



UOHSX00BE7F1

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv

Brno: 24. července 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 25. 5. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek, na základě plné moci ze dne 29. 4. 2018 zastoupena Mgr. Filipem Toulem, advokátem, IČO 72015250, se sídlem Na Sadech 4/3, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/39 Volary – Chlum“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem P18V00135557,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **nedodržel při zadávání veřejné zakázky „I/39 Volary – Chlum“** ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem P18V00135557, **zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 neurčitě a nedostatečně popsal rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje, že je**

oprávněně vyloučit účastníka ze zadávacího řízení – Robstav stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek – pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) citovaného zákona, z důvodů, že se účastník zadávacího řízení v posledních 3 letech dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo uzavřené dne 17. 8. 2016 na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ spočívajících ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, a taktéž závažného pochybení v posledních 3 letech při plnění smlouvy o dílo uzavřené dne 3. 10. 2016 na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončení díla) dle dané smlouvy, čímž učinil toto rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelným, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako nápravné opatření k nezákonnému postupu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad** pro ochranu hospodářské soutěže **podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ruší rozhodnutí výše uvedeného **zadavatele o vyloučení účastníka zadávacího řízení – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774**, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek – ze dne 18. 4. 2018 oznámené výše uvedenému účastníkovi zadávacího řízení dopisem „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 18. 4. 2018 **a současně ruší i všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary – Chlum“** zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem P18V00135557.

III.

Zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem** pro ochranu hospodářské soutěže **pod sp. zn. S0198/2018/VZ ve věci návrhu navrhovatele – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774**, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek – ze dne 25. 5. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary – Chlum“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem P18V00135557.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb.**, o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390**, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **ukládá povinnost**

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých)

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek, která byla uveřejněna na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem P18V00135557, zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/39 Volary - Chlum“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 2.1 zadávací dokumentace je vymezeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je provedení stavebních prací dle této zadávací dokumentace a jejích příloh.
3. Podle bodu 2.2 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 17 753 000 Kč bez DPH.
4. V bodě 8.1 zadávací dokumentace je stanoveno, že hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle ekonomické výhodnosti nabídek na základě kritéria hodnocení nejnižší nabídková cena.
5. Jak vyplývá z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 21. 3. 2018, zadavatel obdržel celkem pět nabídek od společnosti: ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek; STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5; EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, Nové Město, 110 00 Praha 1; Silnice Klatovy a.s., IČO 45357307, se sídlem Vídeňská 190/I, 339 01 Klatovy; SWIETELSKY stavební s.r.o., odštěpný závod: SWIETELSKY stavební s.r.o., odštěpný závod Dopravní stavby JIH, IČO 48 035599, se sídlem Pražská tř. 495/58, 370 04 České Budějovice.
6. Z „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 18. 4. 2018 je patrné, že zadavatel oznámil dodavateli ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek, že je ze zadávacího řízení vyloučen.
7. Dne 2. 5. 2018 byly zadavateli doručeny dodavatelem – ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek (dále jen „navrhovatel“) – námítky ze dne 2. 5. 2018 směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
8. Rozhodnutím ze dne 16. 5. 2018 zadavatel námítky navrhovatele odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení za zákonný, podal dne 25. 5. 2018 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dozoru nad dodržováním zákona.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Úřad obdržel předmětný návrh dne 25. 5. 2018 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

11. Účastníkem správního řízení podle § 256 zákona je:

- zadavatel,
- navrhovatel.

Obsah návrhu ze dne 25. 5. 2018

12. Dne 25. 5. 2018 Úřad obdržel od navrhovatele návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne, kdy předmětný návrh směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Konkrétně navrhovatel uvádí, že podle zadavatele se dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“. Podle zadavatele tedy závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. Jh“ spočívalo v té skutečnosti, že navrhovatel zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, dále v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a taktéž nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 při provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ tkvělo dle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla, které vedlo k odstoupení od dané smlouvy o dílo.
13. Navrhovatel se tedy nejprve v rámci svého návrhu vyjádřil k údajnému závažnému pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, kdy navrhovatel tvrdí, že dne 5. 1. 2018 obdržel od svého právního zástupce odstoupení od smlouvy na provedení citované zakázky, kde jako důvodem odstoupení od smlouvy bylo uvedeno, že navrhovatel nevyhověl výzvě správce stavby k nápravě ze dne 10. 11. 2017 a výzvě správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21. 11. 2017, a dále, že opakovaně a soustavně porušuje i jiné své povinnosti vyplývající ze smlouvy, konkrétně nedokončil dílo v době pro dokončení ve smyslu Pod-čl. 8.2 VOP/ZOP, tj. do 6. 11. 2017 a je s dokončením díla 42 dní v prodlení, a taktéž nedodržel dobu pro uvedení díla do provozu. Navrhovatel k této věci uvádí, že oběma výzvám správce stavby vyhověl a že k dokončení požadované části etapy I. – III. došlo dne 13. 12. 2017. Navrhovatel dále konstatuje, že realizace díla ze strany zadavatele byla přerušena na základě jeho požadavku ke dni 13. 12. 2017, a prodloužení doby pro zprovoznění, počítané od 13. 12. 2017 tedy nemůže být přičítáno na vrub navrhovatele. Navrhovatel to opodstatňuje tím, že rozdíl mezi datem 6. 11. 2017 a 13. 12. 2017 činí 37 dní, což je doba kratší než 42 dní, a není teda splněna podmínka pro odstoupení zadavatele od smlouvy podle Pod-čl. 15.2 bod (a). Nad výše uvedené navrhovatel dále tvrdí, že v Pod-čl. 15.2 [Odstoupení objednatele] VOP/ZOP je uvedeno: „(...) může Objednatel potom, co dá 14 dní předem oznámení zhotoviteli, odstoupit od smlouvy (...).“ Dle navrhovatele zadavatel podal dané oznámení až dne 5. 1. 2018, jelikož výše uvedené výzvy správce nemohou představovat dané oznámení, neboť odesílatelem je správce stavby nikoli objednatel, a ve znění předmětných výzev není taxativně uvedeno oznámení záměru odstoupit objednatelem od smlouvy. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že k závažnému pochybení z jeho strany nedošlo, a tím tedy nejsou naplněny podmínky uvedené v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

14. Dále se navrhovatel věnoval údajnému závažnému pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, kdy navrhovatel tvrdí, že záměnou asfaltových směsí SMA 8 s SMA 11 nevznikla zadavateli žádná škoda, jednalo se o neodstranitelnou vadu, za kterou mohla obalovna, u které navrhovatel objednal asfaltovou směs, a navrhovatel o dané záměně nevěděl. Podle navrhovatele se tedy jedná o neodstranitelnou vadu, za kterou nabízel zadavateli slevu z ceny díla, a i kdyby byl zadavatel v právu, což navrhovatel zásadně odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovu položení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla. Taktéž navrhovatel tvrdí, že ostatní vady byl připraven odstranit, ale nebyla mu poskytnuta ze strany zadavatele součinnost a navíc výzva k jejich odstranění mu byla doručena dne 30. 11. 2017, kdy v této výzvě bylo uvedeno datum k odstranění vad do 30. 11. 2017. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že k závažnému pochybení v rámci předmětné zakázky z jeho strany nedošlo, a tudíž nejsou ani naplněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
15. Navrhovatel má tedy za to, že zadavatel porušil § 48 zákona tím, že navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení, aniž by k tomu byl oprávněn, a proto navrhuje, aby bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 4. 2018, kterým jej zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary – Chlum“ Úřadem zrušeno.
16. Závěrem dle navrhovatelova mínění je nutné zmínit, že dle usnesení § 246 odst. 1 písm. d) zákona nesmí zadavatel uzavřít smlouvu s dodavatelem ve lhůtě 60 dnů ode dne zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, pokud byl návrh na zahájení řízení podán včas; zadavatel však může i v této lhůtě smlouvu uzavřít, pokud Úřad návrh zamítl nebo bylo správní řízení vedené o návrhu zastaveno a takové rozhodnutí nabylo právní moci. Navrhovatel se domnívá, že v této zákonné lhůtě nebude o návrhu pravomocně rozhodnuto, a proto navrhuje, aby Úřad vydal předběžné opatření, které zadavateli zakazuje uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary – Chlum“.

Další postup ve správním řízení

17. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-15874/2018/512/TDv ze dne 30. 5. 2018, které bylo účastníkům správního řízení doručeno 31. 5. 2018.

Vyjádření zadavatele ze dne 1. 6. 2018

18. Zadavatel se nejdříve vyjádřil k navrhovanému předběžnému opatření, kdy uvádí, že požadavek navrhovatele na nařízení předběžného opatření je zcela nedůvodný, neboť navrhovatel neprokázal nezbytné důvody pro nařízení předběžného opatření, a proto zákonná lhůta obsažená v § 246 odst. 1 písm. d) zákona je zcela jistě dostatečná k dosažení účelu správního řízení.
19. Zadavatel dále uvádí, že s navrhovatelem uzavřel dne 17. 8. 2016 smlouvu o dílu na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH.“ a taktéž dne 3. 10. 2016 uzavřel s navrhovatelem smlouvu o dílu na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“.
20. Dále zadavatel tvrdí, že plnění navrhovatele v rámci výše uvedených smluv vypovídají o ne odbornosti a hrubé neprofesionalitě navrhovatele a naplňují podmínky nezpůsobilosti vymezené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

21. Zadavatel k plnění smlouvy o dílo ze strany navrhovatele na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ uvádí, že pochybení navrhovatele spočívalo ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatele požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, to dle zadavatele znamená, že navrhovatel postupoval v rozporu s požadavky zadavatele vymezenými v předmětné smlouvě, a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Podle zadavatele na tom nic nemění ani ta skutečnost, kdy navrhovatel uvádí, že o této záměně nevěděl, jelikož záměna asfaltových směsí vznikla na straně obalovny, u které asfaltovou směs objednal. Zadavatel má totiž za to, že za plnění poskytnuté zadavateli plně odpovídá navrhovatel, a současně také odpovídá za plnění poskytované jeho poddodavateli. Zadavatel taktéž uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s.r.o. identifikoval vady vozovky spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Danou věc zadavatel uzavírá tím, že navrhovatel nerozporuje, že k jednotlivým pochybením z jeho strany došlo, ale rozporuje zejména ty skutečnosti týkající se nápravy předmětných pochybení.
22. Dále se zadavatel vyjádřil k pochybení navrhovatele v rámci smlouvy o dílo na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, kdy dle zadavatele navrhovatel postupoval zcela v rozporu s termíny plnění stanovenými zadavatelem a dostal se do významné prodlevy se zhotovením plnění, kdy takovéto nedodržení harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích.
23. Zadavatel dále upozorňuje, že dle předmětné smlouvy měla být etapa č. IV hotova již v době, kdy příznivé klimatické podmínky bezesporu byly, ale navrhovatel neměl ještě ani dokončenou etapu č. III, tudíž argument navrhovatele, že prodlevu plnění s etapou č. IV nezpůsobil on sám, ale zadavatel či klimatické podmínky, je irelevantní. V návaznosti na dané závažné pochybení ze strany navrhovatele odstoupil zadavatel od výše citované smlouvy.
24. Dále dle zadavatele lze za irelevantní považovat i rozporování navrhovatele vztahující se k platnosti odstoupení od předmětné smlouvy, neboť taková skutečnost dle zadavatele nemá jakýkoliv dopad na naplnění podmínek pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel je navíc přesvědčen, že odstoupení od předmětné smlouvy je bez vad, jak po stránce materiální, tak po stránce formální. Zadavatel je taktéž přesvědčen, že *„[d]le ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona nemá být předmětem zadávacího řízení rozhodování o platnosti, či neplatnosti předčasného ukončení dřívějšího smluvního vztahu, kdy o platnosti, či neplatnosti odstoupení může rozhodnout pouze příslušný soud.“*
25. Zadavatel závěrem k dané věci uvádí, že je zcela zřejmé, že plnění na základě obou výše citovaných smluv probíhalo v příkrém rozporu s jednotlivými podmínkami vymezenými v těchto smlouvách, což je důvodem nezpůsobilosti navrhovatele ve smyslu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kdy zadavatel tvrdí, že prokázal naplnění všech zákonných předpokladů pro vyloučení navrhovatele dle předmětného ustanovení zákona.

Další postup ve správním řízení

26. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-18394/2018/512/TDv ze dne 21. 6. 2018 účastníkům určil lhůty pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

27. Dne 26. 6. 2018 Úřad umožnil na základě písemné žádosti ze dne 25. 6. 2018 zástupci zadavatele (Ing. Vladimíru Kotkovi, na základě pověření ze dne 25. 6. 2018) nahlédnout do správního spisu. Protokol o nahlížení je součástí spisu.
28. Ve stanovené lhůtě se žádný z účastníků řízení k podkladům řízení nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

29. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla pro zadání veřejné zakázky stanovená v § 6 odst. 1 zákona, konkrétně zásadu transparentnosti.
30. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

31. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
32. Podle § 4 odst. 1 zákona veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
 - b) Česká národní banka,
 - c) státní příspěvková organizace,
 - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,
 - e) jiná právnická osoba, pokud
 - 1) byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 - 2) jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
33. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 11 téhož dne, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky.
34. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic ČR, coby státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem dopravy ČR, je veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

35. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
36. Podle § 48 odst. 5 písm. d) může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech

od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

K vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině

37. Úřad nejprve ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popřípadě obchodní pověst dodavatele. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení, kterých se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky nebo s jiným veřejným zadavatelem, a jenž vedly ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným důsledkům.
38. Úřad zde připomíná, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona představuje v právu veřejných zakázek nový institut, který se v předchozí právní úpravě nevyskytoval. Z tohoto důvodu neexistuje žádná relevantní rozhodovací praxe Úřadu ani soudů, které by přímo poskytovala výkladové vodítko pro aplikaci tohoto institutu. Úřad proto v první řadě přistoupil k výkladu tohoto ustanovení, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.
39. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovuje důvod pro vyloučení účastníka řízení zadavatelem pro nezpůsobilost, pokud zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla (1) k vzniku škody, (2) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo (3) jiným srovnatelným sankcím. Podstatné v rámci tohoto ustanovení tedy je, aby zadavatel opravdu prokázal, že se uchazeč při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení, popřípadě dlouhodobých pochybení. Tato pochybení musí zároveň vést, tedy musí mezi nimi být příčinná souvislost, k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům, tedy ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
40. Pokud například zadavatel prokáže, že se uchazeč při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení vedoucích ke vzniku škody, jedná se o důvod pro vyloučení podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, aniž by tato pochybení musela být nutně dlouhodobá či vést k ukončení smluvního vztahu. Stejně tak důvodem pro vyloučení bude, pokud se uchazeč při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil dlouhodobých pochybení, která vedla k ukončení smluvního vztahu, aniž by bylo nutné prokázat, že tato pochybení byla závažná.
41. Úřad zde uvádí, že výše uvedené kategorie představují takové právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že je nutné, aby zadavatelé při aplikaci tohoto ustanovení kladli patřičný důraz na odůvodnění toho, proč

právě pochybení, za který vylučují, splňují požadavek stanovený v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad zde zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení vyloučit na základě předmětného ustanovení, důkazní břemeno k prokázání naplnění výše uvedených podmínek leží na zadavateli. Zadavatel musí naplnění všech vzájemně souvisejících zákonných podmínek vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokázat a odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení bylo zpětně přezkoumatelné, jasné a srozumitelné.

42. Úřad zde klade na zadavatele značné nároky právě proto, že vyloučení účastníka zadávacího řízení z tohoto důvodu představuje značně tvrdý zásah a ve svém důsledku vede ke ztížení, či dokonce zamezení možnosti, aby se tento vyloučený účastník zadávacího řízení ucházel o veřejné zakázky. V případě zadavatelů zadávajících veřejné zakázky v oblasti výstavby pozemních komunikací by postup zadavatele mohl zcela jistě ohrozit i další působení dodavatele na trhu, neboť takové veřejné zakázky jsou zadávány omezeným počtem zadavatelů, u nichž je ale objem veřejných zakázek vysoký. Právě i s ohledem na závažné následky aplikace vykládaného ustanovení považuje Úřad za podstatné, že zadavatel velmi podrobně odůvodní, na jakém základě k vyloučení účastníka zadávacího řízení z tohoto důvodu přistoupil.
43. V dané souvislosti proto Úřad konstatuje, že zásada transparentnosti je jednou z klíčových zásad určujících požadavek na postup zadavatele, který musí zajistit zadání veřejné zakázky průhledným způsobem, musí zajistit pořízení dokumentace, jasné vymezení kritérií hodnocení, řádné odůvodnění rozhodnutí a obecně přezkoumatelnost svého postupu (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 104/2012 -51 ze dne 27. 11. 2014).
44. Otázkou transparentnosti se taktéž zabýval i Krajský soud v Brně, kdy v rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 je uvedeno, že *„[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
45. S ohledem na výše uvedené, Úřad uvádí, že zadavatel, aby mohl uplatnit postup vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, musí v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, řádně a jednoznačně odůvodnit na konkrétních a přezkoumatelných skutkových skutečnostech, proč a z jakých příčin došlo k naplnění zákonných podmínek pro nezpůsobilost účastníka zadávacího řízení dle předmětného ustanovení, neboť jedině tak dojde k patřičnému prokázání předmětné nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení, a jedině tehdy je možné považovat takové rozhodnutí o vyloučení za zpětně přezkoumatelné a tedy i transparentní. Zadavatel má tudíž povinnost podrobně, srozumitelně a jednoznačně popsat, jaká konkrétní pochybení v rozhodném smluvním vztahu účastníku vyčítá, zda je považuje za pochybení závažná či dlouhodobá a proč, a zároveň, zda tato pochybení vedla k minimálně jednomu z předpokládaných zákonných důsledků (existence příčinné souvislosti). Pouze takto podrobně, srozumitelně

a úplně odůvodněné důvody mohou obstát jako důvody podle ustanovení § 48 odst. 5. písm. d) zákona.

46. Úřad zde zároveň upozorňuje na tu skutečnost, že zadavatel při prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není vázán podmínkou existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo. Tento názor Úřadu plyne jednak z faktu, že takováto podmínka by výše uvedené ustanovení učinila v podstatě neaplikovatelným, zároveň však vysoká úroveň odůvodnění vyloučení zadavatele představuje dle Úřadu dostatečnou pojistku ve spojení se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, která zabrání zneužívání tohoto důvodu pro vyloučení v situacích, kdy nejsou naplněny podmínky pro jeho použití.
47. Výše uvedené právní závěry Úřadu mají oporu i v komentářové literatuře (Podešva V., Sommer L., Votrubec J., Flaškár M., Harnach J., Měkota J. & Janoušek M. (2016). *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Zákon o registru smluv: komentář*. Praha: Wolters Kluwer.) následovně:
- „Existence pochybení na straně dodavatele – pochybení lze vnímat jako porušení povinností dodavatele vyplývajících pro něj z dřívějšího závazkového vztahu.“
 - „Pochybení se dodavatel dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem.“
 - „Pochybení měla závažnou nebo trvalou povahu – pochybení dodavatele musí být závažného nebo dlouhodobého rázu. (...) Pro splnění podmínek tak bude zapotřebí minimálně dvě a více různých pochybení, která bude možné kvalifikovat jako pochybení závažná a dlouhodobá. Splnění této konkrétní podmínky pro vyloučení skýtá zřejmě velký výkladový a aplikační prostor a bude velmi záležet na argumentačních schopnostech a síle důkazních prostředků pro prokázání daných skutečností ze strany zadavatele.“
 - „Pochybení dodavatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím – závažné pochybení na straně dodavatele samo o sobě není postačující pro naplnění důvodu pro vyloučení daného dodavatele dle komentovaného ustanovení, ale je vždy ještě třeba, aby toto pochybení vyvolalo určitý kvalifikovaný následek; tímto následkem je dle komentovaného ustanovení předčasné ukončení smluvního vztahu, vznik škody nebo jiné srovnatelné sankce.“
 - „Příslušného pochybení se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení – z hlediska nezpůsobilosti dodavatele jsou relevantní výhradně taková pochybení, kterých se dodavatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení.“
48. Z toho tedy konkrétně vyplývá, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, aby dodržel zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona, musí podrobně, srozumitelně, určitě a jednoznačně popsat, že v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení nastala pochybení na straně účastníka zadávacího řízení, kterých se dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, a že daná pochybení vyvolala určitý kvalifikovaný následek (vznik škody,

předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce), z kterých tedy zadavatel usoudil, že se jedná o závažná nebo trvalá pochybení.

49. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad závěrem k této věci konstatuje, že z pohledu dodržení zásady transparentnosti ob stojí pouze takové rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, které je možno zpětně objektivně přezkoumat, jinými slovy, jehož obsah je možno podrobit kontrole, přičemž skutečnosti v něm uvedené musí být úplné, určité, jednoznačné a objektivně ověřitelné.

K vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v šetřeném případě

50. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 6 odst. 1 zákona, tedy, zda zadavatel srozumitelně a podrobně popsal prokázání nezpůsobilost navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a zda je tak rozhodnutí o vyloučení přezkoumatelné.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

51. Ze skutkových zjištění projednávané věci plyne, že navrhovatel obdržel od zadavatele dne 18. 4. 2018 prostřednictvím datové schránky dokument s názvem „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 18. 4. 2018.

52. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl následující:

„Dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud se dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

Ve vztahu k zakázce byly podmínky pro vyloučení účastníka dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení zakázky došlo ze strany účastníka k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupení ze strany zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého účastníkem. Zadavatel proto rozhodl o vyloučení účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

Závažných pochybení se účastník dopustil konkrétně při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále jen „smlouva I“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 (dále jen „smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice – Mirovice“.

V souvislosti s plněním smlouvy I se účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Účastník při realizaci stavebních prací na základě smlouvy I postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele

vymezenými ve smlouvě I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Účastník současně v souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele předané zadavateli uvedl, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly, a současně v příloze k této zprávě uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8. Zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s.r.o. (se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO: 03598292) identifikoval další závažná pochybení účastníka při realizaci plnění dle smlouvy I spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121).

V návaznosti na shora popsaná závažná pochybení požadoval zadavatel po účastníkovi v souladu se smlouvou I zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem.

Při plnění smlouvy II se účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlžení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy II.

V návaznosti na toto závažné pochybení účastníka zadavatel odstoupil od smlouvy II. Zároveň zadavatel v souladu se smlouvou II požadoval po Účastníkovi zaplacení smluvní pokuty za prodlžení s termínem plnění.

Jak vyplývá z výše uvedeného, účastník se v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení zakázky dopustil porušení povinností vyplývajících pro něj ze závazkového vztahu se zadavatelem. Porušení povinností ve vztahu ke smlouvě I a smlouvě II představují pochybení, které jsou vzhledem k jejich charakteru závažná.

Vzhledem k předmětu smlouvy I, významu obrusné vrstvy vozovky pro naplnění účelu smlouvy I a skutečnosti, že účastník i přes záměnu asfaltového koberce mastixového SMA 8 za asfaltový koberec mastixový SMA 11 předložil zadavateli souhrnnou závěrečnou zprávu zhotovitele, ve které uvedl rozporné informace oproti skutečnému stavu jím provedeného plnění na stavbě I/23 Řípec, mají pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu smlouvy I.

V návaznosti na smlouvu II představuje významné nedodržení harmonogramu plnění dle smlouvy II závažné pochybení účastníka, neboť časové prodlžení s plněním výstavby zmařilo samotný účel smlouvy II a vedlo k závažné újmě zadavatele.

Závažná pochybení účastníka při plnění smlouvy I a smlouvy II vyvolala přitom kvalifikované následky předvídané předmětným ustanovením ZZVZ. Pochybení Účastníka ve vztahu ke smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty, na jejichž zaplacení zadavateli vznikl nárok. Pochybení účastníka ve vztahu ke smlouvě II vedlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu (zadavatel odstoupil od smlouvy II) a k uplatňování smluvní pokuty, na jejíž zaplacení zadavateli vznikl nárok.

Zadavatel s ohledem na výše uvedená četná závažná pochybení účastníka považuje způsobilost a schopnosti účastníka řádně plnit předmět zakázky za nesplněné.

Pro zadavatele není přijatelná situace, kdy navzdory značně negativní zkušenosti při provádění plnění na základě smlouvy I a smlouvy II znovu vstoupí do smluvního vztahu

s účastníkem. Takový postup zadavatele by znamenal nejen ohrožení plnění předmětu zakázky, ale současně by byl v rozporu s hospodárným a efektivním nakládáním s veřejnými prostředky.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti nemohl zadavatel postupovat jinak, než účastníka ze zadávacího řízení vyloučit, a to postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.“

Právní posouzení

53. Úřad konkrétně ve vztahu k rozhodnutí uvádí, že ze skutkových zjištění, která Úřad v právě posuzovaném případě učinil (viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí) má za to, že zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení nepopsal určitě, podrobně a dostatečně skutečnosti, v nichž tvrdí, že účastník zadávacího řízení naplnil zákonné podmínky pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona a že postup zadavatele je tak v rozporu se zásadou transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.
54. Úřad předně uvádí, že zadavatel nejdříve ve svém rozhodnutí o vyloučení cituje ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a následně v obecné rovině konstatuje: *„Ve vztahu k zakázce byly podmínky pro vyloučení účastníka dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení zakázky došlo ze strany účastníka k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého účastníkem. Zadavatel proto rozhodl o vyloučení účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.“*
55. Dále se zadavatel v rozhodnutí o vyloučení již věnuje závažnému pochybení, kterého se měl navrhovatel dopustit při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „smlouva I“), kdy zadavatel nejprve uvádí následující:
- „V souvislosti s plněním smlouvy I se účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Účastník při realizaci stavebních prací na základě smlouvy I postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve smlouvě I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Účastník současně v souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele předané zadavateli uvedl, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly, a současně v příloze k této zprávě uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.“*
56. Úřad k proklamaci zadavatele uvádí, že již výše předestřel, že zadavatel je povinen jednoznačně, podrobně a srozumitelně popsat, proč vyhodnotil dané pochybení účastníka zadávacího řízení za závažné či dlouhodobé. V daném případě tedy bylo povinností zadavatele popsat, proč zadavatel klasifikoval záměnu asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto asfaltového koberce mastixového SMA 8 za závažné pochybení či dlouhodobé pochybení, jelikož, jak Úřad upozorňuje, nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy od vybraného dodavatele se automaticky nerovná závažnému pochybení. Zadavatel zde musí uvést, na základě čeho konkrétně považuje toto pochybení za

pochybení dosahující takové intenzity, že jej lze považovat za závažné. Z toho vyplývá, že ani záměna asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto asfaltového koberce mastixového SMA 8, nemusí nutně bez dalšího představovat závažné pochybení, a proto je nejasné, proč zadavatel předmětné pochybení navrhovatele vyhodnotil jako závažné, když nikde v rozhodnutí o vyloučení objektivně nepopsal, proč při zhotovení obrusné vrstvy v žádném případě nelze využít jiný asfaltový koberec než asfaltový koberec mastixový SMA 8, a jaké by to tedy mělo následky, když vybraný dodavatel nepoužije zadavatelem vyhrazený asfaltový koberec mastixový SMA 8, tzn., jaká z toho zadavateli vznikne věcná škoda. Z výše uvedeného tvrzení zadavatele taktéž je nejasné, jestli by zadavatel považoval za závažné pochybení na straně dodavatele i tu skutečnost, kdyby vybraný dodavatel použil jiný asfaltový koberec, než zadavatel striktně vyžaduje v zadávací dokumentaci popřípadě ve smlouvě, avšak s lepšími technickými vlastnostmi či technické parametry by byly některé lepší a některé horší.

57. Dále zadavatel k této věci v rozhodnutí o vyloučení uvádí: *„Zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s.r.o. (se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO: 03598292) identifikoval další závažná pochybení účastníka při realizaci plnění smlouvy I spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121).“*
58. Úřad konstatuje, že z takto nedostatečného vyjádření zadavatele vyvstává pochybnost, jestli se jedná o nesplnění minimální tloušťky předepsané normou vážící se k asfaltovému koberci mastixovému SMA 11 či SMA 8, neboť zadavatel nikde v rozhodnutí o vyloučení konkrétně neuvádí, že by navrhovatelem použitý asfaltový koberec mastixový SMA 11 nesplnil minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, která se váže k asfaltovému koberci mastixovému SMA 11. Pokud se zadavatel takto nedostatečně v rozhodnutí o vyloučení vyjádří, tak není zřejmé, jestli se vůbec jednalo o pochybení. Příkladem Úřad uvádí situaci, kdyby použitý asfaltový koberec mastixový SMA 11 nesplňoval minimální tloušťku předepsanou normou, která se váže k zadavatelem vyhrazenému asfaltovému koberci mastixovému SMA 8, ale splňoval by minimální tloušťku předepsanou normou pro SMA 11, tím by tedy ze strany navrhovatele nedošlo k žádnému pochybení, co se týče minimální tloušťky obrusné vrstvy vozovky. Stejný závěr lze učinit v případě nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Úřad k dané věci doplňuje, že se zadavatel v rozhodnutí o vyloučení musí tak dostatečně, srozumitelně a podrobně vyjádřit, aby výše uvedené nejasnosti vůbec nenastaly.
59. Stejně tak je nezbytné, aby bylo jednoznačně uvedeno, v jakém konkrétním místě mělo při plnění „problematické zakázky“ k pochybení dojít, aby bylo možno ze strany Úřadu toto tvrzení zadavatele v případě sporu s vylučovaným účastníkem zadávacího řízení objektivně ověřit.
60. K dané věci zadavatel dále v rozhodnutí o vyloučení uvádí: *„V návaznosti na shora popsaná závažná pochybení požadoval Zadavatel po Účastníkovi v souladu se Smlouvou I zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem.“* Úřad k tomuto tvrzení konstatuje, že se jedná o pouhé prohlášení ze strany zadavatele, tzn., že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení konkrétně nepopsal mechanismus, z kterého vzešel nárok

na zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem.

61. Zadavatel předmětnou věc v rozhodnutí o vyloučení uzavírá následovně: *„Vzhledem k předmětu smlouvy I, významu obrusné vrstvy vozovky pro naplnění účelu smlouvy I a skutečnosti, že účastník i přes záměnu asfaltového koberce mastixového SMA 8 za asfaltový koberec mastixový SMA 11 předložil zadavateli souhrnnou závěrečnou zprávu zhotovitele, ve které uvedl rozporné informace oproti skutečnému stavu jím provedeného plnění na stavbě I/23 Řípec, mají pochybení účastníka závažnou povahu. V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek, se kterými je spojena podstatná újma zadavatele. Jednalo se o pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu smlouvy I.“*

„Pochybení účastníka ve vztahu ke smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty, na jejichž zaplacení zadavateli vznikl nárok.“

62. Úřad k tomu uvádí, že zadavatel již takticky pouze rekapituluje, co již v rozhodnutí o vyloučení jednou konstatoval, ale znovu se nikterak objektivně či věcně nevyjadřuje k rozhodným skutečnostem, kterými hodlá prokázat nezpůsobilost navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Uvádí-li zadavatel, že došlo k významnému porušení smluvních podmínek, se kterými je spojena podstatná újma zadavatele, jde pouze opět o stručnou proklamaci, která neobsahuje žádné konkrétní úvahy, jejichž důvodnost a objektivnost by bylo možné následně přezkoumat.

63. Dále se Úřad v přezkoumávaném rozhodnutí o vyloučení zabývá tvrzením zadavatele, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „smlouvy II“), kdy zadavatel uvádí:

„Při plnění smlouvy II se účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy II.

„V návaznosti na toto závažné pochybení účastníka zadavatel odstoupil od smlouvy II. Zároveň zadavatel v souladu se smlouvou II požadoval po účastníkovi zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění.“

„V návaznosti na smlouvu II představuje významné nedodržení harmonogramu plnění dle smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel smlouvy II a vedlo k závažné újmě zadavatele.“

„Pochybení účastníka ve vztahu ke smlouvě II vedlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu (zadavatel odstoupil od smlouvy II) a k uplatňování smluvní pokuty, na jejíž zaplacení zadavateli vznikl nárok.“

64. Úřad k výše uvedené proklamaci zadavatele uvádí, že zadavatel sice konstatoval, že došlo k závažnému pochybení spočívající v prodlení se zhotovením plnění, které zmařilo samotný účel smlouvy II a vedlo k závažné újmě a odstoupení od smlouvy II ze strany zadavatele, ale už dané skutečnosti nijak dále neodůvodnil. Zadavatel totiž nikde v rozhodnutí o vyloučení jednoznačně nekonkretizoval, z jakých důvodů a za jakých skutkových okolností k časovému prodlení došlo, a proč tedy bylo nedodržení harmonogramu dle jeho slov „významné“, a zejména proč je zadavatelem považováno za závažné pochybení. Taktéž nikde v rozhodnutí

o vyloučení nspecifikoval, jaká byla konkrétní odchylka navrhovatele od časového harmonogramu, kdy k údajnému prodlení došlo, aby nebylo možné následně toto prodlení zaměnit s jiným prodlením, a jaká tedy konkrétní věcná újma zadavateli nastala. Je tedy nejasné, jestli zadavatel za významné nedodržení harmonogramu a tedy závažné pochybení považuje např. již prodlení s termínem plnění o měsíc nebo naopak delší časovou prodlevu či kratší časovou prodlevu, a kdy by se tedy dle zadavatele jednalo o prodlení, které by neklasifikoval jako významné (závažné pochybení), a tudíž by nedošlo k odstoupení od smlouvy II. V případě, kdy zadavatel v rozhodnutí o vyloučení takto nekonkrétně a nedostatečně popisuje skutečnosti, kterými prokazuje nezpůsobilost navrhovatele dle výše citovaného ustanovení, je takovéto rozhodnutí o vyloučení následně nepřezkoumatelné.

65. Závěrem zadavatel v rozhodnutí o vyloučení sděluje své konečné stanovisko (viz poslední 3 odstavce v bodě 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
66. Úřad s ohledem na výše uvedené proto konstatuje, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a nedostatečně popsal rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje, že je oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
67. Nad rámec výše uvedeného Úřad zdůrazňuje, že uvedený závěr nikterak nevypovídá o tom, zda navrhovatel byl či nebyl nezpůsobilý dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, jelikož k takovému přezkumu ze strany Úřadu vůbec nedošlo, když zjistil, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), neboť takový přezkum nebylo s ohledem na výše uvedená zjištění možno provést.
68. Po vyřešení stěžejní otázky v šetřeném případě, Úřad dále přistoupil k posouzení toho, zda byla naplněna podmínka vlivu na výběr dodavatele. V této souvislosti Úřad uvádí, že ačkoliv se níže citované rozsudky týkají případů, kdy bylo rozhodováno na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jenž pozbyl platnosti i účinnosti dne 1. 10. 2016, a také v těchto případech bylo rozhodováno o spáchání správního deliktu zadavatelem, lze z nich plynoucí závěry analogicky aplikovat i na řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, v němž je rozhodováno o uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, neboť i v tomto případě je uložení nápravného opatření Úřadem podmíněno nedodržením pravidel ze strany zadavatele stanovených pro zadání veřejné zakázky, kdy tento postup současně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr dodavatele, což je stejná formulace, jakou ve vztahu ke správnímu deliktu používala níže uvedená předchozí právní úprava.
69. K této otázce se například vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 120/2013-156 ze dne 26. 3. 2015, když uvedl, že *„dospěje-li tedy žalovaný k závěru, že zadavatel ZVZ porušil, pak je dále rozhodující, zda takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, tj. zda v příčinné souvislosti s porušením ZVZ ze strany zadavatele došlo nebo alespoň mohlo dojít k výběru jiné nabídky, než jak by bylo učiněno, pokud by zadavatel zákon neporušil. Podstatnost ovlivnění pořadí je tu třeba v zásadě dovozovat z výsledku posouzení skutečnosti, zda existuje alespoň potenciální možnost, že v důsledku porušení ZVZ zadavatelem se může stát vítězem zadávacího řízení jiná osoba, než by se jím stala za situace, pokud ...“*. Není tedy rozhodující, zda k ovlivnění výběru dodavatele skutečně došlo, ale postačí eventuelní možnost ovlivnění. Lze tedy shrnout, že v případě, kdy zadavatel

nedodrží postup stanovený zákonem, postačuje k uložení nápravného opatření potenciální možnost, že k podstatnému ovlivnění výběru dodavatele mohlo dojít.

70. Dále pak předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014/VZ-19203/2014/321/MMI ze dne 12.9.2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Obdobně předseda konstatoval již v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009, kde je uvedeno, že *„[s]kutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost „mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“*
71. Nejvyšší správní soud pak v odůvodnění rozsudku č. j. 4 As 61/2016-34 ze dne 28.6.2016 konstatoval, že v případě, že správní orgán shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Podle názoru Nejvyššího správního soudu: *„Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, [.....] takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“*
72. K podmínce vlivu na výběr dodavatele, respektive k jeho potencialitě tedy Úřad s ohledem na výše uvedenou rozhodovací praxi soudů a jeho vlastní rozhodovací činnost uvádí, že výše uvedený nezákonný postup zadavatele mohl mít alespoň potenciální vliv na výběr dodavatele. Tato skutečnost je dána především tím, že si zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil podmínku, kdy má hodnotící komise provést hodnocení podle ekonomické výhodnosti nabídek na základě kritéria hodnocení nejnižší nabídkové ceny (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad k tomuto dále uvádí, že již z protokolu o otevírání nabídek ze dne 21.3.2018 je patrné, že nabídková cena navrhovatele je cenou nejnižší, a pokud by tedy zadavatel případně nevyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a v případě, kdy se nabídky účastníků zadávacího řízení hodnotí na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny, mohl být navrhovatel zadavatelem hodnocen jako vybraný dodavatel.
73. Úřad tedy konstatuje, že podmínka pro uložení nápravného opatření spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele je v daném případě naplněna, neboť postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele.
74. Pokud jde o poslední podmínku pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona, Úřad konstatuje, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Jsou tak naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
75. Vzhledem k výše uvedenému tedy Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když

v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 neurčitě a nedostatečně popsal rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje, že je oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d), přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

76. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad, tak jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

IV. ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

77. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

78. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a nedostatečně popsal rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje, že je oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

79. Nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele, jelikož pokud by zadavatel nevyločil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a v případě, kdy se nabídky účastníků zadávacího řízení hodnotí na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny, mohl být navrhovatel zadavatelem hodnocen jako vybraný dodavatel, neboť již z protokolu o otevírání obálek ze dne 21. 3. 2018 je zřejmé, že nabídková cena navrhovatele je nejnižší.

80. Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení, přiměřenosti a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.

81. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel pochybil až při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, jeví se jako nejvhodnějším nápravným opatřením právě zrušení těch úkonů zadavatele, při kterých se dopustil porušení zákona a všech úkonů následujících.

82. Úřad proto s ohledem na výše uvedené rozhodl o zrušení úkonu zadavatele, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

V. ZÁKAZ UZAVŘÍT SMLOUVU V ZADÁVACÍM ŘÍZENÍ

83. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

84. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok působí právní účinky již dnem vydání rozhodnutí, bez ohledu na jeho právní moc. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy (s důsledky zastavení správního řízení dle § 257 písm. j) zákona) ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

85. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a současně i všech následujících úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.

VI. NÁKLADY ŘÍZENÍ

86. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
87. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a současně i všech následujících úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
88. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000198.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Na Sadech 4/3, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy