



UOHSX00CH2ZO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr

Brno 26. července 2019

V řízení o rozkladu ze dne 21. 5. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **ROBSTAV k. s.**, IČO 27430774, se sídlem Mezi Vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 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-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa ze dne 6. 5. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 26. 9. 2018 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 „**I/27 Horní Lukavice – Přeštice**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele <https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=184292>,

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-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa ze dne 6. 5. 2019

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 26. 9. 2018 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ kvýkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 – společnosti ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi Vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 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**“) – na zahájení správního řízení (dále jen „**návrh**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „I/27 Horní Lukavice – Přeštice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, zahájeném dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele <https://www.tenderarena.cz/profil/zakazka/detail.jsf?id=184292>, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Doručením návrhu navrhovatele bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
3. V průběhu zadávacího řízení zadavatel „Rozhodnutím a oznámením o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 21. 5. 2018 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení I**“) vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel se proti rozhodnutí o vyloučení I bránil podáním námitek dne 15. 6. 2018, které následně doplnil dne 25. 6. 2018.
4. Dne 26. 6. 2018 navrhovatel obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách z téhož dne, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
5. Dne 1. 8. 2018 vydal zadavatel „Rozhodnutí a oznámení o zrušení vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“, kterým zrušil shora uvedené rozhodnutí o vyloučení I.

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 § 53 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

6. Dne 30. 8. 2018 zadavatel vydal „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení II**“), kterým vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
7. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel konkrétně uvedl, že navrhovatel se dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“. Podle zadavatele 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 navrhovatel zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, dále v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a 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.
8. Rozhodnutí o vyloučení II obdržel navrhovatel téhož dne a podal proti němu námitky dne 4. 9. 2018, které doplnil dne 10. 9. 2019. Rozhodnutím o námitkách ze dne 19. 9. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
9. V reakci na odmítnutí námitek zadavatelem, podal navrhovatel Úřadu dne 26. 9. 2018 návrh spolu s návrhem na vydání předběžného opatření.
10. 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.
11. Dne 20. 11. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-34161/2018/513/JLí, kterým uložil zákaz zadavateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
12. Úřad vydal dne 28. 11. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-35250/2018/513/JLí (dále jen „**původní napadené rozhodnutí**“), kterým uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách ze dne 19. 9. 2018. Proti citovanému rozhodnutí podal zadavatel dne 13. 12. 2018 rozklad.
13. Předseda Úřadu o podaném rozkladu rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 tak, že původní napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
14. Úřad oznámil dne 21. 3. 2019 účastníkům správního řízení, že ve správním řízení se pokračuje.

II. Napadené rozhodnutí

15. Dne 6. 5. 2019 vydal Úřad na základě posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
16. Jediným výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
17. 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 navrhovatel dopustil závažných, resp. dlouhodobých pochybení při plnění dříve uzavřených smluv u jiných veřejných zakázek, které poptával zadavatel. Navrhovatel zaujímá na věc pohled zcela opačný, tj. že zákonné předpoklady pro jeho vyloučení naplněny nejsou.
18. 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.
19. 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 II. 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 shledán jako transparentní a neodporující základním zásadám zadávání veřejných zakázek.

III. Námitky rozkladu

20. Dne 21. 5. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 6. 5. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
21. Úvodem rozkladu navrhovatel namítá, že obsah a zejména odůvodnění napadeného rozhodnutí je téměř identické jako rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/2019/512/TDv, ačkoliv se jedná o jiné správní řízení a není tak navrhovateli zřejmé, jakým způsobem k tomu došlo.
22. 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.
23. Navrhovatel též rozporuje tvrzení Úřadu v bodě 270 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.

24. 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.
25. 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 242 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.
26. Navrhovatel dále v rozkladu namítá, že Úřad se nezabýval druhem (povahou) vytýkaných vad (odstranitelné či neodstranitelné), zdali zadavatel reklamoval vady ze Smlouvy I řádně a včas a zdali odstoupení od Smlouvy II ze strany zadavatele je platné.
27. 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.
28. K vadám navrhovatel dále uvádí, že sám Úřad nemá najisto postavené, že by se jednalo o vady, pouze v bodech 230 a 244 odůvodnění napadeného rozhodnutí připouští, že provedené dílo vykazuje známky vad, ale neříká, že vykazuje vady.
29. Dále navrhovatel uvádí, že Úřad si v napadeném rozhodnutí odporuje, když v bodě 263 odůvodnění napadeného rozhodnutí² uvedl, 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.
30. Dle názoru navrhovatele se Úřad nijak nevyjádřil ke klimatickým podmínkám (bod 255 odůvodnění napadeného rozhodnutí), k tvrzení zadavatele, že narušení provozu na dotčených komunikacích (bod 202 odůvodnění napadeného rozhodnutí³). Navrhovatel též nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že došlo ke zmaření účelu Smlouvy II. Navrhovatel zastává názor, že Úřad převzal pouze tvrzení zadavatele a v případě zmaření účelu smlouvy Úřad uvedené tvrdí bez důkazů.
31. Dále se navrhovatel vyjadřuje k tvrzení Úřadu, že se zadávacího řízení netýká možnost aplikace zásad trestního řízení. Dle názoru navrhovatele: *„ÚŘAD POMÍJÍ, ŽE SE U NĚHO VEDE SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ, VE KTERÉM SE PRÁVĚ TYTO ZÁSADY POUŽÍVAT MUSEJÍ, A ÚŘAD NEMŮŽE*

² Navrhovatel má patrně na mysli bod 272 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

³ Navrhovatel má patrně na mysli bod 255 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

PŘI VYDÁNÍ ROZHODNUTÍ VYCHÁZET Z TVRZENÍ ZADAVATELE, ANIŽ BY JEHO TVRZENÍ BYLA PROKÁZÁNA DŮKAZY TAK, JAK JE TO V TOMTO PŘÍPADĚ. ÚŘAD POMÍJÍ OBRANU NAVRHOVATELE, NEBERE V ÚVAHU JEHO NÁMITKY.“

32. K námitce věci rozhodnuté Úřad uvedl, že zadavatel je oprávněn podle § 49 zákona změnit své rozhodnutí nebo jej zrušit a zrušení rozhodnutí mu nebrání ve vydání nového. Navrhovatel s tímto nesouhlasí a uvádí: „[Ž]E TO BYL PRÁVĚ A JEN ZADAVATEL, KTERÝ MÁ CELÝ APARÁT K TOMU, ABY SVÁ ROZHODNUTÍ ČINIL LEGÁLNĚ A SPRÁVNĚ. VZHLEDEM K TOMU, ŽE PRAVOMOCNĚ ZADAVATELEM ZRUŠENÉ ROZHODNUTÍ ZADAVATELE O VYLOUČENÍ NAVRHOVATELE, ČINIL ZADAVATEL ZE STEJNÝCH DŮVODŮ, JAKO ROZHODNUTÍ O VYLOUČENÍ NAVRHOVATELE, KTERÉ JE PŘEDMĚTEM TOHOTO ŘÍZENÍ, MÁ NAVRHOVATEL ZA TO, ŽE SE V DANÉ VĚCI JEDNÁ O VĚC PRAVOMOCNĚ ROZHODNUTOU. POKUD BY TOMU TAK NEBYLO, BYL BY ZADAVATEL ZNAČNĚ ZVÝHODNĚN PROTI NAVRHOVATELI, KTERÝ MÁ POUZE JEDEN „POKUS“ NA PODÁNÍ NÁMITEK A NÁSLEDNĚ NÁVRHU K ÚŘADU.“
33. Navrhovatel nesouhlasí s bodem 205 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že zadavatel neodůvodnil vyloučení navrhovatele skutečnostmi, které jsou mezi ním a navrhovatelem předmětem sporu. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel odůvodnil své rozhodnutí v zásadě pouze spornými tvrzeními, a to např. neplatným odstoupením od smlouvy II.
34. Závěrem rozkladu navrhovatel uvádí námitky, 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 odstranění reklamovaných vad.

Závěr rozkladu

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

IV. Řízení o rozkladu

36. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu, a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

37. 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).

38. 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.
39. 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.
40. Zadavatel nesouhlasí s námitkou navrhovatele ohledně retroaktivity. Dle názoru zadavatele navrhovatel zcela účelově zaměňuje 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.
41. 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.
42. 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 odpovědnosti za vady“). 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.
43. 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. Správní řízení 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.

44. K námitce navrhovatele ohledně věci rozhodnuté⁴ zadavatel uvádí, že závěry navrhovatele ohledně existence více rozhodnutí o jeho vyloučení jsou zcela absurdní. Zadavatel uvádí, že postupoval v souladu s § 49 zákona a byl oprávněn přijmout v zadávacím řízení opatření k nápravě v situaci, kdy dospěl k závěru, že nedostatečně odůvodnil rozhodnutí o vyloučení I.
45. 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

46. 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.
47. 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

48. 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.
49. Považuji též za vhodné uvést, že odůvodnění tohoto rozhodnutí je v zásadě stejné jako již vydaná pravomocná rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-R0083/2019/VZ (ÚOHS-S0077/2019/VZ) a ve věci sp. zn. ÚOHS-R0088/2019/VZ (ÚOHS-S0115/2019/VZ). V obou citovaných rozhodnutích došlo k zamítnutí rozkladu navrhovatele a potvrzení prvostupňového rozhodnutí Úřadu. I v nyní posuzované věci se jedná o stejné skutkové okolnosti, kdy zadavatel vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a uvedené rozhodnutí o vyloučení zadavatel odůvodnil stejnými skutkovými okolnostmi.

⁴ Překážka věci pravomocně rozhodnuté *res iudicata*.

K námitce podobnosti napadeného rozhodnutí s jiným rozhodnutím Úřadu

50. Úvodem svého rozkladu navrhovatel poukázal na to, že napadené rozhodnutí je téměř identické jako jiné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/2019/512/TDv, ačkoliv se jedná o jiné správní řízení a není tak navrhovateli zřejmé, jakým způsobem k tomu došlo.
51. V současné době jsou již skončena dvě správní řízení ve věci posouzení postupu zadavatele ve dvou různých veřejných zakázkách, ve kterých je účastníkem řízení právě zadavatel a navrhovatel. Jsou též vedena další dvě dosud neukončená správní řízení mezi zadavatelem a navrhovatelem. 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.
52. Je tedy naprosto logické, že rozhodnutí Úřadu, na které navrhovatel poukazuje, je téměř totožné s napadeným rozhodnutím, 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 7 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
53. 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.

54. 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

55. 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.
56. 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 ještě 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.
57. Dále navrhovatel uvedl, že dalším znakem, který nebyl naplněn pro jeho vyloučení, je vznik škody. Jazykovým výkladem navrhovatel dovodil, 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.

58. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
59. 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.
60. 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 zadávání veřejných zakázek uvedeným v ustanovení § 6 zákona.
61. 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.
62. 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.
63. 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 popsaným v rozhodnutí o vyloučení. Na uvedená pochybení Úřad reagoval v napadeném rozhodnutí (viz bod 221 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

64. 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.
65. K pochybením vyplývajícím ze Smlouvy II se zcela odkazuji na body 92 – 99 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
66. 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.
67. 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 220 – 233 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Závažností či dlouhodobostí pochybení vyplývajících ze smluvního vztahu mezi navrhovatelem a zadavatelem založeného Smlouvou II se Úřad zabýval v bodech 252 – 261 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvedl, že navrhovatel použil jinou asfaltovací směs v rozporu s uzavřenou Smlouvou I. Tímto jednáním se navrhovatel dopustil prvního závažného pochybení. Další závažné 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 učiněných Úřadem nic vytknout. Lze tak konstatovat, že i třetí podmínka je naplněna.
68. 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.

69. 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).
70. 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.“*
71. Rovněž lze dát za pravdu zadavateli, že navrhovatelem předkládaný výklad je v rozporu s legislativními pravidly vlády.
72. 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.
73. 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. Zadávací řízení bylo zahájeno dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu

zadavatele. 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.

74. 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.
75. 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.
76. 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.
77. 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 bylo zahájeno dne 24. 4. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele, tedy již v době, kdy byl účinný zákon⁵ a zadavatel tak byl oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
78. 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

⁵ Zákon nabyl účinnosti dne 1. 1. 2016

„retroaktivity“ zákona se nelze ztotožnit s názorem navrhovatele, neboť se o žádnou retroaktivitu právního předpisu nejedná.

K tvrzené vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí

79. Navrhovatel uvedl, že Úřad si v napadeném rozhodnutí odporuje, když v bodě 263 odůvodnění napadeného rozhodnutí⁶ 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.
80. Je naprosto zřejmé, že navrhovatel dostatečně nerozlišuje mezi dvěma odlišnými situacemi, resp. pravděpodobně zcela účelově ztotožňuje splnění podmínek pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení se splněním podmínek pro odstoupení od smlouvy. Už z povahy věci se jedná o dvě naprosto odlišné situace.
81. 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 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 body 61 – 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
82. 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 dozoru 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.
83. 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).
84. 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)

⁶ Navrhovatel má patrně na mysli bod 272 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

zákona. Úřad k tomu správně uvedl, že z citovaného ustanovení jazykovým výkladem nikterak nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala předchozí rozhodnutí soudu.

85. 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.
86. 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.
87. 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.)⁷
88. 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. Komentář k § 586 občanského zákoníku.). Je však korektní uvést, že o této otázce zaznívají v doktríně občanského práva různé názory.
89. 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.*“⁸
90. 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 (viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 5. 2005, sp. zn. 22 Cdo 1438/2004).
91. 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.

⁷ Zvýraznění textu v odstavci doplněno předsedou Úřadu.

⁸ Zvýraznění textu v odstavci doplněno předsedou Úřadu.

92. Ve zdejší věci 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.⁹
93. Právo na smluvní pokutu vzniklo na základě ujednání stran. Podle ujednání na straně č. 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.¹⁰ VOP i ZOP jsou založeny ve správním spise.
94. 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.
95. 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.
96. 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.
97. 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.
98. 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 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, 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.
99. 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

⁹ Vznik práva na smluvní pokutu učinil zadavatel součástí důvodů pro vyloučení navrhovatele pro pochybení při plnění Smlouvy II.

¹⁰ <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/634129>

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

100. Navrhovatel uvedl, že „[z]adavatel o tom, že mu vznikla škoda, anebo že by mu vzniklo uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty, nijak neprokazuje. O tom, zda mu skutečně škoda vznikla, anebo zda má právo na smluvní pokutu, rozhoduje až soud rozsudkem. Do té doby se jedná o subjektivní tvrzení zadavatele. Vzhledem k tomu, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumce nevinny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako na ‚nevinného‘, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.“
101. Navrhovatel se neztotožnil s bodem 275 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že „[z]adávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem, tzn., že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu ‚in dubio pro reo‘ a presumci nevinny, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona.“
102. 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.
103. 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 námitce překážka věci rozhodnuté

104. Navrhovatel ve svých námitkách i v návrhu uvedl, že rozhodnutím o vyloučení I byl vyloučen ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona z důvodu, že se měl dopustit závažných pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Citované rozhodnutí však bylo podle navrhovatele „pravomocně“ zrušeno rozhodnutím zadavatele ze dne 1. 8. 2018. Vzhledem k tomu, že rozhodnutím o vyloučení II byl navrhovatel opětovně vyloučen ze zadávacího řízení veřejné zakázky ze stejných důvodů, jak tomu bylo rozhodnutím o vyloučení I. Navrhovatel takový postup označuje za nezákonný z důvodu,

že se jedná již o věc jednou rozhodnutou, což podle navrhovatele zakládá překážku věci rozhodnuté (*res iudicata*).

105. Úřad se s uvedenou námitkou neztotožnil a navrhovateli sdělil, že zadávací řízení má soukromoprávní povahu, byť s nepřehlédnutelnými prvky veřejnoprávní regulace, představuje tedy zvláštní způsob uzavírání soukromoprávních smluv *sui generis*. Jedná se o způsob velmi formalizovaný, když je zadavatel vázán zákonem, neboť disponuje veřejnými prostředky, které musí vynakládat hospodárně. Stále však se jedná o soukromoprávní vztah, ve kterém zadavatel nevystupuje ve vrchnostenském postavení, pokud se v průběhu zadávacího řízení zadavatel rozhodne některý svůj úkon zrušit (za předpokladu, že takto učiní v souladu se zákonem), neznamená to, že *pro futuro* již nemůže zrušený úkon opětovně učinit. Jinými slovy, rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele nemá povahu rozhodnutí učiněného soudem či správním orgánem, k němuž by bylo možné do budoucna vztáhnout překážku „věci rozhodnuté“.
106. Navrhovatel s tímto názorem Úřadu nesouhlasil a v rozkladu uvedl, že „[V]zhledem k tomu, že pravomocně zadavatelem zrušené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, činil zadavatel ze stejných důvodů, jako rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, které je předmětem tohoto řízení, má navrhovatel za to, že se v dané věci jedná o věc pravomocně rozhodnutou. Pokud by tomu tak nebylo, byl by zadavatel značně zvýhodněn proti navrhovateli, který má pouze jeden ‚pokus‘ na podání námitek a následně návrhu k Úřadu.“
107. Předseda Úřadu k tomu konstatuje, že navrhovatel zde zcela účelově a nelogicky argumentuje překážkou věci rozhodnuté. Tato námitka je absurdní a to hned z několika důvodů.
108. Nad rámec toho, co uvedl Úřad, lze uvést, že zadávací řízení není správním řízením, neboť obě dvě řízení se značně odlišují a směřují i k jinému cíli/účelu. Účelem správního řízení je vydat individuální správní akt – rozhodnutí. Účelem zadávacího řízení je uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky. Překážka věci rozhodnuté se tak z logiky věci na zadavatele nevztahuje, neboť zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupuje v zadávacím řízení a ne ve správním řízení. Překážka věci rozhodnuté/rozsouzené se tedy v zadávacím řízení neuplatní.
109. Dalším důvodem proč lze uvedenou námitku označit za absurdní je skutečnost, že rozhodnutí o vyloučení I bylo zrušeno a bylo později nahrazeno rozhodnutím o vyloučení II. To znamená, že původní rozhodnutí o vyloučení I v době vyhotovení rozhodnutí o vyloučení II již neexistovalo. Z toho vyplývá, že i kdyby bylo vůbec možné překážku věci rozhodnuté aplikovat na postup zadavatele, tak stejně by tu nebylo žádné rozhodnutí zadavatele, které by danou překážku zakládalo. Jinými slovy překážka věci rozhodnuté nemůže nastat vůči již zrušenému rozhodnutí, tj. zrušené rozhodnutí nemůže založit překážku věci rozhodnuté ani pro vedení správního řízení, natož pro zadávací řízení.
110. Podle § 49 odst. 1 zákona zadavatel kdykoli v průběhu zadávacího řízení učiní nezbytné a přiměřené opatření k nápravě, pokud zjistí, že postupoval v rozporu s tímto zákonem. Opatřením k nápravě se pro účely tohoto zákona rozumí úkony zadavatele, které napravují předchozí postup, který je v rozporu s tímto zákonem.

111. V posuzované věci tedy zadavatel využil svého práva postupovat v souladu s ustanovením § 49 odst. 1 zákona a přijal opatření k nápravě spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení I.
112. Uvedenou situaci lze přirovnat i k nyní vedenému správnímu řízení. Navrhovatel si je jistě vědom toho, že napadené rozhodnutí je již druhé rozhodnutí Úřadu v této věci a samozřejmě, pokud bylo původní napadené rozhodnutí předsedou Úřadu zrušeno, tak uvedené původní napadené rozhodnutí nezakládalo (ani nemohlo založit) překážku věci rozhodnuté pro vedení správního řízení, neboť neexistuje a nemá právní účinky.
113. Musím konstatovat, že se ze strany navrhovatele jedná o zjevné nepochopení institutu překážky věci rozhodnuté. Úřad uvedenou námitku posoudil zcela správně a závěrům Úřadu k této námitce nelze ničeho vytknout. Námitku překážky věci rozhodnuté odmítám jako zcela nedůvodnou.

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

114. 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.*“
115. 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. Mezi právní předpisy, které zásadně určují a stanovují rozsah pravomocí Úřadu a předsedy Úřadu, patří 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 zákazu diskriminace. Pro posouzení řádnosti tohoto postupu tak není argumentace navrhovatele ohledně „druhu“ vad, reklamace vad, znaleckého posudku a klimatických změn vůbec relevantní.
116. Jak jsem již uvedl v bodě 67 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.*“].¹¹

117. Nad rámec výše uvedeného sděluji, že jsem přistoupil ke stručnému vypořádání dalších námitek.
118. 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 implicitně vyplývá z napadeného rozhodnutí, přiměřený čas k odstranění vad poskytnut byl.
119. K námitce, že sám Úřad nemá najisto postavené, že by se jednalo o vady, když v bodech 230 a 244 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že provedené dílo vykazuje známky vad, ale neříká, že vykazuje vady, odkazují navrhovatele na slovník spisovného jazyka českého. Při vyhledání slova „vykazovat“ se dozvíme, že synonymem k tomuto slovu (tedy slovem stejného významu) je sloveso „mít“ někdy se též užívá slovo „projevovat“. Ve zmíněném slovníku můžeme najít i příklady využití tohoto slovesa např.: „*Žák vykazuje špatný prospěch.*“
120. Při analýze slovního spojení „vykazovat známky vad“ lze dospět k závěru, že je to běžně užívané slovní spojení např. v ekonomice („*Ekonomika eurozóny vykazuje známky zlepšení*“; „*Česká ekonomika vykazuje známky zpomalení*“) nebo i v jiných oblastech všedního života např. známky vyhoření vykazuje podle průzkumu psychiatrů každý pátý Čech. Uvedené příklady tedy reagují na události, které již existují – Pokud ekonomika eurozóny vykazuje známky zlepšení, tak je to dáno analýzou určitých kritérií, které jsou sledovány dlouhodobě v čase. Užití slovního spojení „vykazovat známky něčeho“ lze chápat jednoznačně jako vyjádření faktického stavu, který tu je. Nejedná se o vyjádření hypotetického názoru, který by reflektoval menší míru jistoty, např. ekonomika eurozóny se asi zlepšuje.
121. I s ohledem na uvedené příklady lze dospět jedině k závěru, že pokud Úřad užil sloveso „vykazovat“ ve spojení se „známky vad“ tak jiným způsobem vyjádřil názor, že provedené dílo má/projevuje vady. Uvedenou námitku navrhovatele odmítám tedy jako nedůvodnou.
122. 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 255 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Závažnost pochybení je však dána již samotnou délkou jeho prodlení.

¹¹ Zvýraznění textu v odstavci doplněno předsedou Úřadu.

123. Navrhovatel namítal, že Úřad v napadeném rozhodnutí uvádí, že došlo k záměně směsi SMA 8 za SMA 11, a k vadnému plnění Smlouvy I. 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.
124. 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.
125. 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.
126. 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.

127. Předseda Úřadu k tomu uvádí, že odpovědnost za řádné a včasné plnění Smlouvy II leží na zhotoviteli (dodavatel), 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 zjistitelné, 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 veřejné zakázky s názvem „I/19 Jordán - MÚK s D3“ vedlo k prodlení navrhovatele při plnění Smlouvy II.
128. 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

129. 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, onichž 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 vznesených 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, pročez 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

130. 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.
131. 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.

otisk úředního razítka

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