



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudců JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Pavla Molka v právní věci žalobkyně: **obec Lelekovice**, se sídlem Hlavní 75/7, Lelekovice, zast. Mgr. Tomášem Hrstkou, advokátem se sídlem 17. listopadu 238, Pardubice, proti žalovanému: **Ministerstvo pro místní rozvoj**, se sídlem Staroměstské náměstí 932/6, Praha 1, proti rozhodnutí ministryně pro místní rozvoj ze dne 2. 2. 2021, č. j. MMR-5699/2021-26, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 31. 7. 2023, č. j. 14 A 83/2021-47,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá**.
- II. Žalobkyně **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Nejvyšší správní soud se v tomto rozsudku zabývá tím, zda Městský soud v Praze zohlednil všechny relevantní skutkové okolnosti při přezkumu závěru, že žalobkyně nebyla oprávněna vyloučit účastníka zadávacího řízení. Důvody vyloučení spočívaly v nesplnění kritéria technické kvalifikace a nepředložení žalobkyní požadovaných dokladů za účelem prokázání tohoto kritéria. Dále se Nejvyšší správní soud zabývá smyslem a účelem referencí dokládanych u veřejných zakázek a v návaznosti na to výkladem pojmu generální dodavatel.

[2] Žalobkyně zahájila v dubnu 2019 zjednodušené podlimitní řízení na veřejnou zakázku na stavební práce s názvem „Základní škola Lelekovice-přístavba základní školy“, která byla spolufinancována z veřejných prostředků integrovaného regionálního operačního programu (dále jen „IROP“). V rámci zadávacího řízení žalobkyně vyloučila účastníka zadávacího řízení, který předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku (společnost AQUA-GAS, s.r.o.), z důvodů nesplnění kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2

písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), a nepředložení dokladů požadovaných v opakované výzvě žalobkyní. Žalobkyně měla dle svých slov pochybnosti o validitě a pravosti referenčních zakázek předložených společností AQUA-GAS, neboť z veřejně dostupných zdrojů mělo vyplývat, že hlavním dodavatelem některých stavebních prací v rámci referenčních zakázek společnosti AQUA-GAS byla společnost MORAVOSTAV Brno, a.s. stavební společnost (dále jen „MORAVOSTAV Brno“). Po žádosti o platbu přiznané dotace žalobkyni poskytovatel (Řídící orgán IROP) opatřením sdělil, že jí nebude vyplacena část dotace. Ministryně v rozhodnutí specifikovaném v záhlaví konstatovala, že výše uvedené opatření považuje za oprávněné. Administrativnímu ověření žádosti o platbu a nevyplacení části dotace předcházela kontrola postupu zadavatele ze strany Centra pro regionální rozvoj České republiky, které identifikovalo pochybení žalobkyně při vyloučení účastníka zadávacího řízení, který podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku.

[3] Proti naposledy uvedenému rozhodnutí podala žalobkyně u Městského soudu v Praze žalobu, který ji výše označeným rozsudkem zamítl. Městský soud neshledal, že by bylo napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné. Dále nepřisvědčil ani námitce, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ žalobou napadeného rozhodnutí, je v rozporu se spisy. Konkrétněji se pak zabýval posouzením, zda byla za daných okolností žalobkyně oprávněna podle § 48 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ vyloučit dodavatele AQUA-GAS z účasti v zadávacím řízení, potažmo zda žalobkyně oprávněně dospěla k závěru, že údaje a doklady poskytnuté touto společností neprokazují naplnění podmínek technické kvalifikace. Městský soud zdůraznil, že kvalifikační podmínky představují prvotní síto, jehož smyslem je oddělit vyhovující a nevyhovující nabídky s tím, že nikterak nezpochybňuje oprávnění zadavatele ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů. Toto oprávnění ale nejde pojmát bezbřezě. Dle závěru městského soudu společnost AQUA-GAS základní doklad k prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ předložila. K výzvě žalobkyně AQUA-GAS dodala i další listiny. V celkovém kontextu byly dle názoru městského soudu poskytnuté údaje a doklady k prokázání požadované technické kvalifikace dostatečné. Požadavek objasňovat další detaily dané referenční zakázky byl v tomto směru nepřiměřený.

[4] Nad rámec výše uvedeného městský soud uvedl, že i pokud by referenční zakázku č. 5 z velké části fakticky realizovala jiná společnost, nebránilo by to tomu, aby ji AQUA-GAS mohla v zadávacím řízení uplatnit. K tomu odkázal na závěry vyslovené v bodě 55. rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 1. 2016, č. j. ÚOHS-S0839/2015/VZ-02072/2016/523/MKv, v bodě 94. rozhodnutí ÚOHS ze dne 10. 3. 2021, č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Aiv, či v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 8. 10. 2015, č. j. 62 Af 41/2014-247. Z těch plyne, že aby mohl subjekt disponovat referencí coby „generální dodavatel“, musí plnění, k němuž se reference váže, poskytovat jako smluvní strana kontraktu, tedy na vlastní účet a odpovědnost.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[5] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadá výše označený rozsudek městského soudu kasační stížností z důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“). Navrhuje zrušit napadený rozsudek a věc vrátit městskému soudu k dalšímu řízení, eventuálně zrušit i rozhodnutí ministryně a vrátit věc žalovanému k dalšímu řízení.

pokračování

[6] První kasační námitka brojí proti nezákonnosti napadeného rozsudku, neboť ten při svých úvahách nezohlednil nejistotu stěžovatelky (její významné pochybnosti), zda skutečně společnost AQUA-GAS předložené referenční zakázky plnila. Městský soud pak nesprávně aplikoval § 39 odst. 5 ZZVZ a ve spojení s tímto ustanovením i zásadu přiměřenosti. Městský soud ve svých úvahách o mezích oprávnění zadavatele ověřovat informace obsažené v nabídkách vycházel z toho, že zadavatel má posuzovat kvalifikaci jen jako „prvotní síto“, kdy má dodavatel předložit jen „základní dokumenty svědčící o splnění podmínek technické kvalifikace“, přičemž aplikaci oprávnění zadavatele nelze pojímat bezbřezě. Stěžovatelka je však přesvědčena, že k závěru o „bezbřehé“ aplikaci § 39 odst. 5 ZZVZ městský soud dospěl v posuzovaném případě jen proto, že nezohlednil veškeré relevantní skutkové okolnosti.

[7] Městský soud nezohlednil, že zadavatel zjistil neúplnost poskytnutých údajů a jejich zavádějící charakter i ohledně referenční zakázky č. 3. Ve vztahu k ní při ověření informací z veřejných zdrojů vyplynulo, že stěžejním dodavatelem prací nebyla společnost AQUA-GAS, ale společnost MORAVOSTAV Brno. Nezohlednil ani skutečnost, že společnost AQUA-GAS odmítala poskytnout stěžovateli informace týkající se referenční zakázky č. 5, kterými by rozptýlila pochybnosti o tom, že tuto zakázku vůbec neplnila. Společnost AQUA-GAS doložila smlouvu o dílo na referenční zakázku č. 5. Předmětem smlouvy o dílo bylo „provedení demolice rodinného domu Kollárova 1a včetně likvidace odpadu“ a „provedení kompletní stavební jámy pro objekt SO 11, SO 12 včetně zemních prací“. Odmítla ale předložit podrobný popis předmětu smlouvy (typicky položkový rozpočet). Stěžovatelka tak nemohla dospět k závěru, že uváděná společnost je generálním dodavatelem dané referenční zakázky, natož aby se dalo ověřit, že předmětem stavebních prací bylo „zajištění jámy svalu záporami“ a „nosný konstrukční systém stavby ze železobetonu“ (ve vztahu k tomuto bylo mj. požadováno referenční kritérium v zadávací dokumentaci). Nejistota stěžovatelky a důvody hlubšího ověřování pravdivosti tvrzení společnosti AQUA-GAS zesilovala i tím, že odpověď společnosti MORAVOSTAV Brno ohledně reálné činnosti AQUA-GAS na referenční zakázce č. 5 se částečně lišila od obsahu poddodavatelské smlouvy mezi těmito subjekty (uvedená smlouva byla nadto předložena až v rámci námitek proti vyloučení ze zadávacího řízení). Proplacení referenční zakázky č. 5 společnost AQUA-GAS doložila jedinou fakturou, která měla být proplacena šesti platbami provedenými pod různými variabilními symboly, a souhrnná výše neodpovídala fakturované částce. Stěžovatelka tak měla při zohlednění konkrétního postupu a konkrétních kroků společnosti AQUA-GAS a dalších aktérů vystupujících okolo referenční zakázky č. 5 objektivní pochybnosti o tom, že uvedená společnost neměla na referenční zakázce č. 5 fakticky téměř žádný podíl a že veškeré dokumenty, které se k této zakázce váží, jsou vykonstruované. Doklady, které by spolehlivě doložily, že tomu tak nebylo, společnost odmítla předložit, a za to ji stěžovatelka vyloučila ze zadávacího řízení.

[8] Stěžovatelka dále dle svých slov žádá i přehodnocení závěru městského soudu, dle kterého doložila-li společnost AQUA-GAS smlouvu o dílo vztahující se k přezkoumávané referenční zakázce č. 5, pak tím předložila doklady o splnění technické kvalifikace hned dvakrát (resp. dvojnásobně – jediný z dokladů by měl postačit). Městský soud v této úvaze vycházel z § 79 odst. 5 ZZVZ, podle něhož je za dokument prokazující splnění kritéria technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ třeba považovat jak osvědčení objednatele, tak i smlouvu či doklad o plnění předmětu zakázky. V tomto případě si však navzájem plně neodpovídala tvrzení uvedená společností AQUA-GAS v seznamu významných stavebních prací, který byl součástí nabídky, tvrzení

společnosti MORAVOSTAV Brno a tvrzení uvedená v doložené smlouvě o dílo. Doložení těchto dokumentů tak nebylo „zdvojením“ dokladu, kterým je prokazováno splnění kritéria technické kvalifikace, ale naopak zdrojem další nejistoty pro stěžovatelku.

[9] V poslední kasační námitce stěžovatelka namítá nezákonnost rozsudku městského soudu pro jeho závěr, že tzv. generální dodavatel stavby je nositelem dané reference, resp. v tomto případě držitelem odpovídající technické kvalifikace, byť se na referenční zakázce podílel jen z velmi nepodstatné části. Stěžovatelka s tímto závěrem nesouhlasí, neboť je v rozporu s jazykovým, logickým i historickým výkladem § 79 odst. 4 ZZVZ.

[10] Stěžovatelka je přesvědčena, že jazykový výklad § 79 odst. 4 ZZVZ musí vést k závěru, že ať poddodavatel, tak i dodavatel, který plnil referenční zakázku společně s dalšími subjekty, musí být nositelem reference pouze v rozsahu, v němž se fakticky na dané referenční zakázce podílel (tj. stejně jako poddodavatel). Nelze přistoupit na to, že § 79 odst. 4 ZZVZ má být interpretován tak, že nositelem reference je i ten dodavatel, který fakticky na dané referenci neprovedl nic, či dokonce i dodavatel, který neobstarával ten parametr technické kvalifikace, který je daným kritériem ověřován. Situace, kdy nositelem reference je čistě formální „generální“ dodavatel, který se ale nijak nepodílel na faktickém plnění referenční zakázky, naráží i na logický výklad. Takovým přístupem by nositeli téže reference byly najednou dva subjekty – smluvní „generální“ dodavatel a faktický (pod)dodavatel.

[11] Faktický podíl daného dodavatele na plnění referenční zakázky je nezbytné dokládat tam, kde si zadavatel vymínil, aby konkrétní část plnění veřejné zakázky plnil přímo vybraný dodavatel, nikoli jeho poddodavatelé (§ 105 odst. 2 ZZVZ). Stěžovatelka zastává názor, že takový postup je nutné aplikovat tak, aby to odpovídalo smyslu institutu kritéria technické kvalifikace (tedy i na nyní posuzovaný případ).

[12] Stěžovatelka je přesvědčena, že širokému výkladu § 79 odst. 4 ZZVZ (tedy aplikaci daného ustanovení i na nyní posuzovaný případ tzv. generálního dodavatele) svědčí i historický výklad, respektive úmysl zákonodárce. Původní vládní návrh § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ totiž počítal s tím, že v případě, kdy se na referenční zakázce podílí více dodavatelů společně, bude nositelem reference každý z těchto dodavatelů v plném rozsahu (vládní návrh zákona o zadávání veřejných zakázek – sněmovní tisk 637/0 volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky 2013-2017). Následně se právní úprava změnila do dnešní podoby, a to mj. s ohledem na pozměňovací návrh, který upozorňoval na nerovnost mezi formami účastenství v zadávacím řízení (účastníkům „sdružení“ byla referenční zakázka uznána v plném rozsahu, avšak poddodavatelům byla uznávána pouze ta část, na které se podíleli, byť fakticky se jednalo o totožnou situaci). Z uvedeného se stěžovatelce jeví, že úmyslem zákonodárce bylo nastavit systém prokazování technické kvalifikace mimo jiné podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ tak, aby nositelem kvalifikace byl vždy dodavatel jen v rozsahu, v němž se sám fakticky podílel na plnění referenční zakázky.

[13] Žalovaný ve svém vyjádření navrhuje kasační stížnost jako nedůvodnou zamítnout. Opakuje, že stěžovatelce není vytýkáno ověřování podkladů předložených AQUA-GAS všemi dostupnými prostředky, avšak ověřování informací a dokladů nelze pojímat bezbřezě. Stěžovatelka v posuzovaném případě disponovala dokumenty, na základě kterých bylo zřejmé, že společnost AQUA-GAS technické kvalifikační požadavky splnila. Žalovaný dále

pokračování

odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně, které se zabývají smyslem uplatnění požadavků na kvalifikaci. Ve vztahu k námitce nesprávného určení držitele technické kvalifikace žalovaný upozorňuje na to, že požadovaný výklad stěžovatelky je v rozporu s ustálenou rozhodovací praxí.

III. Právní hodnocení Nejvyššího správního soudu

[14] Nejvyšší správní soud posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že byla podána včas, osobou k tomu oprávněnou, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, z důvodů, které zákon připouští, a stěžovatelka je zastoupena advokátem (§ 102 a násl. s. ř. s.). Poté přistoupil k přezkumu rozsudku městského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů. Ověřil také, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] Mezi účastníky řízení není sporný skutkový stav. Dodavatel AQUA-GAS v podané nabídce dokládal svou technickou kvalifikaci mimo jiné i referenční zakázkou „Výstavba bytového domu Kollárova 1b, Brno“ (referenční zakázka č. 5). Ohledně této zakázky stěžovatelka pojala pochybnosti, zda ji AQUA-GAS realizovala sama, nebo ve spolupráci s MORAVOSTAV Brno, proto vyzvala AQUA-GAS, aby předložila řadu dokumentů. Na základě série výzev AQUA-GAS ve vztahu k referenční zakázce č. 5 předložila mimo jiné dvě osvědčení objednatele vystavená J. M., smlouvu o dílo uzavřenou mezi J. M. a AQUA-GAS (včetně přílohy č. 2 s názvem „Cenová nabídka zhotovitele s oceněným výkazem výměr z projektové dokumentace“), předávací protokol, kopii faktury č. 1700088 za plnění „Novostavba BD Kollárova – SO 12-Dvorní část“ s fakturovanou částkou 13 730 800 Kč bez daně z přidané hodnoty a kopie výpisů z bankovních účtů AQUA-GAS o úhradách předložené faktury. Stěžovatelka AQUA-GAS vyzvala znovu, a to k předložení originálů nebo ověřených kopií všech faktur vztahujících se k plnění podle předložené smlouvy o dílo na referenční zakázku č. 5 a všech elektronických potvrzení (ve formátu .PDF bez elektronického podpisu) vygenerovaných elektronickým bankovním systémem o provedených platbách faktur (transakcích) vztahujících se k plnění podle předložené smlouvy o dílo, případně jiných dokladů prokazujících věrohodnost a pravdivost tvrzení o skutečném objednateli a skutečném zhotoviteli. To AQUA-GAS odmítla s tím, že požadované dokumenty nejsou způsobilé prokázat zadavatelem požadované skutečnosti, tj. že referenční zakázka č. 5 byla plněna řádně, odborně a včas. Stěžovatelka rozhodla o vyloučení AQUA-GAS z účasti v zadávacím řízení s tím, že nesplnila podmínky zadávacího řízení ve věci referenční zakázky č. 5, neboť neposkytla požadované faktury a bankovní výpisy. Zabránila tak objasnění osob skutečného objednatele a skutečného zhotovitele referenční zakázky č. 5.

[17] Pokud jde o vypořádání první kasační námítky, Nejvyšší správní soud musí nejprve konstatovat, že městský soud si žalobní námitku uplatněnou zejména na straně 8 žaloby podstatně zjednodušil (jak plyne i z její rekapitulace v bodě 11. rozsudku městského soudu). Stěžovatelka se po celou dobu projednávání této věci (v žalobě a nyní v kasační stížnosti) snaží poukázat na to, že jí zvolený postup (a opakované výzvy k předkládání jí požadovaných dokladů) byl správný. Ten volila s ohledem na pochybnosti o „pravosti“ referenční zakázky č. 5 uváděné společností AQUA-GAS. Stěžovatelka zároveň již v žalobě

odkazovala na dokumenty, ve kterých jsou jasné popsány její pochybnosti a ve kterých je popsáno, z čeho tyto její pochybnosti plynou. Po celou dobu se tak argumentačně snažila uvést, proč by měl být její postup považován za správný, a důvody, které ji k němu vedly za legitimní.

[18] Městský soud se však primárně zabýval tím, zda doklady, které dodala společnost AQUA-GAS, byly dostatečné. Procesem výzev, respektive tvrzeními stěžovatelky, proč takto postupovala, se konkrétně – v návaznosti na jí specifikované důvody – explicitně nezabýval. V bodě 34. svého rozsudku shrnul, že společnost AQUA-GAS předložila (výše specifikované) doklady, které byly v souladu s předloženými osvědčeními, a podle § 79 odst. 5 ZZVZ představovaly vůči osvědčením rovnocenný doklad. Prokázala tak, že splňuje kritérium technické kvalifikace. K obdobnému závěru, tedy že společnost AQUA-GAS předložila veškeré požadované dokumenty (v souladu s vypsanou veřejnou zakázkou), dospěl i žalovaný (str. 9 a násl. rozhodnutí ministryně). Městský soud zároveň v bodě 34. svého rozsudku uvedl, že nezpochybňuje oprávnění zadavatele ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů a dokladů ve smyslu § 39 odst. 5 ZZVZ a § 46 odst. 1 ZZVZ, nicméně toto oprávnění není možné pojímat bezbřezě. Stejně tak možnost opakovaného užití výzvy nevyloučil (obecně) ani žalovaný (str. 10 rozhodnutí ministryně). Ten ale doplnil, že výzvu podle § 46 odst. 1 ZZVZ lze použít pouze v případě, že je nezbytná pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení. V dané věci ale měla stěžovatelka k dispozici podklady, ze kterých bylo možné ověřit schopnost dotčeného dodavatele plnit obdobné plnění.

[19] Městský soud se tak v zásadě v rámci svého výše shrnutého právního hodnocení mýjí s argumentací stěžovatelky uvedenou ve třetím žalobním bodě, jak je specifikován na stranách 7 až 10 žaloby (zejména pak argumentací na straně 8 žaloby). Městský soud ale i přesto tuto žalobní argumentaci stěžovatelky vypořádává dále v rozsudku, konkrétně v jeho bodě 35. Na odůvodnění rozsudku městského soudu je nutno nahlížet jako na jeden celek. V bodě 35. rozsudku lze najít důvody, které reagují na podstatu dané části žalobní argumentace. Tuto část odůvodnění napadeného rozsudku nelze vyložit jiným způsobem, než že fakticky reagují na žalobní argumentaci stěžovatelky. I jí tedy muselo být zřejmé, k čemu v této souvislosti městský soud dospěl – do této argumentace ostatně směřuje i jedna z jejích kasačních námitek (viz odst. [9] až [12] tohoto rozsudku). V opačném případě – totiž pokud by městský soud neargumentoval tím, co uvedl v bodě 35. svého rozsudku – bylo by možné jeho rozsudek považovat za nepřezkoumatelný (právě s ohledem na znění třetího žalobního bodu stěžovatelky). V bodě 35. rozsudku městský soud „nad rámec“ uvádí, že i v případě, že referenční zakázku č. 5 z velké části fakticky realizovala společnost MORAVOSTAV Brno, nebránila by tato skutečnost tomu, aby ji AQUA-GAS mohla v zadávacím řízení uplatnit s ohledem na institut tzv. generálního dodavatele. Městský soud svou argumentací vypořádal žalobní námitku stěžovatelky. Městský soud totiž dospěl k závěru, že postup stěžovatelky a jí volené opakované výzvy směřující k odstranění pochybností ohledně toho, kdo fakticky (z větší části) uskutečnil referenční zakázku č. 5, nebyl oprávněný. Stěžovatelka disponovala všemi potřebnými podklady, které mohla požadovat s ohledem na to, jak byla veřejná zakázka vypsána. Na tuto skutečnost ostatně poukazoval již žalovaný (viz str. 9 jeho rozhodnutí). Z odůvodnění rozhodnutí žalovaného implicitně plyne, že v posuzované věci nebyla stěžovatelka oprávněna zabývat se faktickým podílem společnosti AQUA-GAS na referenční zakázce č. 5.

pokračování

[20] Nelze proto přisvědčit námitce stěžovatelky, že městský soud nezohlednil, že zjistila neúplnost poskytnutých údajů a jejich zaváděcí charakter, což ji opravňovalo k opakovanému vyzývání společnosti AQUA-GAS k odstraňování pochybností. Pochybnosti měly být odstraněny ohledně toho, kdo a v jakém rozsahu fakticky uskutečnil referenční zakázku č. 5. S ohledem na to, že společnost AQUA-GAS byla tzv. generálním dodavatelem, nebylo rozhodné, z jaké části fakticky se na referenční zakázce č. 5 podílela. K uvedenému závěru městský soud dospěl v již zmiňovaném bodě 35. jeho rozsudku. Konkrétní důvody, pro které stěžovatelka pojala podezření o „zavádějícím“ charakteru informací ohledně faktického podílu na realizaci referenční zakázky č. 5, tak nebyly z pohledu městského soudu nikterak relevantní. Tento závěr z kontextu odůvodnění rozsudku městského soudu implicitně vyplývá.

[21] Pro kompletní vypořádání první kasační námitky Nejvyšší správní soud dodává, že stěžovatelka se až v kasační stížnosti snaží částečně předejít i jiné skutečnosti, které měly mít vliv na vyloučení společnosti AQUA-GAS ze zadávacího řízení. Vedle toho, co bylo důvodem vyloučení společnosti AQUA-GAS ze zadávacího řízení (str. 5 až 7 žaloby) – tedy nerozptýlené pochybnosti ohledně faktického podílu na realizaci referenční zakázky č. 5 (nedoložení splnění kritéria technické kvalifikace) – stěžovatelka nyní uvádí argumentaci novou. Konkrétně, že nebylo možné ověřit, že předmětem referenčních stavebních prací bylo „zajištění jámy svahu záporami“ a „nosný konstrukční systém stavby ze železobetonu“ (jak bylo v zadání požadováno), neboť AQUA-GAS odmítla předložit podrobný popis k předmětu smlouvy. Uvedená argumentace, pro kterou měla být (také) společnost AQUA-GAS vyloučena ze zadávacího řízení, míří nově mimo problematiku „faktické realizace“ referenční zakázky č. 5. Týká se totiž otázky, zda byla referenční zakázka č. 5 vůbec schopna naplnit kritéria zadávacího řízení. Taková argumentace je však s ohledem na § 104 odst. 4 s. ř. s. nepřipustná, neboť nebyla předmětem řízení (žalobních námitek) před městským soudem.

[22] Poslední kasační námitka směřuje k závěrům městského soudu vysloveným v bodě 35. jeho rozsudku. Stěžovatelka namítá nezákonnost rozsudku městského soudu pro nesprávný výklad § 79 odst. 2 písm. a) a odst. 4 ZZVZ, tedy nesprávné určení držitele technické kvalifikace. Stěžovatelka nesouhlasí s ustálenou praxí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, pokud jde o výklad pojmu tzv. generální dodavatel. Zároveň se argumentačně domáhá toho, aby § 79 odst. 4 ZZVZ byl vztažen i na nyní projednávaný případ, tedy, aby si společnost AQUA-GAS mohla uplatnit referenční zakázku č. 5 pouze v rozsahu, ve kterém se na ní skutečně podílela. Následně stěžovatelka nabízí argumentaci, která by měla „popřít“ dosavadní výklad pojmu generální dodavatel.

[23] Podle § 79 odst. 1 ZZVZ *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.*

[24] Podle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ *k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může 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; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu*

delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

[25] Podle § 79 odst. 4 ZZVZ *nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace podle odstavce 2 písm. a) nebo b) použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl.*

a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel.

[26] Pro vypořádání poslední kasační námitky považuje Nejvyšší správní soud za klíčové zabývat se smyslem a účelem referencí, respektive tím, co mají reference prokazovat stran naplnění kritéria technické kvalifikace u veřejných zakázek.

[27] Uvedenou problematikou se Nejvyšší správní soud již zabýval, a to konkrétně ve svém rozsudku ze dne 20. 10. 2016, č. j. 5 As 213/2015-38. Uvedený rozsudek se vztahoval k výkladu právní úpravy dané zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Jeho závěry jsou však aplikovatelné i v nyní posuzované věci, která se řídí právní úpravou ZZVZ, neboť smysl a účel referencí u veřejných zakázek se nezměnil. Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že smyslem a účelem prokazování kvalifikace u veřejných zakázek (dříve § 56 zákona č. 137/2006 Sb., nyní § 79 ZZVZ) je umožnit zadavateli nalézt takového dodavatele, který bude schopen zakázku realizovat řádně, včas a s požadovanou odborností, k čemuž disponuje dostatečným technickým zázemím a možnostmi. Zadavatel tak zjišťuje „zázemí“ dodavatele pro realizaci veřejné zakázky. To je (obecně) reprezentováno odborným aparátem, technickými předpoklady, zkušenostmi a celkovou způsobilostí subjektu k poskytnutí plnění (služeb) v požadované kvalitě a rozsahu. Pokud subjekt prokazuje splnění kritéria technické kvalifikace [jako v nyní posuzovaném případě ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ], musí plnění dokládané osvědčeními poskytovat jako smluvní strana kontraktu, svým jménem, na svůj účet a vlastní odpovědnost. Požadavkem na doložení referencí zadavatel z povahy věci ověřuje schopnost a způsobilost zájemců k plnění veřejné zakázky. Zadavateli má primárně jít o zjištění, zda byly referované zakázky poskytnuty řádně a včas, že nebylo třeba „aktivovat“ sekundární odpovědnostní vztah z důvodu vad poskytnutého plnění, případně jak se zájemce ke své odpovědnosti postavil a řešil nedostatky. Smyslem reference není prokázání pouze přímé a nezastupitelné zkušenosti.

[28] V tam projednávané věci šlo o to, jestli se reference vztahuje ke konkrétnímu zaměstnanci, který fakticky zajišťoval plnění služby, nebo k jeho zaměstnavateli, který byl smluvní stranou, a proto odpovídal za řádné plnění služby poskytované zaměstnancem. V tomto rozsudku uvedené závěry jsou však plně přenositelné i na vztah mezi generálním dodavatelem a jeho subdodavatelem. Reference totiž dokládá schopnost dodavatele zakázku řádně uskutečnit bez ohledu na to, zda ji plní pouze sám (prostřednictvím svých zaměstnanců a technických zdrojů), nebo zda k tomu používá i subdodavatele. Ve druhém případě totiž reference svědčí o tom, že dodavatel je schopen poskytnout plnění prostřednictvím kvalitních subdodavatelů a řídit jejich činnost tak, aby byla zakázka jako celek řádně splněna vůči objednateli; obdobně jako ve věci sp. zn. 5 As 213/2015 šlo o to, jestli je zaměstnavatel schopen zajistit a řídit zaměstnance způsobilé zakázku řádně provést.

pokračování

[29] S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že může dojít i k souběhu referencí z jedné zakázky u více subjektů. Reference totiž může svědčit tzv. generálnímu dodavateli, který plnění zajišťoval ve výlučném smluvním vztahu k zadavateli (bez dalších dodavatelů). Tatáž reference ale může svědčit i poddodavateli, který měl smluvní vztah k dodavateli (nikoli zadavateli). Konečně může stejná reference svědčit i více dodavatelům, kteří byli ve smluvních vztazích k jednomu zadavateli při uskutečňování téže veřejné zakázky. Na poslední dvě situace ostatně pamatuje § 79 odst. 4 ZZVZ, dle kterého subjekt může k prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ uplatnit plnění, které poskytl společně s jinými dodavateli či jako poddodavatel, v obou případech však v rozsahu, v jakém se na něm podílel. Ve všech výše popsanych případech reference prokazuje schopnost a způsobilost toho kterého subjektu veřejnou zakázku nebo její část zajistit tak, aby byla řádně dodána.

[30] Generálním dodavatelem se rozumí subjekt, který je odpovědný objednateli za realizaci určitého díla a je v přímém smluvním vztahu s objednatelem. Z tohoto pohledu je třeba za generálního dodavatele referenční stavby považovat dodavatele, se kterým byla uzavřena smlouva na její realizaci a který za provedení díla nesl vůči zadavateli odpovědnost. Generální dodavatel tedy nemusí sám vlastními prostředky realizovat celou zakázku, nicméně odpovídá za její řádné a odborné provedení objednateli.

[31] Výše uvedené závěry, které primárně plynou z již uváděného rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 213/2015-38, jsou podpořeny rovněž správní praxí (ve vztahu k zákonu č. 137/2006 Sb., i ve vztahu k nynějšímu ZZVZ). K tomu například viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S529,532/2014/vz-22800/2014/533/SWa, ze dne 10. 3. 2021, č. j. ÚOHS-08720/2021/500/Aiv, či ze dne 17. 5. 2024, č. j. ÚOHS-20192/2024/500.

[32] Stěžovatelkou požadovaný (rozšířený) výklad § 79 odst. 4 ZZVZ na nynější případ, tedy, aby si společnost AQUA-GAS mohla jako referenci uplatnit zakázku č. 5 pouze v rozsahu, ve kterém se na ní skutečně podílela, nemá oporu v zákoně a ani nekoresponduje s výše uvedeným výkladem, který se opírá o smysl a účel referencí (toho, co mají prokazovat) u veřejných zakázek. Zároveň je z výše uvedeného zřejmé, že proces výzev uplatněný stěžovatelkou za účelem odstranění pochybností stran toho, v jakém rozsahu se AQUA-GAS reálně podílela na referenční zakázce č. 5, neměl v posuzované věci místa. AQUA-GAS totiž v oné „sporné“ referenční zakázce č. 5 vystupovala jako generální dodavatel.

[33] Spíše pro doplnění Nejvyšší správní soud uvádí, že na výše uvedených závěrech nemůže nic změnit ani odkaz stěžovatelky na komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek (str. 8 kasační stížnosti). Zde autoři pouze vyslovují pochybnosti nad výkladem (možnými výklady) dikce § 79 odst. 4 ZZVZ, avšak bez konkrétních právních závěrů, se kterými by se mohl Nejvyšší správní soud vypořádat.

[34] Konečně Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že dílčí kasační námitkou stěžovatelka požadovala i přehodnocení závěru městského soudu o tom, že společnost AQUA-GAS doložila splnění požadavku technické kvalifikace duplicitně. Městský soud přitom vycházel z § 79 odst. 5 ZZVZ, podle něhož je za dokument prokazující splnění kritéria technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ jak osvědčení objednatele, tak

i smlouva o plnění předmětu zakázky. Dle názoru stěžovatelky si ale tvrzení společnosti AQUA-GAS v seznamu významných stavebních prací, který byl součástí nabídky, tvrzení společnosti MORAVOSTAV Brno a obsah smlouvy o dílo k referenční zakázce č. 5 plně neodpovídala. Doložení těchto dokladů tak dle stěžovatelky nebylo „zdvojením“ dokladu, kterým je prokazováno splnění kritéria technické kvalifikace, ale naopak zdrojem její další nejistoty. S ohledem na vše výše uvedené, tedy závěry spočívající v tom, že v posuzované věci nebylo rozhodující, kdo se reálně a v jakém rozsahu podílel na uskutečnění referenční zakázky č. 5, je již nadbytečné jakkoli dále vypořádávat uvedenou kasační argumentaci. I v tomto případě je rozhodujícím závěr o tom, že společnost AQUA-GAS byla v případě referenční zakázky č. 5 generálním dodavatelem, a proto jí svědčila reference k této zakázce v plném rozsahu.

IV. Závěr a náklady řízení

[35] Nejvyšší správní soud kasačním námitkám nepřisvědčil a neshledal ani vadu, ke které by musel přihlédnout z úřední povinnosti. Kasační stížnost proto zamítl podle § 110 odst. 1, věty poslední, s. ř. s.

[36] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s., ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka, která neměla ve věci úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému nad rámec jeho běžné úřední činnosti žádné náklady nevznikly.

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

V Brně dne 13. března 2025

JUDr. Radan Malík
předseda senátu