



doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže



UOHSX00FSGSJ

Spisová značka: ÚOHS-I0050/2020/ME
Číslo jednací: ÚOHS-05780/2022/161

Brno: 25. 2. 2022

Nejvyšší správní soud
Moravské nám. 6
657 40 Brno

Žalobce: **White & Case, s.r.o., advokátní kancelář,**
IČO 07744536,
se sídlem Na příkopě 854/14, 110 00 Praha

Žalovaný: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,**
IČO 65349423,
se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole,
604 55 Brno,
jednající doc. JUDr. PhDr. Petrem Mlsnou, Ph.D.
předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže
na základě pověření vedeného pod sp. zn. Sv 201/2021

**Odůvodnění kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne
15. 12. 2021, č. j. 31 Af 64/2020-183**

I.

Dne 17. 1. 2022 byl žalovanému doručen rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) ze dne 15. 12. 2021, č. j. 31 Af 64/2020-183 (dále též „**napadený rozsudek**“). Napadeným rozsudkem krajský soud zrušil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23. 6. 2020, č. j. ÚOHS-19108/2020/544/AHn, a rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 9. 2020, č. j. ÚOHS-29695/2020/322/HSc, a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení (výrok I) a přiznal žalobci náhradu nákladů řízení (výrok II).

Proti výroku I a II napadeného rozsudku krajského soudu podal žalovaný v zákonem stanovené lhůtě dvou týdnů ve smyslu § 106 odst. 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**s. ř. s.**“) kasační stížnost, a to z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., neboť je přesvědčen, že napadený rozsudek trpí nezákonností spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem a nepřezkoumatelností spočívající v nesrozumitelnosti a nedostatku důvodů rozhodnutí.

Na základě výzvy Nejvyššího správního soudu žalovaný svou kasační stížnost dále odůvodňuje.

II.

V posuzované věci zadavatel zahájil zadávací řízení na poskytování právních služeb. Vybraný dodavatel HAVEL & PARTNERS, s.r.o., advokátní kancelář (dále jen „**vybraný dodavatel**“) svou kvalifikaci prokazoval prostřednictvím poddodavatele společnosti Ashurst LLP. V nabídce předložil vybraný dodavatel poddodavatelem smlouvu, o níž vyvstala pochybnost, zda bude poddodavatel do plnění veřejné zakázky dostatečně zapojen (sporná formulace „strategické poradenství vyšší úrovně“). Na základě výzvy zadavatele dodal vybraný dodavatel prohlášení poddodavatele, z něhož vyplývá, že poddodavatel se bude na plnění veřejné zakázky podílet v rozsahu potřebném k řádné realizaci veřejné zakázky. Zadavatel jej akceptoval a s vybraným dodavatelem uzavřel smlouvu.

a) Ke změně nabídky

Krajský soud v napadeném rozsudku postavil jako stěžejní otázku, zda vybraný uchazeč postupem podle § 46 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „**ZZVZ**“ nebo „**zákon**“) pouze objasnil nejasnosti týkající se jeho nabídky nebo zda svoji nabídku materiálně změnil. Na tuto otázku pak krajský soud odpověděl tak, že došlo k materiální změně nabídky:

„I přesto zadavatel vyzval vybraného dodavatele, aby postupem podle § 46 ZZVZ opravil svoji nabídku. Prohlášení poddodavatele předložené vybraným dodavatelem v reakci na žádost podle § 46 ZZVZ pak původní závazek Ashurst LLP k poskytování strategického poradenství vyšší úrovně modifikuje, nikoliv objasňuje. Ashurst LLP se nově zavázala vedle poradenství vyšší úrovně také k přenosu veškerého potřebného know-how a zejména k účasti na jednáních v České republice. Je zřejmé, že se tímto prohlášením Ashurst LLP zavázala také k plnění části „běžných“ úkolů souvisejících s plněním veřejné zakázky (tj. k účasti na jednáních). Bezpochyby tak došlo ke změně původního závazku k (pouze) strategickému poradenství vyšší úrovně. Vybraný dodavatel tak změnil svoji nabídku v materiálním smyslu, což je podle § 46 odst. 2 věty první ZZVZ zakázáno.“ K tomu

krajský soud odkázal na rozhodnutí žalovaného č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc, které o nemožnosti pozdější změny nabídky pojednává.

Krajský soud tak dospěl k závěru, že ke změně nabídky nemělo být přihlíženo, neboť byla nepřípustná. To implikuje, že měl být vybraný dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen.

S tímto závěrem krajského soudu žalovaný zásadně nesouhlasí, a to z následujících důvodů.

Zcela obecně žalovaný nesouhlasí s vyzněním této části rozsudku. V první řadě je přinejmenším odvážné tvrzení soudu, že zadavateli nemohly ohledně závazku v poddodavatelské smlouvě vzniknout pochybnosti (viz bod 12 napadeného rozsudku). Z rozsudku je patrné přesvědčení soudu, že zadavatel si měl poddodavatelský závazek vyložit sám tak, aby o něm pochybnosti neměl, a tím pádem nebyl oprávněn vůbec ustanovení § 46 zákona využít. Žalovaný uvádí, že pochybnosti jsou záležitostí subjektivní a stěžejí lze pochybujeícího přesvědčit, že pochybnosti mít nemá. Ovšem **i pokud by se zadavatel mnil o obsahu závazku jen ujistit, je takový postup žádoucí**. Je totiž zásadně žádoucí, aby v této – de facto kontraktační – fázi zadávacího řízení účastníci a zadavatel komunikovali, neboť to výrazně přispívá k efektivitě a výsledku zadávacího řízení. Celý obsah smlouvy (zde poddodavatelské), a tedy i řada vedlejších aspektů konkrétního závazku bývá často známa jen kontrahujícím stranám, které mohou některé věci mít za dané (v důsledku předchozí spolupráce, předmluvních jednání, obecných zvyklostí, faktických znalostí poměrů svých či smluvního partnera), a tedy necítí potřebu je do smlouvy vtělovat. S určitou nadsázkou se dá říci, že celý obsah závazku znají ve skutečnosti jen smluvní strany. **Žalovaný tedy uzavírá, že právo zadavatele využít ustanovení § 46 zákona není vhodné omezovat podmínkami, tím méně, že ani zákon tak nečiní.**

Co se týká přípustnosti změny nabídky, žalovaný konstatuje, že záležitost je složitější, než jak je prezentována v rozsudku, a především problematika změn nabídky je v praxi již ustálena, a to opačně, než jak ji napadený rozsudek pojímá.

Nabídka v širším slova smyslu je celý soubor dokumentů, který dodavatel podal písemně zadavateli na základě zadávací dokumentace (§ 28 odst. 1 písm. f) zákona). Dokumenty, které jsou součástí nabídky v širším slova smyslu, se zpravidla sestávají z kvalifikační dokumentace (a to včetně poddodavatelské dokumentace), dalších dokumentů (týkající se jak účasti v zadávacím řízení – např. doklad o složení jistoty, tak i záruk vztahujících se k plnění zakázky – bankovní záruky, pojistné smlouvy apod.) a vlastní nabídky (předmět plnění, nabídková cena, rozpočty, vzorky, doplněný návrh smlouvy apod.).

Tomuto rozlišení odpovídá i systematika zákona, viz např. ustanovení § 39 odst. 2 zákona, dle něhož zadavatel v průběhu zadávacího řízení vybírá dodavatele na základě a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, b) na základě snížení počtu účastníků zadávacího řízení a c) na základě hodnocení nabídek. Z § 39 odst. 4 zákona pak plyne, že zadavatel může provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek.

Je tedy zřejmé, že zákon rozlišuje mezi nabídkou dle § 28 zákona a nabídkou v užším slova smyslu, která je předmětem hodnocení. Kvalifikační část nabídky pak spadá do kategorie „podmínek účasti v zadávacím řízení“. Nekvalifikovaný účastník zadávacího řízení může být ještě před hodnocením

nabídek ze zadávacího řízení vyloučen dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona (přistoupí-li zadavatel nejdříve k posouzení kvalifikační části podmínek účasti¹).

Ustanovení § 46 odst. 2 zákona, které zapovídá změnu nabídky po uplynutí lhůty pro podání nabídek, hovoří o nabídce v užším slova smyslu, v civilněprávním, která se – zjednodušeně řečeno – sestává z nabízeného předmětu plnění, ceny a dalších podmínek kontraktu. Toto je nabídka, jejíž změnu zákon po uplynutí lhůty pro podání nabídek zapovídá.

Takovou situací se zabývá i rozhodnutí žalovaného, na která krajský soud v rozsudku odkazuje, č. j. ÚOHS-R0113/2019/VZ-24101/2019/322/HSc – ve věci šlo o záměnu předmětu, který měl být dodán. Dodavatel v tam pojednávané věci předložil zadavateli po uplynutí lhůty po podání nabídek namísto technické dokumentace k nabízeným výrobkům seznam jiných výrobků, jimiž hodlal veřejnou zakázku plnit.

Oproti tomu je zásadně přípustná změna či doplnění kvalifikační dokumentace (není-li předmětem hodnocení). K tomu žalovaný odkazuje zejm. na recentní **rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 6. 2021 ve věci C-210/20**, který se výslovně zabývá otázkou, zda je nutno ze zadávacího řízení vyloučit uchazeče, jehož poddodavatel dodal do nabídky nepravdivé údaje. Soudní dvůr konstatoval (viz bod 33), že členské státy sice mohou stanovit, že v takovém případě je veřejný zadavatel povinen uložit dodavateli, aby svou kvalifikaci doložil prostřednictvím jiného poddodavatele, nemohou však zadavatelům takový postup zakázat. **Tato a další části uvedeného rozsudku berou za jednoznačné, že je možné při prokázání kvalifikace nahradit jednoho poddodavatele jiným. Pokud je takto výslovně možná záměna poddodavatelů, tím spíše lze připustit změnu poddodavatelské smlouvy.**

Krajský soud v napadeném rozsudku přehlíží nejen poměrně jednoznačnou systematiku zákona, ale i to, že i žalovaný ve svém rozhodování identifikoval situace, kdy záměna možná je, a kdy není, a i v praxi dlouhodobě panuje shoda na tom, že je kvalifikaci v zásadě možno doplnit i po uplynutí lhůty pro podání nabídek (viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R0029/2020/VZ). Žalovaný považuje za nešťastné, pokud by tato praxe měla být narušena či zpochybněna, k čemuž však napadený rozsudek směřuje. Praxe usiluje o méně formalistický přístup, který nezasahuje do samotných nabídek, pouze nenutí zadavatele vylučovat ze zadávacího řízení jinak výhodné nabídky pro odstranitelné nedostatky v prokázání kvalifikace.

Napadený rozsudek se v dílčím závěru o nepřípustném doplnění kvalifikace rozchází i s komentářovou literaturou. Např. z publikace PODEŠVA, V. a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 187 se podává: *„Zákon výslovně stanoví, že v případě, kdy zadavatel požaduje doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů, přičemž tyto nejsou/nebudou předmětem hodnocení, se za změnu nabídky nepovažuje doplnění údajů, které se týkají prokázání splnění podmínek účasti v zadávacím řízení (zejm. podmínky kvalifikace, ale i další podmínky účasti dle § 37).“*

Dále lze poukázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 7. 2014, sp. zn. 62 Af 36/2013, z něhož plyne shodné chápání problematiky i za předchozí právní úpravy: *„Jediný rozdíl*

¹ Pořadí posouzení je na zadavateli, viz § 39 odst. 4 zákona, nicméně např. v případě užšího řízení zadavatel nejdříve povinně posuzuje splnění podmínek kvalifikace jednotlivých účastníků zadávacího řízení, kteří do zadávacího řízení podali svou žádost o účast. Až poté, kdy je znám výsledek tohoto posouzení, odesílá zadavatel výzvu k podání nabídek kvalifikovaným účastníkům zadávacího řízení. I z toho je evidentní, že kvalifikační dokumentace a nabídka nejsou totožné pojmy.

*v procedurách podle § 59 z. v. z. (pozn. žalovaného: posouzení kvalifikace) a § 76 z. v. z. (pozn. žalovaného: posouzení nabídek) lze shledávat v tom, že v případě posuzování prokázání splnění kvalifikace (původně ve lhůtě pro podání nabídky) může veřejný zadavatel podle § 59 odst. 4 z. v. z. požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, zatímco v případě „zbylého“ posuzování nabídek může hodnotící komise podle § 76 odst. 3 v případě nejasnosti požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. **Původně řádně neprokázané splnění kvalifikace tedy lze podle § 59 odst. 4 z. v. z. prokazovat i dodatečně (rozhodne-li se zadavatel k takovému fakultativnímu postupu), avšak nesplnění dalších požadavků zadavatele, posuzovaných podle § 76 z. v. z., již dodatečným doplněním zhojit nelze, resp. nabídku takto již (odlišně od postupu podle § 59 odst. 4 z. v. z. pro případ prokazování splnění kvalifikace) nelze doplňovat. Postup podle § 59 odst. 4 z. v. z. je však postupem fakultativním, zadavatel povinnost takového postupu nemá.***

Žalovaný tedy shrnuje, že dílčí závěr krajského soudu v tom smyslu, že vysvětlením obsahu poddodavatelského závazku došlo k nepřipustné materiální změně nabídky, je nesprávný a odporuje zákonu, tuzemské a evropské judikatuře a v neposlední řadě i dlouhodobé zadavatelské praxi. **Napadený rozsudek zasahuje základ dosavadního přístupu, zadavatelé jsou si jeho existence vědomi a žalovaný již nyní zaznamenává jejich dotazy, jak nyní v praxi postupovat. Z tohoto důvodu je více než žádoucí, aby Nejvyšší správní soud přinejmenším v této části závěry napadeného rozsudku zevrubně přezkoumal, popř. korigoval a praxi tím opět stabilizoval.**

b) K souladu nabídky s § 83 odst. 1 písm. d) zákona – odst. 25 a násl. napadeného rozsudku

Krajský soud sice shledal, že změna nabídky ze strany vybraného dodavatele nebyla přípustná, nicméně následně posoudil soulad poslední verze nabídky s požadavky § 83 odst. 1 písm. d) zákona (viz bod 25 a násl. napadeného rozsudku).

Na základě tohoto posouzení dospěl soud k závěru, že nabídka nesplňovala požadavek zákona, neboť poddodavatelská smlouva nepokrývala řadu činností, které byly předmětem zakázky: *„I přesto, že se Ashurst LLP zavázala k účasti na jednání, což znamená, že by se alespoň částečně měla podílet na faktické realizaci veřejné zakázky, nelze konstatovat, že by tento závazek spolu s tvrzeným přenesením know-how představoval dostatečné zapojení poddodavatele do realizace veřejné zakázky s ohledem na rozsah prokázané technické kvalifikace výlučně prostřednictvím poddodavatele Ashurst LLP. Z výše vymezeného předmětu veřejné zakázky je zřejmé, že ta zahrnuje řadu činností, které nespočívají v osobní účasti vybraného dodavatele či poddodavatele na jednáních. Pouhé přenesení know-how či strategické poradenství přitom zjevně nemůže představovat podstatu konkrétních výstupů v podobě oponentury návrhů smluv, připomínek, protinávrhů a dalších podkladů. Je zřejmé, že ke konkrétní účasti na této zcela zásadní části veřejné zakázky se poddodavatel Ashurst LLP nijak nezavázal. A když už se zavázal k účasti na jednáních, z vysvětlení vybraného dodavatele plyne, že se k němu nezavázal prostřednictvím osob, které měly být členy realizačního týmu (viz dále pozn. žalovaného: z toho důvodu, že členové realizačního týmu sídlí v Londýně a v Paříži, tedy ne v Bruselu, čímž je dle soudu vyloučena jejich účast z jednání pro MNNC), takže ani v této části nelze fakticky považovat závazek poddodavatele za závazek k plnění předmětu veřejné zakázky dle zadávacích podmínek.“*

Ani s tímto posouzením žalovaný nesouhlasí, a to z těchto důvodů:

Z poddodavatelské smlouvy vyplývá:

- závazek poddodavatele podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky minimálně v rozsahu, v jakém dodavatel prokázal prostřednictvím poddodavatele splnění kvalifikace, tj. poskytování právních služeb v rámci předmětu plnění prostřednictvím dvou uvedených osob
- závazek poskytnutí právní podpory při dokončení prováděcí smlouvy vč. oponentury návrhu, přípravy připomínek, protinávrhů a dalších podkladů
- závazek poskytnout podporu zástupcům státu při projednání připomínek k návrhu prováděcí smlouvy a spolupráci na vytvoření finální verze prováděcí smlouvy
- právní posouzení prováděcí smlouvy,

to vše jak pro I., tak pro II. fázi realizace nového jaderného zdroje.

K tomu se pojí služby popsané v čl. II bod 3 poddodavatelské smlouvy. Tento závazek odpovídá rámcové smlouvě.

Dle čl. II odst. 4 poddodavatelské smlouvy se smluvní strany dohodly, že hlavním dodavatelem bude vybraný dodavatel, který bude za poskytované služby odpovídat. Poddodavatel má poskytovat strategické poradenství vyšší úrovně tak, aby dodavatele podporoval při poskytování služeb zadavateli, a to z kanceláří v Londýně, Paříži a Bruselu. Výjimečně (po dohodě o cestovních výlohách) v České republice.

Z prohlášení poddodavatele ze dne 3. 2. 2020 vyplývá, že

- poddodavatel se bude na plnění veřejné zakázky podílet v rozsahu prokázání technické kvalifikace dle čl. II odst. 1 poddodavatelské smlouvy, v souladu s čl. IX odst. 1 písm. a) závazného návrhu rámcové smlouvy, prostřednictvím členů realizačního týmu
- se poddodavatel bude na plnění veřejné zakázky podílet v rozsahu potřebném k řádné realizaci zakázky, zejm. pak zajistí, aby dodavatel získal veškeré specifické know-how poddodavatele a jím nominovaných členů realizačního týmu, zejm. v souvislosti s výstavbou nových jaderných zdrojů
- členové realizačního týmu poddodavatele se budou účastnit jednání v místech plnění veřejné zakázky v rozsahu, v jakém bude taková účast účelná a nezbytná pro realizaci zakázky.

Krajský soud nepovažuje poddodavatelský závazek za dostatečný, neboť dle jeho názoru nezajišťuje, že se budou členové týmu prezentovaní poddodavatelem účastnit na provádění každého detailu předmětu veřejné zakázky.

K tomu žalovaný podotýká, že zadávací dokumentace neobsahuje vazbu mezi prokázáním požadavků zadavatelem na významné služby a rozsahem participace subjektu, který tuto kvalifikaci prokázal. Není stanoven rozsah – a forma – podílu jednotlivých členů týmu na plnění rámcové dohody, nejsou nijak specifikovány pozice, jejich věcná náplň a odpovědnost. Není stanoven žádný např. procentuální podíl zapojení jednotlivých členů týmu v návaznosti na jejich podíl na kvalifikaci. V praxi je navíc takový požadavek těžko realizovatelný, neboť je nutno, aby se členové týmu

zapojovali na plnění veřejné zakázky efektivně a flexibilně. Komplexní služby, které má plnění veřejné zakázky představovat, pak nutně vyžadují nejen zapojení konkrétních členů realizačního týmu, ale celých „podtýmů“, tedy pracovních týmů či skupin, které mají členové realizačního týmu nutně k dispozici.

Poskytování vysoce specializovaných právních služeb je postaveno na přístupu k internímu know-how, tedy na možnosti přístupu k cenným informacím, které byly získány v průběhu poskytování právních služeb jiným klientům a které by nezkušený dodavatel jinak zdlouhavě vyhledával a vyhodnocoval. S tím patrně pracoval i zadavatel, který požadavky na významné služby stanovil tak, aby ověřovaly jen velmi specifický okruh znalostí ve vztahu k předmětu plnění. Specifickými znalostmi, tj. know-how disponují zejména seniorní právníci a tyto dále distribuují dalším kolegům, kteří se podílejí na plnění. Tedy v tomto ohledu je závazek poddodavatele poskytovat „strategické poradenství vyšší úrovně“, kterým se dle objasnění nabídky rozumí i poskytování specifického know-how a účast na jednání ze strany seniorních právníků poddodavatele, odpovídá rozsahu poddodavatelem prokázané technické kvalifikace.

I zadavatel ostatně s takovým konceptem počítá, jak je patrné např. z vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 29. 10. 2019²: „Ustanovení čl. IX. 1 písm. a) Smlouvy se vztahuje pouze na klíčové členy realizačního týmu podstatné pro prokázání kvalifikace a hodnocení nabídek (čl. 5 a 6 zadávací dokumentace)“. Z dotazu a odpovědi vyplývá, že zadavatel připouští zapojení širšího týmu osob, nikoliv pouze týmu realizačního.

Nelze se tedy ztotožnit se závěrem krajského soudu, že se poddodavatel nezavázal k plnění určité části předmětu veřejné zakázky. Takový požadavek není v zadávacích podmínkách stanoven. Nelze ani přisvědčit argumentu soudu, že veřejná zakázka nemůže být plněna subjekty z bruselské pobočky poddodavatele, opak totiž vyplývá z citovaného vysvětlení zadávací dokumentace. Žalovaný navíc k argumentu tím, kde ten který člen realizačního týmu působí, podotýká, že zkušenosti posledních dvou let ukazují, že mezinárodní týmy jsou schopné působit výlučně ve virtuálním prostředí a argumentace lokací kanceláře se stala argumentací obsoletní.

Nabídka předložená vybraným dodavatelem odpovídá zadávacím podmínkám a krajskému soudu ani žalovanému za takových okolností zásadně nepřísluší zasahovat do rozhodnutí o výběru dodavatele.

Na okraj žalovaný podotýká, že **prohlášení poddodavatele je třeba brát jako relevantní a závazný zdroj informací o obsahu poddodavatelského závazku**, neboť obsah závazku – jak již bylo nastíněno v úvodu této kasační stížnosti – může vyplývat, a často vyplývá, i z jiných dokumentů, než je samotná smlouva. Zásadně platí, že obsah závazku je dán vůlí smluvních stran. Pokud smluvní strany shodně tvrdí (v tomto případě poddodavatel prohlašuje a dodavatel toto prohlášení zadavateli předkládá)

² Dotaz: „Realizační tým ve smyslu čl. 5, resp. 6 zadávací dokumentace má být dodavatelem předkládán za účelem prokázání kvalifikace, případně hodnocení. V tomto smyslu není vyloučeno, aby realizační tým byl navržen dodavatelem v rozsahu pouhých tří osob. Je přitom zjevné, že plnění požadovaného předmětu bude vyžadovat zapojení podstatně širšího počtu osob na straně dodavatele. Takové osoby nicméně nemusí vstupovat do prokazování kvalifikace, ani do hodnocení. Má dodavatel požadavky zadavatele vykládat tak, že ustanovení čl. IX. 1 písm. a) Smlouvy se má vztahovat pouze na klíčové členy realizačního týmu uvedené v nabídce dle čl. 5 a 6 zadávací dokumentace tak, aby měl zadavatel zajištěno, že tento realizační tým bude vždy v souhrnu splňovat veškeré požadavky zadávací dokumentace (ve smyslu kvalifikace a dosažené úrovně hodnocení), nicméně tým ve skutečnosti může být v případě potřeby širší? Upraví zadavatel v tomto smyslu citované ustanovení smlouvy?“

obsah a rozsah svého vzájemného závazku, není v důsledku soukromoprávní presumpce poctivosti na zadavateli, aby tvrdil – a prokazoval – že je obsah závazku jiný, než je mu prezentováno. Zadavatel se naopak může na takové prohlášení spolehnout, neboť je dokumentem prokazujícím, že má zadavatel právo žádat plnění určitých vlastností či způsobu provedení. To, že obsah závazku může být ověřen i z jiných zdrojů než ze smlouvy, je ostatně patrné i z rozsudku, jehož se napadený rozsudek dovolává, a sice z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 48/2017-159: „*Soud se plně ztotožnil se závěrem správních orgánů, že z předmětné subdodavatelské smlouvy včetně její přílohy č. 1 ani z případných dalších podkladů předložených vybraným uchazečem či z jiných souvisejících okolností nevyplýval konkrétní, dostatečně určitý závazek subdodavatele ve smyslu § 51 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, tedy závazek 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.*“

Krajský soud v napadeném rozsudku argumentuje i mimořádně nízkou nabídkovou cenou, z níž dovozuje obsah poddodavatelského závazku. Dle žalovaného institut mimořádně nízké nabídkové ceny (dále též „**MNNC**“) slouží k ochraně zadavatele před rizikem nekvalitního plnění. Až na dvě zákonné výjimky, které nejsou v posuzované věci tvrzeny, není zadavatel povinen vyloučit z účasti v zadávacím řízení dodavatele nabízejícího MNNC. Je tedy na něm, zda nabídku s MNNC akceptuje, či nikoliv.

Žalovaný tedy uzavírá, že krajský soud napadeným rozsudkem nepřipustně zasáhl do autonomního rozhodování zadavatele o výběru dodavatele v situaci, kdy k takovému zásahu nebyly naplněny podmínky. Zadavatel akceptoval nabídku, která odpovídala zadávacím podmínkám, a byl tak oprávněn učinit, neboť není povinen vyloučit dodavatele pro MNNC.

III.

Žalovaný proto navrhuje, aby Nejvyšší správní soud vydal na základě § 110 odst. 1 s. ř. s. rozsudek, jímž zruší rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne ze dne 15. 12. 2021, č. j. 31 Af 64/2020-183 a věc vrátí tomuto soudu k dalšímu řízení.

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:
Nejvyšší správní soud, Moravské náměstí 611/6, 657 40 Brno