



UOHSX00CF9LZ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe

Brno 16. července 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 2. 5. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ROBSTAV k.s.**, IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – Modřany, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 21. 1. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv vydanému ve správním řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatelů –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4; **Obec Sedlec**, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; **Správa a údržba silnic Jihočeského kraje**, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, přičemž zadavatelé – **Obec Sedlec**, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; **Správa a údržba silnic Jihočeského kraje**, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice – jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4. 3. 2019 zastoupeni zadavatelem – **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 9. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 27. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-033073, ve znění oprav uveřejněných dne 17. 10. 2018 a 30. 10. 2018,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatelé – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4; Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, přičemž zadavatelé – Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice – jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4. 3. 2019 zastoupeni zadavatelem – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále společně jako „**zadavatel**“) – odeslali dne 26. 9. 2018 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“¹) zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „I/20 Sedlec- úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 9. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 27. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-033073, ve znění oprav uveřejněných dne 17. 10. 2018 a 30. 10. 2018 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu 2.1 zadávací dokumentace provedení stavebních prací dle zadávací dokumentace k veřejné zakázce a jejích příloh. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí dle bodu 2.2 zadávací dokumentace 44 621 656 Kč bez DPH.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

3. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 9. 1. 2019 rozhodl o vyloučení navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – Modřany, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 21. 1. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jako „**navrhovatel**“) – ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Uvedené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 10. 1. 2019 (dále jako „**rozhodnutí o vyloučení**“).
4. Dne 25. 1. 2019 obdržel zadavatel námitky navrhovatele z téhož dne, kterými navrhovatel brojí proti svému vyloučení ze zadávacího řízení. Zadavatel o uvedených námitkách rozhodl dne 8. 2. 2019, kdy předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 11. 2. 2019.
5. S ohledem na to, že navrhovatel nadále považoval dotčený postup zadavatele za rozporný se zákonem, podal dne 21. 2. 2019 návrh na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jako „**návrh**“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“), který je dle § 248 zákona příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona.

II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad dne 17. 4. 2019 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým zamítnul návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
7. Úřad považuje za prokázané, že při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jako „**smlouva I**“) došlo ze strany navrhovatele k závažnému pochybení, které spočívalo v záměně požadované asfaltové směsi (požadovaná směs SMA 8 za směs SMA 11) a v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky. Úřad je dále toho názoru, že výše uvedené pochybení mělo za následek „jinou srovnatelnou sankci“, konkrétně pak povinnost uhradit náklady na odstranění vad vozovky třetím subjektem a následné uplatnění nároku na úhradu smluvní pokuty v důsledku neodstranění vad.
8. Dle Úřadu se navrhovatel dopustil i druhého tvrzeného závažného pochybení, a sice významného prodlení s realizací plnění dle smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jako „**smlouva II**“), když dílo dle této smlouvy nedokončil ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017 a následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017.
9. Úřad pro výše uvedené dospěl k závěru, že byly dány důvody dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení navrhovatele z účasti na zadávacím řízení na veřejnou zakázku, pročež tak zadavatel při vyloučení navrhovatele z uvedených důvodů a na základě uvedeného ustanovení zákona nepochybil.

III. Rozklad navrhovatele

10. Dne 2. 5. 2019 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne, kterým brojí proti napadenému rozhodnutí v plném rozsahu. Ze správního spisu vyplývá, že napadené

rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 17. 4. 2019. Navrhovatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

11. Navrhovatel předně Úřadu vytýká, že odůvodnění napadeného rozhodnutí je téměř identické jako jiné rozhodnutí Úřadu. Navrhovatel je dále toho názoru, že napadené rozhodnutí je nezákonné a nesprávné. Navrhovatel předně nesouhlasí s postupem Úřadu, který se zabýval důvody pro vyloučení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a pokládá si otázku, proč Úřad selektuje argumentaci, kterou se zabývat bude a kterou nikoliv.
12. Dle navrhovatele není pravdou, že by postup zadavatele v rozporu se smlouvou o dílo na veřejnou zakázku s názvem „I/19 Jordán – MÚK s D3“ byl irelevantní, neboť zadavatel byl v prodlení s předáním staveniště. Dále navrhovatel namítá, že nesouhlasí s názorem Úřadu, že lhůta 3 let stanovená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona není retroaktivní a tvrdí, že například 100 letá lhůta by dle názoru Úřadu nebyla ústavně konformní. Ve vztahu k výkladu § 48 odst. 5 písm. d) zákona navrhovatel dále namítá, že textace uvedeného ustanovení zákona a zejména užitá interpunkce a spojky nutně vede k závěru, že vždy musí vzniknout škoda a k ní musí přistoupit buď předčasné ukončení smluvního vztahu, nebo jiná srovnatelná sankce. Pokud jde o vytýkaná pochybení, navrhovatel tvrdí, že sice došlo k záměně směsi SMA 8 za SMA 11 a tím i k vadnému plnění ve vztahu ke smlouvě I, ale jednalo se o neodstranitelnou vadu a zadavatel měl proto právo na slevu. Dle navrhovatele se Úřad nezabýval tím, zda zadavatel ve vztahu k plnění smlouvy I řádně a včas reklamoval plnění, které převzal. Navrhovatel konstatuje, že mu byla doručena pouze reklamace ze dne 13. 11. 2017 a to 24. 11. 2017, kdy měl dílo opravit do 30. 11. 2017, což nemohl splnit. Navrhovatel dále poukazuje na to, že ve správním spise není přítomen znalecký posudek, dle kterého by se navrhovatel dopustil vad při plnění smlouvy I.
13. Navrhovatel také nesouhlasí s tím, že by se v probíhajícím správním řízení neměly uplatnit zásady trestního řízení, neboť Úřad patrně opomíjí, že je před ním vedeno správní řízení, ve kterém se tyto zásady uplatnit mají.
14. Navrhovatel dále namítá, že se Úřad vůbec nezabýval tím, že zadavatel předal staveniště dle smlouvy II navrhovateli o několik měsíců později; dále otázkou, kdy (případně zda vůbec) byla navrhovateli doručena reklamace plnění dle smlouvy I a zda měl navrhovatel dostatek času na jejich odstranění.

Závěr rozkladu

15. V závěru rozkladu navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

16. Dne 13. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele. Zadavatel zprvu poukazuje na to, že naprostá většina rozkladových námitek již byla ze strany navrhovatele tvrzena a že došlo k jejich vyvrácení jak ze strany zadavatele, tak ze strany Úřadu. Zadavatel dále označuje rozklad navrhovatele za naprosto nepřehledný, neboť často není patrné, kdy navrhovatel pouze rekapituluje závěry napadeného rozhodnutí a kdy prezentuje vlastní

rozkladové námitky. Zadavatel se dále vyjadřuje k jednotlivým bodům rozkladové argumentace a na závěr svého vyjádření dodává, že má nadále za jednoznačně prokázané, že se navrhovatel v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení dopustil porušení povinností, které mu vyplývají ze smluvního vztahu se zadavatelem, která jsou dle zadavatele závažná. Zadavatel je tak toho názoru, že postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel považuje napadené rozhodnutí za správné a veškeré dílčí závěry Úřadu považuje nadto i za srozumitelné, pročež navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.

V. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

20. Stěžejní pro posouzení zdejší věci je ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, které upravuje institut vyloučení pro nezpůsobilost. Dle tohoto ustanovení platí, že 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.
21. Důvod pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení je dán tehdy, dopustil-li se dodavatel při plnění dřívějšího smluvního vztahu více závažných nebo dlouhodobých pochybení a je-li kumulativně splněno několik podmínek. Jedná se o podmínku časovou v tom smyslu, že relevantní je pochybení, kterého se dodavatel dopustil v období maximálně 3 roky nazpět před zahájením zadávacího řízení, ze kterého má být pro dotyčné pochybení vyloučen. Dále se jedná o podmínku intenzity pochybení, tedy že pochybení musí být buď závažné, či dlouhodobé, nebo i obojí zároveň. V tom se projevuje ústavní princip přiměřenosti, neboť ojedinělá drobná pochybení zásadně nejsou způsobilá vyloučení odůvodnit – jednalo

by se totiž o nepřiměřený zásah do práv dodavatele. Dále se jedná o podmínku subjektu smluvního vztahu v tom smyslu, že relevantní jsou pouze pochybení při plnění povinností ze smluvního vztahu se zadavatelem, který vede zadávací řízení, ze kterého je dodavatel vylučován, anebo ze vztahu s jiným veřejným zadavatelem. Nakonec se jedná o podmínku kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení, což znamená, že relevantní jsou pouze ta pochybení, která vedla ke vzniku škody, k předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím. Za srovnatelné sankce je potom třeba považovat veškeré právní prostředky, které právní řád či ujednání stran poskytuje zadavateli k tomu, aby zhojil následky pochybení dodavatele či aby jej za toto pochybení sankcionoval. Typicky se bude jednat o práva z vadného plnění či právo na smluvní pokutu.

22. Pojem „*pochybení*“ je autonomním pojmem práva veřejných zakázek. Nepochybně má tento pojem vazbu na soukromé právo, neboť zahrnuje situace, kdy je poskytnuto plnění vadné, plnění pozdní či kdy není závazek vůbec splněn nebo jsou jinak porušena pravidla, která se na plnění závazků vztahují, ať už plynou z předpisů soukromého práva, ujednání stran či z předpisů práva veřejného.
23. V praxi bude podstatnou část pochybení představovat prodlení dodavatele nebo poskytnutí vadného plnění ve smyslu soukromého práva (srov. § 1916 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „**občanský zákoník**“). V tomto ohledu tedy praxi zadávání veřejných zakázek jistě poslouží i závěry civilní judikatury a poznatky vědy občanského práva. Výše uvedené samozřejmě nic nemění na tom, že musí být naplněny i další uvedené podmínky, aby taková pochybení mohla být považována za důvod nezpůsobilosti dodavatele.
24. Navrhovatel argumentoval, že k posouzení naplnění předpokladů vyloučení pro nezpůsobilost je třeba rozhodnutí soudu. Navrhovatel se v rozkladu dále vymezuje proti závěru Úřadu, že posouzení platnosti odstoupení od smlouvy je výhradně v kompetenci civilních soudů a že Úřad sám není tuto otázku oprávněn posuzovat (srov. např. bod 135. odůvodnění napadeného rozhodnutí). To je dle navrhovatele v rozporu s jinde uvedeným závěrem Úřadu o tom, že k posouzení podmínek vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) není třeba pravomocného rozhodnutí soudu (srov. např. bod 146. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
25. K výše uvedené námitce je třeba obecně konstatovat, že soukromá subjektivní práva a povinnosti vznikají z tzv. právních důvodů. Takovým právním důvodem je buď zákon sám, nebo zákonem předvídaná právní skutečnost. Tyto skutečnosti lze rozlišit na skutečnosti, pro které je relevantní lidská vůle (právní jednání a konstitutivní rozhodnutí orgánu státní moci) a právní skutečnosti, pro které není lidská vůle důležitá (právně relevantní události). K tomu lze odkázat na doktrínu občanského práva (např. DVORÁK, Jan a kol. Občanské právo hmotné. Díl první., Obecná část. 2., akt. a dopl. vydání. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2016, s. 155. ISBN 978-80-7552-187-3.). V oblasti závazkového práva je nejčastější vznik soukromých subjektivních práv na základě právních skutečností, pro které je lidská vůle relevantní či z právně relevantních událostí.
26. Soudy v civilním řízení o soukromých subjektivních právech v oblasti závazkového práva rozhodují zásadně deklaratorním rozhodnutím, kterým jen autoritativně potvrzují již vzniklý právní stav. Konstitutivním rozhodnutím naopak soud zakládá, mění či ruší právní vztahy

(srov. např. rozhodování § 1960 či § 2620 odst. 2 občanského zákoníku). K těmto východiskům lze odkázat na rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 26 Cdo 3589/2007, ze dne 13. 8. 2008. Konstitutivní rozhodnutí soudu je právní skutečností a soud k jeho vydání musí být zvláště zmocněn (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 5. 2005, sp. zn. 22 Cdo 1438/2004: „*Konstitutivní rozhodnutí tedy nedeklaruje již existující práva a povinnosti, ale zasahuje do hmotněprávní sféry účastníků tak, že zakládá, mění nebo ruší subjektivní práva a povinnosti. K takovému zásahu je třeba výslovného ustanovení zákona, který výjimečně dovoluje soudu z podnětu žalobce zasáhnout do soukromých práv a povinností.*“). Jinak řečeno, není-li soud výslovně zmocněn k tomu, aby svým rozhodnutím založil, změnil či zrušil soukromá subjektivní práva a povinnosti, dochází k jejich vzniku, změně či zániku na základě právní skutečnosti, nikoliv (deklaratorním) rozhodnutím soudu.

27. O otázkách, o kterých civilní soud rozhoduje deklaratorním rozhodnutím, si může Úřad učinit úsudek [§ 57 odst. 1 písm. c) správního řádu], pokud je to nezbytné k jeho rozhodnutí ve správním řízení, a to i tehdy, pokud uvedené otázky ještě neposuzoval civilní soud. Úřadu ovšem nepřísluší o otázkách soukromého práva rozhodovat autoritativně, tedy výrokem rozhodnutí, který by nabýval právní moci a byl by závazný. Není totiž arbitrem soukromoprávních sporů, ale orgánem dohledu nad postupem zadavatele podle zákona. Svůj úsudek pak Úřad vysloví pouze v odůvodnění svého rozhodnutí a zdůvodní jej. Pokud uvedené otázky soukromého práva již civilní soud posuzoval, musí k jeho názoru Úřad při své argumentaci přihlížet.
28. Úřad přitom nikterak nesupluje úlohu civilního soudnictví, protože úsudek Úřadu o otázkách soukromého práva není pro strany řízení závazný. Není totiž vyslovován výrokem rozhodnutí. V zákoně však existují ustanovení, jejichž hypotézy vycházejí z otázek soukromého práva a někdy se bez jejich předchozího předběžného posouzení Úřad nemůže obejít (např. jestli vznikla škoda, jiná sankce či jestli byl ukončen smluvní vztah).
29. Právě ve zdejších případech bylo předmětem sporu mimo jiné i to, zda bylo pro úspěšné vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení třeba rozhodnutí soudu o tom, zda je skutečně nezpůsobilý, tedy zda byly naplněny jednotlivé elementy hypotézy § 48 odst. 5 písm. d) zákona (srov. bod 145. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Úřad k tomu správně uvedl, že z citovaného ustanovení jazykovým výkladem nikterak nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala předchozí rozhodnutí soudu. Z toho uzavřel, že rozhodnutí soudu nutné není. S tím je třeba se ztotožnit. Předseda k tomu dodává, že ani systematickou argumentací nelze dospět k jinému závěru, než k jakému dospěl Úřad, protože ani občanské právo nevyžaduje rozhodnutí soudu k přijetí právního závěru o tom, zda zhotovitel plnil vadně či řádně, včas nebo pozdě či zda vzniklo právo z vadného plnění, škoda, právo na náhradu škody nebo právo na smluvní pokutu. Naopak, tyto závěry lze učinit jen na základě zjištění a posouzení skutkových okolností případu, tedy např. zjištění, jak bylo plněno či zda a za jakých podmínek byla sjednána smluvní pokuta. Ani z pohledu účelu zákona (teleologického výkladu) by argumentace navrhovatele, že je třeba rozhodnutí soudu, nedávala smysl, protože pokud by měl zadavatel před každým vyloučením pro nezpůsobilost zahájit soudní řízení, které zpravidla trvá řádově několik let, mohl by se stát institut vyloučení pro nezpůsobilost prakticky neaplikovatelným, neboť civilní řízení při využití opravných prostředků často trvá více než 3 roky.

30. Výše uvedené závěry lze opřít i o závěry komentářové literatury k zákonu: **„Nejlepší pozici pro prokázání nezpůsobilosti dodavatele dle komentovaného odstavce 5 bude mít samozřejmě ten zadavatel, který bude mít k dispozici rozhodnutí správního či soudního orgánu, případně jiného orgánu veřejné moci či profesní samosprávy o tom, že se účastník určitého pochybení odůvodňující nezpůsobilost dle komentovaného odstavce 5 skutečně dopustil [to se bude týkat zejména případů uvedených pod písm. a), d) a f), popřípadě výjimečně i e)]. Existence soudního či správního rozhodnutí nicméně není podmínkou pro uplatnění postupu zadavatele (vyloučení účastníka) dle komentovaného odstavce 5; zadavatel může splnění podmínek nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení prokázat i jinými relevantními způsoby a důkazy, například protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a z jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod.“** (Komentář k § 48 zákona; Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, 1320 s.).
31. Proto lze uzavřít, že ohledně naplnění předpokladů vyloučení pro nezpůsobilost nemusí zadavatel ani Úřad vyčkávat rozhodnutí civilního soudu o tom, zda byly tyto předpoklady naplněny, ale mohou si o nich učinit úsudek.
32. Předseda se dále zabýval otázkou, zda Úřad správně posoudil naplnění předpokladů § 48 odst. 5 písm. d) zákona, když uzavřel, že důvod pro vyloučení dle tohoto ustanovení dán byl. Ve zdejších případech se navrhovatel se dopustil více pochybení, neboť pochybil jednak při plnění smlouvy I, a to dvakrát, jednak pochybil i při plnění smlouvy II. Pro obě řešená pochybení byly po právu uplatněny soukromoprávní sankce, zejména smluvní pokuty. Časová podmínka i podmínka subjektu smluvního vztahu byly u uvedených pochybení rovněž naplněny, jak správně dovodil Úřad, neboť stranami smlouvy I, jakož i smlouvy II byli zadavatel a navrhovatel a tyto smlouvy byly uzavřeny v tříleté době předvídané § 48 odst. 5 písm. d) zákona. V této době došlo jednak k závažným pochybením, jednak ke vzniku sankcí ve formě smluvních pokut. K výše popsanému předseda předně odkazuje na body 88. až 135. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
- K pochybením při plnění smlouvy I*
33. Při plnění smlouvy I se navrhovatel dopustil vícero pochybení, neboť zejména poskytl plnění jiné věci (asfaltovou směs o jiné než dohodnuté velikosti zrn), a ještě k tomu plnil v rozporu se smlouvou I tím, že obrusnou vrstvu vozovky zhotovil v nedostatečné tloušťce, vozovka vykazovala trhliny v obrusné vrstvě, nedostatky pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a další vady. Pochybení při plnění smlouvy I bylo závažné jednak z důvodu, že bylo poskytnuto plnění z jiného než požadovaného materiálu, jednak i proto, že bylo plněno s dalšími vadami, které mimo jiné spočívaly v nedodržení technických požadavků kladených na poskytované plnění. Závažné je rovněž to, že došlo ke kumulaci takovýchto pochybení při plnění jedné smlouvy. Pro tato pochybení bylo zadavatelem požadováno uhrazení nákladů na odstranění vad ve výši 3 181 794,06 Kč. Vedle toho ještě navrhovatel vady ve lhůtě neodstranil, za což byla požadována obchodními podmínkami předvídaná smluvní pokuta ve výši 242 000 Kč.

34. Navrhovatel kritizoval, že ve správním spise není ohledně tvrzené nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy založen ani znalecký posudek, ani rozhodnutí soudu, z nichž by vyplynulo, že se jedná o vadu.
35. Otázka, zda se jedná o vadu, se odvíjí od otázky, zda při plnění smlouvy I došlo k nesouladu poskytnutého plnění s plněním, které mělo být poskytnuto. Tato druhá otázka je otázka skutková, a lze si proto představit, že by ji mohl posoudit znalec, pokud by o ní měl Úřad důvod pochybovat.
36. Avšak, ve zdejších případech je zjevné z komunikace stran ohledně plnění smlouvy I, jakož i z podání stran učiněných v tomto řízení, že plněno v rozporu se smlouvou I bylo. Došlo jednak k záměně asfaltových směsí, což navrhovatel sám již v námitkách označuje za neodstranitelnou vadu (str. 12 námitek), jednak došlo k tomu, že tloušťka obrusné vrstvy byla menší, než stanoví technická norma, k trhlinám v obrusné vrstvě, k nedostatkům pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a dalším vadám popsaným v rozhodnutí o vyloučení (srov. bod 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Své tvrzení o existenci vad prokázal zadavatel o výsledky zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., které jsou ve správním spise. Navrhovatel se v námitkách obecně vymežil vůči existenci vad. Podrobně se vyjádřil pouze k nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy, k níž uvedl, že pouze v jednom případě (str. 6, odkazem na své stanovisko ze dne 26. 8. 2017) byly zjištěny nedostatky, a to s poukazem na stanoviska TPA ČR s.r.o. a soudního znalce. Předseda nepovažuje za nutné zkoumat, ve kterých konkrétních případech byla obrusná vrstva vozovky tenčí než předepsaná tloušťka, protože ve zdejším řízení má za prokázané, že došlo i k ostatním vadám, tedy k trhlinám v obrusné vrstvě, k nedostatkům pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a dalším vadám popsaným zadavatelem (str. 9 a 10. rozhodnutí o vyloučení). Navrhovatel totiž nepředložil v řízení nic, co by tento závěr zpochybnilo. Provedení důkazu znaleckým posudkem navrhovatel nenavrl. Předseda připomíná, že správní orgán má podle § 3 správního řádu zjistit skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti. K tomu v otázce vad došlo.
37. Se zjištěním skutkového stavu a s dokazováním provedeným Úřadem souvisí následující námitka navrhovatele týkající se zásady *in dubio pro reo* a zásady *presumpce nevinny* (srov. 148. a 149. odůvodnění napadeného rozhodnutí). K bodu 149. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvádí, že na zadávací řízení se neaplikují zásady trestního řízení, navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad pomíjí, že se u něho vede správní řízení, ve kterém se právě tyto zásady používají a Úřad nemůže při svém rozhodování vycházet z tvrzení zadavatele, aniž by jeho tvrzení byla prokázána důkazy. Předseda k tomu konstatuje, že navrhovatel směšuje zásady ovládající zadávací řízení a zásady ovládající správní řízení o přestupku vedené Úřadem. Zatímco zadávací řízení představuje v zásadě soukromoprávní kontraktační proces, jehož právní úprava se vyznačuje veřejnoprávními ingerencemi do autonomie vůle jeho stran, v řízení o přestupku před Úřadem se zadavatel a další účastníci tohoto řízení ocitají v procesním právním vztahu, jehož charakter je v podstatě veřejnoprávní. Ve zdejších případech je však vedeno řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, takže uvažovat o aplikaci zásad trestního řízení není vůbec namístě. Správní řád, podle něhož se ve spojení se zákonem vede řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, upravuje základní východisko pro postup při dokazování v ustanovení § 3. Ve zdejším řízení o existenci důvodů pro vyloučení navrhovatele důvodné pochybnosti nejsou.

38. Pokud jde o závažnost vytýkaného pochybení, Úřad shledal, že závažné bylo pochybení navrhovatele proto, že jednak použil při zhotovení díla jiný materiál, jednak zhotovil dílo vadně (bod 102. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Závažné je rovněž to, že došlo k takovéto kumulaci nedostatků díla při plnění jedné smlouvy.
39. Navrhovatel dále kritizoval závěr Úřadu, že došlo ke zmaření účelu smlouvy na „I/23 Řípec – hr. okr. JH“. Zadavatel totiž dílo převzal. Úřad navíc dle navrhovatele neposoudil otázku, zda zadavatel reklamoval řádně a včas. Předseda k tomu uvádí, že v situaci, kdy objednatel nedostane od zhotovitele to, co dostat měl, a ještě s takovými vadami, že poskytnuté plnění neobstojí před technickými normami, je skutečně závěr, že účel smlouvy byl zmařen, na místě. Ani skutečnost, že objednatel dílo převezme, není s tímto závěrem v rozporu. Nepochybně lze převzít vadné dílo a toto dílo bude stále vadné i po převzetí.
40. Pokud jde o podmínku kvalifikovaného následku, v důsledku pochybení navrhovatele vzniklo zadavateli právo na zaplacení smluvní pokuty.
41. Právo na smluvní pokutu vzniklo ujednáním stran. Podle ujednání na straně 2 smlouvy I jsou součástí smlouvy „Dopis nabídky, Příloha k nabídce“, „Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných zadavatelem - Obecné podmínky (díl 2, část 2 zadávací dokumentace)“ (dále jen „VOP“) a „Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných zadavatelem - Zvláštní podmínky (díl 2, část 3 zadávací dokumentace)“ (dále jen „ZOP“). Dokumenty obsahující VOP i ZOP jsou uveřejněny na webové adrese profilu smlouvy v registru smluv (<https://smlouvy.gov.cz/smlouva/634089>). VOP i ZOP jsou založeny ve správním spise.
42. Podle Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP ve znění ZOP má Objednatel (zadavatel) má vůči Zhotoviteli (navrhovatel) právo na zaplacení smluvní pokuty ve výši stanovené v Příloze k nabídce, jestliže zhotovitel neodstraní vadu nebo poškození do data oznámeného objednatelem podle Pod-čl. 11.4 (Neúspěšné odstraňování vady). Podle Pod-čl. 11.4 VOP platí, že jestliže zhotovitel neodstraní vadu nebo poškození během přiměřené lhůty, může být objednatelem nebo jeho jménem určeno datum, kdy nebo do kdy mají být vada nebo poškození odstraněny. Zhotoviteli musí být o tomto datu podáno patřičné oznámení. Podle Pod-čl. 11.4 ZOP pak poslední odstavec tohoto ustanovení (Pod-čl. 11.4 VOP) stanoví, že jestliže zhotovitel do data oznámeného podle prvního odstavce tohoto Pod-článku vadu nebo poškození neodstraní, vzniká Objednateli nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši uvedené v Příloze k nabídce. V Příloze k nabídce je stanoveno, že smluvní pokuta za neodstranění vady v termínu dle Pod-čl. 11.4 VOP 2 000,- Kč za každý započatý den prodlení.
43. Vady spočívající v trhlinách obrusné vrstvy byly vytknuty dopisem ze dne 21. 3. 2017 technického dozoru stavebníka (příloha č. 2 rozhodnutí o vyloučení). Dopisem ze dne 21. 6. 2017 byla správcem stavby požadována výměna obrusné vrstvy vozovky z důvodu užití materiálu SMA11 a nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy. Dopisem ze dne 18. 8. 2017 bylo správcem stavby v souvislosti se záměnou mastixového koberce SMA11 za SMA8 opětovně požádáno o výměnu obrusné vrstvy vozovky a k tomu stanoven termín do 10. 9. 2017. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 26. 8. 2017 navrhoval odfrézování stávající obrusné vrstvy a její náhradu novou obrusnou vrstvou opět z materiálu SMA11. Dopisem správce stavby ze dne 3. 10. 2017 byla v souvislosti se záměnou materiálu

mastixového koberce, jakož i v souvislosti s nedostatečnou tloušťkou obrusné vrstvy vozovky, stanoven další termín k výměně obrusné vrstvy, a to do 25. 10. 2017.

44. V souvislosti s tím, že do 10. 9. 2017 (termín stanovený dopisem ze dne 18. 8. 2017) vady nebyly stále odstraněny, pak zadavatel dopisem svého právního zástupce ze dne 16. 4. 2018 požadoval pokutu 242 000 Kč za období 11. 9. 2017 do 9. 1. 2018. Bez ohledu na výši smluvní pokuty je z toho třeba učinit závěr, že právo na smluvní pokutu dle pod-čl. 4.28 písm. g) VOP vzniklo, neboť zadavatel navrhovateli vady vytknul, několikrát ho požádal o jejich odstranění a poskytl mu přiměřený čas k jejich odstranění, než pokutu požadoval, neboť vady podrobně vytkl dopisy ze dne 21. 3. 2017 a 21. 6. 2017, termín k jejich odstranění určil dopisem ze dne 18. 8. 2017 do 10. 9. 2017 a smluvní pokutu požadoval až od dne následujícího.
45. Z toho předseda uzavírá, že vzniklo právo uplatnit srovnatelnou sankci (smluvní pokutu) dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a s ohledem na pochybení při plnění smlouvy I byly tedy naplněny požadavky tohoto ustanovení. Z důvodu procesní ekonomie postačí, že bylo postaveno na jisto, že vzniklo právo uplatnit jen jednu ze sankcí, ke kterým pochybení při plnění smlouvy I vedlo.
46. Navrhovatel dále konstatuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že došlo k záměně směsi SMA 8 za SMA 11, a k vadnému plnění u zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“. K tomu navrhovatel uvádí, že se však jednalo o neodstranitelnou vadu a že zadavatel měl právo na slevu. K tomu předseda konstatuje, že pokud má snad navrhovatel na mysli, že z toho důvodu nevznikla škoda a že tak nebyl naplněn § 48 odst. 5 písm. d) zákona, pak je třeba konstatovat, že právo na slevu z ceny za provedení díla je právem z vadného plnění, a tedy rovněž jinou srovnatelnou sankcí ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d). Mimo to, v souvislosti se smlouvou I vzniklo i právo na smluvní pokutu, které je rovněž takovouto srovnatelnou sankcí. Námitka tedy není důvodná.
47. Navrhovatel dále namítal, že dle Úřadu údajně v námitkách a návrhu argumentuje pouze proti záměně asfaltové směsi. Úřad prý přitom zcela pomíjí, že navrhoval i vyfrézování a opětovné položení asfaltového koberce. K tomu předseda konstatuje, že není v zásadě rozhodné, jakým způsobem se navrhovatel snažil již vzniklé pochybení odstranit, ale již sám o sobě fakt, že k pochybení došlo.
48. Pokud jde o námitku, že Úřad nezkoumal řádnost a včasnost procesu vytýkání vad, pak je třeba konstatovat, že Úřad neměl důvodné pochybnosti o tom, že se tak stalo. Nemá je ani předseda. Navrhovatel to před podáním rozkladu ani nenamítal. V rozkladu nevysvětlil, proč by měly být reklamace neřádné či pozdní. K dopisu ze dne 30. 11. 2017 viz níže.
49. K námitce, že Úřad se nijak nevyjádřil k tomu, zda a vůbec byly reklamace vad při plnění smlouvy I doručeny a zda měl navrhovatel dostatek času na jejich odstranění, je třeba uvést, že není být z podstaty věci důvodná, neboť rozhodující je, že nebylo plněno řádně, nikoliv kdy byla vytknuta vada. I kdyby reklamace nikdy nebyla doručena, nemění to nic na tom, že k neřádnému plnění, a tedy i k pochybení navrhovatele došlo. Otázka přiměřenosti času k odstranění vad je rozhodná v otázce práva na smluvní pokutu, neboť dle obchodních podmínek je předpokladem vzniku práva na smluvní pokutu to, že byl poskytnut přiměřený čas k odstranění vad. Jak bylo výše uvedeno, přiměřený čas k odstranění vad poskytnut byl.

50. K námitce, že Úřad uvádí, že reklamace ze strany zadavatele byla mimo jiné také ze dne 13. 11. 2017 a 30. 11. 2017, přičemž navrhovatel je nemá k dispozici a táže se, zda jsou obě reklamace součástí správního spisu, je třeba uvést, že reklamace ze dne 30. 11. 2017 je dle původního textu podkladem skutkových závěrů Úřadu pouze co do bodu 112. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Text této části odůvodnění byl následně opravným usnesením č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-13149/2019/512/TDv ze dne 13. 5. 2019 opraven tak, že datum 30. 11. 2017 bylo ve všech výskytech nahrazeno datem 13. 11. 2017. Jednalo totiž o písařskou chybu. Reklamace ze dne 30. 11. 2017 tedy není podkladem rozhodnutí, protože z ní Úřad fakticky nevycházel. Nemusí být tedy založena ve správním spise. Pokud jde o reklamaci ze dne 13. 11. 2017, tato je založena ve správním spise pod položkou č. j. ÚOHS-06484/2019, v elektronickém souboru nazvaném „078_vyloucení_přiloha_08_cast_1“. Tvrzení, že posledně uvedenou reklamaci navrhovatel nemá k dispozici, není věrohodné, protože v části II. rozkladu navrhovatel uvádí, že ji obdržel.

K pochybením při plnění smlouvy II

51. Plnění smlouvy II pak navrhovatel poskytl v části pozdě, v části vůbec. Plnění smlouvy II bylo opožděné, což dle zadavatele v důsledku vedlo k nemožnosti dokončení díla z důvodu nepříznivých klimatických podmínek. Pochybení při plnění smlouvy I vedlo k uplatnění práva na smluvní pokutu, pochybení při plnění smlouvy II k odstoupení od této smlouvy (k předčasnému ukončení smluvního vztahu) zadavatelem a rovněž k uplatnění práva na smluvní pokutu.
52. Závěr o závažnosti pochybení postavil Úřad na tom, že pochybení vedlo ke zmaření účelu smlouvy tím, že dílo nebylo z důvodu prodlení navrhovatele dokončeno (bod 127. odůvodnění napadeného rozhodnutí, *in fine*). Předseda však spatřuje závažnost pochybení navrhovatele již v tom, že přes sjednaný termín do 6. 11. 2017 a přes alespoň dvě urgencye zadavatele dokončil navrhovatel III. etapu díla až 13. 12. 2017, jak sám uvádí v návrhu na str. 15. Původní délka Doby pro dokončení byla sjednána na 2 měsíce, jak plyne z přílohy k nabídce (viz níže), tj. do 31. 10. 2017. Později byla doba pro dokončení prodloužena ještě do 6. 11. 2017. Navrhovatel přesto prodléval ještě 36 dní (počítáno od data 6. 11. 2017), tedy více než polovinu původně sjednané Doby pro dokončení (původně 2 měsíce). Už proto je třeba považovat prodlení navrhovatele za závažné pochybení.
53. K námitce, že Úřad neuvádí, jak došlo ke zmaření účelu smlouvy II, je třeba konstatovat, že vypořádávat ji by bylo bezpředmětné, neboť závažnost pochybení navrhovatele je dána již délkou jeho prodlení, jak výše uvedeno.
54. Namítá-li navrhovatel, že Úřad neuvádí, jak že měl navrhovatel ignorovat účel smlouvy II, odkazuje předseda navrhovatele na bod 127. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je tento argument Úřadu zcela jasně vysvětlen. Konkrétně tam Úřad uvádí, že navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění IV. etapy díla se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky.
55. Navrhovateli je třeba dát za pravdu v tom, že není jasné, oč Úřad opřel svůj závěr o tom, že klimatické podmínky neumožňovaly dokončení díla (bod 127. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Závažnost pochybení je však dána již samotnou délkou jeho prodlení.

56. Ohledně námitky, že je nesprávný závěr Úřadu, že odstoupení od smlouvy je třeba považovat za platné, dokud o neplatnosti nerozhodne soud, předseda konstatuje, že je ve zdejší věci irelevantní, neboť v důsledku obou pochybení vzniklo právo na smluvní pokutu, které představuje jinou srovnatelnou sankci ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Předseda však podotýká, že Úřad svůj závěr neopřel o žádné ustanovení zákona, judikaturu ani doktrinální názor.
57. Závěry komentářové literatury hovoří naopak spíše v neprospěch názoru Úřadu. Lze odkázat jednak na komentář z roku 2017 („*Právní jednání je platné nebo neplatné bez ohledu na to, zda jeho neplatnost byla autoritativně deklarována orgánem veřejné moci či nikoliv. V případech relativní neplatnosti je však třeba, aby se jí dovolal ten, kdo tak může učinit.*“; Komentář k § 574 občanského zákoníku. BERAN, V. in: „PETROV, Jan a kol. Občanský zákoník: komentář. Praha: C.H. Beck, 2017. Beckova edice komentované zákony, s. 611. ISBN 978-80-7400-653-1.; pozn.: zvýraznění bylo v obou případech doplněno předsedou.).
58. Lze rovněž odkázat na komentář z roku 2014 (LAVICKÝ, P. a kol.: Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, 2400 s. K § 586 občanského zákoníku.). Je však korektní uvést, že o této otázce zaznívají v doktríně občanského práva různé názory.
59. Ani za předchozí právní úpravy (zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) nebylo ke vzniku neplatnosti třeba rozhodnutí soudu. Lze odkázat na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 1. 2009, sp. zn. 30 Cdo 2940/2007, kde se uvádí: „*K tomu, aby nastaly účinky tzv. relativní neplatnosti, zákon (...) nestanoví žádnou formu; proto tak lze učinit jakýmkoliv způsobem. (...) postačuje, aby oprávněná osoba uplatnila tzv. relativní neplatnost právního úkonu i mimosoudně. (...) Otázku tzv. relativní neplatnosti lze v občanském soudním řízení vždy řešit jako otázku předběžnou.*“; pozn.: zvýraznění doplněno předsedou.).
60. Text ustanovení § 586 občanského zákoníku, ani text ustanovení § 40a zákona č. 40/1964 Sb., které upravují relativní neplatnost, přitom výslovně nehovoří o tom, že by bylo třeba, aby o neplatnosti rozhodl soud. K vydání rozhodnutí, kterým soud autoritativně zasahuje do práv a povinností subjektů práva (konstitutivního rozhodnutí), musí však být soud výslovně zmocněn zákonem (již citovaný rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 5. 2005, sp. zn. 22 Cdo 1438/2004).
61. Z výše uvedených důvodů je obecně třeba, aby si o otázce neplatnosti učinil Úřad alespoň rámcový úsudek. V případě tzv. relativní neplatnosti tak učiní jen k námitce neplatnosti v souladu s § 586 občanského zákoníku. Je samozřejmé, že úsudek Úřadu z podstaty věci nemůže být tak podrobný, jako posouzení věci civilním soudem.
62. Ve zdejším případě však není třeba se otázkou platnosti odstoupení od smlouvy II zabývat, protože je postaveno najisto, že v důsledku pochybení při plnění této smlouvy vzniklo zadavateli právo na smluvní pokutu, které představuje srovnatelnou sankci ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Vznik práva na smluvní pokutu učinil zadavatel součástí důvodů pro vyloučení navrhovatele pro pochybení při plnění smlouvy II (str. 12. a 13. rozhodnutí o vyloučení).

63. Právo na smluvní pokutu vzniklo ujednáním stran. Podle ujednání na straně 2 smlouvy II jsou součástí smlouvy „*Dopis nabídky, Příloha k nabídce*“, VOP a ZOP. Dokumenty obsahující VOP i ZOP jsou uveřejněny na webové adrese profilu smlouvy v registru smluv (<https://smlouvy.gov.cz/smlouva/634129>). VOP i ZOP jsou založeny ve správním spise.
64. Podle Pod-čl. 4.28 písm. f) ZOP má Objednatel (zadavatel) vůči Zhotoviteli (navrhovatel) právo na zaplacení smluvní pokuty, jestliže nedodrží Dobu pro uvedení do provozu podle Pod-čl. 10.5 ZOP (Předčasné užívání). Podle Pod-čl. 1.1.3.10 ZOP se Dobou pro uvedení do provozu rozumí doba pro dokončení Díla zhotovitelem v rozsahu nezbytném pro účely uvedení Díla do provozu za podmínek stavebního zákona tak, jak je stanovena v Příloze k nabídce a počítá se od Data zahájení prací.
65. Výše smluvní pokuty byla v Příloze k nabídce ujednána na 28 000 Kč za každý započatý den prodlení navrhovatele s dokončením prací v rozsahu nezbytném pro uvedení Díla do provozu.
66. Dle zjištění Úřadu navrhovatel v důsledku svého prodlení nedodržel ani lhůtu pro uvedení do provozu, jak tvrdí to zadavatel. Navrhovatel netvrdí opak a nic nenasvědčuje tomu, že by tento skutkový závěr neměl být pravdivý.
67. Doba pro uvedení do provozu byla stanovena v příloze k nabídce v délce 2 měsíce (se všemi prodlouženími podle Pod-čl. 8.13 ZOP). Byla tedy stanovena ve stejné délce jako Doba pro dokončení. Doba pro dokončení díla, která byla původně sjednána do 31. 10. 2017 byla vzájemnou dohodou stran (tj. na žádost navrhovatele se souhlasem zadavatele) prodloužena do 6. 11. 2017. Toto zjištění vychází jednak z toho, že to tvrdí zadavatel (např. rozhodnutí o vyloučení, str. 11), jednak z toho, že navrhovatel to nepopírá a ve svých podáních s tímto datem operuje.
68. Doba pro uvedení do provozu, která byla původně sjednána ve stejné délce jako Doba pro dokončení díla (2 měsíce), a z žádných podkladů rozhodnutí není zjevné, že by byla dále prodloužována, nemohla uplynout později než 6. 11. 2017. Pokud tedy zadavatel počítá v rozhodnutí o vyloučení prodlení navrhovatele, a tedy i smluvní pokutu, ode dne 7. 11. 2017 (str. 13 rozhodnutí o vyloučení), je jeho závěr v souladu s dohodou stran. S ohledem na výše uvedené je tak uvedený závěr v pořádku. Je totiž jisté, že ode dne 7. 11. 2017 příslušela smluvní pokuta.
69. Bylo-li tedy ve zdejší věci sporu o tom, zda pochybení při plnění smlouvy II vedlo ke vzniku sankce ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d), přičemž tento spor se odvíjel od otázky platnosti odstoupení od smlouvy, předseda tímto postavil na jisto, že ke vzniku jiné srovnatelné sankce v důsledku pochybení při plnění smlouvy II došlo, neboť došlo ke vzniku práva na smluvní pokutu. Z důvodu procesní ekonomie není již třeba se zabývat otázkou platnosti odstoupení od smlouvy II.
70. Navrhovatel dále konstatuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že postup zadavatele v rozporu se smlouvou o dílo na zakázku „I/19 Jordán - MÚK s D3“ je irelevantní. K tomu navrhovatel dodává, že právě takto tomu není, jak dle jeho názoru vyplývá z předložených důkazů, neboť zadavatel byl v prodlení s předáním staveniště. K tomu je třeba uvést, že navrhovatel v návrhu uváděl, že práce na výše citované veřejné zakázce úzce souvisí s dobou realizace veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, kdy zadavatel zahájil práci

na obou výše uvedených zakázkách zpozdil tým, že navrhovateli předal staveniště mnohem později a v rozporu se svými předešlými pokyny.

71. Předseda k tomu uvádí, že odpovědnost za řádné a včasné plnění smlouvy II leží na zhotoviteli (dodavateli), neboť smluvní vztah ze smlouvy II je oddělen od smluvního vztahu ze zakázky „I/19 Jordán - MÚK s D3“. Mimo to, z tvrzení navrhovatele, z jím navržených důkazů ani z dokumentace o zadávacím řízení však není jednoznačně zjištělé, jestli a jakou měrou mělo tvrzené jednání zadavatele podíl na tom, že navrhovatel nesplnil své závazky ze smlouvy II včas. Navrhovatel tedy v tomto správním řízení neprokázal, že by údajné pozdní předání staveniště zadavatelem při plnění zakázky „I/19 Jordán - MÚK s D3“ vedlo k prodlení navrhovatele při plnění smlouvy II.
72. K námitce, že Úřad se nijak nevyjádřil k otázce pozdního předání staveniště k plnění zakázky „I/19 Jordán – MÚKs D3“ je třeba konstatovat, že tato námitka není důvodná, protože Úřad se k otázce vyjádřil v bodech 143. a 144. odůvodnění napadeného rozhodnutí, na něž lze navrhovatele odkázat.
73. K námitce, že v bodě 127. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvádí, že došlo k narušení provozu na dotčených komunikacích, je třeba uvést, že není důvodná. K tomu je třeba uvést, že Úřad s tímto skutkovým závěrem operoval v rámci úvah o závažnosti pochybení navrhovatele. Jak však předseda uvedl výše, pochybení bylo závažné už pro samotnou délku prodlení navrhovatele.
74. Rovněž tak k námitce, že Úřad neposuzoval, jestli je dvoudenní lhůta uvedená ve výzvě ze dne 10. 11. 2017 přiměřená, je třeba konstatovat, že není rozhodné, kolik času měl navrhovatel k dokončení díla poté, co se s jeho dokončením dostal do prodlení, ale rozhodný je už samotný fakt, že k prodlení s dokončením díla došlo. Relevantní by to snad bylo v otázce platnosti odstoupení od smlouvy, neboť podmínkou odstoupení dle VOP bylo poskytnutí přiměřeného času k nápravě, nicméně předseda ve shodě s Úřadem konstatuje, že tuto otázku posuzovat není ve zdejším řízení třeba.
75. K námitce, že se Úřad nezabýval otázkou, zda a kdy byly výzvy ze dnů 10. 11. a 21. 11. 2017 doručeny navrhovateli, je třeba konstatovat, že ve svých námitkách proti rozhodnutí o vyloučení uvádí navrhovatel: „*V uvedeném Odstoupení se podává jako důvod pro odstoupení to, že stěžovatel neměl vyhovět Výzvě Správce stavby k nápravě ze dne 10.11.2017 (ev.č. 10275/17-32300/Kr; doručené stěžovateli dne 13.11.2017) (...)“ a také „(...) V souladu s výzvou zadavatele stěžovatel nastoupil dne 24.11.2017 na dokončení shora uvedeného díla (...) 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 (...)“.* Z toho je nade vše pochybnost zjevná, že jakož i kdy předmětné výzvy byly navrhovateli doručeny. Výzva ze dne 21. 11. 2017 tak byla navrhovateli doručena nejpozději 24. 11. 2017, tedy nejdéle 3 dny poté, co byla sepsána, neboť na základě ní nastoupil na dokončení díla. Odpověď na nastolenou otázku tedy jasně plyne z podkladů rozhodnutí.

K ostatním námitkám

76. K námitce, že odůvodnění napadeného rozhodnutí je téměř identické jako odůvodnění jiných rozhodnutí Úřadu a že není zřejmé, jak k tomu došlo, je třeba uvést, že není důvodná. Právní řád neklade na úřední rozhodnutí požadavek kreativního zpracování, ale pouze požadavek

na individuální posouzení věci, tedy posouzení případu podle jeho konkrétních okolností. Nastane-li situace, že text jiného již vydaného úředního rozhodnutí je *mutatis mutandis* použitelný i v jiné věci proto, že přílehlavě reflektuje vše, co je v jiném posuzovaném případě třeba zohlednit, nepředstavuje problém, je-li tento text použit v tomto jiném případě. Ba naopak, jsou-li rozhodné okolnosti tohoto jiného případu jakož i námitky v řízení vznesené obdobně okolnostem a námitkám případu předchozího, je plně v souladu se zásadou transparentnosti úředního rozhodování, pokud účastníci správního řízení dostanou na srovnatelnou otázku srovnatelnou odpověď.

77. Související námitka v bodě 5 rozkladu, tedy že „[v]zhledem k předešlému postoji Úřadu (viz. výše uvedené rozhodnutí) je napadené rozhodnutí zcela nepředvídatelné. V napadeném rozhodnutí Úřad popírá svůj předešlý postup v obdobných věcech a o důvodech se lze pouze dohadovat.“, není srozumitelná. Není z ní totiž zjevné, z jakého důvodu by mělo být napadené rozhodnutí nepředvídatelné či proč by mělo popírat předešlý postup Úřadu v obdobných věcech, a to ani s přihlédnutím k celkovému kontextu věci.
78. Navrhovatel dále konstatuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že se nebude zabývat jinými námitkami navrhovatele, které směřují proti jiným důvodům vyloučení, než jsou důvody pro jeho vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. V souvislosti s tím se navrhovatel ptá, z jakého důvodu se sám Úřad rozhoduje, které námitky bude argumentovat a které ne a proč naopak nepřistoupil k vyargumentování ostatních. K tomu je třeba uvést, že Úřad odpověď na tuto otázku navrhovateli poskytl v bodě 80. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvedl: „(...) Úřad seznal, že je nezbytné zabývat se nejprve oprávněností důvodů vedoucích zadavatele k vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, (...). **Ostatní důvody**, na jejichž základě byl navrhovatel rovněž vyloučen z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, **budou s odkazem na zásadu procesní ekonomie Úřadem posouzeny v případě, že bude shledáno, že byl navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v rozporu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.**“ (pozn.: zvýraznění doplněno předsedou). Takováto odpověď je dle názoru předsedy dostatečná. Úřad totiž shledal, že existoval alespoň jeden důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Nutně tedy musel shledat, že navrhovatel byl vyloučen oprávněně. V takové situaci je zcela zbytečné, aby Úřad přezkoumával i existenci dalších důvodů pro vyloučení ze zadávacího řízení.
79. K námitce retroaktivity aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona i na pochybení vzniklá při plnění ze smluv na veřejné zakázky podle předchozích právních předpisů uvádí předseda, že se zcela ztotožňuje s Úřadem v tom, že toto ustanovení se pochybení při plnění veřejných zakázek podle předchozích právních předpisů dotýká. O retroaktivní aplikaci právního předpisu by se jednalo tehdy, pokud by předpis upravoval práva a povinnosti v právních vztazích vzniklých před jeho vyhlášením. Otázka retroaktivity tedy souvisí s tím, na které právní vztahy aplikovaná norma dopadá. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona však ve zdejších případech podle § 273 odst. 1 zákona nedopadá na zadávací řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZVZ**“), neboť ta mají být dokončena podle ZVZ. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) Úřad ve zdejších případech aplikoval na zadávací řízení zahájené podle zákona. O jakékoliv zpětné účinnosti aplikovaného práva tedy ve zdejších případech nelze hovořit.

80. Námitka navrhovatele svým obsahem míří spíše na to, co zákonodárce učinil rozhodnými právními skutečnostmi odůvodňujícími vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. Navrhovatel konkrétně kritizuje časový rámec rozhodný pro vznik pochybení, pro něž může být dodavatel ze zadávacího řízení vyloučen. Předseda konstatuje, že při zachování mantinelů plynoucích z ústavy je v zásadě věcí zákonodárce, na čem do budoucna založí oprávnění zadavatele určitě dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit. Pokud se zákonodárce rozhodne, že nově dá zadavatelům možnost zohlednit ve stávajícím zadávacím řízení pochybení dodavatelů vzniklá při plnění smluvních vztahů z předchozích veřejných zakázek, není tím nijak zasaženo legitimní očekávání dodavatelů. I za úpravy ZVZ totiž soukromé právo stanovilo dodavatelům právní povinnost plnit své závazky řádně a včas.
81. Stanovení tříleté rozhodné doby je dle názoru předsedy ústavně konformní. Účelem institutu vyloučení pro nezpůsobilost je ochránit zadavatele před dodavateli, kteří neplní své povinnosti řádně a včas. Je třeba konstatovat, že v té podobě, jak institut vyloučení pro nezpůsobilost koncipuje zákon, jsou reflektována jen intenzivní pochybení, která nastala v relativně krátké době před zahájením zadávacího řízení. Tříletá doba se přitom *prima facie* pro potřeby institutu vyloučení pro nezpůsobilost jeví jako přiměřená a nic nenasvědčuje tomu, že by měla být excesivní.
82. Pokud jde o námitku nepřezkoumatelnosti a neurčitosti rozhodnutí o vyloučení, ztotožňuje se předseda s Úřadem v tom, že tato námitka není důvodná. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení podrobně a srozumitelně popsal a vysvětlil, v čem spatřuje naplnění důvodu k vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Konkrétně zadavatel popsal, v čem spatřuje existenci pochybení navrhovatele, a že takových pochybení bylo více, dále popsal, v čem spatřuje jejich závažnost a rovněž uvedl, že pochybení vedla jednak k odstoupení od smlouvy, jednak k uplatnění práva na smluvní pokutu (srov. bod 63. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
83. Navrhovatel dále konstatuje, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že „[k] vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona postačí závažné nebo dlouhodobé pochybení a vznik škody NEBO předčasné ukončení smluvního vztahu NEBO jiné srovnatelné sankce“. Dle navrhovatele to je v rozporu s jazykovým výkladem, neboť vždy musí dojít ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Dle navrhovatele je tak vzhledem k čárce mezi vznikem škody a předčasným ukončením smluvního vztahu a také spojkou „nebo“ před jinými srovnatelnými sankcemi zřejmé, že škoda musí vzniknout vždy a k ní musí přistoupit buď ukončení smluvního vztahu, nebo srovnatelné sankce. Předseda konstatuje, že výklad navrhovatele není v souladu s pravidly interpunkce českého jazyka. Slova „vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím“ v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona představují několikanásobný větný člen, konkrétně nepřímý předmět navázaný na přísudek „vedla“. Prvky mnohonásobného větného členu se oddělují čárkou. Spojka „nebo“ pak vypovídá o jejich alternativní (tj. nikoliv kumulativní) relaci – musí vzniknout alespoň jeden z uvedených prvků (vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiná srovnatelná sankce).
84. O úmyslu zákonodárce konstruovat mezi vznikem škody a předčasným ukončením vztahu alternativní vztah jasně svědčí i užití spojky „nebo“ v textu důvodové zprávy k § 48 zákona: „(...) Je nutné v tomto případě, aby došlo k předčasnému ukončení smlouvy ze závažných

důvodů **nebo** nárokování náhrady škody. *Není však nezbytné, aby bylo vydáno soudní rozhodnutí, které by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení. Oprávnění k vyloučení u tohoto dodavatele v tomto případě vzniká i jiným zadavatelům.*" (pozn.: zvýraznění doplněno předsedou).

85. Rovněž lze dát za pravdu zadavateli v tom, že navrhovatelem předkládaný výklad by byl v rozporu s legislativními pravidly vlády. Článek 42 legislativních pravidel totiž upravuje otázku „vyjádření variant“ v právních předpisech a zní: „(1) *Varianty se vyjadřují spojkami ‚nebo‘ a ‚anebo‘. Při více možnostech vyjádřených v pododstavcích nebo bodech se spojka ‚nebo‘, před níž se píše čárka, klade mezi poslední dvě možnosti. Jde-li však o výčet možností, který není vyjádřen v pododstavcích nebo bodech, čárka se před spojkou ‚nebo‘ nepíše. (2) Kumulativní výčet se vyjadřuje tak, že a. mezi více možnostmi, které musejí být splněny současně, se vloží čárky a mezi poslední dvě možnosti se vloží slovo ‚a‘, před nímž se čárka nepíše, nebo b. **při pouze dvou možnostech, které musejí být splněny současně, se mezi tyto možnosti vloží slovo ‚a‘, před nímž se čárka nepíše.***“ (pozn.: zvýraznění doplněno předsedou). Při výkladu prezentovaném navrhovatelem by se jednalo o případ dle odstavce druhého bodu citovaného článku legislativních pravidel. Mezi slovy „vzniku škody“ a „předčasném ukončení smluvního vztahu“ by při respektování legislativních pravidel musela být spojka „a“. Pravdou je, že legislativní pravidla nepředstavují závazné vodítko při výkladu zákona, avšak upravují postup ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy při tvorbě připravovaných právních předpisů, jakož i požadavky týkající se obsahu a formy připravovaných právních předpisů. S ohledem na to, že zákon vzešel z vládního návrhu zákona, připraveného ministerstvem pro místní rozvoj a díkce § 48 odst. 5 písm. d) zákona se od znění návrhu neliší, je třeba předpokládat, že se tvůrce textu zákona legislativními pravidly řídil.
86. Ze všech výše uvedených důvodů předseda konstatuje, že přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v celém rozsahu a jeho správnost v rozsahu námitek rozkladu. Nebylo při tom shledáno, že by napadené rozhodnutí trpělo vadami, které by odůvodnily jeho změnu nebo zrušení.

VII. Závěr

87. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, bylo zjištěno, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne:

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