



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Tomáše Kocourka a soudkyň Evy Šonkové a Sylvie Šiškeové v právní věci žalobkyně: **NEXIA AP a. s.**, se sídlem Sokolovská 5/49, Praha 8, zast. JUDr. Pavlem Fráňou, Ph.D., advokátem, se sídlem Václavské náměstí 832/19, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, za účasti osoby zúčastněné na řízení: **Všeobecná zdravotní pojišťovna České republiky**, se sídlem Orlická 2020/4, Praha 3, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 9. 2023, č. j. ÚOHS-33291/2023/161, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 9. 2024, č. j. 62 Af 46/2023-294,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žalobkyně ani osoba zúčastněná na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Přehled dosavadního řízení

[1] Osoba zúčastněná na řízení zadala v otevřeném řízení veřejnou zakázku s názvem „*Audit účetní závěrky a výroční zprávy*“. Žalobkyně byla účastníkem tohoto zadávacího řízení. Osoba zúčastněná na řízení ji však vyloučila, neboť žalobkyně neprokázala splnění kritérií technické kvalifikace. Sporným je, zda se na žalobkyni vztahuje § 79 odst. 4 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), a tedy zda musela doložit, v jakém rozsahu se coby členka konsorcia fakticky podílela na realizaci tzv.

referenčních veřejných zakázek. Pokud se na ni toto ustanovení vztahuje, je sporným, zda žalobkyně doložila, v jakém rozsahu se na realizaci referenčních veřejných zakázek podílela.

[2] Žalobkyně podala žalovanému návrh na přezkum úkonů zadavatele. Žalovaný návrh zamítl. Jeho rozhodnutí potvrdil předseda žalovaného a rozklad žalobkyně zamítl.

[3] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného se žalobkyně bránila žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Krajský soud žalobu zamítl.

[4] Podle krajského soudu se na žalobkyni § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ vztahuje. Toto ustanovení upravuje prokázání technické kvalifikace pomocí referenční veřejné zakázky v situaci, kdy se na jejím plnění nepodílí pouze účastník zadávacího řízení, ale více subjektů. V tomto případě je třeba prokázat, v jakém rozsahu se účastník zadávacího řízení fakticky podílel na plnění referenční veřejné zakázky. To vyplývá z pojmu kvalifikace jako způsobilosti a schopnosti dodavatele plnit veřejnou zakázku [§ 28 odst. 1 písm. c) ZZVZ]. V opačném případě by nemohl účastník zadávacího řízení své zkušenosti dostatečně osvědčit. To platí i o konsorciích, včetně toho, jehož měla být žalobkyně součástí při plnění referenčních veřejných zakázek. Opak nelze dovodit z povahy věci ani systematiky ZZVZ. Sjednání solidárního závazku totiž samo o sobě nevypovídá nic o znalostech, praktických zkušenostech a získaných kompetencích ve vztahu k plnění, jež odpovídá předmětu posléze zadávané veřejné zakázky. Lze naopak očekávat, že jednotliví členové konsorcia nemají dostatečné znalosti, zkušenosti a kompetence k plnění zakázky v celém rozsahu. Žalobkyně nebyla v postavení generálního dodavatele, neboť by musela být jedinou smluvní stranou na dodavatelské straně závazkového vztahu.

[5] Žalobkyně tedy byla povinna prokázat, v jakém rozsahu se fakticky podílela na plnění referenčních veřejných zakázek. Osoba zúčastněná na řízení měla o tomto rozsahu pochybnosti, což vedlo k zaslání čtyř žádostí žalobkyni podle § 46 odst. 1 ZZVZ. Osoba zúčastněná na řízení vždy vycházela z podkladů, které jí žalobkyně na základě předchozí výzvy zaslala, s tím, že žalobkyni průběžně vysvětlovala, proč je nezbytné, aby prokázala podíl na plnění veřejné zakázky. Všechny žádosti byly jasné a srozumitelné. Plyne z nich, že osoba zúčastněná na řízení požaduje předložit dokumenty obsahující rozdělení odměny mezi členy konsorcia, neboť odměna reflektuje výslednou participaci členů konsorcia na plnění veřejných zakázek (čl. III. odst. 8. konsorciální smlouvy). Odměna tak odráží podíl, kterým se měla žalobkyně na plnění referenční veřejné zakázky podílet.

[6] Z relevantních dokumentů předložila žalobkyně pouze konsorciální smlouvu a její dodatek. Ostatní dokumenty (zprávy o provedení auditu, smlouva o auditu, souhrnné faktury za poskytnuté služby, zprávy o přezkoumání hospodaření a společné prohlášení členů konsorcia) relevantní nejsou. Co se týká rozdělení odměny mezi členy konsorcia, dokumenty obsahují pouze obecný mechanismus, z něhož nevyplývá, v jaké míře se žalobkyně na plnění referenční veřejné zakázky skutečně podílela. Z jí doloženého rozdělení odměn ve správním řízení (ujednání o fakturaci odměny za příslušné roky) vyplývá, že její podíl na plnění referenční veřejné zakázky neodpovídal hodnotě 1,5 milionu Kč, jak požaduje zadávací dokumentace. I pokud by nebylo možné vycházet z rozdělení odměny, nic to nemění na tom, že žalobkyně neprokázala, v jakém rozsahu se podílela na plnění referenční veřejné zakázky.

pokračování

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření k ní

[7] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (dále též „stěžovatelka“) kasační stížnost, jejíž důvody podřadila pod § 103 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“).

[8] Stěžovatelka rozporuje, že by se na ni vztahoval § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ, a proto má za to, že nebyla povinna prokázat, v jakém rozsahu se podílela na uskutečnění referenčních veřejných zakázek. Podstatný je totiž rozsah odpovědnosti jednotlivých dodavatelů za poskytnuté plnění. Stěžovatelka prostřednictvím svého podepisujícího statutárního auditora fakticky působila na 100 % plnění, které bylo předmětem referenčních veřejných zakázek. Stěžovatelka byla prostřednictvím svého statutárního auditora tím, kdo ve smyslu zákona č. 93/2009 Sb., o auditorech a o změně některých zákonů (zákon o auditorech), dodával a poskytoval auditorské služby a kdo byl podle tohoto zákona povinen vést dokumentaci auditora. Stěžovatelka tak v rámci konsorcia dodala společně a nerozdílně plnění odpovídající referenční veřejné zakázce a ve smyslu auditorských předpisů za ně ze 100 % odpovídá. Proto mohla využít pro prokázání své technické kvalifikace referenční veřejné zakázky v plném rozsahu.

[9] Kromě toho, že stěžovatelka vykonávala referenční veřejné zakázky v konsorciu, nepoukázal žalovaný ani osoba zúčastněná na řízení na nic, co by mělo prokazovat nedostatečnou kvalifikaci stěžovatelky. Napadený rozsudek je v rozporu s rozsudkem krajského soudu ze dne 2. 9. 2015, č. j. 62 Af 15/2014-55, podle něhož je na dodavateli, zda veřejnou zakázku realizuje pouze vlastními silami, společně a nerozdílně s jiným dodavatelem v rámci konsorcia či s využitím subdodavatelů.

[10] Stěžovatelka obecně souhlasí, že jednotliví členové konsorcia nemusí mít potřebné znalosti či zkušenosti. Toto obecné konstatování však nemá se stěžovatelkou žádnou spojitost, neboť nezohledňuje skutečnosti zmíněné v bodě [8] tohoto rozsudku.

[11] Stěžovatelka byla při plnění referenční zakázky v obdobné pozici jako generální dodavatel, a proto byla oprávněna prokázat splnění kritérií technické kvalifikace referenčními veřejnými zakázkami v plném rozsahu. To vyplývá z toho, že měla plnou odpovědnost za jejich realizaci a že měla přímý smluvní vztah se zadavatelem.

[12] Stěžovatelka předložila osobě zúčastněné na řízení všechny dokumenty, které po ní požadovala. Krajský soud nesprávně interpretoval především čtvrtou žádost. Osoba zúčastněná na řízení v ní stěžovatelku vyzvala, aby doložila dokumenty, na základě kterých mělo dojít k rozdělení odměny za referenční veřejné zakázky. Nikdy ji však nevyzvala k doložení konkrétního rozdělení odměny mezi členy konsorcia. Rozdělení odměny mezi členy konsorcia navíc nemá žádný vliv na posouzení technické kvalifikace stěžovatelky, což vyplývá z důvodové zprávy k ZZVZ a odborné literatury. Krajský soud se navíc nezabýval důvodem uzavření konsorcia. Tím bylo vytvoření auditorského týmu, jehož část bude v Praze a část v Brně, což mělo snížit náklady na provedení auditorských činností.

[13] Žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl. Ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ na situaci stěžovatelky dopadá. Spojení *společně s jinými dodavateli*, které toto ustanovení používá, dopadá i na konsorcium. Stěžovatelka argumentuje, že její auditor podepisoval účetní závěrky města Brna, což navíc nijak neprokazuje. Předmětem referenční veřejné zakázky však byly i audity hospodaření 29 městských částí města Brna. Tyto účetní závěrky podepisoval auditor druhého člena konsorcia, který je v nich uveden jako auditorská společnost. Z dokumentů, které si žalovaný od stěžovatelky vyžádal, vyplývá, že se na plnění referenčních veřejných zakázek podílela jen z malé části (její podíl na odměně byl asi 1/3 z celkové částky 1 799 000 Kč). Finanční parametr, který měla referenční veřejná zakázka mít (1,5 mil. Kč), tak nebyl naplněn.

[14] Stěžovatelka odkazuje na důvodovou zprávu. Jedná se však o důvodovou zprávu k původnímu vládnímu návrhu zákona, který počítal s tím, že účastník zadávacího řízení by mohl používat pro prokázání technické kvalifikace v celém rozsahu i ty referenční veřejné zakázky, které plnil v rámci sdružení. Tento návrh zákona však nebyl schválen a platí přesně opačná úprava, která odpovídá výkladu, že je třeba konkrétně prokázat podíl na plnění. Stěžovatelka nebyla generálním dodavatelem, neboť generální dodavatel nese odpovědnost za plnění veřejné zakázky jako jediný. Veřejná zakázka prováděná generálním dodavatelem se tak nepovažuje za zakázku prováděnou *společně s jinými dodavateli*.

[15] Žalovaný nepopírá, že se stěžovatelka podílela na všech druzích činností, které byly předmětem referenčních veřejných zakázek. Stěžovatelka se však nepodílela na plnění v celém rozsahu, a proto nenaplnila finanční parametr kvalifikace. Z obsahu výzev musela stěžovatelka vědět, co po ní osoba zúčastněná na řízení požaduje.

[16] Osoba zúčastněná na řízení bez jakékoliv bližší argumentace uvedla, že považuje rozsudek krajského soudu za správný, a navrhla, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

III. Posouzení kasační stížnosti

[17] 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 zkoumal důvodnost kasační stížnosti dle § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů. Neshledal přitom vady podle § 109 odst. 4 s. ř. s., k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[18] Kasační stížnost není důvodná.

[19] Nejvyšší správní soud nemá pochyb o tom, že stěžovatelka byla povinna prokázat, v jakém rozsahu se jako tehdejší členka konsorcia podílela na plnění referenčních veřejných zakázek podle § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ.

pokračování

[20] 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.

[21] Stěžovatelka uplatňuje argumentaci, že § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ se vztahuje pouze na dodavatele, kteří neodpovídali za plnění referenční veřejné zakázky společně a nerozdílně. Jinak řečeno, spojení *společně s jinými dodavateli* užitě v tomto ustanovení se týká pouze dodavatelů, kteří nenesli solidární odpovědnost za plnění referenční veřejné zakázky. Tento závěr však z ničeho nevyplývá, a naopak je v rozporu s tím, jak ZZVZ chápe společné plnění veřejné zakázky více dodavateli.

[22] Možnost, aby se zadávacího řízení účastnilo na dodavatelské straně více osob společně, vyplývá již z definice dodavatele uvedené v § 5 ZZVZ. Toto ustanovení vůbec nezmiňuje, v jakém odpovědnostním vztahu mají tyto osoby vůči zadavateli být. Nikterak neomezuje formu, v jaké má dodavatel, resp. jednotlivé osoby na dodavatelské straně, vystupovat (viz také § 37 odst. 4 ZZVZ). Je tak nepochybné, že spojení *více těchto osob společně* se týká i společnosti podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (viz např. ŠEBESTA, Milan a kol. § 5 [Dodavatel]. In: ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 42). To, zda na dodavatelské straně vystupují společně dva dodavatelé, tedy nikterak nesouvisí s jejich odpovědností za plnění veřejné zakázky vůči zadavateli.

[23] Zákonodárce si však uvědomoval, že na dodavatelské straně mohou vystupovat různé formy dodavatelských uskupení, což může být problematické vzhledem k odpovědnosti jednotlivých subjektů vůči zadavateli. ZZVZ se proto zmiňuje i o odpovědnosti dodavatelů, kteří se společně ucházejí o veřejnou zakázku. Konkrétně dává zadavateli možnost v zadávací dokumentaci nebo výzvě k podání nabídek požadovat, aby dodavatelé, kteří se veřejné zakázky účastní společně, doložili, jaké bude rozdělení odpovědnosti za plnění veřejné zakázky. Zadavatel může zároveň vyžadovat, aby všichni dodavatelé podávající společnou nabídku odpovídali společně a nerozdílně [§ 103 odst. 1 písm. f) ZZVZ].

[24] Z uvedených ustanovení je zjevné, že ZZVZ rozlišuje mezi odpovědností dodavatelů vůči zadavateli a tím, zda na dodavatelské straně působí více dodavatelů. Jde o dvě různé kategorie. To, že na dodavatelské straně vystupuje společně více dodavatelů, nelze směřovat s tím, zda tito dodavatelé odpovídají vůči zadavateli společně a nerozdílně, resp. obecně s tím, jakým způsobem vůči zadavateli odpovídají. Měl-li by se § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ týkat odpovědnostního vztahu dodavatelů vůči zadavateli, nikoliv prosté skutečnosti, že na dodavatelské straně vystupuje více subjektů, jistě by to z něj vyplývalo [obdobně jako z § 103 odst. 1 písm. f) ZZVZ, z něhož je jasné patrné, že hovoří o odpovědnosti dodavatelů, kteří se společně ucházejí o veřejnou zakázku]. Formulace § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ nicméně odpovídá formulaci, s níž ZZVZ spojuje pouhou mnohost subjektů na dodavatelské straně.

[25] Poukazuje-li tedy stěžovatelka v bodě 46 kasační stížnosti na rozdíl mezi spojeními *společně s jinými dodavateli* a *společně a nerozdílně s jinými dodavateli*, má pravdu v tom, že

jejich význam je rozdílný. To je však způsobeno tím, že jde o zcela odlišné kategorie. Spojení *společně s jinými dodavateli* se vztahuje na jakoukoliv mnohost subjektů na dodavatelské straně bez ohledu na podobu jejich odpovědnosti za plnění veřejné zakázky ve vztahu k zadavateli. Pojem tedy zahrnuje i společné dodavatele, kteří odpovídají za plnění veřejné zakázky společně a nerozdílně.

[26] Poukaz stěžovatelky na to, že odpovídala za plnění referenčních veřejných zakázek v plném rozsahu (resp. společně a nerozdílně s druhým členem konsorcia), je tedy z pohledu aplikovatelnosti § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ irelevantní.

[27] Nejvyšší správní soud nesouhlasí ani s tvrzením stěžovatelky, že fakticky byla v pozici tzv. generálního dodavatele. Tím se stěžovatelka snaží vymanit z § 79 odst. 4 ZZVZ. Toho by však mohla docílit pouze za předpokladu, že by vůči zadavateli vystupovala jako jediný dodavatel: *„Reference totiž může svědčit tzv. generálnímu dodavateli, který plnění zajišťoval ve výlučném smluvním vztahu k zadavateli (bez dalších dodavatelů).“* (viz rozsudky NSS ze dne 13. 3. 2025, č. j. 9 Afs 207/2023-30, bod 29, či ze dne 13. 3. 2025, č. j. 8 Afs 197/2023-36, bod 27, zvýraznění doplnil Nejvyšší správní soud). Plnila-li stěžovatelka referenční veřejné zakázky v konsorciu s dalším dodavatelem (tedy nikoliv ve výlučném smluvním vztahu k zadavateli), uplatní se na ni § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ, jak již Nejvyšší správní soud vyložil výše.

[28] Odhlédne-li Nejvyšší správní soud od jasného znění a systematiky ZZVZ, lze připustit, že na první pohled se může jevit rozlišení mezi tím, zda část referenční veřejné zakázky fakticky realizoval poddodavatel, nebo další dodavatel, nedůvodné. Tak tomu však není. Byť totiž generální dodavatel neplní část referenční veřejné zakázky sám, svědčí to o tom, že takový *„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“* (viz rozsudek NSS ze dne 13. 3. 2025, č. j. 9 Afs 207/2023-30, bod 28). Plní-li však referenční veřejnou zakázku více dodavatelů, tak to samo o sobě svědčí pouze tomu, že tito dodavatelé jsou schopni plnit veřejnou zakázku o určitém předmětu a rozsahu společnými silami, nikoliv samostatně. Uchází-li se tedy pouze jeden z těchto dodavatelů dalšího zadávacího řízení, referenční veřejná zakázka nedokládá, že je schopen plnit veřejnou zakázku podobného předmětu a rozsahu bez spolupráce s tímto druhým dodavatelem. To je rozdíl oproti generálnímu dodavateli, který je schopen jako jediný dodavatel splnit veřejnou zakázku. To, že se tak stalo částečně prostřednictvím poddodavatelů, ukazuje jen na způsob, jak toho docílit, nikoliv na jeho schopnosti. Je samozřejmě možné, že stěžovatelka naváže s osobou, s níž pro účely referenční veřejné zakázky tvořila konsorcium (případně s jinou osobou), jinou formu spolupráce. I tato osoba však může sloužit k tomu, aby stěžovatelka prokázala svoji kvalifikaci (§ 83 ZZVZ). Stěžovatelka však svoji technickou kvalifikaci prostřednictvím jiné osoby neprokazovala.

[29] Stěžovatelka odkazuje na rozsudek krajského soudu ze dne 2. 9. 2015, č. j. 62 Af 15/2014-55. Krajský soud v tomto rozsudku posuzoval, zda může zadavatel po obsahové stránce prověřovat osvědčení, které slouží k doložení reference. Toto prověření

pokračování

bylo nutné pro zjištění, zda předmětem osvědčení bylo jedno, či dvě plnění. Je tak zjevné, že tento rozsudek nikterak nesouvisí s otázkou, která je předmětem tohoto řízení.

[30] Nejvyšší správní soud tak uzavírá, že chtěla-li stěžovatelka použít k prokázání kvalifikace jí zmíněné referenční veřejné zakázky, bylo možné tak učinit pouze v rozsahu, v jakém se na nich fakticky podílela. Nejvyšší správní soud se proto dále zabýval tím, zda stěžovatelka rozsah své účasti na plnění referenčních veřejných zakázek prokázala.

[31] Lze předeslat, že i v tomto ohledu je zcela bez významu, v jaké míře stěžovatelka za plnění veřejné zakázky odpovídala. Odpovědnost za plnění veřejné zakázky a faktické podílení se na jejím plnění jsou dvě odlišné kategorie.

[32] Nejvyšší správní soud nemá pochyb, že je na dodavateli, aby doložil rozsah plnění referenční veřejné zakázky podle § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ. Zadavatel může jen stěží takové informace sám zjistit. Poukazuje-li tedy stěžovatelka na to, že žalovaný s osobou zúčastněnou na řízení zpochybňují její kvalifikaci pouze s odkazem na to, že referenční veřejné zakázky provedla jako člen konsorcia, vychází z nesprávného předpokladu. Účast stěžovatelky v konsorciu vedla „pouze“ k nutnosti aplikovat § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ. Za této situace bylo na stěžovatelce, aby prokázala, v jakém rozsahu se podílela na plnění referenčních veřejných zakázek, tedy doložila svoji technickou kvalifikaci. Nejvyšší správní soud proto v obecné rovině považuje jednotlivé žádosti za zcela opodstatněné.

[33] Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že všechny žádosti jsou srozumitelné a jasné. Osoba zúčastněná na řízení v první žádosti ze dne 17. 1. 2023 nejprve obecně uvádí: „*V čestném prohlášení ke splnění předmětného kritéria technické kvalifikace není uvedena skutečnost, že smlouvou se Statutárním městem Brno jste uzavřeli jako člen konsorcia, nicméně je zřejmé, že jste v čestném prohlášení uvedli celou částku odměny (ceny za auditorské činnosti) dle smlouvy, nikoli její relevantní část, která by reflektovala rozsah, v jakém jste se na plnění zakázky skutečně podíleli.*“ Následně po stěžovatelce požadovala „*předložení dokladů, z kterých bude jednoznačně vyplývat rozsah, v jakém jste se skutečně podíleli na plnění referenčních zakázek (např. doložením Konsorciální smlouvy ze dne 14. 9. 2018 uzavřené mezi společnostmi Nexia AP, a.s., a HZ Brno, spol. s r. o.), a z kterých bude zároveň vyplývat splnění požadovaného objemu (ceny za poskytnutí služby) minimálně 1,5 mil. Kč ročně u každého jednotlivého objednatele (za jednotlivou službu), příp. jiných významných služeb, které budou prokazovat splnění kritéria technické kvalifikace požadovaného zadavatelem v bodě 7.1. přílohy č. 1 zadávací dokumentace.*“

[34] Žádost jednoznačně směřuje k tomu, aby stěžovatelka prokázala podmínky technické kvalifikace v souladu s § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ. Přímě sice zmiňuje konsorciální smlouvu, je však zjevné, že se jedná pouze o určitý návod pro stěžovatelku, jak může prokázat rozsah plnění, na kterém se podílela. Osoba zúčastněná na řízení jistě nenaznačovala, že jde o jediný způsob, jak může stěžovatelka rozsah plnění prokázat (viz slovo *např.*). Stejně tak nepředjímá, že předložením konsorciální smlouvy stěžovatelka bez dalšího prokáže rozsah plnění. To ani nemohla osoba zúčastněná na řízení předjímat, neboť jí obsah smlouvy zjevně nebyl znám, když žádala její doložení.

[35] Další žádosti se nesly v podobném duchu. Osoba zúčastněná na řízení stále neměla za to, že by stěžovatelka doložila, v jakém rozsahu se na plnění referenčních veřejných zakázek podílela, a proto vydávala postupně další žádosti podle § 46 ZZVZ (celkem čtyři), a to navzdory tomu, že stěžovatelka již tehdy vyjádřila nesouhlas s aplikací § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ na její situaci. Jednotlivé žádosti se lišily pouze v tom, že osoba zúčastněná na řízení se postupně dozvíдалa o nových skutečnostech týkajících se stěžovatelčina konsorcia, a proto v nich vždy zmiňovala nové dokumenty.

[36] Námitka stěžovatelky, že předložila všechny dokumenty, které po ní osoba zúčastněná na řízení výslovně žádala, je tedy také nedůvodná. Stejně tak úvaha, že stěžovatelka nemohla domýšlet, které dokumenty po ní vlastně osoba zúčastněná na řízení požaduje, není správná. Bylo na stěžovateli, aby doložila rozsah, v jakém se podílela na plnění referenčních veřejných zakázek. Osoba zúčastněná na řízení nemohla vědět, čím přesně může stěžovatelka toto doložit. Osoba zúčastněná na řízení se totiž na rozdíl od stěžovatelky žádným způsobem nepodílela na plnění referenčních veřejných zakázek ani na souvisejícím zadávacím řízení. To, že osoba zúčastněná na řízení postupně využívala nové poznatky k tomu, aby ve svých žádostech přímo odkázala na další dokumenty, které by potenciálně mohly rozsah prokazovat, jí nelze vytýkat. Právě naopak, osoba zúčastněná na řízení učinila vše, co bylo v jejích možnostech, aby umožnila stěžovateli doložit rozsah, ve kterém se na plnění referenčních veřejných zakázek podílela.

[37] Stěžovatelka dále uvádí, že osoba zúčastněná na řízení ji nikdy nevyzvala k tomu, aby doložila konkrétní rozdělení odměny mezi členy konsorcia. Výslovně poukazuje na v pořadí čtvrtou žádost. Vychází z toho, že osoba zúčastněná na řízení ji měla vyzvat pouze k doložení dokumentů, které se měly týkat rozdělení odměny a na které poukazuje konsorciální smlouva a dodatek k ní, nikoliv k tomu, aby doložila konkrétní rozdělení odměny mezi členy konsorcia (viz bod 39 kasační stížnosti).

[38] Dokumenty, které zmiňuje osoba zúčastněná na řízení ve své čtvrté žádosti, se týkají rozdělení odměny mezi členy konsorcia. Osoba zúčastněná na řízení vycházela z dokumentů, které jí nově stěžovatelka předložila. Konkrétně z čl. III odst. 8 konsorciální smlouvy, podle níž má být odměna mezi členy konsorcia rozdělena *s ohledem na výslednou dělbu pracovní činnosti a pracovních úkolů na realizaci příslušných služeb buď formou dodatku k této smlouvě, nebo formou samostatné písemné dohody*. A dále z čl. II odst. 5 dodatku ke konsorciální smlouvě, podle něhož má být odměna stanovena speciálním ujednáním smluvních stran. Nejvyšší správní soud nepovažuje žádost za nejasnou. Bylo z ní zcela zřejmé, z čeho osoba zúčastněná na řízení vycházela a co požadovala. Nejvyššímu správnímu soudu není naopak vůbec zřejmé, z čeho vychází stěžovatelčina argumentace v bodě 39 kasační stížnosti, že po ní osoba zúčastněná na řízení nepožadovala, aby doložila konkrétní rozdělení odměny mezi členy konsorcia. Naráží-li snad stěžovatelka na to, že v odpovědi na čtvrtou žádost uvedla, že čl. II odst. 5 dodatku modifikoval čl. III odst. 8 konsorciální smlouvy, a odměna tudíž neměla vycházet z rozdělení jednotlivých pracovních úkolů, nepovažuje to Nejvyšší správní soud za přesvědčivé. Tvrdí-li stěžovatelka, že došlo ke změně konsorciální smlouvy v tom smyslu, že odměna neměla nově vycházet z dělby práce, může mít tato skutečnost vliv nanejvýš na to, jaký význam lze rozdělení odměny přikládat, nikoliv na výklad čtvrté žádosti osoby zúčastněné na řízení.

pokračování

[39] To, že rozdělení odměny mezi členy konsorcia nemá žádný vliv na posouzení technické kvalifikace, stěžovatelka rovněž namítá. Tato otázka však v kontextu tohoto případu není důležitá. Jak již Nejvyšší správní soud několikrát zmínil, bylo především na stěžovatelce, aby doložila, v jakém rozsahu se podílela na plnění referenčních veřejných zakázek. Měla-li za to, že rozdělení odměny mezi členy konsorcia není relevantní, bylo na ní, aby rozsah své účasti na plnění referenčních veřejných zakázek doložila jiným způsobem.

[40] Stěžovatelka v kasační stížnosti netvrdí, že v rozdělení odměny se promítal rozsah, v němž se členové konsorcia podíleli na plnění referenčních veřejných zakázek, a proto se k této otázce nemusí Nejvyšší správní soud podrobněji vyjadřovat. V obecnosti však lze jistě říci, že úvaha osoby zúčastněné na řízení vycházející ze znění konsorciální smlouvy a jejího dodatku měla logický základ, a proto nelze její žádost považovat za neopodstatněnou. I pokud by snad bylo možné při dokládání rozsahu stěžovatelčiny účasti na referenčních veřejných zakázkách vycházet z rozdělení odměny mezi členy konsorcia, je zřejmé, že by rozdělení odměny nasvědčovalo tomu, že stěžovatelka nemohla referenčními veřejnými zakázkami prokázat splnění stanovené technické kvalifikace, neboť se sama nepodílela na plnění referenčních veřejných zakázek v rozsahu větším než 1,5 mil. Kč, jak požadovala zadávací dokumentace (viz bod 25 rozsudku krajského soudu).

[41] Dále stěžovatelka uvádí, že se měla podílet na 100 % poskytnutých auditorských služeb, neboť reálně působila na všech poskytnutých auditorských službách a také je kontrolovala, přičemž účetní závěrky podepisoval její auditor. Ani s tím se Nejvyšší správní soud neztotožňuje.

[42] I pokud by Nejvyšší správní soud považoval toto stěžovatelčino tvrzení za prokázané (na základě prohlášení stěžovatelky a druhého člena konsorcia), nic to nemění na tom, že je z hlediska prokázání rozsahu plnění referenčních veřejných zakázek irrelevantní. Výklad, že by stačilo poukázat na to, že se dodavatel „svojí troškou“ podílel na všech poskytnutých službách, jde proti smyslu tohoto ustanovení. To jistě nepředpokládá, že by měla být referenční veřejná zakázka rozdělena na jednotlivé poskytnuté služby s tím, že každý z dodavatelů, který se, byť jen zcela nepatrně, na všech těchto službách podílel či kontroloval jejich kvalitu, plnil veřejnou zakázku ze 100 %. Takové pojetí rozhodně nemůže osvědčit schopnost dodavatele splnit veřejnou zakázku určitého rozsahu. Ustanovení § 79 odst. 4 písm. a) ZZVZ je tak třeba vykládat v tom smyslu, že není možné, aby součet procentuálních podílů, v nichž se jednotliví dodavatelé podíleli na plnění referenční veřejné zakázky, přesahoval 100 %.

[43] Ve stěžovatelčině pojetí by k tomu v posuzované věci nepochybně došlo. To jednoznačně potvrzuje stěžovatelka svým tvrzením, že členové konsorcia vytvořili jeden auditorský tým. Kromě toho i žalovaný poukázal na to, že auditor stěžovatelky sice patrně vyhotovoval zprávy o výsledku přezkoumání hospodaření města Brna, ale auditor druhého člena konsorcia vyhotovoval zprávy o výsledku přezkoumání hospodaření městských částí města Brna, což taktéž bylo předmětem referenčních veřejných zakázek. To stěžovatelka nikterak nevyvrací. Na plnění referenčních veřejných zakázek se tak jistě podílel i druhý člen konsorcia. V opačném případě by ostatně konsorcium postrádalo smysl. Z toho vyplývá, že se stěžovatelka nemohla podílet na plnění referenční veřejné zakázky ze 100 %, jak tvrdí.

[44] Nejvyšší správní soud nepovažuje za relevantní ani poukaz stěžovatelky na specifičnost auditorských služeb spojenou s odpovědností auditora, jenž vydal zprávu o auditu, podle zákona č. 93/2009 Sb., o auditorech. Tato specifičnost auditorských služeb totiž netkví v tom, že by se na nich nemohlo podílet více subjektů. V opačném případě by ostatně stěžovatelka nemohla vytvořit společný auditorský tým s druhým účastníkem konsorcia. Ze specifičnosti této služby tedy nevyplývá, v jakém rozsahu se stěžovatelka podílela na plnění referenčních veřejných zakázek. Irelevantní je také důvod vzniku konsorcia. Ani ten totiž sám o sobě nevypovídá nic o tom, v jakém rozsahu se stěžovatelka fakticky podílela na plnění referenčních veřejných zakázek.

[45] Na závěr Nejvyšší správní soud podotýká, že stěžovatelka poukazovala na rozpor se směrnicemi Evropské unie, důvodovou zprávou, odbornou literaturou či judikaturou, přičemž však neodkázala na žádný konkrétní zdroj, či dokonce jeho přesnou část s vysvětlením, v čem rozpor spatřuje. Nejvyšší správní soud tak obecně uvádí, že výklad provedený krajským soudem nepovažuje za rozporný s žádným z těchto zdrojů. Jde-li o důvodovou zprávu k § 79 vládního návrhu ZZVZ, tak žalovaný správně poukázal na to, že zákonodárce přijal přesně opačné znění, než které obsahoval původní návrh, k němuž se důvodová zpráva vztahovala. Podle návrhu mohl účastník využít k prokázání technické kvalifikace referenční veřejnou zakázku v plném rozsahu, byť se na ní podílel s dalšími dodavateli, a tudíž v tomto nelze z důvodové zprávy vycházet.

IV. Závěr a náklady řízení

[46] Na základě výše uvedeného dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věty druhé s. ř. s. zamítl.

[47] O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti soud rozhodl podle úspěchu ve věci v souladu s § 60 odst. 1 větou první ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka v řízení nebyla úspěšná, a proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný měl ve věci plný úspěch, avšak nevznikly mu žádné náklady nad rámec úřední činnosti, a proto mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

[48] Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 5 ve spojení s § 120 s. ř. s., neboť jí soud v řízení neuložil žádnou povinnost.

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

V Brně dne 17. června 2025

Tomáš Kocourek
předseda senátu

pokračování

2 As 211/2024 - 38