UOHSX00C84U8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa Brno: 6. května 2019

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 26. 9. 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 – Nusle,
- navrhovatel – ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – Modřany, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech – Toul, sdružení advokátů, se sídlem Na Sadech 4/3, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice – Přeštice“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=184292,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – Modřany – ze dne 26. 9. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – Nusle – učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice – Přeštice“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=184292**, se podle § 265 písm. a) zákona**

č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť **nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření**.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – Nusle (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=184292 zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice – Přeštice“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Jedná se o veřejnou zakázku zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, zadávanou podle ustanovení § 53 zákona, s předpokládanou hodnotou ve výši 32 334 077,- Kč bez DPH.

3. „Rozhodnutím a oznámením o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 21. 5. 2018, zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení na dotčenou veřejnou zakázku navrhovatele – ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – Modřany – ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech – Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“) – který předmětné rozhodnutí a oznámení o vyloučení obdržel dne 4. 6. 2018.

4. Navrhovatel proti svému vyloučení podal zadavateli dne 15. 6. 2018 námitky z téhož dne, které následně dne 25. 6. 2018 doplnil přípisem z téhož dne.

5. Dne 26. 6. 2018 navrhovatel obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách z téhož dne, kterým zadavatel shora označené námitky navrhovatele odmítl.

6. „Rozhodnutím a oznámením o zrušení vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ ze dne 1. 8. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel zrušil shora označené „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 21. 5. 2018.

7. „Rozhodnutím a oznámením o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ ze dne 30. 8. 2018 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“), které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

8. Proti rozhodnutí o vyloučení podal navrhovatel dne 4. 9. 2018 námitky z téhož dne směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, doplněné dopisem ze dne 10. 9. 2018, doručeným zadavateli dne 11. 9. 2018. Rozhodnutím o námitkách ze dne 19. 9. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele odmítl.

9. V reakci na odmítnutí námitek ze dne 4. 9. 2018, resp. ze dne 10. 9. 2018, zadavatelem, podal navrhovatel Úřadu dne 26. 9. 2018 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonu zadavatele a návrh na vydání předběžného opatření z téhož dne.

10. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 26. 9. 2018.

Obsah návrhu

11. Návrh směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu zadavatelem tvrzené nezpůsobilosti navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž podstatnou část návrhu tvoří přepis korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem týkající se plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „1/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále také jen „Smlouva I“) a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „1/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále také jen „Smlouva II“).

12. Navrhovatel uvádí, že rozhodnutím zadavatele ze dne 21. 5. 2018 byl vyloučen ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona z důvodu, že se měl dopustit závažných pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Toto rozhodnutí však bylo podle navrhovatele „pravomocně“ zrušeno rozhodnutím zadavatele ze dne 1. 8. 2018. Vzhledem k tomu, že napadeným rozhodnutím o vyloučení navrhovatele ze dne 30. 8. 2018 je navrhovatel vylučován ze zadávacího řízení veřejné zakázky ze stejných důvodů, jak tomu bylo rozhodnutím ze dne 21. 5. 2018, navrhovatel takový postup označuje za nezákonný z důvodu, že se jedná již o věc jednou rozhodnutou, což podle navrhovatele zakládá překážku „res iudicata“.

13. Podle navrhovatele zadavatel pomíjí skutečnost, že možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení je dána až s nabytím účinnosti zákona, tj. dne 1. 10. 2016. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na § 273 odst. 1 zákona, podle kterého pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona o veřejných zakázkách ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Zákon o veřejných zakázkách byl účinný do 30. 9. 2016 a byl zrušen zákonem. Podle navrhovatele je tak pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona dána až s účinností zákona od 1. 10. 2016. Navrhovatel uvádí, že zadávací řízení na veřejnou zakázku „1/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 3. 2016 a zadávací řízení na veřejnou zakázku „1/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 3. 2016, tedy před 1. 10. 2016, z čehož navrhovatel dovozuje, že vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zákona je nutné postupovat podle zákona o veřejných zakázkách a napadené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je nezákonné, neboť pravomoc vyloučit navrhovatele pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není dána. Podle navrhovatele se jedná se o nepřípustnou retroaktivitu.

K plnění Smlouvy I

14. K plnění Smlouvy I navrhovatel uvádí, že stavbu dokončil a předal zadavateli, přičemž v průběhu provádění prací, včetně pokládky asfaltových vrstev nebyl ze strany zadavatele ani jeho technického dozoru upozorňován na nějaké pochybení.

15. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel u něj reklamoval vady díla, část z nich navrhovatel sice souhlasil odstranit, zadavatel mu však neposkytl potřebnou součinnost a jeho časové požadavky byly nereálné s ohledem na zajištění nutného povolení dopravních omezení. Nad rámec uvedeného navrhovatel zadavateli nabídl slevu z ceny díla. Navrhovatel ve svém návrhu dále označuje následující dopisy zadavatele a reakce navrhovatele týkající se údajných vad:

    a. Uplatnění odpovědnosti z vad – reklamace vad díla „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ zadavatelem ze dne 21. 3. 2017.

    b. Dopis navrhovatele ze dne 5. 5. 2017, ve kterém navrhovatel navrhuje lokální opravu závady a sděluje zadavateli svůj záměr nechat si vypracovat posudek na možné použití *„SMA 11S místo SMA 8S*“.

    c. *„POŽADAVEK SPRÁVCE STAVBY č. 1 K PROVEDENÍ PRACÍ*“ ze dne 21. 6. 2017, ve kterém zadavatel požaduje provedení obrusné vrstvy v souladu se zadávací dokumentací, tj. provedení kompletní výměny obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu.

    d. *„ODMÍTNUTÍ PRACÍ A OPĚTOVNÝ POKYN K PŘEDLOŽENÍ NÁVRHU NÁPRAVY*“ ze dne 18. 8. 2017, kterým zadavatel žádá navrhovatele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu,

    e. Stanovisko navrhovatele ze dne 26. 8. 2017, ve kterém navrhovatel konstatuje, že realizace obrusné asfaltové vrstvy probíhala v průběhu měsíce prosince roku 2016. *„Při rozhlednění klimatických podmínek (průměrných denních teplot) byla ze strany výrobce/dodavatele asfaltové obrusné směsi dodána vhodnější asfaltová směs SMA 11 S, namísto v zadávací dokumentaci uvažované směsi SMA 8 S.“* Podle navrhovatele vhodnost této směsi potvrdil technický zkušební institut TPA ČR s.r.o. ve *„Vyjádření k záměně SMA 11 S vs. SMA 8 S*“ ze dne 4. 5. 2017, jakož i soudní znalec Doc. Ing. František Luxemburk, CSc. ve svém stanovisku ze dne 8. 6. 2017. Zkušební institut TPA ČR s.r.o. i soudní znalec Doc. Luxemburtk shodně upozornili na minimální předepsané tloušťky asfaltových vrstev pro jednotlivé směsi. Podle navrhovatele byla pouze v jednom místě naměřena tloušťka posuzované obrusné vrstvy menší, než kterou pro dolní hranici použitelnosti předepisuje ČSN 73 6121 pro SMA 11 S, což bylo v místě lokální poruchy v km 0,540 (vývrt 2 km 0,540 PS 1,1 m od osy). Navrhovatel navrhl celoplošnou opravu odfrézováním stávající obrusné vrstvy SMA 11 S v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11 S tím, že na tyto práce prodlouží záruční dobu o jeden rok, tj. do 19. 12. 2022.

    f. Ve stanovisku navrhovatele ze dne 12. 9. 2017 navrhovatel konstatuje, že přezkoumal výsledky zjištěných tlouštěk asfaltové vrstvy na všech šesti vývrtech a zaslal zadavateli stanovisko, ve kterém potvrzuje, že naměřená tloušťka posuzované obrusné vrstvy je menší pouze v místě lokální poruchy v km 0,540, jak již bylo

uvedeno a opakovaně navrhuje již výše uvedenou opravu a prodloužení záruční doby.

g. Dopis zadavatele ze dne 3. 10. 2017, ve kterém zadavatel konstatuje, že navrhovatel porušil povinnost provést a dokončit dílo v souladu s Pod-čl. 4.1 VOP/ZOP tak, že:

- Použil mastixový koberec SMA 11 a obrusnou vrstvu místo mastixového koberce SMA 8,
- Tloušťka obrusné vrstvy neodpovídá platným TP,

Zadavatel opětovně žádá zhotovitele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu.

h. Dopis navrhovatele – stanovisko – ze dne 20. 10. 2017. Navrhovatel shrnuje důvody, kterými chce prokázat, že požadavek zadavatele na kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém její rozsahu není adekvátní a opakovaně navrhuje lokální opravu vozovky v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11 S, včetně prodloužení záruční doby.

i. Dopis zadavatele ze dne 13. 11. 2017, v němž zadavatel prostřednictvím svého právního zástupce Mgr. Petra Kuchaře, advokáta, reklamuje vady a vyzývá k zaplacení smluvní pokuty. Navrhovatel namítá, že tento dopis mu byl doručen datovou schránkou dne 30. 11. 2017. Podle navrhovatele je součástí tohoto dopisu příloha „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017 se specifikací vad obsahující výčet dalších vad, které dosud nebyly navrhovateli oznámeny. Navrhovatel byl vyzván k odstranění vad a k zaplacení smluvní pokuty za každý den prodlení za neodstranění vad v termínu. V dopise byla rovněž informace, že pokud nedojde k odstranění vytknutých vad do 30. 11. 2017, nechá je zadavatel odstranit na náklady navrhovatele.

j. Dopis navrhovatele ze dne 30. 11. 2017, ve kterém navrhovatel uvádí, že ve stanoveném terminu není schopen realizovat požadované práce, zejm. s ohledem na předpokládané klimatické podmínky. Navrhovatel nesouhlasí s rozsahem nově oznámené reklamace obsažené v listině *„Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“* ze dne 5. 9. 2017.

k. Dopis zadavatele ze dne 17. 1. 2018 *„Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“*. Zadavatel sděluje, že vzhledem k tomu, že nedošlo k odstranění vytknuté vady nejpozději do 30. 11. 2017, uplatňuje v souvislosti s Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstraněním předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč. Tímto zadavatel navrhovatele vyzývá k úhradě citované částky. Přílohou tohoto dopisu je Protokol o otevírání, hodnocení a posouzení nabídek ze dne 20. 12. 2017 k veřejné zakázce *„I/23 Řípec – hr. okr. JH – oprava v rámci záruky za původního zhotovitele“*, ze kterého vyplývá, že hodnotící komise zadavatele doporučila zadavateli k výběru ekonomicky nejvýhodnější nabídky nabídku dodavatele STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/2, 150 00 Praha 5 (dále jen „společnost STRABAG a.s.).

l. Dopis navrhovatele ze dne 7. 2. 2018, ve kterém navrhovatel zadavateli sděluje, že na základě omylu obalovny došlo k záměně materiálů SMA 11 S za SMA 8 S. Nicméně, podle navrhovatele, použitý materiál SMA 11 S vykazuje lepší vlastnosti a s ohledem na klimatické podmínky pro realizaci je jeho použití vhodnější. Uvedený názor navrhovatele stran vhodnosti použité směsi, byl podle navrhovatele potvrzen i zkušebním institutem TPA ČR, jakož i soudním znalcem doc. Ing. Františkem Luxemburkem CSc. Projevené vady na obrusné vrstvě nebyly způsobeny záměnou materiálů. Navrhovatel rovněž uvádí, že *„pokud by Správce stavby, anebo TDI prováděl svou činnost tak, jak by měl, a vyžádal si vážní lístky asfaltových směsí, zjistil by tuto záměnu ještě před započetím pokládky.“* Podle navrhovatele si osoba, která vykonávala činnost technického dozoru, měla před pokládkou obrusné vrstvy ověřit dodanou asfaltovou směs, například vyžádáním vážních lístků od dodavatele živičných směsí. Záměna asfaltové směsi byla zjištěna až následně poté, co byly provedeny zkoušky na odvrtech. Uplatněná vada záměny asfaltové směsi je podle navrhovatele vadou neodstranitelnou, která nemá vliv na funkci díla, zadavatel tak mohl maximálně požadovat slevu z ceny díla.

Navrhovatel zamítl žádost zadavatele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu z důvodu záměny SMA 11 S za SMA 8 S. Navrhovatel rovněž odkazuje na ustanovení § 2630 písm. a), c) zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Co se týče reklamace v km 0,500 – 0,572, (viz reklamace ze dne 21. 3. 2017) navrhovatel uvádí, že se k této reklamaci vyjadřuje již od 24. 4. 2017, kdy proběhla koordinační porada stavby, resp. svým dopisem ze dne 5. 5. 2017. Navrhovatel dodává, že po celou dobu řešení této reklamace navrhova. celoplošnou opravu odfrézováním stávající obrusné vrstvy SMA 11 s v obou směrech a pokládku nové obrusné vrstvy SMA 11 S, *„případně z jiného materiálu dle požadavků ŘSD, kvůli nedodržení požadovaných tlouštěk.“*

Navrhovatel dále konstatuje, že mu ze strany zadavatele nebyla poskytnuta adekvátní lhůta k odstranění uplatněných vad, neboť bylo nezbytné uzavřít pozemní komunikace, přičemž pro povolení uzavírky je nutné zpracovat projekt dopravně inženýrských opatření, ke kterému se ve lhůtě 30-ti dnů vyjadřuje Policie ČR a následně ve lhůtě 30-ti dnů vydává příslušný odbor dopravy rozhodnutí o povolení zvláštního užívání pozemní komunikace – uzavírky. Navrhovatel doplňuje, že nebyl oprávněn požádat o uzavírku, neboť zadavatel jej k tomuto nezmocnil. Navrhovatel dále uvádí, že cena, za kterou společnost STRABAG a.s. odstranila vady díla, je *„v některých položkách přibližně 25 x vyšší než položky uvedené v OTSKP – SPK.“* Navíc zadavatel stanovil dobu pro uvedení stavby do provozu ve výši 30-ti dnů od zahájení prací, zatím co lhůty, které zadavatel stanovil objednateli, byly vždy kratší než 30 dnů.

Podle navrhovatele neměl zadavatel faktický zájem, aby navrhovatel uplatněné vady odstranil.

Navrhovatel dále opětovně odkazuje na svůj dopis ze dne 30. 11. 2017, kde konstatuje, že neuznává reklamaci zadavatele kvůli nedostatečnému prokázání vad, za účelem jejich specifikace navrhovatel navrhnul svolání jednání se zadavatelem,

zadavatel však na tento návrh navrhovatele nereagoval. Navrhovatel zdůraznil, že reklamace zadavatele neuznává.

Navrhovatel rovněž považuje sankční faktury vystavené zadavatelem za neopodstatněné, neboť *„Sankční faktury vystavené za období 10. 9. 2017 – 30. 11. 2017 jsou neoprávněné. Neoprávněné jsou i další sankční faktury z důvodu, že do 30. 11. 2017 nebylo možné Zhotovitelem vady odstranit, neboť mu byl tento dopis dne 30. 11. 2017 doručen.“* Jako další důvod pro neoprávněnost sankčních faktur navrhovatel označuje nepříznivé klimatické podmínky, které neumožňovaly provádění oprav. K vzneseném nároku zadavatele na uhrazení nákladů, které zadavatel vynaložil při odstranění vad, navrhovatel uvádí, že zadavatel nemusel vypisovat novou zakázku na úseku km 0,500 – 0,572, neboť navrhovatel uznal reklamaci a opětovně navrhoval opravu a prodloužení záruky na zbylou část díla. Navrhovatel doplňuje, že i přes zadavatelem uplatněné vady bylo možné dílo řádně užívat a vzhledem k tomu, že *„předmětná vada spočívající v záměně asfaltové směsi by byla sice odstranitelná, avšak náklady na opravu by byly neúměrné ceně (a zejména užitku, který bude stejný, jako před opravou) – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou.“*

Navrhovatel rovněž uvedl, že *„nadále neuznává záměnu SMA 8 S a SMA 11 S jako důvod k výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu díla a je ochoten provést opravu ve výše zmíněném staničení km 0,500 – 0,572 se zjištěnými lokálními poruchami.“*

16. Navrhovatel ve svém návrhu opakovaně zdůrazňuje, že záměnou asfaltových směsí zadavateli nevznikla žádná škoda a že zadavatel navrhovateli nedal časový prostor k tomu, aby vytknuté vady odstranil, což odůvodňuje tím, že mu byla výzva k odstranění těchto vad doručena dne 30. 11. 2017, přičemž v ní bylo obsaženo, že má navrhovatel vady odstranit do téhož dne.

17. Navrhovatel rovněž opakovaně odkazuje na odborné vyjádření Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc., podle kterého má asfaltová směs SMA 11 lepší vlastnosti, než směs SMA 8 a byla *„ku prospěchu díla“*, přičemž dodává, že pokud by zadavatel nechal tuto vrstvu odstranit, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla.

18. Navrhovatel zdůrazňuje, že v této věci neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda, nebo že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné, z toho důvodu se jedná pouze o tvrzení zadavatele.

K plnění Smlouvy II

19. Navrhovatel uvádí, že dne 5. 1. 2018 obdržel odstoupení zadavatele od Smlouvy II. ze dne 4. 1. 2018, které dále označuje jako „odstoupení“. Podle navrhovatele je důvodem pro odstoupení fakt, že navrhovatel nevyhověl výzvě správce stavby k nápravě ze dne 10. 11. 2017 (dále jen „výzva správce“) a výzvě správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21. 11. 2017 (dále jen „výzva správce č. 2“).

20. K výzvě správce č. 2 navrhovatel uvádí, že v ní zadavatel vznesl na navrhovatele dva požadavky:

a. Nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupit a v co nejkratším čase urychleně dokončit I. – III. etapu stavby.

b. Nezačínat s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany zhotovitele (navrhovatele).

21. Navrhovatel konstatuje, že v souladu s výzvou ze dne 21. 11. 2017 nastoupil na dokončení uvedeného díla a učinil na něm veškeré práce, které mu umožňovaly klimatické podmínky, resp. „*Technologické kvalitativní podmínky kap. 7 hutnění asfaltové vrstvy čl. 7.7 pro pokládku živičných vrstev*.“ Navrhovatel uvádí, že splnil požadavky zadavatele obsažené v bodě a) výzvy ze dne 21. 11. 2017, když do tří dnů ode dne doručení této výzvy nastoupil a dne 13. 12. 2017 dokončil I. až III. etapu díla a zároveň nezapočal s pracemi na IV. etapě, jak zadavatel požadoval.

22. Navrhovatel na základě dopisu „Reakce Zhotovitele na Výzvu Správce stavby k nápravě“ ze dne 5. 12. 2017 informoval správce stavby, že zahájí práce na IV. etapě na základě pokynu správce stavby, který mu do té doby nebyl udělen. Navrhovatel uvádí, že zcela splnil i požadavky zadavatele obsažené v bodě b) výzvy správce č. 2.

23. K výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 navrhovatel uvádí, že na jejím základě vznesl zadavatel vůči navrhovateli tři požadavky:

(a) Navrhovatel má napravit „neplnění“.

(b) Navrhovatel má okamžitě mobilizovat výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase pro navazující dokončovací práce.

(c) Navrhovatel má předložit správci stavby aktualizovaný harmonogram.

24. Navrhovatel uvádí, že požadavky uvedené v bodech a) a b) výzvy zcela splnil a co se týče bodu c) tvrdí, že nemohl předložit aktualizovaný harmonogram, neboť nedokáže předvídat klimatické podmínky, přičemž upozorňuje na tu skutečnost, že správce stavby vydal pokyn k nezahájení prací na IV. etapě, zároveň však zadavatel, resp. správce stavby nestanovil datum, kdy má navrhovatel na IV. etapě pokračovat.

25. Podle navrhovatele došlo k dokončení I. – III. etapy dne 13. 12. 2017.

26. Dále se navrhovatel ve svém návrhu vyjadřuje k oznámení zadavatele o odstoupení od smlouvy ze dne 4. 1. 2018. Podle zadavatele měl navrhovatel opakovaně a soustavně porušovat své povinnosti uvedené v již označených výzvách zadavatele, resp. správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a 21. 11. 2017. Navrhovateli je v oznámení zadavatele o odstoupení od smlouvy vytýkáno, že:

(a) Nedokončil dílo v době stanovené pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, což znamená, že je s dokončením díla 42 dní v prodlení.

(b) Nedodržel dobu pro uvedení díla do provozu.

(c) Nepředložil aktualizovaný harmonogram v termínu podle správce stavby, přestože jej k tomu správce stavby opakovaně vyzýval.

(d) Byl v prodlení s udržováním platnosti bankovní záruky.

27. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel odstoupil od části smlouvy.

28. Podle navrhovatele však byly splněny všechny požadavky zadavatele, přičemž k bodu ad a) a ad b) navrhovatel uvádí, že souhlasí, že dílo nebylo dokončeno a zprovozněno ke dni 6. 11. 2017, na místo toho bylo dokončeno až 13. 12. 2017. Navrhovatel uvádí, že IV. etapu mohl zahájit až dne 14. 12. 2017, avšak správce stavby mu dal pokyn, aby práce na IV. etapě nezahájil, realizace díla tedy byla přerušena. Podle navrhovatele nebylo prodloužení doby pro zprovoznění, které následovalo po dni 14. 12. 2017, zapříčiněno vinou navrhovatele. Navrhovatel dodává, že rozdíl mezi datem 6. 11. 2017 a 13. 12. 2017 představuje celkem 37 dní, což je méně, než uvádí zadavatel, tj. 42 dní. Z uvedeného navrhovatel vyvozuje, že nebyla splněna podmínka pro odstoupení zadavatele od smlouvy.

29. K bodu ad c) navrhovatel uvádí, že nemohl sestavit aktuální harmonogram, neboť nemohl předvídat vývoj klimatických podmínek, jež by umožnily realizaci prací v souladu s technickou specifikací. Dalším důvodem, proč navrhovatel nemohl předložit harmonogram, byl fakt, že neznal datum, kdy od zadavatele dostane pokyn zahájit práce na IV. etapě. Navrhovatel odstoupení od smlouvy zadavatele rozporuje také z toho důvodu, že od zadavatele neobdržel 14 dní předem oznámení o takovém záměru zadavatele, což zadavatel určil v obchodních podmínkách.

30. Nad rámec uvedeného navrhovatel konstatuje, že na provedené části díla vystavil zadavateli faktury, které zadavatel neuhradil, z čehož navrhovatel dovozuje, že pokud je zadavatel v prodlení s úhradou faktur, nemůže být na navrhovatele pohlíženo tak, že je v prodlení s provedením díla. Navrhovatel rovněž dodal, že mu zadavatel neuhradil práce vykonané na veřejné zakázce „I/19 Jordán – MUK s D3“ a podle tvrzení navrhovatele je tato dlužná částka vymáhána dlužně.

31. Navrhovatel dále namítá, že termín uvedený ve smlouvě byl nereálný s ohledem na požadavky na technologické pauzy při provádění díla, které byly v rozsahu 36 dní. Zadavatel uvedené shrnuje tak, že k závažným pochybením z jeho strany nedošlo a nejsou tudíž splněny podmínky pro jeho vyloučení z dotřeného zadávacího řízení, zakotvené v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

32. Navrhovatel rovněž zdůrazňuje, že neexistuje žádné pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda, popř. že by zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu bylo oprávněné, z čehož navrhovatel vyvozuje, že se jedná pouze o tvrzení zadavatele.

33. Navrhovatel rovněž konstatuje, že zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 30. 8. 2018 sice uvedl, že mu vznikla „závažná újma“, kterou však nespecifikoval. Navrhovatel rovněž zmiňuje, že u veřejných zakázek „I/19 Plíškovice – Mirovice“ a „I/19 Jordán – MUK s D3“ zadavatel navrhovateli předal staveniště se značným zpožděním, v prvním případě cca 4 měsíce, ve druhém cca 2 měsíce, což způsobilo, že se navrhovatel dostal do prodlení, což podle něj ovlivnilo i plnění dalších veřejných zakázek.

34. Navrhovatel ve svém návrhu (str. 16) odkazuje a dále se vyjadřuje k bodu 4. návrhu. (pozn. – Úřad konstatuje, že v úvodu návrhu (str. 2) navrhovatel uvádí, že proti rozhodnutí o vyloučení zadavatelem ze dne 30. 8. 2018 podal tři námitky, popsané ve třech bodech, které ve svém návrhu navrhovatel následně rozvíjí.)

35. Následně navrhovatel ve svém návrhu uvádí výčet veřejných zakázek, jež byly zadávané zadavatelem a navrhovatel je realizoval (celkem 6), uskutečněné v letech 2015 – 2018. Navrhovatel podle svých slov prokazuje, že u veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ se jednalo o ojedinělé nedostatky, které byly podle navrhovatele z větší části způsobené zadavatelem, z čehož navrhovatel vyvozuje, že nelze hovořit o dlouhodobosti.

36. Navrhovatel dále odkazuje na rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 obsahující výklad pojmu „vážné pochybení“, jakož i na *„Velký komentář zák. č. 134/2016 Sb., 1. Vydání C. H. Beck 2017, k ust. § 48 odst. 5 písm. d)*“.

37. Navrhovatel se opětovně vrací k záměně směsí, ke které došlo při plnění veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, když uvádí, že tato záměna nebyla způsobena zlým úmyslem, k jejímu objevení došlo na základě laboratorních rozborů a byla způsobena v obalovně. Navrhovatel tuto záměnu označuje za neodstranitelnou vadu, jež nemá negativní vliv na funkci díla, z čehož navrhovatel vyvozuje, že zadavatel mohl požadovat toliko slevu z ceny díla.

38. Navrhovatel uvádí, že výzva zadavatele ze dne 13. 11. 2017 k odstranění vad stanovená do dne 30. 11. 2017 byla navrhovateli doručena dne 24. 11. 2017 poštou a dne 30. 11. 2017 datovou schránkou, zadavatel však navrhovateli neposkytl potřebnou součinnost, navíc navrhovatel nebyl schopen v zimních měsících začít s odstraňováním namítaných vad. Navrhovatel rovněž dodává, že vyjma záměny směsí byl ochoten vady odstranit.

39. Navrhovatel dále rekapituluje již uvedené, že u veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ záměna směsí SMA 8 za SMA 11 nevedla ke zhoršení vlastností díla a zadavateli tedy v této souvislosti nevznikla žádná škoda a co se týče veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, v tomto případě nebyl zadavatel oprávněn od uzavřené smlouvy odstoupit, nastalé prodlení nebylo dlouhé a bylo mimo jiné zapříčiněno pokynem zadavatele. Navrhovatel rovněž odkazuje na rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C – 465/11, podle kterého se musí jednat o pochybení, které je přičitatelné navrhovateli, navrhovatel však odmítá vinu za záměnu směsí, neboť jí způsobila obalovna. Zadavatel zdůrazňuje, že obě údajná vážná pochybení postrádají „dlouhodobost“, neboť se podle navrhovatele jednalo o ojedinělá pochybení a zadavateli nevznikla žádná škoda. Navrhovatel dále odkazuje na *„již podané námitky*“, aniž by je datoval.

40. V následující části svého návrhu se navrhovatel vyjadřuje k rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, které měl navrhovatel obdržet dne 19. 9. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). K namítané „překážce věci rozsouzené“ navrhovatel uvádí, že se zadavatel s touto námitkou vůbec nevypořádal. Podle navrhovatele zadavatel uznal své pochybení, když zrušil původní rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z šetřeného zadávacího řízení, přičemž navrhovatel dovozuje, že *„vzhledem k tomu, že zadavatel již jednou zrušil své rozhodnutí 1, nemůže ho pro stejné důvody znovu vyloučit“.*

41. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel nikterak nevyvrátil jeho námitku, že *„rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky je v rozporu se zákonem o zadávaní veřejných zakázek“,* týkající se navrhovatelem namítané nepřípustné retroaktivity, ke které přistoupil zadavatel při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Navrhovatel opakovaně tvrdí, že je zcela zřejmé, že se jedná o nepřípustnou retroaktivitu.

42. Dále navrhovatel namítá, že se zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele vůbec nevyjádřil k tvrzení navrhovatele, že mu zadavatel neposkytl potřebnou součinnost a dobu k odstranění reklamovaných vad, stejně tak zadavatel nijak neodůvodňuje a neprokazuje svoje tvrzení, že nedodržení harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích. Podle navrhovatele zadavatel rovněž neuvedl, jaká konkrétní vážná újma mu měla vzniknout, a nepravdivě konstatoval, že navrhovatel uznal, že k prodlení došlo z důvodů na straně navrhovatele. Navrhovatel rovněž odkazuje na bod VII. rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, ve kterém zadavatel sice tvrdí, že chyby navrhovatele vedly ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným srovnatelným sankcím, avšak tato svá tvrzení nijak blíže nekonkretizoval, navíc v rozporu s rozsudkem Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 uvedl, že zlý úmysl nemá pro naplnění podmínky nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona žádný vliv, přičemž souhlasí s navrhovatelem, že tvrzená pochybení navrhovatele nebyla způsobena na základě zlého úmyslu.

43. Navrhovatel rovněž namítá, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách tvrdil, že nedodržení harmonogramu navrhovatelem mělo za důsledek zmaření účelu smlouvy a vedlo k újmě zadavatele, avšak tuto úvahu nijak neprokázal či neodůvodnil.

44. Následně navrhovatel uvádí námitku č. 4 *„Nedošlo k závažným důvodům nebo dlouhodobým pochybením při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem“*, přestože na str. 2 svého návrhu tvrdí, že proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 30. 8. 2018 podal tři námitky, které následně rozvíjí, jak již bylo jednou popsáno v bodu 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Navrhovatel však dodává, že i kdyby se tvrzená pochybení prokázala, jednalo by se o pouhé excesy z jinak standardní a dlouhodobé spolupráce mezi ním a zadavatelem. Podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o odmítnutí námitek uznává, že se nejednalo o dlouhodobé pochybení k odstoupení od smlouvy o dílo na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“, když podle navrhovatele zadavatel pouze uvádí *„obecné proklamace“* stran nedodržení harmonogramu, zmaření účelu smlouvy a újmy zadavatele, jakož i možného ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, z čehož navrhovatel vyvozuje, že zadavatel neprokázal, že mu byla navrhovatelem způsobena závažná újma. Z uvedeného důvodu navrhovatel považuje rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách za nepřezkoumatelné.

45. V závěrečné části svého návrhu navrhovatel opětovně shrnuje, že nebyly naplněny podmínky předjímané ustanovením § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovené pro vyloučení navrhovatele, a to z důvodu nepřípustné retroaktivity, překážky věci rozsouzené, neprokázání vzniku závažných pochybení navrhovatele nebo dlouhodobých pochybení u nejméně dvou zakázek. Zadavatel měl od smlouvy odstoupit neoprávněně a nikterak neprokázal, že mu vznikla škoda. Navrhovatel rovněž konstatuje, že zadavatel měl ve svém rozhodnutí (Úřad dodává, navrhovatel blíže nespecifikoval, o které rozhodnutí se jednalo, proto sám dovodil, že se navrhovatel dále vyjadřuje k rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele) uvést, že mu vznikla újma, jíž však nijak nespecifikoval, což činí dotčené konstatování zadavatele nepřezkoumatelným.

46. Navrhovatel svůj návrh uzavírá tvrzením, že *„vzhledem k tomu, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce neviny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako ne (sic!) nevinného.“* Navrhovatel je podle svých slov

přesvědčen, že postup zadavatele je v rozporu se zásadami správního řízení a se zásadami stanovenými v § 6 zákona, a že zadavatel nedodržel zásadu přiměřenosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace, když navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení, přestože pro to nebyly splněny zákonné podmínky, a navíc nerespektoval zákaz retroaktivity a přechodná ustanovení uvedená v § 273 zákona, což je v rozporu s požadavkem legitimního očekávání a právní jistoty stěžovatele.

47. Navrhovatel dodává, že mu hrozí újma spočívající v nemožnosti účastnit se uvedené veřejné zakázky, provést ji a dosáhnout zisku.

48. Vzhledem k výše popsanému navrhovatel ve svém návrhu žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 30. 8. 2018, jakož i nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli zakáže uzavřít smlouvu v šetřené veřejné zakázce.

Vyjádření zadavatel k návrhu

49. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 5. 10. 2018 k návrhu uvedl následující.

50. Podle zadavatele bylo jeho rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení učiněno v souladu se zákonem a podrobně odůvodněno. Podle zadavatele byly námitky navrhovatele vyřízeny v souladu se zákonem a všechny argumenty navrhovatele zadavatel řádně vypořádal. Zadavatel považuje, vzhledem k „blokační lhůtě“ stanovené ustanovením § 246 odst. 1 písm. d) zákona, žádost navrhovatele na vydání předběžného opatření, na jehož základě by Úřad nařídil v šetřeném zadávacím řízení zákaz uzavřít smlouvu s vybraným dodavatelem za zcela nedůvodnou. Podle zadavatele zde nejsou zákonné podmínky pro nařízení tohoto předběžného opatření, přičemž má za to, že navrhovatel neprokázal nezbytné důvody pro jeho nařízení.

K překážce věci rozsouzené – rei iudicatae

51. K navrhovatelem tvrzené překážce věci rozhodnuté zadavatel uvádí, že dospěl k závěru, že nedostatečně odůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 21. 5. 2018, proto v souladu s § 49 zákona přijal v šetřeném zadávacím řízení veřejné zakázky opatření k nápravě. Podle zadavatele s právem zadavatele na autoremeduru, které je mu dáno v § 49 zákona, není spojena aplikace zásady překážky věci rozhodnuté tak, jak ji v námitkách a návrhu vykládá navrhovatel. Zadavatel dále uvádí, že rozhodnutí a oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 21. 5. 2018 bylo zrušeno a není tedy pravdou, že by v zadávacím řízení byla dvě platná rozhodnutí o vyloučení navrhovatele.

K nepřípustné retroaktivitě

52. K námitce navrhovatele týkající se otázky nepřípustné retroaktivity zadavatel uvádí, že podmínkou vyloučení dodavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není skutečnost, že dřívější smluvní vztahy mezi dodavatelem a zadavatelem (nebo jiným veřejným zadavatelem) musely být uzavřeny na základě zadávacího řízení podle zákona, nikoliv podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jak mylně uvádí navrhovatel.

53. Vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nepředstavuje podle zadavatele nepřípustnou retroaktivitu, neboť se podle zadavatele primárně týká zadávacího řízení zahájeného podle zákona nikoliv podle předchozího zákona o veřejných zakázkách.

Zadavatel dodává, že zadávací řízení zahájená podle zákona o veřejných zakázkách, která předcházela uzavření Smlouvy I a Smlouvy II jsou již řádně ukončena a vyloučení navrhovatele ze šetřeného zadávacího řízení veřejné zakázky tak nemá na tato předchozí zadávací řízení jakýkoliv dopad. Skutečnost, že je navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení zadávaného podle zákona pro to, že řádně a včas neplnil své smluvní závazky v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení, ze kterého byl vyloučen, nemůže podle názoru zadavatele představovat nepřípustnou retroaktivitu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

K pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II

54. Podle zadavatele navrhovatel opakovaně zadavateli poskytoval vadné plnění, přičemž vady alespoň v základním rozsahu uznal, ale odmítl je napravit v souladu s požadavky zadavatele. Zadavatel tvrdí, že plnění v rámci dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem vypovídají o neodbornosti a hrubé neprofesionalitě navrhovatele a naplňují podmínky nezpůsobilosti vymezené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

55. Zadavatel označuje za nepřijatelné, aby znovu vstoupil s navrhovatelem do smluvního vztahu, a to vzhledem k negativní zkušenosti, kterou s navrhovatelem získal během plnění dřívějších smluvních vztahů, a vzhledem k přístupu navrhovatele, který odmítá plně uznat a napravit svá pochybení při plnění dřívějších smluv, přičemž se snaží přenést odpovědnost za tato pochybení na zadavatele.

56. Zadavatel uvádí, že předmětem plnění Smlouvy I byla oprava krytu a obnova souvrství ložné a podkladní vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem uvedenými v předmětné smlouvě, a že v souvislosti s plněním Smlouvy I zadavatel identifikoval pochybení navrhovatele spočívající ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Navrhovatel podle názoru zadavatele při realizaci stavebních prací na základě Smlouvy I postupoval v rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve Smlouvě I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Dále zadavatel dodává, že *„navrhovatel v rozporu se skutečným stavem uvedl v Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly a že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8*“.

57. Dále zadavatel uvádí, že *„Za plnění poskytnuté zadavateli odpovídá plně navrhovatel a tento měl vědět (sic!) jakým způsobem a v jaké kvalitě poskytuje zadavateli plnění Smlouvy I. Současně navrhovatel odpovídá za plnění poskytované jeho poddodavateli tak, jako by plnil on sám. Jestliže navrhovatel argumentuje tím, že vadné plnění nezpůsobil on sám, ale jeho poddodavatel a současně se takto poskytnuté vadné plnění snaží zastírat (nepravdivé informace uvedené v Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele), nasvědčuje takové jednání navrhovatele jeho nevěrohodnosti a současně je důkazem závažnosti pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I.*“

58. Zadavatel dále konstatuje, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r. o., se sídlem běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO 03598292 (dále jen „laboratoř ESLAB“) identifikoval vady vozovky 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).

59. Zadavatel dále doplňuje, že „*Navrhovatel v souvislosti s výše uvedeným plněním rozporným se Smlouvou I odmítl kompletní výměnu obrusné vrstvy vozovky v celém jejím rozsahu tak, jak požadoval zadavatel. Skutečnost, že navrhovatel předložil zadavateli řešení jeho pochybení, které ale bylo pro zadavatele zcela nepřijatelné, nemění nic na tom, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I dopustil závažného pochybení, které vyvolalo kvalifikovaný následek. Zadavatel nemohl přijmout řešení pochybení předkládané navrhovatelem, neboť toto vedlo pouze k částečné nápravě vadného plnění poskytnutého navrhovatelem a současně by znamenalo, že by zadavatel v rozporu s § 222 ZZVZ připustil podstatnou změnu Smlouvy I (podstatná změna plnění spočívající ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky v jiné kvalitě a za použití jiného materiálu, než který zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci), čímž by se sám vystavil riziku sankcí ze strany kontrolních orgánů.*“

60. Zadavatel dále odkazuje na tu skutečnost, že se navrhovatel ve svém návrhu, obdobně jako v námitkách odvolává na vyjádření soudního znalce, přičemž však podle zadavatele navrhovatel nezohledňuje, že právě v posudku znalce je uvedeno, že „*lze konstatovat, že v posuzovaném případě by neměla mít neúmyslná záměna směsi SMA 8 S za směs SMA 11 S negativní dopad na užitné vlastnosti posuzované obrusné vrstvy*“. Z uvedeného zadavatel vyvozuje, že soudní znalec neuvádí, že by záměna asfaltových směsí byla ku prospěchu díla, jak podle zadavatele zcela zavádějícím způsobem tvrdí navrhovatel, ale pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění Smlouvy I. Podle zadavatele soudní znalec pouze takto vyjadřuje svoje subjektivní dojmy.

61. Zadavatel rovněž označuje za lichou argumentaci navrhovatele, že neposkytl navrhovateli k nápravě jeho pochybení dostatečnou součinnost, jak podle zadavatele vyplývá z korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem podrobně popsané v rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel uvádí, že navrhovatel měl dostatek prostoru k nápravě svých pochybení při plnění Smlouvy I a zadavatel se opakovaně snažil vyřešit pochybení navrhovatele mimosoudní cestou tak, aby minimalizoval negativní dopady na předmět Smlouvy I a v konečném důsledku i na samotného navrhovatele.

62. K plnění Smlouvy II zadavatel uvádí, že předmětem plnění byla oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v zadavatelem stanovených termínech, aby se předešlo k narušení provozu na dotčených komunikacích.

63. Zadavatel tvrdí, že „*navrhovatel postupoval zcela v rozporu s termíny plnění stanovenými zadavatelem a dostal se do významné prodlevy se zhotovením plnění. Pochybení navrhovatele spočívající ve významném nedodržování harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, protože tito museli po dobu delší, než bylo nezbytně nutné (doba plnění předmětu Smlouvy II, ke které se navrhovatel zavázal), využívat pozemní komunikaci, která nebyla v bezvadném stavu z důvodu prodlení navrhovatele*.

Jestliže navrhovatel argumentuje tím, že prodlevu plnění s etapou č. IV nezpůsobil on sám, ale zadavatel či klimatické podmínky (zadavatel upozorňuje, že dle Smlouvy II měla být etapa č. IV hotova již v době, kdy příznivé klimatické podmínky bezesporu byly, ale navrhovatel neměl ještě ani dokončenou etapu č. III, a to z důvodu svého vlastního a neodůvodněného prodlení), nasvědčuje takové jednání navrhovatele jeho nespolehlivosti a současně je důkazem závažnosti pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy II.

V návaznosti na toto závažné pochybení navrhovatele odstoupil zadavatel od Smlouvy II. Současně zadavatel v souladu se Smlouvou II požaduje po zadavateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění."

64. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel dodává, že samotný fakt, že navrhovatel rozporuje platnost odstoupení od Smlouvy II zadavatelem, nemá podle zadavatele jakýkoliv dopad na naplnění podmínek pro nezpůsobilost, jež vyplývají z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

65. Zadavatel je přesvědčen, že „*byl oprávněn od Smlouvy II odstoupit v případě opakovaného a soustavného porušování povinností navrhovatele. Podle Pod-čl. 15.2 písm. a) VOP/ZOP je Objednatel oprávněn odstoupit od Smlouvy, když Zhotovitel nepostupuje v souladu s Pod-čl. 4.2 (zajištění splnění smlouvy) nebo s oznámením podle Pod-čl. 15.1 VOP/ZOP (výzva k nápravě). Zadavatel svého práva využil, od Smlouvy II odstoupil a písemné odstoupení navrhovateli řádně doručil. Oznámení o odstoupení zadavatelem obsahovalo podrobnou specifikaci pochybení navrhovatele dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP (Pod-čl. 15.2 (a) VOP/ZOP nestanovuje jako podmínku pro odstoupení Objednatele žádnou dobu, tedy ani 42 dní, které uvádí navrhovatel zcela nelogicky v Námitkách i Návrhu). Zadavatel odstoupil od Smlouvy II zejména z toho důvodu, že plnění nebylo dokončeno a zprovozněno v době pro dokončení a v době pro uvedení do provozu (nejpozději do 6. 11. 2017).*"

66. Dále zadavatel uvádí, že na oprávněnosti vyloučení navrhovatele nic nemění ani skutečnost, že o platnosti odstoupení doposud nerozhodl příslušný soud a že on sám odstoupení ze svého subjektivního pohledu za platné nepovažuje. Podle zadavatele by v opačném případě nastala situace, kdy aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona fakticky nebude možná, neboť by zadavatel musel buď vždy čekat na pravomocné soudní rozhodnutí, které by platnost či neplatnost odstoupení deklarovalo (což je v kombinaci se stanovenou lhůtou tří let pro aplikaci tohoto důvodu v podstatě nemožné), nebo by k zamezení vyloučení účastníka zadávacího řízení dle tohoto důvodu postačovalo skutečně prosté tvrzení účastníka zadávacího řízení o tom, že odstoupení subjektivně nepovažuje za platné.

67. Zadavatel konstatuje, že není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II potvrzena soudem, podle zadavatele je dostatečné, že prokázal pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, která podle zadavatele nebyla zanedbatelná, ale, jak tvrdí zadavatel, „*atakovala samotný účel smluv*". Na zákonnost vyloučení navrhovatele nemá podle zadavatele jakýkoliv dopad ani skutečnost, že se zadavatel doposud snažil řešit problematiku Smlouvy I a Smlouvy II mimosoudní cestou.

68. Zadavatel dále uvádí, že v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele podrobně a přehledně popsal, jakým způsobem byly naplněny všechny podmínky pro konstatování nezpůsobilosti navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to včetně následků, které mu na základě pochybení navrhovatele vznikly.

69. Podle zadavatele představují vady plnění v rámci Smlouvy I a Smlouvy II pochybení, která měla závažnou povahu a vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným srovnatelným sankcím a současně se jednalo o dvě různá závažná pochybení. Ve vztahu ke Smlouvě I zadavatel uvádí, že došlo k významnému porušení smluvních podmínek, se kterými je spojena újma zadavatele a že se jednalo o pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu smluvního vztahu (plnění nebylo poskytnuto řádně, což vedlo ke zmaření účelu Smlouvy I). Ke Smlouvě II zadavatel uvádí, že nedodržování harmonogramu plnění dle

Smlouvy II představovalo pochybení navrhovatele, které zmařilo samotný účel Smlouvy II a vedlo k újmě zadavatele. Z výše uvedeného je podle zadavatele zřejmé, že pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II naplňují intenzitu závažnosti požadovanou zákonem.

70. Dále zadavatel specifikuje, že navrhovatel se předmětných pochybení dopustil na základě smluvních vztahů vzniklých mezi navrhovatelem a zadavatelem v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení (Smlouva I byla uzavřena dne 17. 8. 2016 a Smlouva II byla uzavřena dne 3. 10. 2016; přičemž šetřené zadávací řízení bylo zahájeno dne 24. 2. 2018).

71. Podle zadavatele vyvolala pochybení navrhovatele kvalifikované a zákonem předvídané následky, když pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění pochybení navrhovatele a vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvních pokut; pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k odstoupení od Smlouvy II a k uplatňování smluvních pokut.

72. Zadavatel se dále ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že se nevypořádal se všemi body argumentace navrhovatele uvedených v námitkách a konstatuje, že Rozhodnutí o námitkách bylo zpracováno a odůvodněno v souladu se zákonem a že se zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách. V této souvislosti zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0235/2018/VZ-23522/2018/522/RCh ze dne 14. 8. 2018, ze kterého mimo jiné cituje, že *„pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečné odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádával s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje navrhovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele.“*

73. Zadavatel trvá na svých závěrech uvedených v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a navazujícím rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Co se týče návrhu na nařízení předběžného opatření, zadavatel nespatřuje pro jeho nařízení Úřadem zákonné důvody. Vzhledem k uvedenému zadavatel navrhuje, aby Úřad podle ustanovení § 265 písm. a) zákona návrh navrhovatele zamítl a stejně tak i nevyhověl návrhu navrhovatele na nařízení předběžného opatření.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

74. Úřad obdržel návrh navrhovatele na zahájení správního řízení dne 26. 9. 2018. Dnem obdržení předmětného návrhu bylo podle § 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. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 26. 9. 2018.

75. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.

76. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-28377/2018/513/IHl ze dne 1. 10. 2018.

77. Dne 4. 10. 2018 doručil zadavatel Úřadu část dokumentace o zadávacím řízení. Dne 8. 10. 2018 zadavatel doručil Úřadu vyjádření k návrhu a další část dokumentace o zadávacím řízení.

78. Usnesením č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-29629/2018/513/JLí ze dne 12. 10. 2018, určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu 5 dnů k doručení zbývající části dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

79. Usnesením č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-29761/2018/513/JLí ze dne 12. 10. 2018, určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

80. Dne 16. 10. 2018 doručil zadavatel Úřadu zbývající část dokumentace o zadávacím řízení.

81. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-30481/2018/513/JLí ze dne 18. 10. 2018 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření.

82. Usnesením č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-31115/2018/513/JLí ze dne 25. 10. 2018 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se žádný z účastníků správního řízení nevyjádřil.

83. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-34161/2018/513/JLí ze dne 20. 11. 2018 Úřad nařídil z moci úřední předběžné opatření, kterým uložil zadavateli zákaz uzavřít v dotčeném zadávacím řízení smlouvu.

84. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-35250/2018/513/JLí ze dne 28. 11. 2018 Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 19. 9. 2018 o námitkách navrhovatele a uložil zadavateli zákaz uzavřít v dotčeném zadávacím řízení smlouvu, neboť dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel při zadávání dotčené veřejné zakázky zákonný postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 odst. 1 zákona, když se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 19. 9. 2018 o námitkách navrhovatele nevyjádřil k námitkám navrhovatele, že při realizaci předmětné veřejné zakázky *„záměnou asfaltových směsí nevznikla zadavateli žádná škoda“* a dále *„pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto v právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla*.“, obdobně *„Co se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsi z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla.*“, čímž se rozhodnutí o námitkách zadavatele stalo podle Úřadu nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

85. Proti výše uvedenému rozhodnutí Úřadu ze dne 28. 11. 2018 podal dne 13. 12. 2018 zadavatel rozklad z téhož dne.

86. Usnesením č. j. ÚOHS-S0389/201/VZ-37467/2018/513/JLí ze dne 2. 1. 2019 Úřad stanovil navrhovateli lhůtu k provedení úkonu – podání vyjádření k rozkladu zadavatele ze dne 13. 12. 2018.

87. Rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 bylo rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-35250/2018/513/JLí ze dne 28. 11. 2018 zrušeno a věc vrácena Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvádí, že navrhovatel částí své argumentace rozporuje skutečnosti, které však zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele netvrdil a že dílčí námitky se nikterak nevztahují k důvodům, pro které byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení, přičemž podstatná část argumentace navrhovatele se důvodů vyloučení navrhovatele dotýká pouze vzdáleně. Podle předsedy Úřadu zadavatel ve svém rozhodnutí věcně řeší námitky navrhovatele rekapitulací skutkového stavu a vlastními relevantními závěry, přičemž důsledně vypořádává pouze ty argumenty, které sám považuje za relevantní, zbývající argumentace navrhovatele je pro zadavatele bezpředmětná, když nesouvisí s důvody, pro které byl navrhovatel zadavatelem vyloučen ze zadávacího řízení. Předseda Úřadu dále vyvozuje, že zadavatel postavil proti námitkám navrhovatele obsáhlou argumentaci související s otázkou, proč lze pochybení navrhovatele považovat za závažná a jaké jsou s nimi spojené následky. Předseda dodává, že zadavatel nepovažuje vznik škody a případné nároky plynoucí ze záměny asfaltových materiálů za relevantní vzhledem k důvodům pro vyloučení navrhovatele, a proto je podle předsedy Úřadu logické, proč se zadavatel vyhnul tomu, aby vyloučení navrhovatele odůvodňoval skutečnostmi, které jsou mezi ním a navrhovatelem sporné. Předseda Úřadu dospěl k závěru, že byť zadavatelovo vypořádání námitek mohlo být konkrétnější k jednotlivým tvrzením navrhovatele, zadavatel zároveň reagoval na celý obsah námitek navrhovatele a úvahy, které zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele předložil, lze považovat ze přezkoumatelné. Předseda výše uvedené uzavřel názorem, že *„v daném případě tedy nevznikl v důsledku jakékoli možné „strohosti“ odůvodnění rozhodnutí o námitkách ve vztahu k dílčím námitkám informační deficit na straně navrhovatele, který jej mohl přivést k názoru, že zadavatel některé z jeho námitek nezohlednil či vůbec neřešil. Navrhovatel tak nebyl vystaven jakýmkoli nejasnostem v důsledku skutečnosti, že v rozhodnutí o námitkách absentovala explicitně sdělená informace, že navrhovatelovy dílčí námitky v průběhu plnění předchozí veřejné zakázky nepovažuje zadavatel za relevantní.“*

88. Pokračování správního řízení Úřad účastníkům oznámil přípisem č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-08027/2019/513/JHa ze dne 21. 3. 2019.

89. Dne 21. 3. 2019 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele z téhož dne, ve kterém uvádí, že v bodě 40 shora označeného rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 11. 3. 2019 předseda konstatuje, *„že je z odůvodnění zadavatele především patrné, že jsou pro něj otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, přičemž doposud nebyly vyřešeny způsobem přijatelným pro obě strany.“* Z uvedeného navrhovatel vyvozuje, že má za to, že vzhledem k tomu, že jsou pro zadavatele otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, nemohlo se jednat o závažná pochybení, jak tvrdí zadavatel.

90. Usnesením č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-10516/2019/513/JHa ze dne 12. 4. 2019 Úřad opětovně určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

91. Dne 23. 4. 2019 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele, jež v příloze obsahuje kopii interního sdělení zadavatele obsahující pokyn *„vyloučit navrhovatele pouze v případě, že jeho nabídka bude nejnižší“,* což navrhovatel považuje za rozporné s ustanovením § 6 zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

92. 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, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

93. Úřad v šetřeném případě nejprve posoudil postavení zadavatele podle § 4 zákona.

94. 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.

95. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 11 z téhož dne, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky.

96. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad uzavírá, 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.

Relevantní ustanovení zákona

97. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

98. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

99. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona 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.

100. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

101. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

102. Podle § 273 odst. 1 zákona pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

Rozhodnutí zadavatele o oznámení a vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 30. 8. 2018

103. Úvodem zadavatel konstatuje, že podmínky pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byly podle § 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 jejích vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany Zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého Účastníkem“.*

104. Ke smlouvě I. zadavatel uvádí, že se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Zadavatel dodává, že navrhovatel navíc v *„Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele*“, kterou navrhovatel předal zadavateli, uvedl, že při realizaci stavebních prací neprovedl žádné změny od zadávací dokumentace a že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.

105. Nad rámec uvedeného pochybení spočívající v záměně směsí, byla podle zadavatele laboratoří ESLAB identifikována další závažná pochybení navrhovatele. Jednalo se o nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky, kdy navrhovatel nedodržel minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121, jakož i nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, kdy navrhovatel nesplnil minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121.

106. Zadavatel dále uvádí, že prostřednictvím svého technického dozoru zaslal navrhovateli *„Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH ze dne 21. 3. 2017*“ ze dne 21. 3. 2017, ve kterém žádal navrhovatele, aby odstranil závady na předmětné stavbě týkající se úseku cca

0,550 km vpravo ve směru staničení, včetně provedení lokální diagnostiky. Navrhovatel byl zároveň vyzván k doplnění závěrečné zprávy o kvalitě obrusné vrstvy.

107. Zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele následně rekapituluje písemnou komunikaci s navrhovatelem související s namítanými vadami plnění Smlouvy I.

108. Zadavatel rovněž konstatuje, že dne 31. 3. 2017 provedla laboratoř ESLAB odběr jádrových vývrtů, na jejichž základě bylo zjištěno, že položená obrusná vrstva SMA 11S nesplňuje požadavky minimální tloušťky. Podle zadavatele ukázalo geodetické kontrolní měření obrusné vrstvy, že ve více než 25 případech nebyla dodržena minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11S, kterou požaduje norma ČSN 736121. Zadavatel tedy trval na výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu.

109. V přípisu »Fotodokumentace jádrových vývrtů „Silnice I/23 Řípec“« v tabulce 15 je mj. uvedeno následující:

„Staničení/Místo/Bod č.	*Pevnost spojení vrstvy*	*Rozšířená nejistota U*	*Jednotky*[1]	*Požadavek*[2]		*Zkoušeno dle*
				min.	*max.*	
vývrt 1 km 0,220 PS 1 m od osy	*8,40*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	*ČSN 73 6160, čl 7.3*
vývrt 2 km 0,540 PS 1,1 m od osy	*nespojeno*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	
vývrt 3 km 1,040 LS 0,9 m od osy	*16,52*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	
vývrt 4 km 1,218 PS 1 m od osy	*nespojeno*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	
vývrt 5 km 0,540 LS 1 m od osy	*15,45*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	
vývrt 6 km 0,070 LS 1 m od osy	*20,29*	*0,20*	*kN*	*15,0*	*-*	

1) Uvedená rozšířená nejistota měření je součinem standardní nejistoty a koeficientu rozšíření k = 2, což pro normální rozdělení odpovídá pravděpodobnosti pokrytí 95 %

2) Požadavek normy ČSN 73 6121, tabulka 15“.

110. Svoje stanovisko zadavatel navrhovateli opakovaně sdělil v *„Požadavku správce stavby č. 1 k provedení prací“* ze dne 21. 6. 2017, ve kterém žádal *„…provedení kompletní výměny obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu. Důvodem je nedodržení zadávacích podmínek, kdy byla bez jakéhokoliv souhlasu, Zhotovitelem položena obrusná vrstva z mastixového koberce SMA 11, na místo požadované vrstvy z mastixového koberce SMA 8 a to navíc v takové tloušťce vrstvy, která nevyhovuje platným TP“*.

111. Na základě přípisu *„Odmítnutí prací a opětovný pokyn k předložení k návrhu nápravy“* ze dne 18. 8. 2017 zadavatel, resp. správce stavby, upozornil navrhovatele na neplnění jeho smluvních závazků vyplývajících ze Smlouvy I a vyzval navrhovatele k nápravě, zároveň byl navrhovatel upozorněn na možné *„nápravné prostředky“*, které vůči navrhovateli může zadavatel v souladu se Smlouvou I uplatnit.

112. Ve svém vyjádření ze dne 26. 8. 2017 navrhovatel zadavateli navrhl odfrézování obrusné vrstvy SMA 11S v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11S. Totéž navrhovatel uvedl i ve svém vyjádření ze dne 12. 9. 2017.

113. Správce stavby reagoval odpovědí ze dne 3. 10. 2017, ve které žádal navrhovatele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu do 25. 10. 2017, včetně *„předložení TePř na provedení výměny obrusné vrstvy, včetně jednoduchého časového pánu a řešení dopravně-inženýrského opatření během stavebních prací, a to před zahájením vlastní realizace výměny.“* Správce stavby navrhovatele rovněž upozornil, že po stanoveném termínu bude nucen zadat uvedené práce jinému zhotoviteli a po navrhovateli bude žádat uhrazení vzniklých nákladů, a pokud navrhovatel bude pokračovat v neplnění svých závazků, zadavatel uplatní nápravné prostředky vyplývající ze Smlouvy I, což může být i odepření průběžné platby.

114. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel ve svém stanovisku ze dne 20. 10. 2017 odmítl požadavek zadavatele na kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu a opětovně navrhl lokální opravu vozovky v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11S.

115. Zadavatel reagoval zasláním reklamace, opakované výzvy k odstranění vad a výzvy k zaplacení smluvní pokuty ve výši 128 000 Kč za neodstranění vad v termínu ze dne 13. 11. 2017. Navrhovatel byl zadavatelem informován, že:

„V průběhu záruční doby došlo na několika místech k narušení asfaltového povrchu díla (obrusné vrstvy vozovky) tak, jak je popsáno níže, jak bylo podrobně zdokumentováno v rámci komunikace mezi Vámi (sic!), fotografiemi včetně projednání na koordinačních schůzkách. Lze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchylně od smluvního zadání – což vylučuje Vaši domněnku pro zaměnitelnost různých směsí. … Vady spočívající ve viditelných trhlinách v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572 – 0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení byly u společnosti ROBSTAV stavby k. s. již uplatněny písemně dopisem ze dne 21. 3. 2017.

Z výsledků provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB, SPOL. s r. o., IČO. 03598292, se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9 na stavbě dne 31.03.2017 byly dále zjištěny tyto vady vozovky:

i. tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 1 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab. 14, a to 28;

ii. pevnost spojení obrusné vrstvy a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab. 15, a to 15,0;

iii. obrusná vrstva a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab. 15 na pevnost spojení vrstev je 15,0.

Vady požadujeme odstranit tak, aby dílo odpovídalo vymíněné kvalitě a materiálu podle Smlouvy, zejména zadávací dokumentaci, technickým normám a běžným standardům, tj. odstraněním vadného povrchu, zjištěním a odstraněním příčiny vady – zpevnění podpovrchové úpravy (spojení mezi ložnou a obrusnou vrstvou) a položení nové bezvadné obrusné vrstvy v kvalitě a materiálu podle zadávací dokumentace."

116. Zadavatel dále ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že navrhovatel reagoval dopisem ze dne 30. 11. 2017, ve kterém namítal, že v požadovaném termínu není v jeho silách realizovat požadované práce, nesouhlasil s rozsahem reklamace, která byla definovaná v listině *„Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23"* ze dne 5. 9. 2017. Dále měl navrhovatel podle zadavatele navrhovat svolat jednání, kde budou specifikovány případné vady.

117. Zadavatel dále popisuje, že prostřednictvím svého právního zástupce zaslal navrhovateli *„Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč ze dne 17. 1. 2018".* Navrhovatel však ve svém dopise ze dne 7. 2. 2018 reagoval stanoviskem, podle kterého trvá na svých předchozích vyjádřeních a odmítá „claim" zadavatele – nárok na zaplacení vynaložených nákladů ve výši 3 181 794,06 Kč.

118. Zadavatel dodává, že v *„Konečném stanovisku Zhotovitele"* ze dne 22. 2. 2018 zadavatel potvrdil, že trvá na „claimu" a nárok na uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad v termínu považuje za oprávněný.

119. Následně zadavatel odkazuje na svůj další dopis *„Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242 000 Kč za neodstranění vad v termínu"* ze dne 16. 4. 2018 a *„Žádost Správce stavby o vyjádření ke claimu Objednatele ze dne 17.01.2018"* ze dne 16. 4. 2018.

120. Podle zadavatele měl navrhovatel reagovat dopisem ze dne 25. 4. 2018, kterým požadavky zadavatele odmítl.

121. Výčet písemné komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uzavírá odkazem na *„Určení Správce stavby v souladu s Pod-čl. 3.5 VOP/ZOP ke claimu Objednatele ze dne 17.01.2018 a ze dne 16.04.2018"* ze dne 15. 5. 2018, ve které je podle zadavatele určeno, že zadavatel je oprávněn po navrhovateli žádat nárok na zaplacení nákladů, které mu vznikly odstraněním vady stavby ve výši 3 181 794,06 Kč, jakož i nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242 000 Kč za neodstranění zadavatelem vytknuté vady v požadovaném termínu.

122. Podle zadavatele z uvedeného jednoznačně vyplývá, že navrhovatel realizoval plnění Smlouvy I v rozporu s jeho požadavky. Bez vědomí zadavatele zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, čímž poskytl jiné plnění, než které bylo vysoutěžené v zadávacím řízení. Zadavatel dodává, že navrhovatel nejen, že poskytl jiné plnění, než zadavatel požadoval, navíc i toto jiné plnění poskytl vadně, neboť zhotovená obrusná vrstva

vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky.

123. Následně zadavatel připojuje výčet výčet konkrétně označených částí vozovky, u kterých zaznamenal uvedené vady:

- *viditelné podélné trhliny v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572-0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení;*
- *tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab. 14, a to 28;*
- *pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab. 15, a to 15,0;*
- *obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab. 15 na pevnost spojení vrstev je 15,0;*
- *pravý jízdní pruh ve směru staničení:*
  - *staničení 1,412-1,371 km_pravděpodobně špatné spojení vrstev;*
  - *staničení 1,299-1,291 km_segregovaná místa;*
  - *staničení 1,231-1,216 km_otevřená struktura povrchu (v 1,222 km příčné trhliny délky cca 30-50 cm);*
  - *staničení 1,333 km_segregovaná místa;*
  - *staničení 1,118-1,110 km_dtto;*
  - *staničení 1,032 km_lokální hloubkové deformace v obrusné vrstvě (cca 1-2 cm);*
  - *staničení 1,016-0,999 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;*
  - *staničení 0,937 km_dosypat krajnice;*
  - *staničení 0,925-0,908 km_otevřená povrchová struktura, v otevřených pórech se viditelně drží voda;*
  - *staničení 0,843 km_nevyhovující krajnice;*
  - *staničení 0,794-0,780 km_v ose jízdního pruhu segregovaná místa;*
  - *staničení 0,743 km_vymletá krajnice směrem k vtokové/nátokové části propustku;*
  - *staničení 0,678-0,633 km_otevřená povrchová struktura;*
  - *staničení 0,656 km_lokální hloubková deformace v obrusné vrstvě (cca 2 cm);*
  - *staničení 0,616-0,598 km_segregovaná místa, pravděpodobně také nespojení vrstev (kraj vozovky viditelně ujíždí);*

- *staničení 0,572-0,500 km_segregace, příčné trhliny, viditelné nespojení vrstev, v rámci trasy se jedná o nejhorší místo;*
- *staničení 0,438-0,413 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;*
- *staničení 0,280-0,250 km_dtto;*
- *staničení 0,155-0,125 km_dtto;*
- *staničení 0,011-0,000km_dtto;*
- *Není zalitá příčná spára na začátku a na konci úseku.*

o *levý jízdní pruh ve směru staničení:*

- *staničení 0,565 km_otevřená struktura povrchu v ose jízdního pruhu;*
- *staničení 1,070-1,080 km_dtto;*
- *staničení 1,185 km_dtto;*
- *staničení 1,196 km_dtto;*
- *staničení 1,255-1,273_dtto (nejhorší porucha v 1,264 km)*
- *staničení 1,284-1,297 km_otevřená struktura povrchu.“*

124. Uvedeným výčtem vad zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele podle svých slov demonstroval tu skutečnost, že se nejednalo o ojedinělé a běžně se vyskytující pochybení, nýbrž o závažnou chybu, kterou podle zadavatele navrhovatel buď nejprve zastíral, nebo o ní dokonce nevěděl, což zadavatel považuje za závažné profesní pochybení navrhovatele, když neví, jakým způsobem a v jaké kvalitě poskytuje plnění. Podle zadavatele tím byl naplněn důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle *„§ 48 odst. 5 písm. f)“* (sic!) zákona. Zadavatel popis pochybení navrhovatele v souvislosti s plněním podle Smlouvy I uzavřel s tím, že pokud navrhovatel v rozporu s touto smlouvou a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky a navíc ji vyhotovil v nedostatečné tloušťce a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy, je takové zanedbání odborné péče a povinností k jeho tíži.

125. Zadavatel se dále ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení vyjadřuje k namítaným pochybením při plnění Smlouvy II, jakož i k následnému uplatnění sankcí zadavatelem. Zadavatel považuje za závažné pochybení tu skutečnost, že se navrhovatel při plnění Smlouvy II dostal do významného prodlení s dokončením díla.

126. Zadavatel dodává, že dílo mělo být podle Smlouvy II dokončeno do 31. 10. 2017, avšak navrhovatel žádal prodloužení, čemuž zadavatel vyhověl a dílo mělo být dokončeno do 6. 11. 2017, podle zadavatele však navrhovatel tuto lhůtu nedodržel. Zadavatel následně popisuje komunikaci, která mezi ním a navrhovatelem probíhala stran nedodržení uvedené lhůty pro řádné plnění.

127. Podle zadavatele byl navrhovatel dopisem ze dne 10. 11. 2017 vyzván k nápravě, když správce stavby požadoval, aby navrhovatel do dvou dnů od doručení tohoto dopisu napravil neplnění a mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, jakož i předložil správci stavby aktualizovaný

harmonogram. Zároveň byl podle zadavatele navrhovatel upozorněn na možnost zadavatele odstoupit od Smlouvy II v případě, že navrhovatel nevyhoví této výzvě.

128. Následující výzvou ze dne 21. 11. 2017 zadavatel opakovaně vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel nejpozději do tří dnů od doručení této výzvy nastoupil a urychleně dokončil I. – III. etapu stavby a s ohledem na nastalé klimatické podmínky nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby. Podle zadavatele byl navrhovatel v této výzvě opakovaně upozorněn na hrozící možnost odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele, kdy by následně zadavatel vyzval jiného zhotovitele, aby dokončil stavební práce na I. – III. etapě.

129. Na základě *„Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP*“ ze dne 27. 12. 2017 bylo navrhovateli oznámeno, že zadavatel s okamžitou platností odstupuje od části Smlouvy II, a to části, která se týká doposud neprovedeného plnění, což zadavatel odůvodnil soustavným a opakovaným porušováním smluvních povinností ze strany navrhovatele spočívajícím v nedokončení díla ve stanovené lhůtě, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení lhůty pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech podle pokynů správce stavby, přičemž zadavatel zdůraznil, že navrhovatel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě.

130. Zadavatel dále uvádí, že dne 15. 1. 2018 jednal s navrhovatelem, přičemž jej informoval o dalším postupu a s navrhovatelem se dohodl na předání nedokončené stavby. Podle zadavatele byl navrhovatel rovněž upozorněn na skutečnost, že veškeré platby budou zadrženy do doby vyčíslení všech nároků zadavatele. Tentýž den však měl zadavatel od navrhovatele obdržet výzvu k úhradě dlužné částky s příslušenstvím a reakci navrhovatele na odstoupení zadavatele od smlouvy o dílo. Navrhovatel označil toto odstoupení zadavatele za neplatné a vyzval zadavatele k vrácení *„bezdůvodného obohacení z neoprávněně čerpané bankovní záruky a k úhradě dlužné částky a zákonného úroku z prodlení*.“

131. Zadavatel reagoval dopisem ze dne 29. 1. 2018, ve kterém měl popsat, proč od Smlouvy II odstoupil, jakož i odůvodnit legitimitu odstoupení od Smlouvy II i čerpání bankovní záruky. Podle zadavatele byl navrhovatel opakovaně upozorněn na tu skutečnost, že veškeré platby budou zadrženy do doby vyčíslení všech nároků zadavatele. Podle zadavatele bylo současně navrhovateli zasláno i *„Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP“* ze dne 29. 1. 2018. Podle zadavatele dne 6. 11. 2017 marně uplynula lhůta pro uvedení díla do provozu. Z toho důvodu byl zadavatel oprávněn požadovat po účastníkovi smluvní pokutu za každý započatý den prodlení navrhovatele s dokončením prací, až do okamžiku, kdy nastala účinnost odstoupení od Smlouvy II., tj. od 7. 11. 2017 do 5. 1. 2018, tedy celkem 59 dnů prodlení. Zadavatel vyčíslil smluvní pokutu ve výši 1 652 000 Kč a vyzval navrhovatele k uhrazení této částky.

132. Zadavatel dále uvádí, že od navrhovatele obdržel výzvu k úhradě dlužné částky ze dne 6. 3. 2018, jakož i reakci na výzvu k předání díla ze dne 7. 3. 2018 a reakci na dopis zadavatele ze dne 12. 3. 2018, přičemž navrhovatel v těchto podáních vyjádřil nesouhlas s postupem zadavatele. V další části svého rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zadavatel popisuje následnou písemnou komunikaci stran zadavatelem požadované dlužné částky a nesouhlasu navrhovatele s postupem zadavatele ze dne 16. 4. 2018, 25. 4. 2018, 15. 5. 2018, 12. 6. 2018 a 20. 6. 2018.

133. Závěrem svého rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zadavatel shrnuje, že navrhovatel nedodržel stanovenou lhůtu, tj. dílo nedokončil do 6. 11. 2017, adekvátně nereagoval na výzvy správce stavby a nesnažil se své prodlení zhojit. Podle zadavatele se nejednalo o drobné prodlení s plněním díla, ale o zmaření dokončení díla v době, kdy toto dokončení umožňovaly klimatické podmínky. V návaznosti na toto závažné pochybení navrhovatele zadavatel odstoupil od Smlouvy II a žádal po navrhovateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění ve výši 1 652 000 Kč.

134. Zadavatel podle svých slov jednoznačně prokázal, že se navrhovatel v posledních 3 letech od dotčeného zadávacího řízení dopustil porušení povinností, které pro něj vyplývají ze závazkového vztahu se zadavatelem. Přičemž se podle zadavatele jedná o pochybení, která jsou závažná a vyvolala kvalifikované následky předvídané zákonem. Pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad díla třetím subjektem a uplatnění smluvní pokuty. Pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu a k uplatňování smluvní pokuty zadavatelem.

135. Zadavatel dodává, že s ohledem na výše popsanou negativní zkušenost při spolupráci s navrhovatelem, není přijatelné, aby opětovně vstoupil s navrhovatelem do smluvního vztahu, neboť by tak byl ohrožen nejen samotný předmět plnění, ale i efektivní a hospodárné nakládání s veřejnými prostředky. Vzhledem k výše uvedenému byl zadavatel nucen navrhovatele z dotčeného zadávacího řízení vyloučit podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

Námitky navrhovatele ze dne 4. 9. 2018

136. Navrhovatel uvádí, že rozhodnutím zadavatele ze dne 21. 5. 2018 byl vyloučen ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona z důvodu, že se měl dopustit závažných pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Toto rozhodnutí však bylo podle navrhovatele pravomocně zrušeno rozhodnutím zadavatele ze dne 1. 8. 2018. Vzhledem k tomu, že napadeným rozhodnutím ze dne 30. 8. 2018 je navrhovatel vylučován ze zadávacího řízení veřejné zakázky ze stejných důvodů, jak tomu bylo rozhodnutím ze dne 21. 5. 2018, je takový postup nezákonný z důvodu, že se jedná již o věc jednou rozhodnutou, tudíž je zde překážka věci rozhodnuté (res iudicata).

137. Podle navrhovatele zadavatel pomíjí skutečnost, že možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení je dána až s nabytím účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, dne 1. 10. 2016. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na § 273 odst. 1 zákona, podle kterého pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, byl účinný do 30. 9. 2016 a byl zrušen zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Podle navrhovatele tak pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, je dána až s účinností zákona od 1. 10. 2016. Navrhovatel uvádí, že zadávací

řízení na veřejnou zakázku „1/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 3. 2016 a zadávací řízení na veřejnou zakázku „1/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 3. 2016, tedy před 1. 10. 2016, z čehož dovozuje, že vzhledem k přechodnému § 273 zákona je nutné postupovat podle zák. č. 137/2006 Sb., a napadené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je nezákonné, neboť pravomoc vyloučit navrhovatele pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není dána. Podle navrhovatele se jedná se o nepřípustnou retroaktivitu.

138. K plnění Smlouvy I navrhovatel v námitkách uvádí, že *„tuto stavbu dokončil a předal zadavateli, přičemž v průběhu provádění prací, včetně pokládky asfaltových vrstev nebyl ze strany zadavatele ani jeho technického dozoru upozorňován na nějaké pochybení. Pravdou, je, že zadavatel reklamoval u stěžovatele vady díla, které některé stěžovatel souhlasil odstranit, nicméně zadavatel neposkytl stěžovateli dostatečnou součinnost, neboť jeho časové požadavky na odstranění vad neodpovídaly skutečnosti, neboť za účelem odstranění vad bylo nutné zajistit povolení dopravních omezení, které samo o sobě trvá nejméně 30 dnů. Za zbylé nabídl adekvátní slevu z ceny díla.*“

139. Dále v této části námitek navrhovatel uvádí přehled korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem týkající se plnění Smlouvy I s výňatky jednotlivých dopisů.

140. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„záměnou asfaltových směsí nevznikla zadavateli žádná škoda*“ a že se jednalo o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku asfaltových směsí objednal a že o této záměně nevěděl. Současně navrhovatel opětovně uvádí, že *„Objednatel nedal stěžovateli časový prostor k tomu, aby vytknuté vady odstranil, neboť výzvu k jejich odstranění mu doručil prostřednictvím svého právního zástupce dne 30.11.2017 a v této výzvě byl uveden datum k odstranění do 30.11.2017.*“. Navrhovatel se dále odvolává na odborné vyjádření, z něhož dovozuje, že asfaltová směs SMA 11 má lepší vlastnosti, než směs SMA 8. Navrhovatel také uvádí, že zadavateli nabízel slevu z ceny díla v rozsahu rozdílu ceny směsi SMA 8 a SMA 11, tedy v řádu několika desítek tisíc korun. Podle navrhovatele *„pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto v právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla.*“

141. Navrhovatel je proto přesvědčen, že k závažnému pochybení z jeho strany nedošlo a nejsou splněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro jeho vyloučení.

142. Navrhovatel také uvádí, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda, anebo že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné; jedná se tedy pouze o tvrzení zadavatele.

143. Ke Smlouvě II navrhovatel uvádí, že z jeho strany nedošlo k závažným pochybením, že stavbu dokončil a předal zadavateli podle jeho pokynů. Navrhovatel považuje odstoupení zadavatele od Smlouvy II za neplatné z důvodu, že nebyly splněny podmínky pro odstoupení, neboť navrhovatel postupoval podle pokynů zadavatele.

144. Dále navrhovatel uvádí přehled korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem týkající se odstoupení zadavatele od Smlouvy II s výňatky jednotlivých dopisů a reakcemi navrhovatele.

145. Navrhovatel také uvádí, že mu zadavatel dluží finanční prostředky za práce na veřejné zakázce s názvem „1/19 Jordán - MUK s D3“, a to ve výši přesahující částku 20 000 000 Kč, a že navrhovatel podal u soudu žalobu na úhradu části této své pohledávky.

146. Navrhovatel také uvádí, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda anebo že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné; jedná se tedy pouze o tvrzení zadavatele. Podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že mu vznikla „závažná újma“, ovšem tuto „závažnou újmu“ nijak nespecifikuje.

147. Navrhovatel žádá zadavatele, aby rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 30. 8. 2018 zrušil.

Doplnění námitek navrhovatele ze dne 10. 9. 2018

148. Navrhovatel v doplnění námitek opětovně vyjadřuje přesvědčení, že možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení je dána až s nabytím účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, dne 1. 10. 2016, že k závažnému pochybení z jeho strany nedošlo, a že nejsou splněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro jeho vyloučení.

149. Navrhovatel dále uvádí, že „*se zadávacích řízení veřejných zakázek »1/19 Jordán - MÚK s D3«, »1/23 Řípec – hr. okr. JH« a »1/19 Plíškovice – Mirovice« účastnil za účinnosti zák. č. 137/2006 Sb., ve kterém nebyla dána možnost zadavatele vyloučit účastníka z důvodů, které uvádí zák. č. 134/2016 Sb., ve svém ustanovení § 48 zejména pod písm. d)*.

K výše uvedenému stěžovatel sděluje, že co se týká zakázky na stavební práce s názvem »1/19 Plíškovice – Mirovice«, uzavřel na tuto zakázku se zadavatelem smlouvu o dílo dne 03.10.2016 (příloha č. 1). Následoval pokyn správce stavby, zadavatele, ze dne 20.10.2016 (příloha č. 2), kterým určil stěžovateli termín zahájení prací na díle v 4/2017, ale fakticky předal zadavatel stěžovateli staveniště až dne 23.08.2017 (příloha č. 3).

Co se týká zakázky na stavební práce s názvem »1/19 Jordán - MÚK s D3« uzavřel stěžovatel, jako zhotovitel, na tuto zakázku se zadavatelem smlouvu o dílo dne 13.09.2016 (příloha č. 4). Následoval pokyn správce stavby, zadavatele, ze dne 30.09.2016 (příloha č. 5), kterým určil stěžovateli termín zahájení prací na díle v 4/2017, ale fakticky předal zadavatel stěžovateli staveniště až dne 22.06.2017 (příloha č. 6).

K tomu stěžovatel uvádí, že měl rezervované kapacity k tomu, aby započal práce na obou dílech v dubnu 2017. Bohužel sám zadavatel nerespektoval své výše uvedené pokyny a staveniště předal stěžovateli v prvním případě o 4 měsíce později a ve druhém případě o dva měsíce později. Stěžovatel se přesto snažil své kapacity přeskupit tak, aby obě díla provedl v původně stanoveném termínu, ale vzhledem ke klimatickým podmínkám a víceprací, jejichž potřeba vyšla najevo až při provádění díla, kdy zejména u zakázky »1/19 Jordán - MÚK s D3« se jednalo o vadnou zadávací dokumentaci, při jejíž přípravě nedošlo ze strany zadavatele k řádné diagnostice komunikace a vývrtům a až po započetí prací stěžovatel, že výkaz výměr neodpovídá zadávací dokumentaci a objem prací musel být navýšen o cca 30% (claimy stěžovatele ohledně víceprací – příloha č. 7), se mu to zcela nepodařilo.“

150. Navrhovatel dále uvádí, že pokud by věděl, jakým výše způsobem bude zadavatel postupovat, tedy že nebude respektovat své pokyny stran zahájení prací na dílech, zadávací

dokumentace bude vadná atd., a že by stěžovateli v případě nesplnění původních termínů dokončení děl za situace víceprací, jejichž časovou náročnost zadavatel odmítl promítnout do termínu dokončení, hrozilo následné vylučování ze zadávacích řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., nikdy by se výše uvedených zadávacích řízení neúčastnil.

151. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatelův výklad účinnosti § 48 odst. 5 písm. c) zákona je v rozporu se zásadou lex retro non agit (zákon nepůsobí zpětně) a nerespektuje zákaz retroaktivity a přechodná ustanovení § 273 zákona, je v rozporu s požadavkem legitimního očekávání a právní jistoty navrhovatele.

152. Podle navrhovatele nedošlo k závažným nebo dlouhodobým pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem, což odůvodňuje tím, že od roku 2015 do roku 2018 provedl pro zadavatele řádně a včas řadu stavebních děl, která konkrétně vyjmenovává. Z toho navrhovatel vyvozuje, že při plnění Smlouvy I a Smlouvy II se jednalo jen o ojedinělé nedostatky, které byly navrhovateli ze strany zadavatele vyčteny v období přelomu roku 2017 a 2018, a které ještě byly z větší části způsobeny zadavatelem (viz předchozí část doplnění námitek). Podle navrhovatele spolupráce v předešlých a následujících obdobích probíhala zcela standardně; nelze tak hovořit o dlouhodobosti.

153. Dále navrhovatel uvádí, že „*Dle rozsudku Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11, je pojem »vážné pochybení« třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení.*“

154. Ke Smlouvě I navrhovatel dále uvádí, že „*v tomto případě stěžovatel předal dokončené dílo zadavateli, který až následně zjistil záměnu směsi obrusné vrstvy z SMA8 na SMA11. O této záměně nevěděl ani stěžovatel, který u dodavatele asfaltové směsi skutečně směs SMA8 objednal (příloha č. 9) a nevěděl, že mu byla dodána směs SM11. Tuto skutečnost nepoznal ani zadavatel, ani technický dozor, o čemž svědčí to, že zadavatel dílo od stěžovatele převzal (příloha č. 10). Že se jedná o záměnu směsi bylo zjištěno až z laboratorních rozborů. Nejednalo se tak o zlý úmysl.*“

155. Podle navrhovatele „*vhodnost této směsi SMA11 potvrdil jak technický zkušební institut TPA ČR s.r.o. (Vyjádření k záměně SMA 11 S vs. SMA 8 S, ze dne 04.05.2017)*“, tak soudní znalec „*(Stanovisko k realizované záměně asfaltové směsi SMA 11 za SMA 8, ze dne 08.06.2017 – příloha č. 11.). Předmětná záměna nebyla provedena úmyslně, ale z důvodu ležícího na straně obalovny. Navíc směs SMA11 je dle výše uvedených stanovisek vzhledem k období její pokládky vhodnější k zamýšlenému účelu vzhledem k větší velikosti zrna.*“

156. Navrhovatel dále dodává: „*Co se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsi z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných, než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné*

vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla. Ohledně ostatních reklamovaných vad nabízel stěžovatel jejich odstranění, ovšem ze strany zadavatele mu nebyla k tomu poskytnuta přiměřená doba (viz. požadavek na odstranění vad do 30.11.2017 dopisem právního zástupce zadavatele, který byl doručen stěžovateli dne 24.11.2017 poštou a dne 30.11.2017 datovou schránkou – příloha č. 12) ani součinnost (nutná dopravně-inženýrská opatření). Neodstranění vad stěžovatelem v záruční době za shora uvedených okolností (výzva zadavatele k odstranění vad do 30.11.2017 doručená stěžovateli dne 24.11.2017 poštou a dne 30.11.2017 datovou schránkou), kdy byl stěžovatel ochoten vady odstranit (vyjma vad odstranění vrstvy ze směsi SMA11) a zadavatel neposkytl potřebnou součinnost, není vážným pochybením. Navíc k ostatním vadám zaslal stěžovatel zadavateli dopis datovaný 30.11.2017 (příloha č. 13), ve kterém uvedl, že není schopen v době 6 dnů vady odstranit a vzhledem k následujícím zimním měsícům není možné začít na odstraňování vad pracovat. Zároveň tímto dopisem stěžovatel zadavateli sdělil, že požaduje k vytčeným vadám doložení dodatečných podrobností vztahujících se k nově oznámeným vadám a navrhl svolat jednání za účelem specifikace případných vad. To bylo ze strany zadavatele bez adekvátní odezvy.“

157. Ke Smlouvě II navrhovatel uvádí: „*Co se týká veřejné zakázky s názvem »1/19 Plíškovice – Mirovice«, postupoval stěžovatel dle výzvy Správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21.11.2017 (ev.č. 10751/17-32200/IV/VO), kterou učinil zadavatel na stěžovatele 2 požadavky, a to, aby stěžovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany zhotovitele*.

Stěžovatel tyto pokyny beze zbytku splnil, což dokládají zápisy ze stavebního deníku, které přikládáme (příloha č. 14), kdy ad (i) v souladu s výzvou zadavatele stěžovatel nastoupil dne 24.11.2017 na dokončení shora uvedeného díla a udělal veškeré práce na díle, které mu umožňovaly klimatické podmínky, respektive Technologické kvalitativní podmínky kap. 7 hutnění asfaltové vrstvy čl. 7.7 pro pokládku živičných vrstev. Pro úplnost uvádíme, že požadavek zadavatele na dokončení díla při respektování Smlouvy včetně dodržení Technické specifikace, byl potvrzen skrze dopis právního zástupce zadavatele, HKR advokátní kancelář, s.r.o. ze dne 13.12.2017. Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodě (i) ve výzvě ze dne 21.11.2017 zcela splnil, tedy do 3 dnů ode dne doručení této výzvy nastoupil a dne 13.12.2017 I. až III. etapu díla dokončil (viz. zápisy ve stavebním deníku) a zároveň nezapočal s pracemi na IV. etapě, jak zadavatel požadoval. K tomu dále uvádíme, že Pod-čl. 15.2 [Odstoupení objednatele] VOP/ZOP je uvedeno: »...může Objednatel potom, co dá 14 dní předem oznámení Zhotoviteli, odstoupit od Smlouvy...« K tomuto uvádíme, že zadavatel podal takovéto Oznámení až dne 05.01.2018 a to skrze dopis Oznámení o odstoupení od Smlouvy objednatele podle Pod-čl. 15.2. VOP / ZO ze dne 04.01.2018 (doručené Zhotoviteli dne 05.01.2018). Dopisy Správce stavby Výzva Správce stavby k nápravě ze dne 10.11.2017 (ev.č. 10275/17-32300/Kr; doručené Zhotoviteli dne 13.11.2017) a Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21.11.2017 (ev.č. 10751/17-32200/IV/VO) nepředstavují takovéto oznámení, a to z důvodů, že (i) Odesílatelem těchto Výzev je Správce stavby, nikoli Objednatel definovaný Pod-čl 1.1.2.2 VOP/ZOP a (ii) Ve znění těchto Výzev není taxativně uveden záměr, respektive Oznámení záměru, odstoupit Objednatelem od smlouvy;“.

158. Navrhovatel doplňuje, že *„Je s podivem, že ačkoliv zadavatel na str. 10 napadeného rozhodnutí uvádí, že ve výzvě zadavatele ze dne 21.11.2017 upozornil stěžovatele, že v případě, že nebude stěžovatel postupovat v souladu s touto výzvou, tedy*:

   - *(i) do 3 dnů zahájit práce na díle a*
   - *(ii) nezačínat s pracemi na IV. etapě stavby,*

   je připraven od smlouvy o dílo odstoupit.

   Zadavatel ale následně odstoupil ze zcela jiných důvodu, a to:

   - *(i) nedokončení díla v době pro dokončení,*
   - *(ii) nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a*
   - *(iii) nepředložení aktualizovaného harmonogramu),*

   a je tak zřejmé, že i z tohoto důvodu je odstoupení neplatné.“

159. Z výše uvedených důvodů je tak podle navrhovatele zřejmé, že *„co se týká záměny směsi SMA8 za SMA 11 u »1/23 Řípec – hr. okr. JH«, nedošlo ke zhoršení vlastností díla a zadavateli nevznikla v této souvislosti žádná škoda. Co se týká »1/19 Plíškovice – Mirovice« v tomto případě nebyl zadavatel od smlouvy o dílo oprávněn odstoupit. Navíc prodlení bylo způsobeno mimo jiné také pokynem zadavatele a nebylo nijak dlouhé.*“

160. Navrhovatel dále uvádí, že *„Ze všech shora uvedených důvodů je tedy zřejmé, že výše uvedené nesvědčí o zlém úmyslu stěžovatele. Pokud se jedná o záměnu směsi, jde o nesprávné či nepřesné provedení, nikoliv o vážné pochybení*.

   Navíc dle rozsudku Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 musí jít o pochybení, které je přičitatelné stěžovateli, což rozhodně není záměna asfaltové směsi SMA11 za SMA8, kde došlo k pochybení obalovny a ani neodstranění reklamované vady nelze přičítat stěžovateli, neboť zadavatel mu k tomu neposkytl dostatečnou součinnost (požadavek zadavatele na odstranění vad do 30. 11. 2017 dopisem právního zástupce zadavatele, který byl doručen stěžovateli dne 30. 11. 2017) za situace, kdy na vyřízení dopravně – inženýrských opatření je potřeba nejméně 1 měsíc a stěžovatel není jako nevlastník komunikace oprávněn o dopravně – inženýrská opatření požádat. Při započítání doby 1 měsíce by se stejně stěžovatel dostal do období přelomu prosince a ledna, kdy jsou nevhodné klimatické podmínky k opravám komunikací.

   Obě údajná vážná pochybení postrádají onu »dlouhodobost«, kdy se jednalo o dobu na přelomu roku 2017 a 2018 a vzhledem k předchozím úspěšně dokončeným veřejným zakázkám pro zadavatele se jednalo o ojedinělá pochybení, za které ještě stěžovatel neodpovídal. Škoda zadavateli nevznikla.“

   Rozhodnutí zadavatele ze dne 19. 9. 2018 o námitkách navrhovatele

161. Zadavatel v bodu I. odůvodnění rozhodnutí ze dne 19. 9. 2018 o námitkách mj. potvrzuje, že od navrhovatele obdržel *„Námitky proti vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky na stavební práce »I/27 Horní Lukavice – Přeštice« a následně podání označené jako „Doplnění námitek proti vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky na stavební práce »I/27 Horní Lukavice – Přeštice«“* (dále společně jen „námitky“). Na obě výše

uvedená podání navrhovatele zadavatel reagoval ve svém rozhodnutí o námitkách ze dne 19. 9. 2018 následujícím způsobem.

162. K navrhovatelem tvrzené námitce věci rozhodnuté (res iudicata) zadavatel mj. uvádí, že byl v souladu s § 49 zákona oprávněn přijmout v zadávacím řízení veřejné zakázky opatření k nápravě v situaci, kdy dospěl k závěru, že nedostatečně odůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 21. 5. 2018. Podle zadavatele s právem zadavatele na autoremeduru, které je mu dáno v § 49 zákona, není spojena aplikace zásady překážky věci rozhodnuté tak, jak ji v námitkách a návrhu vykládá navrhovatel. V šetřeném případě se tak podle zadavatele nejedná o překážku věci rozhodnuté.

163. K námitce navrhovatele týkající se otázky nepřípustné retroaktivity zadavatel mj. uvádí, že podmínkou vyloučení dodavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není to, že dřívější smluvní vztahy mezi dodavatelem a zadavatelem (nebo jiným veřejným zadavatelem) musely být uzavřeny na základě zadávacího řízení podle zákona. Vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nepředstavuje podle zadavatele nepřípustnou retroaktivitu, neboť se primárně týká zadávacího řízení zahájeného podle zákona nikoliv podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

164. K části námitek týkající se předání stavenišť ve vztahu ke Smlouvě I, ke Smlouvě II a ke smlouvě na veřejnou zakázku „1/19 Jordán – MÚK s D3“ (viz bod 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel uvádí, že se ohrazuje vůči tvrzením navrhovatele, *„dle kterých pochybení stěžovatele ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II byly zapříčiněny neplněním závazků zadavatele vyplývajících z těchto smluv. Zadavatel při plnění Smlouvy I a Smlouvy II vždy postupoval v souladu s těmito smlouvami, a tedy také staveniště bylo předáno řádně a včas tak, jak odpovídalo Smlouvě I a Smlouvě II*“.

165. K plnění smlouvy na veřejnou zakázku „1/19 Jordán – MÚK s D3“ zadavatel uvádí, že tvrzení navrhovatele ve vztahu k této veřejné zakázce nejsou důvodná, neboť se jedná o skutečnosti, které nebyly důvodem vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona a tyto se ani nevztahují k předmětnému zadávacímu řízení.

166. Zadavatel dále poznamenává, že jestliže navrhovatel uvádí, že pochybení při plnění Smlouvy I, Smlouvy II a smlouvy uzavřené na základě veřejné zakázky „1/19 Jordán – MÚK s D3“ ho zpětně vedou k tomu, že by se zadávacích řízení, na základě kterých byly tyto smlouvy uzavřeny, neúčastnil, pak zadavateli není zřejmé, proč podal nabídku v šetřeném zadávacím řízení na veřejnou zakázku, když není kvalifikovaně schopen dostát řádným a oprávněným požadavkům zadavatele standardně vymezeným v jím uzavíraných smlouvách.

167. K argumentaci navrhovatele týkající se plnění Smlouvy I a Smlouvy II zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí následující.

168. Podle zadavatele navrhovatel při poskytování plnění na základě Smlouvy I a Smlouvy II vystupuje jako příslušník určitého povolání nebo stavu, čímž dává najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena ve smyslu § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. *„Pokud tedy stěžovatel v rozporu se Smlouvou I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky a tuto navíc vyhotovil v nedostatečné tloušťce (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) a v rozporu se Smlouvou II zapříčinil významné prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla), jde takovéto zanedbání odborné péče a povinností k jeho tíži. Odborníkem, který měl poskytovat řádné a včasné plnění na základě Smlouvy I a Smlouvy II, je jednoznačně stěžovatel jakožto profesionál, který se zavázal zpracovat plnění v souladu se Smlouvou I a Smlouvou II. Této své povinnosti se stěžovatel nemůže zprostit poukazem na to, že se pochybení dopustil, nicméně tato chtěl zhojit způsobem, který byl pro zadavatele zcela neakceptovatelný."

169. Dále zadavatel shrnuje základní body dosavadního postupu při plnění Smlouvy I a Smlouvy II s tím, že detailní podrobnosti jsou uvedeny v rozhodnutí o vyloučení.

170. V rozhodnutí o námitkách zadavatel ke Smlouvě I uvádí, že „*Předmětem plnění Smlouvy I byla oprava krytu a obnova souvrství ložné a podkladní vrstvy vozovky pro zajištění její únosnosti na III. třídu dopravního zatížení, tedy samotnou podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který zadavatel závazně vymezil ve Smlouvě I a ke kterému se stěžovatel bez dalšího zavázal*.

Zadavatel identifikoval v souvislosti splněním Smlouvy I pochybení stěžovatele spočívající ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Stěžovatel 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. Současně stěžovatel v rozporu se skutečným stavem uvedl v Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly a že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.

Skutečnost, že při plnění Smlouvy I byla bez vědomí zadavatele změněna obrusná vrstva vozovky, stěžovatel nerozporoval, pouze uváděl, že o této změně nevěděl ani on sám (»Jednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které stěžovatel dodávku asfaltových směsí objednal a stěžovatel o této záměně nevěděl.«). Pokud se stěžovatel snaží přičítat pochybení při změně obrusné vrstvy vozovky svému poddodavateli (subdodavateli), pak je tato argumentace stěžovatele rozporná s ObčZ i Smlouvou I, neboť stěžovatel při plnění Smlouvy I odpovídá za plnění svých poddodavatelů (subdodavatelů), jako by plnil sám."

171. Zadavatel uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří identifikoval vady vozovky 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), navrhovatel však odmítl kompletní výměnu obrusné vrstvy vozovky v celém jejím rozsahu tak, jak požadoval zadavatel.

172. Podle zadavatele „*Výše uvedená závažná pochybení stěžovatele vedla ke kvalifikovaným následkům spočívajícím v požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění pochybení navrhovatele a vad vozovky třetím subjektem a uhrazení smluvní pokuty za neodstranění pochybení stěžovatele, jak zadavatel popsal v rozhodnutí o vyloučení.*"

173. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel se v námitkách odvolává na vyjádření soudního znalce, který ve svém stanovisku uvádí, že „*lze konstatovat, že v posuzovaném případě by neměla*

mít neúmyslná záměna směsi SMA 8 S za směs SMA 11 S negativní dopad na užitné vlastnosti posuzované obrusné vrstvy". Soudní znalec podle zadavatele neuvádí, že by záměna asfaltových směsí byla ku prospěchu díla, jak zcela zavádějícím způsobem tvrdí v námitkách navrhovatel, ale pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění Smlouvy I.

174. Zadavatel dodává, že „*Jak vyplývá ze souhrnu korespondence mezi zadavatelem a stěžovatelem, stěžovatel závěry zadavatele v souvislosti s jeho pochybeními a vadami vozovky rozporuje zejména co (sic!) se týká nápravy těchto pochybení. Stěžovatel nerozporuje, že k jednotlivým pochybením z jeho strany došlo, tedy že poskytl zadavateli plnění v rozporu se Smlouvou I.*"

175. Dále zadavatel v rozhodnutí o námitkách specifikuje, že předmětem plnění Smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.

176. Zadavatel zdůrazňuje, že v rámci plnění Smlouvy II stěžovatel postupoval zcela v rozporu s termíny plnění stanovenými zadavatelem a dostal se do významné prodlevy se zhotovením plnění. Pochybení stěžovatele spočívající ve významném nedodržování harmonogramu vedlo podle zadavatele k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemní komunikaci, když tato nebyla zprovozněna řádně a včas v souladu se Smlouvou II, přičemž v návaznosti na toto závažné pochybení stěžovatele odstoupil zadavatel od Smlouvy II a současně požaduje po stěžovateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění, jak zadavatel podrobně popsal v rozhodnutí o vyloučení.

177. Zadavatel se také ohrazuje proti námitce navrhovatele, že doposud nebyla uhrazena část plnění, na kterou navrhovatel zadavateli vystavil faktury, díky čemuž se navrhovatel nemohl dostat do prodlení s plněním Smlouvy II a sděluje, že dostál všem svým závazkům při plnění Smlouvy II a fakturace, respektive úhrada skutečně realizovaného plnění poskytnutého navrhovatelem řádně a včas, byla realizována v souladu se Smlouvou II. Fakturaci, kterou navrhovatel uvádí ve svých námitkách, nebyl zadavatel podle svého názoru vzhledem k pochybení stěžovatele při plnění Smlouvy II povinen uhradit.

178. Zadavatel dále vysvětluje, že „*Podle Pod-čl. 15.4 písm. b) Smluvních podmínek FIDIC, jež jsou součástí Smlouvy II (dále jen »VOP/ZOP«), je zadavatel oprávněn po účinnosti odstoupení zadržet platby stěžovateli až do zjištění nákladů na provedení, dokončení a odstranění všech vad, škod za zpoždění dokončení a veškerých jiných nákladů, které vznikly zadavateli. Po odstoupení od Smlouvy II je zadavatel povinen zajistit dokončení díla jinak než prostřednictvím stěžovatele, což zahrnuje zejména výběr náhradního zhotovitele postupem dle ZZVZ, který dílo dokončí. Teprve po zjištění všech nákladů zadavatele bude obratem vydáno závěrečné vyúčtování a případný rozdíl uhrazen stěžovateli. O tomto postupu byl stěžovatel zadavatelem informován dopisem ze dne 29.1.2018*.

Jak vyplývá ze souhrnu postupu stěžovatele při plnění Smlouvy II uvedeného stěžovatelem v jeho námitkách, stěžovatel nerozporuje skutečnost, že se ocitl v prodlení s termínem plnění dle Smlouvy II, ale následný průběh jeho prací na základě pokynů zadavatele v době, kdy již relevantní plnění na základě Smlouvy II mělo být stěžovatelem řádně poskytnuto. Stěžovatel tedy nerozporuje, že k pochybení s termín plnění z jeho strany došlo."

179. Zadavatel je přesvědčen, že argumentace navrhovatele vztahující se k nezbytnosti pravomocného rozhodnutí soudu o pochybení navrhovatele k uplatnění jeho vyloučení podle § 45 odst. 5 písm. d) zákona je mylná. Skutečnost, že navrhovatel neakceptoval celý rozsah pochybení vytýkaných mu zadavatelem a nepřistoupil k jejich nápravě, nemá na naplnění kritérií nezpůsobilosti navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona jakýkoliv dopad. Zadavatel není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II potvrzeny soudem. Pro potřeby zákona je dostatečné, že zadavatel prokázal pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, která nebyla zanedbatelná, ale atakovala samotný účel smluv. Na zákonnost vyloučení navrhovatele nemá jakýkoliv dopad ani skutečnost, že se zadavatel doposud snažil řešit problematiku Smlouvy I a Smlouvy II mimosoudní cestou.

180. Zadavatel je taktéž přesvědčen, že podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona zjevně není předmětem zadávacího řízení rozhodování o platnosti, či neplatnosti předčasného ukončení dřívějšího smluvního vztahu, kdy o platnosti, či neplatnosti odstoupení může rozhodnout pouze příslušný soud. Podle zadavatele odstoupení od smlouvy je bezvadné jak po stránce materiální (tj. existovaly důvody, pro které bylo možno od Smlouvy II odstoupit – pochybení na straně navrhovatele spočívající v prodlení s plněním a nepředáním řádného harmonogramu zadavateli), tak po stránce formální (způsob odstoupení od Smlouvy II učiněný zadavatelem byl v souladu se Smlouvou II a zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Dále zadavatel popisuje okolnosti odstoupení od Smlouvy II.

181. Zadavatel dále uvádí, že na oprávněnosti vyloučení navrhovatele nic nemění ani skutečnost, že o platnosti odstoupení doposud nerozhodl příslušný soud a že on sám odstoupení ze svého subjektivního pohledu za platné nepovažuje. V opačném případě by to podle zadavatele znamenalo, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona bude de facto neaplikovatelný, neboť by zadavatel musel buď vždy čekat na pravomocné soudní rozhodnutí, které by platnost či neplatnost odstoupení deklarovalo (což je v kombinaci s lhůtou tří let pro aplikaci tohoto důvodu v podstatě nemožné), nebo by k zamezení vyloučení účastníka zadávacího řízení podle tohoto důvodu postačovalo skutečně prosté tvrzení stěžovatele o tom, že odstoupení subjektivně nepovažuje za platné. Podle názoru zadavatele ani jeden z těchto postupů není souladný se smyslem a účelem § § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kterým je možnost zadavatele zohlednit při výběru dodavatele své zkušenosti (nebo zkušenosti jiného veřejného zadavatele) s plněním dodavatele v minulosti.

182. Zadavatel také sděluje, že pro něj *„není přijatelná situace, kdy navzdory značně negativní zkušenosti při plnění Smlouvy I a Smlouvy II znovu vstoupí do smluvního vztahu se stěžovatelem (samozřejmě za předpokladu, že by stěžovatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení a jeho nabídka byla hodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější), který odmítá plně uznat svá jednoznačná pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II a tyto se snaží přenášet na zadavatele*."

183. Zadavatel vyjadřuje přesvědčení, že *„v rozhodnutí o vyloučení prokázal, že chyby stěžovatele plynoucí ze Smlouvy I a Smlouvy II představují pochybení, která měla závažnou povahu a vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným srovnatelným sankcím."* Současně se jednalo dvě různá závažná pochybení. Skutečnost, že pochybení stěžovatele

nebyla „zlým úmyslem“, jak uvádí navrhovatel v námitkách, nemá pro naplnění podmínek nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v daném případě vliv.

184. Ke Smlouvě I zadavatel dodává, že došlo k významnému porušení smluvních podmínek, se kterými je spojena újma zadavatele, a že se jednalo se o pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu smluvního vztahu (plnění nebylo poskytnuto řádně, což vedlo ke zmaření účelu Smlouvy I). V návaznosti na Smlouvu II představovalo podle zadavatele nedodržování harmonogramu plnění závažné pochybení, které zmařilo samotný účel Smlouvy II a vedlo k újmě zadavatele.

185. Zadavatel zastává názor, že pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II byla nejenom závažná, ale také vyvolala kvalifikované a zákonem předvídané následky, jak bylo popsáno v rozhodnutí o vyloučení. *„Pochybení stěžovatele ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvních pokut.“* Pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k odstoupení od této smlouvy a k uplatňování smluvních pokut.

186. Skutečnost že navrhovatel neakceptoval celý rozsah pochybení vytýkaných mu zadavatelem a nepřistoupil k jejich nápravě, nemá podle zadavatele na naplnění kritérií nezpůsobilosti stěžovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona jakýkoliv dopad. Zadavatel též opakovaně tvrdí, že není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II potvrzena soudem – pro potřeby zákona je dostatečné, že zadavatel jednoznačně prokázal pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, která nebyla zanedbatelná, ale atakovala samotný účel smluv.

187. S ohledem na výše uvedené je zadavatel přesvědčen, že prokázal existenci důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a tudíž byly splněny zákonné předpoklady pro vyloučení navrhovatele.

188. K odkazu navrhovatele na předchozí plnění, která zadavateli poskytl podle svého přesvědčení standardně, a tvrzení, že v souvislosti se Smlouvou I a Smlouvou II se z jeho strany jedná o ojedinělé nedostatky ve vztahu, ke kterým nelze hovořit o dlouhodobosti zadavatel uvádí, že pro vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je rozhodné naplnění podmínek uvedených v tomto ustanovení, nikoliv další plnění, která byla navrhovatelem zadavateli poskytnuta. Zadavatel dodává, že jestliže se navrhovatel dopustil ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II podle svého vyjádření pouze ojedinělých nedostatků, která navíc doposud odmítá v plném rozsahu uznat a napravit, nemůže zadavatel jako řádný hospodář spoléhat na to, že se těchto nedostatků nebude navrhovatel dopouštět i ve vztahu k plnění veřejné zakázky.

189. K argumentaci navrhovatele týkající se dlouhodobosti jeho pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II zadavatel uvádí, že pro naplnění nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je nezbytné, aby pochybení navrhovatele byla závažná nebo dlouhodobá, a že ve vztahu k vyloučení navrhovatele prokázal naplnění závažnosti jeho pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II a nebylo tak třeba naplnění podmínky dlouhodobosti, jak mylně uvádí stěžovatel.

K přezkoumatelnosti Rozhodnutí zadavatele ze dne 19. 9. 2018 o námitkách navrhovatele

190. V této části odůvodnění rozhodnutí se Úřad, s ohledem na argumenty navrhovatele uvedené v jeho návrhu (viz body 40. – 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí), zabývá tím, zda rozhodnutí

zadavatele ze dne 19. 9. 2018 o námitkách navrhovatele obstojí před testem zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy mj. i z toho pohledu, zda součástí rozhodnutí je odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Proto porovnal námitky navrhovatele s rozhodnutím zadavatele o námitkách z toho hlediska, zda se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách. Z logiky věci však to, zda se zadavatel vypořádal se všemi skutečnostmi/námitkami, zkoumá Úřad pouze ve vztahu k těm skutečnostem, na jejichž věcném vypořádání navrhovatel trvá ve svém návrhu.

191. Úřad v této souvislosti akcentuje, že pokud navrhovatel uvádí v námitkách konkrétní argumenty, je nezbytné, aby zadavatel na tyto argumenty adekvátně reagoval. Úřad však zároveň doplňuje, že pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečné odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádával s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje navrhovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele.

192. Úvodem je Úřad nucen konstatovat, že námitky navrhovatele jsou značně nepřehledné (argumentace navrhovatele se prolíná s přepisem korespondence mezi navrhovatelem a zadavatelem, tvrzení navrhovatele ke stejným otázkám se objevují v různých částech námitek), avšak to zadavatele nezbavuje povinnosti vypořádat se se všemi skutečnostmi uvedenými v námitkách navrhovatele. Přitom je nutné dodat, že pro posouzení otázky, zda se zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně, není úkolem Úřadu hodnotit faktickou správnost argumentů zadavatele, tedy samotnou míru přesvědčivosti úvah zadavatele.

193. Navrhovatel napadá rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 19. 9. 2018 v části návrhu, jež byla obsahově popsána v bodech 40. – 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

K námitce „*překážka věci rozsouzené*“

194. K této námitce navrhovatel ve svém návrhu konstatuje, že se s ní zadavatel vůbec nevypořádal, zároveň však dodává, že *„zadavatel uvedl, že své rozhodnutí 1 zrušil z důvodu, že Úřad rozhodl v jiné věci vedené jím pod sp. zn. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv tak, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti. Zadavatel dále uvedl, že jeho rozhodnutí 1 trpělo formálními nedostatky, přičemž věcně bylo správné.“*

195. Úřad v tuto chvíli musí reagovat, že navrhovatel argumentuje zjevně rozporně, když v téže části svého návrhu tvrdí, že se s danou námitkou zadavatel vůbec nevypořádal, zároveň však naprosto protichůdně popisuje reakci zadavatele na tuto jeho námitku a dále se pokouší reakci zadavatele věcně vyvracet. Fakt, že navrhovatel věcně nesouhlasí s reakcí zadavatele na jeho námitku, ještě sám o sobě neznamená, že se zadavatel k námitce navrhovatele podrobně a srozumitelně nevyjádřil.

196. Úřad dodává, že reakci zadavatele na tuto námitku navrhovatele již popsal v bodu 162. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a má za to, že se zadavatel k této námitce navrhovatele podrobně a srozumitelně vyjádřil, když uvedl, že byl v souladu s § 49 zákona oprávněn přijmout v zadávacím řízení veřejné zakázky opatření k nápravě v situaci, kdy dospěl k závěru, že nedostatečně odůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne

21. 5. 2018. Podle zadavatele s právem zadavatele na autoremeduru, které je mu dáno v § 49 zákona, není spojena aplikace zásady překážky věci rozhodnuté tak, jak ji v námitkách a návrhu vykládá navrhovatel. V šetřeném případě se tak podle zadavatele nejedná o překážku věci rozhodnuté.

K námitce navrhovatele, že *„rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky je v rozporu se zákonem o zadávaní veřejných zakázek“*

197. Navrhovatel ve svém návrhu dále uvádí, že zadavatel nikterak nevyvrátil jeho námitku, že *„rozhodnutí o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky je v rozporu se zákonem o zadávaní veřejných zakázek“,* týkající se navrhovatelem namítané nepřípustné retroaktivity, ke které přistoupil zadavatel při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.

198. Úřad i v případě této námitky odporuje tvrzení navrhovatele, neboť, jak bylo popsáno výše (viz bod 163. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel se k této námitce věcně vyjádřil, když ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele mimo jiné uvedl, že podmínkou vyloučení dodavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není to, že dřívější smluvní vztahy mezi dodavatelem a zadavatelem (nebo jiným veřejným zadavatelem) musely být uzavřeny na základě zadávacího řízení podle zákona. Vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nepředstavuje podle zadavatele nepřípustnou retroaktivitu, neboť se primárně týká zadávacího řízení zahájeného podle zákona nikoliv podle zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel rovněž uvedl, že »*není rozhodné, kdy byla zahájena zadávací řízení, na základě kterých byly uzavřeny Smlouva I a Smlouva II, ale skutečnost, kdy bylo zahájeno zadávací řízení veřejné zakázky s označením „I/27 Horní Lukavice – Přeštice“, ze kterého je stěžovatel vyloučen.«*

199. Úřad dodává, že otázka přezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele nespočívá v tom, zda se navrhovatel ztotožní s reakcí zadavatele na jeho námitku, resp. jí bude považovat „za vyvrácenou“, ale v tom, zda se zadavatel k dané námitce vyjádří podrobně a srozumitelně, což i v tomto případě zadavatel učinil.

K námitce navrhovatele, že *„Stěžovatel se závažných pochybení nedopustil“* a že *„Nedošlo k závažným důvodům nebo dlouhodobým pochybením při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem“*

200. Dále navrhovatel ve svém návrhu namítá, že se zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele vůbec nevyjádřil k tvrzení navrhovatele, že mu zadavatel neposkytl potřebnou součinnost a dobu k odstranění reklamovaných vad, stejně tak zadavatel nijak neodůvodňuje a neprokazuje svoje tvrzení, že nedodržení harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích. Podle navrhovatele zadavatel rovněž neuvedl, jaká konkrétní vážná újma mu měla vzniknout, a nepravdivě konstatoval, že navrhovatel uznal, že k prodlení došlo z důvodů na straně navrhovatele. Navrhovatel rovněž odkazuje na bod VII. rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, ve kterém zadavatel sice tvrdí, že chyby navrhovatele vedly ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným srovnatelným sankcím, avšak tato svá tvrzení nijak blíže nekonkretizoval, navíc v rozporu s rozsudkem Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 uvedl, že zlý úmysl nemá pro naplnění podmínky nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona žádný vliv, přičemž souhlasí s navrhovatelem, že tvrzená pochybení navrhovatele nebyla způsobena na základě zlého úmyslu.

201. Navrhovatel rovněž namítá, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách tvrdil, že nedodržení harmonogramu navrhovatelem mělo za důsledek zmaření účelu smlouvy a vedlo k újmě zadavatele, avšak tuto úvahu nijak neprokázal či neodůvodnil.

202. Následně navrhovatel ve svém návrhu uvádí shora označenou námitku č. 4, že *„Nedošlo k závažným důvodům nebo dlouhodobým pochybením při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem*“. Navrhovatel dodává, že i kdyby se tvrzená pochybení prokázala, jednalo by se o pouhé excesy z jinak standardní a dlouhodobé spolupráce mezi ním a zadavatelem. Podle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o odmítnutí námitek uznává, že se nejednalo o dlouhodobé pochybení vedoucí k odstoupení od smlouvy o dílo na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“, podle navrhovatele zadavatel pouze uvádí *„obecné proklamace*“ stran nedodržení harmonogramu, zmaření účelu smlouvy a újmy zadavatele, jakož i možného ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, z čehož navrhovatel vyvozuje, že zadavatel neprokázal, že mu byla navrhovatelem způsobena závažná újma. Z uvedeného důvodu navrhovatel považuje rozhodnutí zadavatele o jeho námitkách za nepřezkoumatelné.

203. Úřad uvádí, že zadavatel na poslední dvě označené námitky navrhovatele reagoval ve svém rozhodnutí o námitkách, jak bylo popsáno v bodech 167. – 189. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad v této části odůvodnění předmětného rozhodnutí odkazuje rovněž na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019, neboť v otázce přezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je vázán právním názorem v dotčeném rozhodnutí předsedy Úřadu obsaženým.

204. Úřad konstatuje, že podstatná část argumentace uvedená v námitkách navrhovatele souvisí s důvody pro vyloučení navrhovatele spíše okrajově, když zadavatel nezpochybňuje ani tak, že by k pochybení při plnění předmětu předchozích veřejných zakázek došlo, nýbrž následky, které tato jeho pochybení vyvolala. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách podrobně především vypořádává ty argumenty, které považuje za relevantní vzhledem k odůvodnění vyloučení navrhovatele z šetřeného zadávacího řízení. Zadavatel konstatuje, že: *„Jak vyplývá ze souhrnu korespondence mezi zadavatelem a stěžovatelem, stěžovatel závěry zadavatele v souvislosti s jeho pochybeními a vadami vozovky rozporuje zejména, co se týká nápravy těchto pochybení. Stěžovatel nerozporuje, že k jednotlivým pochybením z jeho strany došlo, tedy že poskytl zadavateli plnění v rozporu se Smlouvou I.*“ Dále zadavatel uvádí, že *„Pro potřeby ZZVZ je dostatečné, že zadavatel prokázal pochybení stěžovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, která nebyla zanedbatelná, ale atakovala samotný účel smluv. Na zákonnost vyloučení stěžovatele nemá jakýkoliv dopad ani skutečnost, že se zadavatel doposud snažil řešit problematiku Smlouvy I a Smlouvy II mimosoudní cestou.“*

205. Zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách především navrhovateli objasňoval, proč jeho pochybení považoval za závažná, včetně následků, které z těchto pochybení pro navrhovatele vyplývaly. Podle Úřadu námitky navrhovatele povšechně směřovaly proti důvodu vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, nikoli proti výši vzniklé škody, resp. závažnosti vzniklé újmy pro zadavatele. Zadavatel svoji argumentaci směřoval k vysvětlení významnosti pochybení navrhovatele a kvalifikovaných následků, které z těchto pochybení pro zadavatele i navrhovatele vyplývají. Zadavatel neodůvodňoval vyloučení navrhovatele skutečnostmi, které jsou mezi ním a navrhovatelem předmětem sporu, což je otázka vzniku

škody, její případné výše, důsledky záměny asfaltových směsí, jakož i hypotetická možnost slevy z díla, kterou argumentuje navrhovatel.

206. Na základě celkového zhodnocení obsahu vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách ke skutečnostem, které uvedl navrhovatel v námitkách, je Úřad názoru, že zadavatel svým rozhodnutím poskytl ucelenou reakci na podstatu navrhovatelem uváděných skutečností v takovém rozsahu a v takové míře podrobnosti a srozumitelnosti, že rozhodnutí o námitkách plní svůj účel, kdy poskytuje navrhovateli možnost dostatečně se seznámit se stanoviskem zadavatele a s jeho odůvodněním, a následně se v případném návrhu k argumentaci zadavatele vyjádřit. Zadavatel v podstatných ohledech reagoval na namítané skutečnosti.

207. Úřad konstatuje, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele představuje ucelený pohled zadavatele na pochybení navrhovatele v předešlých zadávacích řízeních, což zadavatel vyhodnotil jako legální a legitimní důvod pro vyloučení navrhovatele ze šetřeného zadávacího řízení.

208. Na základě výše uvedených skutečností může Úřad uvést dílčí závěr, že nepovažuje rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů. Úřad proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách.

K výroku rozhodnutí

209. Úřad tak 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.

210. 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. Úřad tak v prvé řadě s ohledem na relevantní rozhodovací praxi Úřadu (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0308/2018/VZ-28578/2018/541/JCh ze dne 3. 10. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. 4. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0200/2018/VZ-20498/2018/541/PDz ze dne 12. 7. 2018) přistoupil k výkladu tohoto ustanovení, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.

211. 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 účastník zadávacího řízení 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.

212. Pokud například zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení 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 účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil dlouhodobých pochybení, která vedla k ukončení smluvního vztahu, aniž by bylo nutné prokázat, že tato pochybení byla závažná.

213. 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 která 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. Úřad v dané souvislosti dále odkazuje na komentářovou literaturu[1], ve které je mj. uvedeno: *„Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.“*

214. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda v šetřeném případě zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž dle tvrzení zadavatele se měl navrhovatel pochybení ve výše uvedeném smyslu dopustit při plnění Smlouvy I a Smlouvy II.

215. Pro přehlednost se Úřad nejprve zabýval oprávněností vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I a poté ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II.

K oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona – údajné závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I

216. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním Smlouvy I se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného

[1] DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka, MACHÁLKOVÁ, Michaela, MÜLLER, Veronika, PODOLOVÁ, Libuše. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7.

asfaltového koberce mastixového SMA 8, přičemž zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB identifikoval další závažná pochybení navrhovatele a to, nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121), nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) a dále na základě geodetického kontrolního zaměření obrusné vrstvy je dle zadavatele evidentní, že ve více než 25 případech není požadovaná minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11 dodržena. Navrhovatel tak podle zadavatele postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve Smlouvě I, a zadavatel po zjištění uvedených vad požadoval po navrhovateli výměnu obrusné vrstvy v celém rozsahu, neboť na stavbě „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ byla bez souhlasu zadavatele a technického dozoru investora a autorského dozoru položena vrstva SMA 11 místo projektem požadované vrstvy SMA 8, avšak podle zadavatele navrhovatel pouze navrhl opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dále popsal, že navrhovatele ještě několikrát vyzýval k výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu tak, aby splňovala požadavky zadavatele uvedené ve Smlouvě I, ale navrhovatel vždy navrhoval pouze opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Na základě toho zadavatel prostřednictvím svého právního zástupce HKR advokátní kancelář, s.r.o., IČO 04372824, se sídlem Na Pankráci 30a/404, 140 00 Praha 4 (dále jen „HKR advokátní kancelář, s.r.o.) odeslal navrhovateli přípis „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018, ve kterém HKR advokátní kancelář, s.r.o. v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 11.4 a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstranění předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč. Dále HKR advokátní kancelář, s.r.o. odeslala navrhovateli přípis „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,- Kč za neodstranění vad v termínu“ ze dne 16. 4. 2018, ve kterém v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení pokuty ve výši 242.000 Kč celkem.

217. Úřad tak prošetřil, zda jsou v případě Smlouvy I naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

218. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plněním Smlouvy I je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť Smlouva I byla dne 17. 8. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.

219. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 24. 4. 2018. Vzhledem k tomu, že Smlouva I byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 17. 8. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost

nerozporují), tedy přibližně 1 rok a 8 měsíců před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy I nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.

220. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.

221. V případě plnění Smlouvy I z rozhodnutí o vyloučení předně vyplývá, že navrhovatel při plnění smlouvy I zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Dále z obsahu námitek i návrhu jednoznačně vyplývá, že navrhovatel nepopírá, že k záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo.

222. K argumentaci navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že se jednalo o vadu, která vznikla na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku asfaltových směsí objednal, a on o této záměně nevěděl, Úřad uvádí následující.

223. Úřad k tomuto předně uvádí, že v případě obalovny se zjevně jedná o poddodavatele navrhovatele, přičemž za řádné plnění veřejné zakázky primárně nese odpovědnost navrhovatel, jelikož on je tím subjektem, který uzavřel se zadavatelem Smlouvu I, a kdy tedy zadavateli z logiky věci plně odpovídá i za plnění učiněná jeho poddodavatelem. Navrhovatel se tak nemůže této odpovědnosti zbavit poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení svého poddodavatele (obalovny), jelikož za řádné plnění veřejné zakázky měl odpovědnost vůči zadavateli pouze navrhovatel jako jedna ze stran Smlouvy I a nikoliv jeho poddodavatel. Úřad má tedy na základě právě uvedeného za to, že je nepochybné, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo na straně navrhovatele.

224. S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo.

225. Dále zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, s.r.o. identifikoval další pochybení navrhovatele, neboť navrhovatelem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) (viz bod 108. odůvodnění tohoto rozhodnutí rozhodnutí).

226. V souvislosti s výše uvedeným tvrzením, že obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, Úřad odkazuje na vyjádření zadavatele v rozhodnutí o vyloučení, kdy tvrdí: *„tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab. 14, a to 28.“,* přičemž toto své tvrzení zároveň dokládá výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017.

227. Ve vztahu k nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky Úřad odkazuje na výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017, které byly přílohou rozhodnutí o vyloučení. Z tabulky 15 „Stanovení pevnosti spojení vrstev na vývrtech“ vyplývá, že obrusná a ložní vrstva vozovky v úseku 0,540 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení a rovněž v úseku 1,218 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení není vůbec spojena. Dále z předmětné tabulky vyplývá, že pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, neboť naměřená hodnota v daném úseku dosahuje hodnoty 8,40 a minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121 na pevnost spojení vrstvy je 15,0 (viz bod 109. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

228. Dále pak Úřad odkazuje na přípis „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017, který zadavatel přiložil k rozhodnutí o vyloučení. V předmětném přípisu je uvedeno, že dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka na stavbě I/23 Řípec za účasti technického dozoru investora a zástupce akreditované laboratoře ESLAB s.r.o., přičemž samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy. V rámci pochůzky byla pak zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Jednalo se o 26 porušení, jejichž výčet je uveden v předmětném přípise (viz bod 123. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

229. Úřad taktéž opět poukazuje na skutečnost, že ani v případě zadavatelem tvrzených pochybení navrhovatele spočívajících 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) navrhovatel jejich existenci nepopírá, resp. z příloh rozhodnutí o vyloučení ani z obsahu námitek či návrhu není zřejmé, že by navrhovatel jakkoli rozporoval, že by k těmto pochybením z jeho strany došlo. S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybením spočívajícím 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) ze strany navrhovatele v rámci plnění Smlouvy I skutečně došlo.

230. Úřad tedy uvádí, že v případě plnění Smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, ale také k pochybením spočívajícím 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). Úřad dále k danému konstatuje, že již ta skutečnost, kdy vybraný dodavatel provede plnění jinak, než bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, případně ve smlouvě o dílo, může sama o sobě za určitých podmínek vykazovat určitou intenzitu závažnosti, neboť vybraný dodavatel postupuje zjevně v rozporu se zadávací dokumentací, případně se smlouvou o dílo, a je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby co nejlépe odpovídalo jeho potřebám, a pokud dojde k záměně zadavatelem požadovaného plnění za jiné, je možné, že výsledné dílo již nebude splňovat všechny požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval. Úřad v dané souvislosti rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele ze dne 5. 10. 2018, kde je mj. uvedeno, že předmětem plnění Smlouvy I

byla oprava krytu a obnova souvrství ložné a podkladní vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem uvedeným v předmětné smlouvě (viz bod 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Podle Úřadu je tedy patrné, že podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který byl v této smlouvě vymezen, a pokud navrhovatel v posuzovaném případě poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc i takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad, došlo tím ke zmaření účelu Smlouvy I, a tak podle Úřadu není pochyb, že předmětné pochybení (kombinace více pochybení navrhovatele) lze označit za závažné. Tedy právě ve vzájemné kombinaci více pochybení navrhovatele, jak rovněž stvrzuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, když uvádí: *„Účastník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. (…) V daném případě se tedy nejednalo o ojedinělé a při realizaci stavebních prací běžně se vyskytující pochybení zhotovitele, ale o závažnou chybu, kterou Účastník nejdříve zastíral (v Souhrnné závěrečné zprávě uvedl nepravdivé informace) nebo o ní dokonce ani nevěděl (poskytoval Zadavateli takové plnění, že si ani sám nebyl vědom toho, jakým způsobem a v jaké kvalitě plní, dokud ho na jeho pochybení neupozornil Zadavatel)“,* byla shledána dostatečná intenzita závažnosti.

231. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění Smlouvy I k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.

232. Na právě uvedeném závěru Úřadu nemůže nic změnit ani argumentace navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí.

233. Úřad k tomuto opětovně zdůrazňuje, že je to právě navrhovatel, který nese odpovědnost za řádné plnění veřejné zakázky, neboť podle Smlouvy I má povinnost plnit veřejnou zakázku navrhovatel a nikoliv zadavatel. Navrhovatel se tak této odpovědnosti nemůže zbavit ani poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení zadavatele, resp. technického dozoru investora či správce stavby. Navíc navrhovatelovo tvrzení, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí, nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit skutečnost, že k danému pochybení skutečně došlo, a to ze strany navrhovatele, jelikož i pokud by zadavatel, resp. technický dozor investora či správce stavby toto pochybení, tj. záměnu materiálu, měl odhalit/odhalil, nemohlo by to nic změnit na skutečnosti, že k pochybení, tedy záměně materiálu ze strany navrhovatele již zjevně došlo. Z povahy dané argumentace tak vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění Smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž bylo zároveň shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak

argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění Smlouvy I, stěžejní skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobilá jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu, tedy, že ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo ke kombinaci více pochybení (záměna asfaltových směsí, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky), přičemž právě v kombinaci více pochybení na straně navrhovatele, jak i zadavatel popsal v rozhodnutí o vyloučení, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti. Z těchto důvodů tak Úřad argumentaci navrhovatele odmítá jako lichou.

234. Navrhovatel se dále odvolává na stanovisko technického zkušebního institutu TPA ČR s. r. o. a stanovisko soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017, které dle navrhovatele stvrzují vhodnost použití směsi SMA 11, přičemž citovaný soudní znalec ve svém stanovisku závěrem uvádí: *„S přihlédnutím ke skutečnosti, že z hlediska únosnosti jsou v konstrukci vozovky vrstvy SMA 8 S SMA 11 S navzájem zaměnitelné, lze konstatovat, že v posuzovaném případě by neměla mít neúmyslná záměna směsi SMA 8 S za směs SMA 11 S negativní dopad na užitné vlastnosti posuzované obrusné vrstvy.“*

235. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017 vyplývá, pouze ta skutečnost, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 nejspíše nemá vliv na užitné vlastnosti obrusné vrstvy, neboť soudní znalec v předmětném stanovisku konstatoval, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 by neměla mít negativní dopad na užitné vlastnosti posuzované obrusné vrstvy. Ze strany soudního znalce tedy ani není dáno najisto, že záměna směsi nemá negativní vliv na užitné vlastnosti obrusné vrstvy, navíc se jedná pouze o stanovisko a nikoli o znalecký posudek zpracovaný dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Dále Úřad opětovně uvádí, že ani tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit závěr Úřadu, že k závažnému pochybení ze strany navrhovatele při plnění Smlouvy I došlo, neboť opět navrhovatel řeší až nápravu svého pochybení, a to pouze pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, přičemž, jak již Úřad několikrát uvedl, a rovněž i zadavatel konstatoval a popsal v rozhodnutí o vyloučení, stěžejní z hlediska posouzení závažnosti je, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I dopustil nejenom pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, ale také pochybení spočívajícím 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), přičemž daná argumentace navrhovatele ani jednu z těchto stěžejních skutečností nezpochybňuje ani nevyvrací, z těchto důvodů ji tedy Úřad nemůže přijmout.

236. Navrhovatel dále v souvislosti s pojmem „vážné pochybení“ odkazoval na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ve kterém je dle navrhovatele uvedeno, že *»pojem „vážné pochybení“*

je třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení.«

237. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že se v daném případě jednalo o závažnou nedbalost navrhovatele, resp. „vážné pochybení“ ze strany navrhovatele, neboť jak je výše již demonstrováno, navrhovatel zadavateli poskytl jiné plnění než, které bylo stanoveno ve smlouvě I a navíc toto jiné než zadavatelem požadované plnění bylo poskytnuto ze strany navrhovatele vadně.

238. K údajnému závažnému pochybení při plnění Smlouvy I navrhovatel dále argumentoval, že k rozpoznání záměny směsí došlo až na základě laboratorních zkoušek odvrtů. Z výše uvedeného není Úřadu zřejmé, kam navrhovatel argumentací směřoval. Pokud tím však myslel, že záměnu směsí nemohl na první pohled rozpoznat, a tím tedy nenese vinu, tak tento výklad u Úřadu nemůže obstát, jelikož kontrolu asfaltové směsi mohl provést jiným způsobem, například vyžádání si již výše zmíněných vážních lístků, přičemž Úřad opětovně připomíná, že za řádné plnění veřejné zakázky nese odpovědnost navrhovatel a nemůže se jí zprostit ani tvrzením, že si záměny údajně nemohl všimnout. Jak Úřad uvedl, k rozpoznání, že došlo k záměně asfaltových směsí, měl navrhovatel i jiné možnosti než jen vizuální posouzení.

239. Navrhovatel dále tvrdil, že *„(o)bjednatel nedal stěžovateli časový prostor k tomu, aby vytknuté vady odstranil, neboť výzvu k jejich odstranění mu doručil prostřednictvím svého právního zástupce dne 30. 11. 2017 a v této výzvě byl uveden datum k odstranění do 30. 11. 2017.“*

240. Úřad v souvislosti s výše uvedeným uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel první reklamaci vad oznámil navrhovateli přípisem „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ již ze dne 21. 3. 2017 (viz bod 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Před danou výzvou ze dne 30. 11. 2017 zadavatel navrhovatele opakovaně vyzýval k nápravě, přičemž poslední výzvu (před výzvou ze dne 30. 11. 2017) zadavatel učinil dne 13. 11. 2017 (viz bod 115. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě výše uvedeného je tak argumentace navrhovatele, že zadavatel navrhovateli neposkytl dostatečný časový prostor k odstranění vytknuté vady lichá, neboť z komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem popsané v rozhodnutí o vyloučení je patrné, že navrhovatel obdržel již dřívější výzvy k nápravě pochybení, které však odmítal, přičemž první výzva k nápravě pochybení mu byla odeslána téměř tři čtvrtě roku před úplně poslední výzvou k nápravě.

241. Navrhovatel dále v rámci své argumentace v souvislosti s údajným pochybením při plnění smlouvy I spočívajícím v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 uvedl mimo jiné toto: *„Navíc pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení škodou, ale slevou z ceny díla.“* (…) *„Co se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsi z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný*

negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných, než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla." (…) *„(j)ednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které stěžovatel dodávku asfaltových směsí objednal a stěžovatel o této záměně nevěděl."*

242. Úřad k výše uvedené argumentaci navrhovatele nemohl přihlédnout, neboť zadavatel nikde v rozhodnutí o vyloučení netvrdí, že by mu na základě pochybení navrhovatele vznikla škoda. Zadavatel v dané souvislosti uvedl, že *„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."*

243. K další části argumentace navrhovatele, v rámci které uvádí, že se v případě záměny zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 jednalo o neodstranitelnou vadu, která údajně neměla mít vliv na funkci díla (pro kterou lze dle jeho názoru dílo bez omezení užívat) a měla bez vědomí navrhovatele vzniknout na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku dané směsi objednal, a dále: *„vzhledem k tomu, že předmětná vada spočívající v záměně asfaltové směsi by byla sice odstranitelná, avšak náklady na opravu by byly neúměrné ceně (a zejména užitku, který bude stejný, jako před opravou) – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou.",* uvádí Úřad následující.

244. Z povahy dané argumentace zjevně vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění Smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž zadavatel závažnost pochybení rovněž shledává v kombinaci více pochybení navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění Smlouvy I, stěžejní skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobilá jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu. Pro úplnost Úřad dodává, že je z hlediska posouzení závažnosti pochybení tedy bezpředmětné zabývat se tím, zda se jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, jelikož ať už by bylo konstatováno, že se v případě záměny směsi jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, automaticky by to neznamenalo, že by dané pochybení nemohlo být shledáno závažným (i odstranitelná vada může být dle Úřadu

za určitých okolností shledána závažnou, navíc navrhovatel tvrdí, že se jednalo o neodstranitelnou vadu, která má dle Úřadu daleko větší potenciál být shledána závažnou), navíc v posuzovaném případě byla závažnost pochybení shledána na základě kombinace více pochybení navrhovatele, ostatně tuto skutečnost stvrzuje i zadavatel (viz výše), a nikoliv tak jen na základě pochybení spočívajícího v pouhé záměně asfaltové směsi. I tuto argumentaci navrhovatele tak Úřad odmítá.

245. Další z podmínek pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.

246. V případě Smlouvy I požadoval zadavatel po navrhovateli uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a rovněž u navrhovatele uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady. Tyto skutečnosti vyplývají z přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794.06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018 a z přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,-Kč za neodstranění vad v termínu“ ze dne 16. 4. 2018 (viz bod 117. a 119. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Výše citované přípisy byly přiloženy k rozhodnutí o vyloučení.

247. Úřad k tomuto uvádí, že nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které zadavateli vznikly odstraněním vady stavby, jakož i nárok na zaplacení smluvní pokuty za neodstranění vad v termínu představují „jinou srovnatelnou sankci“ obsaženou v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad dodává, že se jedná o zjevně neurčitý právní pojem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu, nicméně zároveň lze z pojmu „sankce“ nepochybně usoudit, že by jiná srovnatelná sankce měla pro účastníka zadávacího řízení představovat určitý nepříznivý následek srovnatelný se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu. V posuzovaném případě, kdy zadavatel po navrhovateli v souvislosti se závažným pochybením při plnění smlouvy I požadoval uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem ve výši 3.181.794,06,- Kč a dále uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady v termínu ve výši 242.000,- Kč, lze uvést, že povinnost uhradit dané poměrně nemalé finanční částky muselo pro navrhovatele zcela zjevně představovat určitý nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad tak má tedy za to, že závažné pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I vedlo k „jiným srovnatelným sankcím“, konkrétně k povinnosti uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a následně uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad, neboť tyto skutečnosti pro zadavatele představují nepříznivý následek stejně, jak tomu je v případě škody či u předčasného ukončení smluvního vztahu. Lze tedy uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna.

K oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona – údajné závažné pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy II

248. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním Smlouvy II se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se

zhotovením plnění (dokončení díla) dle Smlouvy II, přičemž původní doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Dále zadavatel uvedl, že správce stavby v průběhu plnění díla uznal navrhovateli požadavek na prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Dílo dle Smlouvy II tedy mělo být navrhovatelem dokončeno 6. 11. 2017, kdy dokončení díla nebránily klimatické podmínky, avšak navrhovatel tak neučinil a dílo nedokončil. Správce stavby tak vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 127. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž navrhovatel na předmětnou výzvu ke dni 15. 11. 2017 nikterak nereagoval a nesplnil ani jeden ze tří požadavků správce stavby, proto správce stavby vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 21. 11. 2017 (viz bod 128. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel pak v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že právní zástupce zadavatele prostřednictvím přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 oznámil navrhovateli, že v souladu s Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP zadavatel s okamžitou účinností odstupuje od Smlouvy II z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností ze strany navrhovatele (nedokončení díla v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a zejména proto, že navrhovatel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě.

249. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě Smlouvy II naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

250. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění Smlouvy II je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť Smlouva II byla dne 3. 10. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.

251. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 24. 4. 2018. Vzhledem k tomu, že Smlouva II byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 3. 10. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy cca jeden rok a sedm měsíců před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy II nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.

252. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.

253. V případě plnění Smlouvy II, z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že předmětné plnění mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě 6. 11. 2017, avšak navrhovatel tak dle vyjádření správce stavby ve výzvě „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 neučinil. Z příloh rozhodnutí o vyloučení,

konkrétně z přípisů „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017, „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017, dále vyplývá následující.

254. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 mj. vyplývá, že zadavatel, resp. správce stavby vyzval navrhovatele/zhotovitele, aby nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a (iii) předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Dále Úřad odkazuje na přípis „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, ve kterém je mj. uvedeno, že navrhovatel ke dni 15. 11. 2017 na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze stanovených požadavků. Současně správce stavby citovanou výzvou ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby, a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany navrhovatele. K dokončení I. až III. etapy stavby došlo dle vyjádření navrhovatele v návrhu až dne 13. 12. 2017, přičemž následně dne 27. 12. 2017 zadavatel přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 odstoupil od části smlouvy II. Úřad rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 5. 10. 2018, ve kterém je uvedeno: *„Předmětem smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.“*

255. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že zadavatel vymezil předmět Smlouvy II jako opravu krytu a obnovu souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný, Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo již na základě skutečnosti, že nedokončil dílo v dodatečné lhůtě pro dokončení díla, tedy do 6. 11. 2017. Navrhovatel, jak uvádí zadavatel ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017, ke dni 15. 11. 2017 nereagoval na výzvu ze dne 10. 11. 2017 a dílo nedokončil, přičemž byl v předmětné výzvě ze dne 10. 11. 2017 upozorněn, že pokud tak neučiní je zadavatel připraven od Smlouvy II odstoupit. K dokončení stavebních prací na I. – III. etapě stavby, tedy nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, avšak v dané době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby. Podle zadavatele je tak pochybení navrhovatele závažným pochybením, neboť v dané souvislosti v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„(v) návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele.“* Úřad tak s ohledem na zadavatelem popsané skutečnosti

v rozhodnutí o vyloučení a rovněž s ohledem na předmět Smlouvy II, který zadavatel uvedl ve vyjádření ze dne 5. 10. 2019, konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění Smlouvy II k prodlení, které lze definovat jako závažné pochybení, neboť navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tzn. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak navrhovatel dílo v uvedené lhůtě nedokončil. Navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění díla, resp. IV. etapy díla, se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel zcela ignoroval předmět smlouvy II, neboť, jak vyplývá ze zadavatelem vymezeného předmětu smlouvy II, navrhovatel měl dokončit dílo v takové době, aby nedošlo k narušení provozu na předmětných komunikacích nad rámec nezbytně nutný. Úřad tak uzavírá, že takové prodlení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.

256. Dále Úřad přistoupil k vypořádání argumentace navrhovatele vztahující se k údajnému pochybení při plnění Smlouvy II. Navrhovatel v dané souvislosti tak v návrhu uvedl jeho reakci na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017: *„Správce stavby učinil na stěžovatele 3 požadavky, a to, aby:*

(i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho;

(ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a

(iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram;

Ad (i) a (ii)

V souladu s body (i) a (ii) uvedené ve výzvě zadavatele stěžovatel nastoupil dne 11.11.2017 na realizaci pokládky ACP (13.11.2017 došlo k zaměření ACP a následně od 14.11.2017 k jejímu frézování).

Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodech (i) a (ii) ve výzvě ze dne 10.11.2017 zcela splnil.

Ad (iii)

K požadavku zadavatele uvedeného výše pod bodem (iii) stěžovatel uvedl a uvádí, že stěžovatel nepředložil zadavateli, respektive Správci stavby aktualizovaný harmonogram, a to zejména z následujících důvodů:

a) harmonogram postupu prací je přímo závislý na klimatických podmínkách jejichž ovládání a předvídání není v silách stěžovatele,

b) správce stavby vydal pokyn k nezahájení prací na IV. etapě zároveň nestanovil datum, kdy bude stěžovatel moci práce na IV. etapě zahájit;

Jak je zřejmé z výše uvedených skutečností v silách stěžovatele nebylo sestavit harmonogram postupu prací, jelikož objektivně není možné předvídat vývoj klimatických podmínek umožňující realizaci prací v souladu s požadavky Správce stavby, respektive v souladu s Technickou specifikací. Další skutečností znemožňující zpracování harmonogramu prací byla neznalost data, kdy bude zadavatelem dán stěžovateli pokyn k zahájení prací IV. etapě díla.

Na základě těchto skutečností stěžovatel skrze svůj dopis ze dne 5.12.2017 oznámil Správci stavby, že řádné dokončení I.-III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované Technickou specifikací."

257. Úřad k dané reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 uvádí, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 měl navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel tak dle správce stavby neučinil, neboť, jak bylo konstatováno ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017: *„(k)e dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správcem stavby stanovených požadavků."* Dále se Úřad zabýval tvrzením navrhovatele, že nebylo v jeho silách sestavit aktualizovaný harmonogram stavby. Úřad tak k tomuto uvádí, že není pravdou, že by správce stavby vydal pokyn k nezahájení prací na IV. etapě stavby, jak uvádí navrhovatel. Tento pokyn byl vydán správcem stavby, až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, tedy v pořadí až druhé výzvy správce stavby (pozdější výzvy správce stavby), a z toho vyplývá, že navrhovateli nemohla daná skutečnost bránit v sestavení aktualizovaného harmonogramu. Úřad rovněž nemůže přisvědčit argumentaci navrhovatele ohledně skutečnosti, že sestavení harmonogramu je závislé na klimatických podmínkách, jejichž ovládání a předvídání není v silách navrhovatele. V dané situaci by tak dodavatelé nemohli nikdy, ani při tvorbě nabídky, sestavit harmonogram, neboť ani v jejich silách není ovládání a předvídání klimatických podmínek. Příkladem lze uvést dlouhodobější stavební práce (např. 2 roky), jejichž plnění nemůže probíhat v zimních obdobích, a v případě, kdy navrhovatel tvrdí, že sestavení harmonogramu nelze učinit, neboť v silách navrhovatele není ovládání a předvídání klimatických podmínek, tak by dodavatelé při tvorbě nabídky týkající se těchto dlouhodobějších stavebních prací, které nemůžou probíhat za určitých klimatických podmínek, nemohli nikdy sestavit harmonogram. Navrhovatel se dále ohrazuje, že *„dne 5. 12. 2017 oznámil správci stavby, že řádné dokončení I.- III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované technickou specifikací. Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodě (iii) ve výzvě ze dne 10. 11. 2017 zcela splnil."* Úřad k tvrzení navrhovatele opětovně uvádí, že v předmětné výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 bylo stanoveno, že veškeré požadavky má navrhovatel učinit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel splnění požadavku obsaženého v bodě (iii) přisuzuje odeslání svého dopisu ze dne 5. 12. 2017. Z uvedeného je tak zřejmé, že daný požadavek ze strany navrhovatele nebyl splněn dle požadavků správce stavby. Úřad navíc dodává, že datum 5. 12. 2017 je období již po druhé výzvě správce stavby, tedy výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017.

258. Navrhovatel dále tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, neboť tuto stavbu dokončil a předal zadavateli dle pokynů. Úřad k tomuto uvádí, že z výše uvedeného naopak vyplývá, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tím, že navrhovatel jednak nedokončil dílo v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017 a následně ani nesplnil výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017, se dostal do

takového prodlení, kterým způsobil, že již práce na IV. etapě stavby z důvodů klimatických podmínek nemohly být realizovány a ignoroval tak předmět plnění smlouvy II.

259. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„(d)le smlouvy byla splatnost faktur vystavených stěžovatelem 60 dnů. Stěžovatel provedl část díla a na provedené části díla vystavil zadavateli a jemu také doručil v souladu se Smlouvou 4 faktury dle níže uvedeného soupisu, na které zadavatele dosud ničeho neuhradil. Vzhledem k tomu, že je v prodlení s jejich úhradou, tedy splněním svého dluhu, nebyl tak v prodlení stěžovatel s plněním svého dluhu – provádění díla.“*

260. Úřad k tomu uvádí, že dané tvrzení navrhovatele nikterak nevyvrací pro posouzení závažnosti daného pochybení navrhovatele stěžejní skutečnost, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tvrzení navrhovatele je tak v dané věci naprosto liché.

261. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy II k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.

262. Další podmínkou pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.

263. V daném případě zadavatel využil práva v Pod-čl. 15.2 písm. a) smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) a přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 od části Smlouvy II týkající se neprovedeného plnění odstoupil. Argumentaci navrhovatele ohledně té skutečnosti, že dané odstoupení není možné považovat za platné, považuje Úřad za irelevantní, neboť odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání, které je třeba považovat za platné, až do chvíle, kdy o jeho případné neplatnosti rozhodne kompetentní orgán, kterým je soud. Navrhovatel ve správním řízení, ani předtím zadavateli nesdělil, že by se soudně bránil důvodům ukončení Smlouvy II ze strany zadavatele, resp. v takovém případě navrhovatel výše uvedený postup zadavatele svým jednáním akceptoval, tudíž neexistuje důvodná pochybnost o oprávněnosti postupu zadavatele při ukončení Smlouvy II s navrhovatelem. Vzhledem ke skutečnosti, že daným odstoupením od části Smlouvy II došlo zjevně k předčasnému ukončení smluvního vztahu, jelikož v důsledku závažného pochybení navrhovatele nedošlo z jeho strany k dokončení kompletního díla (stavby), lze uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna. Úřad uvádí, že o tom, že došlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu v důsledku pochybení navrhovatele zadavatelem popsaného v rozhodnutí o vyloučení, nepanují s ohledem na obsah přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.

264. S ohledem na vše výše uvedené tak lze ze strany Úřadu shrnout, že se navrhovatel závažného pochybení dopustil jak v rámci plnění Smlouvy I tak i v rámci plnění Smlouvy II, na základě čehož lze tedy zároveň konstatovat splnění poslední podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to podmínky plurality spáchaných závažných pochybení. Z jazykového výkladu je totiž zřejmé, že dané ustanovení hovoří o závažných **pochybeních**, tudíž musí být, aby mohlo dojít k vyloučení účastníka zadávacího řízení na základě tohoto ustanovení, z logiky věci shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným pochybením, což bylo v posuzovaném případě Úřadem vyvozeno (k tomu více viz výše). Pro úplnost Úřad uvádí, že se tato podmínka vztahuje k plnění Smlouvy I i Smlouvy II, proto je Úřadem řešena pro obě údajná závažná pochybení týkající se těchto smluv současně na tomto místě.

265. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že navrhovatel byl v šetřeném případě zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.

266. Úřad dále přistoupil k vypořádání další argumentace navrhovatele. Navrhovatel tvrdí, že se v daném případě jedná o nepřístupnou retroaktivitu, přičemž uvádí, že *„(d)le ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 S., o zadávání veřejných zakázek, je dána až zákonem č. 134/2016 Sb., účinným od 01. 10. 2016 a vzhledem k tomu, že obě zadávací řízení na provedení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ byly zahájeny před 01. 10. 2016, a to konkrétně zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 03. 2016 a zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 03. 2016, a vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, kdy je nutné postupovat dle zák. č. 137/2006 Sb., je napadené rozhodnutí nezákonné, neboť pravomoc vyloučit stěžovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek není dána.“*

267. Úřad v návaznosti na tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, ve kterém je stanoveno: *„Zadavatel může 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.“* Z jazykového výkladu výše uvedeného ustanovení, tak vyplývá, že není směrodatné, za jaké účinnosti právní úpravy byla zahájena zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění mělo dojít k závažným pochybením. Jedinou časovou podmínkou vyplývající z daného ustanovení je, že se těchto závažných pochybení účastník zadávacího řízení musí dopustit v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, tedy

zcela jasně bez ohledu na skutečnost, zda byla zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění došlo k závažným pochybením, zahájena na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů či na základě zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Jedinou rozhodnou skutečností pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona je, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, v rámci kterého zadavatel vylučuje navrhovatele. V šetřeném případě je tedy směrodatné, kdy bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/27 Horní Lukavice - Přeštice“, přičemž Úřad uvádí, že toto zadávací řízení bylo zahájeno dne 24. 4. 2018 odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek, tedy již v době, kdy byl účinný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a zadavatel byl tak oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

268. V daném případě není na místě ani navrhovatelův odkaz na ustanovení § 273 odst. 1 zákona, neboť již výše bylo deklarováno, že je relevantní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, ve kterém zadavatel vylučuje účastníka zadávacího řízení, a nikoliv okamžik zahájení zadávacích řízení, ve kterých došlo ze strany účastníka zadávacího řízení k závažným pochybením. V šetřeném případě bylo zadávací řízení, ve kterém vylučuje zadavatel navrhovatele zahájeno již za účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a proto není možné v dané situaci aplikovat § 273 odst. 1 zákona.

269. Navrhovatel dále odkazuje na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž tvrdí, že plnění této veřejné zakázky mělo vliv na plnění Smlouvy II. Navrhovatel tak uvádí, že *„měl rezervované kapacity k tomu, aby započal práce na obou dílech v dubnu 2017. Bohužel sám zadavatel nerespektoval své výše uvedené pokyny a staveniště předal stěžovateli v prvním případě o 4 měsíce později a ve druhém případě o dva měsíce později. Stěžovatel se přesto snažil své kapacity přeskupit tak, aby obě díla provedl v původně stanoveném termínu, ale vzhledem ke klimatickým podmínkám a víceprací, jejichž potřeba vyšla najevo až při provádění díla, kdy zejména u zakázky „I/19 Jordán - MÚK s D3“ se jednalo o vadnou zadávací dokumentaci, při jejíž přípravě nedošlo ze strany zadavatele k řádné diagnostice komunikace a vývrtům a až po započetí prací stěžovatel, že výkaz výměr neodpovídá zadávací dokumentaci a objem prací musel být navýšen o cca 30% (claimy stěžovatele ohledně víceprací – příloha č. 7), se mu to zcela nepodařilo.“*

270. Úřad k tomuto uvádí, že argumentace navrhovatele vztahující se k veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ je irelevantní, neboť zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodů závažných pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit v rámci plnění veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“. Dále Úřad pro úplnost uvádí, že situace, kdy se při plnění jiného navrhovatelova závazku vyskytnou potíže, nijak neodůvodňuje skutečnost, že v rámci Smlouvy II neplnil navrhovatel včas. Je to právě navrhovatel, který musí znát své kapacity, a tomu tak přizpůsobit své závazky. Navíc pokud došlo k určitým nastalým situacím, které nemohl předem očekávat, mohl si nárokovat prodloužení lhůty pro dokončení díla, což ostatně učinil v případě plnění smlouvy II. Úřad však k tomu doplňuje, že ačkoliv si navrhovatel u zadavatele nárokoval prodloužení doby pro dokončení díla do 6. 11. 2017, tak ani v této dodatečné době pro dokončení, tedy ke dni 6. 11. 2017, stavbu nedokončil.

271. Navrhovatel rovněž tvrdí, že pro *„vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., je nutné, aby existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel skutečně 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. Až poté, co bude na základě pravomocného rozsudku postaveno najisto, že je uchazeč nezpůsobilý, je možné uplatnit právo zadavatele na vyloučení takového uchazeče.“*

272. Úřad k tomuto nejprve uvádí, že z gramatického výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona rozhodně nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala i existenci rozhodnutí soudu popř. jiného orgánu, které by mělo potvrzovat, že se účastník zadávacího řízení skutečně 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. O jakémkoliv rozhodnutí soudu či jiného orgánu není v daném ustanovení ani zmínka. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel nemusí pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů disponovat soudním či jiným rozhodnutím v dané věci, zadavatel však musí patřičně odůvodnit, proč právě pochybení, za které vylučuje účastníka ze zadávacího řízení, splňují požadavky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by sebou fakticky přinesla nemožnost aplikace tohoto ustanovení, a zákon by tedy nijak nechránil toho zadavatele, pro nějž je podstatné, zda dodavatel v předchozích smluvních vztazích realizoval plnění v rozsahu a kvalitě požadované v zadávací dokumentaci, popřípadě ve smlouvě o dílo. Úřad dále uvádí, že zatímco případný soud by rozhodoval např. o platnosti a neplatnosti jednání zadavatele, Úřad posuzuje pouze to, zda jednání zadavatele a dodavatele naplňuje důvody stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tj. pouze to, zda k takovému jednání došlo.

273. Pro podporu svého tvrzení Úřad odkazuje rovněž na komentářovou literaturu[2], ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona mj. uvedeno: *„Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.“*. Danou argumentaci navrhovatele je tak z výše uvedených důvodů třeba odmítnout.

274. Navrhovatel dále tvrdí, že *»(z)adavatel o tom, že mu vznikla škoda, anebo že by mu vzniklo uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty, nijak neprokazuje. O tom, zda mu skutečně škoda vznikla, anebo zda má právo na smluvní pokutu, rozhoduje až soud rozsudkem. Do té doby se jedná o subjektivní tvrzení zadavatele. Vzhledem k tomu, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce neviny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako na „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.«*

[2] DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka, MACHÁLKOVÁ, Michaela, MÜLLER, Veronika, PODOLOVÁ, Libuše. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7.

275. Úřad k danému konstatuje, že zadávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tzn., že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu „in dubio pro reo“ a presumpce neviny, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona. V souvislosti s uvedeným Úřad dodává, že obdobně tomu tak je i vzhledem k překážce „rei iudicatae“, kterou navrhovatel namítal úvodem svého návrhu (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad v obecné rovině konstatuje, že zadávací řízení má soukromoprávní povahu, byť s nepřehlédnutelnými prvky veřejnoprávní regulace, představuje tedy zvláštní způsob uzavírání soukromoprávních smluv sui generis. Jedná se o způsob velmi formalizovaný, když je zadavatel vázán zákonem o zadávání veřejných zakázek, neboť disponuje veřejnými prostředky, které musí vynakládat hospodárně. Stále však se jedná o soukromoprávní vztah, ve kterém zadavatel nevystupuje ve vrchnostenském postavení, pokud se v průběhu zadávacího řízení zadavatel rozhodne některý svůj úkon zrušit (za předpokladu, že takto učiní v souladu se zákonem), neznamená to, že pro futuro již nemůže zrušený úkon opětovně učinit. Jinými slovy, rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele nemá povahu rozhodnutí učiněného soudem či správním orgánem, k němuž by bylo možné do budoucna vztáhnout překážku „věci rozsouzené“, jak mylně argumentuje navrhovatel.

276. Navrhovatel rovněž v návrhu tvrdí, že *»(o)bě údajná vážná pochybení postrádají onu „dlouhodobost“, kdy se jednalo o dobu na přelomu roku 2017 a 2018 a vzhledem k předchozím úspěšně dokončeným veřejným zakázkám pro zadavatele se jednalo o ojedinělá pochybení, za které ještě stěžovatel neodpovídal. Škoda zadavateli nevznikla.«*

277. Úřad ve vztahu k tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kde je uvedeno: *„Zadavatel může 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 podmínce, že se účastník zadávacího řízení dopustil „závažných nebo dlouhodobých pochybení“, Úřad uvádí, že spojka „nebo“ v citovaném ustanovení zákona vyjadřuje volbu mezi dvěma eventualitami, které jsou v tomto případě zaměnitelné a je jedno, která z nich bude platit, musí však být naplněna alespoň jedna z nich. Zadavatel tedy pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí prokázat, že se jednalo buď o závažná, nebo o dlouhodobá pochybení, přičemž v daném případě, jak Úřad vyvodil výše, zadavatel prokázal a odůvodnil, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I a Smlouvy II dopustil závažných pochybení. Úřad dále dodává, že není relevantní, zda se jednalo o ojedinělá pochybení a předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele plnil, byly údajně úspěšně dokončeny, jelikož pro posouzení, zda v daném případě došlo k vyloučení navrhovatele na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, je relevantní pouze skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení, mezi které mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení.

K rozhodnutí o vyloučení

278. Dále navrhovatel tvrdí, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a je tak nepřezkoumatelné.

279. Úřad k tvrzení navrhovatele uvádí, že navrhovatel neodkazuje na konkrétní části rozhodnutí o vyloučení, u kterých se domnívá, že je rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelné, pouze obecně konstatuje, že *„zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí neurčitě“*, ale nikterak neurčitost důvodů nespecifikuje. Nicméně Úřad i v rámci posouzení, zda zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně prokázal a odůvodnil naplnění veškerých zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5. písm. d) zákona, přezkoumal rozhodnutí o vyloučení a dospěl k závěru, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil podrobně, srozumitelně a určitě, čímž tedy dodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.

280. Úřad na tomto místě konstatuje, že na základě výše uvedených skutečnosti byl v šetřeném případě navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.

K vyjádření navrhovatele ze dne 21. 3. 2019 a ze dne 23. 4. 2019

281. Nad rámec uvedeného Úřad uvádí, že dne 21. 3. 2019 obdržel vyjádření navrhovatele, kterým navrhovatel reaguje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019, když odkazuje na bod 40. odůvodnění označeného rozhodnutí, ve kterém je podle navrhovatele uvedeno, *„že je z odůvodnění zadavatele především patrné, že jsou pro něj otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, přičemž doposud nebyly vyřešeny způsobem přijatelným pro obě strany.“* Z uvedeného navrhovatel dále dovozuje, že *„vzhledem k tomu, že jsou pro zadavatele otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, nemohlo se jednat o závažná pochybení, jak tvrdí zadavatel.“*

282. K výše popsanému Úřad konstatuje, že v označeném bodu 40. odůvodnění dotčeného rozhodnutí předsedy Úřadu je sice navrhovatelem citovaný názor předsedy Úřadu uveden, nicméně Úřad zároveň zdůrazňuje, že navrhovatel tento názor předsedy Úřadu vytrhl z kontextu, aby jej následně (zjevně účelově) využil pro svoji argumentaci. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí věcně nehodnotí, jak zadavatel pociťuje újmu či následky, které mu vznikly v důsledku pochybení navrhovatele, z čehož by se následně dalo usuzovat, zda se jednalo o závažná či marginální pochybení navrhovatele. Z celého obsahu odůvodnění označeného rozhodnutí předsedy Úřadu jasně vyplývá, že otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nejsou pro zadavatele podstatné pouze ve vztahu k přezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách.

283. Dne 23. 4. 2019 Úřad rovněž od navrhovatele obdržel vyjádření z téhož dne, ve kterém navrhovatel uvádí: *„Vážení, v reakci na usnesení Úřadu ze dne 12. 04. 2019, č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-08027/2019/513/JHa i (sic!) v příloze dovolujeme poslat kopii interního pokynu zadavatele, který získal navrhovatel až dnes, ze kterého vyplývá, že zadavatel má*

povinnost vyloučit navrhovatele pouze v případě, že jeho nabídka bude nejnižší, což je dle názoru navrhovatele v rozporu s ust. § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.“

284. Úřad předně k tvrzení navrhovatele uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení jasně vyplývá, že zadavatel navrhovatele vylučuje ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž zároveň v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad shledal, že zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, přičemž navrhovatelem přiložená fotokopie zřejmě interního pokynu zadavatele zjevně tyto skutečnosti nikterak nezpochybňuje ani nevyvrací. S ohledem na uvedené tak Úřad nemůže přisvědčit ani tomuto tvrzení navrhovatele.

285. S ohledem na veškeré výše uvedené skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele dopustil porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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 tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu 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 - Nusle
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