



UOHSX00C608S

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv

Brno: 17. dubna 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 2. 2019 na návrh ze dne 20. 2. 2019, jehož účastníky jsou

- zadavatelé – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4; Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, přičemž zadavatelé – Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice – jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4. 3. 2019 zastoupeny zadavatelem – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 1. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

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

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 – ze dne 20. 2. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatelů – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4; Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice – učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 9. 2018 a uveřejněno tamtéž dne 27. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-033073, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 10. 2018 a ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2018, **se podle ustanovení § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.**

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatelé – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4; Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, přičemž zadavatelé – Obec Sedlec, IČO 00245411, se sídlem Sedlec 48, 373 77 Sedlec; Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, IČO 70971641, se sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice – jsou ve správním řízení na základě plné moci ze dne 4. 3. 2019 zastoupeny zadavatelem – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen souhrnně „zadavatel“) – odeslali dne 26. 9. 2018 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zakázce bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 27. 9. 2018 pod ev. č. Z2018-033073, ve znění opravy uveřejněné dne 17. 10. 2018 a ve znění opravy uveřejněné dne 30. 10. 2018 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 2.1 zadávací dokumentace je vymezeno, že předmětem plnění veřejné zakázky je provedení stavebních prací dle této zadávací dokumentace a jejích příloh.
3. Podle bodu 2.2 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 44 621 656 Kč bez DPH.
4. Z „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 9. 1. 2019 (dále také „rozhodnutí o vyloučení“) je patrné, že zadavatel oznámil navrhovateli – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 1. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“ či „zhotovitel“), že je ze zadávacího řízení vyloučen, přičemž rozhodnutí o vyloučení bylo navrhovateli doručeno dne 10. 1. 2019.
5. Dne 25. 1. 2019 zadavatel obdržel námitky navrhovatele z téhož dne směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Rozhodnutím ze dne

8. 2. 2019 zadavatel námítky navrhovatele odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 11. 2. 2019.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení za zákonný, podal dne 21. 2. 2019 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 2. 2019 (dále jen „návrh“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 21. 2. 2019.

Obsah návrhu

7. Návrh navrhovatele směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, kdy podle navrhovatele nejsou splněny zákonné podmínky pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a zároveň navrhovatel uvádí, že zadavatel pochybil, když vyzval jiného uchazeče o vysvětlení a doplnění nabídky dle ustanovení § 46 zákona, ale navrhovatele nikoliv, tímto postupem tak zadavatel porušil zásady uvedené v § 6 zákona, konkrétně zásady zákazu diskriminace, rovného zacházení a transparentnosti.
8. Navrhovatel v návrhu nejprve rekapituluje své námítky ze dne 25. 1. 2019 a dále uvádí, že jedním z důvodů pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení byla údajná nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Konkrétně navrhovatel uvádí, že se podle zadavatele dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“. Podle zadavatele tedy závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále také 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 taktéž v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále také jen „smlouva II“) tkvělo podle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla, které vedlo k odstoupení od dané smlouvy o dílo, přičemž dle zadavatele časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel smlouvy a vedlo k závažné újmě zadavatele.
9. Navrhovatel rovněž uvádí, že dalšími důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení bylo nepředložení osvědčení o realizaci jedné z referenčních zakázek, neuvedení technického popisu položky a technické specifikace a v neposlední řadě neocenění aktuálního konsolidovaného soupisu prací.
10. Podle navrhovatele je k vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona nutné, aby existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel skutečně dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, a až poté, co bude na základě pravomocného rozhodnutí soudu postaveno najisto, že je účastník zadávacího řízení nezpůsobilý, je možné uplatnit právo zadavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona na vyloučení účastníka

ze zadávacího řízení. Do té doby je podle navrhovatele nutné pohlížet na uchazeče jako na způsobilého.

11. Navrhovatel dále uvádí, že *»byl ochoten zadavatelem uplatněné vady díla „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, až na odstranění celé obrusné vrstvy realizované ze směsi SMA 11, odstranit, nicméně navržený způsob byl pro zadavatele neakceptovatelný, ačkoliv byl dle přesvědčení navrhovatele zákonný. Navrhovatel navrhoval vady spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy odstranit jejím vyfrézováním a opětovným položením a ohledně záměny obrusné vrstvy navrhoval slevu z ceny díla, neboť se jedná o neodstranitelnou vadu. Navíc asfaltová směs SMA 8 a SMA 11 jsou dle níže uvedeného vyjádření [...OSOBNÍ ÚDAJ...] zaměnitelné a položení vrstvy SMA 11 nebylo k neprospěchu (viz. vyjádření soudního znalce [...OSOBNÍ ÚDAJ...] k realizované záměně asfaltové směsi SMA 11 za SMA 8 ze dne 8. 6. 2017).«*
12. Navrhovatel se dále vyjádřil k odstranitelnosti a neodstranitelnosti vady díla, kdy dle navrhovatele zadavatel zcela záměrně přehlíží dosavadní judikaturu, ze které má vyplývat, že neodstranitelnou vadou je vada, která je sice odstranitelná, avšak náklady na opravu jsou neúměrné ceně věci – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem v poměru k ceně, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou. Podle navrhovatele je tak argumentace zadavatele zcela chybná a v rozporu s dosavadní judikaturou, neboť provede-li stavební firma stavbu rodinného domu z jiných cihel, než předpokládal projekt, ovšem o stejných užitných vlastnostech, a zjistí se to až po dokončení a předání domu objednateli, nemůže objednatel požadovat zbourání domu a jeho opětovné vystavění. Navrhovatel k tomu dále dodává, že i tímto způsobem by se dala vada odstranit, ale je to zcela zřejmě neekonomické, jedná se tak o vadu neodstranitelnou a v úvahu tedy připadá pouze sleva z ceny díla (stejně tomu je dle navrhovatele i v daném případě).
13. K vadě záměny asfaltové směsi navrhovatel dále uvádí, že ve směsi SMA 8 je zrno o velikosti 8 mm a ve směsi SMA 11 je zrno o velikosti 11 mm, přičemž tento rozpor nezjistil ani navrhovatel ani objednatel a ani technický dozor investora (dále jen „TDI“), zjistila ho až odborná laboratoř při laboratorním zkoumání. Dle navrhovatele je tak zřejmé, že se v souladu se závěry Soudního dvora EU nejednalo o závažné pochybení a ani o nedbalost, neboť navrhovatel u svého dodavatele objednal dodání směsi SMA 8, a byla mu dodána směs SMA 11, přičemž tuto skutečnost nebyl schopen dle svých slov „pouhým okem“ zjistit (jednalo se o rozdíl zrna 3 mm).
14. K tomu dále navrhovatel uvádí, že mu zadavatel navíc neposkytl ani dostatečnou dobu pro odstranění vad, neboť mu byla výzva k odstranění vad doručena dne 24. 11. 2018, kdy v předmětné výzvě byl stanoven termín pro jejich odstranění do 30. 11. 2018. Navrhovatel danou část návrhu uzavírá tím, že se nejedná o škodu, ale o slevu z ceny díla a není tak naplněna zákonná podmínka v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž dle mínění navrhovatele nemá zadavatel na slevu v uplatněné výši právo.
15. Navrhovatel se dále zabýval údajným závažným pochybením smlouvy II, kdy se měl dostat do významného prodlení s dokončením díla. Navrhovatel k tomu uvádí, že zadavatel zcela pomíjí fakt, že navrhovateli dal pokyn, aby na díle, tedy jeho 4. etapě, již nepokračoval, kterému vyhověl. Navrhovatel rovněž tvrdí, že zadavatel údajné významné prodlení již blíže nespécifikuje.

16. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 8. 2. 2019 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) tvrdí, že pochybení navrhovatele vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, avšak toto své tvrzení nijak nekonkretizuje a je tak dle navrhovatele nepřezkoumatelné. Navrhovatel k tomu doplňuje, že dopravně inženýrská opatření (dopravní značení) byla provedena a rozhodně k žádnému ohrožení života, majetku a zdraví účastníků silničního provozu nedošlo.
17. Navrhovatel dále tvrdí, že není pravdivé ani tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že by navrhovatel nerozporoval, že by došlo k pochybení na jeho straně s termínem plnění. Navrhovatel rovněž uvádí, že si zadavatel ohledně údajného prodlení s nepředáním harmonogramu protiřečí, neboť v pokynu zadavatele uvedl, že navrhovatel nemá zahajovat práce na 4. etapě a nyní navrhovateli vyčítá, že nepředložil harmonogram na 4. etapu, na které neměl pracovat. Navrhovatel tak k tomu dodává, že vzhledem k tomu, že zadavatel práce přerušil, nemohl navrhovatel harmonogram zpracovat, neboť nebylo zřejmé, kdy mu dá zadavatel pokyn k zahájení prací, přičemž dle navrhovatele zadavatel od smlouvy II neplatně odstoupil v době, kdy bylo provádění díla přerušeno.
18. Navrhovatel dále uvádí, že *„(z)adavatel svá tvrzení 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.“* Podle navrhovatele by měl zadavatel vždy čekat na rozhodnutí soudu, než přikročí k vyloučení účastníka zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, jinak by jeho právní jednání odporovalo zásadám správního, a tedy i trestního řízení a mohlo by vést k zneužití této pravomoci. Podle přesvědčení navrhovatele je rovněž zřejmé, že se v daném případě jedná o nepřípustnou retroaktivitu, neboť uplatnění ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona vůči navrhovateli pro veřejné zakázky, které byly zadávány dle předchozí právní úpravy, je dle něj nesprávné.
19. Navrhovatel dále tvrdí, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že mu vznikla „závažná újma“, ovšem tuto „závažnou újmu“ nijak nespecifikuje, a tak je dle navrhovatele dané tvrzení nepřezkoumatelné.
20. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel porušil zásady § 6 zákona, neboť jiného účastníka zadávacího řízení vyzval k vysvětlení a doplnění nabídky podle § 46 zákona, avšak u navrhovatele tak neučinil s odkazem na skutečnost, že jej vylučuje z pohledu závažnějších pochybení (§ 48 odst. 5 písm. d) zákona), a proto není třeba, aby vysvětlil a doplnil nabídku. Podle navrhovatele se tak zadavatel dopustil diskriminace vůči navrhovateli, neboť ukáže-li se, že vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je nezákonné, o čemž navrhovatel nepochybuje, nebyl by po doplnění dán důvod pro jeho vyloučení. Navrhovatel tak uvádí, že neúplný text u položek a doložení osvědčení, mohl obratem odstranit, kdyby byl k tomu vyzván, stejně tak i konsolidovaný soupis prací. Navíc podle navrhovatele je z čísel položek patrné, o jaké položky se jedná, neboť čísla jsou stejná jak v zadávací dokumentaci, tak v nabídce navrhovatele.
21. Navrhovatel dále nesouhlasí s tvrzením zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že práce na veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ nejsou pro vyloučení navrhovatele rozhodné. K tomu navrhovatel argumentuje, 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 navrhovatel předal staveniště mnohem později a v rozporu se svými předešlými pokyny. K těmto skutečnostem se dle navrhovatele však zadavatel v rozhodnutí o námitkách nijak nevyjadřuje.

22. Zároveň navrhovatel uvádí, že rozhodnutí o námitkách je plné obecných tvrzení, jako např. „zmaření účelu smlouvy“, „závažnou újmu je celá série postupů stěžovatele“, „došlo k ohrožení životu, majetku a zdraví účastníků silničního provozu“, které nejsou ze strany zadavatele podloženy, odůvodněny či vysvětleny.
23. Navrhovatel je taktéž přesvědčen, že důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení v rozhodnutí o vyloučení vymezil zadavatel neurčitě a toto rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné.
24. Navrhovatel v závěru návrhu navrhuje, aby Úřad rozhodnutí o vyloučení zrušil.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

25. Úřad obdržel návrh dne 21. 2. 2019 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
26. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
27. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-05759/2019/512/TDv ze dne 25. 2. 2019, které bylo zadavateli i navrhovatelé doručeno téhož dne.
28. Dne 4. 3. 2019 byla Úřadu prostřednictvím datové schránky doručena zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce, vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 4. 3. 2019, a část dokumentace o zadávacím řízení. Rovněž dne 4. 3. 2019 byla Úřadu doručena část dokumentace o zadávacím řízení prostřednictvím datové zprávy podepsané uznávaným elektronickým podpisem a na přenosném technickém nosiči dat (CD).

Vyjádření zadavatele ze dne 4. 3. 2019
29. Zadavatel ve svém vyjádření předně uvádí, že zcela odmítá závěry navrhovatele týkající se rozhodnutí o námitkách navrhovatele, neboť navrhovatel dle zadavatele zcela zjevně zjednodušuje a dezinterpretuje předmětné rozhodnutí.
30. Dále se zadavatel vyjádřil k nepředložení osvědčení objednatel o poskytnutí stavební práce, kdy zadavatel uvádí, že navrhovatel ve své nabídce předložil seznam poskytnutých stavebních prací, ale osvědčení, kterým by navrhovatel prokázal splnění technické kvalifikace (1 stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba nebo rekonstrukce mostu na minimálně dvoupruhové pozemní komunikaci, jehož nosná konstrukce byla vybudována technologií předpjatého betonu, nebo 1 stavební práce, jejímž předmětem byla novostavba nebo rekonstrukce lávky pro pěší, jejíž nosná konstrukce byla vybudována technologií předpjatého betonu) dle čl. 4.4.3 zadávací dokumentace, již v nabídce nebylo předloženo. V návaznosti na výše uvedené se zadavatel vyjádřil ke skutečnosti, že navrhovatele nevyzval

k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů podle § 46 odst. 1 zákona, ale jiného účastníka zadávacího řízení ano. Zadavatel tak k tomu uvádí, že se nedopustil porušení § 6 zákona, když navrhovatele nevyzval k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů podle § 46 odst. 1 zákona, neboť zásadním a primárním důvodem k vyloučení navrhovatele byla totiž nezpůsobilost navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tzn., že i kdyby navrhovatele vyzval k doplnění chybějícího osvědčení, pořád by byly naplněny důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a to z důvodů, které postupem dle § 46 odst. 1 zákona nelze zhojit.

31. Zadavatel se dále vyjádřil k neuvedení technického popisu položky a technické specifikace, kdy tvrdí, že navrhovatel ve své nabídce předložil soupis prací – výkaz výměr ve formátu pdf a xlsx, kde u většiny položek nebyl uveden technický popis položky a technické specifikace. Zadavatel k tomu dále dodává, že podstata daného vylučovacího důvodu nespočívá v tom, že navrhovatel vypustil některé nadbytečné popisné informace, jak sám toto pochybení interpretuje, ale předmětné informace jsou dle zadavatele zásadní a důležité, neboť je v nich vymezeno, co konkrétní položka obsahuje, a tím se tak předchází dohadům a pochybnostem, jaké práce mají být skutečně provedeny. Podle zadavatele tak oceněný soupis prací nebyl zpracován a v nabídce navrhovatele předložen v souladu se zadávacími podmínkami, což je samo o sobě důvodem k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
32. Zadavatel se rovněž vyjádřil k neocenění aktuálního konsolidovaného soupisu prací, kdy uvádí, že dne 29. 10. 2018 uveřejnil na profilu zadavatele „Vysvětlení, změnu nebo doplnění zadávací dokumentace č. 5 – 14, kde změnil položky soupisu prací, konkrétně jde o vysvětlení, změnu nebo doplnění č. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14. Zadavatel uvádí, že jako přílohu těchto změn uveřejnil konsolidovaný soupis prací, přičemž navrhovatel nereflektoval dané změny a předložil v nabídce soupis prací, kde nejsou zohledněny uveřejněné změny soupisu prací, tj. změny zadávacích podmínek. Podle zadavatele tak navrhovatel nesplnil zadávací podmínky, když neoceníl aktuální, konsolidovaný soupis prací, a proto jej vyloučil dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Co se týče té skutečnosti, že zadavatel navrhovatele nevyzval k objasnění nebo doplnění údajů, dokladů, vzorků nebo modelů podle § 46 odst. 1 zákona, ale jiného účastníka zadávacího řízení ano, zadavatel odkazuje na předchozí své tvrzení v rámci vyjádření k nepředložení osvědčení objednatel o poskytnutí stavební práce.
33. Dále zadavatel přistoupil k námitce navrhovatele ohledně nepřípustné retroaktivity. Zadavatel tak k dané námitce uvádí, že *»(v) daném případě není rozhodné, kdy byla zahájena zadávací řízení, na základě kterých byly uzavřeny Smlouva I a Smlouva II, ale skutečnost kdy bylo zahájeno zadávací řízení veřejné zakázky s označením „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“, ze kterého je navrhovatel vyloučen.«*
34. Zadavatel dále reagoval na námitku navrhovatele týkající se veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž k tomu uvádí, že zadávací řízení a následně plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“ nejsou pro vyloučení navrhovatele jakkoliv rozhodné a námitky navrhovatele ve vztahu k této veřejné zakázce nejsou důvodné, neboť se jedná o skutečnosti, které nebyly důvodem vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Argumentace navrhovatele, že musel plnit i jinou zadavatelskou veřejnou zakázku je dle zadavatele srovnatelná s argumentací, že *„navrhovatel měl i jiné závazky ke zcela jiným dodavatelům. Existence závazků z jiných smluv a veřejných zakázek nemá žádný dopad na povinnost plnit předmět Smlouvy I a Smlouvy II řádně a včas.“*

Zadavatel pak ještě doplňuje, že při plnění smlouvy I a smlouvy II vždy postupoval v souladu s těmito smlouvami, a tedy také staveniště bylo předáno řádně a včas.

35. Zadavatel se dále vyjádřil k plnění smlouvy I, kdy tvrdí, že pochybení navrhovatele spočívalo ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatele požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, a to dle zadavatele znamená, že navrhovatel postupoval v rozporu s požadavky zadavatele vymezenými v předmětné smlouvě, a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Současně zadavatel uvádí, že navrhovatel v rozporu se skutečným stavem uvedl v souhrnné závěrečné zprávě, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace nenastaly a že obrusná vozovka byla provedena ze směsi SMA 8. Podle zadavatele na tom nic nemění ani ta skutečnost, kdy navrhovatel uvádí, že o této záměně nevěděl, jelikož záměna asfaltových směsí vznikla na straně obalovny, u které asfaltovou směs objednal. Zadavatel má totiž za to, že za plnění poskytnuté zadavateli plně odpovídá navrhovatel, a současně také odpovídá za plnění poskytované jeho poddodavateli. Zadavatel také uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s.r.o. identifikoval vady vozovky spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, přičemž výše uvedená závažná pochybení navrhovatele vedla ke kvalifikovaným následkům spočívajícím v požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění pochybení navrhovatele a vad vozovky třetím subjektem a uhrazení smluvní pokuty za neodstranění pochybení navrhovatele.
36. Zadavatel dále konstatuje, že soudní znalec [...OSOBNÍ ÚDAJ...] neuvádí, že by záměna asfaltových směsí byla ku prospěchu díla, jak tvrdí navrhovatel, ale pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění dané smlouvy, tzn., že pouze vyjadřuje své subjektivní dojmy, což neodpovídá obecným vlastnostem znaleckého posudku. Podle zadavatele je taktéž lichá i argumentace navrhovatele, že mu neposkytl dostatečnou součinnost k nápravě jeho pochybení s tím, že měl navrhovatel dostatek prostoru k nápravě, kdy podle zadavatele tato doba k nápravě činila více než 8 měsíců.
37. Zadavatel danou věc uzavírá tím, že z korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem vyplývá, že navrhovatel nerozporuje, že k jednotlivým pochybením z jeho strany došlo, tedy že poskytl zadavateli plnění v rozporu se smlouvou I, ale rozporuje zejména skutečnosti, které se týkají nápravy těchto pochybení.
38. Dále pak k plnění Smlouvy II zadavatel uvádí, že „*[n]avrhovatel postupoval zcela v rozporu s termíny plnění stanovenými zadavatelem a dostal se do významné prodlevy se zhotovením plnění. Pochybení navrhovatele spočívající ve významném nedodržování harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, když tato nebyla zprovozněna řádně a včas v souladu se Smlouvou II.*“ Zadavatel tak uvádí, že v návaznosti na toto závažné pochybení navrhovatele odstoupil od smlouvy II a požaduje po navrhovateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění.
39. Zadavatel dále k tomu doplňuje, že dle něj navrhovatel nerozporuje skutečnost, že se ocitl v prodlení s termínem plnění dle smlouvy II, ale až následný průběh jeho prací na základě pokynů zadavatele v době, kdy již plnění na základě smlouvy II mělo být navrhovatelem řádně poskytnuto.

40. Skutečnost, že navrhovatel rozporuje platnost odstoupení od Smlouvy II, nemá podle zadavatele jakýkoliv dopad na naplnění podmínek pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Podle zadavatele je zcela zcestná interpretace navrhovatele, že snad nebyl dán důvod k odstoupení od smlouvy II jen proto, že navrhovatel splnil výzvu zadavatele ze dne 21. 11. 2017, neboť se jednalo o již 2. výzvu k nápravě, přičemž 1. výzvu k nápravě navrhovatel nesplnil. Dle zadavatele tak navrhovatel až na základě druhé výzvy nastoupil k dokončení prací na I. až III. etapě po několikaměsíčním prodlení, a to v době, kdy již měla být dokončena i IV. etapa a předáno celé dílo a kdy nerespektoval předchozí výzvy. Dle názoru zadavatele tak není možné danou situaci interpretovat tak, že navrhovatel stavbu dokončil a splnil pokyny zadavatele.
41. Dále se zadavatel vyjádřil k námitce navrhovatele, že zadavatel může uplatnit právo na vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona až po tom, co bude na základě pravomocného rozhodnutí soudu postaveno najisto, že je účastník zadávacího řízení nezpůsobilý dle předmětného ustanovení. Zadavatel k tomu uvádí, že není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I a smlouvy II potvrzeny soudem. Dle zadavatele je dostatečné, že zadavatel prokázal pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I a smlouvy II, která nebyla zanedbatelná, ale atakovala samotný účel smluv. V opačném případě by to podle zadavatele znamenalo, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona bude de facto neaplikovatelný, neboť by zadavatel musel buď vždy čekat na pravomocné soudní rozhodnutí, které by platnost či neplatnost odstoupení deklarovalo (což je v kombinaci s lhůtou tří let pro aplikaci tohoto důvodu dle zadavatele v podstatě nemožné), nebo by k zamezení vyloučení účastníka zadávacího řízení dle tohoto důvodu postačovalo skutečně prosté tvrzení účastníka zadávacího řízení o tom, že odstoupení subjektivně nepovažuje za platné.
42. Zadavatel se dále věnoval tvrzení navrhovatele, že ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce nevinny). K tomu zadavatel uvádí, že navrhovatel opomíjí, že zadávání veřejné zakázky není postupem ve správním řízení, ale zvláště upraveným kontraktním, soukromoprávním postupem a pokud jde o zásadu „in dubio pro reo“, tak zadavatel uvádí, že „neměl žádné pochybnosti o porušení Smlouvy I a Smlouvy II, presumpce nevinny v zadávacím řízení nemá žádné analogie.“
43. Zadavatel se dále zabýval námitkou navrhovatele odkazující na rozsudek Soudního dvora EU zabývající se výkladem pojmu „vážné pochybení“, přičemž zadavatel k tomu uvádí, že netvrdí zlý úmysl navrhovatele, ale zcela bez pochyb jej však lze považovat za hrubou nedbalost navrhovatele.
44. Zadavatel se taktéž vyjádřil k tvrzení navrhovatele, že v rozhodnutí o vyloučení nespécifikoval, v čem spočívá závažná újma, a rovněž v předmětném rozhodnutí zadavatel vymezil důvody pro vyloučení neurčitě a jsou tak nepřezkoumatelné. K tomu zadavatel uvádí, že za závažnou újmu považuje celou sérii postupů navrhovatele, jejichž důsledkem bylo zmaření účelů obou smluv, a zároveň v této souvislosti odkazuje na celý text předmětného rozhodnutí, který je velmi detailní a konkrétní. Zadavatel k tomu doplňuje, že navrhovatel nijak nespécifikuje, v čem spatřuje neurčitost důvodů svého vyloučení.
45. Zadavatel rovněž odmítá námitku navrhovatele vztahující se ke smlouvě I, že se v daném případě nejedná o škodu, ale o slevu z ceny díla. Zadavatel k tomu uvádí, že pojem „škoda“

používá pouze navrhovatel a zároveň tomuto pojmu oponuje, přičemž zadavatel dále uvádí, že v žádné části rozhodnutí o vyloučení vznik škody netvrdil, ale uváděl „odstranění vad“, „kvalifikované následky“ a „smluvní pokuta“.

46. Zadavatel k namítané neodstranitelnosti vady v souvislosti se smlouvou I uvádí, že vady díla byly odstranitelné, což lze dovodit jednak z toho, že zadavatel jejich odstranění třetí osobou zajistil, a zároveň i z toho, že navrhovatel byl ochoten je odstranit, ale v mnohem menším rozsahu než zadavatel požadoval, přičemž navržený postup navrhovatele k odstranění vad nebyl pro zadavatele přípustný, neboť by znamenal podstatnou změnu smlouvy a totéž platí i pro slevu z ceny díla.
47. Zadavatel ve vztahu k argumentaci navrhovatele týkající se dlouhodobosti jeho pochybení při plnění smlouvy I a smlouvy II uvádí, že dle zákona je pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nezbytné, aby pochybení navrhovatele byla závažná nebo dlouhodobá. Zadavatel tak tvrdí, že v daném případě prokázal naplnění závažnosti pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I a smlouvy II a nebylo tak třeba naplnění podmínky dlouhodobosti, jak dle něj mylně uvádí navrhovatel.
48. Zadavatel závěrem k dané věci uvádí, že se nedopustil porušení § 6 zákona ani § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a proto navrhuje, aby Úřad v souladu s § 265 písm. a) zákona návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zamítl.

Další průběh správního řízení

49. Usnesením č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-06646/2019/512/TDv ze dne 6. 3. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
50. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-07702/2019/512/TDv ze dne 15. 3. 2019 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.
51. Usnesením č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-08455/2019/512/TDv ze dne 25. 3. 2019 stanovil účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě se žádný účastník správního řízení k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

52. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona, a proto rozhodl dle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

53. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
54. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona veřejným zadavatelem je státní příspěvková organizace.

55. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11.3.2016 dostupné online: <https://www.rsd.cz/wps/wcm/connect/eec05db2-953b-4c3a-8907-a0785229bab3/Zrizovaci+listina+ve+zneni+dodatku+c.+11.pdf?MOD=AJPERES>, ve znění dodatku č. 11 ze dne 11. 3. 2016 dostupného online: <https://www.rsd.cz/wps/wcm/connect/e545cb74-da21-431f-a5bf-450cb9a761cd/Dodatek+11+ke+Zrizovaci+listine.pdf?MOD=AJPERES>, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „Ministerstvo dopravy ČR“).
56. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic ČR, coby státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem dopravy ČR, je veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

K výroku tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

57. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
58. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
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 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
60. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
61. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
62. Podle § 273 odst. 1 zákona pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

63. V „rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 9. 1. 2019 jsou mj. uvedeny následující skutečnosti: »Ve vztahu k Zakázce byly podmínky pro vyloučení

Účastníka dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení Zakázky došlo ze strany Účastníka k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se Zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany Zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého Účastníkem. Zadavatel proto rozhodl o vyloučení Účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

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

V souvislosti s plněním Smlouvy I se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Účastník při realizaci stavebních prací na základě Smlouvy I postupoval v příkrém rozporu s požadavky Zadavatele vymezenými ve Smlouvě I a bez vědomí Zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Účastník současně v Souhrnné závěrečné zprávě (příloha č. 1 rozhodnutí) zhotovitele předané Zadavateli uvedl, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly, a současně v příloze k této zprávě uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.

Zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o. (se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO: 03598292) identifikoval další závažná pochybení Účastníka při realizaci plnění dle Smlouvy I spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121).

Zadavatel prostřednictvím technického dozoru stavebníka [...OSOBNÍ ÚDAJ...] zaslal Účastníkovi Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH ze dne 21. 3. 2017 (příloha č. 2 rozhodnutí). V rámci tohoto uplatnění reklamace bylo po Účastníkovi požadováno odstranění závady na stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH na úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení včetně provedení lokální diagnostiky. Technický dozor stavebníka současně vyzval Účastníka k doplnění závěrečné zprávy o kvalitě obrusné vrstvy.

Dne 31. 3. 2017 byl na stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH realizován společností ESLAB, spol. s r.o. odběr jádrových vývrtů (příloha č. 3 rozhodnutí).

(...) Správce stavby zaslal Účastníkovi „Určení Správce stavby v souladu s Pod-čl. 3.5 VOP/ZOP ke claimu Objednatele ze dne 17.01.2018 a ze dne 16.04.2018“ ze dne 15. 5. 2018 (příloha č. 14 rozhodnutí). Správce stavby určil, že Zadavatel je po Účastníkovi oprávněn požadovat nárok na zaplacení nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč a nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu.

Jak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele, správce stavby a technického dozoru stavebníka, Účastník realizoval plnění Smlouvy I v příkrém rozporu s požadavky zadavatele. Bez vědomí Zadavatele Účastník zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Bez ohledu na vlastnosti jednotlivých asfaltových koberců Účastník Zadavateli poskytl jiné plnění, než které Zadavatel na základě jím identifikovaných potřeb popsal. Současně Účastník poskytl jiné plnění, než které bylo řádně vysoutěžené v zadávacím řízení, na základě kterého byla uzavřena Smlouva I. Účastník tak zcela svévolně postupoval při stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH v rozporu s jasně stanovenými požadavky ve Smlouvě I, přičemž až zpětně, kdy Zadavatel tento rozpor identifikoval, snažil se závažnost svých pochybení snížit tím, že poukázal na srovnatelné vlastnosti jednotlivých asfaltových koberců nebo na okolnosti jejich pokládky (klimatické podmínky, chybná práce poddodavatelů Účastníka).

Účastník nejen že poskytl Zadavateli jiné plnění, než které Zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. Účastníkem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121), a to v následujících částech vozovky:

- *viditelné podélné trhliny v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572-0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení;*
- *tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nespĺňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28;*
- *pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nespĺňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15, a to 15,0;*
- *obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15 na pevnost spojení vrstev je 15,0;*
- *pravý jízdní pruh ve směru staničení:*
 - *staničení 1,412-1,371 km_pravděpodobně špatné spojení vrstev;*
 - *staničení 1,299-1,291 km_segregovaná místa;*
 - *staničení 1,231-1,216 km_otevřená struktura povrchu (v 1,222 km příčné trhliny délky cca 30-50 cm);*
 - *staničení 1,333 km_segregovaná místa;*
 - *staničení 1,118-1,110 km_dtto;*
 - *staničení 1,032 km_lokální hloubkové deformace v obrusné vrstvě (cca 1-2 cm);*

- *staničení 1,016-0,999 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;*
 - *staničení 0,937 km_dosypat krajnice;*
 - *staničení 0,925-0,908 km_otevřená povrchová struktura, v otevřených pórech se viditelně drží voda;*
 - *staničení 0,843 km_nevyhovující krajnice;*
 - *staničení 0,794-0,780 km_v ose jízdního pruhu segregovaná místa;*
 - *staničení 0,743 km_vymletá krajnice směrem k vtokové/nátokové části propustku;*
 - *staničení 0,678-0,633 km_otevřená povrchová struktura;*
 - *staničení 0,656 km_lokální hloubková deformace v obrusné vrstvě (cca 2 cm);*
 - *staničení 0,616-0,598 km_segregovaná místa, pravděpodobně také nespojení vrstev (kraj vozovky viditelně ujždí);*
 - *staničení 0,572-0,500 km_segregace, příčné trhliny, viditelné nespojení vrstev, v rámci trasy se jedná o nejhorší místo;*
 - *staničení 0,438-0,413 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;*
 - *staničení 0,280-0,250 km_dtto;*
 - *staničení 0,155-0,125_dtto;*
 - *staničení 0,011-0,000 km_dtto;*
 - *Není zalitá příčná spára na začátku a na konci úseku.*
- *levý jízdní pruh ve směru staničení:*
- *staničení 0,565 km_otevřená struktura povrchu v ose jízdního pruhu;*
 - *staničení 1,070-1,080 km_dtto;*
 - *staničení 1,185 km_dtto;*
 - *staničení 1,196 km_dtto;*
 - *staničení 1,255-1,273_dtto (nejhorší porucha v 1,264 km)*
 - *staničení 1,284-1,297 km_otevřená struktura povrchu*

V daném případě se tedy nejednalo o ojedinělé a při realizaci stavebních prací běžně se vyskytující pochybení zhotovitele, ale o závažnou chybu, kterou Účastník nejdříve zastíral (v Souhrnné závěrečné zprávě uvedl nepravdivé informace) nebo o ní dokonce ani nevěděl (poskytoval Zadavateli takové plnění, že si ani sám nebyl vědom toho, jakým způsobem a v jaké kvalitě plní, dokud ho na jeho pochybení neupozornil Zadavatel).

V návaznosti na shora popsaná závažná pochybení požadoval Zadavatel po Účastníkovi v souladu se Smlouvou I zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem, a to v následující výši:

- náklady, které vznikly Zadavateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč dle Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP a
- smluvní pokuta ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu dle Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP.

Zadavatel v této souvislosti upozorňuje, že na základě výše popsaného závažného profesního pochybení Účastníka, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost a odbornou kvalifikaci (Účastník zastíral nebo dokonce ani nevěděl, jakým způsobem a v jaké kvalitě poskytuje Zadavateli plnění), byl také naplněn důvod pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. f) ZZVZ.

Účastník při poskytování plnění na základě Smlouvy I vystupuje jako příslušník určitého povolání nebo stavu, čímž dává najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena ve smyslu § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Občanský zákoník“). Pokud tedy Účastník v rozporu se Smlouvou I a bez vědomí Zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky a tuto navíc vyhotovil v nedostatečně tloušťce a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy, jde takovému zanedbání odborné péče a povinností k jeho tíži. Odborníkem, který měl poskytovat řádné a včasné plnění na základě Smlouvy I, je jednoznačně Účastník jakožto profesionál, který se zavázal zpracovat plnění v souladu se Smlouvou I. Pokud se Účastník snaží přičítat pochybení při změně obrusné vrstvy vozovky svému poddodavateli (subdodavateli), pak je tato argumentace navrhovatele rozporná s Občanským zákoníkem (§ 1935) i Smlouvou I, neboť Účastník při plnění Smlouvy I odpovídá za plnění svých poddodavatelů (subdodavatelů), jako by plnil sám.

(...) Pochybení Účastníka ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku Zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem (a s tím souvisejícím nákladům na straně Zadavatele vyvolaných výlučně v důsledku porušení povinností Účastníka) a k uplatnění smluvní pokuty, na jejichž zaplacení Zadavateli vznikl nárok v souladu s VOP/ZOP. Smluvní pokuta je nepochybně „jinou srovnatelnou sankcí“ ve smyslu ZZVZ. Stejně tak je jinou srovnatelnou sankcí ve smyslu ZZVZ i uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých Zadavateli na odstranění vad vozovky třetím subjektem. Tento nárok není nárokem na přiměřenou slevu z ceny vadného plnění závazku uplatněným jen dle obecných ustanovení Občanského zákoníku, jedná se o Smlouvou I výslovně definovaný důsledek vadného plnění, pokud Účastník jako zhotovitel tyto vady sám neodstraní. Zadavatel uzavírá, že Účastník vady díla neodstranil, ačkoliv odstranitelné byly, což lze dovodit jednak z toho, že Zadavatel jejich odstranění třetí osobou zajistil, zároveň i z toho, že Účastník byl ochoten je odstranit, ale v mnohem menším než Zadavatelem oprávněně požadovaném rozsahu.

(...) Při plnění Smlouvy II se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II.

Původní doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Správce stavby v průběhu plnění díla uznal claim Účastníka, který požadoval prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II tak byla stanovena do 6. 11. 2017. Dílo dle Smlouvy II mělo být Účastníkem jako celek (všechny IV. etapy) dokončeno v době, kdy klimatické podmínky dokončení díla nebránily. Účastník do 6. 11. 2017 v souladu se Smlouvou II dílo nedokončil.

Správce stavby vyzval Účastníka k nápravě prostřednictvím dopisu ze dne 10. 11. 2017 (příloha č. 15 rozhodnutí). Správce stavby požadoval, aby Účastník do 2 dnů od doručení tohoto dopisu dal neplnění svých povinností dle Smlouvy II do pořádku a napravil ho; neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Správce stavby současně Účastníka upozornil, že pokud této výzvě nevyhoví, je Zadavatel připraven postupovat dle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) nebo c) bod i VOP/ZOP, tedy odstoupit od Smlouvy II a vykázat Účastníka ze staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.

Správce stavby dále vyzval Účastníka k nápravě prostřednictvím dopisu ze dne 21. 11. 2017 (příloha č. 16 rozhodnutí). V této výzvě správce stavby uvedl, že ke dni 15. 11. 2017 Účastník na předchozí výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nereagoval a nesplnil ani jeden ze tří požadavků správce stavby. Na základě výše uvedeného a závěru z kontrolního dne z 21. 11. 2017 správce stavby v souladu s Pod-čl. 15.1 VOP/ZOP vyzývá Účastníka opakovaně k nápravě a požaduje, aby Účastník nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil, a v co nejkratším čase urychleně dokončil I.-III. etapu stavby a nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Účastníka. Správce stavby současně Účastníka opětovně upozornil, že pokud této výzvě nevyhoví, je Zadavatel připraven postupovat dle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) nebo c) bod i VOP/ZOP, tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Účastníka ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými. Následně by správce stavby vyzval jiného zhotovitele na provedení dokončení nedodělaných stavebních prací na I.-III. etapě.

Právní zástupce Zadavatele (HKR advokátní kancelář, s.r.o.) zaslal Účastníkovi Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP ze dne 27. 12. 2017 (příloha č. 17 rozhodnutí). Právní zástupce Zadavatele Účastníkovi oznámil, že v souladu s Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP Zadavatel s okamžitou účinností odstupuje od části Smlouvy II, a to části týkající se doposud neprovedeného plnění, z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností Účastníkem (nedokončení díla v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a zejména proto, že Účastník nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě. Právní zástupce Zadavatele požádal Účastníka o bezodkladné předání díla resp. jeho rozpracované části a vyzval jej k vrácení veškerých věcí a dokumentů určených pro dílo, a to nejpozději do 15. 1. 2018. Na základě předání provede Zadavatel dle Pod-čl. 15.3 VOP/ZOP ocenění provedené části díla a vyúčtování provedených plateb. Současně právní zástupce Zadavatele Účastníka informoval, že Zadavatel přistoupí k uzavření smlouvy o dílo na provedení Účastníkem neprovedených prací s náhradním dodavatelem a veškeré vícenáklady spojené s dokončením díla podle Pod-čl. 15.4 VOP/ZOP budou Účastníkovi vyčísleny bezodkladně po uzavření smlouvy s náhradním dodavatelem, ty pak bude Zadavatel požadovat bezodkladně uhradit. Veškeré platby vůči Účastníkovi budou do té doby podle Pod-čl. 15.4 písm. b) VOP/ZOP zadrženy.

(...) Jak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele a správce stavby Účastník nesplnil Smlouvu II v době vymezené v této smlouvě, tedy do 6. 11. 2017. Účastník následně adekvátně nereagoval na výzvy správce stavby a nesnažil se své prodlení zhojit tak,

aby bylo plnění Smlouvy II dokončeno před tím, než řádnému dokončení bránily nepříznivé klimatické podmínky. V daném případě se tedy nejedná o drobné prodlení s plněním díla, které by neohrozilo účel Smlouvy II, ale o zmaření dokončení díla v době, kdy toto dokončení umožňovaly klimatické podmínky.

Skutečnost, že prodlení s plněním díla bude představovat závažné pochybení Účastníka, dal Zadavatel jasně najevo tím, že toto pochybení dle Smlouvy II (Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP) představuje důvod pro odstoupení od Smlouvy II Zadavatelem.

V návaznosti na toto závažné pochybení Účastníka Zadavatel odstoupil od Smlouvy II (odstoupení účinné ke dni 5. 1. 2018). Zároveň Zadavatel v souladu se Smlouvou II požadoval po Účastníkovi zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění ve výši 1 652 000 Kč.

(...) V návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele.

(...) Pochybení Účastníka spočívají v případě Smlouvy I především v

- záměně při zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8,
- nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121),
- nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) a
- neodstranění vad díla ve lhůtě.

Účastník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně.

(...) V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma Zadavatele. «

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

„Staničení/Místo/Bod č.	Pevnost spojení vrstvy	Rozšířená nejistota U	Jednotky ¹	Požadavek ²		Zkoušeno dle
				min.	max.	
vývrt 1 km 0,220 PS 1 m od osy	8,40	0,20	kN	15,0	-	ČSN 73 6160, čl 7.3
vývrt 2 km 0,540 PS 1,1 m od osy	nespojeno	0,20	kN	15,0	-	

vývrt 3 km 1,040 LS 0,9 m od osy	16,52	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 4 km 1,218 PS 1 m od osy	nespojeno	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 5 km 0,540 LS 1 m od osy	15,45	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 6 km 0,070 LS 1 m od osy	20,29	0,20	kN	15,0	-	

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

2) Požadavek normy ČSN 73 6121, tabulka 15“

65. Z přípisu „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ ze dne 21. 3 2017 mj. vyplývá: „Ve smyslu uzavřené smlouvy o dílo na dodávku stavebních prací ze dne 17. srpna 2016 uplatňujeme reklamaci a současně žádáme o odstranění závady na stavbě I/23 Řípec hr. okr. JH. Na úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení došlo ke tvorbě viditelných podélných trhlin v obrusné vrstvě vozovky (viz. příloha – fotodokumentace).

Pro zjištění příčiny poruchy požadujeme provést lokální diagnostický průzkum v inkriminovaném místě. V dostatečném časovém předstihu je nutné o termínu provedení lokální diagnostiky informovat investora stavby a technický dozor stavby. Způsob opravy bude popsán v technologickém předpisu, který musí být předem odsouhlasený rovněž investorem/správcem stavby a technickým dozorem stavby. „TePř“ bude mimo jiné obsahovat také jednoduchý časový plán a řešení DIO v průběhu provádění lokální opravy.

Dále požadujeme doplnění závěrečné zprávy o kvalitě, zejména doklady týkající se obrusné vrstvy, jako např. dodací listy, výsledky provedených zkoušek na této vrstvě apod.“

66. V přípise „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 15. 5. 2017 je mj. uvedeno: „Dopisem ze dne 21. 3. 2017, bylo u zhotovitele uplatněno odstranění vady díla (poruchy obrusné vrstvy) a dále také doplnění závěrečné zprávy o doklady týkající se obrusné vrstvy.

S odpovědí – návrhem zhotovitele ze dne 5. 5. 2017, nesouhlasím.

Jako důvod uvádím následující:

1. Podle podkladů uvedených v doplnění závěrečné zprávy, byla na stavbě položena vrstva SMA S11, místo projektem navržené vrstvy SMA S8, a to bez souhlasu objednatele, TDI a zejména autorského dozoru.

2. Položená obrusná vrstva SMA S11 nesplňuje požadované minimální tloušťky, zjištěné na základě výsledků zkoušek prováděných silniční laboratoří ESLAB na stavbě 31. 3. 2017, a skutečně naměřených tloušťek obrusné vrstvy při kontrolním měření.

3. Při určení pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy byly rovněž na třech vzorcích z celkových šesti, naměřeny hodnoty nižší, než je minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121-tab. 15.

4. Podle uvedené ČSN 736121, minimální tloušťka pokládání vrstvy, která musí být dodržena v celé délce trasy je 0,8h (ČSN 73 6121, tab. 14). Při nejmenší možné tloušťce pokládky asfaltové směsi SMA 11S, tedy 35 mm, je $h_{\text{minimální}} = 0,8 \times 35 = 28 \text{ mm}$.

Na základě předloženého geodetického kontrolního zaměření obrusné vrstvy je evidentní, že ve více než 25 případech není požadovaná minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11S, dodržena.“

67. V přípisu „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017 je mj. uvedeno následující: „Dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka po stavbě I/23 Řípec za účasti TDS ([...OSOBNÍ ÚDAJ...], [...OSOBNÍ ÚDAJ...]) a zástupce akreditované laboratoře ESLAB, p. [...OSOBNÍ ÚDAJ...]. Samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy na celém úseku stavby. Byla zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Pochůzka byla rozdělena na dvě etapy, první etapa spočívala v kontrole levého jízdního pruhu ve směru staničení. Druhá etapa v kontrole pravého jízdního pruhu ve směru staničení. Pomocí tzv. měřicího kolečka byla evidována jednotlivá staničení, ve kterých se výše uvedená porušení nacházela:

Levý jízdní pruh ve směru staničení:

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

Pravý jízdní pruh ve směru staničení:

- staničení 1,412-1,371 km_pravděpodobně špatné spojení vrstev;
- staničení 1,299-1,291 km_segregovaná místa;
- staničení 1,231-1,216 km_otevřená struktura povrchu (v 1,222 km příčné trhliny délky cca 30-50 cm);
- staničení 1,333 km_segregovaná místa;
- staničení 1,118-1,110 km_dtto;
- staničení 1,032 km_lokální hloubkové deformace v obrusné vrstvě (cca 1-2 cm);
- staničení 1,016-0,999 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;
- staničení 0,937 km_dosypat krajnice;

- staničení 0,925-0,908 km_otevřená povrchová struktura, v otevřených pórech se viditelně drží voda;
- staničení 0,843 km_nevyhovující krajnice;
- staničení 0,794-0,780 km_v ose jízdního pruhu segregovaná místa;
- staničení 0,743 km_vymletá krajnice směrem k vtokové/nátokové části propustku;
- staničení 0,678-0,633 km_otevřená povrchová struktura;
- staničení 0,656 km_lokální hloubková deformace v obrusné vrstvě (cca 2 cm);
- staničení 0,616-0,598 km_segregovaná místa, pravděpodobně také nespojení vrstev (kraj vozovky viditelně ujíždí);
- staničení 0,572-0,500 km_segregace, příčné trhliny, viditelné nespojení vrstev, v rámci trasy se jedná o nejhorší místo;
- staničení 0,438-0,413 km_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;
- staničení 0,280-0,250 km_dtto;
- staničení 0,155-0,125_dtto;
- staničení 0,011-0,000 km_dtto;

Není zalitá příčná spára na začátku a na konci úseku.

TDS doporučuje provést několik kontrolních vývrtů ve vybraných výše popsaných staničení. Na základě vyhotovených výsledků by s objednatelem následně zkonzultoval další možné postupy.“

68. V přípisu »Reklamace vad stavby „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a opakovaná výzva k jejich odstranění, Výzva k zaplacení smluvní pokuty ve výši 128.000,- Kč za neodstranění vady v termínu« ze dne 13. 11. 2017 je mj. uvedeno: „V souladu s Pod-čl. 11.1, 11.2 a 11.4 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem (FIDIC) ve Znění zvláštních podmínek tímto Vaši společnost opakovaně vyzýváme k odstranění níže specifikovaných vad. Primární vada díla spočívá v tom, že obrusná vrstva vozovky byla Vaší společností bez vědomí a souhlasu našeho klienta jako objednatele zhotovena z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto z asfaltového koberce mastixového SMA 8 vyžadovaného v zadávací dokumentaci. K výše uvedenému rozporu došlo přesto, že Vaše společnost jako zhotovitel v Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele o jakosti provedených prací na straně 3 výslovně našeho klienta jako objednatele díla ujistila, že žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly. V tabulce 20, která je ke zprávě přiložena, je dokonce přímo uvedeno, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8. Dílo tak není provedeno v souladu se Smlouvou. Na této skutečnosti nemění nic ani to, že záměna byla podle následné komunikace Vaší společnosti učiněna nedopatřením. Pokud si náš klient druh a vlastnosti asfaltové směsi pro pokládku obrusné vrstvy vozovky ve Smlouvě výslovně vymínil, nelze akceptovat ani argument, že obě směsi jsou zaměnitelné, tím spíše, pokud Vaše společnost při převzetí stavby našeho klienta ujistila, že stavba je bez vad a tuto vadu (záměnu asfaltových směsí) zastřela i v Souhrnné zprávě zhotovitele o hodnocení jakosti stavebních prací. Tato vada byla naším klientem řádně

uplatněna mimo jiné i na koordinační poradě, která se konala dne 24.04.2017 v budově Správy České Budějovice.

V průběhu záruční doby došlo na několika místech k narušení asfaltového povrchu díla (obrusné vrstvy vozovky) tak, jak je popsáno níže, jak bylo podrobně zdokumentováno v rámci komunikace mezi Vámi, fotografiemi včetně projednání na koordinačních schůzkách. Lze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchýlně od smluvního zadání – což vylučuje Vaší domněnku pro zaměnitelnost různých směsí. ... Vady spočívající ve viditelných podélných trhlinách v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572-0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení byly u společnosti ROBSTAV stavby k.s. již uplatněny písemně dopisem ze dne 21.03.2017.

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

- (i) tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28;
- (ii) (iii) pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15, a to 15,0;
- (iii) (iii) obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15 na pevnost spojení vrstev je 15,0.

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

69. V přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018 je mj. uvedeno: „Protože nedošlo ze strany Vaší společnosti k odstranění vytknuté vady bezodkladně, nejpozději v dodatečně přiměřené lhůtě do 30. 11. 2017, uplatňujeme tímto v zastoupení našeho klienta v souladu s Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč a vyzýváme Vaší společnost k úhradě této částky.

K odůvodnění této částky přikládáme protokol o výběru nejvhodnější nabídky, na jehož základě byla uzavřena dne 10. 1. 2018 se zhotovitelem STRABAG a.s. na provedení opravy v rámci záruky za původního zhotovitele, Vaší společnost. Smluvní částka bez DPH činí 2.960.302,63Kč. Od této ceny je odečtena částka ve výši 330.720,76Kč za vodorovné dopravní znační, které nebylo Vaší společností provedeno ani fakturováno. Náklady, které vznikly Objednateli za odstranění vady, tak činí částku 2.629.581,87Kč bez DPH, tj. 3.181794,06Kč včetně DPH.“

70. V přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,-Kč za neodstranění vad v termínu“ ze dne 16. 4. 2018 je mj. uvedeno: „V této souvislosti uplatňujeme tímto v zastoupení našeho Klienta v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 2.000,-Kč za každý den prodlení za neodstranění vad v termínu, tj. za období od 11.09.2017 do 9.01.2018 (121 dnů prodlení), když 10.1.2018 byla uzavřena smlouva o dílo s novým zhotovitelem, a to ve výši 242.000,-Kč celkem, k jejíž úhradě Vaši společnost tímto claimem vyzývám.

K úhradě první části smluvní pokuty ve výši 128.000,-Kč za období od 11.09.2017 do 13.11.2017 byla Vaše společnost vyzvána dopisem, claimem Objednatele ze dne 13.11.2017, doručeným dne 30.11.2017. Splatnost části smluvní pokuty ve výši 128.000,-Kč nastala dle Pod-čl. 4.28 ZOP již dne 28.12.2017. K dnešnímu dni nebyla tato část smluvní pokuty ze strany Vaší společnosti našemu Klientovi uhrazena.“

71. V přípisu „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 14. 2. 2018 je mj. uvedeno: „Vážený pane, dopisem ze dne 21. 3. 2017, byla u zhotovitele uplatněna reklamace dle smluvních podmínek k odstranění vzniklé vady – poruchy obrusné vrstvy ve staničení zhruba 0,500 km vpravo. Ve stejném dopise byl zhotovitel urgován k doplnění souhrnné závěrečné zprávy o kvalitě, jmenovitě o doklady jakosti k provedené obrusné vrstvě. Nutno konstatovat, že až do dnešního dne (14. 2. 2018) nebylo výše uvedené provedeno. Dne 8. 2. 2018 Ředitelství silnic a dálnic ČR obdrželo Konečné stanovisko k požadované výměně obrusné vrstvě. Oficiálně jsme jako TDS „Konečné stanovisko“ ze strany zhotovitele dosud neobdrželi i přesto, že dle titulní strany stanoviska, nám mělo být zasláno na vědomí.

V tomto Konečném stanovisku Zhotovitele ze dne 7. 2. 2018, je ze strany zpracovatele stanoviska uvedena celá řada nepřesností a překroucených argumentů ve prospěch zhotovitele, proto k těm nejkřiklavějším, uvádíme následující:

1. Na straně 3/9 v odstavci Ad5 Stanovisko je výslovně uvedeno, že...Při zohlednění klimatických podmínek (průměrných denních teplot) byla ze strany výrobce/dodavatele asfaltové směsi dodána vhodnější asfaltová směs SMA 11 S, namísto v zadávací dokumentaci uvažované směsi SMA 8 S...

Pozn. TDS: Podobnou záměnu by musel v každém případě odsouhlasit předem zástupce Objednatele, včetně například cenových dopadů, (které by jistě byly) což se samozřejmě nestalo, protože zhotovitel žádný pozměňující návrh nikdy nepředložil.

Na straně 5/9 odstavec Ad11 Dopis Objednatele je však výslovně uvedeno, že:...Vlivem omylu na obalovně došlo k záměně materiálu SMA 11S za SMA 8 S...

Pozn. TDS: Šlo tedy o vstřícný krok Zhotovitele, nebo o omyl?

Velmi závažnou skutečností je, že zhotovitel přistoupil k aplikaci spojovacího postřiku na vrstvu ACL a poté k pokládce obrusné vrstvy dne 11. 12. 2016 (v neděli), aniž by o tom předem informoval zástupce Objednatele, ale vrstva ACL byla ze strany TDS převzata zápisem ve stavebním deníku až dne 12. 12. 2016 (v pondělí), tedy v okamžiku, kdy byla vrstva SMA již ze značné části položena, bez oznámení o zahájení prací. Od 13. 12. 2016 již nebyl na stavbě k dispozici stavební deník.

Tyto práce byly zahájeny v neděli 11. 12. 2016 (viz. zápis ve stavebním deníku), přičemž kontrolní činnost nebyla ze strany TDS ten den prováděna (na stavbě nebyla předpokládána

a ohlášena žádná stavební aktivita). Povinností zhotovitele je, v dostatečném časovém předstihu vyzvat k převzetí těch částí konstrukce, které budou postupem dalších prací zpřístupněny či budou zakryty. To však zhotovitel nesplnil minimálně u spojovacího postřiku mezi ložnou a obrusnou vrstvou (i spojovací postřik musí splňovat parametry stanovené PD). V případě, že další práce byly prováděny na nepřevzaté konstrukční části, možné riziko spojené s dalším postupem prací nese jen a pouze zhotovitel.

Kontrolu dodacích listů směsi, tedy měl provádět stavbyvedoucí společnosti Robstav, když už se tedy rozhodl k nepovolené pokládce SMA na nepřevzatém spojovacím postřiku na ložné vrstvě.

2. K první větě uvedené na straně 6/9...Navíc máme za to, že pokud by Váš zástupce, Správce stavby a technický dozor řádně plnili své povinnosti při dohledu na uvedené stavbě, k uvedené záměně asfaltových směsí by nikdy nedošlo....

V první řadě měl plnit své povinnosti stavbyvedoucí společnosti Robstav, (tedy i kontrolu správnosti dodávané směsi), který měl o rozhodnutí zahájit pokládku v neděli 11. 12. 2016 předem informovat zástupce Objednatele, přičemž bez převzetí ACL (ke kterému došlo až následující den) k zahájení pokládky nemělo dojít vůbec.

Nelze než poznamenat, že logika argumentace Zhotovitele je podobná jako kdyby zloděj tvrdil, že pokud by ho policie včas dopadla, nebyl by se krádeže nikdy dopustil a že tedy je i policie spoluvinná.

Podle uzavřené Smlouvy o dílo, Zhotovitel nese plně zodpovědnost za své jednání a způsob provedení předmětu smlouvy o dílo.

3. Úvaha Zhotovitele o spoluúčasti TDS na nesprávně provedeném předmětu plnění smlouvy. Pozn. TDS: Konstatujeme, že vada díla (Způsob provedení obrusné vrstvy na výše uvedené stavbě) zdaleka nespočívá jen v záměně směsi SMA 11 S namísto SMA 8 S.

Jde zejména o skutečnost, že zhotovitel (společnost Robstav prostřednictvím svého subdodavatele) nedodržel obecně předepsanou tloušťku položené obrusné vrstvy SMA. Zhotovitel pokládal směs SMA 11 S na tloušťku 30 mm, i když v ČSN je pro směs SMA 11 S jasně uvedena tloušťka min. 35 mm. Ve věci tloušťky obrusné vrstvy zhotovitel argumentuje, že pouze v jednom případě u provedených destruktivních zkoušek byla tloušťka nevyhovující. V předloženém geodetickém zaměření obrusné vrstvy je uvedeno dalších 26 míst, kde není h_{\min} dodržena!

Objednatel by mohl případně akceptovat předem neprojednanou a neschválenou záměnu pouze v případě, že by položená obrusná vrstva splňovala požadavky na tloušťky předepsané pro směs SMA 11 S stanovené platnými normami a v souladu se systémem jakosti MD. To však nebylo dodrženo a naměřené hodnoty byly v řadě případů nedostatečné.

Dále konstatujeme, že i přes řadu písemných a ústních urgencí nebyly ze strany Zhotovitele předloženy protokoly a dokumentace, předepsané v Systému jakosti MD ČR.“

72. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 je mj. patrné: »Zhotovitel dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.2 [Doba pro dokončení] „musí dokončit celé Dílo a každou Sekci (je-li nějaká) během doby pro dokončení Díla a Sekce (podle okolnosti) včetně:“

(a) úspěšných Přejímacích zkoušek a

(b) dokončení všech prací, které jsou podle Smlouvy potřebné k tomu, aby Dílo nebo Sekce byly považovány za dokončené pro účely převzetí podle pod-článku 10.1 (Převzetí díla a sekcí). (...)

Pokud Zhotovitel nesplní tuto povinnost a v důsledku toho nebude moci dojít k převzetí podle Pod-článku 10.1 (Převzetí díla a sekcí) v Době pro dokončení, nesplní svoji povinnost dokončit Dílo nebo jeho Sekci (podle okolností) v Době pro dokončení.“

Doba pro dokončení byla na základě smlouvy původně stanovena ke dni 31. 10. 2017.

Dopisem zn. 9623/17-32200/IV/Vo Stanovisko Správce stavby k předloženému aktualizovanému harmonogramu prací a k podstatě nároku na prodloužení doby pro dokončení Správce stavby uznal předložený claim Zhotovitele, který požadoval prodloužení doby pro dokončení o 6 dní.

Ke dni 6. 11. 2017, tedy nově stanovené Době pro dokončení, však nebyla stavba stále dokončena a ze strany Zhotovitele doposud nebyl Správci stavby předložen aktualizovaný harmonogram prací dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.3 [Harmonogram].

Na základě výše uvedeného tímto Správce stavby v souladu s VOP/ZOP Pod-čl. 15.1 [Výzva k nápravě] vyzývá Zhotovitele k nápravě a požaduje, aby Zhotovitel nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy:

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

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

(iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram.

Správce stavby Zhotovitele upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven postupovat dle VOP/ZOP Pod-čl. 15.2 písm. (a), (b) anebo (c) bod (i) [Odstoupení objednatel], tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Zhotovitele ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.«

73. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017 je mj. zřejmé: „Ke dni 6. 11. 2017, tedy nově stanovené Době pro dokončení dle dopisu zn. 9623/17-32200/IV/VO Stanovisko Správce stavby k předloženému aktualizovanému harmonogramu a k podstatě nároku na prodloužení doby pro dokončení, však nebyla stavba stále dokončena.

Dopisem zn. 10500/17-32200/IV/VO Výzva zhotovitele k nápravě ze dne 10. 11. 2017 Správce stavby vyzval Zhotovitele, aby do dvou dnů od doručení tohoto dopisu dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, aby neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce a předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.3 [Harmonogram].

Ke dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správcem stavby stanovených požadavků.

Na základě výše uvedeného a závěru kontrolního dne z 21. 11. 2017 Správce stavby v souladu s VOP/ZOP Pod-čl. 15.1 [Výzva k nápravě] vyzývá opakovaně Zhotovitele k nápravě a požaduje, aby Zhotovitel:

- (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupit a v co nejkratším čase urychleně dokončil I.-III. etapu stavby; a
- (ii) nezačínat s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Zhotovitele.

Správce stavby Zhotovitele opětovně upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven postupovat dle VOP/ZOP Pod-čl. 15.2 písm. (a), (b) anebo (c) bod (i) [Odstoupení objednatel], tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Zhotovitele ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými. Následně Správce stavby vyzve jiného zhotovitele na provedení dokončení nedodělaných stavebních prací na I.-III. etapě.“

74. V přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatel podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 je mj. uvedeno: „Protože Zhotovitel na výzvu Správce stavby k nápravě ze dne 10.11.2017 žádným způsobem nereagoval a nesplnil ani jeden z požadavků Správce stavby, vyzval Správce stavby Zhotovitele opakovaně k nápravě dopisem ze dne 21.11.2017 a požadoval, aby Zhotovitel:

- (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším možném čase dokončil I. až III. etapu díla a
- (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě díla, a to s ohledem na klimatické podmínky způsobené s prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Zhotovitele.

Ve výzvě ze dne 10.11.2017 a ze dne 21.11.2017 Správce stavby Zhotovitele vždy současně upozornil, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, náš Klient je připraven následně postupovat podle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) anebo c) bod (i) (Odstoupení Objednatel), tj. odstoupit od Smlouvy a vykázat Zhotovitele ze staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.

V této souvislosti Zhotovitele dále upozorňujeme, že opakovaně a soustavně porušuje i jiné své povinnosti vyplývající ze smlouvy, a to zejména:

- (i) nedokončil dílo v Době pro dokončení ve smyslu Pod-čl. 8.2 VOP/ZOP, tj. do 06.11.2017 a je s dokončením díla o 42 dní v prodlení;
- (ii) nedodržel Dobu pro uvedení díla do provozu;
- (iii) nepředložil aktualizovaný harmonogram v termínu podle pokynu Správce stavby podle Pod-čl. 8.3 VOP/ZOP, ač byl k tomu opakovaně Správcem stavby vyzván;
- (iv) byl v prodlení s udržováním platnosti bankovní záruky podle Pod-čl. 4.2 VOP/ZOP.

Na základě výše uvedených skutečností tímto v zastoupení našeho Klienta coby objednatele podle Pod-čl. 15.2 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve Znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) s okamžitou účinností odstupujeme od části Smlouvy o dílo č. 05PU-001328 a to části týkající se dosud neprovedeného plnění, z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností Zhotovitelem a zejména proto, že Zhotovitel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami našeho Klienta k nápravě ze dne 10. 11. 2017 a ze dne 21. 11. 2017.

Žádáme Zhotovitele o bezodkladné předání díla resp. jeho rozpracované části, a současně jej vyzýváme k vrácení veškerých věcí a dokumentů určených pro dílo, a to nejpozději do dne 15. 1. 2018. Na základě předání provedeme Pod-čl. 15.3 VOP/ZOP ocenění provedené části díla a vyúčtování provedených plateb.

Dále přistoupíme k uzavření smlouvy o dílo na provedení Zhotovitelem neprovedených prací s náhradním dodavatelem a veškeré vícenáklady spojené s dokončením díla Pod-čl. 15.4 VOP/ZOP budou Zhotoviteli vyčísleny bezodkladně po uzavření smlouvy s náhradním dodavatelem, tyto pak budeme požadovat bezodkladně uhradit. Veškeré platby vůči Zhotoviteli budou do té doby podle Pod-čl. 15.4 písm. (b) VOP/ZOP zadrženy.

Veškeré do tohoto okamžiku vzniklé sankce a jiné našemu Klientovi vzniklé škody z důvodu porušení povinností Zhotovitelem uplatníme a budeme požadovat uhradit vůči Vaší společnosti coby Zhotoviteli.“

Právní posouzení

K rozhodnutí o námitkách navrhovatele

75. *Než Úřad přistoupí k posouzení důvodnosti návrhu, považuje za nutné se nejdříve vyjádřit k tvrzení navrhovatele týkajícímu se rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 8. 2. 2019, v jehož rámci uvedl: „Co se týká prací na díle „I/19 Jordán – MÚK s D3“ uvádí zadavatel v rozhodnutí 2, že tyto práce nejsou pro vyloučení navrhovatele rozhodné. S tím ovšem navrhovatel nesouhlasí, neboť velmi úzce souvisí s dobou realizace akce „I/19 Plíškovice – Mirovice“, kdy zadavatel zahájení prací na obou zakázkách v rozporu se svými předešlými pokyny zpozdil tím, že navrhovateli předal staveniště mnohem později. K tomu se ovšem zadavatel v rozhodnutí 2 nijak nevyjadřuje a tuto námitku vůbec nevysvětluje.“*
76. *Úřad v návaznosti na výše uvedené odkazuje na rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 8. 2. 2019, kde je uvedeno: „Stěžovatel se na několika místech námitek odkazuje na zadávací řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž argumentace stěžovatele tímto zadávacím řízením případně smlouvou o dílo, která byla na základě tohoto zadávacího řízení uzavřena, je irelevantní. Důvodem vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení není zadávací řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Jordán – MÚK s D3“ či smlouva, která byla na základě tohoto zadávacího řízení mezi zadavatelem a stěžovatelem uzavřena. Tedy také skutečnosti, které se týkají této veřejné zakázky a jejího plnění stěžovatelem nejsou pro vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení rozhodné.“*
77. *Úřad uvádí, že s ohledem na výše uvedené má za to, že zadavatel odpověděl na námitku týkající se prací na díle „I/19 Jordán – MÚK s D3“ a v souladu s požadavky § 245 odst. 1 zákona podrobně a srozumitelně popsal, proč se s ní neztotožňuje, tedy ji odmítá. Zadavatel*

navrhovatel sdělil své stanovisko, když konstatoval, že důvodem vyloučení navrhovatele z předmětného zadávacího řízení není zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“ či uzavřená smlouva mezi zadavatelem a navrhovatelem na citované zakázku, a tudíž i skutečnosti týkající se citované veřejné zakázky nejsou pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“ rozhodné. Úřad k tomu dodává, že samotná skutečnost, že navrhovatel věcně nesouhlasí s důvody, které zadavatel v rozhodnutí o námitkách pro jejich odmítnutí uvedl, neznamená, že se jedná o důvody nepřezkoumatelné.

78. Dále navrhovatel v návrhu uvádí: „*Navíc ačkoliv zadavatel tvrdí v Rozhodnutí 2, že pochybení navrhovatele vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, toto své tvrzení nijak nekonkretizuje a je tak nepřezkoumatelné.*“
79. Úřad k danému konstatuje, že navrhovatel napadá údajnou nepřezkoumatelnost tvrzení zadavatele uvedeného v rozhodnutí o námitkách, avšak již neuvádí, k jaké skutečnosti uvedené v jeho námitkách se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil podrobně a srozumitelně. S ohledem na výše uvedené tak Úřad v tomto případě nemůže přezkoumat, zda zadavatel při vyřízení námitek postupoval v souladu s § 245 odst. 1 zákona, neboť navrhovatel nekonkretizoval s jakou jeho námitkou, se zadavatel údajně nelypořádal v souladu s § 245 odst. 1 zákona.

K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona

80. Po předběžném posouzení všech důvodů vedoucích k vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jež jsou uvedeny v rozhodnutí o vyloučení, Úřad seznal, že je nezbytné zabývat se nejprve oprávněností důvodů vedoucích zadavatele k vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť je Úřad a dle svého tvrzení uvedeného ve vyjádření k návrhu i samotný zadavatel považuje s ohledem ke všem okolnostem daného případu za stěžejní důvody vedoucí k vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Ostatní důvody, na jejichž základě byl navrhovatel rovněž vyloučen z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, budou s odkazem na zásadu procesní ekonomie Úřadem posouzeny v případě, že bude shledáno, že byl navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku v rozporu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
81. Úřad tak ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popřípadě obchodní pověst dodavatele. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení, kterých se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky nebo s jiným veřejným zadavatelem, a jenž vedly ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným důsledkům.

82. Úřad zde připomíná, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona představuje v právu veřejných zakázek nový institut, který se v předchozí právní úpravě nevyskytoval. Úřad tak v první řadě s ohledem na relevantní rozhodovací praxi Úřadu (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0308/2018/VZ-28578/2018/541/JCh ze dne 3. 10. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. 4. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0200/2018/VZ-20498/2018/541/PDz ze dne 12. 7. 2018) přistoupil k výkladu tohoto ustanovení, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.
83. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovuje důvod pro vyloučení účastníka řízení zadavatelem pro nezpůsobilost, pokud zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla (1) k vzniku škody, (2) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo (3) jiným srovnatelným sankcím. Podstatné v rámci tohoto ustanovení tedy je, aby zadavatel opravdu prokázal, že se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení, popřípadě dlouhodobých pochybení. Tato pochybení musí zároveň vést, tedy musí mezi nimi být příčinná souvislost, k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům, tedy ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
84. Pokud například zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení vedoucích ke vzniku škody, jedná se o důvod pro vyloučení podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, aniž by tato pochybení musela být nutně dlouhodobá či vést k ukončení smluvního vztahu. Stejně tak důvodem pro vyloučení bude, pokud se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil dlouhodobých pochybení, která vedla k ukončení smluvního vztahu, aniž by bylo nutné prokázat, že tato pochybení byla závažná.
85. Úřad zde uvádí, že výše uvedené kategorie představují takové právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že je nutné, aby zadavatelé při aplikaci tohoto ustanovení kladli patřičný důraz na odůvodnění toho, proč právě pochybení, za která vylučují, splňují požadavek stanovený v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad zde zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení vyloučit na základě předmětného ustanovení, důkazní břemeno k prokázání naplnění výše uvedených podmínek leží na zadavateli. Zadavatel musí naplnění všech vzájemně souvisejících zákonných podmínek vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokázat a odůvodnit. Úřad v dané souvislosti dále odkazuje na komentářovou literaturu¹, ve které je mj. uvedeno: „*Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.*“

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

86. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda v šetřeném případě zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž dle tvrzení zadavatele se měl navrhovatel pochybení ve výše uvedeném smyslu dopustit při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice.
87. Pro přehlednost se Úřad nejprve zabýval oprávněností vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „smlouva I“) a poté ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice (dále jen „smlouva II“).

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

88. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním smlouvy I se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, přičemž zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., IČO 03598292 se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9 (dále jen „ESLAB, s.r.o.“) identifikoval další závažná pochybení navrhovatele a to, nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121), nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) a dále na základě geodetického kontrolního zaměření obrusné vrstvy je dle zadavatele evidentní, že ve více než 25 případech není požadovaná minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11 dodržena. Navrhovatel tak podle zadavatele postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve smlouvě I, a zadavatel po zjištění uvedených vad požadoval po navrhovateli výměnu obrusné vrstvy v celém rozsahu, neboť na stavbě „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ byla bez souhlasu zadavatele a technického dozoru investora a autorského dozoru položena vrstva SMA 11 místo projektem požadované vrstvy SMA 8, avšak podle zadavatele navrhovatel pouze navrhl opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dále popsal, že navrhovatele ještě několikrát vyzýval k výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu, tak aby splňovala požadavky zadavatele uvedené ve smlouvě I, ale navrhovatel vždy navrhoval pouze opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Na základě toho zadavatel prostřednictvím svého právního zástupce HKR advokátní kancelář, s.r.o., IČO 04372824, se sídlem Na Pankráci 30a/404, 140 00 Praha 4 (dále jen „HKR advokátní kancelář, s.r.o.“) odeslal navrhovateli přípis „Oznámení claimu Objednatel podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018, ve kterém HKR advokátní kancelář, s.r.o. v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 11.4

a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstranění předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč. Dále HKR advokátní kancelář, s.r.o. odeslala navrhovateli přípis „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,- Kč za neodstranění vad v termínu“ ze dne 16. 4. 2018, ve kterém v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení pokuty ve výši 242.000 Kč celkem.

89. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě smlouvy I naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
90. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy I je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť smlouva I byla dne 17. 8. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.
91. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 26. 9. 2018. Vzhledem k tomu, že smlouva I byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 17. 8. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy přibližně dva roky a necelý měsíc před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci smlouvy I nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.
92. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.
93. V případě plnění smlouvy I z rozhodnutí o vyloučení předně vyplývá, že navrhovatel při plnění smlouvy I zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Dále z obsahu námitek i návrhu jednoznačně vyplývá, že navrhovatel nepopírá, že k záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo.
94. K argumentaci navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že se jednalo o vadu, která vznikla na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku asfaltových směsí objednal, a on o této záměně nevěděl, Úřad uvádí následující.
95. Úřad k tomuto předně uvádí, že v případě obalovny se zjevně jedná o poddodavatele navrhovatele, přičemž za řádné plnění veřejné zakázky primárně nese odpovědnost navrhovatel, jelikož on je tím subjektem, který uzavřel se zadavatelem smlouvu I, a kdy tedy zadavateli z logiky věci plně odpovídá i za plnění učiněná jeho poddodavatelem. Navrhovatel se tak nemůže této odpovědnosti zbavit poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení svého poddodavatele (obalovny), jelikož za řádné plnění veřejné zakázky měl odpovědnost vůči zadavateli pouze navrhovatel jako jedna ze stran smlouvy I a nikoliv jeho

poddodavatel. Úřad má tedy na základě právě uvedeného za to, že je nepochybné, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asphaltové směsi SMA 8 za asphaltovou směs SMA 11 došlo na straně navrhovatele.

96. S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asphaltové směsi SMA 8 za asphaltovou směs SMA 11 ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo.
97. Dále zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, s.r.o. identifikoval další pochybení navrhovatele, neboť navrhovatelem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asphaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) (viz bod 63. a 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
98. V souvislosti s výše uvedeným tvrzením, že obrusná vrstva vozovky z asphaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, Úřad odkazuje na vyjádření zadavatele v rozhodnutí o vyloučení, kdy tvrdí: *„tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab. 14, a to 28.“*, přičemž toto své tvrzení zároveň dokládá výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017.
99. Ve vztahu k nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky Úřad odkazuje na výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017, které byly přílohou rozhodnutí o vyloučení. Z tabulky 15 „Stanovení pevnosti spojení vrstev na vývrtech“ vyplývá, že obrusná a ložní vrstva vozovky v úseku 0,540 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení a rovněž v úseku 1,218 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení není vůbec spojena. Dále z předmětné tabulky vyplývá, že pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, neboť naměřená hodnota v daném úseku dosahuje hodnoty 8,40 a minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121 na pevnost spojení vrstvy je 15,0 (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
100. Dále pak Úřad odkazuje na přípis „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017, který zadavatel přiložil k rozhodnutí o vyloučení. V předmětném přípisu je uvedeno, že dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka na stavbě I/23 Řípec za účasti technického dozoru investora a zástupce akreditované laboratoře ESLAB s.r.o., přičemž samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy. V rámci pochůzky byla pak zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Jednalo se o 26 porušení, jejichž výčet je uveden v předmětném přípise (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
101. Úřad taktéž opět poukazuje na skutečnost, že ani v případě zadavatelem tvrzených pochybení navrhovatele spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) navrhovatel jejich existenci nepopírá, resp. z příloh rozhodnutí

o vyloučení ani z obsahu námitek či návrhu není zřejmé, že by navrhovatel jakkoli rozporoval, že by k těmto pochybením z jeho strany došlo (např. v rámci námitek a návrhu se o těchto pochybeních v podstatě vůbec nezmiňuje). S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybením spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo.

102. Úřad tedy uvádí, že v případě plnění smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícím v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, ale také k pochybením spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121). Úřad dále k danému konstatuje, že již ta skutečnost, kdy vybraný dodavatel provede plnění jinak, než bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, případně ve smlouvě o dílo, může sama o sobě za určitých podmínek vykazovat určitou intenzitu závažnosti, neboť vybraný dodavatel postupuje zjevně v rozporu se zadávací dokumentací, případně se smlouvou o dílo, a je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby co nejlépe odpovídalo jeho potřebám a pokud dojde k záměně zadavatelem požadovaného plnění za jiné, je možné, že výsledné dílo již nebude splňovat všechny požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval. Úřad v dané souvislosti rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele ze dne 4. 3. 2019, kde je mj. uvedeno: *„Předmětem plnění Smlouvy I byla oprava krytu a obnova souvrství ložné a podkladní vrstvy vozovky pro zajištění její únosnosti na III. třídu dopravního zatížení, tedy samotnou podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který zadavatel závazně vymezil ve Smlouvě I a ke kterému se navrhovatel bez dalšího zavázal.“* Z uvedeného je tedy patrné, že podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který byl v této smlouvě vymezen a pokud navrhovatel v posuzovaném případě poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci) (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 93. – 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale navíc i takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 97. - 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí), došlo tím ke zmaření účelu smlouvy I, a tak dle Úřadu není pochyb, že předmětné pochybení (kombinace více pochybení navrhovatele) lze označit za závažné. Tedy právě ve vzájemné kombinaci více pochybení navrhovatele, jak rovněž stvrzuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, když uvádí: *„Účastník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. (...) V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma zadavatele.“*, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti.
103. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy I k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.

104. Na právě uvedeném závěru Úřadu nemůže nic změnit ani argumentace navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí.
105. Úřad k tomuto opětovně zdůrazňuje, že je to právě navrhovatel, který nese odpovědnost za řádné plnění veřejné zakázky, neboť dle smlouvy I má povinnost plnit veřejnou zakázku navrhovatel a nikoliv zadavatel. Navrhovatel se tak této odpovědnosti nemůže zbavit ani poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení zadavatele, resp. technického dozoru investora či správce stavby. Navíc navrhovatelovo tvrzení, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí, nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit skutečnost, že k danému pochybení skutečně došlo, a to ze strany navrhovatele, jelikož i pokud by zadavatel, resp. technický dozor investora či správce stavby toto pochybení, tj. záměnu materiálu, měl odhalit/odhalil, nemohlo by to nic změnit na skutečnosti, že k pochybení, tedy záměně materiálu ze strany navrhovatele již zjevně došlo. Z povahy dané argumentace tak vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž bylo zároveň shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění smlouvy I, stěžejní skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobila jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu, tedy, že ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo ke kombinaci více pochybení (záměna asfaltových směsí, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky), přičemž právě v kombinaci více pochybení na straně navrhovatele, jak i zadavatel popsal v rozhodnutí o vyloučení, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti. Z těchto důvodů tak Úřad argumentaci navrhovatele odmítá jako lichou.
106. Navrhovatel se dále odvolává na stanovisko technického zkušebního institutu TPA ČR s. r. o. a stanovisko soudního znalce [...OSOBNÍ ÚDAJ...] ze dne 8. 6. 2017, které dle navrhovatele stvrzují vhodnost použití směsi SMA 11, přičemž citovaný soudní znalec ve svém stanovisku závěrem uvádí: „S přihlédnutím ke skutečnosti, že z hlediska únosnosti jsou v konstrukci vozovky vrstvy SMA 8 S SMA 11 S navzájem zaměnitelné, lze konstatovat, že v posuzovaném

případě by neměla mít neúmyslná záměna směsi SMA 8 S za směs SMA 11 S negativní dopad na užité vlastnosti posuzované obrusné vrstvy.“

107. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska soudního znalce [...OSOBNÍ ÚDAJ...] ze dne 8. 6. 2017 vyplývá, pouze ta skutečnost, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 nejspíše nemá vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, neboť soudní znalec v předmětném stanovisku konstatoval, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 by neměla mít negativní dopad na užité vlastnosti posuzované obrusné vrstvy. Ze strany soudního znalce tedy ani není dáno najisto, že záměna směsi nemá negativní vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, navíc se jedná pouze o stanovisko a nikoli o znalecký posudek zpracovaný dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Dále Úřad opětovně uvádí, že ani tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit závěr Úřadu, že k závažnému pochybení ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo, neboť opět navrhovatel řeší až nápravu svého pochybení, a to pouze pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, přičemž, jak již Úřad několikrát uvedl, a rovněž i zadavatel konstatoval a popsal v rozhodnutí o vyloučení, stěžejní z hlediska posouzení závažnosti je, že se navrhovatel při plnění smlouvy I dopustil nejenom pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, ale také pochybení spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121), přičemž daná argumentace navrhovatele ani jednu z těchto stěžejních skutečností nezpochybňuje ani nevyvrací, z těchto důvodů ji tedy Úřad nemůže přijmout.
108. Navrhovatel dále v souvislosti s pojmem „vážné pochybení“ odkazoval na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ve kterém je dle navrhovatele uvedeno, že *»pojmem „vážné pochybení“ je třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení.«*
109. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že se v daném případě jednalo o závažnou nedbalost navrhovatele, resp. „vážné pochybení“ ze strany navrhovatele, neboť jak je výše již demonstrováno, navrhovatel zadavateli poskytl jiné plnění než, které bylo stanoveno ve smlouvě I (k tomu více viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 93. – 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a navíc toto jiné než zadavatelem požadované plnění bylo poskytnuto ze strany navrhovatele vadně (k tomu více viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 97. – 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
110. K údajnému závažnému pochybení při plnění smlouvy I navrhovatel dále argumentoval, že *„(r)ozdíl těchto směsí je ve velikosti zrna kamene, kdy rozdíl mezi SMA8 a SMA11 je 3 milimetry!!!!“* Z výše uvedeného není Úřadu zřejmé, kam navrhovatel argumentací směřoval. Pokud tím však myslel, že záměnu směsí nemohl na první pohled rozpoznat, a tím tedy nenese vinu, tak tento výklad u Úřadu nemůže obstát, jelikož kontrolu asfaltové směsi mohl provést jiným způsobem, například vyžádání si již výše zmíněných vážných lístků, přičemž Úřad opětovně připomíná, že za řádné plnění veřejné zakázky nese odpovědnost navrhovatel a nemůže se jí zprostit ani tvrzením, že si záměny údajně nemohl všimnout. Jak

Úřad uvedl, k rozpoznání, že došlo k záměně asfaltových směsí, měl navrhovatel i jiné možnosti než jen vizuální posouzení.

111. Navrhovatel dále tvrdil, že *„(o)bjednatel nedal stěžovateli časový prostor k tomu, aby vytknuté vady odstranil, neboť výzvu k jejich odstranění mu doručil prostřednictvím svého právního zástupce dne 30. 11. 2017 a v této výzvě byl uveden datum k odstranění do 30. 11. 2017.“*
112. Úřad v souvislosti s výše uvedeným uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel první reklamaci vad oznámil navrhovateli přípisem „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ již ze dne 21. 3. 2017 (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Před danou výzvou ze dne 30. 11. 2017 zadavatel navrhovatele opakovaně vyzýval k nápravě, přičemž poslední výzvu (před výzvou ze dne 30. 11. 2017) zadavatel učinil dne 13. 11. 2017 (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě výše uvedeného je tak argumentace navrhovatele, že zadavatel navrhovateli neposkytl dostatečný časový prostor k odstranění vytknuté vady lichá, neboť z komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem popsané v rozhodnutí o vyloučení je patrné, že navrhovatel obdržel již dřívější výzvy k nápravě pochybení, které však odmítal, přičemž první výzva k nápravě pochybení mu byla odeslána téměř tři čtvrtě roku před úplně poslední výzvou k nápravě.
113. Navrhovatel dále v rámci své argumentace v souvislosti s údajným pochybením při plnění smlouvy I spočívajícím v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 uvedl mimo jiné toto: *„Navíc pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení škodou, ale slevou z ceny díla.“* (...) *„Co se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsí z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných, než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla.“* (...) *„(j)ednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které stěžovatel dodávku asfaltových směsí objednal a stěžovatel o této záměně nevěděl.“*
114. Úřad k výše uvedené argumentaci navrhovatele nemohl přihlídnout, neboť zadavatel nikde v rozhodnutí o vyloučení netvrdí, že by mu na základě pochybení navrhovatele vznikla škoda, zadavatel v dané souvislosti uvedl, že uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých zadavateli na odstranění vad vozovky třetím subjektem a uplatnění smluvní pokuty je podle zákona „jinou srovnatelnou sankcí“ (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
115. K další části argumentace navrhovatele, v rámci které uvádí, že se v případě záměny zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 jednalo o neodstranitelnou vadu, která údajně neměla mít vliv na funkci díla (pro kterou lze dle jeho názoru dílo bez omezení užívat) a měla bez vědomí navrhovatele vzniknout na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku dané směsi objednal, a dále: *„vzhledem k tomu, že předmětná vada*

spočívající v záměně asfaltové směsi by byla sice odstranitelná, avšak náklady na opravu by byly neúměrné ceně (a zejména užítku, který bude stejný, jako před opravou) – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou.“, uvádí Úřad následující.

116. Z povahy dané argumentace zjevně vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci) (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 93. – 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a bod 97. – 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí) (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž zadavatel závažnost pochybení rovněž shledává v kombinaci více pochybení navrhovatele, neboť v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„(ú)častník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. (...) V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma zadavatele.*“, a zároveň bylo shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění smlouvy I, stěžejní skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobitelná jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu (viz souhrnně bod 102. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad dodává, že je z hlediska posouzení závažnosti pochybení tedy bezpředmětné zabývat se tím, zda se jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, jelikož ať už by bylo konstatováno, že se v případě záměny směsi jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, automaticky by to neznamenal, že by dané pochybení nemohlo být shledáno závažným (i odstranitelná vada může být dle Úřadu za určitých okolností shledána závažnou, navíc navrhovatel tvrdí, že se jednalo o neodstranitelnou vadu, která má dle Úřadu daleko větší potenciál být shledána závažnou), navíc v posuzovaném případě byla závažnost pochybení shledána na základě kombinace více pochybení navrhovatele, ostatně tuto skutečnost stvrzuje i zadavatel (viz výše), a nikoliv tak jen na základě pochybení spočívajícího v pouhé záměně asfaltové směsi. I tuto argumentaci navrhovatele tak Úřad odmítá.
117. Další z podmínek pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.

118. V případě smlouvy I požadoval zadavatel po navrhovateli uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a rovněž u navrhovatele uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady. Tyto skutečnosti vyplývají z přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794.06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018 a z přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,-Kč za neodstranění vad v termínu“ ze dne 16. 4. 2018 (viz bod 69. a 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Výše citované přípisy byly přiloženy k rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel ke splnění této podmínky v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že závažné pochybení navrhovatele v daném případě vedlo ke vzniku „jiných srovnatelných sankcí“.
119. Úřad k tomuto uvádí, že pojem „jiná srovnatelná sankce“ je zjevně neurčitý právní pojem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu, nicméně zároveň lze z pojmu „sankce“ nepochybně usoudit, že by jiná srovnatelná sankce měla pro účastníka zadávacího řízení představovat určitý nepříznivý následek srovnatelný se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu. V posuzovaném případě, kdy zadavatel po navrhovateli v souvislosti se závažným pochybením při plnění smlouvy I požadoval uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem ve výši 3.181.794,06,- Kč a dále uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady v termínu ve výši 242.000,-Kč, lze uvést, že povinnost uhradit dané poměrně nemalé finanční částky muselo pro navrhovatele zcela zjevně představovat určitý nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad tak má tedy za to, že závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I vedlo k „jiným srovnatelným sankcím“, konkrétně k povinnosti uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a následně uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad, neboť tyto skutečnosti pro zadavatele představují nepříznivý následek stejně, jak tomu je v případě škody či u předčasného ukončení smluvního vztahu. Lze tedy uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna.

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

120. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním smlouvy II se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončení díla) dle smlouvy II, přičemž původní doba pro dokončení díla na základě smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Dále zadavatel uvedl, že správce stavby v průběhu plnění díla uznal navrhovateli požadavek na prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Dílo dle smlouvy II tedy mělo být navrhovatelem dokončeno 6. 11. 2017, kdy dokončení díla nebránily klimatické podmínky, avšak navrhovatel tak neučinil a dílo nedokončil. Správce stavby tak vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž navrhovatel na předmětnou výzvu ke dni 15. 11. 2017 nikterak nereagoval a nesplnil ani jeden ze tří požadavků správce stavby, proto správce stavby vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 21. 11. 2017 (viz bod 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Zadavatel pak v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že právní zástupce zadavatele prostřednictvím přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 oznámil navrhovateli, že v souladu s Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP zadavatel s okamžitou účinností odstupuje od smlouvy II z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností ze strany navrhovatele (nedokončení díla v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a zejména proto, že navrhovatel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě.

121. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě smlouvy II naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
122. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy II je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť smlouva II byla dne 3. 10. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.
123. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 26. 9. 2018. Vzhledem k tomu, že smlouva II byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 3. 10. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy necelé dva roky před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci smlouvy II nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.
124. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.
125. V případě plnění smlouvy II, z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že předmětné plnění mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě 6. 11. 2017, avšak navrhovatel tak dle vyjádření správce stavby ve výzvě „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 neučinil. Z příloh rozhodnutí o vyloučení, konkrétně z přípisů „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017, „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017, dále vyplývá následující.
126. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 mj. vyplývá, že zadavatel, resp. správce stavby vyzval navrhovatele/zhotovitele, aby nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a (iii) předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Dále Úřad odkazuje na přípis „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2

I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, ve kterém je mj. uvedeno, že navrhovatel ke dni 15. 11. 2017 na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze stanovených požadavků. Současně správce stavby citovanou výzvou ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby, a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany navrhovatele. K dokončení I. až III. etapy stavby došlo dle vyjádření navrhovatele v návrhu až dne 13. 12. 2017, přičemž následně dne 27. 12. 2017 zadavatel přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 odstoupil od části smlouvy II. Úřad rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 4. 3. 2019, ve kterém je uvedeno: *„Předmětem smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.“*

127. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že zadavatel vymezil předmět smlouvy II jako opravu krytu a obnovu souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný, Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo již na základě skutečnosti, že nedokončil dílo v dodatečné lhůtě pro dokončení díla, tedy do 6. 11. 2017. Navrhovatel, jak uvádí zadavatel ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017, ke dni 15. 11. 2017 nereagoval na výzvu ze dne 10. 11. 2017 a dílo nedokončil, přičemž byl v předmětné výzvě ze dne 10. 11. 2017 upozorněn, že pokud tak neučiní je zadavatel připraven od smlouvy II odstoupit. K dokončení stavebních prací na I. – III. etapě stavby, tedy nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, avšak v dané době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby. Podle zadavatele tak pochybení navrhovatele je závažným pochybením, neboť v dané souvislosti v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„(v) návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele.“* Úřad tak s ohledem na zadavatelem popsané skutečnosti v rozhodnutí o vyloučení a rovněž s ohledem na předmět smlouvy II, který zadavatel uvedl ve vyjádření ze dne 4. 3. 2019, konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění smlouvy II k prodlení, které lze definovat jako závažné pochybení, neboť navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tzn. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak navrhovatel dílo v uvedené lhůtě nedokončil. Navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění díla, resp. IV. etapy díla, se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel zcela ignoroval předmět smlouvy II, neboť, jak vyplývá ze zadavatelem vymezeného předmětu smlouvy II (viz výše), měl dokončit dílo v takové době, aby nedošlo k narušení provozu na předmětných komunikacích

nad rámec nezbytně nutný. Úřad tak uzavírá, že takové prodlení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.

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

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

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

(iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram;

Ad (i) a (ii)

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

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

Ad (iii)

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

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

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

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

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

129. Úřad k dané reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 uvádí, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 (viz bod. 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí) měl navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel tak dle správce stavby neučinil, neboť, jak bylo konstatováno ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017: „*(k)e dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správce stavby stanovených požadavků.*“ Dále se Úřad zabýval tvrzením navrhovatele, že nebylo v jeho silách sestavit aktualizovaný harmonogram stavby. Úřad tak

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

130. Navrhovatel dále tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, neboť tuto stavbu dokončil a předal zadavateli dle pokynů. Úřad k tomuto uvádí, že z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tím, že navrhovatel jednak nedokončil dílo v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017 a následně ani nesplnil výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017, se dostal do takového prodlení, kterým způsobil, že již práce na IV. etapě stavby z důvodů klimatických podmínek nemohly být realizovány a ignoroval tak předmět plnění smlouvy II.
131. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„(d)le smlouvy byla splatnost faktur vystavených stěžovatelem 60 dnů. Stěžovatel provedl část díla a na provedené části díla vystavil zadavateli a jemu také doručil v souladu se Smlouvou 4 faktury dle níže uvedeného soupisu, na které zadavatele dosud ničeho neuhradil. Vzhledem k tomu, že je v prodlení s jejich úhradou, tedy splněním svého dluhu, nebyl tak v prodlení stěžovatel s plněním svého dluhu – provádění díla. „*
132. Úřad k tomu uvádí, že dané tvrzení navrhovatele nikterak nevyvrací pro posouzení závažnosti daného pochybení navrhovatele stěžejní skutečnost, že navrhovatel jednak

nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tvrzení navrhovatele je tak v dané věci naprosto liché.

133. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy II k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.
134. Další podmínkou pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.
135. V daném případě zadavatel využil práva v Pod-čl. 15.2 písm. a) smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelům ve znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) a přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelům podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 od části smlouvy II týkající se neprovedeného plnění odstoupil (viz bod 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Argumentaci navrhovatele ohledně té skutečnosti, že dané odstoupení není možné považovat za platné, považuje Úřad za irelevantní, neboť odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání, které je třeba považovat za platné (o to více za situace, kdy byla možnost odstoupení z uvedeného důvodu přímo sjednána ve všeobecných obchodních podmínkách, které byly modifikovány zvláštními obchodními podmínkami, viz bod. 74 odůvodnění tohoto rozhodnutí) až do chvíle, kdy o jeho případné neplatnosti rozhodne kompetentní orgán, kterým je soud. Navrhovatel ve správním řízení, ani předtím zadavateli nesdělil, že by se soudně bránil důvodům ukončení smlouvy II ze strany zadavatele, resp. v takovém případě navrhovatel výše uvedený postup zadavatele svým jednáním akceptoval, tudíž neexistuje důvodná pochybnost o oprávněnosti postupu zadavatele při ukončení smlouvy II s navrhovatelem. Vzhledem ke skutečnosti, že daným odstoupením od části smlouvy II došlo zjevně k předčasnému ukončení smluvního vztahu, jelikož v důsledku závažného pochybení navrhovatele nedošlo z jeho strany k dokončení kompletního díla (stavby), lze uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna. Úřad uvádí, že o tom, že došlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu v důsledku pochybení navrhovatele zadavatelem popsaného v rozhodnutí o vyloučení (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepanují s ohledem na obsah přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelům podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.
136. S ohledem na vše výše uvedené tak lze ze strany Úřadu shrnout, že se navrhovatel závažného pochybení dopustil jak v rámci plnění smlouvy I tak i v rámci plnění smlouvy II., na základě čehož lze tedy zároveň konstatovat splnění poslední podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to podmínky plurality spáchaných závažných pochybení. Z jazykového výkladu je totiž zřejmé, že dané ustanovení hovoří o závažných **pochybeních**, tudíž musí být, aby mohlo dojít k vyloučení účastníka zadávacího řízení na základě tohoto ustanovení,

z logiky věci shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným pochybením, což bylo v posuzovaném případě Úřadem vyvozeno (k tomu více viz výše). Pro úplnost Úřad uvádí, že se tato podmínka vztahuje k plnění smlouvy I i smlouvy II, proto je Úřadem řešena pro obě údajná závažná pochybení týkající se těchto smluv současně na tomto místě.

137. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že navrhovatel byl v šetřeném případě zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.
138. Úřad dále přistoupil k vypořádání další argumentace navrhovatele. Navrhovatel tvrdí, že se v daném případě jedná o nepřístupnou retroaktivitu, přičemž uvádí, že *„(d)le ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 S., o zadávání veřejných zakázek, je dána až zákonem č. 134/2016 Sb., účinným od 01. 10. 2016 a vzhledem k tomu, že obě zadávací řízení na provedení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ byly zahájeny před 01. 10. 2016, a to konkrétně zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 03. 2016 a zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 03. 2016, a vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, kdy je nutné postupovat dle zák. č. 137/2006 Sb., je napadené rozhodnutí nezákonné, neboť pravomoc vyloučit stěžovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek není dána.“*
139. Úřad v návaznosti na tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, ve kterém je stanoveno: *„Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.“* Z jazykového výkladu výše uvedeného ustanovení, tak vyplývá, že není směrodatné, za jaké účinnosti právní úpravy byla zahájena zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění mělo dojít k závažným pochybením. Jedinou časovou podmínkou vyplývající z daného ustanovení je, že se těchto závažných pochybení účastník zadávacího řízení musí dopustit v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, tedy zcela jasně bez ohledu na skutečnost, zda byla zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění došlo k závažným pochybením, zahájena na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů či na základě zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Jedinou rozhodnou skutečností pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona je, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, v rámci kterého zadavatel vylučuje navrhovatele. V šetřeném případě je tedy směrodatné,

kdy bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“, přičemž Úřad uvádí, že toto zadávací řízení bylo zahájeno dne 26. 9. 2018 odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek, tedy již v době, kdy byl účinný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a zadavatel byl tak oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

140. V daném případě není na místě ani navrhovatelův odkaz na ustanovení § 273 odst. 1 zákona, neboť již výše bylo deklarováno, že je relevantní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, ve kterém zadavatel vylučuje účastníka zadávacího řízení, a nikoliv okamžik zahájení zadávacích řízení, ve kterých došlo ze strany účastníka zadávacího řízení k závažným pochybením. V šetřeném případě bylo zadávací řízení, ve kterém vylučuje zadavatel navrhovatele zahájeno již za účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a proto není možné v dané situaci aplikovat § 273 odst. 1 zákona.
141. Navrhovatel k jemu tvrzené retroaktivitě dále uvádí, že *„dle § 125c odst. 6) písm. c) bod 2. zák. č. 361/2000Sb., se zákaz činnosti uloží tomu, kdo spáchal přestupek podle odstavce 1 písm. f) bodů 3, 5, 6 a 8, písm. g) a i) v období dvanácti po sobě jdoucích kalendářních měsíců dvakrát a vícekrát. Takováto sankce, ovšem nemohla být uložena v případě, že za účinnosti tohoto ustanovení spáchal přestupce přestupek a zároveň tento přestupce spáchal před účinností tohoto ustanovení stejný přestupek v době předchozích 12 měsíců, neboť by se jednalo o nepřípustnou retroaktivitu. Zcela identická situace je v tomto případě.“*
142. Úřad k danému uvádí, že navrhovatelem citované ustanovení se týká zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, kdy se jednak jedná o právní úpravu problematiky, která je naprosto odlišná od problematiky zadávání veřejných zakázek, a jednak navrhovatel odkazuje na ustanovení zákona č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, které upravuje problematiku přestupků, tedy situaci, kdy proti pachateli přestupku vystupuje ze své nadřízené pozice orgán veřejné správy a na základě svých pravomocí uložených mu zákonem ukládá svým rozhodnutím pachateli pokutu, popř. jinou sankci. Jedná se tedy zjevně o veřejnoprávní vztah, jehož účastníci nemají rovné postavení, avšak ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona není institutem veřejného práva, neboť se vztahuje k procesu zadávání veřejných zakázek, kdy výsledkem zadávacího řízení je zadání veřejné zakázky, tedy uzavření soukromoprávní smlouvy mezi dodavatelem a zadavatelem, přičemž dodavatel i zadavatel mají rovné postavení, jedná se tedy o soukromoprávní vztah. V daném případě tak uvedený příklad navrhovatele není přílehlavý, neboť srovnává postup při správním trestání (veřejné právo) oproti postupu při vylučování účastníka ze zadávacího řízení v rámci zadávání veřejné zakázky, a tedy postup podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tudíž srovnává úplně odlišné situace, neboť v šetřeném případě došlo ze strany navrhovatele k pochybení při plnění smlouvy I a smlouvy II, tedy porušení smluvních povinností, které jsou vždy porušením účastníka zadávacího řízení bez ohledu na to, jaká právní úprava je či byla v dané situaci účinná. Zákon prostřednictvím ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona upravuje jen možné následky plynoucí z tohoto vždy porušujícího jednání. Ve světle právě uvedeného tak Úřad nemůže k dané argumentaci navrhovatele přihlídnout.

143. Navrhovatel dále odkazuje na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž tvrdí, že plnění této veřejné zakázky mělo vliv na plnění smlouvy II. Navrhovatel tak uvádí, že *„měl rezervované kapacity k tomu, aby započal práce na obou dílech v dubnu 2017. Bohužel sám zadavatel nerespektoval své výše uvedené pokyny a staveniště předal stěžovateli v prvním případě o 4 měsíce později a ve druhém případě o dva měsíce později. Stěžovatel se přesto snažil své kapacity přeskupit tak, aby obě díla provedl v původně stanoveném termínu, ale vzhledem ke klimatickým podmínkám a 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 započítí 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.“*
144. Úřad k tomuto uvádí, že argumentace navrhovatele vztahující se k veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ je irelevantní, neboť zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodů závažných pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit v rámci plnění veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“. Dále Úřad pro úplnost uvádí, že situace, kdy se při plnění jiného navrhovatelova závazku vyskytnou potíže, nijak neodůvodňuje skutečnost, že v rámci smlouvy II neplnil navrhovatel včas. Je to právě navrhovatel, který musí znát své kapacity, a tomu tak přizpůsobit své závazky. Navíc pokud došlo k určitým nastalým situacím, které nemohl předem očekávat, mohl si nárokovat prodloužení lhůty pro dokončení díla, což ostatně učinil v případě plnění smlouvy II. Úřad však k tomu doplňuje, že ačkoliv si navrhovatel u zadavatele nárokoval prodloužení doby pro dokončení díla do 6. 11. 2017, tak ani v této dodatečné době pro dokončení, tedy ke dni 6. 11. 2017, stavbu nedokončil.
145. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., je nutné, aby existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel skutečně dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Až poté, co bude na základě pravomocného rozsudku postaveno najisto, že je uchazeč nezpůsobilý, je možné uplatnit právo zadavatele na vyloučení takového uchazeče.“*
146. Úřad k tomuto nejprve uvádí, že z gramatického výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona rozhodně nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala i existenci rozhodnutí soudu popř. jiného orgánu, které by mělo potvrzovat, že se účastník zadávacího řízení skutečně dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. O jakémkoliv rozhodnutí soudu či jiného orgánu zkrátka v daném ustanovení není ani zmínka. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel nemusí pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů disponovat soudním či jiným rozhodnutím v dané věci, zadavatel však musí patřičně odůvodnit, proč právě pochybení, za které vylučuje účastníka

ze zadávacího řízení, splňují požadavky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by sebou fakticky přinesla nemožnost aplikace tohoto ustanovení, a nijak by tedy zákon nechránil toho zadavatele, pro něž je podstatné, zda dodavatel v předchozích smluvních vztazích realizoval plnění v rozsahu a kvalitě požadované v zadávací dokumentaci, popřípadě ve smlouvě o dílo. Úřad dále uvádí, že zatímco případný soud by rozhodoval např. o platnosti a neplatnosti jednání zadavatele, Úřad posuzuje pouze to, zda jednání zadavatele a dodavatele naplňuje důvody stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tj. pouze to, zda k takovému jednání došlo.

147. Pro podporu svého tvrzení Úřad odkazuje rovněž na komentářovou literaturu², ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona mj. uvedeno: „*Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.*“. Danou argumentaci navrhovatele je tak z výše uvedených důvodů třeba odmítnout.
148. Navrhovatel dále tvrdí, že *»(z)adavatel o tom, že mu vznikla škoda, anebo že by mu vzniklo uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty, nijak neprokazuje. O tom, zda mu skutečně škoda vznikla, anebo zda má právo na smluvní pokutu, rozhoduje až soud rozsudkem. Do té doby se jedná o subjektivní tvrzení zadavatele. Vzhledem k tomu, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce nevinny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako na „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.«*
149. Úřad k danému konstatuje, že zadávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tzn., že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu „in dubio pro reo“ a presumpce nevinny, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona.
150. Navrhovatel rovněž v návrhu tvrdí, že *»(o)bě údajná vážná pochybení postrádají onu „dlouhodobost“, kdy se jednalo o dobu na přelomu roku 2017 a 2018 a vzhledem k předchozím úspěšně dokončeným veřejným zakázkám pro zadavatele se jednalo o ojedinělá pochybení, za které ještě stěžovatel neodpovídal. Škoda zadavateli nevznikla.«*
151. Úřad ve vztahu k tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kde je uvedeno: „*Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení **závažných nebo dlouhodobých pochybení** při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.*“ Z citovaného ustanovení a především ze skutečnosti, že spojka „nebo“ je svou povahou vylučovací spojkou, tak vyplývá, že zadavatel pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48

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

odst. 5 písm. d) zákona musí prokázat, že se jednalo buď o závažná, nebo o dlouhodobá pochybení, přičemž v daném případě, jak Úřad vyvodil výše, zadavatel prokázal a odůvodnil, že se navrhovatel při plnění smlouvy I a smlouvy II dopustil závažných pochybení. Úřad dále dodává, že není relevantní, zda se jednalo o ojedinělá pochybení a předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele plnil, byly údajně úspěšně dokončeny, jelikož pro posouzení, zda v daném případě došlo k vyloučení navrhovatele na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, je relevantní pouze skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení, mezi které mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení.

K rozhodnutí o vyloučení

152. Dále navrhovatel tvrdí, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a je tak nepřezkoumatelné.
153. Úřad k tvrzení navrhovatele uvádí, že navrhovatel neodkazuje na konkrétní části rozhodnutí o vyloučení, u kterých se domnívá, že je rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelné, pouze obecně konstatuje, že „*zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí neurčitě*“, ale nikterak neurčitost důvodů nespécifikuje. Nicméně Úřad i v rámci posouzení, zda zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně prokázal a odůvodnil naplnění veškerých zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5. písm. d) zákona, přezkoumal rozhodnutí o vyloučení a dospěl k závěru, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil podrobně, srozumitelně a určitě, čímž tedy dodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.
154. Úřad na tomto místě konstatuje, že na základě výše uvedených skutečností byl v šetřeném případě navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.

K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona

155. Ve vztahu k námitkám navrhovatele směřujícím proti jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona, Úřad v souladu se zásadou procesní ekonomie zakotvenou v § 6 odst. 1 správního řádu uvádí, že vzhledem k výše uvedenému již nepovažuje za nutné se taktéž věcně zabývat těmito navrhovatelem namítanými body, neboť v posuzovaném případě byly splněny všechny podmínky nutné pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a byl tak dán dostatečný důvod pro rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení o veřejné zakázce, tudíž další šetření v této věci by nebylo s ohledem na výše uvedené relevantní a bylo by naopak nadbytečné.
156. S ohledem na veškeré výše uvedené skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel při

vyloučení navrhovatele dopustil porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

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