



UOHSX00C90LW

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0103/2019/VZ-11886/2019/522/JKr

Brno: 26. 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 7. 3. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Statutární město Ústí nad Labem, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem,
- navrhovatel – OK GARDEN s.r.o., IČO 27571297, se sídlem Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha - Krč,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 14. 1. 2019 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele,

**rozhodl takto:**

### I.

**Zadavatel – Statutární město Ústí nad Labem, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 14. 1. 2019 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele, zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když v „Oznámení o vyloučení nabídky podané dodavatelem z další účasti na zadávacím řízení“ ze dne 6. 2. 2019 nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody**

**vyloučení účastníka** zadávacího řízení – **OK GARDEN s.r.o.**, IČO 27571297, se sídlem Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha - Krč – **pro nezpůsobilost dle ustanovení dle § 48 odst. 5 písm. d) citovaného zákona** s tím, že se uvedený účastník zadávacího řízení měl v roce 2018 dopustit závažných pochybení vůči zadavateli při plnění smlouvy uzavřené se zadavatelem dne 7. 3. 2018 na plnění veřejné zakázky „Založení a údržba výsadeb v centru města Ústí nad Labem“ a toto pochybení mělo vést k předčasnému ukončení citované smlouvy, čímž učinil svůj postup při vyloučení účastníka zadávacího řízení nekontrolovatelným, **přičemž uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele** a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

## II.

**Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Statutární město Ústí nad Labem**, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší všechny úkony zadavatele související s vyloučením účastníka zadávacího řízení – OK GARDEN s.r.o.**, IČO 27571297, se sídlem Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha – Krč – **z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)“** zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 14. 1. 2019 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele, a to včetně „Oznámení o vyloučení nabídky podané dodavatelem z další účasti na zadávacím řízení“ ze dne 6. 2. 2019.

## III.

**Zadavateli – Statutární město Ústí nad Labem**, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem – **se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0103/2019/VZ** ve věci návrhu navrhovatele – **OK GARDEN s.r.o.**, IČO 27571297, se sídlem Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha - Krč – ze dne 7. 3. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 14. 1. 2019 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele.

## IV.

**Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb.**, o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ustanovení § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli – Statutární město Ústí nad Labem**, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem – **ukládá povinnost**

**uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).**

Náklady řízení jsou **splatné do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Statutární město Ústí nad Labem, IČO 00081531, se sídlem Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“) – jako veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil podle § 53 zákona dne 14. 1. 2019 uveřejněním výzvy k podání nabídek z téhož dne na profilu zadavatele<sup>1</sup> (dále jen „Výzva“) zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Předmětem veřejné zakázky dle bodu 3. „Předmět veřejné zakázky“ Výzvy je „zajištění činností spojených s likvidací stávající zeleně, úpravou terénu, založení nových výsadeb a následná údržba.“.
3. Z bodu 2. „Informace o předmětu veřejné zakázky“ Výzvy plyne, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky ve výši 3.000.000,- Kč bez DPH.
4. Z bodu 9. „Hodnotící kritéria“ Výzvy plyne, že zadavatel bude ekonomickou výhodnost nabídek hodnotit podle nejnižší nabídkové ceny.
5. Ze Seznamu doručených a přijatých elektronických nabídek č. j. MMUL/PO/VZ/297567/2018/MarK ze dne 5. 2. 2019, který tvoří přílohu č. 1 Protokolu o otevírání obálek č. j. MMUL/PO/VZ/297567/2018/MarK z téhož dne (dále jen „Protokol o otevírání nabídek“), plyne, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek tři nabídky na plnění veřejné zakázky. Jednou z těchto nabídek je nabídka, kterou podal dne 4. 2. 2019 dodavatel OK GARDEN s.r.o., IČO 27571297, se sídlem Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha - Krč (dále jen „Nabídka“ a „navrhovatel“).
6. Z obsahu Protokolu o otevírání obálek pak plyne, že nabídku s nejnižší nabídkovou cenou bez DPH podal navrhovatel.
7. Z Oznámení o vyloučení nabídky podané dodavatelem z další účasti na zadávacím řízení č. j. MMUL/PO/VZ297567/MarK ze dne 6. 2. 2019 (dále jen „oznámení o vyloučení“ nebo „rozhodnutí o vyloučení“) je patrné, že zadavatel navrhovateli oznámil, že rozhodl o jeho vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Z dodejky datové zprávy vyplývá, že předmětné oznámení o vyloučení bylo do datové schránky navrhovatele dodáno dne 6. 2. 2019.
8. Navrhovatel podal dne 21. 2. 2019 zadavateli proti svému vyloučení ze zadávacího řízení námitky ze dne 20. 2. 2019 (dále jen „námitky navrhovatele“).
9. Zadavatel odmítl námitky navrhovatele „Rozhodnutím zadavatele o námitkách podaných v rámci veřejné zakázky s názvem »Založení a údržba výsadeb v Ústí nad Labem (centrum města a ul. Štefánikova)«“ č. j. MMUL/PO/VZ/297567/2018/MarK ze dne 26. 2. 2019 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). Z doručky datové zprávy vyplývá, že předmětné

---

<sup>1</sup> dostupný na [https://zakazky.usti-nad-labem.cz/profile\\_display\\_2.html](https://zakazky.usti-nad-labem.cz/profile_display_2.html)

rozhodnutí o námitkách bylo do datové schránky navrhovatele dodáno téhož dne, tedy dne 26. 2. 2019.

10. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s důvody uvedenými v rozhodnutí o námitkách nesouhlasil, podal dne 7. 3. 2019 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

## II. OBSAH NÁVRHU

11. Navrhovatel svým návrhem brojí proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze zadávacího řízení z důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
12. Navrhovatel prezentuje názor, že nejsou splněny podmínky pro jeho vyloučení dle citovaného ustanovení zákona, a považuje argumentaci zadavatele pro jeho vyloučení uvedenou v rozhodnutí o námitkách navrhovatele za účelovou, neoprávněnou a v rozporu se zásadami zadávání veřejných zakázek.
13. Navrhovatel uvádí, že smluvní vztah se zadavatelem, v rámci něhož se měl dle tvrzení zadavatele dopustit závažných pochybení, byl založen Rámcovou smlouvou o poskytování prací a služeb uzavřenou dne 7. 3. 2018 (dále jen „Smlouva“) na plnění veřejné zakázky s názvem „Založení a údržba výsadby v centru města Ústí nad Labem“ (dále jen „předchozí veřejná zakázka“). Navrhovatel považuje odstoupení zadavatele od Smlouvy za neoprávněné, protože důvody pro odstoupení (prodlení navrhovatele) nebyly zapříčiněny navrhovatelem, nýbrž právě zadavatelem. Navrhovatel v této souvislosti popisuje předmět předchozí veřejné zakázky, průběh jejího plnění, některé aspekty obsahu předmětného vztahu a související komunikaci a úkony mezi smluvními stranami. Na tomto místě Úřad pouze ve stručnosti shrnuje navrhovatelem v této souvislosti uváděné skutečnosti.
14. Předmětem předchozí veřejné zakázky byl výkon činností spojených s likvidací stávající zeleně, výsadby nové zeleně a tříleté údržby nově vysázené zeleně ve třech lokalitách v Ústí nad Labem: a) plocha mezi OC Fórum a OD Labe, b) zelený pás u OD Labe, c) růžový záhon v ul. Štefánikova. Ve Smlouvě bylo ujednáno, že jednotlivé práce bude navrhovatel provádět na základě objednávek. Objednávky od zadavatele však navrhovatel obdržel až dne 25. 5. 2018. Tím mělo dle navrhovatele dojít k promeškání vhodných termínů pro výsadbu některých rostlin (trvalek a růží).
15. Rovněž termín dokončení prací uvedený v citovaných objednávkách (do 30. 6. 2018 a v případě lokality „růžový záhon v ul. Štefánikova“ do 15. 7. 2018) byl dle navrhovatele nereálný, a to vzhledem k technologii požadované zadavatelem (agrotechnické lhůty související s dvojitým chemickým odplevelením). Navrhovatel zmiňuje také cibuloviny, které je možné sázet na podzim. Navrhovatel uvádí, že z uvedených důvodů nebyl schopen řádně a včas provést objednané práce na základě zadavatelem stanovených podmínek, o čemž se zadavatelem komunikoval.
16. Dodává, že provedení prací v co největším rozsahu a v co nejvyšší kvalitě bránil nedostatek součinnosti ze strany zadavatele, ke které však byl dle Smlouvy povinen. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na skutečnost, že výsadbové plány, které byly faktickou podmínkou pro výsadbu rostlin, navrhovatel od zadavatele obdržel dne 26. 6. 2018, tj. až 4 dny před stanoveným termínem dokončení prací, a v případě lokality „růžový záhon v ul. Štefánikova“ dne 5. 7. 2018, tj. až 10 dní před stanoveným termínem dokončení prací.

17. Navzdory datu, kdy navrhovatel obdržel objednávky a výsadbové plány, obdržel již dne 28. 6. 2018 výzvu zadavatele ze dne 22. 6. 2018 k dokončení prací, ve které zadavatel mj. upozorňuje na pozdní zahájení prací (v květnu namísto ve Smlouvě stanoveného února) a dále na pochybení při plnění a organizaci prací ze strany navrhovatele, kdy z přílohy Smlouvy „Dokumentace a specifikace plnění“ plyne, že výsadba trvalek a růží proběhne do konce května. Zadavatel tak dle navrhovatele popřel svůj podíl na prodlení s plněním prací, neboť Smlouva nebyla v únoru ještě uzavřena a ve vhodných termínech výsadby (duben a květen) činnost navrhovatele ještě nebyla objednána.
18. Navrhovatel dále uvádí, že upozornil zadavatele dne 5. 7. 2018 na nevhodné podmínky pro výsadbu růží v růžových záhonech v ul. Štefánikova. Zadavatel dne 9. 7. 2018 částečně toto upozornění akceptoval a navrhl změnit technologii složení záhonů. V důsledku této změny by došlo ke změně díla a jeho ceny, a proto bylo třeba vystavit novou objednávku, kterou navrhovatel neobdržel.
19. Dne 27. 7. 2018 zadavatel odstoupil od Smlouvy z důvodu, že objednané práce na základě výzvy nebyly kde dni 15. 7. 2018 dokončeny a zároveň bylo přihlédnuto k tomu, že navrhovatel doposud pracoval nespolehlivě a nekvalitně. Navrhovatel považoval odstoupení od Smlouvy za neoprávněné, a proto zadavateli předložil písemný nesouhlas s odstoupením, ve kterém uvedl důvody, pro které považuje odstoupení za neoprávněné (mělo se jednat zejména o pozdní objednání prací v době mimo vhodnou agrotechnickou lhůtu, nedostatečnou lhůtu k provedení díla s ohledem na předepsaný technologický postup, nedostatek součinnosti zadavatele při provádění díla a skryté překážky v oblasti růžového záhonu). Zadavatel setrval na odstoupení a argumentoval oprávněním odstoupit od smlouvy, ujedná-li si to strany, nebo stanoví-li tak zákon. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že si „[v] článku IV. odst. 1 písm. a) Smlouvy Zadavatel a Stěžovatel ujednali, že »od smlouvy lze odstoupit v případě, je-li Stěžovatel v prodlení s provedením činností dle této Smlouvy delším než 7 dní.«”<sup>2</sup> Navrhovatel je tedy názoru, že zadavatel jako důvod odstoupení vymezil výhradně prodlení navrhovatele. Případně nekvalitně prováděné práce proto nelze podle navrhovatele považovat za relevantní.
20. Navrhovatel dále uvádí, že si není vědom toho, že by plnil předchozí veřejnou zakázku nekvalitně. V této souvislosti poukazuje na skutečnost, že ve stavebním deníku a v předávacích protokolech nejsou uvedeny žádné vady díla. Zadavatel nekvalitně prováděné práce navrhovateli ve výzvě ze dne 22. 6. 2018 nevytýkal a existence vad neplyne ani z objednávek dodatečných prací.
21. S ohledem na to, že od Smlouvy bylo odstoupeno dne 27. 7. 2018, má navrhovatel za to, že důvodem pro odstoupení mohlo být pouze nesplnění částí díla „Založení a výsadeb na ploše mezi OC FÓRUM a OD LABE“ a „Založení výsadeb v zeleném pásu u OD LABE“. Část díla „Založení růžového záhonu v ul. Štefánikova“ nemohla být dle navrhovatele důvodem k odstoupení od Smlouvy, neboť před odstoupením od Smlouvy zadavatel dne 12. 7. 2018 navrhovateli písemně sdělil, že dojde ke změně technologického postupu s vlivem na cenu. Navrhovatel však považuje odstoupení od Smlouvy i ve vztahu ke zbylým dvěma částem díla ze shora uvedených důvodů za neoprávněné. Navrhovatel uvádí, že provedl všechny práce

---

<sup>2</sup> Úřad má za to, že navrhovatel má na mysli článek XIV. odst. 1 písm. a) Smlouvy, nikoli jím uvedený článek IV. odst. 1 písm. a) Smlouvy.

na těchto dvou částech díla do dne 7. 7. 2018, tedy před uplynutím lhůty, která by opravňovala zadavatele odstoupit od Smlouvy. Jedinou neprovedenou výjimkou na těchto dvou částech díla byla ta část, u které zadavatel neposkytl ani do dne odstoupení od smlouvy součinnost v podobě dodání podkladů k materiálu pro mulčování výsadeb a barevného provedení nátěru zábradlí u OD Labe. Tuto součinnost poskytl zadavatel až na kontrolním dni dne 16. 7. 2018.

22. V další části návrhu navrhovatel reaguje na obsah rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele. Navrhovatel v této souvislosti uvádí, že považuje odstoupení od smlouvy za nejtvrděší způsob řešení nespokojenosti s plněním druhé smluvní strany, a proto by k němu mělo být dle jeho přesvědčení přistupováno až v případech, kdy jiné prostředky nápravy selhaly nebo reálně hrozí nesplnění předmětu smlouvy.
23. Zadavatel odstoupil od Smlouvy z důvodu dle ust. čl. XIV. odst. 1 písm. a) Smlouvy, tedy pro prodlení navrhovatele, které je delší než 7 kalendářních dnů, což navrhovatel považuje za přísné, ale připouští, že tuto podmínku akceptoval.
24. Pro posouzení oprávněnosti odstoupení od Smlouvy je dle navrhovatele relevantní pouze prodlení navrhovatele. Jiný důvod pro odstoupení zadavatel neuvedl, ačkoli zřejmě jako podpůrný argument uvedl, že přihlédl i ke kvalitě prováděných prací a komunikaci s navrhovatelem.
25. Zadavatel se podle navrhovatele snaží tvrdit, že prodlení způsobil navrhovatel, když nezapočal práce včas, přitom však opomíjí skutečnost, že ze článku III. odst. 11 Smlouvy a článku V. odst. 1 Smlouvy plyne, že jednotlivé práce budou navrhovatelem prováděny na základě objednávek zadavatele. Navrhovatel opakuje, že objednávky obdržel až dne 25. 5. 2018, tedy téměř po třech měsících od uzavření Smlouvy, přičemž bez těchto objednávek nebyl oprávněn práce zahájit. Podle navrhovatele vedlo toto prodlení zadavatele k faktické nemožnosti dodržet termín 30. 6. 2018, který zadavatel v objednávkách stanovil. Tuto skutečnost navrhovatel považuje za klíčovou.
26. Podle navrhovatele zadavatel nereflektuje svoje prodlení ve vztahu k růžovým záhonům v ul. Štefánikova a místo tohoto poukazuje na údajně nekvalitní práci navrhovatele. Navrhovatel opakuje, že případné vady provádění díla se zapisují do stavebního deníku, který však vytknutí žádných podstatných vad neobsahuje. Dokazování v tomto směru však navrhovatel považuje za nadbytečné, neboť důvodem pro odstoupení od Smlouvy mělo být prodlení navrhovatele. Opět zdůrazňuje, že k prodlení nedošlo z důvodu na jeho straně a dodává, že kdyby si zadavatel práce objednal dle Smlouvy řádně a včas již v únoru či březnu, nedošlo by k promeškání vhodného termínu výsadby ani prodlení navrhovatele.
27. Oprávněnost vyloučení ze zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku se dle navrhovatele odvíjí pouze od oprávněnosti odstoupení od Smlouvy v předchozí veřejné zakázce. Podle navrhovatele přitom není relevantní, zda proti odstoupení od Smlouvy v předchozí veřejné zakázce podal navrhovatel civilní žalobu.
28. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že práce prováděné navrhovatelem po odstoupení od Smlouvy byly pouze nezbytně nutné k eliminaci škod. Podle navrhovatele tato skutečnost nevyplývá z objednávek těchto dodatečných prací ani z předávacích protokolů, kde je dílo předáno bez vad a nedodělků ani ze zápisů ze stavebního deníku. Navrhovatel

pochybuje, že by zadavatel akceptoval výkon práce navrhovatele po dobu dalších více než tři měsíců od odstoupení od Smlouvy za situace, kdy se jednalo o činnost, která není dle něj odborná, a kterou jsou schopni provést jiní dodavatelé.

29. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad napadené rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zrušil a uložil nápravné opatření spočívající v zákazu uzavřít v zadávacím řízení smlouvu, a to až do pravomocného skončení předmětného správního řízení.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

30. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 7. 3. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen do datové schránky taktéž dne 7. 3. 2019.

31. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel.

32. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0103/2019/VZ-07143/2019/522/JKr ze dne 11. 3. 2019.

33. Dne 15. 3. 2019 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne. Téhož dne Úřad obdržel dokumentaci o zadávacím řízení.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 15. 3. 2019**

34. Zadavatel se ve svém vyjádření nejprve vyjadřuje k důvodům, pro které navrhovatel považuje odstoupení od Smlouvy na plnění předchozí veřejné zakázky za neoprávněné, zejména k průběhu jejího plnění a k související komunikaci mezi smluvními stranami.

35. K termínu podepsání Smlouvy ze strany zadavatele zadavatel uvádí, že podpis smlouvy s vybraným dodavatelem v případě veřejných zakázek zadávaných podle zákona musí být schválen Radou města.

36. Dále uvádí, že v době od 19. 2. 2018 do 19. 3. 2018 a od 2. 4. 2018 do 22. 4. 2018 nebyl jednatel navrhovatele k zastížení. V čl. V. odst. 3 Smlouvy přitom navrhovatel uvedl, že veškerá komunikace smluvních stran při plnění předmětu Smlouvy bude probíhat mezi kontaktními osobami objednatele a poskytovatele [zadavatele a navrhovatele, pozn. Úřadu], kterou za poskytovatele byl jednatel navrhovatele. Zadavatel dále uvádí, že kontaktoval navrhovatele začátkem dubna a dne 17. 4. 2018 proběhla první schůzka na místě plnění, kdy byly zadavatelem předány informace týkající se započatí prací (formuláře na zábor, zajištění přepravy květináčů, první chemické postřiky). Dne 16. 5. 2018 nebyla započata ani příprava prací. Navrhovatel byl pro nečinnost kontaktován ještě několikrát. Dne 18. 6. 2018 měla proběhnout schůzka na místě plnění s tím, že budou navrhovateli předány osazovací plány, avšak navrhovatel nedorazil. Dále pak docházelo opakovaně ze strany zadavatele k upozorňování na nevhodné technologické postupy navrhovatele, žádostem o vyčíslení víceprací, urgencím termínů apod. Navrhovatel neměl dle zadavatele k dispozici ani požadované rostliny k vysazení a opakovaně nabízel zadavateli alternativy, přesto, že by tak byl výrazně změněn předmět plnění veřejné zakázky.

37. K tomu, že dle navrhovatele nebyl vzhledem k technologii požadované zadavatelem v zadávacím řízení (agrotechnické lhůty související s dvojitým chemickým odplevelením) termín dokončení objednávek reálný, zadavatel uvádí, že navrhovatel mohl využít možností, které mu zákon poskytuje, kdy mohl například podat námitky proti zadávací dokumentaci nebo se neúčastnit zadávacího řízení s plněním, které považoval za nereálné. Dále zadavatel uvádí, že chemické odplevelení se na ploše u OC FÓRUM a OD LABE neprovádělo a nijak tím nebyl ovlivněn termín dokončení.
38. K termínům poskytnutí výsadbových plánů navrhovateli zadavatel sděluje, že tyto plány byly připravené na den, kdy byla sjednána schůzka (dne 19. 6. 2018), na kterou však navrhovatel nedorazil. Tyto plány byly následně zaslány navrhovateli emailem. Do 22. 6. 2018, kdy byla datována výzva k dokončení prací, nikdo zadavatele nekontaktoval ani nevyzval k předložení těchto plánů. Práce byly na záhonech opět přerušeny, což vedlo zadavatele k sepsání výzvy k dokončení prací.
39. V závěru vyjádření zadavatel uvádí, že vzhledem k přístupu navrhovatele k plnění předchozí veřejné zakázky, kdy práce probíhaly s týdenními až dvoutýdenními přestávkami, byly neodborně prováděny a opakovaně docházelo k nedodržení technologických postupů, výsadby probíhaly v nedomluvených termínech, a nebyla tak možná okamžitá kontrola zadavatele, zadavatel v rámci v rámci šetřeného zadávacího řízení využil ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.
40. Zadavatel uvádí, že svým postupem chce pouze předejít špatné zkušenosti s navrhovatelem z předchozí veřejné zakázky, jelikož předmět plnění předchozí veřejné zakázky byl obdobný jako u šetřené veřejné zakázky a domnívá se, že jeho obavy jsou tak zcela důvodné.
41. Současně zadavatel stále trvá na svém tvrzení uvedeném v rozhodnutí o námitkách navrhovatele, že pokud navrhovatel považoval odstoupení od Smlouvy za neoprávněné, mohl tuto situaci řešit cestou civilně právní žaloby. V tuto chvíli nicméně zadavatel oprávněně vychází ze skutečnosti, že odstoupení od Smlouvy bylo oprávněné, tento smluvní vztah byl předčasně ukončen a zadavatel tak byl legitimně oprávněn použít institut zakotvený v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
42. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl dle § 265 písm. a) zákona.

#### **Další průběh správního řízení**

43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0103/2019/VZ-08786/2019/522/JKr ze dne 27. 3. 2019 určil Úřad navrhovateli lhůtu k prokázání doručení stejnopisu návrhu zadavateli.
44. Dne 27. 3. 2019 Úřad obdržel od navrhovatele doklad o doručení stejnopisu návrhu zadavateli.
45. Usnesením č. j. ÚOHS-S0103/2019/VZ-09634/2019/522/JKr ze dne 4. 4. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
46. Usnesením č. j. ÚOHS-S103/2019/VZ-09310/2019/522/JKr ze dne 8. 4. 2019 Úřad určil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.



47. Zadavatel a navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později v průběhu správního řízení již dále nevyjádřili.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

48. 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, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, a to při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

##### **K výroku I. – porušení zásady transparentnosti**

###### ***Relevantní ustanovení zákona***

49. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
50. Podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

###### ***K vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině***

51. Na úvod Úřad v obecné rovině uvádí, že zadavatel je oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení výlučně z důvodů stanovených zákonem. Jakýkoli jiný důvod pro vyloučení je nepřípustný. V každém případě pak zadavatel musí při vylučování (stejně jako v průběhu celého zadávacího řízení) dodržet základní zásady zadávacího řízení vymezené v ustanovení § 6 zákona.
52. Ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 zákona Úřad obecně shrnuje, že důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení obsažené v tomto odstavci jsou koncipovány jako fakultativní, nikoli jako obligatorní, tedy důvody, při jejichž naplnění je zadavatel oprávněn, nikoliv povinen, vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. Důvodem pro tuto konstrukci je zejména to, že uplatnění důvodů vyloučení je v těchto případech vázáno na povinnost zadavatele prokázat určité skutečnosti, a nelze po něm tedy spravedlivě požadovat, aby důvody vyloučení uplatnil, pokud není schopen unést důkazní břemeno.
53. K ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona Úřad uvádí, že tento důvod vyloučení lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení klasickému soukromoprávnímu smluvnímu vztahu, kde předchází zkušenosti a obchodní pověst dodavatele hraje při výběru smluvního partnera významnou roli. 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 jež vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným důsledkům.

54. Úřad připomíná, že důvod vyloučení dle písm. d) předmětného ustanovení zákona představuje v právu veřejných zakázek nový institut, který se v předchozí právní úpravě nevyskytoval. Z tohoto důvodu dosud neexistuje rozsáhlá relevantní rozhodovací praxe Úřadu ani soudů, která by přímo poskytovala výkladové vodítko pro aplikaci tohoto institutu. Úřad proto v první řadě přistoupil k výkladu předmětného ustanovení, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.
55. K vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro nezpůsobilost musí být splněny všechny níže uvedené zákonné podmínky:
- existence pochybení na straně dodavatele jako účastníka zadávacího řízení,
  - pochybení se dodavatel dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem,
  - pochybení lze klasifikovat jako závažná nebo dlouhodobá,
  - pochybení vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím,
  - pochybení se dodavatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení,

Podstatné je, že skutečnosti uvedené výše v písm. a) až e) musí zadavatel v zadávacím řízení dodavateli prokázat.

56. Z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu plyne, že k prokázání předpokladů vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona není nezbytná existence pravomocného soudního či správního rozhodnutí. V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018, v němž Úřad dále uvádí, že *„[t]ento názor Úřadu plyne jednak z faktu, že takováto podmínka by výše uvedené ustanovení učinila v podstatě neaplikovatelným, zároveň však vysoká úroveň odůvodnění vyloučení zadavatele představuje dle Úřadu dostatečnou pojistku ve spojení se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, která zabrání zneužívání tohoto důvodu pro vyloučení v situacích, kdy nejsou naplněny podmínky pro jeho použití.“* Zadavatel může splnění podmínek nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení prokázat i jinými relevantními způsoby a důkazy, například platným odstoupením od smlouvy z důvodu pochybení zakládajícího důvod pro takové odstoupení, dokladem o uplatnění a úhradě platně nárokované smluvní sankce z důvodu pochybení účastníka majícího za následek porušení smluvní povinnosti, protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a z jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod. Důkazní prostředky musí zadavatel uplatnit již vůči účastníkovi zadávacího řízení v souvislosti s rozhodnutím o jeho vyloučení, pokud tak neučinil dříve.
57. Úřad uvádí, že výše uvedené předpoklady vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, zejména klasifikace pochybení za závažná nebo dlouhodobá, představují neurčité právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován. Úřad znovu zdůrazňuje, že důkazní břemeno leží na straně zadavatele. Je tedy nezbytné, aby zadavatelé při využití důvodu vyloučení účastníka řízení dle tohoto ustanovení kladli patřičný důraz na

řádné, jednoznačné a přezkoumatelné uvedení konkrétních skutečností a odůvodnění toho, že jsou naplněny všechny vzájemně související zákonné podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Především musí zadavatel v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení podrobně uvést konkrétní jednání či opomenutí účastníka (z konkrétních v rozhodnutí identifikovaných předchozích smluvních vztahů), která považuje za pochybení a pro která účastníka řízení vylučuje, z jakého důvodu považuje daná jednání či opomenutí za pochybení, zda tato pochybení považuje za závažná nebo dlouhodobá, odůvodnit, proč právě tato pochybení považuje za závažná nebo dlouhodobá, a rovněž prokázat, že uváděná pochybení vedla k minimálně jednomu z následků předpokládaných ustanovením (existence příčinné souvislosti mezi pochybením a následkem).

58. Zadavatel tedy musí všechny skutečnosti náležitě prokázat a odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení bylo zpětně přezkoumatelné, jasné a srozumitelné. V této souvislosti Úřad uvádí, že zásada transparentnosti je jednou ze základních zásad zadávacího řízení, kterou zadavatel – jak již bylo uvedeno výše – musí respektovat v průběhu celého zadávacího řízení. Jak uvádí Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 *„[ú]kolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“* Úřad poznamenává, že ačkoliv se závěry uvedené v citovaném rozsudku vztahovaly k dnes již neúčinnému ZVZ, lze je bezpochyby vztáhnout i k nyní účinné právní úpravě.
59. S ohledem na skutečnost, že zákon v případě vyloučení uchazeče dle § 48 odst. 5 ukládá zadavateli povinnost unést důkazní břemeno ohledně důvodů vyloučení (arg. *„[z]adavatel může vyloučit ..., pokud prokáže, že...“*), je Úřad přesvědčen, že v zásadě vysoké požadavky na uvedení, odůvodnění a prokázání konkrétních skutečností předpokládaných ustanovením § 48 odst. 5 písm. d) zákona nelze považovat za formalistické, neboť povinnost prokázat určité skutečnosti představuje mnohem vyšší nároky na zadavatele než např. povinnost pouhého řádného odůvodnění. Kromě toho nelze odhlédnout ani od skutečnosti, že vyloučení účastníka zadávacího řízení obecně představuje jeden z nejzávažnějších zásahů do průběhu zadávacího řízení, spojený navíc se zcela zásadními důsledky ve sféře vyloučeného dodavatele.
60. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že aby zadavatel dodržel zásadu transparentnosti dle ustanovení § 6 odst. 1 zákona, pak musí v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona podrobně, srozumitelně, určitě a jednoznačně popsat, že v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení nastala pochybení na straně účastníka zadávacího řízení, a to spolu s uvedením skutečností a argumentů, které odůvodňují závěr, že je možno tato pochybení označit za pochybení závažná nebo dlouhodobá, kterých se dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, a že daná

pochybení vyvolala určitý kvalifikovaný následek (vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce).

61. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad k výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona konstatuje, že v souladu se zásadou transparentnosti tak bude pouze takové rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, které je zpětně objektivně přezkoumatelné, tedy, jehož obsah je možno podrobit patřičné kontrole, a které vylučovanému dodavateli poskytne jednoznačnou informaci o důvodech jeho vyloučení, přičemž skutečnosti v rozhodnutí uvedené musí být konkrétní, úplné, určité, jednoznačné a objektivně ověřitelné.
62. Na tomto místě Úřad závěrem zdůrazňuje, že důkazním břemenem je zadavatel podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona obtížen již v zadávacím řízení vůči vylučovanému účastníku zadávacího řízení.

***K vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v šetřeném případě***

63. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí o vyloučení ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 zákona, tedy zda zadavatel srozumitelně a podrobně popsal, odůvodnil a prokázal nezpůsobilost navrhovatele v souladu s ustanovením § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a zda je tak rozhodnutí o vyloučení přezkoumatelné.

*Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení*

64. Rozhodnutí o vyloučení zadavatel odůvodňuje tím, že se „účastník zadávacího řízení dopustil v roce 2018 závažných pochybení vůči zadavateli při plnění smluvního vztahu se zadavatelem ze dne 07. 03. 2018 a toto pochybení vedlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu na základě usnesení Rady města Ústí nad Labem č. 456/18 ze dne 28. 07. 2018. Předmětem smluvního vztahu bylo vysadit zeleň a udržovat výsadbu v centru města Ústí nad Labem. Důvodem předčasného ukončení smluvního vztahu byla nespokojenost objednavatele s prováděnou prací. Objednané práce na základě výzvy (e. č. 108969/2018) nebyl[y] ke dni 15. 07. 2018 (již náhradní posunutý termín) dokončeny a firma OK GARDEN s.r.o pracovala nespolehlivě a práce prováděla nekvalitně.“

*Další zjištěné skutečnosti*

65. Ve Výzvě zadavatele k dokončení prací e. č. 108969/2019 ze dne 22. 6. 2018 adresované navrhovateli (dále jen „výzva k dokončení prací“), na kterou zadavatel odkazuje v rozhodnutí o vyloučení, je uvedeno, že zadavatel „vyzývá k dokončení prací dle rámcové smlouvy (SML1021135) – »Založení a údržba výsadeb v centru města Ústí nad Labem«. Práce na akcích »Založení a výsadeb na ploše OC FORUM a OD LABE«, »Založení výsadeb v zeleném pásu u OD LABE« a »Založení a údržba růžového záhonu v ul. Štefánikova« započaly až v průběhu měsíce května, přičemž ve smlouvě (SML1021135), č. VI, odst. 2 je uvedeno, že poskytovatel se zavazuje, že činnosti uvedené ve smlouvě zahájí již v období měsíce únor. Zároveň je v příloze smlouvy Dokumentace a specifikace plnění uvedeno, že výsadba trvalek a růží na všech akcích proběhne do konce měsíce května. Tímto Vás vyzýváme k dokončení prací na ploše mezi OD LABE a OC FORUM, u OD LABE a v ul. Štefánikova do 15. 7. 2018, jinak budeme nuceni postupovat dle smlouvy (SML1021135), odst. XIII.“

66. V usnesení Rady města Ústí nad Labem č. 456/18 ze dne 25. 7. 2018 (dále jen „usnesení Rady“), na kterou zadavatel odkazuje v rozhodnutí o vyloučení, je uvedeno, že *„Rada města po projednání schvaluje odstoupení statutárního města Ústí nad Labem od rámcové smlouvy č. SML1021135 na »Založení a údržbu výsadeb v centru města Ústí nad Labem« uzavřené se společností OK GARDEN s.r.o.“*
67. V Odstoupení od rámcové smlouvy ev. č. 127839/2018 ze dne 27. 7. 2018 (dále jen „odstoupení od Smlouvy“) ze strany zadavatele adresovaného navrhovateli je uvedeno, že *„[n]a základě usnesení Rady města Ústí nad Labem č. 456/18 ze dne 25. 7. 2018 Statutární město Ústí nad Labem odstupuje od smlouvy č. SML1021135 (Založení a údržba výsadeb v centru města Ústí nad Labem)[,] a to z důvodu, že objednané práce na základě výzvy (e.č. 108969/2018) nebyly ke dni 15. 7. 2018 (již náhradní posunutý termín) dokončeny, zároveň bylo přihlédnuto k tomu, že firma doposud pracovala nespolehlivě a práce prováděla nekvalitně. Odstoupení je tedy provedeno v souladu s čl. XIV. odst. 1a) uzavřené Smlouvy.“*
68. Z veřejně dostupných zdrojů, konkrétně z profilu zadavatele vyplývá, že dne 7. 3. 2018 uzavřel zadavatel s dodavatelem na plnění předchozí veřejné zakázky Rámcovou smlouvu o poskytování prací a služeb.
69. Ze Smlouvy, konkrétně z jejího bodu 1 písm. a) článku XIV. „Odstoupení od smlouvy a zánik smlouvy“ plyne, že objednatel (zadavatel, pozn. Úřadu) je oprávněn odstoupit od Smlouvy, jestliže je poskytovatel (navrhovatel, pozn. Úřadu) v prodlení s provedením činností dle Smlouvy trvajícím déle než 7 dnů.
70. Podle Smlouvy, konkrétně bodu 11 článku III. „Předmět smlouvy“ budou jednotlivé činnosti probíhat na základě požadavků Objednatele uvedených v jednotlivých objednávkách. Objednatel není povinen objednávat plnění v jakémkoli rozsahu.
71. Podle Smlouvy, konkrétně bodu 1 článku V. „Prováděcí smlouvy a postup při jejich uzavírání“ budou dílčí plnění podle Smlouvy prováděna poskytovatelem na základě jednotlivých dílčích prováděcích smluv. Prováděcí smlouvou je objednatelem vystavená a poskytovatelem potvrzená objednávka. Prováděcí smlouvy budou uzavírány výhradně v souladu s podmínkami Smlouvy.
72. Podle Smlouvy, konkrétně bodu 2 písm. e) článku V. „Prováděcí smlouvy a postup při jejich uzavírání“ platí pro zadávání objednávek pravidlo, že písemná objednávka bude obsahovat mj. informaci o předmětu požadovaného plnění (konkrétní rozsah plnění) a konkrétní dobu plnění.
73. Podle Smlouvy, konkrétně bodu 2 písm. j) článku V. „Prováděcí smlouvy a postup při jejich uzavírání“ platí pro zadávání objednávek pravidlo, že výzvy (objednávky) budou vždy vystavovány na konkrétní práce a služby. V každé objednávce na realizaci veřejné zakázky na základě Smlouvy bude sjednána specifikace předmětu plnění.

#### *Právní posouzení*

74. V návaznosti na výše uvedený obecný výklad k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona Úřad uvádí, že bylo povinností zadavatele v rozhodnutí o vyloučení řádně, jednoznačně srozumitelně a přezkoumatelně uvést, jakých konkrétních pochybení se měl účastník zadávacího řízení dopustit a náležitě odůvodnit a prokázat, že jsou splněny všechny vzájemně související zákonné podmínky pro vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d)

zákona. Navrhovatel musí být již v době jeho vyloučení jasně, pro jaké konkrétní důvody byl z účasti v zadávacím řízení vyloučen.

75. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl prostý odkaz na učinění jednotlivých úkonů vůči navrhovateli. Úřad konstatuje, že samotné odkazy na jednotlivé úkony, resp. jiné dokumenty, by považoval za souladné se zákonem (transparentní) toliko v případě, že by navrhovateli (jakož i zadavateli) byl jednoznačně znám jejich obsah a především, pokud by z obsahu těchto jiných dokumentů a z obsahu rozhodnutí o vyloučení bylo zřejmé naplnění jednotlivých zákonných podmínek vyloučení.
76. Úřad předně uvádí, že zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení v obecné rovině konstatuje, že se navrhovatel vůči němu dopustil v roce 2018 závažných pochybení a to konkrétně při plnění smluvního vztahu se zadavatelem ze dne 7. 3. 2018, jehož předmětem bylo „*vysadit zeleň a udržovat výsadbu v centru města Ústí nad Labem.*“. Zadavatel dodává, že na základě těchto pochybení došlo k předčasnému ukončení tohoto smluvního vztahu.
77. Dále se zadavatel v rozhodnutí o vyloučení již věnuje pochybením, kterých se měl navrhovatel dopustit. Zadavatel v této souvislosti nejprve obecně uvádí, že důvodem, pro který došlo k předčasnému ukončení předmětného smluvního vztahu, byla jeho nespokojenost s prováděnou prací. Dále, již „konkrétně“, uvádí, že práce objednané na základě konkrétní výzvy nebyly ani ve stanoveném náhradním termínu dokončeny a že navrhovatel pracoval nespolehlivě a nekvalitně.
78. Pokud jde o tvrzení, že „*[o]bjednané práce na základě výzvy (e. č. 108969/2018) nebyl[y] ke dni 15. 07. 2018 (již náhradní posunutý termín) dokončeny*“, které je uvedeno v rozhodnutí o vyloučení jako jeden z důvodů pro předčasné ukončení smluvního vztahu, zadavatel v rozhodnutí o vyloučení
- a) neuvedl, jaké konkrétní činnosti, pro které (resp. pro prodloužení s provedením těchto činností) navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vylučuje, nebyly v termínu do 15. 7. 2018 dokončeny. Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy. Z výzvy k dokončení prací je sice patrné, že se tato výzva týkala prací dle Smlouvy prováděných na všech lokalitách, nicméně konkrétní činnosti jsou prováděny na základě jednotlivých objednávek zadavatele, které však zadavatel neidentifikoval.
  - b) neuvedl, z jakého důvodu považuje nedokončení předmětných prací do 15. 7. 2018 za pochybení, konkrétně z čeho vyplývala navrhovateli povinnost předmětné práce (konkrétní činnosti) vůbec vykonat. Není patrné, zda a kdy byla na základě Smlouvy učiněna objednávka/objednávky ze strany zadavatele na výkon předmětných prací (tato případná objednávka či objednávky nejsou identifikovány).
  - c) neuvedl, proč považuje nedokončení předmětných prací do 15. 7. 2018 za pochybení, které je závažné (event. dlouhodobé). Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy.
  - d) neuvedl jednoznačnou identifikaci úkonu, kterým došlo k předčasnému ukončení Smlouvy v důsledku nedokončení předmětných prací do 15. 7. 2018. Tato skutečnost

jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno.

79. Pokud jde o tvrzení, že „*firma OK GARDEN s.r.o pracovala nespolehlivě a práce prováděla nekvalitně*“, které je uvedeno v rozhodnutí o vyloučení jako jeden z důvodů pro předčasné ukončení smluvního vztahu, zadavatel v rozhodnutí o vyloučení
- a) neuvedl, v čem konkrétně spatřoval nespolehlivost a nekvalitní výkon práce navrhovatele, pro který navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vylučuje. Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy.
  - b) neuvedl, z jakého důvodu považuje nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele za pochybení, konkrétně zda a jakou povinnost navrhovatel porušil a z čeho tato povinnost navrhovateli vyplývala. Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy. Ve výzvě k dokončení prací zadavatel sice upozorňuje na pozdní započítání výsadeb, bez dalšího však nelze mít za jasné, že konstatovaným nespolehlivým výkonem práce má zadavatel na mysli právě tuto skutečnost.
  - c) neuvedl, proč považuje nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele za pochybení, které je závažné (event. dlouhodobé). Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy.
  - d) neuvedl a neprokázal, zda nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele vedl také (vedle nedokončení předmětných prací do 15. 7. 2018) k předčasnému ukončení Smlouvy. Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno, ani ze samotného odstoupení od Smlouvy. Z obsahu odstoupení od Smlouvy naopak plyne, že k odstoupení došlo pro nedokončení objednaných prací do 15. 7. 2018, resp. ve smyslu odst. 1 písm. a) článku XIV. „Odstoupení od smlouvy a zánik smlouvy“ pro prodlení více než 7 dnů, nikoli pro nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele, ke kterému zadavatel pouze přihlédl.
  - e) neuvedl jednoznačnou identifikaci úkonu, kterým došlo k předčasnému ukončení Smlouvy v důsledku nespolehlivého a nekvalitního výkonu práce navrhovatele. Tato skutečnost jednoznačně neplyne ani z ostatních dokumentů, na které je v rozhodnutí o vyloučení odkazováno.
80. Vzhledem ke shora uvedeným nedostatkům, Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení účastníka řízení.
81. K obecným východiskům k vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona uvedeným již shora v odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad doplňuje, že povinností zadavatele bylo předně vyhodnotit, zda lze konkrétní jednání či opomenutí dodavatele při plnění smluvního vztahu považovat za pochybení a dále zda lze tato konkrétní vytýkaná pochybení považovat za závažná či dlouhodobá. Následně je zadavatel povinen jednoznačně, podrobně a srozumitelně popsat, proč vyhodnotil dané pochybení účastníka zadávacího řízení za závažné či dlouhodobé, tj. popsat, z jakých důvodů

dosahují této intenzity. Úřad upozorňuje, že každou jednotlivou vadu plnění nelze bez dalšího automaticky považovat za závažné nebo dlouhodobé pochybení a je nezbytné jednoznačně uvést, na základě čeho, resp. proč zadavatel považuje konkrétní pochybení za pochybení dosahující takové intenzity, že je lze považovat za závažné nebo dlouhodobé. V daném případě tedy bylo povinností zadavatele předně popsat, které konkrétní objednané práce (činnosti) nebyly dokončeny v termínu do 15. 7. 2018, z jakého důvodu zadavatel považuje jejich nedokončení v uvedeném termínu za pochybení navrhovatele a proč toto pochybení hodnotí jako závažné (event. dlouhodobé). Obdobně měl zadavatel v daném případě povinnost popsat, v čem konkrétně spatřoval nespolehlivost a nekvalitní výkon práce navrhovatele, pro který navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vylučuje, z jakého důvodu považuje nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele za pochybení a proč toto pochybení hodnotí jako závažné (event. dlouhodobé). Současně měl zadavatel uvést a prokázat, že toto pochybení vedlo k předčasnému ukončení Smlouvy, ke vzniku škody, příp. k jiným srovnatelným sankcím. Zadavatel měl rovněž jednoznačně identifikovat úkon, kterým došlo k předčasnému ukončení Smlouvy v důsledku předmětného nebo předmětných pochybení.

82. Vzhledem k tomu, že z rozhodnutí o vyloučení nemohlo být navrhovateli srozumitelné a jasné, která konkrétní pochybení jsou mu zadavatelem vytýkána jako závažná nebo dlouhodobá a na základě jakých úvah a důvodů dospěl zadavatel k závěru o tom, že se jedná o pochybení, a to pochybení o určité intenzitě, a vzhledem k tomu, že zadavatel neuvedl a neprokázal jednoznačně, která všechna jím uváděná pochybení vedla k předčasnému ukončení Smlouvy, a *ani* jednoznačně neidentifikoval úkon, kterým došlo k předčasnému ukončení Smlouvy, nelze rozhodnutí o vyloučení považovat za transparentní a přezkoumatelné. K tomu Úřad pro úplnost doplňuje, že důvody vyloučení měl zadavatel navrhovateli transparentně sdělit již v době vyloučení (tedy v rámci rozhodnutí o vyloučení), neboť jakékoliv pozdější či jiné odůvodnění, např. v rámci odůvodnění rozhodnutí o námitkách nebo až při přezkumu ve správním řízení, je právně irelevantní.
83. Zadavatel však rozhodnutí o vyloučení v tomto smyslu neodůvodnil, čímž učinil rozhodnutí o vyloučení netransparentním, neboť nejen, že navrhovateli z rozhodnutí o vyloučení nemohlo být posouzení naplnění zákonné podmínky zřejmé, ale také nelze v tomto ohledu rozhodnutí o vyloučení náležitě přezkoumat.
84. Výše uvedený nezákonný postup zadavatele mohl alespoň v potenciální rovině ovlivnit výběr dodavatele, neboť za situace, kdy se nabídky účastníků zadávacího řízení hodnotí na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny, nelze vyloučit, že by navrhovatel – pokud by jej zadavatel nevyločil z účasti v zadávacím řízení – mohl být zadavatelem hodnocen jako vybraný dodavatel, neboť z protokolu o otevírání obálek ze dne 5. 2. 2019 je zřejmé, že nabídková cena navrhovatele je nejnižší.
85. Úřad s ohledem na výše uvedené proto uzavírá, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v rozhodnutí o vyloučení nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.



86. Nad rámec výše uvedeného Úřad upozorňuje, že uvedený závěr nikterak nevypovídá o tom, zda byly v tomto případě podmínky vyloučení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona fakticky (materiálně) naplněny. K věcnému přezkumu naplnění jednotlivých podmínek ze strany Úřadu nedošlo, resp. nemohlo dojít, neboť Úřad zjistil, že zadavatel nepostupoval v souladu se zásadou transparentnosti a v daném rozhodnutí jednotlivé skutečnosti a důvody pro vyloučení dostatečným způsobem nepopsal. Z tohoto důvodu tedy nebylo věcné přezkoumání naplnění podmínek vyloučení v tomto případě možno provést. V dalším průběhu zadávacího řízení tedy bude na zadavateli, aby opětovně posoudil, zda jsou u navrhovatele naplněny podmínky pro vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to včetně toho, zda je schopen unést důkazní břemeno ohledně těchto podmínek, a v návaznosti na toto posouzení zvolil další postup.

#### **K výroku II. – uložení nápravného opatření**

87. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
88. Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona a nedodržení zákonem stanoveného postupu ze strany zadavatele mohlo ovlivnit výběr dodavatele (v podrobnostech odkazuje Úřad na odůvodnění tohoto rozhodnutí).
89. Úřad uvádí, že při rozhodování podle § 263 odst. 2 zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad zadávacího řízení, tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení, přiměřenosti a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.
90. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel pochybil při vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, jak bylo dovozeno v odůvodnění k výroku I. tohoto rozhodnutí (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí), jeví se nejvhodnějším nápravným opatřením zrušení tohoto vyloučení.
91. Úřad proto s ohledem na výše uvedené rozhodl o zrušení všech úkonů zadavatele spojených s vyloučením navrhovatele, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, přičemž je na zadavateli, jak bylo uvedeno výše, aby zvážil svůj další postup v zadávacím řízení (k tomu srov. bod 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí) v duchu zajištění zákonnosti jeho průběhu.

#### **K výroku III. – uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení**

92. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
93. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem oznámení rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se

zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

94. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení všech úkonů zadavatele spojených s vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení, uložil zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli zákaz uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení tohoto správního řízení.

#### **K výroku IV. – uložení úhrady nákladů řízení**

95. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zakazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
96. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení všech úkonů zadavatele spojených s vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
97. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2019000103.

### **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

[elektronicky podepsáno]

**Obdrží**

1. Statutární město Ústí nad Labem, Velká Hradební 2336/8, 400 01 Ústí nad Labem
2. OK GARDEN s.r.o., Sládkovičova 1233/21, 142 00 Praha – Krč

**Vypraveno dne**

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