla vyplývajícího z § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který možnost subdodavatelského prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách výslovně bez dalšího zaručuje. Přestože stěžovatel dovodil, že požadavek zadavatele na

předložení certifikátu měl být považován za technický kvalifikační předpoklad podle § 56 odst. 2 písm. c) zákona o veřejných zakázkách, zadavatel v rozporu s § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, jenž se měl na otázku prokazování splnění tohoto požadavku aplikovat, vyloučil možnost jeho prokázání subdodavatelsky. Závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů s tím, že tyto skutečnosti nemohou být doloženy prostřednictvím subdodavatele, je tedy v rozporu s § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, který možnost prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu subdodavatelsky bez jakéhokoli dalšího omezení zaručuje.

V této souvislosti lze odkázat rovněž na rozsudek ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007 - 707, www.nssoud.cz, v němž Nejvyšší správní soud uvedl:

„*V zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení (§ 39 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně jakkoliv měnit ani Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán dohledu, ať už se to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přeřazení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů.*

Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se správním orgánem I. stupně v tom, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu nelze stanovit jako jednu z obchodních podmínek. Postup zadavatele, který chybně zařadil tento požadavek mezi obchodní podmínky, není však možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu přeřadí pod jiné zákonem vymezené kritérium, v daném případě pod kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti. Správní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné. Z těchto důvodů nedoložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu by nemohlo vést k vyloučení účastníků ze zadávacího řízení.“

Nejvyšší správní soud uzavírá, že závěry krajského soudu ohledně zákonnosti požadavků zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů příslušným certifikátem, tj. jeden ze dvou důvodů, pro který krajský soud zrušil rozhodnutí stěžovatele, jsou v souladu se zákonem a relevantní judikaturou. Nejvyšší správní soud proto shledal příslušnou stížní námitku nedůvodnou.

Nejvyšší správní soud však naopak nesdílí závěr krajského soudu, pokud jde o zákonnost požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv.

Podle § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje

každého subdodavatele. Zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.

Citované ustanovení výslovně neupravuje otázku, zda zadavatel může požadovat předložení smluv se subdodavateli, nicméně toto ustanovení tuto možnost ani nevylučuje. Výčet možností v daném ustanovení není omezen slovem „pouze“ či obdobným výrazem, který by na skutečnost, že se jedná o taxativní výčet, poukazoval. Ani ze systematiky zákona o veřejných zakázkách tento závěr nutně nevyplývá, jak se domníval krajský soud. Rovněž není zcela přesvědčivý ani argument, podle něhož by při opačném výkladu postrádala smyslu dikce § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách upravující oprávnění zadavatele požadovat, aby uchazeč ve své nabídce uvedl identifikační údaje subdodavatelů, jimž hodlá zadat část veřejné zakázky. Nejvyšší správní soud se proto zabýval otázkou, zda zadavatel může nad rámec specifikace části veřejné zakázky a identifikačních údajů o subdodavatelích podle § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách požadovat od uchazečů také předložení dalších dokladů týkajících subdodavatelů, kteří se mají podílet na plnění veřejné zakázky.

Zadavatel ve vztahu vůči dodavateli při zadávání veřejné zakázky nevystupuje z pozice vrchnostenského postavení. Podstatou veřejných zakázek je plnění na základě soukromoprávních smluv mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejichž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací (§ 7 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách). Veškeré úkony mezi zadavatelem a uchazeči jsou činěny v obchodněprávních vztazích. Zadavatel tedy nevystupuje při zadávání veřejné zakázky a vynakládání veřejných prostředků jako orgán veřejné moci v nadřazeném postavení, nýbrž vystupuje jako subjekt v rovnoprávném postavení s uchazeči (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 5-6). Uzavření smlouvy, jejímž předmětem je plnění veřejné zakázky, přitom předchází formalizované zadávací řízení, jehož cílem je především zajistit hospodárné nakládání s veřejnými prostředky a dodržování zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 – 109, www.nssoud.cz, konstatoval: „*Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné. (...) zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější.*“ Zadavatel je v procesu uzavírání soukromoprávních smluv na plnění, jež jsou předmětem veřejné zakázky, limitován především zákazy a omezeními, které vyplývají z jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Nicméně ani skutečnost, že postup zadavatele při zadávání zakázky je takto formalizovaný, neznamená, že by bylo vyloučeno, aby si zadavatel vymínil v zadávací dokumentaci požadavky, které nejsou zákonem o veřejných zakázkách výslovně předvídány. Záleží totiž výlučně na zadavateli, aby podle svých aktuálních potřeb určil předmět veřejné zakázky a podmínky jeho plnění a dostatečně přesně jej vymezil v zadávací dokumentaci (§ 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).

Přitom samozřejmě platí, že postup zadavatele nesmí být v rozporu s právními předpisy a především se zásadami, na nichž stojí zákon o veřejných zakázkách. Je-li celá právní úprava týkající se zadávání veřejných zakázek založena na zásadě hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, která představuje základní princip, bylo by proti samotnému účelu zákona nedovolit zadavateli, aby stanovil i jiné požadavky na plnění veřejné zakázky, pokud tak učiní povoleným způsobem, tedy zejména tak, aby jeho požadavky nebyly v rozporu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 6 zákona o veřejných zakázkách), případně aby se nejednalo o požadavky nehospodárné a neúčelné.

V případě, že by nebylo možné po dodavateli požadovat smlouvy s jeho subdodavateli, pokud s jejich pomocí dodavatel neprokazuje svou kvalifikaci, by byly rozlišovány dva druhy subdodavatelů. Jedni, se kterými smlouva dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách být uzavřena musí, protože jejich prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, a druzí, které dodavatel pro tento účel nepoužívá, a smlouva s nimi by tedy požadována být nemohla, přestože mohou plnit majoritní část zakázky. Zadavatel by se tak dostával do situace, kdy by měl, pokud by bylo potřeba prokázat kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, najisto určeno, kdo se o zakázku uchází a kdo ji bude plnit. Pokud by však uchazeč splňoval veškerou požadovanou kvalifikaci, zadavatel by mohl požadovat podle § 44 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách pouze informaci o částech zakázky, kterou chce uchazeč plnit pomocí subdodavatele bez toho, aby mohl požadovat smlouvu s tímto subdodavatelem nebo alespoň jeho souhlas.

Naopak lze doporučit, aby zadavatel stanovil zadávací podmínku, podle níž uchazeč musí předložit alespoň souhlas svých subdodavatelů s tím, že jako subdodavatelé budou vystupovat v jeho nabídce. Podle § 69 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách totiž platí, že pokud by subdodavatel podal sám nabídku v zadávacím řízení, kde vystupuje jako subdodavatel, byl by ze zadávacího řízení vyloučen. Je tedy vhodné, aby zadavatel eliminoval možné nekalé praktiky uchazečů, kteří by ve své nabídce uvedli jako subdodavatele svého konkurenta, který by pak v důsledku toho nemohl sám podat nabídku (srov. Jurčík, R.: op. cit., s. 255). Takový postup by nepochybně byl v příkrém rozporu se smyslem a účelem zákona.

Nejvyšší správní soud proto přisvědčil poslední námitce stěžovatele, ztotožnil se však s posouzením krajského soudu ohledně zákonnosti požadavků zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů. Judikatura Nejvyššího správního soudu přitom zastává stanovisko, že „*[z]ruší-li správně krajský soud rozhodnutí správního orgánu, ale výrok rozsudku stojí na nesprávných důvodech, Nejvyšší správní soud v kasačním řízení rozsudek krajského soudu zruší a věc mu vrátí k dalšímu řízení. Obstojí-li však důvody v podstatné míře, Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítne a nesprávné důvody nahradí svými. Pro správní orgán je pak závazný právní názor krajského soudu korigovaný právním názorem Nejvyššího správního soudu*“ (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 76/2007 – 48, publikované pod č. 1865/2009 Sb. NSS). V daném případě považuje Nejvyšší správní soud nesprávné závěry stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů příslušným certifikátem za dostatečný důvod pro zrušení rozhodnutí stěžovatele pro nezákonnost. Vzhledem k tomu, že se Nejvyšší správní soud shodl s názorem krajského soudu ohledně důvodnosti uvedené části žaloby, důvody, o

něž krajský soud opřel kasační stížností napadený rozsudek, v podstatné míře obstojí. Krajský soud tak postupoval v souladu se zákonem, zrušil-li žalobou napadené rozhodnutí pro nezákonnost.

Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru, že kasační stížnost jako celek není důvodná, a proto ji v souladu s § 110 odst. 1 in fine s. ř. s. zamítl. V dalším řízení bude stěžovatel vázán právním názorem krajského soudu vysloveným ve zrušujícím rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.) a korigovaným právním názorem Nejvyššího správního soudu (srov. citované usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu).

O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 a 5 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalobce měl ve věci úspěch, náleželo by mu proto právo na náhradu nákladů řízení vůči neúspěšnému stěžovateli. Protože však žalobce žádné náklady v řízení o kasační stížnosti nevynaložil, Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že se žalobci náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává. Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť ji v řízení o kasační stížnosti soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí náklady vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 19. října 2011

JUDr. Ludmila Valentová
předsedkyně senátu