



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Aleše Roztočila a soudců JUDr. Jiřího Pally a Mgr. Petry Weissové v právní věci žalobkyně: **Gardenline s.r.o.**, IČO 272 63 827, se sídlem Na Vinici 948/13, Litoměřice, zast. Mgr. Martinem Horákem, advokátem, se sídlem Jandova 208/8, Praha 9, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: město Aš, se sídlem Kamenná 473/52, Aš, zast. JUDr. Janou Wenigovou, advokátkou, se sídlem Jateční 2121/6, Karlovy Vary, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 26. 11. 2020, č. j. ÚOHS-32878/2020/322/MPe, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8. 7. 2022, č. j. 62 Af 8/2021-165,

t a k t o :

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

O d ů v o d n ě n í :

I. Dosavadní průběh řízení

[1] Žalobkyně byla účastníkem otevřeného zadávacího řízení pro zadání podlimitní veřejné zakázky na stavební práce „KAPLAN/KA – Společná historie Aše a Selbu v časové ose, č. 239“, zadavatele město Aš, ve kterém byla jako dodavatel vybrána společnost RMC STAVBY s.r.o., IČO: 29156033, se sídlem Wolkerova 1540/8, Cheb. Proti výběru dodavatele podávala žalobkyně opakovaně námitky, které však nevedly k výběru jiného dodavatele. V návaznosti na poslední rozhodnutí o námitkách ze dne 18. 5. 2020 podala žalobkyně návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u žalovaného.

[2] Předseda žalovaného v záhlaví uvedeným rozhodnutím v rozsahu rozhodném pro řízení před správními soudy zamítl podaný rozklad a potvrdil prvostupňové rozhodnutí žalovaného ze dne 31. 8. 2020, č. j. ÚOHS-27000/2020/511/LHL, kterým byl zamítnut návrh žalobkyně na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

[3] Žalobkyně napadla rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou u Krajského soudu v Brně. Žalobkyně namítala, že referenční zakázky doložené vybraným dodavatelem nebyly realizovány řádně, a proto nejsou způsobilými referenčními plněními. Žalovaný pochybil tím, že v prvostupňovém rozhodnutí věcně nezkoumal, zda bylo plnění ve věci referenční zakázky „areál Lokomotiva“ poskytnuto řádně. Referenční zakázka „LaRitma“ nebyla podle žalobkyně potom plněna v souladu se smlouvou. Stavba podle žalobce ke dni 31. 7. 2018 vykazovala hrubé nedostatky a vady, které bránily jejímu provozu, a to zejména v souvislosti s požární ochranou. Zakázka „LaRitma“ nemohla být užita jako referenční zakázka také proto, že stavbyvedoucí V. R. nebyl autorizovanou osobou ve smyslu § 160 odst. 1 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon).

[4] Krajský soud nadepsaným rozsudkem žalobu zamítl. Konstatoval, že v případě referenčních plnění „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“ byly stavby jejich objednatelem převzaty s dílčími vadami a nedodělky. To však ještě neznamená, že by plnění nebyla řádně uskutečněna, tj. že by tato osvědčení nemohla osvědčovat řádné „poskytnutí a dokončení“ ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Jakékoli plnění, a tedy i to, jež prochází osvědčením pro účely prokázání referenčního plnění ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, lze převzít (pokládat je za řádně předané a převzaté) i s vadami a nedodělky. Posouzení charakteru vad a nedodělků z pohledu řádného poskytnutí a dokončení plnění, jež je určující pro převzetí plnění, je především věcí objednatele takového plnění. Ve vztahu k předkládání referenčních plnění je tedy především věcí objednatele (tj. poskytovatele reference), zda na plnění, jež nebylo bez vad a nedodělků, bude nahlížet jako na „poskytnuté a dokončené“ a osvědčení vystaví. Osvědčení předložená ve vztahu k oběma „referenčním plněním“ tedy požadavku podle § 79 odst. 2 písm. a) vyhovovala.

[5] Krajský soud v této souvislosti zdůraznil, že zadavatel má oprávnění ověřovat věrohodnost dodavatelem poskytnutých dokladů (§ 39 odst. 5 věta druhá ZZVZ), nicméně v posuzovaném případě reálné pochybnosti o věrohodnosti poskytnutých osvědčení dány nebyly. Při realizaci dvou referenčních plnění došlo k jejich předání s vadami a nedodělky, které byly řádně zaznamenány v přílohách předávacích protokolů spolu se stanovením blízkého termínu k jejich odstranění. Je třeba přihlídnout také k tomu, že plnění „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“ byla akcemi trvajícími bezmála rok s náklady v nezanedbatelné výši (40.772.177 Kč a 28.948.244 Kč), a u takto rozsáhlých plnění lze výskyt „běžných“ vad a nedodělků předpokládat, přitom z ničeho neplyne, že by tyto vady a nedodělky byly zásadního charakteru. Jestliže objednatelé vystavili pro vybraného dodavatele „kladné“ osvědčení, mohl je zadavatel v nyní posuzované věci přijmout, aniž by dále věrohodnost ve smyslu § 39 odst. 5 věty druhé ZZVZ ověřoval. Rozhodovací praxe žalovaného ve věci, v níž na základě skutkových poměrů tamní věci pochybnosti dány byly, není namístě se dovolávat.

pokračování

[6] Nedůvodnou shledal krajský soud také námitku, že plnění „LaRitma“ nebylo možné využít jako referenční plnění z důvodu výkonu funkce stavbyvedoucího osobou, která nedisponovala potřebným oprávněním. Ačkoliv stavbyvedoucí příslušnou autorizaci neměl, dodavatelem byla ustanovena autorizovaná osoba, která garantovala potřebnou úroveň poskytnutého plnění. Nadto je zjevné, že otázka pochybení v souvislosti s absencí autorizace u stavbyvedoucího podléhá doзору ze strany stavebního úřadu, který pochybení podle svého vlastního vyjádření neshledal.

[7] K námitce, že žalovaný se nezabýval referenčním plněním „areál Lokomotiva“ krajský soud konstatoval, že dodavatel kromě plnění „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“ jako referenci doložil také plnění „revitalizace Městského úřadu v Aši“, které nebylo nikým zpochybněno. Za tohoto stavu dal krajský soud za pravdu žalovanému, že nebylo třeba zabývat se otázkou, zda nepředání stavebních deníků či existence jiných vad u plnění „areál Lokomotiva“ mohlo způsobit „nepoužitelnost“ reference, jelikož tato reference šla „nad rámec“ dvou referencí potřebných dle zadavatelem stanovených podmínek. Pokud se předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí k plnění „areál Lokomotiva“ přesto vyjádřil, jedná se pouze o vyjádření „*obiter dictum*“, které nezpůsobuje nezákonnost napadeného rozhodnutí, ani nezasahuje do práva žalobkyně na dvouinstanční řízení.

II. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[8] Žalobkyně (dále „stěžovatelka“) napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností. Namítá, že krajský soud nesprávně posoudil otázku, zda referenční zakázky v posuzovaném případě lze považovat za řádně splněné ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ. Argumentace krajského soudu ve světle zjištěných nedostatků u předmětných referenčních zakázek nemůže obstát.

[9] V případě referenčního plnění „areál Lokomotiva“ si smluvní strany sjednaly vyloučení ustanovení § 2628 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, tj. ustanovení umožňujícího objednateli odmítnout převzetí stavby pro ojedinělé drobné vady, které samy o sobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani její užívání podstatným způsobem neomezují. Smlouva o dílo dále definuje, co se rozumí řádným předáním díla, kdy jde o předání díla bez vad a nedodělků, předání dokumentace a předání stavebního a montážního deníku. Obecná úvaha krajského soudu o přípustnosti výskytu „běžných“ vad pro uznatelnost referenčního plnění „areál Lokomotiva“ je v příkrém rozporu se smluvním ujednáním předmětné smlouvy o dílo. V případě nerespektování a faktického porušení smluvního ujednání čl. XVIII odst. 2, které jednoznačně stanoví, co se rozumí řádným dokončením díla, se jedná také o nepřípustnou podstatnou změnu závazku, která je ustanovením § 222 odst. 1 ZZVZ výslovně zakázána. Pokud tedy zadavatel, město Aš, akceptoval předložené osvědčení (či čestné prohlášení), nepostupoval správně.

[10] S ohledem na skutečnost, že krajský soud v rámci své zásadní argumentace týkající se náležitostí plnění předkládá argumentaci společnou pro referenční plnění „La Ritma“ i „areál Lokomotiva“, tedy se těmito zabývá věcně, je zcela nelogický závěr krajského soudu, že nedošlo k zásahu do práva stěžovatelky na dvouinstanční řízení. Žalovaný se totiž plněním „areál Lokomotiva“ v prvostupňovém rozhodnutí nezabýval.

[11] Argumentace týkající se řádného dokončení díla nemůže obstát ani ve vztahu k referenčnímu plnění „LaRitma“. Krajský soud konkrétně specifikované závady tohoto plnění vůbec věcně neposoudil, přestože stěžovatelka v žalobě konsistentně tvrdila, že stavba ke dni 31. 7. 2018 vykazovala hrubé nedostatky a vady bránící provozu, zejména v částech protipožární ochrany. K předání díla chyběla dodávka a osazení protipožárních dveří dle požárně bezpečnostního řádu, chyběly doklady k protipožárním dveřím, požárnímu hydrantu, chyběly doklady k funkčním zkouškám EPS. Dále chybělo propojení zábradlí. Tento stav jasně vykazoval takové vady díla, které ke dni převzetí znemožňovaly jeho bezpečný provoz, jelikož se jednalo o takové vady díla, které ohrožovaly zdraví, život a majetek třetích osob. Z napadeného rozsudku není vůbec zřejmé, na základě jakých úvah krajský soud dospěl k závěru, že namítané vady plnění „LaRitma“ považuje za „běžné“ vady. V tomto jsou závěry krajského soudu nepřezkoumatelné.

[12] Plnění „LaRitma“ je stavbou vyžadující kolaudaci (kolaudační rozhodnutí) pro své užívání. Vady a nedostatky díla znemožňují úspěšné provedení kolaudace. Za takovéhoho skutkového stavu nemůže obstát právní názor krajského soudu o tom, že posouzení řádného dokončení a převzetí díla je věcí objednatele. Ostatně ani zákonná úprava § 2628 občanského zákoníku neumožňuje převzetí díla ve stavu bránícím jeho užívání.

[13] Ve vztahu k referenčnímu plnění „LaRitma“ krajský soud nesprávně posoudil žalobní bod týkající se realizace stavby a výkonu funkce stavbyvedoucího. Závěry krajského soudu o tom, že funkci stavbyvedoucího vykonával V. R., a to pod dohledem a vedením autorizované osoby – Ing. J. B., nemají oporu ve správním spisu. Takovéto tvrzení je v přímém rozporu s údaji uvedenými ve smlouvě o dílo a stavebním deníku, kdy je jako stavbyvedoucí uvedena výslovně samostatně toliko osoba V. R. Osoba Ing. J. B. není nikde na pozici stavbyvedoucího uváděna. Pokud je krajským soudem odkazováno na ustanovení odst. 6.1. písm. d) smlouvy o dílo, zcela zjevně se jedná o institut odpovědného zástupce ve smyslu § 11 živnostenského zákona. Ze strany krajského soudu tak dochází k záměně osoby odpovědného zástupce dle § 11 živnostenského zákona s osobou stavbyvedoucího ve smyslu § 160 a § 153 stavebního zákona, tedy osobu konkrétně ustanovenou pro řízení konkrétní stavby a dalších povinností podle § 153 stavebního zákona. Krajský soud zcela převzal nesprávné a nepodložené sdělení stavebního úřadu města Aš, a vůbec nevypořádal stěžovatelkou předloženou argumentaci.

[14] Žalovaný se odklonil od své rozhodovací praxe vyjádřené např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0193/2018/VZ-21379/2018/522/KČe, ze dne 20. 7. 2018, kde dospěl k závěru, že jestliže je prokázáno, že konkrétní referenční zakázky nebyla plněna včas, nelze takovou referenční dodávku považovat za způsobilou k prokázání kritéria technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ. S tímto žalobním bodem se krajský soud nijak nevypořádal.

[15] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že krajský soud se nemusel vyjadřovat ke konkrétním vadám plnění, pokud dospěl k závěru, že zadavatel byl oprávněn plnění převzít i s vadami a nedodělkami. Krajský soud správně uvedl, že zadavatel nebyl povinen dílo převzít s vadami a nedodělkami, ale učinil tak, což je deklarováno příslušným osvědčením k referenční zakázce „LaRitma“. Byť není nutné toto osvědčení nekriticky

pokračování

převzít, platí, že se jedná o stěžejní dokument, který potvrzuje pravost veřejné zakázky. Je to právě objednavatel plnění, kdo řádnost a včasnost plnění může potvrdit nejlépe.

[16] Žalovaný se shoduje s krajským soudem v tom, že vady plnění „LaRitma“ nebyly zásadního charakteru, což žalovaný uvedl např. v bodu 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Stavba byla totiž i s vadami způsobilá ke svému účelu, kterým bylo užívání ZUŠ v Aši. Žalovaný opakuje, že dílo bylo předáno řádně a včas, a byly tak splněny podmínky podle § 2604 a § 2605 občanského zákoníku.

[17] Proč není popřeno právo stěžovatele na dvouinstanční řízení, uvedl krajský soud v bodu 25 napadeného rozsudku. Předseda žalovaného se k referenční zakázce „Areál Lokomotiva“ vyjádřil věcně pouze nad rámec potvrzení závěrů prvostupňového rozhodnutí. Byť se krajský soud v jistém smyslu k vadám plnění na základě této referenční zakázky v bodech 19 a násl. napadeného rozsudku vyjádřil (společně s referenční zakázkou „LaRitma“), nemůže to mít vliv na to, že daná referenční zakázka fakticky nemusela být předmětem jeho přezkumu, neboť postačovalo doložení dvou referenčních plnění, jejichž soulad se zákonem a zadávacími podmínkami potvrdil jak žalovaný, tak i krajský soud.

[18] Ze smlouvy o dílo na referenční zakázku „LaRitma“ nevyplývá, že by se ve smyslu bodu 6.1 písm. d) mělo jednat o odpovědného zástupce podle § 11 živnostenského zákona. Naopak stavební úřad uvedl, že funkci stavbyvedoucího vykonával pan V. R. pod přímým dohledem a vedením autorizované osoby, kterou byl Ing. J. B. I pokud by se tedy podle bodu 6.1 písm. d) výše uvedené smlouvy v části mohlo jednat o odpovědného zástupce dle § 11 živnostenského zákona, je zcela zřejmé, že ve vztahu k právě řešenému jde především o autorizovanou osobu ve smyslu stavebního zákona a že pan V. R. této autorizované osobě podléhal.

[19] Žalovaný také souhlasí s krajským soudem, že se neodchýlil od své praxe. S rozsudkem krajského soudu se ztotožňuje a nepovažuje jej za nepřezkoumatelný.

III. Posouzení kasační stížnosti

[20] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil zákonné náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že byla podána včas, osobou oprávněnou, proti rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost ve smyslu § 102 s. ř. s. přípustná, a stěžovatelka je v souladu s § 105 odst. 2 s. ř. s. zastoupena advokátem. Poté Nejvyšší správní soud přezkoumal důvodnost kasační stížnosti dle § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů.

[21] Kasační stížnost není důvodná.

[22] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval namítanou nepřezkoumatelností napadeného rozsudku krajského soudu. Za nepřezkoumatelná pro nedostatek důvodů jsou považována zejména taková rozhodnutí, u nichž není z odůvodnění zřejmé, jakými úvahami se soud řídil při hodnocení skutkových i právních otázek a jakým způsobem se vyrovnal s argumenty účastníků řízení (srov. např. rozsudek NSS ze dne 29. července 2004, č. j. 4 As 5/2003-52). Nepřezkoumatelnost rozsudku pro nedostatek důvodů je objektivní překážkou, která kasačnímu soudu znemožňuje napadené rozhodnutí přezkoumat. Soudy

nemají povinnost reagovat na každou dílčí argumentaci a tu obsáhle vyvrátit. Jejich úkolem je vypořádat se s obsahem a smyslem žalobní argumentace (srov. rozsudek NSS ze dne 3. 4. 2014, č. j. 7 As 126/2013-19). Podstatné je, aby se soud ve svém rozhodnutí vypořádal se všemi stěžejními námitkami účastníka řízení, což může v určitých případech konzumovat i vypořádání některých dílčích a souvisejících námitek (rozsudek NSS ze dne 24. 4. 2014, č. j. 7 Afs 85/2013-33).

[23] S ohledem na výše uvedená hlediska je třeba konstatovat, že napadený rozsudek krajského soudu nelze považovat za nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů. Krajský soud posoudil všechny žalobní body, přičemž z rozsudku je zřejmé, z jakých důvodů neshledal žalobní námitky důvodnými. Pokud jmenovitě krajský soud zejména nepřezkoumával jednotlivé namítané vady referenčních plnění „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“, bylo tomu tak proto, že nepovažoval dílčí vady a nedodělky plnění za významné pro vznik pochybností o věrohodnosti předložených osvědčení. Tato okolnost je z rozsudku zřejmá a krajský soud v tomto ohledu postupoval správně, jak dále vyplývá z odůvodnění tohoto rozsudku.

[24] Stěžovatelka namítala, že krajský soud nesprávně posoudil otázku „řádného splnění“ referenčních zakázek „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“ nezbytných pro prokázání kvalifikace vybraného dodavatele ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, kdy nesprávně posoudil význam vad a nedodělků existujících u těchto plnění ke dni jejich předání objednateli. Tyto vady a nedodělky podle stěžovatelky vedou k závěru, že tato plnění nebyla poskytnuta řádně, a nelze je proto považovat za osvědčení ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ.

[25] Podle § 79 odst. 1 ZZVZ platí, že *kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.*

[26] Podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat *seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací.*

[27] Nejvyšší správní soud předně konstatuje, že v posuzovaném případě je nesporné, že u referenčních zakázek „LaRitma“ a „areál Lokomotiva“ se při jejich předání objednateli vyskytovaly určité nedodělky. Žalovaný jako správní orgán prvního stupně přitom ve svém rozhodnutí posuzoval pouze zakázku „LaRitma“, jelikož zadavatel požadoval v posuzovaném případě pouze dvě referenční zakázky, přičemž jednou z předložených referencí byla „revitalizace Městského úřadu v Aši“, k níž stěžovatelka námitky neměla. Zabývat se referenční zakázkou „areál Lokomotiva“ by proto z důvodu procesní ekonomie bylo nadbytečné. Nejvyšší správní soud konstatuje, že v takovém postupu neshledává pochybení, a stěžovatelka proti této okolnosti ostatně také žádné námitky nevznáší.

pokračování

[28] Pokud se předseda žalovaného a následně také krajský soud k plnění „areál Lokomotiva“ v této situaci vyjadřovali, jdou jejich vyjádření nad rámec potřebného odůvodnění. S ohledem na faktickou nadbytečnost hodnocení této zakázky (jelikož její posouzení nebylo nezbytné pro rozhodnutí žalovaného) se nejedná o porušení zásady dvouinstančnosti řízení, ani jiné porušení práv stěžovatelky. Nejvyšší správní soud se nicméně v tomto rozsudku s ohledem na výše uvedené nadále vyjadřuje pouze k plnění „LaRitma“.

[29] V případě referenčního plnění „LaRitma“ stěžovatelka namítá, že krajský soud konkrétně specifikované nedostatky tohoto plnění vůbec věcně neposoudil, přestože stěžovatelka konzistentně tvrdila, že stavba vykazovala hrubé nedostatky bránící provozu, které ohrožovaly zdraví, život a majetek třetích osob. Odkazuje též na to, že vady a nedostatky by znemožňovaly provedení kolaudace.

[30] Namítané nedostatky plnění „LaRitma“ směřují k otázce, zda má zadavatel povinnost ověřovat věrohodnost osvědčení předložených dodavatelem podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, pokud vyjdou najevo skutečnosti nasvědčující tomu, že nedošlo k řádnému splnění zakázek, jejichž splnění tato osvědčení dokládají. Krajský soud v napadeném rozsudku dospěl k závěru, že tomu tak bude pouze tehdy, pokud by vyvstala objektivní pochybnost o věrohodnosti těchto osvědčení. S tímto závěrem se Nejvyšší správní soud ztotožňuje.

[31] V první řadě je třeba konstatovat, že není obecně povinností zadavatele prověřovat pravdivost a pravost každého osvědčení předloženého dodavatelem podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, včetně otázky, zda byla plnění *řádne poskytnuta a dokončena*. Vyvstanou-li však v zadávacím řízení o tomto osvědčení relevantní pochybnosti, bude zadavatel povinen se s ohledem na zásadu transparentnosti podle § 6 odst. 1 ZZVZ těmito pochybnosti zabývat a prověřit shodu předkládaných dokladů se skutečným stavem (srov. např. rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 11. 11. 2019, č. j. ÚOHS-R0159/2019/VZ-30589/2019/321/ZSř). Tuto povinnost však nebude mít zadavatel vždy, když budou vyjádřeny určité subjektivní pochybnosti o pravdivosti a pravosti předmětných osvědčení, ale jen tehdy, když budou tyto pochybnosti významné pro kritérium technické kvalifikace, nebo budou zpochybňovat samotné provedení předmětného díla nebo vystavení osvědčení. Z hlediska postupu zadavatele je tedy posouzení předložených referenčních osvědčení „dvoufázové“, kdy zadavatel v první fázi prověří pouze formální náležitosti osvědčení, a v případě vzniku relevantních pochybností (např. na základě námitek jiného z dodavatelů nebo vlastních zjištění na základě postupu podle § 39 odst. 5 nebo § 46 ZZVZ) se následně zabývá otázkou, zda osvědčení skutečně dokládá řádné poskytnutí a dokončení referenčního plnění.

[32] Stěžovatelka v posuzovaném případě v zadávacím řízení namítala, že plnění „LaRitma“ vykazovalo ke dni jeho předání objednateli vady, resp. nedodělky, jmenovitě chyběla dodávka a osazení protipožárních dveří dle požární bezpečnostního řádu, chyběly doklady k protipožárním dveřím, požárnímu hydrantu, chyběly doklady k funkčním zkouškám EPS. Dále chybělo propojení zábradlí.

[33] Nejvyšší správní soud se ztotožňuje s krajským soudem, že ve vztahu k předkládání referenčních plnění je především věcí objednatele, zda na plnění, jež nebylo bez vad

a nedodělků, bude nahlížet jako na *poskytnuté a dokončené* ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ a osvědčení vystaví, nebo nikoliv. Existence určitých vad a nedodělků tak obecně nebrání vystavení osvědčení podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ. V této situaci je na místě připomenout, že uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného. Účelem osvědčení podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ je prokázání technické kvalifikace dodavatele, tj. prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (viz § 79 odst. 1 ZZVZ). *Řádné poskytnutí a dokončení* stavebních prací ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ proto nelze ztotožňovat s „dokončením“ stavby ve smyslu občanského zákoníku. Je třeba jej naopak vykládat autonomně v kontextu zákona o veřejných zakázkách a smyslu a účelu dotčeného ustanovení.

[34] Ačkoli se v projednávané věci jedná o zadání podlimitní veřejné zakázky na stavební práce, tudíž se právní úprava EU na danou zakázku v plném rozsahu nepoužije, považuje Nejvyšší správní soud za užitečné připomenout původ vykládaného ustanovení § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ v unijní sekundární legislativě. Dané ustanovení totiž představuje implementaci směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, konkrétně její přílohy XII část II písm. a) alinea (i), dle které mezi doklady technické způsobilosti dle čl. 58 směrnice může být vyžadován: *seznam stavebních prací provedených maximálně za posledních pět let společně s osvědčeními o uspokojivém provedení a dokončení nejvýznamnějších prací* (zvýraznění doplnil NSS). Již z toho je patrné, že argumentace stěžovatelky úpravou v občanském zákoníku (§ 1914) definující řádné plnění jako plnění bez (jakýchkoli) vad nemůže obstát. Naopak dané ustanovení směrnice (i jej implementující ustanovení ZZVZ) musí být vykládáno jednotným způsobem ve všech členských zemích EU. Již z použitého pojmu „uspokojivé“ provedení a dokončení (anglicky *satisfactory execution and outcome*) vyplývá, že vyžadovanou úroveň kvality provedeného díla je třeba posuzovat blahovolněji než „bez jakýchkoli vad“. Spíše se tedy jedná alespoň o základní kvalitu, která umožňuje dosáhnout účelu daného plnění [Grandia, J., & Volker, L. (Eds.) (2023). *Public Procurement: Theory, Practices and Tools*. Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-031-18490-1>. S. 110].

[35] Existence nedodělků stavby, které ve vztahu k plnění „LaRitma“ tvrdí stěžovatelka, sama o sobě nevyvolává pochybnosti o věrohodnosti předloženého osvědčení respektive o jeho způsobilosti doložit technickou kvalifikaci dodavatele, jelikož namítané vady a nedodělky jsou běžnou okolností vyskytující se při realizaci staveb tohoto rozsahu, ze které bez dalšího nelze dovozovat technickou nezpůsobilost dodavatele stavbu provést. V tomto směru se tedy Nejvyšší správní soud ztotožňuje s posouzením věci krajským soudem a odkazuje zde na odůvodnění jeho rozsudku v bodech 18-20. Ačkoliv přitom stěžovatelka zdůrazňuje závažnost vytýkaných vad a nedodělků, již z jejich výčtu je bez nutnosti dalšího zkoumání zřejmé, že se nejedná o vady závažné: jde zejména o nedodání určitých dokumentů, resp. o osazení drobných stavebních prvků, jejichž náprava není nijak složitá a nevyvolává pochybnosti o technické kvalifikaci dodavatele. S ohledem na to nebyl zadavatel v posuzovaném případě povinen odstraňovat pochybnosti ohledně věrohodnosti osvědčení o plnění „LaRitma“, a ani krajský soud tedy nebyl povinen se namítanými vadami tohoto plnění jednotlivě zabývat.

pokračování

[36] V této souvislosti je třeba shledat nedůvodnou námitku stěžovatelky, že předseda žalovaného se odchýlil od své rozhodovací praxe založené rozhodnutím ze dne 20. 7. 2018, č. j. ÚOHS-S0193/2018/VZ-21379/2018/522/KČe. V tomto rozhodnutí totiž předseda žalovaného shledal pochybení zadavatele spočívající v tom, že zadavatel se navzdory objektivním pochybnostem o včasnosti dokončení referenční zakázky touto otázkou nezabýval. V posuzovaném případě oproti tomu s ohledem na výše uvedený výklad nebylo povinností zadavatele se namítanými vadami díla podrobně zabývat. Na tento rozdíl poukázal také krajský soud v bodě 20 napadeného rozsudku.

[37] Zadavatel i žalovaný se ovšem charakterem těchto vad a okolnostmi jejich vzniku přesto zabývali. Zde Nejvyšší správní soud pro úplnost odkazuje na napadené rozhodnutí předsedy žalovaného, kde se zejména v bodě 82 uvádí, že žalovaný shledal, že *„že vady a nedodělky byly způsobeny chybou objednatele či jeho nečinností, popř. pozdějšími požadavky provozovatele objektu či na základě chybných podkladů zadavatele. Po prostudování předložených dokumentů souvisejících s referenčním plněním La Ritma, a také se zohledněním předloženého písemného vysvětlení zadavatele, resp. objednatele plnění La Ritma ze dne 3. 7. 2020 je možno konstatovat, že dané vady či nedodělky nebyly zapříčiněny primárně vybraným dodavatelem, načež tyto byly odstraněny.“*

[38] Pokud pak stěžovatelka v této souvislosti namítala, že převzetím plnění „LaRitma“ s vadami a nedodělky došlo k nepřípustné podstatné změně závazku podle § 222 odst. 1 ZZVZ, je třeba konstatovat, že tato zakázka není předmětem řízení v posuzovaném případě. Tato otázka rovněž není relevantní pro posouzení věrohodnosti osvědčení ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, jehož podstatou je prokázání technické kvalifikace. Případné porušení zákona o veřejných zakázkách ve vztahu k referenční zakázce zde proto není namístě zkoumat.

[39] Stěžovatelka dále namítá, že ve vztahu k referenčnímu plnění „LaRitma“ krajský soud nesprávně posoudil žalobní bod týkající se realizace stavby a výkonu funkce stavbyvedoucího. Jako stavbyvedoucí byl výslovně uveden samostatně toliko pan V. R., nikoliv Ing. J. B. Krajský soud podle stěžovatelky zaměňuje osobu odpovědného zástupce podle § 11 živnostenského zákona s osobou stavbyvedoucího ve smyslu § 153 a § 160 stavebního zákona. Termín „stavbyvedoucí“ je definován v § 134 odst. 2 stavebního zákona, přičemž jde o osobu, která zabezpečuje odborné vedení provádění stavby a má pro tuto činnost oprávnění podle zvláštního právního předpisu.

[40] Podle § 153 odst. 1 stavebního zákona platí, že *stavbyvedoucí je povinen řídit provádění stavby v souladu s rozhodnutím nebo jiným opatřením stavebního úřadu a s ověřenou projektovou dokumentací, zajistit dodržování povinností k ochraně života, zdraví, životního prostředí a bezpečnosti práce vyplývajících ze zvláštních právních předpisů, zajistit řádné uspořádání staveniště a provoz na něm a dodržení obecných požadavků na výstavbu (§ 169), popřípadě jiných technických předpisů a technických norem. V případě existence staveb technické infrastruktury v místě stavby je povinen zajistit vytyčení tras technické infrastruktury v místě jejich střetu se stavbou. Dle § 160 odst. 1 věty první stavebního zákona provádět stavbu může jako zhotovitel jen stavební podnikatel, který při její realizaci zabezpečí odborné vedení provádění stavby stavbyvedoucím, pokud v odstavcích 3 a 4 není stanoveno jinak.*

[41] V čl. 6.1 písm. d) smlouvy o dílo č. 0384/2017/OI, jejímž předmětem byla zakázka „LaRitma“, se zhotovitel zavazuje, že zajistí provádění díla tak, aby provádění díla: *„bylo zabezpečeno pro činnost každé profese odborným dozorem zhotovitele, který bude garantovat dodržování technologických postupů. Totéž platí pro práce poddodavatelů. Odbornou úroveň realizovaného díla jako celku zabezpečí zhotovitel odpovědnou osobou Ing. J. B., RČ: X, autorizovanou osobou v oboru pozemní stavby ve smyslu zákona č. 360/1992 Sb. - o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě ve znění pozdějších předpisů. Tato odpovědná osoba potvrdí stavební deník před zahájením prací na provedení díla a po dokončení díla otiskem svého autorizačního razítka a připojením vlastnoručního podpisu, dále průběžně v průběhu realizace díla.“*

[42] Z uvedeného smluvního ustanovení je zřejmé, že k výkonu funkce stavbyvedoucího ve smyslu stavebního zákona na zakázce „LaRitma“ byl určen Ing. J. B. Ačkoliv Ing. J. B. v předmětné smlouvě není označen termínem „stavbyvedoucí“ a tímto termínem je místo toho ve smlouvě v čl. 16.4 písm. b) označen pan V. R., odborné vedení stavby je ve smlouvě výslovně svěřeno Ing. J. B. Stavbyvedoucím ve smyslu výše citovaných ustanovení stavebního zákona byl tedy Ing. J. B., nikoliv pan V. R.

[43] Námitka, že stavbyvedoucí u zakázky „LaRitma“ neměl zákonnou autorizaci ve smyslu zákona č. 360/1992 Sb., je tedy nedůvodná. Ačkoliv krajský soud ani žalovaný při vypořádání této námítky (zřejmě vedeni dle názoru Nejvyššího správního soudu zavádějícím stanoviskem stavebního úřadu) nezvolili výstižnou argumentaci, dospěli ke správnému závěru, že dodavatel v rámci referenčního plnění „LaRitma“ zajistil odborné vedení stavby osobou s oprávněním podle zákona č. 360/1992 Sb. Nelze přitom přisvědčit stěžovateli, že by krajský soud zaměnil osobu odpovědného zástupce podle § 11 živnostenského zákona s osobou stavbyvedoucího podle stavebního zákona. Výše citované smluvní ujednání se nijak nevztahuje k institutu osoby odpovědného zástupce podle § 11 živnostenského zákona.

IV. Závěr a náklady řízení

[44] Nejvyšší správní soud z výše uvedených důvodů kasační stížnost podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. jako nedůvodnou zamítl.

[45] Zároveň Nejvyšší správní soud rozhodl o nákladech řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka neměla v řízení úspěch, a právo na náhradu nákladů řízení proto nemá. Procesně úspěšnému žalovanému pak nevznikly v řízení náklady přesahující rámec nákladů jeho běžné úřední činnosti. Náhrada nákladů řízení se mu proto nepřiznává.

[46] Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady vznikly, a ani právo na náhradu řízení neuplatnila (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

pokračování

V Brně dne 28. července 2023

Mgr. Aleš Roztočil
předseda senátu