



UOHSX00CDNNP

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0088/2019/VZ-19698/2019/323/MBr

Brno 18. července 2019

V řízení o rozkladu ze dne 9. 5. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- „Společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5“, jež tvoří subjekty
 - **SAFEROAD Czech Republic s. r. o.**, IČO 25229761, se sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně, a
 - **ROBSTAV k. s.**, IČO 27430774, se sídlem Mezi Vodami 205/29, 143 00 Praha 4,

které uzavřely dne 25. 1. 2019 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 3. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, IČO 72015250, členem sdružení Čech - Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe ze dne 24. 4. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 15. 3. 2019 na návrh výše označeného navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**D5 Modernizace středových svodidel, km 28 - 56**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 10. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 10. 2018, pod ev. č. Z2018-037074, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 11. 2018, dne 26. 11. 2018, dne 17. 12. 2018 a dne 31. 12. 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 dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe ze dne 24. 4. 2019

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-037074 oznámení o zahájení zadávacího řízení podlimitní veřejné zakázky „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 - 56“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 10. 2018 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. Z bodu II. 1.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž v bodu II. 1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky je „*výměna svodidel ve středním dělicím pásu (SDP), optimalizace přejezdů SDP a sadové úpravy v SDP*“.
3. Zadavatel stanovil v bodu II. 2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 142 000 000 Kč bez DPH.
4. V bodě III. 1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel v dalším určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž lhůtu pro podání nabídek zadavatel stanovil v bodě III. 3. 1. oznámení o zahájení zadávacího řízení do 28. 11. 2018. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem následně opakovaně změněna tak, že konečná lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 28. 1. 2019 v 10:00 hod.
5. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 11. 2. 2019 vyloučil podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona dodavatele (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) – „Společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5“,

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.

jež tvoří subjekty SAFEROAD Czech Republic s.r.o., IČO 25229761, se sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně, a ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 (dále též „**ROBSTAV k. s.**“), které uzavřely dne 25. 1. 2019 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 12. 3. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, IČO 72015250, členem sdružení Čech - Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice, (dále jen „**navrhovatel**“) – z účasti v zadávacím řízení. Rozhodnutí o svém vyloučení obdržel navrhovatel dne 12. 2. 2019.

6. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost společníka navrhovatele – společnosti ROBSTAV k. s. dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel konkrétně uvedl, že navrhovatel společnost ROBSTAV k. s. dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“. Podle zadavatele závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „**Smlouva I**“) spočívalo v té skutečnosti, že ROBSTAV k.s. zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, dále v nedostatečně tloušťce obrusné vrstvy vozovky a v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 při provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „**Smlouva II**“) tkvělo podle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla.
7. Proti svému vyloučení podal navrhovatel námitky ze dne 22. 2. 2019, jež byly zadavateli doručeny téhož dne. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7. 3. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), podané námitky odmítl.
8. Dne 15. 3. 2019 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh z téhož dne, podaný navrhovatelem podle § 250 odst. 1 zákona na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**návrh**“).
9. Navrhovatel se podáním návrhu domáhal toho, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Zároveň se navrhovatel domáhal vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel svůj návrh odůvodnil zejména tím, že zadavatel porušil § 6 a § 48 násl. zákona tím, že nedodržel zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace a že navrhovatele vyloučil přesto, že k tomu nejsou splněny zákonné podmínky.

II. Napadené rozhodnutí

10. Dne 24. 4. 2019 vydal Úřad na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
11. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
12. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že předmětem tohoto správního řízení je spor zadavatele a navrhovatele o oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.

Zatímco zadavatel je přesvědčen, že všechny předpoklady stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení navrhovatele jsou naplněny, neboť se společnost ROBSTAV k. s., coby jeden ze společníků navrhovatele dopustila závažných, resp. dlouhodobých pochybení při plnění dříve uzavřených smluv u jiných veřejných zakázek, které poptával zadavatel. Navrhovatel zaujímá na věc pohled zcela opačný, tj. zákonné předpoklady pro jeho vyloučení naplněny nejsou.

13. Úřad v napadeném rozhodnutí posoudil, zda ve zde projednávané věci zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tzn., zda rozhodnutí o vyloučení mj. ob stojí v testu transparentnosti.
14. K oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na základě pochybení uváděných zadavatelem při plnění Smlouvy I a Smlouvy II Úřad uvedl, že považuje důvody uvedené v rozhodnutí o vyloučení za prokázané a postup zadavatele při vyloučení navrhovatele za transparentní. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval naplněním všech znaků hypotézy ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a dospěl k závěru, že všechny znaky hypotézy byly naplněny. Poté Úřad přistoupil k posouzení transparentnosti postupu zadavatele s ohledem na rozhodnutí o vyloučení. Úřad dospěl k závěru, že důvody pro vyloučení byly dány a zadavatel tak dostal povinností kladeným na něj zákonem při užití postupu podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž postup zadavatele byl sledován jako transparentní a neodporující základním zásadám zákona.

III. Námitky rozkladu

15. Dne 9. 5. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 25. 4. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
16. Úvodem rozkladu navrhovatel namítá, že obsah a zejména odůvodnění napadeného rozhodnutí je téměř identické jako rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/TDv, ačkoliv se jedná o jiné správní řízení a není tak navrhovateli zřejmé, jakým způsobem k tomu došlo.
17. Dále navrhovatel namítá, že Úřad se nijak nevypořádal s jeho námitkou týkající se tvrzení zadavatele (zadavatel uvedl, že pochybení navrhovatele vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích). Dle navrhovatele je uvedené tvrzení zadavatele nekonkrétní a tudíž nepřezkoumatelné.
18. Navrhovatel též rozporuje tvrzení Úřadu v bodě 133 napadeného rozhodnutí, že postup zadavatele v rozporu se smlouvou o dílo na zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“ je irrelevantní pro posouzení tohoto případu. Dle navrhovatele předmětný postup není irrelevantní a tato námitka zůstala Úřadem nevypořádána a nebyla nijak vyvrácena.
19. V další části rozkladu navrhovatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že lhůta uvedená v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a její aplikace na předmětné řízení není retroaktivní. Navrhovatel uvádí, že zákony nepůsobí zpětně a že se k této námitce Úřad v zásadě nevyjadřuje a opět přebírá pouze tvrzení zadavatele.

20. Navrhovatel též rozporuje tvrzení Úřadu, že k vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona postačí závažné nebo dlouhodobé pochybení a vznik škody nebo předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce. Takový závěr navrhovatel považuje za rozporný s jazykovým výkladem tohoto ustanovení, neboť dle jeho názoru musí vždy dojít ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím, tzn., že škoda musí vzniknout vždy a k ní musí přistoupit buď ukončení smluvního vztahu, nebo srovnatelné sankce. V návaznosti na tuto argumentaci navrhovatel uvádí, že v bodě 107 napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel nikde nehovoří o vzniku škody. Dle názoru navrhovatele tak nejsou splněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) pro vyloučení navrhovatele.
21. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že Úřad se nezabýval povahou vad (odstranitelné či neodstranitelné), zdali zadavatel reklamoval ve veřejné zakázce „I/23 Řípec – hr. Okr. JH“ řádně a včas, zdali odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele ve veřejné zakázce „I/19 Plíškovice – Mirovice“ je platné.
22. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy jsou vadami. Navrhovatel uvádí, že ve správním spise není znalecký posudek, který by uvedl, že se jedná o vady.
23. Dále se navrhovatel vyjadřuje k bodu 137 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno, že zadávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem. To znamená, že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu „*in dubio pro reo*“ a presumpci nevin, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona. Navrhovatel poukazuje na to, že Úřad pomíjí skutečnost, že se u něj vede správní řízení, ve kterém se právě tyto zásady používat musí a Úřad nemůže při vydání rozhodnutí vycházet z tvrzení zadavatele, aniž by jeho tvrzení byla prokázána důkazy.
24. Závěrem rozkladu navrhovatel uvádí námítky, ke kterým se Úřad vůbec nevyjádřil. Dle názoru navrhovatele se Úřad vůbec nezabýval tím, že ve veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ zadavatel předal navrhovateli staveniště o několik měsíců později nebo zdali reklamace vad na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ byly doručeny navrhovateli, a pokud byly doručeny, tak zdali měl navrhovatel dostatek času na jejich odstranění.

Závěr rozkladu

25. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

27. Úvodem svého vyjádření zadavatel uvádí, že naprostá většina tvrzení v rozkladu navrhovatele jsou jen opakováním skutečností a argumentů dříve uvedených a prokazatelně a srozumitelně vyvrácených jak zadavatelem (rozhodnutí o námitkách, vyjádření k návrhu), tak především v napadeném rozhodnutí. Zadavatel uvádí, že navrhovatel v rozkladu tvrdí některé nové skutečnosti, které nebyly předmětem námitek ani návrhu. Takové námitky je nutné ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu odmítnout, resp. k nim nepřihlížet (jakkoliv je zadavatel považuje za nesprávné a nerelevantní).
28. Zadavatel nevidí žádný problém v tom, že Úřad své závěry v napadeném rozhodnutí částečně přebírá z jiných rozhodnutí Úřadu. Jelikož námitky navrhovatele proti vyloučení z účasti v zadávacích řízeních a jeho následná podání k Úřadu se ve svém obsahu stále opakují, nepovažuje zadavatel za nijak překvapující a problematické, pokud Úřad k totožným vyjádřením navrhovatele v různých řízeních opakuje svá rozhodnutí.
29. K několika námitkám navrhovatele souvisejících s plněním veřejné zakázky s názvem „I/19 Jordán – MÚK s D3“ zadavatel souhrnně uvádí, že zadávací řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Jordán – MÚK s D3“ a plnění smlouvy, která byla na základě tohoto zadávacího řízení mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena, nejsou pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení jakkoliv rozhodné.
30. Zadavatel nesouhlasí s námitkou navrhovatele ohledně retroaktivity. Dle názoru zadavatele navrhovatel zcela účelově zaměřuje účinnost právního předpisu a dobu, kdy nastaly skutkové okolnosti, na které tento právní předpis odkazuje. V daném případě není dle zadavatele 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, ze které je navrhovatel vyloučen.
31. Názor navrhovatele ohledně nesprávného jazykového výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona považuje zadavatel za zcela absurdní a rozporný s legislativními pravidly vlády a odporující i tzv. „zadávací směrnici EU“ (Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES). Logikou navrhovatele by tak dle zadávací směrnice musela být vždy naplněna podmínka předčasného ukončení smluvního vztahu, a to společně buď se škodou, nebo jinou sankcí. Takový závěr je zcela nesmyslný, nemá oporu v zákoně, v zadávací směrnici a jde o chybný jazykový výklad navrhovatele zcela rozporný s legislativními pravidly vlády.
32. K námitce navrhovatele, že Úřad si nenechal vyhotovit znalecký posudek, zadavatel uvádí, že vyjádření navrhovatele je zmatečné a není z něj zřejmé, zda navrhovatel rozporuje, že dílo dle Smlouvy I mělo vady či nikoliv (když v první a druhé větě se táže Úřadu, jak to zjistil, a v třetí větě říká, že „jsme v režimu vad“). Nehledě na skutečnost, kdy navrhovatel po celé správní řízení, ani v námitkách s existencí vad nepolemizuje, ale toliko řeší, zda jde o vady odstranitelné či neodstranitelné. Zadavatel uvádí, že navrhovatel existenci vad plnění dle Smlouvy I nerozporuje. Pakliže všichni účastníci správního řízení jsou ve shodě, že dílo vady mělo, v rozporu jsou pouze v otázce jejich povahy a jejich důsledků, což je v dané věci irelevantní, pak k závěru o existenci této vady Úřad skutečně nepotřeboval žádného znaleckého posudku.

33. Závěrem svého vyjádření se zadavatel vyjadřuje k údajnému neaplikování zásad trestního řízení. Zadavatel uvádí, že naopak je to navrhovatel, kdo pomíjí tu skutečnost, že zadávací řízení není správním řízením. Správním řízením o přezkoumání úkonu zadavatele v zadávacím řízení je stále jen řízením zkoumajícím postup zadavatele v soukromoprávním vztahu, byť regulovaným zákonem. Nadto navrhovatel se zásad správního trestání nedovolával vůči Úřadu, ale vůči zadavateli. Platí tedy i nadále, že uváděné zásady se na zadavatele nevztahují.
34. Zadavatel uzavírá, že má nadále za jednoznačně prokázané, že se navrhovatel v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení dopustil porušení povinností vyplývajících pro něj ze závazkového vztahu se zadavatelem. Porušení povinností ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II představují pochybení, která jsou vzhledem k jejich charakteru závažná. Zadavatel s ohledem na uvedená četná závažná pochybení navrhovatele považuje způsobilost a schopnosti navrhovatele řádně plnit předmět veřejné zakázky za nesplněné. Zadavatel uvádí, že se nedopustil porušení § 6 ani § 48 zákona a nemohl postupovat jinak, než navrhovatele ze zadávacího řízení vyloučit. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. Po projednání rozkladu a veškerého 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
36. Úřad rozhodl ve všech výrocích napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

37. Úvodem k námitkám rozkladu považuji za vhodné uvést, že podaný rozklad je velmi nepřehledný. Většina námitek uvedených v rozkladu nejsou námitkami relevantními pro posouzení věci a předsedovi Úřadu nepřísluší o takových námitkách rozhodovat věcně, neboť by suploval činnost civilních soudů, což je v rozporu s principem dělby moci v České republice.

K námitce podobnosti napadeného rozhodnutí s jiným rozhodnutím Úřadu

38. Úvodem svého rozkladu navrhovatel poukázal na to, že napadené rozhodnutí je téměř identické jako jiné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/TDv, ačkoliv se jedná o jiné správní řízení a není tak navrhovateli zřejmé, jakým způsobem k tomu došlo.
39. V současné době jsou vedena nejméně čtyři správní řízení ve čtyřech různých veřejných zakázkách, ve kterých je účastníkem řízení právě zadavatel a navrhovatel. Ve všech čtyřech řízeních je předmět sporu stejný, tj. vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Navrhovatel s tímto vyloučením nesouhlasí a brání se proti němu námitkami, návrhem a taktéž podáním rozkladu. Lze konstatovat, že všechna rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ve všech čtyřech veřejných zakázkách jsou v zásadě stejná. Zakládají se na stejných důvodech i dílčí závěry jsou stejné.

40. Je tedy naprosto logické, že obě rozhodnutí Úřadu, na která navrhovatel poukazuje, jsou téměř totožná, protože předmětem sporu je stejný úkon zadavatele (rozhodnutí o vyloučení navrhovatele) založený na stejných důvodech. Všechna rozhodnutí zadavatele o vyloučení se opírají o stejná pochybení, kterých se navrhovatel dopustil při plnění Smlouvy I a Smlouvy II viz bod 6 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
41. V popsané situaci, která nastala, by bylo nelogické, aby Úřad postupoval rozdílně. S ohledem na to, že skutkové okolnosti, které vedly k vyloučení navrhovatele z různých zadávacích řízení, jsou totožné, tak i rozhodnutí Úřadu musí být v zásadě totožná, i když rozhodnutí zpracovává jiný úředník.
42. S touto námitkou navrhovatele se tak nemohu ztotožnit a odmítám ji jako nedůvodnou.
K námitkám týkajícím se vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona
43. Navrhovatel v rozkladu uvedl, že důvody pro jeho vyloučení nebyly dány, a to zejména proto, že nebyly naplněny některé znaky, které zákon vyžaduje k tomu, aby zadavatel mohl vůbec přistoupit k vyloučení navrhovatele z předmětné veřejné zakázky.
44. Podle názoru navrhovatele mu zadavatel dává za vinu pochybení, která se stala ještě za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, který byl nahrazen od 1. 10. 2016 zákonem. Citovaný zákon o veřejných zakázkách navíc neobsahoval možnost vyloučit navrhovatele na základě důvodů, které jsou nyní uvedeny v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Navrhovatel zastává názor, že nelze uplatnit postup podle zákona a tento postup odůvodnit pochybeními, která nastala již za účinnosti zákona o veřejných zakázkách. Dle názoru navrhovatele se jedná o nepřípustnou retroaktivitu a § 48 odst. 5 písm. d) zákona se má uplatnit až na dlouhodobá či závažná pochybení, která nastala až za účinnosti zákona.
45. Dále navrhovatel uvedl, že dalším znakem, který nebyl naplněn pro jeho vyloučení, je vznik škody. Jazykovým výkladem navrhovatel dovedl, že škoda musí vzniknout vždy a k ní musí vždy přistoupit buď ukončení smluvního vztahu, nebo jiná srovnatelná sankce. Pokud tedy zadavatel nikde nehovoří o vzniku škody, tak není naplněna jedna ze zákonných podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a navrhovatel tak nemůže být vyloučen, neboť nejsou splněny podmínky pro vyloučení.
46. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
47. 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 třech 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.
48. Z citovaných ustanovení zákona vyplývá, že tento postup je pro zadavatele fakultativní, pokud se tedy pro tento postup rozhodne, musí zadavatel prokázat naplnění všech znaků, které zákon vyžaduje k tomu, aby mohl vyloučit účastníka zadávacího řízení (v posuzované věci tedy navrhovatele). Naplnění znaků musí zadavatel řádně odůvodnit, aby jeho postup obstál ve vztahu k základním zásadám při zadávání veřejných zakázek uvedených v ustanovení § 6 zákona.

49. Z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) můžeme vyčíst následující zákonné podmínky, které je třeba naplnit, aby zadavatel vůbec mohl přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení. Pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí být splněny všechny dále uvedené zákonné podmínky:
50. V první řadě zde musí existovat určitý typ pochybení ze strany dodavatele vůči zadavateli. Pochybení lze obecně vnímat jako porušení povinností dodavatele vyplývajících pro něj z dřívějšího závazkového vztahu se zadavatelem. Pojem „pochybení“ je autonomním pojmem práva veřejných zakázek. Tento pojem má nepochybně vazbu na právo soukromé, neboť zahrnuje situace, kdy je poskytnuto plnění vadné, pozdní či kdy není závazek vůbec splněn nebo jsou jiným způsobem porušena pravidla, která se na plnění závazků vztahují, ať už plynou z předpisů práva soukromého, ujednání stran či z předpisů práva veřejného. 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.
51. Z obsahu správního spisu a s přihlédnutím k argumentaci navrhovatele i zadavatele nemá předseda Úřadu pochyb o tom, že k pochybením ve Smlouvě I. a Smlouvě II. ze strany navrhovatele došlo. Z komunikace obou stran ohledně plnění Smlouvy I. je zjevné, že bylo plněno v rozporu se Smlouvou I. Došlo jednak k záměně asfaltových směsí, což navrhovatel sám označuje za „neodstranitelnou“ vadu, jednak došlo k tomu, že tloušťka obrusné vrstvy byla menší, než stanoví technická norma. Došlo též k trhlinám v obrusné vrstvě, k nedostatkům pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a dalším vadám popsáním v rozhodnutí o vyloučení. Na uvedená pochybení Úřad reagoval v napadeném rozhodnutí (viz bod 91 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
52. Stěžejní skutečností je, že navrhovatel nerozporuje samotnou existenci pochybení vyplývajících ze Smlouvy I, ale povahu těchto pochybení, resp. jejich závažnost či dlouhodobost. Po pečlivém přezkoumání dokumentů, které zadavatel přiložil k rozhodnutí o vyloučení (protokoly o provedených zkouškách, zprávy technického dozoru stavebníka, pokyny správce stavby) musím konstatovat, že k pochybením došlo a tato první zákonná podmínka je splněna.
53. K pochybením vyplývajícím ze Smlouvy II se zcela odkazují na body 80 – 87 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
54. S první podmínkou je úzce spjata i podmínka druhá, že se účastník zadávacího řízení (v tomto případě navrhovatel) dopustil pochybení při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky, nebo jiným veřejným zadavatelem. Smlouva I a Smlouva II byly uzavřeny mezi zadavatelem a navrhovatelem. Tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována a i tato podmínka je splněna.
55. Třetí podmínkou je, aby uvedená pochybení měla závažnou nebo trvalou povahu, to znamená, že pochybení dodavatele musí být závažného nebo dlouhodobého rázu. Jazykovým výkladem lze dospět k závěru, že pro splnění této podmínky je zapotřebí

minimálně dvou a více pochybení, která lze kvalifikovat jako pochybení závažná či dlouhodobá. Závažností či dlouhodobostí pochybení vyplývajících ze smluvního vztahu mezi navrhovatelem a zadavatelem založeného Smlouvou I se Úřad zabýval v bodech 90 – 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Závažností či dlouhodobostí pochybení vyplývajících ze smluvního vztahu mezi navrhovatelem a zadavatelem založeného Smlouvou II se Úřad zabýval v bodech 117 – 125 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvedl, že navrhovatel použil jinou asfaltovací směs v rozporu uzavřenou Smlouvou I. Tímto jednáním se navrhovatel dopustil prvního závažného pochybení. Další pochybení navrhovatele spočívalo v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky stanovené normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (opět nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121). Úřad uvedl, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc poskytnuté plnění vykazuje známky vad. Předseda Úřadu se s právním posouzením dlouhodobosti či závažnosti pochybení způsobených navrhovatelem zcela ztotožňuje a nemůže závěrům učiněným Úřadem nic vytknout. Lze tak konstatovat, že i třetí podmínka je naplněna.

56. Čtvrtá podmínka vyžaduje, aby pochybení dodavatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu **nebo** k jiným srovnatelným sankcím. Komentářová literatura k tomu uvádí následující: „[Z]ávažné nebo dlouhodobé pochybení na straně dodavatele samo o sobě není postačující pro naplnění důvodu pro vyloučení daného dodavatele dle komentovaného ustanovení, ale je vždy ještě třeba, aby toto pochybení vyvolalo určitý kvalifikovaný následek; tímto následkem je dle komentovaného ustanovení předčasné ukončení smluvního vztahu, vznik škody nebo jiné srovnatelné sankce. Předčasné ukončení smluvního vztahu z důvodu závažného nebo dlouhodobého pochybení bude zřejmě nejčastěji provedeno odstoupením od uzavřené smlouvy. Pokud došlo k předčasnému ukončení předchozího smluvního vztahu v důsledku závažných či dlouhodobých pochybení dodavatele jinou formou než odstoupením, například výpovědí nebo dohodou, podmínky pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle komentovaného ustanovení budou naplněny též. [...] Pro účely naplnění dílčí podmínky možnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení nicméně postačuje pouze vznik škody, nikoliv to, zda zadavatel tuto škodu uplatnil, resp. vymohl.“ (§ 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 305). Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tedy nabízí tři alternativy, kdy závažná či dlouhodobá pochybení vedou ke/k: A) vzniku škody, B) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo C) jiným srovnatelným sankcím. Jiná srovnatelná sankce má nejčastěji povahu smluvní pokuty, která mj. plní funkci sankční a kompenzační. Dlouhodobá nebo závažná pochybení tak musí zároveň vést k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům (vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím). Mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky těchto pochybení musí existovat příčinná souvislost.
57. Navrhovatel rozporuje názor Úřadu, že k vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona stačí závažné nebo dlouhodobé pochybení a vznik škody nebo předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce. 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 Úřadu 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).

58. 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.*“
59. Rovněž lze dát za pravdu zadavateli, že navrhovatelem předkládaný výklad je v rozporu s legislativními pravidly vlády.
60. Předseda Úřadu nemá tedy žádných pochyb o tom, že uvedená závažná pochybení navrhovatele měla za následek uplatnění „jiné srovnatelné sankce“ (smluvní pokuty) v nyní posuzované věci. Názor navrhovatele, že škoda musí vzniknout vždy a k ní musí vždy přistoupit buď ukončení smluvního vztahu, nebo jiná srovnatelná sankce je tak lichý a nemá žádnou oporu v zákoně, judikatuře ani v odborné literatuře.
61. Poslední podmínkou je podmínka časová – uvedených pochybení se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. V posuzované věci není sporu o splnění této zákonné podmínky, neboť Smlouva I byla uzavřena dne 17. 8. 2016 a Smlouva II byla uzavřena dne 3. 10. 2016. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 10. 2018 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Je tak evidentní, že v obou případech (Smlouvy I a II) došlo k pochybením ve tříletém období, které zákon vyžaduje. Přesné datum jednotlivých pochybení navrhovatele není v posuzované věci rozhodné, neboť z logiky věci vyplývá, že pokud byla smlouva (smlouvy) uzavřena ve lhůtě do tří let ode dne zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, ze které se rozhodl zadavatel účastníka zadávacího řízení (navrhovatele) vyloučit, tak k pochybením muselo bezesporu dojít někdy během tohoto časového úseku.
62. K námitce navrhovatele, že nelze uplatnit postup podle zákona a tento postup odůvodnit pochybeními, která nastala již za účinnosti zákona o veřejných zakázkách, uvádím, že takový názor nemá v zákoně oporu a jde i proti samotnému smyslu ustanovení § 48 odst. 5 zákona.
63. Uvedený názor navrhovatele by *ad absurdum* znamenal, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona ode dne jeho účinnosti nebude několik měsíců a možná i let aplikovatelné, protože veškerá pochybení dodavatelů, která nastala v minulosti před účinností zákona, by nešla použít jako důvod pro vyloučení podle citovaného ustanovení.

64. Navrhovatel nesprávně zaměňuje retroaktivitu s účinností právního předpisu. Pokud by zákonodárce cítil potřebu během „tvorby“ zákona odložit účinnost dotčeného ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona jistě by tak učinil, popř. by stanovil (např. v důvodové zprávě k zákonu), že k pochybením, ke kterým došlo za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách se nemá přihlížet a nelze je použít jako důvod pro vyloučení podle zákona. Retroaktivitu lze chápat jako zpětnou účinnost právního předpisu, tzn., že takový právní předpis působí zpětně do doby před svou platností.
65. Z citovaného ustanovení zákona dle názoru předsedy Úřadu vyplývá, že není podstatné, za jaké účinnosti právní úpravy byla zahájena zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění mělo dojít k závažným nebo dlouhodobým pochybením. Jedinou časovou podmínkou vyplývající z daného ustanovení zákona je, že se těchto závažných nebo dlouhodobých pochybení účastník zadávacího řízení (navrhovatel) musel dopustit v posledních třech 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 nebo dlouhodobým pochybením, zahájena na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, či na základě zákona. 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 stěžejní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku. Zadávací řízení na posuzovanou veřejnou zakázku zahájeno dne 24. 10. 2018 odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek k uveřejnění, tedy již v době, kdy byl účinný zákon² a zadavatel tak byl oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
66. V rámci dílčího závěru konstatuji, že Úřad rozhodl správně, když uvedl, že zadavatel splnil veškeré podmínky stanovené zákonem pro to, aby mohl navrhovatele vyloučit ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Obě uvedené námitky navrhovatele jsou nedůvodné, neboť ke vzniku škody nemusí vždy dojít, aby byla naplněna jedna ze zákonných podmínek pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Stejně tak v případě namítané „retroaktivity“ zákona se nelze ztotožnit s názorem navrhovatele, neboť se o žádnou retroaktivitu právního předpisu nejedná.

K tvrzené vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí

67. Navrhovatel uvedl, že Úřad si v napadeném rozhodnutí odporuje, když v bodě 135 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že pro splnění podmínek pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není potřeba rozhodnutí soudu a pak dále ve stejném bodě uvádí, že pro posouzení platnosti či neplatnosti odstoupení od smlouvy o dílo ve veřejné zakázce s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ je potřeba rozhodnutí soudu.
68. Je naprosto zřejmé, že navrhovatel dostatečně nerozlišuje mezi dvěma odlišnými situacemi, resp. pravděpodobně zcela účelově ztotožňuje splnění podmínek pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení s odstoupením od smlouvy. Už z povahy věci se jedná o dvě naprosto odlišné situace.
69. Co se týče prvního tvrzení, že pro splnění podmínek pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není potřeba rozhodnutí soudu, sděluji, že tento závěr Úřadu je zcela správný. Tento

² Zákon nabyl účinnosti dne 1. 1. 2016

závěr vyplývá přímo ze znění zákona, kde zákon žádné rozhodnutí soudu jako podmínku vyloučení nevyžaduje. Ani v důvodové zprávě k citovanému ustanovení zákona nenajdeme nic, co by svědčilo o opaku. Tyto závěry potvrzuje i komentářová literatura (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. Vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 304.), jež uvádí, že „[p]odmínkou 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.“ K naplnění podmínek vyžadovaných zákonem pro vyloučení navrhovatele se odkazují na bod 49 odůvodnění tohoto rozhodnutí.

70. O otázkách, o kterých civilní soud rozhoduje deklaratorním rozhodnutím, si může Úřad učinit úsudek [srov. § 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.
71. 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).
72. Právě ve zdejším případě 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. Úřad k tomu správně uvedl, že z citovaného ustanovení jazykovým výkladem nikterak nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala předchozí rozhodnutí soudu.
73. 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.
74. Předseda Úřadu se dále zabýval správností závěru Úřadu, že odstoupení od smlouvy je třeba považovat za platné, dokud o neplatnosti nerozhodne soud. S ohledem na to, že občanský zákoník nepožaduje ke vzniku relativní neplatnosti rozhodnutí soudu, je třeba uzavřít, že výše uvedený dílčí závěr Úřadu není správný, neboť závěry komentářové literatury hovoří spíše v neprospěch Úřadu.
75. 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. 611.³

76. 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.
77. 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.*“⁴
78. 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).
79. Je tedy třeba shrnout, že bylo-li v řízení před Úřadem prokázáno, že ohledně odstoupení od smlouvy byla vznesena námitka neplatnosti, smí si Úřad, pokud shledá, že je to nezbytné pro jeho rozhodnutí ve věci, ohledně platnosti odstoupení učinit úsudek ve smyslu § 57 odst. 1 písm. c) správního řádu, aniž by byla tato otázka předtím posouzena civilním soudem.
80. Ve zdejších případech 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.⁵
81. Právo na smluvní pokutu vzniklo ujednáním stran. Podle ujednání na straně 2 Smlouvy II jsou součástí smlouvy „*Dopis nabídky, Příloha k nabídce*“ Všeobecné obchodní podmínky (dále jen „**VOP**“) a zvláštní obchodní podmínky (dále jen „**ZOP**“). Dokumenty obsahující VOP i ZOP jsou uveřejněny na webové adrese profilu smlouvy v registru smluv.⁶ VOP i ZOP jsou založeny ve správním spise.
82. 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

³ Zvýraznění textu v odstavci doplněno předsedou Úřadu.

⁴ Zvýraznění textu v odstavci doplněno předsedou Úřadu.

⁵ Vznik práva na smluvní pokutu učinil zadavatel součástí důvodů pro vyloučení navrhovatele pro pochybení při plnění Smlouvy II.

⁶ <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/634129>

uvedení díla do provozu za podmínek stavebního zákona tak, jak je stanovena v příloze k nabídce a počítá se od data zahájení prací.

83. 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.
84. Dle zjištění Úřadu navrhovatel v důsledku svého prodlení nedodržel ani lhůtu pro uvedení díla do provozu, jak to tvrdí zadavatel. Navrhovatel netvrdí opak a nic nenasvědčuje tomu, že by tento skutkový závěr neměl být pravdivý.
85. Doba pro uvedení do provozu byla stanovena v příloze k nabídce v délce dva 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), jednak z toho, že navrhovatel to nepopírá a ve svých podáních s tímto datem operuje.
86. Doba pro uvedení do provozu, která byla původně sjednána ve stejné délce jako doba pro dokončení díla (dva měsíce), a z žádných podkladů rozhodnutí není zjevné, že by byla dále prodlužována, 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, 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.
87. 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 Úřadu tímto postavil na jisto, že ke vzniku 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.

K námitce, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení

88. Navrhovatel se neztotožnil s bodem 137 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno následující: „Navrhovatel dále argumentuje tím, že „[z]adavatel svá tvrzení o tom, že mu vznikl nárok na smluvní pokutu (...) neprokazuje žádným pravomocným rozhodnutím, tudíž se o nárok nejedná, ale pouze o jím tvrzené právo, když o nárok se jedná až v případě, že by bylo tvrzené právo prokázáno soudně a soudně přiznáno. 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, presumpcie nevinny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako na ‚nevinného‘, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.“
89. Úřad k tomuto tvrzení ve stejném bodě uvedl, že „[z]adávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem, tj. že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu ‚in dubio pro reo‘ a presumpci nevinny,

keré uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona.“

90. Dle názoru navrhovatele Úřad pomíjí, že se u něho vede správní řízení, ve kterém se právě tyto zásady používat musejí a Úřad nemůže při svém rozhodování vycházet z tvrzení zadavatele, aniž by jeho tvrzení byla prokázána důkazy. Předseda Úřadu k tomu konstatuje, že navrhovatel směšuje zásady ovládající zadávací řízení a zásady ovládající správní řízení před Úřadem. Zatímco zadávací řízení představuje v zásadě soukromoprávní kontraktační proces, jehož právní úprava se vyznačuje veřejnoprávními ingerencemi do autonomie vůle jeho stran, v řízení před Úřadem se zadavatel a další účastníci tohoto řízení ocitají v procesním právním vztahu, jehož charakter je v podstatě veřejnoprávní. Proto je závěr Úřadu, že se na zadávací řízení neaplikují zásady trestního řízení zcela v pořádku. V zadávacím řízení nejde o trestání, ale o uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku. Užití zásad trestního řízení by pak bylo myslitelné maximálně v řízení před Úřadem, a to ještě jen v řízení o přestupku. Správní řád, podle něhož se vede řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, upravuje základní východisko pro postup při dokazování v ustanovení § 3. Vedle toho je třeba uvést, že o existenci důvodů pro vyloučení navrhovatele nejsou ve zdejších řízení důvodné pochybnosti.

91. S právním posouzením této otázky (námitky) Úřadem se zcela ztotožňuji. V posuzované věci nemá Úřad ani předseda Úřadu možnost a ani důvod zásady trestního řízení v posuzované věci aplikovat. Námitku navrhovatele proto odmítám jako nedůvodnou.

K námitkám týkajících se reklamací vad díla, povahy vad, neprovedení důkazu znaleckým posudkem a klimatických podmínek

92. Ačkoliv se jedná o námitky či tvrzení navrhovatele uvedené v rozkladu, tak je nelze považovat za rozkladové námitky ve smyslu správního řádu. Některé z těchto námitek jsou navíc námitkami nově uplatněnými až v rozkladu, jedná se tedy o nově tvrzené skutečnosti, které navrhovatel neuvedl v námitkách ani v návrhu, ačkoliv už tehdy (při podání námitek) je uplatnit mohl. Jedná se o tvrzení navrhovatele týkající se reklamací a klimatických podmínek (dílo nebylo zadavatelem reklamováno řádně a včas, reklamace zadavatele nebyly navrhovateli doručeny a klimatické podmínky nejsou vhodné k dokončení díla). K takovým skutečnostem předseda Úřadu nemůže přihlídnout ve smyslu ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu, který stanoví: „*K novým skutečnostem a k návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení, se přihlídnou jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Namítá-li účastník, že mu nebylo umožněno učinit v řízení v prvním stupni určitý úkon, musí být tento úkon učiněn spolu s odvoláním.“*

93. Navrhovatel v rozkladu uvedl celou řadu námitek, které nejsou v tomto správním řízení relevantní. Úřad i předseda Úřadu zkoumá v posuzované věci postup zadavatele v souladu se zákonem. Právní předpisy, které zásadně určují a stanovují rozsah pravomocí Úřadu a předsedy Úřadu, představuje zákon a správní řád. V posuzované věci tedy je přezkoumáván postup zadavatele při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Při vyloučení účastníka (navrhovatele) ze zadávacího řízení musí zadavatel v každém případě dodržet základní zásady podle § 6 zákona, zejména zásadu rovného zacházení a nediskriminace.

Pro posouzení řádnosti tohoto postupu tak není argumentace ohledně povahy vad, reklamace vad, znaleckého posudku a klimatických změn vůbec relevantní.

94. Jak jsem již uvedl v bodě 49 odůvodnění tohoto rozhodnutí, jednou z podmínek pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení je existence pochybení, které je trvalého nebo závažného charakteru. Mám za to, že uvedená pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II nastala a není tak důležité zabývat se tak tím, zdali pochybení vedlo k vadám odstranitelným či neodstranitelným, jak se mylně domnívá navrhovatel. Zákon vyžaduje existenci pochybení trvalého nebo závažného charakteru, nevyžaduje prokazování „druhu“ vad. Nadto se dá konstatovat, že pokud je vada „neodstranitelná“, jak tvrdí navrhovatel, tím spíše bude zcela zřejmě závažnější, než vada odstranitelná. Nicméně v posuzované věci nemá Úřad ani předseda Úřadu pravomoc a ani povinnost „druh“ vad zkoumat. Jelikož Úřad ani předseda Úřadu, není povinen zabývat se povahou vad, je zbytečné zadávat znalecký posudek. Navíc pokud měl navrhovatel pocit, že znalecký posudek je třeba provést, měl tak učinit již při podání svého návrhu (srov. § 255 odst. 1 zákona „*Návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá.*“)
95. Nad rámec výše uvedeného sděluji, že jsem přistoupil ke stručnému vypořádání dalších námitek.
96. 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 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.
97. K námitce vztahujícím se ke klimatickým podmínkám uvádím, že s navrhovatelem lze souhlasit, že není jasné, oč Úřad opřel svůj závěr o tom, že klimatické podmínky neumožňovaly dokončení díla (bod 120 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Závažnost pochybení je však dána již samotnou délkou jeho prodlení.
98. Navrhovatel namítal, 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 Úřadu 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.
99. Pokud jde o řádnost a včasnost procesu vytýkání vad, pak je třeba konstatovat, že v případě pochybení s plněním Smlouvy I bylo rozhodující, že bylo uplatněno právo na smluvní pokutu. Pro vznik práva na smluvní pokutu je dle obchodních podmínek Smlouvy I rozhodující,

že vada vznikla, že byl stanoven termín k jejímu odstranění, který byl patřičně oznámen navrhovateli, a že k odstranění v takto určeném čase nedošlo. Tyto předpoklady byly naplněny. Řádnost a včasnost vytknutí vady není dle podmínek sjednaných Smlouvou I rozhodující.

100. 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 Úřadu 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.
101. Navrhovatel dále konstatoval, 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 zahájení prací na obou výše uvedených zakázkách zpozdil tím, že navrhovateli předal staveniště mnohem později a v rozporu se svými předešlými pokyny. K údajné příčinné souvislosti mezi pozdním předáním staveniště u prvně uvedené zakázky a prodlením při plnění zakázky uvedené jako druhé se navrhovatel vyjadřuje toliko v námitkách, kde 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 vícepracím, 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.“ Námitky následně navrhovatel cituje v návrhu. Uvedená námitka navrhovatele ve své podstatě míří na to, že zadavatel jeho prodlení s dokončením díla způsobil.
102. Předseda Úřadu 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 na veřejnou zakázku s názvem „I/19 Jordán - MÚK s D3“. Navíc z tvrzení navrhovatele, z jím navržených důkazů ani z dokumentace o zadávacím řízení není jednoznačně zjištělné, 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 údajně pozdní předání staveniště zadavatelem při plnění veřejné zakázky s názvem „I/19 Jordán - MÚK s D3“ vedlo k prodlení navrhovatele při plnění Smlouvy II.
103. Uvedené námitky týkající se reklamací, znaleckého posudku, povahy vad, klimatických podmínek odmítám pro jejich nedůvodnost, resp. jejich irelevantní význam pro posouzení zákonnosti a správnosti napadeného rozhodnutí.

Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí

104. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vnesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, které jeho vydání předcházelo, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, že se zadavatel nedopustil porušení zákona a že nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o vyloučení. Úřad rovněž uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití, pročež výsledné napadené rozhodnutí mám za srozumitelné, vnitřně bezrozporné a přezkoumatelné. Uzavírám, že jsem v dotčeném případě nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost rozhodnutí. Napadené rozhodnutí je tedy zákonné a věcně správné.

VI. Závěr

105. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí.
106. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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