

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové, soudkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudce JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobce: **Opavská lesní a.s.,** se sídlem v Praze 4, Krajánkova 11/2390, 140 00, zastoupeného JUDr. Martinem Nedelkou, advokátem se sídlem v Praze 1, nám. Republiky 1079/1a, 110 00, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55, za účasti osoby zúčastněné: **Lesy České republiky, s. p.**, se sídlem v Hradci Králové, Přemyslova 1106, 501 68, zast. advokátem Mgr. Bohuslavem Hubálkem se sídlem AK Jansta, Kostka spol. s r.o., se sídlem Těšnov 1/1059, Praha 1, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 5. 2010, č. j. 62 Ca 94/2008 - 130,

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:

Žalovaný (dále jen „stěžovatel“) kasační stížností napadá v záhlaví označený rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým bylo zrušeno jeho rozhodnutí ze dne 26. 9. 2008, č. j. R102/2008/02-19643/2008/310-AS, a věc mu byla

vrácena k dalšímu řízení. Zrušeným rozhodnutím stěžovatel zamítl žalobcův rozklad a potvrdil předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení ze dne 18. 4. 2008, č. j. S304/2007VZ-07411/2008/510/MO, kterým bylo zastaveno správní řízení o přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení „Provádění lesnických činností s prodejem dříví při pni od 1. 1. 2008, SÚJ č. 12402“. Řízení bylo zastaveno podle ustanovení § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), neboť stěžovatel dospěl k závěru, že zadavatel sice stanovil jistotu ve výši překračující 2 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, čímž nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 1 ZVZ, avšak tento postup podstatně neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

V kasační stížnosti stěžovatel nesouhlasí s posouzením soudu, že pochybil, když neprovedl důkaz ve formě znaleckého posudku. Důkaz znaleckým posudkem neprováděl proto, že považoval provedení důkazu znaleckým posudkem tak, jak byl navrhován, za nadbytečné a neúčelné, protože veškeré potřebné informace zjistil z předložených podkladů. Po přezkoumání předložených podkladů stěžovatel neshledal, že by obsahovaly nevěrohodné či nedostatečné údaje. Na tomto stanovisku stěžovatel trvá a má zároveň za to, že dostatečně zdůvodňuje, proč nepřistoupil k provedení dalších důkazů, které žalobce navrhoval. Stěžovatel opětovně zdůrazňuje, že veškeré informace potřebné pro posouzení okolností souvisejících s případem a vydáním rozhodnutí ve věci byly dostupné již z předložené zadávací dokumentace, vyjádření účastníků řízení a z dalších podkladů a informací, přičemž provedení důkazů, které žalobce navrhl, nebylo účelné, neboť nemohlo přispět ke zjištění nových skutečností relevantních pro vydání rozhodnutí ve věci. Také s tvrzením, že stěžovatel neprovedení důkazů ve svém rozhodnutí řádně neodůvodnil, stěžovatel nesouhlasí, když jeho závěry k návrhům navrhovatele ve správním řízení jsou uvedeny v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Stěžovatel dále nesouhlasí s tím, že soud zhodnotil žalobu jako důvodnou v části napadající závěr žalovaného ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů. Stěžovatel trvá na tom, že nedošlo k porušení ZVZ. Zadavatel tímto ani neznemožnil uchazečům prokázání splnění tohoto kvalifikačního předpokladu prostřednictvím subdodavatele, neboť není možné, aby uchazeč, který nesplňuje kvalifikaci podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ v plném rozsahu ve své nabídce automaticky mohl prokázat potřebnou kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele. Pokud tedy 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.

Soud dále považoval žalobu za důvodnou v části napadající závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv. Stěžovatel v kasační stížnosti opakuje svůj názor, že pokud ostatní veřejní zadavatelé postupují obdobným způsobem, jako to v přezkoumávaném případě učinil zadavatel (tj. požadavkem na předložení smlouvy, na kterou zadavatel nekladl žádné zvláštní požadavky, a tudíž se mohlo jednat i o předběžnou smlouvu o budoucí spolupráci nebo jen vyjádřený souhlas s uvedením jako subdodavatele v nabídce), rozhodně nelze vytýkat, že by se jednalo o postup rozporu se ZVZ. Stěžovatel i nadále setrvává na svém závěru, 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 o svém postavení je srozuměn a dává k němu uchazeči svůj souhlas). Vzájemný vztah dodavatele a subdodavatele se tedy jednoduchým úkonem subdodavatele dostává na kvalitativně vyšší úroveň, dává oběma stranám tohoto vztahu potřebnou právní jistotu, vnáší do dodavatelských vztahů rovněž přehled, který umožňuje dodavateli kontrolu plnění části veřejné zakázky plněné subdodavatelem. Dikce ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ přímo neobsahuje zákaz požadovat předložení smluv se subdodavateli. Pokud tedy v rámci úpravy smluvních podmínek zadavatel dohodne s dodavatelem předložení takových smluv nebo poskytnutí informací o jejich existenci, nejde v takovém případě o rozpor se zákonem a uvedenou aktivitu smluvních stran je tedy spíše třeba vnímat pozitivně. Navíc je nutno uvést, že pokud uchazeč závazně uvádí, že splní část předmětu veřejné zakázky prostřednictvím konkrétního subdodavatele, pak s ním již musí být fakticky na poskytnutí a podmínkách subdodávky dohodnut. Pokud tedy k takové dohodě mezi dodavatelem a subdodavatelem došlo, je zřejmé, že administrativní náklady, které vzniknou dodavateli písemným stvrzením této dohody subdodavatelem, jsou bagatelní. Zadavatel tímto svým požadavkem pouze usiluje o zajištění dostatečné míry jistoty a transparentnosti plnění veřejné zakázky a snaží se vyhnout případům, kdy by se subdodavatel následně nedohodl s uchazečem na poskytnutí subdodávky plnění, čímž by mohlo být ohroženo plnění veřejné zakázky jako celku. Z těchto 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 výše uvedené stěžovatel navrhuje rozsudek krajského soudu v celém rozsahu zrušit a věc vrátit soudu k dalšímu řízení.

Žalobce své právo vyjádřit se ke kasační stížnosti nevyužil.

Osoba zúčastněná Lesy České republiky, s.p. ve svém vyjádření ke kasační stížnosti v plném rozsahu odmítá názor, že došlo k vadám správního řízení, a stejně tak odmítá tvrzení o nezákonnosti rozhodnutí o rozkladu. Podle jejího názoru nebyla žaloba účastníka řízení v žádném ze svých bodů důvodná a měla být v plném rozsahu zamítnuta. Ztotožňuje se s tvrzením stěžovatele o nezákonnosti rozsudku soudu na základě nesprávného posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení. Má za to, že provedení důkazu znaleckým posudkem tak, jak ho navrhoval účastník řízení, by bylo nadbytečné, neúčelné a procesně nehospodárné, neboť veškeré potřebné informace bylo možno zjistit z předložených podkladů. Tyto podklady byly naprosto věrohodné a plně dostačující. Podle ustanovení § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „správní řád“), je správní orgán povinen provést pouze ty důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci, odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, č. j. 3 As 27/2005 - 83, podle kterého je na správním orgánu, jaké způsoby dokazování zvolí; musí ovšem dbát na to, aby provedenými důkazy byl zjištěn přesně a úplně skutečný stav věci. Tato podmínka byla dle zúčastněné osoby v posuzovaném případě zcela splněna. Zamítnutí návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem může dle jejího názoru tvořit podstatnou vadu řízení toliko tehdy, byl-li nabídnut důkaz pro projednávanou věc významný. Neprovedení důkazu znaleckým posudkem v posuzovaném případě ovšem nemělo na výsledek správního řízení žádný vliv, neboť skutečný stav věci byl dostatečně dán. Posouzení správného rozsahu předmětu veřejné zakázky bylo provedeno v souladu se zákonem na podkladě správního uvážení stěžovatele. Provedení důkazu, který účastník řízení navrhl, by žádným způsobem nepřispělo ke zjištění nových skutečností, relevantních pro vydání rozhodnutí ve věci. Navíc by vypracování znaleckého posudku ve smyslu ustanovení § 56 správního řádu bylo nadbytečné i z toho důvodu, že by se posudek zabýval odpovědí na otázku, jejíž zodpovězení je plně v kompetenci zadavatele, který v rámci svých možností zadal předmět veřejné zakázky s dostatečnou přesností, a to tak, aby uchazeči mohli v plném rozsahu zpracovat své nabídky, včetně způsobu stanovení cen.

Osoba zúčastněná na řízení se rovněž domnívá, že znalecký posudek ohledně vymezení předmětu veřejné zakázky podle představ účastníka řízení je nezpracovatelný právě proto, že nebylo možno dopředu určit předmět veřejné zakázky s větší přesností, než jak byl předmět vymezen v předmětném zadávacím řízení. Na této skutečnosti by znalecký posudek nemohl nic změnit.

Osoba zúčastněná na řízení se ztotožňuje se stanoviskem stěžovatele ve věci zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů, tedy že k porušení ZVZ nedošlo. Tvrdí, že předložení uvedených dokladů není možné podřadit pod požadavky na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů ve smyslu ustanovení § 56 ZVZ. Ustanovení § 56 odst. 2 ZVZ, které se vztahuje k veřejným zakázkám na služby, uvádí taxativní výčet dokladů, které může veřejný zadavatel požadovat k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na služby. Další doklady, které je zadavatel oprávněn k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů požadovat, taxativně uvádí odstavce 4 a 5 tohoto ustanovení.

Doklady požadované zadavatelem v rámci předmětné veřejné zakázky však není možno podřadit pod žádné z výše citovaných ustanovení, neboť žádnému z těchto ustanovení neodpovídají. Pro zadavatele je však předložení těchto dokladů důležitým požadavkem, a proto postupoval jediným možným způsobem a požadoval předložení těchto dokladů zadavateli na základě ustanovení § 44 odst. 8 ZVZ, podle kterého platí, že „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“. Z uvedeného je zřejmé, že výčet uvedených v ustanovení § 44 odst. 8 ZVZ je výčtem demonstrativním a že je možné požadavek na předložení požadovaných dokladů pod toto ustanovení ZVZ subsumovat. Postup zadavatele tak není v rozporu s ustanovením § 6 ZVZ, případně ustanovením § 50 ZVZ, neboť předložení zadavatelem požadovaných dokladů je nutné pro řádné plnění

předmětu veřejné zakázky. V žádném případě nemohl požadavek na předložení těchto dokladů diskriminovat některé uchazeče oproti jiným a stejně tak se nejedná o svévoli ze strany zadavatele při stanovení požadavků na plnění předmětu veřejné zakázky. I kdyby však soud dospěl k závěru, že zadavatel tento svůj požadavek podřadil mezi další požadavky zadavatele týkající se zvláštních podmínek na plnění veřejné zakázky podle ustanovení § 44 odst. 8 ZVZ nesprávně a že měl tento svůj požadavek správně podřadit mezi technické kvalifikační předpoklady podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ, neměla by tato skutečnost žádný podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu.

Osoba zúčastněná na řízení je tedy toho názoru, že není v rozporu se ZVZ, pokud zadavatel požadoval splnění namítaného kvalifikačního předpokladu přímo po uchazečích (bez ohledu na to, zda zadavatel tento svůj požadavek věcně správně podřadil v rámci svých požadavků na prokazování kvalifikace), přičemž nepřipustil možnost prokázání jeho splnění pomocí subdodavatelů, neboť tento požadavek se vztahuje k podstatné části veřejné zakázky, za kterou musí nést odpovědnost a jejíž splnění musí garantovat pouze uchazeč, který (na rozdíl od subdodavatele) bude smluvním partnerem zadavatele.

Osoba zúčastněná na řízení rovněž nesouhlasí se závěrem soudu ohledně požadavku zadavatele na prokázání subdodavatelského vztahu a považuje uvedený požadavek zadavatele za plně souladný se ZVZ. Požadavek zadavatele na předložení smlouvy uzavřené se subdodavatelem plnění části předmětu veřejné zakázky je podle názoru osoby zúčastněné na řízení zcela legitimní a lze jej zahrnout mezi jiné požadavky podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ. Co se rozumí jinými požadavky na plnění veřejné zakázky, ZVZ ani příkladným výčtem nedefinuje; logický výklad je však takový, že jinými požadavky na plnění veřejné zakázky mohou být prakticky jakékoliv požadavky, které ZVZ 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, tedy pokud možno eliminovat případné problematické plnění části veřejné zakázky v případě, kdy se subdodavatel následně nedohodne s uchazečem na poskytnutí subdodávky plnění a v důsledku toho bude ohroženo splnění předmětu veřejné zakázky jako celku vybraným uchazečem. 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 konkrétního subdodavatele, je zřejmé, že musí být fakticky 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 výše uvedené osoba zúčastněná na řízení navrhuje, aby Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu zrušil a vrátil mu věc k dalšímu řízení.

Kasační stížnost je podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. přípustná a jsou v ní namítány důvody odpovídající ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Rozsahem a důvody kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s. vázán.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná.

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

a) v části napadající závěr žalovaného ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů.
b) v části napadající závěr ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelských smluv.

Krajský soud dospěl k závěru, že ve vztahu k oběma těmto otázkám je rozhodnutí žalovaného (stěžovatele) nezákonné, a to z důvodu nesprávné interpretace a aplikace ust. § 44 odst. 3 písm. e) ZVZ ve spojení s § 44 odst. 6 cit. zákona a rovněž tak nesprávně vyložil i ust. § 51 odst. 4 cit. zákona. Žalovaný se tedy potom nezabýval všemi podmínkami pro své rozhodnutí podle § 118 ZVZ, neboť nedovodil-li nesprávně v těchto dvou otázkách porušení ZVZ, nemohl se zabývat navazující otázkou pro své rozhodnutí podle § 118 ZVZ, a sice, zda zadavatelův postup (dle názoru krajského soudu nezákonný) podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Krajský soud proto rozhodnutí žalovaného zrušil podle ust. § 78 odst. 1 s. ř. s. pro nezákonnost a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení se závazným právním názorem V něm krajský soud uložil, aby se žalovaný zabýval znovu otázkou, jaké byly či mohly být důsledky dvou shora uvedených vytknutých pochybení zadavatele, které představují nedodržení postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky, konkrétně, zda uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky ve smyslu ust. § 118 ZVZ (nikoli tedy pouze z toho pohledu, zda uvedený postup výběr nejvhodnější nabídky podstatně ovlivnil, což žalovaný posuzoval v prvostupňovém rozhodnutí, napadeným rozhodnutím potvrzeném, jak vyplývá z jeho výroku, nicméně ve vztahu k jinému svému závěru, žalobně nenapadenému). Dále krajský soud uložil žalovanému, aby posoudil splnění dalších podmínek pro rozhodnutí dle § 118 ZVZ a poté vyvodil odpovídající právní závěr a konstatoval, nechť v otázce podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky nebo možnosti takového ovlivnění žalovaný se neopomene zabývat otázkou uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku i významem skutečnosti, že ze zadávacího řízení nebyla vyřazena žádná nabídka (tedy že každý z uchazečů oba nezákonné požadavky zadavatele splnil).

V intencích výše uvedených Nejvyšší správní soud přezkoumával námitky stěžovatele. První stěžovatelova námitka se týkala neprovedení důkazu ve formě znaleckého posudku, kdy stěžovatel trvá na svém stanovisku, že jeho neprovedení ve svém rozhodnutí řádně odůvodnil. Z důvodu hospodárnosti se Nejvyšší správní soud touto námitkou nezabýval, když námitka směřuje proti skutečnosti, že krajský soud sice shledal

pochybení při odůvodnění neprovedení důkazu, nicméně tuto vadu nepovažoval za vadu řízení, jež by se mohla projevit v nezákonnosti napadeného rozhodnutí. V tomto případě tedy skutečnost, jestli bylo neprovedení důkazu řádně odůvodněno či nikoliv, nemá na řízení vliv.

Co se týče druhé námitky týkající se posouzení opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů stanoveným certifikátem se Nejvyšší správní soud zcela ztotožňuje s právním názorem krajského soudu a jeho závěrem, který je v odůvodnění napadeného rozsudku přesvědčivě a podrobně odůvodněn. Ze zadávací dokumentace („9. Jiné požadavky zadavatele“, bod 2/) vyplývá, že uchazeči byli 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) vydaném akreditovanou osobou. Uvádí se zde, že zadavatel uzná i doklady rovnocenné certifikátu, tj. doklady o přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů (C-o-C), vydané v členském státě Evropské unie. Zadavatel si přitom vymínil, že tento požadavek nelze splnit pomocí subdodavatele.

Stěžovatel v bodu 45 napadeného správního rozhodnutí na str. 10 dovodil, že se v daném případě jedná nikoli o „jiný požadavek zadavatele“ podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ, ale o technický kvalifikační předpoklad podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ; přitom 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 ZVZ .

Podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) ZVZ kvalifikaci splní dodavatel, který prokáže splnění technických kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 56 ZVZ.

Podle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ 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) ZVZ.

Stěžovatel tedy 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 ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ. 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 ustanovení § 56 odst. 4 ZVZ; podle tohoto ustanovení 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 ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ, pokud splnění technických kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 56 ZVZ (a tedy i podle odst. 2 písm. c) tohoto ustanovení) je předpokladem splnění kvalifikace podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) ZVZ a jestliže zároveň podle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ platí, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem mimo jiné i podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. d) ZVZ 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 ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ, zadavatel stanovil, že jej nelze splnit pomocí subdodavatele, pak ohledně jeho prokázání, stanovil pravidlo, které nerespektuje pravidlo vyplývající z ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ o tom, že jej prokázat prostřednictvím subdodavatele lze. Za tohoto stavu tedy nelze konstatovat, že stěžovatelem nesprávně dovozená subsumpce tohoto požadavku pod ustanovení § 44 odst. 3 písm. g) ZVZ neměla, resp. nemohla mít podstatný vliv na prokázání uvedeného kvalifikačního předpokladu, jak uvedl stěžovatel v napadeném rozhodnutí.

Podmínky prokazování části kvalifikace (a sice splnění technických kvalifikačních předpokladů) subdodavatelsky, obsažené v ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, 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 aplikovatelnosti ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ o možnosti prokazovat část kvalifikace subdodavatelsky. To je vázáno na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace. 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, byt‘ i subdodavatelsky, zajistil k řádnému a včasnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Pak je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na straně dodavatele. To vše však 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 ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) ZVZ je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelskou.

Nejvyšší správní soud je názoru, že ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ 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 ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, který možnost subdodavatelského prokázání kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ výslovně bez dalšího připouští. Závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavku zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů je tedy nezákonný pro nesprávný výklad ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, neboť i přesto, že stěžovatel dovodil, že tento požadavek zadavatele měl být považován za technický kvalifikační předpoklad podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. c) ZVZ, a přesto, že ze shora uvedeného vyplývá, že zatímco zadavatel vyloučil možnost jeho prokázání subdodavatelsky, ustanovení, jež se mělo na otázku prokazování splnění tohoto požadavku aplikovat, tj. ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, možnost takového prokázání subdodavatelsky bez jakéhokoli dalšího omezení připouští. Lze v této souvislosti odkázat rovněž např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2007, č. j. 7 Afs 27/2007 - 707, přist. www.nssoud.cz.

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 posouzení krajského soudu v části napadající závěr stěžovatele ohledně zákonnosti požadavků zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů, tj. jeden ze dvou důvodů, které byly příčinou toho, že krajský soud zrušil rozhodnutí stěžovatele, je v souladu se zákonem a judikaturou Nejvyššího správního soudu. Námitka stěžovatele tedy není důvodná.

Nejvyšší správní soud však naopak zcela nesdílí závěr krajského soudu, co se týče

zákonnosti požadavku zadavatele na prokazování subdodavatelského vztahu předložením podepsaných subdodavatelský smluv.

V ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ není uvedeno, že by zadavatel mohl požadovat předložení smluv se subdodavateli, nicméně dané ustanovení tuto možnost ani nevylučuje. Výčet možností v daném ustanovení není omezen slovem „pouze“ či obdobným, které by na skutečnost, že se jedná o taxativní výčet, poukazovalo; ani ze systematiky ZVZ, jak se však domnívá krajský soud, toto nutně nevyplývá. Rovněž ani argument, že při opačném pojetí výkladu by dikce ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ, přinejmenším v části upravující třetí z limitujících pravidel, jak je krajský soud ve svém rozsudku podal, postrádalo smyslu, není úplně přesvědčivý.

Zadavatel ve vztahu vůči dodavateli při zadávání veřejné zakázky nevystupuje z pozice vrchnostenského postavení, jedná se proto o soukromoprávní vztah, byť značně zformalizovaný; díky tomu je zřejmé, že by se mohlo jednat o demonstrativní výčet, přestože se v daném ustanovení nevyskytuje žádná klauzule (chybí pro demonstrativní výčet typická slova jako *„například“*, *„zejména“*, *„především“* apod.), z níž by bylo možno najisto dovodit, že výčet je demonstrativní.

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 nemohl stanovit i jiné požadavky na plnění veřejné zakázky, pokud tak učiní povoleným způsobem, tedy zejména tak, aby jeho požadavky nebyly v rozporu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 ZVZ, případně aby nehospodárným a neúčelným způsobem nezatěžovaly zadavatele.

Pokud by nebylo možné požadovat po dodavatelích smlouvy s jejich subdodavateli, kteří neslouží k prokázání kvalifikace, byly by tak rozlišovány dva druhy subdodavatelů, jedni s kterými smlouva dle ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ být uzavřena musí, protože jsou nutní k prokázání kvalifikace, a druzí, kteří k prokázání kvalifikace neslouží, přesto mohou plnit majoritní část zakázky, ale po uchazeči smlouva s nimi být požadována nemůže. Zadavatel by se tak dostával do podmínek, kdy by měl, pokud je potřeba prokázání kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, najisto určeno, kdo se o zakázku uchází a kdo ji bude plnit; pokud by však uchazeč splňoval veškerou požadovanou kvalifikaci, zadavatel by požadoval ve smyslu ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ informaci o částech zakázky, kterou chce uchazeč plnit pomocí subdodavatele, bez toho, aby mohl požadovat souhlas případného subdodavatele.

Naopak zadavateli lze doporučit, aby vždy stanovil zadávací podmínku, že uchazeč musí mít ve své nabídce souhlas svých subdodavatelů s tím, že jako subdodavatelé budou vystupovat v jeho nabídce a vědí o tom. Podle ustanovení § 69 odst. 3 ZVZ platí, že pokud by subdodavatel podal rovněž v daném řízení, kde jako subdodavatel vystupuje, sám nabídku, byl by vyloučen ze zadávacího řízení. Je tedy nezbytné, aby zadavatel eliminoval možné nekalé praktiky uchazečů, kteří by ve své nabídce uvedli jako subdodavatele svého konkurenta, který pak v důsledku toho nemůže sám podat nabídku. Takový postup by nepochybně byl v příkrém rozporu se smyslem a účelem zákona.

Nejvyšší správní soud shledal proto poslední stěžovatelovu námitku důvodnou, ztotožnil se však s posouzením krajského soudu ohledně zákonnosti požadavků zadavatele na doložení přijetí opatření v oblasti spotřebitelského řetězce lesních produktů. Toto pochybení považuje přitom za natolik za podstatné, že samo o sobě způsobuje nezákonnost rozhodnutí stěžovatele. Přestože krajský soud shledal nezákonnost rozhodnutí ze dvou důvodů a Nejvyšší správní soud pouze z jednoho (když uznal třetí kasační námitku stěžovatele), dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že rozsudek krajského soudu obstojí a krajský soud postupoval v souladu se zákonem, zrušil-li napadené rozhodnutí pro nezákonnost. Pochybení krajského soudu z tohoto důvodu nemá vliv na zákonnost jeho rozhodnutí, a proto Nejvyšší správní soud dle ustanovení § 110 odst. 1 s. ř. s. kasační stížnost zamítl. V této souvislosti odkazuje na usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, v němž se mimo jiné ve výroku III. konstatuje: *„Zruší-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.“*

O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 60 ve spojení s ustanovením § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, proto mu právo na náhradu nákladů nenáleží. To by náleželo žalobci; protože však žalobce žádné náklady v řízení o kasační stížnosti nevynaložil, Nejvyšší správní soud rozhodl tak, že žalobci, se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává. Osoba zúčastěná 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 ji náklady vznikly.

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

V Brně dne 30. září 2011

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu