



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

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

žalobce: **EUROVIA CS, a. s.**
sídlem U Michelského lesa 1581/2, Praha 4
zastoupeného advokátem Mgr. Radkem Pokorným
sídlem Klimentská 1216/46, Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

za účasti: 1. Metrostav Infrastructure, a. s.
sídlem Koželužská 2246/5, Praha
zastoupen advokátem Mgr. Tomášem Krutákem
sídlem Revoluční 724/7, Praha

2. Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje, příspěvková organizace
kraje
sídlem Žerotínovo náměstí 449/3, Brno
zastoupena advokátem Mgr. Lukášem Pruškou
sídlem Helfertova 2040/13, Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 20. 12. 2021, čj. ÚOHS-42257/2021/163/PB1

takto:

I. Žaloba se zamítá.

- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- IV. Žádná z osob zúčastněných na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

1. Krajský soud v Brně má za to, že pro porozumění tomuto případu je vhodné zahrnout jej do společenského a trestněprávního kontextu. Figuruje v něm totiž společnost Metrostav, a. s., kterou v lednu 2020 odsoudil krajský soud, v rámci trestní kauzy bývalého středočeského hejtmana Davida Ratha, k tříletému zákazu účasti ve veřejných zakázkách. Příjmy z veřejných zakázek přitom do té doby činily podstatnou část obrátu této společnosti. Společnost Metrostav reagovala na – dosud nepravomocný – rozsudek tím, že převedla část svých aktivit (konkrétně silniční stavitelství) na dceřinou společnost, kterou pojmenovala Metrostav Infrastructure, a. s. Další vývoj pak potvrdil, že se jednalo o účelový krok s cílem vyhnout se uloženému trestu. Vrchní soud v Praze totiž v červnu 2022 potvrdil zákaz účasti ve veřejných zakázkách pro Metrostav a též trest uložil pravomocně i nástupnické společnosti Metrostav Infrastructure. Naše kauza se ale odehrává v roce 2021, tj. před potvrzením krajského rozsudku, kdy se obě společnosti ještě veřejných zakázek legálně účastnit mohly. V odůvodnění svého rozsudku z roku 2022 přitom vrchní soud vysvětlil, že na již získané zakázky se jeho verdikt vztahovat nemůže a obě společnosti je budou moci dokončit.
2. A nyní již k vymezení věci samotné.
3. Správa a údržba silnic Jihomoravského kraje v pozici zadavatele (dále jen „osoba zúčastněná na řízení“ nebo „zadavatel“) zahájila dne 10. 2. 2021 zadávací řízení na nadlimitní veřejnou zakázku „II/385 Čebín obchvat“. Předmětem veřejné zakázky byla novostavba silnice II/385 jihozápadně od obce Čebín, délka stavby je necelé 4 km. V rámci stavby měl dodavatel například realizovat přeložku silnice, nové okružní křižovatky, čtyři mostní objekty a dvě protihlukové stěny.
4. Do zadávacího řízení se přihlásily celkem tři subjekty – vybraný dodavatel Metrostav Infrastructure, a. s., s nabídkou 358 mil. Kč, žalobce s nabídkou 424 mil. Kč a STRABAG, a. s., s nabídkou 479 mil. Kč. Vítězem zadávacího řízení se stala společnost Metrostav Infrastructure. Žalobce, jako potenciální dodavatel přihlášený do zadávacího řízení, shledal postup zadavatele jako nezákonný a podal proti němu námitky. Ty zadavatel odmítl rozhodnutím ze dne 24. 6. 2021 (dále též „rozhodnutí o námitkách“).
5. K návrhu žalobce zahájil žalovaný řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a vydal dne 7. 10. 2021 rozhodnutí čj. ÚOHS-33784/2021/500/Aiv (dále též „prvostupňové rozhodnutí“). Žalovaný rozhodl dvěma výroky takto: (i) ve výroku I zastavil řízení o námitce týkající se dvou námitek o vyloučení vybraného dodavatele a převodu části divize 4, neboť tomu nepředcházely řádně a včas podané námitky, a (ii) ve výroku II návrh ve zbývajících částech zamítl. Žalobce podal rozklad jen proti výroku II prvostupňového rozhodnutí. Předseda žalovaného rozhodnutím označeným v záhlaví (dále též „rozkladové rozhodnutí“ nebo „napadené rozhodnutí“) žalobcův rozklad zamítl. Proti napadenému rozhodnutí brojí žalobce u Krajského soudu v Brně žalobou podanou dne 10. 2. 2022.

II. Argumentace žalobce

6. Žalobce navrhuje z níže uvedených důvodů zrušení napadeného rozhodnutí. Primárně žalobci vadí, že vybraný uchazeč neprokázal přechod referencí a neprokázal svou technickou kvalifikaci.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

7. Vybraný dodavatel musel prokazovat v rámci kvalifikačních podmínek též referenční zakázku. Přitom on sám takové reference neměl a odvozoval je od činnosti obchodního závodu, který na něj přešel od společnosti Metrostav, a. s. Zadavatel a žalovaný se ovšem vůbec nezabývali tím, zda tento obchodní závod měl veškeré potřebné zázemí pro realizaci referenčních zakázek. Tedy, zda na vybraného uchazeče skutečně přešel obchodní závod, který referenční zakázku provedl. Kromě zaměstnanců totiž zadavatele nic jiného nezajímalo a jen pracoval s vágní konstrukcí o divizi 4. Žalovaný se spokojil s dokumenty, které prokazují jen vnitřní evidenci obchodního závodu o tom, že referenční zakázku realizoval. Vůbec však ve spise není důkaz o tom, jaké konkrétní technické vybavení používal a zda toto také přešlo na vybraného dodavatele. Z judikatury správních soudů jasně vyplývá, že chce-li dodavatel prokazovat technickou kvalifikaci referencí, kterou získal převodem obchodního závodu, musí spolehlivě prokázat, že nabyl právě tu část závodu, která referenční zakázku realizovala.
8. Ani jednotlivé dokumenty neprokazují převod relevantní části závodu. Příloha č. 5, 11 a 12 mluví jen o přechodu smluv a záruk, tedy neprokazuje přechod konkrétního realizačního zázemí. Příloha č. 8 prokazuje přechod 22 zaměstnanců, kteří referenční zakázku prováděli. Ale to není dostatečné bez přechodu dalšího realizačního zázemí. Navíc z praxe žalovaného vyplývá, že zkušenost s určitým plněním nenáleží konkrétním zaměstnancům, ale právnické osobě jako celku. Z přílohy č. 9 je jasné, jaké referenční zakázky mají přejít na žalobce – tento přechod však není na vůli stran, ale závisí na skutečném přechodu realizačního zázemí. Žalovaný přisuzuje váhu příloze č. 14, která mluví o přechodu organizačních prvků na žalobce. Organizační prvky však nejsou žádnými samostatnými organizačními složkami, jde jen o evidenční jednotku. Proto přechod těchto prvků v žádném případě nevypovídá o převodu realizačního zázemí. Přechod realizačního zázemí neprokazují ani další předložené listiny (pracovní smlouvy zaměstnanců, karta dlouhodobého majetku, zpráva o zjištěních auditora PricewaterhouseCoopers a prohlášení bank o trvání práv z bankovních záruk). Vítězný uchazeč neprokázal převod konkrétního souboru jmění a referencí (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 8. 2015, čj. 10 As 55/2015-46). Žalovaný měl zkoumat, zda vybraný uchazeč nabyl výrobní kapacity, kterými Metrostav realizoval referenční zakázky – podle žalobce totiž zůstaly v Metrostavu a ten je na vítězného uchazeče nepřevedl. V tomto směru odkazuje žalobce na divize 11 (středisko stavebních kontejnerů, střední a drobné mechanizace, zdvihací techniky), 6 (tesařské výrobky, bednění a železobetonové konstrukce) a 1 (zámečnické práce a elektroservis, inženýrské, podzemní sítě a plynovody) společnosti Metrostav, které se zaměřují na jednotlivé odborné činnosti a měly se nepochybně podílet na referenčních zakázkách. A ačkoliv byla divize 4 společnosti Metrostav zaměřená na silniční dopravní stavby, na realizaci se musely podílet i jiné divize této společnosti, které však na vítězného uchazeče nepřevedla. Vybraný zadavatel tedy neprokázal splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek.
9. Dále poukazuje žalobce na změnu náhledu žalovaného na prokazování převodu závodu a spolu s ním referenčních zakázek. Zatímco v rozhodnutí ze dne 25. 1. 2021, sp. zn. S0513/2020/VZ (věc Jihlava – JV obchvat) žalovaný trval na tom, že uchazeč musí prokázat přechod veškerých prostředků (a realizačního zázemí) převodce, jehož reference chce využít k prokázání svých kvalifikačních schopností, v nynější věci od toho ustoupil a stačí, jestliže na nabyvatele přešly v dostatečně relevantní míře prostředky, které převodce využíval k plnění referenčních zakázek. Tento argumentační obrat žalovaný nevysvětlil, opřel jej o odborný článek, přičemž tím porušil princip legitimního očekávání.
10. V rámci zadávacího řízení předložil vybraný uchazeč smlouvu o prodeji závodu, jejíž části byly anonymizovány – šlo o údaj o ceně a přílohy. Plné znění smlouvy si vyžádal až předseda žalovaného, který ji tedy v celém souhrnu zhodnotil. Ale v tomto řízení jde o přezkum postupu zadavatele, který aniž by měl k dispozici celý text smlouvy (nepřesvědčil se o existenci rozvazovacích či odkládacích podmínek) vyhodnotil, že vítězný uchazeč splnil kvalifikační

kritéria. Tento nezákonný postup nemůže napravit žalovaný tým, že *de facto* sám posoudí, že uchazeč skutečně tato kritéria splnil.

11. Za neochotou doložit redigované části smlouvy a neschopností prokázat, co skutečně společnost Metrostav převedla na vybraného uchazeče, stojí podle žalobce trestní kauzy společnosti Metrostav. Ta byla nepravomocně odsouzena k trestu zákazu plnění veřejných zakázek a žalobce se domnívá, že převod divize 4 společnosti Metrostav na vybraného uchazeče byl motivován snahou vyhnout se případnému trestu. Stejný postup zvolil Metrostav na Slovensku, kde převedl na jinou společnost jen manažerskou složku divize, ačkoliv pro plnění veřejných zakázek bude reálně využívat výrobní kapacity Metrostav.
12. Dále žalobce vznesl námitku, že vybraný uchazeč neprokázal svou kvalifikaci, neboť předložené referenční listy (převzaté od společnosti Metrostav) to neprokazují. Žalovaný se s ní však věcně nevypořádal, neboť byla podle něj opožděná. Žalobce ji však dříve vznést nemohl, když referenční listy poprvé viděl při studiu podkladů rozhodnutí. A předseda žalovaného uvedl, že tato argumentace byla zbytečná též proto, že kvalifikace samotného vybraného dodavatele postačovala pro prokázání kvalifikace (tedy i bez zpochybněných referenčních listů). Podle žalobce však nejde o správný postup, neboť chtěl-li vítězný uchazeč prokazovat svou kvalifikaci prostřednictvím jiné osoby dle § 83 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, měl zadavatel takovou kvalifikaci přezkoumat.
13. Při prokazování kvalifikace se vybraný uchazeč dopustil pochybení, jelikož předložil podstatně rozšířený závazek společnosti Metrostav. Doložil jej však po lhůtě pro podání nabídek a zadavatel k němu neměl přihlížet – viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021, čj. 31 Af 64/2020-183. Navíc tento závazek, obsažený v dodatku č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo, je obecný a spolehlivě nedokládá, v jaké míře se bude Metrostav podílet na realizaci šetřené veřejné zakázky.
14. V rámci přezkumu mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel neposoudil (transparentním a přezkoumatelným způsobem) zdůvodnění takové ceny. Přitom to po zadavateli žádá i judikatura (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 5. 2021, čj. 3 As 332/2019-41). Vysvětlení vybraného uchazeče bylo značně nepřesvědčivé, když ve vztahu k ceně za odvod odpadu jen uvedl, že jej bude odvážet na vlastní mezideponii v blízkosti stavby, aniž by lokalitu jakkoliv blíže specifikoval. Obdobně nepřesvědčivé vysvětlení nabídl u poplatku za skládku ostatního a nebezpečného odpadu. V případě posledně zmíněného poplatku dokonce vyšlo najevo, že vybraný uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu nevysvětlil, neboť při jejím stanovení nerespektoval požadavky zadavatele a cenu stanovil bez vazby na ceny v místě a čase obvyklé. Nelze tu přitom akceptovat názor žalovaného, že je na zadavateli, zda považuje vysvětlení za dostatečné, a nemusí nic odůvodňovat. Žalovaný měl posoudit dodržení zásady transparentnosti celého procesu (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 8. 2021, čj. 7 As 199/2021-71).
15. Podle žalobce bylo rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné. Zadavatel některé žalobcovy námitky zcela ignoroval. Lze jistě chápat, že se zadavatel nemusí vyjádřit ke každému tvrzení, postaví-li proti žalobcově argumentaci svůj ucelený argumentační celek tak, že žalobcovy námitky neobstojí. Ale nyní zadavatel zkrátka některé námitky nechal úplně bez povšimnutí. Podle Nejvyššího správního soudu (viz rozsudek ze dne 9. 12. 2021, čj. 6 As 325/2020-42) obsahují-li námitky konkrétní argumentaci, musí zadavatel právě na ně konkrétně odpovědět. Jelikož žalovaný pochybení zadavatele nenapravitel a s touto námitkou se rovněž vypořádal obecně, je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.
16. Žalovaný zkrátal žalobce na jeho procesním právu vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Stanovil totiž nepřiměřeně krátkou lhůtu k vyjádření. Původně poskytl žalovaný sedmidenní lhůtu, kterou na žalobcovu žádost prodloužil o dalších sedm dnů – žalobce si našel nového právního zástupce. Ten měl jen 8 dnů (pracovních bylo pět) na studium stovek stran dokumentace a sepis vyjádření.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

Žalovaný pak žalobci vyčítá, že si právního zástupce nenašel dříve. Ale žalobce si plnou složitost věci a nutnost mít právní zastoupení uvědomil až při studiu rozsáhlé dokumentace. Jistě si advokáta mohl vybrat i takto pozdě v řízení v souladu s právem na právní pomoc ve smyslu čl. 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. V řízení ani neexistoval důvod, proč by prodloužení lhůty např. o 14 dnů zmařilo jeho účel.

17. Žalovaný zveřejnil na svých webových stránkách tiskovou zprávu, v níž informoval veřejnost o výsledku prvostupňového řízení. Žalovaný tedy informoval o rozhodnutí, které nebylo pravomocné a proti němuž stále bylo možné podat rozklad. Žalovaný tam podává své závěry jako neměnné či snad konečné. A to se projevilo v jiném zadávacím řízení u Ředitelství silnic a dálnic ČR (dále jen „ŘSD“), které se přizpůsobilo závěrům prvostupňového rozhodnutí a vedlo podle něj své zakázky. Žalovaný svým postupem *de facto* vyloučil zásadu dvojinstančnosti. Žalobce se obává, že předseda žalovaného vedl rozkladové řízení tak, aby nemusel „otočit“ závěry, které byly zveřejněny na internetových stránkách.
18. Žalobce závěrem namítá, že v rozkladovém řízení uplatnil námitku podjatosti členů rozkladové komise, kteří nejsou nestranní. Konkrétně byli podjatí dva členové rozkladové komise. Mgr. Romana Derková působí v advokátní kanceláři, která zastupuje společnost Metrostav. Společnost Metrostav, jako mateřská společnost vybraného uchazeče, pak má zjevný zájem na výsledku tohoto řízení. A Mgr. Martin Kramář, LL.M., je společník advokátní kanceláře, která poskytuje právní servis ŘSD, které může mít určitý zájem na výsledku řízení. ŘSD je zadavatelem několika podobných zakázek, v nichž řeší obdobné problémy, které vyvstaly v tomto řízení (přechod referencí Metrostav). Podjatost obou uvedených osob však předseda žalovaného odmítl. Podle žalobce však předseda žalovaného chápe podjatost velmi úzce a v podstatě tvrdí, že nezastupoval-li konkrétní advokát zmiňované společnosti, pak tu podjatost být nemůže. Žalobce se naopak domnívá, že jsou-li tu vůbec pochybnosti, musí být taková osoba vyloučena z projednávání věci.

III. Argumentace předsedy žalovaného

19. Předseda žalovaného navrhuje podanou žalobu zamítnout a v podrobnostech odkazuje na napadené rozhodnutí – žalobce uplatnil tytéž námitky už v rozkladu.
20. Prokazování referencí při prodeji závodu sice byla předmětem dvou soudních rozhodnutí (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 19. 2. 2015, čj. 30 Af 138/2012-96 a Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 8. 2015, čj. 10 As 55/2015-46), avšak předseda žalovaného považuje závěry z rozsudku krajského soudu za neudržitelné. Podle soudu má dodavatel prokázat přechod veškerých prostředků, které původní dodavatel využil k plnění referenční zakázky. Tento názor však podle žalovaného platil v tam řešené věci (kde dodavatel neprokázal vůbec nic), zatímco nyní je neudržitelné, aby vybraný uchazeč prokazoval, že převedené věci zcela odpovídají tomu, s čím Metrostav původně referenční zakázky realizoval. Tento názor vůbec neodpovídá obchodní realitě – zaměstnanci odcházejí, vybavení se opotřebovává. Proto podle předsedy stačí, prokázal-li vybraný uchazeč, že na něj přešla divize, která realizaci referenční zakázky zastrešovala, organizovala, řídila a odpovídala za její řádné provedení. I když některé dílčí práce realizovaly jiné divize či poddodavatelé. Otázkou přechodu referencí se předseda podrobně zabýval v bodech 65-118 napadeného rozhodnutí. Z předložených podkladů plyne, že na vybraného uchazeče přešla divize 4, která se zaměřovala na silniční dopravní stavby. Nešlo o žádný formální nákup referencí. A doložené podklady to prokazují.
21. Předseda žalovaného v bodech 119-126 napadeného rozhodnutí žalobci vysvětlil, že se od své praxe neodchýlil. Žalobcem citované rozhodnutí je prvostupňové rozhodnutí, které bylo navíc zrušeno. Navíc tam žalovaný posuzoval prokazování referencí při přechodu závodu spíše v teoretické rovině, zatímco nyní měl žalovaný konkrétní podklady, které mohl posoudit.

22. Co se úplného znění smlouvy týče, vypořádal předseda žalovaného tento argument v bodech 127-134 napadeného rozhodnutí. Podle předsedy měl zadavatel dostatek podkladů k posouzení účinků smlouvy o převodu části závodu, přestože neměl její plné znění. Žalobce pak ve své argumentaci vůbec nenamítá, že by snad byla smlouva o převodu části závodu neúčinná, ale že takovou být mohla. Toto riziko by však nedokázalo eliminovat ani plné (neanonymizované) znění smlouvy, neboť by její neúčinnost stejně mohla následně nastat. Zadavatel mohl o účincích smlouvy usoudit z výpisu z obchodního rejstříku, podle kterého nastaly účinky převodu závodu 1. 9. 2020.
23. Dále žalobce namítal, že doklady o referencích Metrostav (jaké práce na referenčních zakázkách tato společnost vykonala) nejsou průkazné. Tuto námitku vypořádal předseda v bodech 137-143 napadeného rozhodnutí a nyní k ní uvádí, že ji žalobce vznesl až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 30. 9. 2021. Nemohl rozšiřovat nynější řízení a měl zadavateli podat další námitky.
24. K závazku společnosti Metrostav podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek žalovaný uvádí, že pět referencí vybraného uchazeče postačovalo k tomu, aby prokázal svou kvalifikaci. Další tři reference, které podle žalobce doložil vybraný uchazeč pozdě a byly nedostatečné, šly nad rámec nutného a žalovaný by stejně nemohl zrušit zadávací řízení. Doložení těchto tří referencí po lhůtě pro podání nabídky není nic vadného. Podle § 46 odst. 2 zákona o zadávání veřejných zakázek může doplnit nabídku – toto doplnění nemělo žádný dopad na hodnocení nabídky a skutečnosti rozhodné pro posouzení splnění podmínek účasti mohly nastat i po uplynutí lhůty pro podávání nabídek. S rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021, čj. 31 Af 64/2020-183, žalovaný nesouhlasí, navíc tam krajský soud posuzoval jinou situaci. Krajský soud tam zaměnil doplnění či změnu předmětu plnění (není dovoleno) a doplnění podkladů týkajících se kvalifikace (je dovoleno dle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek).
25. Mimořádně nízkou nabídkovou cenou se předseda zabýval v bodech 151-163 napadeného rozhodnutí. Podle žalovaného byl zadavatelův postup transparentní a v souladu s § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek. V oznámení o výběru ze dne 30. 5. 2021 zadavatel zrekapituloval dotazy obsažené v žádosti o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny a odpovědi vybraného dodavatele. Zadavatel uzavřel, že vybraný dodavatel svou nabídkovou cenu zdůvodnil. Nevyloučil-li zadavatel uchazeče podle § 48 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek, jde o právo zadavatele, který nikomu své vysvětlení nedluží. Jiná situace by byla, pokud by zadavatel bez zdůvodnění vyloučil nějakého uchazeče pro nezdůvodnění mimořádně nízké ceny.
26. Předseda žalovaného dal žalobci za pravdu v tom, že se žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí nedostatečně vypořádal s nepřezkoumatelností rozhodnutí o námitkách. Předseda ovšem uvedl, že tato vada podle něj není důvodem pro zrušení prvostupňového rozhodnutí a argumentaci doplnil v napadeném rozhodnutí (body 164-170 napadeného rozhodnutí).
27. K námitce o krátké lhůtě pro seznámení s podklady předseda odkazuje na body 57-64 napadeného rozhodnutí. Žalobce měl k dispozici celkem 14 dnů, aby prostudoval spis a sepsal vyjádření. Je jen jeho chybou, že se pro své zastoupení advokátem rozhodl v průběhu lhůty pro seznámení s podklady. Žalobce svým návrhem zahájil řízení a jistě si musel v jeho průběhu uvědomovat složitost celé věci. Navíc z jeho dřívějších podání nevyplývá, že by byl žalobce nekompetentní nebo že by podával odborně nedostatečné návrhy.
28. Zveřejnění tiskové zprávy nepovažuje předseda žalovaného za vadné. Jasně se v ní uvádělo, že jde o prvostupňové rozhodnutí, proti němuž může jít rozklad. Zcela absurdní je pak tvrzení, že by se touto zprávou nechal ovlivnit předseda při svém rozhodování. Pokud zprávu následoval jiný zadavatel v jiném řízení, nemá to s touto věcí nic společného. A žalovaný ve zveřejněné tiskové zprávě akcentoval, že ke zveřejněným závěrům dospěl na základě konkrétních

skutkových zjištění v této věci. Předseda též odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 9. 2008, čj. 62 Ca 42/2007-337.

29. Námitky podjatosti byly velmi obecné a nedůvodné. Žalobce dovozoval podjatost jmenovaných osob ze zdánlivých až neexistujících spojení. Rozkladová komise je poradní orgán, který v tomto případě rozhodoval ve složení 10 osob. Navíc jde o poradní orgán a návrhem rozhodnutí se předseda nemusí řídit.

IV. Vyjádření Metrostav Infrastructure

30. Ve věci se vyjádřila i osoba zúčastněná na řízení 1). Divize 4 působila v rámci společnosti Metrostav jako specializovaný útvar na dopravní silniční stavitelství, měl vlastní organizační strukturu, vlastní vedení a vlastní výrobní zázemí. Autonomní vývoj a specializace stály za vyčleněním této divize do samostatného subjektu. Společnost Metrostav Infrastructure tak vstoupila do práv a povinností z obchodních smluv, které divize 4 realizovala – dokončených i nedokončených. V rámci transakce přešlo na vybraného dodavatele přes 500 zaměstnanců, což nebývá běžné u obchodů realizovaných jen formálně. Pro vymezení převáděného závodu je klíčové funkční a organizační pojetí, nikoliv jednotlivé položky majetku. Vybraný dodavatel spolehlivě prokázal, že čtvrtá divize Metrostav byla interně jasně strukturována a organizována, měla vlastní řídicí strukturu, byla funkčně a hospodářsky samostatná. Konečně vybraný dodavatel věří, že vyhověl i požadavkům judikatury – rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 138/2012 a potvrzujícímu rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 10 As 55/2015. Podle vybraného dodavatele z této judikatury vyplývá, že k přechodu referencí musí dojít fakticky, aby bylo vyloučeno jejich formální kupování bez hmotné části závodu.
31. Posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny se v souvislosti s novým zákonem posunulo. Závěry Nejvyššího správního soudu z rozsudku čj. 3 As 332/2019-41 vytrhává žalobce z kontextu – Nejvyšší správní soud tam uzavřel, že z postupu zadavatele musí být zřejmé, zda se objasněním mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval a s jakým výsledkem. Zadavatel nemusí své posouzení zdůvodňovat, neboť institut mimořádně nízké nabídkové ceny slouží výhradně k ochraně zadavatele.
32. Z oznámení o výběru zadavatel u jednotlivých referencí uvedl, zda byly plněny ve sdružení a jaký byl podíl společností Metrostav na těchto plněních. Žalobce tedy proti tomu mohl podat námitky, což neudělal. Naopak tuto okolnost začal namítat až na konci prvostupňového řízení u žalovaného po prostudování podkladů rozhodnutí.
33. Ani námitka o písemném závazku jiné osoby není důvodná. Vybraný uchazeč doložil dostatek referencí, aby splnil kvalifikační kritéria. Proto je lhostejné, jak kvalitní byly reference poddodavatele (společnost Metrostav) – podle vybraného dodavatele odpovídaly zákonu. I bez nich by vybraný dodavatel splnil kvalifikační kritéria. Posouzení těchto „nadbytečných“ referencí žalovaným by tedy bylo zbytečné.
34. Rozhodnutí o námitkách je přezkoumatelné. Žalobce vyčítá zadavateli, že nereagoval na jednotlivé věty v námitkách. Vybraný dodavatel nevěří, že si žalobce uvědomil složitost celé věci až na konci řízení při seznámení s podklady, když na počátku musel hradit značnou kauci a podávat návrh na zahájení řízení. S většinou dokumentů se žalobce mohl seznámit dříve než při seznámení s podklady.

V. Žalobcova replika

35. Předseda žalovaného podle žalobce mluví o tom, že divize 4 společnosti Metrostav organizovala, řídila, zastřešovala a odpovídala za řádné provedení referenčních zakázek. S referenčními zakázkami však tuto divizi nepojí prakticky nic, kromě vyjádření vybraného dodavatele a faktu, že referenční zakázky společnost Metrostav formálně evidovala pod divizí 4.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

36. Žalobce zdůrazňuje, že vybraný dodavatel zapomíná na rozdíl mezi organizačními útvary a organizačními prvky. Druhý jmenovaný pojem slouží jen jako evidenční jednotka, jež není způsobilá realizovat jakékoliv zakázky. Proto k organizačnímu prvku nemůže přináležet nějaká reference. Z předložených dokumentů není patrné, zda předložené referenční zakázky plnila právě ta část divize 4, která přešla na vybraného dodavatele. Ani z nich nevyplývá, že by se na plnění referenčních zakázek podílela jen čtvrtá divize Metrostavu. Naopak se zdá, že divize 4 nebyla zcela autonomní a nezávislá na zbylém realizačním týmu. V rozsudku ze dne 20. 8. 2015, čj. 10 As 55/2015-46 vymezil Nejvyšší správní soud obecné zásady prokazování kvalifikace, které se bez ohledu na skutkové odlišnosti uplatní i nyní. Vybraný dodavatel prokázal jen přechod 22 zaměstnanců, se kterými nemůže řešenou zakázku realizovat.
37. Námitku o nedostatečném obsahu referenčních listů považuje žalobce za včasnou – viděl je až při seznámení s podklady rozhodnutí. Navíc nejde o novou námitku, ale jen doplnění včas uplatněné námítky, že vybraný dodavatel neprokázal svou kvalifikaci. Ve chvíli, kdy se o této nezákonnosti žalobce dozvěděl, to již nemohl vůči zadavateli namítat.
38. I pokud vybraný dodavatel doložil reference nad rámec, měl je zadavatel posoudit. Pokud se uchazeč rozhodne dokládat část kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, musí zadavatel posoudit zákonné podmínky dle § 83 zákona o zadávání veřejných zakázek. I tato námitka nebyla opožděná – jde o rozvětvení již uplatněné námítky, že měl být vybraný dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen. Se zněním dodatku č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo (obsahující poddodavatelský závazek Metrostavu) se žalobce mohl seznámit až při seznámení s podklady rozhodnutí, proto tuto námitku uplatnil takto pozdě – a žalovaný měl povinnost se s ní vypořádat (§ 251 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek).

VI. Řízení před krajským soudem

39. Ve věci proběhlo dne 20. 7. 2023 na žádost žalobce ústní jednání podle § 49 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Obě strany při něm setrvaly na svých stanoviscích. Nad rámec obsahu správního spisu pak žalobce navrhol několik „skupin“ důkazů.
40. Tou první jsou důkazy svědčící o motivaci společnosti Metrostav prodat divizi 4, aby se vyhnula zákazu účastnit se veřejných zakázek a možná paralela se Slovenskem, kde Metrostav udělal totéž (znalecký posudok 33/2019, zmluva o predaji časti podniku, zpráva o vztazích, článek „Verdikt v Rathově kauze: ...“, a dva rozsudky z trestní kauzy společnosti Metrostav). Druhou skupinu tvoří důkazy, kterými chce žalobce prokázat, že tiskovou zprávou žalovaný ovlivnil jiného zadavatele (dva články – důkazy č. 15 a 17). Krajský soud tyto důkazy neprováděl.
41. V řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 249 a násl. zákona o zadávání veřejných zakázek, které žalobce svým návrhem inicioval, je jeho procesní aktivita omezena § 251 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek. Navrhovat důkazy a uvádět skutečnosti může ve lhůtě 15 dnů od doručení oznámení o zahájení řízení. Tato koncentrace se přenáší i do soudního řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2022, čj. 3 As 62/2021-55) a jde proti jejímu smyslu, aby se žalobci cesta ve správním řízení uzavřená, znovu otevřela v řízení před soudem. Správní soud není v tomto řízení nalézacím soudem a jeho rolí je jen přezkoumat žalované rozhodnutí. Žalobce nenamítal, že by tyto důkazy nemohl předložit už ve správním řízení a s ohledem na datum jejich vyhotovení se naopak zdá, že mohl. Navíc články, které mají prokazovat ovlivnění jiného zadavatele tiskovou zprávou, nejsou způsobilé prokázat to, co žalobce namítá (viz níže v odůvodnění tohoto rozsudku část týkající se zveřejnění tiskové zprávy).
42. Třetím důkazním návrhem je pak odpověď žalovaného na žalobcovu žádost, v níž se dotazoval na složení rozkladové komise a její členy – např. kdo se vyloučil pro podjatost, kdo byl zpravodajem v této věci apod. Tento důkaz krajský soud neprováděl, neboť nemá prokázat

žádnou spornou skutečnost. O složení rozkladové komise a funkci „referenta“ není mezi stranami sporu.

43. A za čtvrté navrhl žalobce soudu jako důkaz webovou stránku společnosti Metrostav, která popisuje rozdělení společnosti do divízi. Platí tu přitom to stejné, co u předchozího důkazního návrhu. Nejde o spornou otázku, proto krajský soud tento důkaz neprováděl.
44. Na jednání pak osoba zúčastněná na řízení (Metrostav Infrastructure) navrhla provést důkaz rozsudkem civilního soudu (sp. zn. 41 Cm 34/2020), který posuzoval, zda na ni z mateřské společnosti přešla příslušná část závodu (divize 4) a dospěl k závěru, že tomu tak bylo. Krajský soud i tento důkaz zamítl, neboť nevypovídá o skutkovém stavu, nýbrž o právním posouzení dané otázky jiným soudem. Nadto verdikt obecného soudu správní soud v této věci nezavazuje, může působit nanejvýš silou své přesvědčivosti.

VII. Posouzení věci krajským soudem

45. Žaloba **není důvodná.**

Nepřezkoumatelnost

46. Nejprve se soud musel zabývat námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Její příčinou může být buď nesrozumitelnost, nebo nedostatek důvodů. V obou případech však platí, že je potřeba s tímto institutem zacházet obezřetně a vyhradit jeho užití pouze těm případům, kdy vady odůvodnění reálně brání soudu v tom, aby napadené rozhodnutí přezkoumal (ve vztahu k soudním rozhodnutím srov. k nesrozumitelnosti rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 4. 2013, čj. 6 Ads 17/2013-25, bod [19], k nedostatku důvodů pak usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 12. 2017, čj. 2 As 196/2016-123, č. 3668/2018 Sb. NSS, body [29] - [30]). Zejména je nutno zdůraznit, že správní orgán, stejně jako soud, není povinen vyvracet jednotlivě každou dílčí námitku, pokud své rozhodnutí jako celek logicky a přesvědčivě odůvodní (srov. náleží Ústavního soudu ze dne 12. února 2009 sp. zn. III. ÚS 989/08, N 26/52 SbNU 247). Rozhodnutí obou stupňů přitom tvoří jediný celek a navzájem se doplňují (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2013, čj. 6 Ads 134/2012-47).
47. Žalobce své námitky stran nepřezkoumatelnosti odůvodnil tím, že v řízení před žalovaným namítal nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel k některým námitkám vůbec nevyjádřil. Konkrétně (viz odstavec 169 žaloby) žalobce v bodech 33-37 svých námitek uvedl skutečnosti, které dle jeho slov *v neposlední řadě* zpochybňují přechod referencí na vybraného dodavatele: (i) na vybraného dodavatele nepřešla referenční zakázka „D8 – 0805 Lovosice – Řehlovice“, ačkoliv tento dodavatel tvrdil, že na něj přešly všechny silniční stavby, (ii) i po převodu divize 4 se společnost Metrostav účastnila zadávacího řízení na inženýrskou stavbu v Polsku, (iii) vybraný dodavatel nepředložil předávací protokol, ačkoliv to byl závazek smluvních stran ze smlouvy o převodu závodu, a (iv) zpochybnění referencí, které vybraný dodavatel prokazuje jinou osobou – společností Metrostav (nutno ovšem dodat, že v předchozích bodech námitek žalobce argumentoval, proč na vybraného dodavatele nepřešly reference spojené s převodem divize 4). Žalovaný a jeho předseda přitom jen obecně odpověděli, že zadavatel vypořádal jádro argumentace a nemusel se ke konkrétním námitkám vyjadřovat. Podle žalobce jsou proto nepřezkoumatelná i rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy.
48. Žalobci lze jistě přisvědčit v tom, že zadavatel musí v rozhodnutí o námitkách poskytnout konkrétní odpovědi – nepřezkoumatelnost je ostatně zákonný důvod pro zrušení rozhodnutí o námitkách (§ 263 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek). Tomu odpovídá žalobcem citovaná judikatura, a to rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 12. 2021, čj. 6 As 325/2020-42 nebo ze dne 21. 10. 2021, čj. 2 As 314/2020-36. Rozhodnutí o námitkách není

autoritativním rozhodnutím, ale zadavatel v něm svůj postup vysvětluje a obhájí tomu účastníkovi zadávacího řízení, který s ním nesouhlasí. Na rozhodnutí o námitkách pochopitelně lze vztáhnout i závěry, které výše soud vysvětlil a vztahují se k nepřezkoumatelnosti rozhodnutí správního orgánu a soudu.

49. Předseda žalovaného nicméně, podle krajského soudu, posoudil tuto námitku srozumitelně a správně. Vyšel totiž z toho, že stěžejním argumentem zadavatele byla vzájemná provázanost obou společností. Jednak v tom smyslu, že jsou obě součástí téhož holdingu, jednak v tom smyslu, že se obě mají účastnit plnění dané veřejné zakázky (společnost Metrostav jako poddodavatel). Z tohoto pohledu je pak podle zadavatele v podstatě jedno, zda na vybraného uchazeče referenční zakázky přešly, nebo zda zůstaly jeho poddodavateli, neboť oba způsoby prokázání referencí byly v zadávacím řízení přípustné. Také předseda žalovaného přiznal propojení obou společností jistou relevancí (srov. odstavce 108-112 a 117 napadeného rozhodnutí). Při tomto náhledu na věc pak jistě obstojí závěr, že se zadavatel vypořádal s jádrem žalobcovy argumentace, ačkoliv některé dílčí „podotázky“ přímo neřešil. Šlo totiž zejména o nejruznější indicie svědčící podle žalobce o tom, že převod výrobních kapacit pro inženýrské stavby z mateřské na dceřinou společnost nemusel být skutečný a úplný – nedošlo k fyzickému předání závodu, matce zůstala i jedna referenční zakázka z ČR a zároveň byla schopna nadále realizovat obdobné zakázky v zahraničí. Jestliže zadavatel zastával a srozumitelně vyjádřil právní názor, že postačí, když referenční zakázka přísluší kterémukoliv ze dvou vzájemně propojených účastníků tendru, pak pochopitelně už tyto dílčí námitky vypořádávat nemusel. Bylo by to zbytečné. Samozřejmě by ale bylo vhodnější, kdyby to takto žalobci ve svém rozhodnutí výslovně zdůvodnil.
50. Nad rámec nutno dodat, že na žalobcovu argumentaci v bodě 37 námitek zadavatel přece jen reagoval. Žalobce uváděl, že se zadavatel nemohl spokojit s referencemi, které předložil samotný Metrostav v řízení jako jiná osoba (čl. 7.6 zadávací dokumentace), neboť Metrostav nemá prostředky k realizaci referenčních zakázek, když je převedl na vybraného dodavatele. Zadavatel uvedl (odstavec II rozhodnutí o námitkách na str. 6), že považuje žalobcovu argumentaci za účelovou a vnitřně rozpornou – u referencí vybraného dodavatele zpochybňuje, že je nemůže uplatňovat, neboť nebyl prokázán převod obchodního závodu a realizačního zázemí. U referenci Metrostavu zase uvádí, že ani Metrostav se nemůže těmito referencemi zaštit'ovat, neboť převedl závod a realizační zázemí na vybraného dodavatele.
51. Krajský soud proto uzavírá, že rozhodnutí o námitkách bylo stručné, ale přezkoumatelné. Proto vadou nepřezkoumatelnosti netrpí ani napadené rozhodnutí, neboť žalobce na svou námitku nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách dostal srozumitelnou odpověď.

Prokazování kvalifikace

52. Ačkoliv žalobce přednesl několik žalobních bodů, ten hlavní se týká zpochybnění kvalifikace vybraného dodavatele. Jednou ze zadávacích podmínek bylo, že uchazeč musí doložit realizaci tří obdobných referenčních zakázek, jejichž předmětem byla výstavba nebo oprava pozemní komunikace. Vybraný dodavatel žádnou referenční zakázku sám nerealizoval. Tyto reference prokazoval tím, že je realizovala část společnosti Metrostav, označovaná jako „Divize 4“, kterou vybraný dodavatel od Metrostavu koupil na základě smlouvy o převodu závodu. Podle žalobce však tento převod závodu a s ním spojený přechod referencí vybraný dodavatel neprokázal. Spor tu je o to, v jaké míře má nabyvatel závodu a referencí tento převod prokázat.
53. Referenční zakázky předložené vybraným dodavatelem lze rozdělit na dvě základní skupiny. Pět referenčních zakázek předložil vybraný dodavatel jako ty, které na něj přešly spolu s odkupem divize 4 – (i) dálnice D3, (ii) D48 Rybí, (iii) D1 modernizace – úsek 03, (iv) D1 modernizace – úsek 06, a (v) dálnice D11. Další tři referenční zakázky prokazoval vybraný dodavatel prostřednictvím společnosti Metrostav, jako jiné osoby dle § 83 zákona o zadávání veřejných zakázek – (vi) Stavba silnice S-7 Gdaňsk, (vii) D8 – Lovosice, a (viii) Modernizace ciagu ulic

Marsa-Žolnierska. Poslední jmenovanou referenci předložil v rámci objasnění nabídky ze dne 7. 5. 2021.

54. Pokud jde o právní úpravu, podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek může k prokázání technické kvalifikace zadavatel požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb, poskytnutých za poslední tři roky před zahájením zadávacího řízení.
55. Podle čl. 7.4.2 zadávací dokumentace měl dodavatel prokázat dokončení minimálně tří stavebních prací obdobného charakteru za posledních pět let (obdobným charakterem se dle zadávací dokumentace rozumí kompletní rekonstrukce konstrukčních vrstev vozovky pozemní komunikace či výstavba nové pozemní komunikace, a to pozemní komunikace s minimálně dvěma jízdními pruhy apod.), přičemž každá z těchto tří referencí musela dosáhnout minimálně 250 mil. Kč. Podle čl. 7.6 zadávací dokumentace může dodavatel prokazovat kvalifikaci prostřednictvím jiné osoby.
56. Podle § 502 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, je závodem organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Podle § 2175 odst. 1 občanského zákoníku pak koupí závodu nabývá kupující vše, co k závodu jako celku náleží. Druhý odstavec téhož ustanovení říká, že koupě závodu se považuje za převod činnosti zaměstnavatele.
57. Z relevantní judikatury obecně vyplývá, že dodavatel může prokazovat svou technickou kvalifikaci, konkrétně referenční zakázky, cizími referencemi, které nabyl od jiného subjektu. V ustanoveních o technické kvalifikaci (§ 79 - § 88 zákona o zadávání veřejných zakázek) tento způsob explicitně upraven sice není, nicméně jde o soudy akceptovaný odraz obchodní reality. Dodavatel tyto „cizí“ reference typicky získá koupí závodu nebo fúzí. Pak na něj přechází spolu se zaměstnanci a materiálním vybavením též možnost uplatňovat takto nabyté referenční zakázky k prokázání vlastní technické kvalifikace. Samozřejmě vyvstává otázka, co vlastně musí takový uchazeč zadavateli prokázat – zda jen převod závodu nebo podrobnější údaje o celé transakci. Prostřednictvím technické kvalifikace zadavatel ověřuje schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku a v případě referencí chce zjistit, zda takovou schopnost dodavatel v minulosti potvrdil při realizaci obdobného plnění.
58. Judikatorní závěry jsou tu následující. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 19. 2. 2015, čj. 30 Af 138/2012-96 uvedl, že referenční zakázky právního předchůdce lze přičítat jako splnění kvalifikačních kritérií právnímu nástupci, ovšem prokáže-li, že nabyl veškeré prostředky, kterými předchůdce referenční zakázku realizoval. Tento rozsudek potvrdil Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 20. 8. 2015, čj. 10 As 55/2015-46. K těmto rozhodnutím je nutné dodat, že šlo o případ, kdy jeden z uchazečů o veřejnou zakázku tvrdil, že na něj přešla část podniku jiné společnosti, ale žádný důkaz k tomu nepředložil. Proto se soudy ani nemusely do hloubky zabývat vyhodnocováním důkazů o převodu závodu. Výše uvedené konstatování soudu o nabytí veškerých prostředků, je proto nutno vnímat v kontextu skutkových okolností řešeného případu. Jiná situace nastala nyní, neboť vybraný dodavatel předložil poměrně ucelený soubor důkazů o převodu části obchodního závodu.
59. Na tuto problematiku měl též vliv rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 10. 2016, čj. 5 As 213/2015-38, zabývající se pojmem reference. Mezi klíčové myšlenky patří, že reference se vždy váže k dodavateli, který uskutečňoval plnění, nikoliv k jeho zaměstnancům. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že reference má prokazovat schopnost dodavatele samostatně a na vlastní odpovědnost poskytnout požadované plnění, včetně (nikoliv však výlučně) zajištění odborných zaměstnanců. Je ovšem nutno zdůraznit zásadní skutkovou odlišnost od žalobcovy kauzy. V případě řešeném Nejvyšším správním soudem totiž nedošlo k převodu závodu, ale spornou byla otázka, zda zaměstnanec může být nositelem reference – tedy odejde-li pracovník, který se podílel na poskytování plnění, tato reference jej „následuje“ a může se jí prokazovat jiný dodavatel, který tuto osobu zaměstná.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

60. Vzdáleně se řešené věci dotýká i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2015, čj. 3 As 204/2014-46 a jemu předcházející rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2014, čj. 62 Af 57/2013-90. Soudy se tam zabývaly otázkou prokazování referencí prostřednictvím poddodavatele ve smyslu nynějšího § 83 zákona o zadávání veřejných zakázek. Nyní žalobce sice některé reference předložil i tímto způsobem, většinu (nutnou pro splnění kvalifikace) však předložil sám. Právě ta bude proto v první řadě předmětem zkoumání soudu.
61. Soudy v citovaných rozsudcích varovaly před formálními nákupy kvalifikace. Dodavatel předloží účelově vytvořenou smlouvu, na základě které používá kvalifikaci svého poddodavatele, aniž by bylo smluvně jasně a přesně zakotvena role tohoto poddodavatele při plnění zakázky. K takovým formálním nákupům referencí jistě může docházet i při koupi závodu. Rozhodující je tu konkrétní skutkový stav.
62. Na vybraného dodavatele tedy měly v nynější věci přejít reference od jiného subjektu v důsledku převodu části závodu. Lze tu vymezit tři základní typy situací. Za první, jde toliko o formální nákup referencí – takový nelze akceptovat. Jsou-li tu indicie, že se dodavatel jen snažil nakoupit reference (absence jakékoliv smluvní dokumentace, neurčitá smlouva, nízká pořizovací cena, nejasné smluvní podmínky apod.), pak kvalifikační kritéria nemůže splnit. Za druhé, nemusíme o přechodu referencí vůbec pochybovat – např. dodavatel bude univerzálním právním nástupcem jiného dodavatele (fúze). Původní společnost zaniká a na právního nástupce přechází veškerá práva a povinnosti (univerzální sukcese). A za třetí, hraniční jsou situace jako ta nynější, kdy dodavatel koupí jen část jiného subjektu (obchodní závod) a tvrdí, že reference na něj přešla jako komponent této části. Kromě prokazování samotného přechodu tu vyvstává další podmínka – referenční zakázku musí realizovat právě ta část, která přechází na právního nástupce. A to je případ vybraného dodavatele. Ten musí v řízení prokázat, že (i) skutečně nabyl část závodu, a že (ii) právě tato část závodu realizovala referenční zakázky, které na něj přešly a které dokládá v zadávacím řízení.
63. V první řadě je tudíž třeba se ptát, zda skutečně převáděná část závodu v podstatné míře realizovala referenční zakázky. Podle krajského soudu vybraný dodavatel hodnověrně prokázal spojení mezi převáděnou divizí 4 a referenčními zakázkami řadou důkazů (v podrobnostech viz odstavce 126-132 prvostupňového rozhodnutí a odstavce 81-85 rozkladového rozhodnutí). Z příkazů ředitele divize 4 vyplývá, že realizací referenčních zakázek pověřoval různé zaměstnance (Ing. Richard Rakouš, Ing. Zdeněk Ludvík, Ing. Josef Král), kteří dle přílohy č. 8 rovněž přechází na vybraného dodavatele. Ze stavebních deníků k referenčním zakázkám vyplývá, že realizujícím střediskem byla divize 4. Stavební deníky též informují o osobách, které se na realizaci projektu podílely – například u zakázky „D3 0309/I Bošilec – Ševětín“ figuruje jako vedoucí projektu Ing. Josef Král, jako stavbyvedoucí Ing. Ondřej Strouhal a jako hlavní stavbyvedoucí Ing. Petr Berník. Přitom všichni tři jsou uvedeni v seznamu zaměstnanců, kteří přešli k vybranému dodavatel. O propojení divize 4 s referenčními zakázkami pak svědčí i výpisy z účetní evidence Metrostav (ve formě notářských zápisů) a potvrzuje to i vyjádření auditora (PricewaterhouseCoopers). O tomtéž vypovídají i prohlášení čtyř bankovních ústavů o trvání práv z bankovní záruky, ve kterých banky potvrzují, že v souvislosti s referenčními zakázkami došlo ke změně dlužníka z bankovní záruky na vybraného dodavatele. Nejde tedy zdaleka jen o důkazy pocházející z činnosti samotné společnosti Metrostav a jí vytvořené, ale i důkazy od třetích subjektů (auditora a bank).
64. Dále je potřeba ověřit, zda vybraný dodavatel prokázal, že na něj opravdu přešla – opět v podstatné míře – ta část závodu, která referenční zakázky realizovala. Také to Metrostav Infrastructure přesvědčivě prokázal (v podrobnostech viz odstavce 133-136 prvostupňového rozhodnutí a odstavce 70-77 a 96-107 rozkladového rozhodnutí). Součástí správního spisu je smlouva o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020, podle které kupuje vybraný dodavatel od společnosti Metrostav část závodu označenou jako „Divize 4“, která se zabývá infrastrukturními projekty v silničním dopravním stavitelství. Podle smlouvy vykazuje tato část závodu funkční

a hospodářskou samostatnost, nepřevádí se spolu s ní žádný nemovitý majetek. Smlouva zejména prokazuje převod části obchodního závodu. Co konkrétně přechází na vybraného dodavatele lze nalézt v přílohách 1 až 14 smlouvy. Dle této dokumentace měly na vybraného dodavatele přejít kromě referencí též závazky z již probíhajících zadávacích řízení, zaměstnanci, zásoby, software a jiný nehmotný majetek, obchodní smlouvy, dlouhodobý hmotný majetek a krátkodobý finanční majetek, pohledávky a dluhy apod. Je pravdou, že v zadávacím řízení předložil vybraný dodavatel smlouvu a přílohy v částečně anonymizované podobě. Konkrétně ve smlouvě o prodeji jsou anonymizována ustanovení o ceně a většina příloh je anonymizovaných úplně (vyjma názvu). Například příloha č. 1, která má dokládat seznam převáděného dlouhodobého hmotného majetku, je úplně anonymizována. Příloha č. 8 (seznam přecházejících zaměstnanců) zase jmenuje pouze 22 osob, ačkoliv na vybraného dodavatele zjevně přešly stovky zaměstnanců. V příloze č. 9 (seznam vybraných referencí) je zveřejněno jen 5 referencí, které vybraný dodavatel nyní uplatnil, ačkoliv je zřejmé, že jich bylo v příloze mnohem více. Krajský soud podotýká, že se s těmito dokumenty seznámil i v neanonymizované podobě, neboť je vybraný dodavatel předložil znovu žalovanému a původně zakryté informace odtajnil. Nicméně již ze samotných názvů anonymizovaných příloh a z jejich rozsahu je zcela zřejmé, že se kromě zaměstnanců převáděl též rozsáhlý movitý majetek, zejména řada strojů a též zásoby. Nešlo tedy rozhodně o pouhý formální převod vyprázdněné účetní jednotky. O tom, že smlouva je platná a realizovala se, pak svědčí výpis z obchodního rejstříku vybraného dodavatele, z něž vyplývá, že k převodu podniku došlo. Právě uložení dokladu o koupi do sbírky listin je přitom pro přechod vlastnického práva k závodu podle § 2180 občanského zákoníku rozhodující.

65. Vybraný dodavatel tedy podle krajského soudu jednoznačně prokázal jak skutečné nabytí divize 4, tak i to, že právě tato divize se rozhodujícím způsobem podílela na realizaci vybraných zakázek u prodávající společnosti Metrostav. Žalobce tu vidí problém primárně v tom, zda lze převáděnou část obchodního závodu spojovat s provedením referenčních zakázek.
66. Důkazní břemeno leželo pochopitelně na vybraném dodavateli. Podle krajského soudu je však nutné k němu přistoupit racionálně a najít určitý kompromis, který naplní na jedné straně účel prokazování kvalifikace (schopnost plnit podpořená minulou zkušeností), na straně druhé nebude neúměrně zatěžovat dodavatele (a nepovede k jejich vyloučení). Především se jeví racionální závěry žalovaného, že v obchodním životě dochází při podnikání k různým změnám. Zaměstnanci odcházejí, realizační zázemí (hmotný majetek – typicky stroje) stárne nebo se poškozuje. Nezřídka proto podnikatel najímá nové zaměstnance a modernizuje realizační zázemí. Jde-li proto o konkrétní zaměstnance a konkrétní věci, krajský soud si uvědomuje, že tu bude velká fluktuace. Zvláště, pokud od splnění referenční zakázky uplynulo několik let – nyní zadavatel stanovil jako referenční období pět let. Nelze zapomínat, že v rámci zadávacího řízení musí dodavatel samozřejmě prokázat, že má odborné zaměstnance a adekvátní realizační zázemí k tomu, aby zadanou zakázku realizoval. To není předmětem hodnocení při posuzování referenčních zakázek. Proto je podle krajského soudu nutno klást zejména důraz na to, zda lze divizi 4 spojovat s referenčními zakázkami jako subjekt, který měl na realizaci zakázky ten největší vliv – řízení, organizace, odpovědnost. Je nutno naopak odmítnout žalobcovu argumentaci, že pro plnění referenčních zakázek musela divize 4 určitě využívat i jiné divize, například divizi 6 (tesařské výrobky a železobetonové konstrukce) nebo divizi 1 (zámečnické práce, inženýrské a podzemní sítě). To jistě ano, nicméně dodavatel běžně používá pro různé úkoly své poddodavatele. To ale neznamená, že zakázku nerealizuje nebo ji nemůže používat jako svou referenci. Proto podílela-li se nějaká z těchto dalších divizí na plnění referenčních zakázek, vůbec to nesnižuje relevanci doložených referencí a roli divize 4.
67. Vybraný dodavatel tak podle krajského soudu prokázal převod závodu a referencí v té míře, aby je bylo možné uznat v rámci zadávacího řízení jako reference vlastní. Ačkoliv by bylo představitelné, že by vybraný dodavatel předložil seznam strojů, které využil Metrostav při realizaci referenčních zakázek, a následně důkaz, že přesně tyto stroje vybraný dodavatel koupil,

je podle krajského soudu takové dokazování nadbytečné. Ze skutkových okolností této věci je zřejmé, že vybraný dodavatel své důkazní břemeno unesl.

68. S tím souvisí žalobcová námitka, že se žalovaný odchýlil od své ustálené praxe, neboť v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0513/2020/VZ (obchvat Jihlavy) byl mnohem přísnější na posuzování toho, co musí dodavatel pro přechod referencí prokázat. Požadoval totiž prokázání veškerých prostředků převodce, využívaných k plnění referenčních zakázek. Především, a to je nutné zdůraznit, citované rozhodnutí později zrušil předseda žalovaného. Ačkoliv se důvody zrušení netýkaly přímo nyní řešené otázky, z čehož žalobce dovozuje jejich správnost, jde o zrušené rozhodnutí. Těžko se může žalobce dovolávat nějaké zavedené praxe, kterou mělo vytvořit jedno, nadto zrušené, rozhodnutí. V obecné rovině platí, že i od ustálené správní praxe se správní orgán může odchýlit. Musí však vysvětlit proč. Za takové vysvětlení lze považovat tvrzení předsedy žalovaného, že požadavek na doložení veškerých prostředků použitých převodcem k realizaci referenčních zakázek, je v praxi neudržitelný a vysvětluje své důvody.
69. K posouzení kvalifikace vybraného uchazeče se váže ještě žalobcová argumentace, že plné znění smlouvy (bez anonymizovaných částí) posuzoval až žalovaný. Jak vyplývá ze správního spisu a krajský soud to již zmínil, zadavatel měl k dispozici smlouvu o prodeji závodu (anonymizován údaj o ceně) a přílohy (anonymizovány části), přičemž vybraný uchazeč zřejmě zpřístupnil z příloh pouze to, co souviselo s referenčními zakázkami. Žalovaný si pak vyžádal plné znění smlouvy a příloh, které mu vybraný uchazeč zaslal. Ve své argumentaci je nepoužil. Krajský soud k tomu podotýká, že pokud by tak učinil, nic závadného by na tom nebylo. Mohl by tím podle krajského soudu zvýšit důvěryhodnost svého rozhodování, kdyby ujistil žalobce, že ve správním řízení ověřil z plného znění smlouvy, že žalobcová podezření jsou lichá. Nicméně v této věci šlo především o to, jaké dokumenty postačují zadavateli k tomu, aby měl jasno o tom, zda na vybraného dodavatele přešly udávané reference, či nikoliv. Měl-li zadavatel o přechodu referencí jasno i z částečně anonymizovaných podkladů, lze mu dát za pravdu. Vybraný uchazeč konec konců doložil kromě smlouvy i další dokumenty, kterými přechod prokazoval. Podle krajského soudu tak už na základě částečně anonymizovaných dokladů byl logický závěr zadavatele, že nešlo o žádný formální převod za účelem nákupu referencí, ale o převedení podstatné části divize, jež realizovala referenční zakázky. Krajský soud ani nepřisvědčil argumentu, že zadavatel nemohl posoudit rozvazovací či odkládací podmínky, které se mohly skrývat v anonymizovaných částech a mohly vést k tomu, že by se převod nakonec nerealizoval. Jde o hypotetickou situaci, která v tomto případě vůbec nenastala. Navíc krajský soud dává za pravdu žalovanému, že smluvní strany mohou měnit smlouvy i dodatky, ke kterým by zadavatel beztak neměl přístup, pokud by mu je samy nezaslaly.
70. Stranou musel krajský soud ponechat námitku, že společnost Metrostav převáděla své části na jiné subjekty účelově kvůli odsouzení v trestní věci, a z toho důvodu měl být převod posouzen jako neplatný. Toto tvrzení žalobce neuvedl v námitkách adresovaných zadavateli, proto žalovaný řízení o návrhu v této části zastavil (výrok I. prvostupňového rozhodnutí). Rozklad proti tomuto výroku nesměřoval, nicméně je zjevné, že by ani neměl šanci na úspěch, a to s ohledem na § 257 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek, z něž jasně vyplývá, že námitce v návrhu musí předcházet námitka vznesená zadavateli. Nadto je vůbec sporné, zda by se tím Metrostav skutečně vyhnul trestu zákazu účasti ve veřejných zakázkách. Jak přiznal sám vybraný dodavatel, orgány činné v trestním řízení s ním jednají jako s právním nástupcem. A srovnává-li žalobce tento případ se Slovenskem, kde měl Metrostav jen převést manažerskou složku, činí tak nedůvodně. Z příloh ke smlouvě o prodeji závodu a ze samotné smlouvy je zřejmé, že Metrostav toho nyní převedl mnohem více než jen několik řídicích zaměstnanců.
71. Žalobce po seznámení s podklady rozhodnutí žalovaného vznesl další námitku a zpochybnil kvalitu referenčních listů u pěti referencí. Námitka spočívala vesměs v tom, že referencemi se nemohl prokazovat ani Metrostav, natož aby přešly na vybraného uchazeče. Podle žalobce totiž byly předložené referenční listy (prokazující realizaci referenčních zakázek) neurčitě, pokud jde o

to, v jakém rozsahu se Metrostav jako jeden z členů sdružení dodavatelů podílel na realizaci prací a zda vůbec nějaké práce realizoval, některé referenční listy také uvádějí celou řadu nedodělků apod. Žalovaný vyhodnotil tuto námitku jako opožděnou a nezabýval se jí.

72. To, že žalobce nestihl lhůtu podle § 251 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek (15 dnů od doručení oznámení o zahájení řízení), je nepochybné. Přičemž § 251 odst. 1 a 4 zákona o zadávání veřejných zakázek striktně stanoví, že v návrhu musí uchazeč uvést v čem spatřuje porušení zákona a následně nemůže svůj návrh měnit či doplňovat (s výjimkou odstranění nedostatků). K takovým změnám žalovaný nepřihlíží. Dále § 251 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek uvádí, že k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavatelem přihlédne žalovaný jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli. Mezi účastníky přitom není sporné, že tato námitka se neobjevila ani v námitkách, které žalobce zadavateli podal, ani v návrhu na zahájení řízení. Žalobce ji ovšem považuje za včasnou, neboť referenční listy viděl až při seznámení se s podklady rozhodnutí v prvostupňovém řízení.
73. Krajský soud tu musí především zdůraznit povahu řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Koncentrace uváděných skutečností a důkazů do poměrně krátké lhůty tu je esenciálním rysem celého řízení. Úprava je velmi striktní (viz výše) a pro výjimku musí být naplněn zákonný objektivní důvod – nemožnost uplatnit námitku u zadavatele. A prokazuje jej navrhovatel. Nyní se žalobce s referenčními listy skutečně seznámil až v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V rámci zadávacího řízení měl žalobce přístup jen k podrobnému zápisu o posouzení splnění podmínek účasti č. 2 (na č. l. 0036). O něj opírá svou argumentaci žalovaný. Obsahuje výčet referenčních zakázek a k roli Metrostavu uvádí například (zakázka D48 Rybí) toto: „*Dodavatel Metrostav Infrastructure a.s., resp. původně Metrostav a.s., měl podíl na plnění v rámci společnosti 60 %, realizoval pozemní komunikaci o 2 jízdních pružích a provedl min. 1 km konstrukčních a obrusných vrstev a min 1. most.*“ Žalobce tak měl minimálně informace o povaze referenčních zakázek a údaje o formě a rozsahu účasti Metrostavu na nich. To, že referenční zakázky neodpovídají požadavkům zadávací dokumentace, tak skutečně mohl žalobce, přinejmenším zčásti, uvést už v námitkách.
74. Navíc tu musí krajský soud též souhlasit s tím, že nové námitky připouští § 251 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek uplatnit jen v návrhu. Žalobce však neudělal ani to, když nové námitky uplatnil až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí. Přitom koncentrace, která žalobce omezovala ve správním řízení, se logicky přenáší i do řízení soudního (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 1. 2021, čj. 10 As 103/2019-76 a ze dne 14. 9. 2022, čj. 3 As 15/2021-41). Úkolem správních soudů je totiž zhodnotit postup žalovaného v rámci procesních předpisů, které na dané řízení dopadají. Nemají nahrazovat činnost správního orgánu tím, že by posuzovaly samy v prvním stupni námitky, jež žalovaný zcela oprávněně a v souladu se zákonem vyhodnotil jako opožděné a nezabýval se jimi.
75. Další námitky žalobce se již všechny týkají toho, že zadavatel řádně neposoudil závazek společnosti Metrostav jako budoucího poddodavatele a referenční zakázky, které vybraný uchazeč prokazoval prostřednictvím této jiné osoby podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle žalobce byl závazek mateřské společnosti podílet se na veřejné zakázce neurčitý a referencí nebyl dostatečný počet, tyto vady odstranil vybraný dodavatel až po lhůtě pro podávání nabídek a závazek i tak zůstal neurčitý.
76. Všem těmto námitkám je společné to, že by bylo zbytečné, aby je posuzoval jak zadavatel, tak žalovaný, a stejně tak i správní soud. Vybraný uchazeč totiž reference od své mateřské společnosti doložil nad rámec pěti, které už zadavateli doložil sám (přešly na něj spolu s divizí 4). Už jakýmkoliv třemi z těchto pěti vlastních referencí splnil kvalifikační kritéria. Tři další reference dokládané jeho poddodavatelem tak neměly na posouzení kvalifikace reálný vliv. I pokud by všechny tři zadavatel neuznal, stejně by vybraný dodavatel kvalifikaci splnil. Žalobce

tedy žádá, aby zadavatel posoudil i tyto tři nadbytečné reference, aniž by ale uvedl, k čemu by takové posouzení vedlo. V podstatě by bylo samoučelné.

77. Navíc byly tyto námitky i opožděné. Pokud jde o neurčitost závazku společnosti Metrostav, podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti obsahuje informaci, že vybraný uchazeč doplnil dodatek č. 1 ke smlouvě o uzavření budoucí smlouvy o dílo, jehož obsahem je rozšíření závazku jiné osoby ve smyslu § 83 zákona o zadávání veřejných zakázek o „zemní práce, provedení konstrukčních a obrusných vrstev vozovky a provedení nosné konstrukce mostu vztahující se k přípravě a realizaci stavby“. Toto zadavatelovo konstatování *de facto* kopírovalo klíčovou pasáž dodatku. Je proto liché žalobcovo tvrzení, že dodatek viděl až v seznámení s podklady rozhodnutí a nemohl tuto námitku dříve uplatnit. A o novou námitku jistě jde. Žalobce sice uvádí, že je tato jeho námitka rozšířením původní námitky, že vybraný dodavatel měl být vyloučen ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalifikace. Takový výklad ale není možný. Námitky vznesené zadavateli a návrh žalovanému by měly „lícovat“. Podle § 257 písm. h) zákona o zadávání veřejných zakázek může žalovaný zastavit řízení o námitce, které nepředcházela námitka vznesená zadavateli. Námitka, že měl být zadavatel vyloučen pro nesplnění kvalifikace, je velmi široká a obecná. Žalobce ji sice vznesl, ale podložil ji výhradně jen tvrzením o nedostatečném doložení referencí, které měly přejít na vybraného uchazeče spolu se čtvrtou divizí Metrostav. Rozhodně si tím žalobce nepřipravil půdu, jak se mylně domnívá, pro jakékoliv další zpochybňování kvalifikace z nejrůznějších jiných důvodů v průběhu správního řízení u žalovaného. Krajský soud proto nesouhlasí se žalobcem, že byla tato námitka včasná.
78. Jde-li o pozdní doložení dodatku a reference, přou se žalobce a žalovaný o to, zda je takové rozšíření možné podle § 46 zákona o zadávání veřejných zakázek. Ten stanoví: „*po uplynutí lhůty pro podání nabídek nemůže být nabídka měněna, nestanoví-li tento zákon jinak; nabídka však může být doplněna na základě žádosti podle odstavce 1 o údaje, doklady, vzorky nebo modely, které nebudou hodnoceny podle kritérií hodnocení.*“ Žalobce z toho dovozuje, že vybraný uchazeč nesplnil technickou kvalifikaci. Na to mu žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí odpověděl (bod 119), že doplňování dokladů k prokázání kvalifikace (i nových referencí či závazků jiné osoby) je možné i po uplynutí lhůty pro podávání nabídek. Proti tomu nezazněla rozkladová námitka a napadené rozhodnutí tak pochopitelně neobsahuje její věcný přezkum. Žalobce tak rozhodně nemůže vytýkat napadenému rozhodnutí, že je v tomto bodě nepřezkoumatelné. Nebyl-li žalobce s argumentací žalovaného v prvostupňovém rozhodnutí spokojen, měl proti ní brojit v rozkladu.
79. Každopádně ale platí, že vypořádávat tento okruh námitek by bylo zbytečné, protože krajský soud dospěl v tomto rozsudku k jednoznačnému závěru, že na vybraného dodavatele přešla právě ta část závodu mateřské společnosti, která realizovala v podstatné míře uplatněné referenční zakázky. Tudíž zkušenosti s předmětem veřejné zakázky prokázal vybraný zadavatel již svými vlastními referencemi. Reference od jiné osoby nepotřeboval, takže jejich vady nehrají v posouzení věci žádnou roli. Jen pro úplnost tak krajský soud podotýká, že v případě, na který odkazuje žalobce na podporu svého tvrzení o nepřipustné změně nabídky po uplynutí lhůty (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021, čj. 31 Af 64/2020-183), šlo o zcela jinou situaci. Zadavatel tam jednoho z uchazečů účelově vyzval k podání vysvětlení v situaci, která byla zcela jasná a žádné vyjasnění nepotřebovala. Tím mu umožnil nezákonně doplnit nabídku (rozšířit jasně daný závazek poddodavatele) po lhůtě pro její podání. K ničemu takovému v nynějším případě nedošlo, nebo to alespoň žalobce netvrdí.

Mimořádně nízká nabídková cena

80. Podle § 113 odst. 1 zákona o zadávání veřejných zakázek *posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele*. Odstavec 4 téhož ustanovení zavazuje zadavatele, aby požádal účastníka řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. A podle § 113 odst. 6 zákona o zadávání veřejných zakázek *zadavatel*

posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Přitom může zadavatel uchazeče vyloučit, jestliže mimořádně nízkou nabídkovou cenu nezdůvodnil.

81. Zadavatel identifikoval celkem čtyři položky, u nichž dospěl k závěru o mimořádně nízké nabídkové ceně: (i) odvoz na skládku, (ii) poplatky za skládku typ S-OO (ostatní odpad), (iii) poplatky za skládku typ S-NO (nebezpečný odpad), a (iv) uložení sypaniny do násypů z nakupovaných materiálů. Vyzval vybraného dodavatele, aby to vysvětlil. Ten nabídl následující vysvětlení, které je součástí oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 5. 2021 (na č. l. 0048). Ad (i) uvedl, že v širším okolí této zakázky provádí jiné stavby, na kterých vytěžený materiál využije. Proto součástí ocenění této položky je jen odvoz na některou z vlastních mezideponií, jejichž průměrná vzdálenost je rozhodně méně než 5 km od stavby, což je vzdálenost, se kterou při tvorbě ceny počítal. Ad (ii) říká, že materiál uloží na mezideponii na svém pozemku a bude se snažit o jeho maximální další využití v souladu s povolením k provozování mobilního zařízení ke sběru odpadů, které k vysvětlení přiložil. Spočítaná jednotková cena tak obsahuje rozpuštěné náklady na provoz pozemků a deponování materiálů. Ad (iii) vybraný uchazeč uvedl, že při tvorbě jednotkové ceny vyšel z nejlevnější komplexní cenové nabídky jednoho ze svých subdodavatelů na skupiny položek „Demolice“ a „Oplocení“ (kalkulaci k vysvětlení přikládá) a rozpočítal dle svého odhadu nabídnutou cenu mezi jednotlivé položky. Tak se mohlo stát, že cena za konkrétní položku „uložení odpadu na skládku“ nedosahuje ani výše povinných poplatků. Vybraný uchazeč však zadavatele ujistil, že veškeré poplatky řádně odvede a výslednou cenu dodrží. Ad (iv) uvedl, že v regionu aktivně působí několik let a je schopen zajistit nižší ceny s ohledem na dlouhodobou spolupráci s prodejci stavebních materiálů a na množstevní slevy, kterých díky velkým odběrům dosahuje. Dále chce využívat materiál z jiných zakázek, které v regionu realizuje, a vyžít vlastní stroje (dozér, válec, rypadlo, nákladní automobily) a dělníky, které je díky souběžné realizaci prací na různých zakázkách je schopen využít s maximální efektivitou a bez prostojů. Ke všem položkám doložil rozbory kalkulací.
82. Žalobci v první řadě vadí, že zadavatel se k odůvodnění této ceny sám vůbec nevyjádřil. V tom spatřuje netransparentnost postupu zadavatele. Teprve ve druhé řadě, a poměrně úsporně, argumentuje v tom směru, že vybraný uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu vysvětlil neuspokojivě.
83. Krajský soud považuje za vhodné zdůraznit, k čemu institut mimořádně nízké nabídkové ceny slouží. Především jde o ochranu zadavatele proti uchazečům, kteří jednájí s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat – s tím je spojeno nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních obtíží dodavatele realizována, nebo bude v rozporu se zákonem navýšena její cena (srov. bod 30 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2012, 1 Afs 42/2012-51). Má bránit uchazečům v nabízení objektivně nereálné nabídkové ceny s cílem získat konkurenční výhodu oproti ostatním uchazečům (srov. bod 29 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 9. 2017, čj. 5 As 180/2016-32). S tím souvisí i to, jak právní úprava nakládá s hodnocením mimořádně nízké nabídkové ceny. Podle § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek se dbá na to, aby uchazeč svou mimořádně nízkou nabídkovou cenu vysvětlil zadavateli – ten si má takové vysvětlení vyhodnotit a v souvislosti s ním zvážit další účast uchazeče v řízení. Ačkoliv samotný institut má za cíl chránit zadavatele, jeho úprava v zákoně sleduje i další cíl – transparentnost zadávacího řízení. A právě tento „sekundární“ cíl zdůraznil Nejvyšší správní soud v rozsudku citovaném oběma stranami čj. 3 As 332/2019-41 (a předtím Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 24. 9. 2019, čj. 31 Af 48/2018-63). Konkrétně tam Nejvyšší správní soud uvádí, že krajský soud „*v napadeném rozsudku vhodně položil důraz právě na zásadu transparentnosti, jestliže zaujal názor, že bez ohledu na „změkčení“ povinnosti k vyloučení uchazeče, musí být zvolený postup stěžovatelky jako zadavatele při posouzení objasnění MNNC v souladu s touto zásadou.*“
84. A musí zadavatel posouzení odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny odůvodnit? Krajský soud se na rozdíl od vybraného uchazeče a žalovaného domnívá, že ano. Jistě lze rozumět i

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

argumentaci, že slouží-li mimořádně nízká nabídková cena k ochraně zadavatele a zadavateli si odůvodnění takové ceny vyposlechl, proč by měl vysvětlovat, že odůvodnění považuje za srozumitelné? Takový přístup ovšem, podle krajského soudu, zcela upozaďuje princip transparentnosti. Veřejné zakázky jsou lukrativní oblast, do níž vstupují uchazeči s různou motivací. Výše nastíněný závěr žalovaného by mohl vést k tomu, že odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny by fakticky postrádalo kontrolu – zadavatel se k němu nemusí vyjadřovat, a ostatním uchazečům, žalovanému či soudu po tom nic není, protože zadavatel své vyjádření nikomu nedluží. Proti takovému přístupu navíc svědčí judikatura. Nejvyšší správní soud v rozsudku čj. 3 As 332/2019-41 jasně uzavřel, že „*postup stěžovatelky jako zadavatele takový nebyl (transparentní – pozn. krajského soudu), neboť opomněla ve zprávě o hodnocení nabídek uvést odůvodnění svého posouzení MNNC.*“ Přitom Nejvyšší správní soud posledně citovaným rozhodnutím potvrdil rozsudek Krajského soudu v Brně čj. 31 Af 48/2018-63, z něž to plyne jasněji: „*Pro dodržení zásady transparentnosti musí být postup zadavatele především přezkoumatelný. Z dokumentace o zadávacím řízení musí být v první řadě seznatelné, že se zadavatel objasněním mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval a s jakým výsledkem.*“ Tyto závěry do jisté míry změkčuje rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 9. 2017 (předchází oběma uvedeným rozhodnutím), čj. 5 As 180/2016-32, kde Nejvyšší správní soud uvedl v bodě 36 toto: „*v některých výjimečných situacích by nebylo nutné pokaždé vyžadovat po hodnotící komisi podrobné vyhodnocení, proč má vysvětlení uchazečů za dostačující a z jakých důvodů považuje nepřiměřeně nízkou nabídkovou cenu za řádně zdůvodněnou; bude se jednat zejména o případy, kdy vysvětlení podané uchazeči bude zcela jednoznačné a přesvědčivé, a proto postačí, pokud si její hodnotící komise osvojí.*“ Hned v další větě ovšem Nejvyšší správní soud doplňuje, že „*i v takových případech je ovšem s ohledem na zásadu transparentnosti nezbytné, aby hodnotící komise vždy projevila zcela jasně svůj hodnotící závěr. že takové vysvětlení akceptuje a ztotožňuje se s ním, např. proto, že je věrohodné a dostačující.*“ (zvýraznění doplnil krajský soud).

85. V nynější věci zadavatel zveřejnil, jak se na mimořádně nízkou nabídkovou cenu dotazoval a co mu vybraný uchazeč odpověděl (viz výše). Zadavatel toto odůvodnění zjevně akceptoval, neboť další vysvětlení nepožadoval a s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu. V oznámení o výběru dodavatele však k odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny uvedl jen to, že ji vybraný uchazeč zdůvodnil. Bližší podrobnosti měl obsahovat podrobný zápis o posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, který tvoří přílohu tohoto oznámení o výběru dodavatele, který však uvádí totéž a ani tam zadavatel své posouzení nijak více nevysvětlil. Zadavatel tu svou roli jednoznačně podcenil. Ke čtyřem různým vysvětlením zadavatele týkajícím se čtyř různých složek nabídkové ceny se měl jednotlivě vyjádřit alespoň v tom smyslu, zda je shledává dostatečnými a přesvědčivými. Zadavatel však jednoznačně a výslovně nevyjádřil ani to, že jej uchazečova vysvětlení uspokojila. Proto soud nemůže souhlasit s názorem žalovaného, že zadavatelův postup byl zcela správný.
86. Krajský soud si nicméně kladl otázku, zda by přece jen zadavatelovo velmi stručné vyjádření nemohlo obstát. Jak krajský soud uváděl výše, v rozsudku čj. 5 As 180/2016-32 Nejvyšší správní soud připustil i stručné (*de facto* jen potvrzující) schválení odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zvláště tam, kde je vysvětlení srozumitelné a kvalitní. Pokud by bylo vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny matoucí, nesrozumitelné, a v důsledku netransparentní, pak by zadavatelův postup skutečně veřejnou soutěž ohrozil. Zatímco je-li vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny přesvědčivé, jasné a srozumitelné, je logické, že zadavatelova reakce bude stručná a nejspíše se s takovým vysvětlením jen ztotožní.
87. V nynější věci jde o zdůvodnění čtyř různých cenových položek, přičemž zadavatel na ně reagoval písemností ze dne 7. 5. 2021. Jeho odůvodnění soud ve zkratce uvedl výše, přičemž lze jednoznačně uzavřít, že jde o zdůvodnění racionální a především uvěřitelné. Vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny může být vždy preciznější, přesnější nebo podrobnější. K tomu taky míří žalobcovy námitky. Důležité je, zda je takové vysvětlení srozumitelné a uvěřitelné pro zadavatele. Objasnování mimořádně nízké nabídkové ceny není samostatným

procesem, v němž má uchazeč ke všem svým tvrzením předkládat důkazy a má obstát při kontrole svého vysvětlení ostatními uchazeči. Pokud je pro zadavatele vysvětlení přesvědčivé, žádný předpis mu neukládá, že musí požadovat též důkazy pro ověření takového vysvětlení. Je na něm, jak obezřetný bude.

88. U položek ad (i) a (ii) žalobce uvádí, že vybraný zadavatel neuvedl konkrétní lokality svých mezideponií. Podle krajského soudu to ale nebylo nezbytné. Vybraný uchazeč omezil lokalitu na vzdálenost 5 km od řešené zakázky, přičemž právě vzdálenost je klíčová s ohledem na výpočet ceny odvozu odpadu. Žalobce přitom netvrdí, že by se takováto lokalita v dané vzdálenosti z nějakých objektivních důvodů vůbec nemohla nacházet.
89. V případě ceny ad (iii) žalobce namítá, že vybraný dodavatel přiznal svůj chybný postup, neboť cenu za likvidaci odpadu stanovil bez vazby na skutečné ceny v místě a čase obvyklé – měl poctivě nacenit každou jednu položku rozpočtu, jak to požadoval zadavatel.
90. Krajský soud musí předně zdůraznit, že nyní jde o vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny. Z tohoto pohledu zdůvodnění vybraného dodavatele ob stojí. Srozumitelně popsal, že sporná položka je součástí agregované ceny, kterou mu nabídl pro celou skupinu položek pod hlavičkou „Demolice“ jeho subdodavatel, a své tvrzení doložil cenovou nabídkou onoho poddodavatele. Pochybnosti o tom, že bude schopen požadované plnění poskytnout za nabídnutou cenu, tím podle krajského soudu dotázaný uchazeč úspěšně rozptýlil.
91. Žalobce tu ovšem ještě nadnesl tvrzení, že tím vybraný dodavatel porušil zadávací podmínky. Ty stanoví v odstavci 9. 1. 7., že účastník zadávacího řízení doloží nabídkovou cenu předložením vyplněného položkového rozpočtu – soupisu prací. Přitom není oprávněn jinak do rozpočtu zasahovat, zejména přidávat nebo odebírat položky, a všechny položky musí být oceněny částkou větší než 0. V následujícím odstavci 9. 1. 8. zadávací dokumentace stanoví, že účastník je povinen ocenit veškeré činnosti (položky) v soupisu prací jednotkovými cenami i celkovými cenami, pokud není u konkrétní položky uvedeno jinak. A za správný výpočet celkové ceny odpovídá účastník.
92. Podle žalovaného ani v tomto směru nelze zadavateli nic vytknout (srov. odst. 162 napadeného rozhodnutí). I podle krajského soudu splnil vybraný dodavatel formální podmínky zadávací dokumentace. Každou jednotlivou položku rozpočtu ocenil částkou, která je vyšší než 0 Kč. Do položek v seznamu nezasahoval a žádné nové položky nepřidával. Žalobci jde o to, že cena uvedená u jedné z položek neodpovídá skutečnému ocenění, ale jde o „odhad“ vzniklý rozdělením jedné souhrnné poddodavatelovy ceny mezi několik položek (viz výše). Takové ocenění ovšem podle krajského soudu není *stricto sensu* proti textu zadávacích podmínek. Určení ceny tímto způsobem je rizikem uchazeče, protože on odpovídá za její správný výpočet. Podle odstavce 9. 1. 11. nebude mít uchazeč právo domáhat se zvýšení sjednané ceny z důvodu chyb nebo nedostatků učiněných dodavatelem v předloženém nabídkovém rozpočtu. Jde o ekonomické riziko uchazeče, které tímto krokem podstupuje. Samozřejmě se tím může uchazeč (u některých položek) dostat do roviny mimořádně nízké nabídkové ceny. To se stalo i nyní vybranému dodavateli ovšem ten svůj postup uspokojivě vysvětlil, jak soud zhodnotil výše. Námitka, že vybraný uchazeč nesplnil zadávací podmínky, je proto nedůvodná.
93. Odkazuje-li žalobce na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, čj. 1 Afs 45/2010-159, kladoucí akcent na zásadu transparentnosti v postupu zadavatele, není s ním nyní postup v rozporu. Samotné posouzení odůvodnění ze strany zadavatele mohlo být kvalitnější. Ovšem nešlo o žádný zlovolný či zakrývající tah zadavatele, který by se na mimořádně nízkou nabídkovou cenu dotazoval jen formálně a snažil by se vést zadávací řízení netransparentně. Zadavatel naopak sám a bez nějakého upozornění ze strany ostatních uchazečů mimořádně nízkou nabídkovou cenu identifikoval, označil konkrétní „podezřelé“ položky a požadoval k nim vysvětlení. Svou výzvu i uchazečovo vysvětlení řádně zpřístupnil ostatním účastníkům, a ti tak měli sami možnost jeho přesvědčivost posoudit.

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

94. Krajský soud dospěl k závěru, že zadatelova reakce na vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny byla na samé hraně toho, co lze akceptovat. Ačkoliv bylo žádoucí, aby zadatel i takové vysvětlení „posvětil“ svým odůvodněním, lze v těchto konkrétních skutkových okolnostech akceptovat i zadatelovo stručné vyjádření (s ohledem na povahu a srozumitelnost odůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny).

Procesní pochybení žalovaného

95. Námitka o krátké lhůtě pro vyjádření k podkladům rozhodnutí krajský soud nepřisvědčil. V první řadě musí krajský soud reagovat na žalobcovu tvrzení, že si právního zástupce může zvolit kdykoliv během řízení a má právo na právní pomoc garantované čl. 37 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. To jistě má. Ale zároveň platí obecná zásada *vigilantibus iura scripta sunt*, tedy právo svědčí bdělým. Žalobce si zvolil právního zástupce v průběhu sedmidenní lhůty pro seznámení s podklady rozhodnutí s odůvodněním, že si uvědomil odbornou náročnost celého případu. Tomu ale krajský soud nevěří. Žalobce se přihlásil do zadávacího řízení, ve kterém musel podávat námítky proti postupu zadavatele – již to je právně složitá záležitost, která mimo jiné předurčuje rozsah přezkumu u žalovaného. Následně podával u žalovaného návrh na zahájení řízení, podmíněný vysokou kaucí přes 4 mil. Kč. Krajský soud nevidí rozumný důvod, proč žalobci došla tíha odborné stránky případu až na konci prvostupňového řízení. A žalobce jej nenabízí.
96. Zvolení právního zástupce prakticky na konci lhůty pro seznámení se s podklady rozhodnutí považuje soud spíše za snahu protáhnout řízení než o odůvodněnou potřebu žalobce, na kterou by bylo nutné reagovat požadovaným prodloužením lhůty. Navíc žalovaný lhůtu o 7 dnů prodloužil a tím nějaký čas novému právnímu zástupci žalobce poskytl. Konečně nelze přehlížet, že žalobce ani v rozkladu, ani v žalobě neuplatnil žádné námítky, o nichž by tvrdil, že je byl schopen formulovat až po nastudování věci právním zástupcem.
97. I námítky podjatosti jsou nedůvodné. Žalobce namítal podjatost dvou členů rozkladové komise (desetičlenné), advokátů, kteří mají být nějak propojeni s různými subjekty. Mgr. Romana Derková působí v advokátní kanceláři, která zastupuje společnost Metrostav (tedy poddodavatel vybraného uchazeče a jeho mateřská společnost). Mgr. Martin Kramář, LL.M., je společník advokátní kanceláře, která poskytuje právní servis ŘSD, které může mít určitý zájem na výsledku řízení. ŘSD je zadavatelem několika podobných zakázek, v nichž řeší obdobné problémy, které vyvstaly v tomto řízení.
98. Námitku podjatosti podle § 14 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, lze vznést při důvodném předpokladu, že úřední osoba má s ohledem na svůj poměr k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům takový zájem na řízení, pro nějž lze pochybovat o její nepodjatosti. Nyní žalobce u obou zmíněných osob fakticky vznesl námitku opírající se o údajný poměr k věci. Tedy, že oba advokáti nemohou být nestranní, neboť klienti jejich advokátních kanceláří mají určitý zájem na tomto řízení, byť nejsou jeho účastníky. Podle krajského soudu však taková obava pro vyloučení jmenovaných osob nestačí.
99. Nejvyšší správní soud se v rozsudku ze dne 26. 6. 2013, čj. 1 Afs 7/2009-753, č. 2906/2016 Sb. NSS, zabýval výkladem § 14 správního řádu a nastínil třífázový algoritmus při posuzování podjatosti: (i) zda existuje relevantní poměr úřední osoby k věci, k účastníkům řízení nebo jejich zástupcům – např. profesní vztah, (ii) zda z takového poměru vyplývá zájem úřední osoby na výsledku řízení, a (iii) zda tento zájem má takový charakter, pro který lze pochybovat o nepodjatosti úřední osoby.
100. U Mgr. Derkové by teoreticky mohly existující indicie vyvolávat určité obavy z podjatosti. Je advokátkou v kanceláři, která v různých řízeních zastupovala Metrostav, tedy mateřskou společnost vybraného uchazeče. To, zda jeho dceřiná společnost zvítězí v daném zadávacím řízení, je v zájmu Metrostavu – už jen proto, že má figurovat jako poddodavatel. O zájmu

Metrostavu netřeba pochybovat. Podstatné ale je, zda má zájem na výsledku řízení také sama úřední osoba. Podle krajského soudu tu jsou pochybnosti už v případě první podmínky, tedy o *relevantním poměru* mezi Mgr. Derkovou a Metrostavem. Kromě advokátní kanceláře tu není žádné další spojení. V odborné veřejnosti je předmětná advokátní kancelář Havel & partners, s. r. o., dobře známa – jde o jednu z největších advokátních kanceláří v České republice (ne-li vůbec největší). V řízení přitom žalobce netvrdil, že by přímo Mgr. Derková společnost Metrostav zastupovala. Soud tu vzal v úvahu i to, že podíl Mgr. Derkové na rozhodování správního orgánu byl jen nepřímý – byla členem kolektivního orgánu, který měl při rozhodování pouze poradní hlas. Konečné rozhodnutí záviselo na předsedovi žalovaného. K tomu, aby vznikly důvodné obavy, že Mgr. Derková výsledek řízení ovlivnila, by musel být její zájem na výsledku řízení velmi silný a její poměr k věci by musel být bezprostřední. Takový poměr nelze dovodit z velmi vzdáleného a žalobcem namítaného spojení přes advokátní kancelář, kde je zaměstnána a která má zcela jistě desítky či dokonce stovky různých klientů.

101. Krajský soud si je přitom vědom rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, který shledal důvodnými obavy z podjatosti u soudkyně, jejíž manžel pracoval v advokátní kanceláři, jež zastupovala jednu ze stran sporu (usnesení ze dne 27. 5. 2021, čj. Nao 94/2021 - 37). Toto kauzu však sám správní soud označuje jako hraniční (srov. usnesení ze dne 15. 6. 2023, čj. Nao 87/2023 - 67). V nynější věci shledal krajský soud podstatné odlišnosti. Především úřední osoba, o jejíž podjatost šlo, se bezprostředně nepodílela na rozhodování věci jako soudce (mohla mít vliv pouze na závěry poradního orgánu). Navíc nepracovala v běžné, ale ve velmi velké advokátní kanceláři, aniž by přitom žalobce tvrdil, že by se snad ona sama přímo podílela na právních službách poskytovaných Metrostavu nebo že by výše jejích příjmů závisela na rozhodnutí toho, kdo v dané advokátní kanceláři působí jako zástupce Metrostavu a zároveň jako statutární orgán. Kombinace jen hypotetického zájmu dané osoby na výsledku řízení s jejím slabým a nepřímým vlivem na výsledné rozhodnutí tak podle krajského soudu obavám z podjatosti nenasvědčuje.
102. V případě Mgr. Kramáře je pak situace ještě jednodušší. Žalobce tu konkrétně nevysvětlil, v čem tvrzená podjatost spočívá. Zmíněný člen rozkladové komise působí v advokátní kanceláři, která poskytuje právní servis ŘSD, které není účastníkem tohoto řízení. Na vysvětlenou žalobce uvádí, že ŘSD má nějaký zájem na výsledku tohoto řízení, ačkoliv vůbec není patrné, jaký. Jistě je možné, že ŘSD figuruje jako zadavatel v řízeních, kde řeší obdobný problém – přechod referencí z Metrostavu na jiné společnosti. A se zájmem tak ŘSD mohlo sledovat, jaké budou závěry žalovaného. Primárně proto, aby ŘSD mohlo správně vést zadávací řízení. Vůbec ovšem není patrné, proč by mělo mít ŘSD zájem přiklonit se na jednu či druhou stranu sporu. Žalobce tu žalovanému vyčítá, že si podjatost vykládá úzce. Naopak. Žalobce vnímá podjatost velmi široce a domáhá se jejího uplatnění při obecné a neodůvodněné pochybnosti.
103. K této námitce musí krajský soud nad rámec nutného dodat, že je samozřejmě lichá argumentace předsedy žalovaného, že se námitky podjatosti týkaly jen menšiny v kolektivním orgán. Tento pohled předsedy žalovaného je zcela nesprávný a nemá místo ani jako podpůrná argumentace. Jsou-li pochybnosti o nepodjatosti úřední osoby, je lhostejné, zda a v jak velkém kolektivním orgánu působí. Je tomu tak ze zřejmých důvodů. Předseda žalovaného tuto otázku zúžil jen na poměr hlasování a tam jsou zpochybněti členové rozkladové komise ve výrazné menšině (dva ku osmi). Ale takový člen, mající zájem na řízení, může ovlivnit i ostatní nestranné členy – přesvědčováním, jednostrannou argumentací, zpochybňováním argumentů „druhé“ strany apod. Avšak s ohledem na to, že předseda žalovaného tento argument využil toliko okrajově a poté, co žalobcovu námitku jinak věcně správně vypořádal, nejde o vadu odůvodňující zrušení napadeného rozhodnutí.
104. Žalobce závěrem zpochybňuje i další postup žalovaného, tedy že po vydání prvostupňového rozhodnutí zveřejnil dne 8. 10. 2021 na svých webových stránkách tiskovou zprávu o tomto případě. Ačkoliv nebylo prvostupňového rozhodnutí v právní moci (žalobci běžela lhůta

k podání rozkladu), žalovaný tam sdělil, že odsouhlasil postup zadavatele v této věci. Ze správního spisu soud zjistil, že tisková zpráva obsahovala i tento text: „*Rozhodnutí není pravomocné a může být proti němu podán rozklad.*“ Žalobce si na zveřejnění tiskové zprávy stěžoval a žalovaný jej o vyřízení stížnosti informoval (vyrozumění ze dne 19. 10. 2021, čj. ÚOHS-34688/2021/441/KŠo).

105. Žalobce tu přináší dvě základní skupiny námitek. Z tiskové zprávy podle něj nevyplývá, že závěry žalovaného může revokovat jeho předseda. A z textu tiskové zprávy se jeví, že jsou závěry žalovaného definitivní a ať žalobce namítne cokoliv, bude neúspěšný. To podle žalobce ovlivnilo předsedu žalovaného, narušilo dvojinstančnost řízení a rovnost stran.
106. První argumentační linka žalobce je zcela lichá. Z tiskové zprávy jasně plyne (viz citace shora), že žalovaný informuje veřejnost o tom, že rozhodnutí není pravomocné a může být napadeno rozkladem. Krajský soud proto nesdílí žalobcovy námítky, že tisková zpráva popisuje prvostupňové rozhodnutí a jeho závěry jako definitivní či neměnné. Naopak explicitně upozorňuje, že o definitivní závěry jít nemusí.
107. Krajský soud pak nepřisvědčil ani tomu, že by daná tisková zpráva nějak předurčila rozkladové řízení. Žalobce tak usuzuje jen proto, že byl s rozkladem neúspěšný. To samozřejmě neznamená, že předseda žalovaného chtěl rozhodnout v souladu s tiskovou zprávou. Zkrátka nedal za pravdu žalobcovým věcným argumentům. A po přezkoumání napadeného rozhodnutí a správního spisu tento postup potvrdil i krajský soud.
108. Nad rámec dosud řečeného se žalobce dotkl i zásady neveřejnosti správního řízení, kterou žalovaný údajně porušil zveřejněním nepravomocného rozhodnutí. Žalobce má pravdu v tom, že vedené řízení je neveřejné. To se ostatně projevuje v tom, že veřejnost nemá právo přihlížet a kontrolovat jednání žalovaného, jako tomu je u soudních řízení. Žalovaný tu však podle krajského soudu správně poukázal na skutečnost, že podle setrvalé judikatury správních soudů (rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 30. 5. 2019, čj. 31 A 136/2017-42, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze 13. 1. 2020, čj. 7 As 245/2019-28 nebo ze dne 2. 7. 2020, čj. 6 As 66/2020-32) má žalovaný povinnost, na žádost o poskytnutí informace, poskytovat i nepravomocná rozhodnutí. Nyní žalovaný prvostupňové rozhodnutí ani nezveřejnil, ale jen jej shrnul v tiskové zprávě. Žádné konkrétní údaje z neveřejné části spisu nevyzradil. Podle krajského soudu jde naopak o transparentní postup žalovaného, který o své činnosti informuje veřejnost. A pokud se tímto postupem řídil jiný zadavatel, nejde o žádnou negativní skutečnost, kterou by bylo nutné korigovat v soudním řízení. Takový zadavatel pochopitelně riskuje, že jím následované rozhodnutí bude zrušeno. Námítka je proto nedůvodná.

VIII. Závěr a náklady řízení

109. Soud shrnuje, že žalobu jako nedůvodnou zamítl. Podle krajského soudu vybraný uchazeč prokázal, že na něj přešla část závodu a reference, které může v řízení prokazovat jako své vlastní. Referencemi od poddodavatele by tak bylo zbytečné se hlouběji zabývat. Mimořádně nízkou nabídkovou cenu zdůvodnil vybraný uchazeč logicky a uspokojivě, proto postačí, že se s jeho vysvětlením zadavatel ztotožnil konkludentně, tedy mlčky. Ani žalovaný se žádného procesního pochybení nedopustil.
110. O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu těch nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který úspěch ve věci neměl. Žalobce před soudem neuspěl (soud žalobu zamítl jako nedůvodnou), proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu by jinak – jakožto úspěšnému účastníkovi řízení – právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu mu je však nelze přiznat, neboť nepřesahují rámec jeho běžné úřední činnosti (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 31. 3. 2015, čj. 7 Afs 11/2014-47, č. 3228/2015 Sb. NSS).

Shodu s prvopisem potvrzuje: Jaroslava Předešlá

111. O nákladech osob zúčastněných na řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. V tomto řízení žádná povinnost osobám zúčastněným na řízení uložena nebyla.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních právních předpisů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 20. 7. 2023

Mgr. Milan Procházka, v. r.
předseda senátu