



UOHSX00CZ861

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi

Brno: 12. prosince 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 14. 10. 2019 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5,
- 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 18. 9. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova tř. 16/13, 37001 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů cit. zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/272 Starý Vestec, přeložka silnice“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 4. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-192950,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 – ze dne 14. 10. 2019 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/272 Starý Vestec, přeložka silnice“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 4. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S

081-192950, se podle § 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. Zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) – jako veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 23. 4. 2019 ve smyslu § 56 odst. 1 zákona odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „II/272 Starý Vestec, přeložka silnice“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-192950 (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“).
2. Jak je uvedeno v bodu 2. „DRUH A PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ zadávací dokumentace ze dne 23. 4. 2019 (dále jen „zadávací dokumentace“), „[p]ředmětem plnění veřejné zakázky je provedení stavebních prací a poskytnutí souvisejících dodávek a služeb spočívajících v provedení stavby ‚II/272 Starý Vestec, přeložka silnice‘ (...)“. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 18 296 688 Kč bez DPH. Zadavatel v bodu 10. „HODNOTÍCÍ KRITÉRIUM“ zadávací dokumentace stanovil, že ekonomickou výhodnost nabídky bude hodnotit na základě nejnižší nabídkové ceny ve smyslu § 114 odst. 2 zákona.
3. Zadavatel dne 4. 9. 2019 rozhodl o vyloučení navrhovatele – 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 18. 9. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova tř. 16/13, 37001 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“) – ze zadávacího řízení. „ROZHODNUTÍ A OZNÁMENÍ O VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ“ ze dne 4. 9. 2019 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení navrhovatele“) bylo navrhovateli doručeno prostřednictvím elektronického nástroje téhož dne.
4. Dne 19. 9. 2019 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele ze dne 16. 9. 2019, které směřovaly především proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení (dále jen „námitky navrhovatele“). Zadavatel námitky navrhovatele rozhodnutím ze dne 4. 10. 2019 nadepsaným „Rozhodnutí zadavatele o námitkách proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky“¹ (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl.
5. Navrhovatel se s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, a proto podal dne 14. 10. 2019 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení

¹ Pozn. Úřadu – ačkoliv zadavatel označil rozhodnutí nepřesně jako „Rozhodnutí zadavatele o námitkách proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky“, z jeho obsahu jednoznačně vyplývá, že se jedná o rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, kterými navrhovatel brojí proti svému vyloučení ze zadávacího řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“). Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 14. 10. 2019.

II. NÁVRH NAVRHOVATELE

6. Navrhovatel v úvodu návrhu shrnuje dosavadní průběh zadávacího řízení a následně konstatuje, že rozhodnutí o námitkách a rovněž rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je nezákonné.
7. Navrhovatel předně označuje své vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 zákona za nepřipustně retroaktivní, neboť jednání z minulosti jsou přiznávány nové následky. Dodává, že pokud by při plnění veřejných zakázek v minulosti věděl o tom, že zadavatel bude v budoucnu oprávněn vyloučit navrhovatele v souvislosti s určitým jednáním ze zadávacího řízení, tak by přistupoval k jednáním o uplatňování nároků z domnělých porušení smluv aktivněji a lépe by situaci dokumentoval. V této souvislosti rovněž odmítá odkaz zadavatele v rozhodnutí o námitkách na § 273 odst. 6 zákona jako nepřipadný.
8. Dále v návrhu vyjadřuje navrhovatel přesvědčení, že zadavatel nedostatečně posoudil navrhovatelem přijatá nápravná opatření ve smyslu § 76 odst. 1 a 2 zákona, neboť k nim v rozhodnutí o námitkách pouze vágně konstatoval, že s ohledem na pochybení považuje tato opatření za nedostatečná. V případě jednoho z pochybení tvrzených zadavatelem – záměně asfaltové vrstvy, ke které došlo při plnění smlouvy o dílo uzavřené na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ mezi Ředitelstvím silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „ŘSD“) a navrhovatelem dne 17. 8. 2016 (dále jen „smlouva I“) – navrhovatel uvádí, že dosud „*není postaveno na jisto, zda a o jak závažné pochybení se jedná (...)*“. K tvrzené nedostatečnosti tloušťky obrusné vrstvy a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky pak uvádí, že zadavatel neuvedl, z čeho dovozuje míru závažnosti těchto pochybení a na základě čeho dovozuje nedostatečnost přijatých nápravných opatření. Dodává, že uvedená pochybení byla výjimečná a jednorázová.
9. Ve vztahu k pochybení spočívajícím v záměně asfaltové vrstvy pak dodává, že toto vzniklo v důsledku chyby obalovny, tudíž změnu obalovny a zvýšení kontroly přijatého materiálu považuje za dostatečné nápravné opatření.
10. Z vyjádření zadavatele k jednotlivým nápravným opatřením pak dle navrhovatele vyplývá, že zadavateli není zřejmé, v čem spočívala jeho tvrzená pochybení a jak k nim došlo, a dodává, že dosud není postaveno na jisto, k jakým pochybením došlo a jakého jsou charakteru.
11. Navrhovatel dále uvádí, že jej zadavatel nebyl oprávněn vyloučit ze zadávacího řízení na základě zkušeností jiného subjektu za situace, kdy sám zadavatel má s navrhovatelem vlastní pozitivní zkušenosti, neboť v takovém případě nemůže zadavateli vzniknout pochybnost o tom, že navrhovatel bude schopen veřejnou zakázku realizovat.
12. V úvodu další části návrhu navrhovatel konstatuje, že zadavatel sám nezkoumal, zda k závažným pochybením došlo či nikoliv, neboť pouze odkázal na rozhodnutí Úřadu, což navrhovatel označuje jako nepřipustné. Tímto svým postupem pak měl zadavatel dle navrhovatele porušit povinnost stanovenou v § 76 odst. 3 zákona. Následně se podrobně vyjadřuje k jednotlivým namítaným pochybením. Předně s odkazem na rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C 465/11 uvádí, že záměnu asfaltové směsi nelze považovat za závažné

pochybení, neboť tím je jednání se zlým úmyslem nebo nedbalost určité závažnosti, avšak v předmětném případě k zanedbání povinnosti nedošlo, neboť k záměně došlo chybou obalovny a navrhovatel sám nemohl záměnu asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 zjistit, protože tato je zjistitelná teprve podrobným rozbořem velikosti zrn, který standardně při odměru dodávek nebývá prováděn. Odmítá rovněž závěr zadavatele, dle kterého se citovaný rozsudek na uvedený případ nepoužije. Uvádí rovněž, že není postaveno na jisto, zda se jedná o vadu, resp. jaký je její charakter. K tomu odkazuje na stanoviska zkušebního institutu TPA ČR s.r.o. a soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. Navrhovatel prohlašuje, že ačkoliv ŘSD nabídl odstranění některých vad, ŘSD mu toto neumožnilo, neboť požadovalo nesmyslný způsob jejich odstranění, nadto v nereálném čase.

13. K nedostatečné tloušťce asfaltové vrstvy navrhovatel uvádí, že pouze v jednom místě byla naměřená tloušťka asfaltové vrstvy menší, než požaduje ČSN 73 6121 pro SMA 11, tudíž se jednalo o lokální pochybení, které nemůže mít charakter pochybení závažného. Dodává, že tento nedostatek navrhoval odstranit výměnou obrusné vrstvy v dotčeném úseku a prodloužením záruky o rok, což ŘSD bez zdůvodnění neakceptovalo. Požadavek ŘSD na výměnu obrusné vrstvy v celém rozsahu díla však navrhovatel považuje za neadekvátní.
14. K vadě spočívající v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky poté navrhovatel uvádí, že se nemůže jednat o závažné pochybení a že nabízel ŘSD nápravu této vady.
15. K porušení smlouvy o dílo uzavřené na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice - Mirovice“ mezi ŘSD a navrhovatelem dne 3. 10. 2016 (dále jen „smlouva II“) navrhovatel uvádí, že se nejednalo o závažné ani o dlouhodobé pochybení, neboť k prodloužení došlo vinou ŘSD, když bylo správcem stavby požadováno, aby navrhovatel nezahajoval práce na IV. etapě.
16. Navrhovatel se v návrhu věnuje rovněž otázce sankcí ze smlouvy I, kdy popisuje proces uplatnění reklamace vad díla. Dle navrhovatele ŘSD nejprve uplatnilo reklamaci s požadavkem na odstranění vad díla, na niž reagoval navrhovatel návrhem nápravy, který však nebyl ŘSD přijat. Dále ŘSD navrhovatele opakovaně vyzvalo k odstranění vad se stanovením konkrétního termínu, k čemuž navrhovatel sdělil, že dodržení termínu není z jeho strany možné a že nesouhlasí s nově oznámenými reklamacemi, přičemž uvedené vyústilo v uplatnění nároku ŘSD na zaplacení nákladů na odstranění vad jiným dodavatelem. Navrhovatel opakovaně označuje záměnu směsi SMA 8 za směs SMA 11 za neodstranitelnou vadu, která nemá vliv na funkci díla a uzavírá, že ŘSD nemělo o nápravu zájem a navrhovatel tedy k ní ani nedostal příležitost, neboť odstranění vad bylo požadováno do 30. 11. 2017 a výzva k této nápravě byla navrhovateli doručena stejný den.
17. K sankcím v případě smlouvy II navrhovatel uvádí, že odstoupení od smlouvy ze strany ŘSD bylo učiněno v rozporu se zákonem, neboť prodloužení vzniklo kvůli okolnostem na straně ŘSD.
18. Navrhovatel uzavírá, že zadavatel v řešeném případě porušil svou zákonnou povinnost, když se nezabýval otázkou, v čem mělo spočívat závažné či dlouhodobé porušení povinností navrhovatele. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel neměl dostatek relevantních informací, a z toho důvodu nesprávně posoudil situaci jako důvod pro vyloučení dle § 48 odst. 5 zákona, na což ale neměl nárok. Dodává, že není splněna rovněž další z podmínek § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť „nelze uvést, že by porušení navrhovatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.“ K tomu

uvádí, že v případě smlouvy I byly nároky ŘSD uplatňovány v rozporu se zákonem a nadto ani nenaplnily nutnou intenzitu a v případě smlouvy II bylo od této smlouvy odstoupeno v rozporu se zákonem. Dodává, že zadavatel neodůvodnil, na základě čeho má za to, že se v případě smlouvy I a smlouvy II jednalo o závažná či dlouhodobá pochybení na straně navrhovatele. Dle navrhovatele nemohl zadavatel vycházet z rozhodnutí Úřadu, protože tato neobsahují veškeré informace a mohou být zrušena soudem. Navrhovatel dále předkládá přehled zakázek, které realizoval pro ŘSD, s dovětkem, že u žádné z nich nedošlo k pochybením.

19. Závěrem uvádí, že nebyly naplněny podmínky § 48 odst. 5 zákona, a zadavatel tak jednal v rozporu s § 6 a § 76 zákona. Navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele, kterým byl ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku vyloučen.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

20. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 14. 10. 2019 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
21. Účastníky řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
22. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-28278/2019/522/NRi ze dne 16. 10. 2019.
23. Dne 24. 10. 2019 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky opakovaně obsahově totožné vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“) spolu s dokumentací o zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele

24. Úvodem zadavatel shrnuje dosavadní průběh zadávacího řízení. V další části vyjádření se již zadavatel věnuje samotnému obsahu návrhu. Nejprve upozorňuje na to, že navrhovatel de facto přiznává, že v minulosti vědomě neplnil řádně své závazky. Odmítá tvrzení navrhovatele, že není možné použít v řešeném případě vyloučení podle § 48 odst. 5 zákona, protože se jedná o nepřipustnou retroaktivitu, neboť dle jeho přesvědčení uvedené ustanovení nezasahuje do právních vztahů dle předchozího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), tudíž se o nepřipustnou retroaktivitu nemůže jednat.
25. Dále se vyjadřuje k nápravným opatřením, která navrhovatel dle svého tvrzení přijal k obnovení své způsobilosti k účasti v zadávacím řízení. Dle zadavatele nesplnil navrhovatel podmínky § 76 odst. 1 zákona, neboť pouze tvrdil, že konkrétní opatření přijal, ovšem toto nijak nedoložil a zadavateli neprokázal. Rovněž vyjadřuje přesvědčení, že se v rozhodnutí o námitkách dostatečně vypořádal s každým údajně přijatým opatřením navrhovatele. Zadavatel nesouhlasí s tím, že měl prokazovat závažnost pochybení navrhovatele, protože

tato byla prokázána již v minulosti ze strany ŘSD a potvrzena v pravomocných rozhodnutích Úřadu.

26. Zadavatel rovněž odmítá, že by byl povinen předně přihlédnout k pozitivním zkušenostem, které má s plněním ze strany navrhovatele, a zakončuje, že je nepodstatné, zda dodavatelé pro některé zadavatele plní řádně, ale to, že existuje „významné riziko opakovaného nekvalitního plnění“. Rovněž upozorňuje na to, že navrhovatel v námitkovém řízení nedoložil zavinění obalovny, a toto, opožděně, prokazuje až v rámci návrhového řízení před Úřadem.
27. V další části vyjádření se zadavatel vymezuje proti tomu, že by měl přezkoumávat pravomocná rozhodnutí Úřadu. Nesouhlasí ani s užitím výkladu pojmu „vážné pochybení“ ve smyslu rozsudku Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 ze dne 13. 12. 2012, protože jej pro řešený případ považuje za nepřipadné. Opětovně také uvádí, že neposuzoval závažnost pochybení navrhovatele, protože vycházel ze sdělení ŘSD, resp. z rozhodnutí Úřadu², v nichž Úřad závažnost pochybení navrhovatele shledal, a to v míře, která umožnila ŘSD navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 zákona oprávněně vyloučit.
28. Zadavatel rovněž zmiňuje, že v dané věci komunikoval s ŘSD, které jej odkázalo na pravomocná rozhodnutí Úřadu. Z těchto rozhodnutí poté zadavatel vycházel při vyloučení navrhovatele z šetřeného zadávacího řízení, což bylo dle zadavatele zcela legitimní a rovněž plně dostačující. Připouští, že v případě neexistence pravomocných rozhodnutí Úřadu by sám musel posuzovat, zda byly naplněny podmínky pro vyloučení dle § 48 odst. 5 zákona. V řešeném případě však opakovaně na jejich existenci upozorňuje.
29. Závěrem zadavatel navrhuje, aby byl návrh v souladu s ustanovením § 265 písm. a) zamítnut jako nedůvodný.

Další průběh správního řízení

30. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-29722/2019/522/NRi ze dne 31. 10. 2019 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření.
31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-30071/2019/522/NRi ze dne 5. 11. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel v průběhu správního řízení v zadávacím řízení provede.
32. Usnesením č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-30878/2019/522/NRi ze dne 13. 11. 2019 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doložení veškerých podkladů, na základě kterých zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ze zadávacího řízení.
33. Dne 18. 11. 2019 obdržel Úřad vyjádření z téhož dne k usnesení dle bodu 32. tohoto rozhodnutí, ve kterém zadavatel opakovaně uvádí, že pochybení navrhovatele byla opakovaně přezkoumávána Úřadem, kdy tento konstantně rozhodoval, tj. potvrdil, že byly naplněny důvody pro vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Proto je zadavatel toho názoru, že nemusel zjišťovat další skutečnosti a že mohl z těchto rozhodnutí

² Konkrétně k tomu zadavatel ve vyjádření v poznámce pod čarou uvádí následující: „Rozhodnutí ÚOHS č. j.: ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa, resp. č. j.: ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBR; Rozhodnutí ÚOHS č. j.: ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/2019/512/TDv, resp. č. j.: ÚOHS-R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBR; Rozhodnutí ÚOHS č. j.: ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv, resp. č. j.: ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe“.

Úřadu vycházet. Uvádí, že před vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení provedl posouzení časového aspektu, tedy zda od pochybení navrhovatele do zahájení šetřeného zadávacího řízení neuplynuly 3 roky, a dospěl k závěru, že má možnost navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 zákona vyloučit. Závěrem vyjádření opakuje, že dle jeho názoru by měl Úřad návrh navrhovatele jako nedůvodný zamítnout. V příloze tohoto vyjádření zadavatel Úřadu zaslal příslušná rozhodnutí, tj. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa ze dne 6. 5. 2019 (dále jen „rozhodnutí S0389/2018/VZ“) a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr ze dne 26. 7. 2019 (dále jen „rozhodnutí R0095/2019/VZ“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí S0389/2018/VZ; rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/2019/512/TDv ze dne 6. 5. 2019 (dále jen „rozhodnutí S0397/2018“) a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBr ze dne 26. 7. 2019 (dále je „rozhodnutí R0094/2019“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí S0397/2018/VZ; rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv ze dne 17. 4. 2019 (dále jen „rozhodnutí S0077/2019/VZ“) a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 7. 2019 (dále jen „rozhodnutí R0083/2019/VZ“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí S0077/2019/VZ; rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu ze dne 16. 7. 2018 (dále jen „rozhodnutí S0207/2018/VZ“) a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0134/2018/VZ-30527/2018/322/DJa ze dne 19. 10. 2018 (dále jen „rozhodnutí R0134/2018/VZ“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí S0207/2018/VZ; rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe ze dne 24. 4. 2019 (dále jen „rozhodnutí S0115/2019/VZ“) a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0088/2019/VZ-19698/2019/323/MBr ze dne 18. 7. 2019 (dále jen „rozhodnutí R0088/2019/VZ“), kterým bylo potvrzeno rozhodnutí S0115/2019/VZ. Jak přílohu svého vyjádření zadavatel rovněž zaslal přípis ze dne 12. 8. 2019 značka 225/19/USUSITN adresovaný na ŘSD (dále jen „dotaz na ŘSD“), v němž zadavatel konstatuje, že z obecně dostupných informací vyrozuměl nespokojenost s plněním ze strany navrhovatele, a z tohoto důvodu žádá o poskytnutí konkrétních informací, a rovněž příslušnou odpověď ze strany ŘSD ze dne 23. 8. 2019 (č. j. 13982/19-19500/DS), ve které ŘSD odkazuje zadavatele především na rozhodnutí Úřadu.

34. Usnesením č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-32739/2019/522/NRi ze dne 28. 11. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků zadávacího řízení se k podkladům řízení ve stanovené lhůtě ani později v průběhu řízení již nevyjádřil.
35. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-33764/2019/522/NRi ze dne 6. 12. 2019 Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

36. 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 a stanovisek předložených účastníky řízení konstatuje, že rozhodl dle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu, neboť nebyly zjištěny důvody

pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

37. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
38. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
39. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
40. 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.
41. Podle § 76 odst. 1 zákona může účastník zadávacího řízení prokázat, že i přes nesplnění základní způsobilosti podle § 74 zákona nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. To neplatí po dobu, na kterou byl účastník zadávacího řízení pravomocně odsouzen k zákazu plnění veřejných zakázek nebo účasti v koncesním řízení.
42. Podle § 76 odst. 3 zákona zadavatel posoudí, zda přijatá nápravná opatření účastníka zadávacího řízení považuje za dostatečná k obnovení způsobilosti dodavatele s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti trestného činu nebo jiného pochybení.
43. 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.
44. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
45. Podle § 272 zákona řad průběžně uveřejňuje svá pravomocná rozhodnutí podle tohoto zákona na své internetové adrese.
46. 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.

47. Podle § 2 odst. 4 správního řádu správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

Obsah rozhodnutí o vyloučení navrhovatele

48. V odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel konstatuje, že se navrhovatel v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení dopustil závažných pochybení při plnění smluvních vztahů s jiným veřejným zadavatelem, konkrétně s ŘSD, a to při plnění smlouvy I a smlouvy II, přičemž tato pochybení vedla k předčasnému ukončení smluvních vztahů odstoupením ŘSD, k uplatnění smluvních sankcí a k vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého navrhovatelem.
49. Zadavatel následně identifikuje konkrétní závažná pochybení, kterých se navrhovatel dopustil, přičemž nejprve uvádí pochybení v rámci plnění smlouvy I. Uvádí, že navrhovatel zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 místo SMA 8, který byl požadovaný ŘSD, a to bez vědomí tohoto jiného zadavatele a bez jeho souhlasu. Toto pochybení ŘSD zjistilo na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., při kterých byla zjištěna i další závažná pochybení, a to nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Ke smlouvě II uvádí zadavatel závažné pochybení navrhovatele spočívající ve významném prodlení s dokončením díla, kdy k dokončení díla po navrhovatelem požadovaném prodloužení mělo dojít do 6. 11. 2017, nicméně k tomuto datu dílo dokončeno nebylo. Zadavatel dále uvádí, že uvedená pochybení, jejich podrobný rozbor a odůvodnění, byla potvrzena v pravomocných rozhodnutích Úřadu, např. v rozhodnutích R0095/2019/VZ, R0094/2019/VZ, R0083/2019/VZ a R0088/2019/VZ.
50. Poté rozebírá podrobněji naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, a to v bodech: „*i. existence dvou či více pochybení na straně [ú]častníka³; ii. pochybení měla závažnou nebo dlouhodobou povahu; iii. pochybení [ú]častníka vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy nebo srovnatelných sankcím; iv. pochybení se [ú]častník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, a to ve vztahu k zadavateli či jinému veřejnému zadavateli*“. K bodu i. zadavatel uvádí, že pochybení navrhovatele v případě smlouvy I spočívají v záměně při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky, v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a v neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě, a v případě smlouvy II ve významném nedodržení harmonogramu. K bodu ii. a iii. zadavatel uvádí, že v případě smlouvy I došlo k významnému porušení smluvních podmínek, tj. nedovolené záměně předmětu plnění, zastírání záměny a vady plnění, se kterým je spojena podstatná újma ŘSD, což vedlo k požadavku ŘSD na uhrazení nákladů na odstranění vad třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty, v případě smlouvy II pak časové prodlení vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám zmařilo účel smlouvy II, což vedlo k závažné újmě ŘSD a k odstoupení od smlouvy II vč. uplatňování smluvní pokuty. K bodu iv. zadavatel uvádí, že předmětné zadávací řízení bylo zahájeno 23. 4. 2019, přičemž smlouva I byla uzavřena dne 17. 8. 2016

³ Tj. navrhovatele – pozn. Úřadu

a smlouva II dne 3. 10. 2016. Zadavatel uzavírá, že se v případě smlouvy I i smlouvy II jednalo o pochybení, která naplňují všechny zákonné předpoklady pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

51. Závěrem dodává, že skutečnosti, podle nichž zákonnost vyloučení navrhovatele posuzoval, mu byly doloženy ŘSD a „(...) rovněž byly ověřeny ve shora citovaných správních řízeních před Úřadem (...)“.

Obsah námitek ze dne 16. 9. 2019

52. Námitky se obsahově velice podobají návrhu, jak je popisován v bodech 6. - 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Navrhovatel tedy nejprve konstatuje údajnou nepřipustnou retroaktivitu, své vyloučení ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 zákona označuje za nezákonné a dále pak uvádí, že ani v případě smlouvy I ani v případě smlouvy II se nejednalo o závažná či dlouhodobá pochybení, která by vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Rovněž podrobně popisuje, jakým způsobem probíhalo uplatnění odpovědnosti z vad v případě smlouvy I a konstatuje odpovědnost stavebního dozoru. Ke smlouvě II uvádí, že odstoupení od smlouvy ze strany ŘSD bylo neoprávněné a dodává, že se řídil pokyny správce stavby. Konstatuje, že pro ŘSD provedl více zakázek, přičemž výtky ke smlouvě I a smlouvě II jsou ojedinělými nedostatky. Uvádí rovněž, že neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o vzniku škody, či nároku na smluvní pokutu ŘSD.

53. Navrhovatel rovněž uvádí, že přijal následující nápravná opatření:

- „Přestali jsme odebrat asfaltové směsi od cizích obaloven a odebíráme je jen od spol. ROBSTAV Kovia s.r.o. z obalovny Kařez, která má v areálu obalovny umístěnou laboratoř SQZ pro kontrolu výroby asfaltových směsí a disponuje osvědčením od ŘSD opravňující ji k dodávkám asfaltových směsí ŘSD, dále disponuje ISO 9001 na výrobu asfaltových směsí a certifikací obalovny. Tato obalovna tedy nyní dodává asfaltové směsi výlučně pro stěžovatele a pouze v případě nevytíženosti, je oprávněna vyrábět směsi i pro třetí osoby,
- zavedl násobnou (stavbyvedoucí a vedoucí přípravář staveb) kontrolu objednávaných stavebních materiálů pro plnění každé zakázky, dvojnásobnou kontrolu (stavbyvedoucí a vedoucí přípravář staveb) vážních lístků za materiál dodávaný z lomů a obaloven, aby nemohlo dojít k záměně objednaného zboží,
- před započatím provádění každé zakázky se koná navíc speciální porada, při které jsou všechny vedoucí osoby podílející se na plnění zakázky detailně seznámeni se smluvní a technickou dokumentací, zejména s termínem dokončení díla, jednotlivými uzlovými termíny, postupem prací, a je určen koordinátor zakázky, který má za úkol dohlížet na bezvadné provádění zakázky a v případě že uzná za vhodné určit postup pro zefektivnění pracovních postupů, navýšení výrobních kapacit apod. Tento koordinátor také spolu se stavbyvedoucím kontroluje dodržování použití kvality a množství stavebních materiálů tak, aby odpovídaly technické dokumentaci zakázky. Koordinátor má povinnost ve spolupráci se stavbyvedoucím v případě, že zjistí potřebu provedení víceprací/méněprací, vyhotovit návrh smluvní dokumentace a předložit ji k odsouhlasení objednateli, včetně posouzení vlivu

vícepráce/méněpráce na termín dokončení díla; Nad rámec uvedeného se nadále konají pravidelné schůzky všech stavbyvedoucích, výrobního ředitele, výkonného ředitele a technické skupiny přípravy staveb, za účelem efektivního využívání personálních a technických kapacit k provádění zakázek tak, aby nedocházelo k prodlení,

- *přijal výkonného ředitele (...) za účelem zefektivnění provádění zakázek, jak po stránce personální, tak technické,*
- *stěžovatel pořídil další techniku, a to silniční válce nad 9 t v počtu 3 kusů (tzn. celkem disponujeme 8 kusy silničních válců nad 9 t), finišery v počtu 3 kusů (tzn. celkem disponujeme 6 kusy finišerů), homogenizér v počtu 1 kus, velkokapacitní vozidla na asfaltovou směs o nákladu cca 33 tun v počtu 6 kusů (tzn. celkem disponujeme 19 velkokapacitních vozidel, což je nejobjavnější flotila velkokapacitních nákladních vozidel na asfaltovou směs), a dále speciální zateplené vany v počtu 4 kusů, dále navýšil stěžovatel techniku na zemní práce (bagry, zemní válce, dozery, nákladní vozidla, grejdry) o cca 30%,*
- *navýšil počet pracovníků z 95 osob na 128 pracovníků trvale pracujících pro stěžovatele, z toho byla rozšířena technická skupina přípravy staveb o 8 pracovníků, ostatní pracovníci potom v dělnických a strojnických a řidičských profesích,*
- *stěžovatel úspěšně obhajuje ISO 9001, nicméně rozšířil certifikaci ještě o ISO 14001, a ISO 18001,*
- *uzavřel rámcovou smlouvu o spolupráci se společností BIGGEST s.r.o. pro případ náhlého zjištění nutnosti posílení pracovních kapacit; Spol. BIGGEST s.r.o. je společností, která disponuje velkým objemem stavebních strojů.*

Dále uvádíme, že stěžovatel rozvázal pracovní poměr s hlavním stavbyvedoucím, který měl realizaci veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ a realizaci veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ na starosti, (...).’.

K uvedenému navrhovatel dodává, že uvedená nápravná opatření jsou účinná a že sám zadavatel mu vydal referenční list na zakázku prováděnou v období dubna až května 2019 „II/272 Bělá p. B – Březinka“.

54. Jako přílohu námitek navrhovatel předložil zadavateli následující dokumenty:

- *přípis ŘSD ze dne 23. 7. 2019 adresovaný společnosti Kovia s.r.o. obsahující souhlas s využitím obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby ŘSD; souhlas je udělen ode dne 22. 7. 2019 po dobu platnosti certifikátu reg. číslo 95100, tj. do 16. 6. 2022,*
- *přípis ŘSD ze dne 21. 7. 2019, ve kterém jsou mj. ověřovány limity platné pro práci obaloven v noci,*
- *přípis společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. zn. 17494/18400/2019 adresovaný ŘSD, ve kterém je konstatováno, že obalovna Kařez nemá problém provozovat obalovnu i v nočních hodinách; vč. příloh (3x protokol SQZ a notářský zápis o rozhodnutí o změně obchodní firmy společnosti Kovia s.r.o. na ROBSTAV Kovia s.r.o.),*

- certifikáty společnosti Kovia s.r.o. – Certifikát systému managementu kvality vydaný dne 17. 6. 2019 a Certifikát systému řízení výroby vydaný dne 17. 6. 2019,
- referenční listy vystavené navrhovateli zadavatelem a jinými zadavateli
- certifikáty navrhovatele o zavedení a udržování systému managementu splňující
 - požadavky normy ČSN EN ISO 9001:2016 (ze dne 6. 5. 2019),
 - požadavky normy ČSN EN ISO 14001:2016 (ze dne 6. 5. 2019).

Obsah rozhodnutí o námitkách

55. Zadavatel úvodem shrnuje výchozí body námitek. Poté se věnuje výkladu navrhovatele týkajícího se údajně nepřijatelné retroaktivity rozhodnutí o vyloučení, kterou odmítá. Uvádí, že vyloučením v řešeném případě nezasahuje do právních vztahů, které vznikly za účinnosti ZVZ.
56. Zadavatel se dále vyjadřuje k nápravným opatřením k obnovení způsobilosti, která navrhovatel uvádí v námitkách. Předně upozorňuje na to, že navrhovatel tvrzená opatření toliko proklamuje, ale nijak nedokládá. Dodává, že z nedoložených tvrzení uvedených v námitkách nelze dovodit, že by navrhovatel svoji způsobilost obnovil. Zadavatel se poté vyjadřuje k jednotlivým nápravným opatřením následovně: „(...)
- a. *Zadavateli není zřejmé, jakým způsobem by změna obalovny stěžovatele měla přispět k nápravě shora uvedených závažných pochybení stěžovatele, přičemž stěžovatel žádné relevantní dopady tohoto opatření neuvádí,*
 - b. *Zavedení zvýšené kontroly přijatého materiálu může být přínosné v případě, že by pochybení spočívalo v tom, že stěžovatel obdržel jiný materiál a nevšiml si toho. Opatření však nemůže zabránit tomu, aby stěžovatel vědomě použil jiný než požadovaný materiál,*
 - c. *Ve vztahu k zavedenému koordinátorovi zakázky stěžovatel nedoložil jeho kompetence, organizační zařazení, a tedy jeho faktický vliv na průběh plnění veřejné zakázky,*
 - d. *Přijetí nové osoby na pozici výkonného ředitele nemá podle názoru zadavatele ve vztahu k prokázaným pochybením žádnou vypovídací hodnotu a stěžovatel ani přímou souvislost nijak netvrdí,*
 - e. *Údajné pořízení dalšího technického vybavení a pracovníků nemá ve vztahu k prokázaným pochybením žádnou vypovídací hodnotu a stěžovatel ani přímou souvislost nijak netvrdí. Nákup další techniky v žádném případě automaticky neznamena včasné plnění veřejných zakázek, pokud není doprovázeno nastavením vhodného poměru pracovních kapacit a množství a rozsahu přijatých zakázek. Zadavatel v této souvislosti připomíná, že důvodem pro odstoupení ŘSD od smlouvy o dílo bylo mimo jiné to, že stěžovatel neplnil pokyny správce stavby, které směřovaly k bezodkladnému dokončení díla. Nárůst objemu techniky a pracovníků nijak nedokládá, že stěžovatel bude při realizaci veřejné zakázky plnit pokyny zadavatele a jeho zástupců,*

- f. *Rozšíření certifikací ISO rovněž nemá žádnou přímou souvislost se shora uvedenými pochybeními stěžovatele a nemůže zaručit, že k takovým pochybením znovu nedojde,*
- g. *Uzavření rámcové smlouvy o spolupráci s jiným dodavatelem samo o sobě nezaručuje, že by při plnění předmětné veřejné zakázky nemohlo dojít ke shora uvedeným pochybením. Zadavateli nebyl doložen obsah této rámcové smlouvy a stěžovatel jej ani ve svých námitkách nijak nespécifikuje. Nelze tedy mít za doložené, že by uzavření takové rámcové smlouvy mohlo mít charakter relevantního nápravného opatření,*
- h. *Stejně tak ukončení pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím samo o sobě nedokládá, že by šlo o relevantní nápravné opatření, neboť zadavateli nebylo nijak doloženo, že právě hlavní stavbyvedoucí byl osobou, která zavinila obě prokázaná pochybení.“*

57. Zadavatel rovněž uvádí, že proklamovaný referenční list (na stavbu „II/272 Bělá p.B.-Březinka“), který měl být navrhovatelem vystavený zadavatelem, byl vystaven k tomu neodpovědnou osobou, a rovněž upozorňuje, že předmětná stavba nebyla dosud dokončena, neboť nedošlo k předání veškeré dokumentace, dořešení fakturace a nebyla podepsána závěrečná zpráva.
58. K tvrzení navrhovatele o tom, že pochybení, kterých se dopustil při plnění smlouvy I a smlouvy II, nejsou pochybeními závažnými, zadavatel uvádí, že mu nepřísluší přezkoumávání námitek navrhovatele o tom, zda se pochybení dopustil, neboť navrhovatel uvádí argumentaci totožnou, jako v řízeních před Úřadem, přičemž v rozhodnutích Úřadu bylo opakovaně konstatováno, že předmětná pochybení byla oprávněným důvodem pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Se stejnou argumentací odmítá i tvrzení navrhovatele o tom, že se nejednalo o závažná či dlouhodobá pochybení. Stejně jako ve vyjádření k návrhu zadavatel jako nepřijatelné označuje rozhodnutí soudního dvora EU.
59. Závěrem shrnuje, že námitky navrhovatel odmítá, neboť neporušuje zásadu retroaktivity ani zákon, a námitky navrhovatele označuje za nedůvodné.

Ze souvisejících pravomocných rozhodnutí Úřadu

60. V rozhodnutí S0207/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0134/2018/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 21. 10. 2018), je mimo jiné uvedeno:

„44. V dalším se Úřad vyjádří k argumentaci navrhovatele týkající se údajné neplatnosti odstoupení od Smlouvy⁴ ze strany zadavatele⁵. (...) Co se týká problematiky odstoupení od smlouvy, Úřad podotýká, že ZVZ ani zákon neupravují komplexně problematiku odstoupení od smlouvy. Ve vztahu k ZVZ lze zmínit, že tato právní norma upravovala pouze situaci popsanou v ustanovení § 82 odst. 8 ZVZ, přičemž citované ustanovení dopadá na situaci, kdy dodavatel uvedl v nabídce informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení. Ve vztahu k zákonu je možno podotknout, že zákon do určité míry reguluje ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou

⁴ Jedná se o smlouvu, která je v tomto rozhodnutí označována jako smlouva II – pozn. Úřadu

⁵ Tj. ŘSD – pozn. Úřadu

zakázku v ustanovení § 223 zákona. V dalším se však na odstoupení od smlouvy vztahují jiné právní předpisy, typicky občanský zákoník. Ostatně z ustanovení § 223 odst. 3 zákona vyplývá, že zadavatel má právo ukončit závazek ze smlouvy i na základě jiných právních předpisů. Následné spory o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele však nemají na právo zadavatele zahájit další zadávací řízení žádný vliv, zákon danou problematiku ostatně ani neřeší, nestanovuje pro takovou situaci žádná pravidla. Uvedené však nic nemění na tom, že s takovým jednáním zadavatele jsou spojeny i případné důsledky, a to zejména za situace, není-li od smlouvy odstoupeno řádně; zákon (stejně tak rozhodovací pravomoc Úřadu) však na tuto situaci nedopadá. Úřad konstatuje, že případný spor mezi stranami o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od uzavřené Smlouvy mezi zadavatelem a navrhovatelem je soukromoprávní povahy. V tomto lze odkázat na ustanovení § 1 odst. 1 a § 12 občanského zákoníku, kdy práva a povinnosti osob jsou právem soukromým, přičemž kdo se cítí být na právech zkrácen, může se domáhat ochrany; pokud není občanským zákoníkem stanoveno jinak, je tímto orgánem soud (k tomu dále viz následující odstavce odůvodnění tohoto rozhodnutí).

45. Z výše uvedených důvodů se tedy Úřad blíže nezabýval skutečnostmi uváděnými v návrhu, jež se týkají důvodů pro odstoupení zadavatele od Smlouvy, ani neposuzoval, zda zadavatel při odstoupení od Smlouvy postupoval v souladu se stanovenými smluvními podmínkami, neboť toto Úřadu ani v rámci jeho kompetencí nepřísluší. Toto dovodil i Krajský soud [] v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, z něhož obecně vyplývá, že otázku platnosti, neplatnosti či vymahatelnosti soukromoprávních podmínek řeší soudy, nikoliv Úřad, který by měl ve správním řízení posuzovat výhradně postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek. Pro úplnost Úřad upozorňuje na skutečnost, že rovněž i v samotné Smlouvě je uvedeno, že „Případné spory mezi stranami projedná a rozhodne příslušný obecný soud České republiky v souladu s obecně závaznými předpisy České republiky.“ Úřad dodává, že odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání. Obecně z ustanovení § 574 občanského zákoníku plyne, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Rozhodnutí o tom, zda odstoupení od Smlouvy v daném případě bylo ze strany zadavatele učiněno správně, jak již Úřad uvedl výše, není oprávněn činit Úřad, nýbrž případně příslušný soud, pakliže by se navrhovatel nezákonnosti zadavatelem učiněného úkonu dovolával.“

61. V rozhodnutí č. j. S0397/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0094/2019/VZ (obě uvedené rozhodnutí nabyly právní moci dne 26. 7. 2019), je mimo jiné uvedeno:

„103. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda v šetřeném případě zadavatel⁶ 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[‘]. (...)“

107. 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

⁶ Tj. ŘSD – pozn. Úřadu

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. (...)

109. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.

110. 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.

111. 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.

112. 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 zadavatel 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 asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo na straně navrhovatele.

113. S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo. (...)

118. 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.

119. Úřad tedy uvádí, že v případě plnění smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu 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 12. 10. 2018, 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) (...), ale navíc i takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (...), 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 (uplatnění smluvní pokuty a náklady v souvislosti s odstraněním vad).‘, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti.

120. 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. (...)

123. Navrhovatel se dále odvolává na stanovisko technického zkušebního institutu TPA ČR s. r. o. a stanovisko soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. 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.‘

124. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. 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.

125. Navrhovatel dále v souvislosti s pojmem ‚vážné pochybení‘ odkazoval na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ve kterém je dle navrhovatele uvedeno, že ‚pojem ›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.‘

126. 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 (...) a navíc toto jiné než zadavatelem požadované plnění bylo poskytnuto ze strany navrhovatele vadně (...).

127. 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.‘

128. Úřad v souvislosti s výše uvedeným uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel první reklamaci vad oznámil navrhovateli přípisem ‚Uplatnění reklamáce – I/23 Řípec – hr. okr. JH‘ již ze dne 21. 3. 2017 (...). 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 (...). 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. (...)

133. 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.

134. 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. (...) Zadavatel ke splnění této podmínky v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že závažné pochybení navrhovatele v daném případě vedlo ke vzniku „jiných srovnatelných sankcí“.

135. 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. (...)

138. 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. (...)

140. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.

141. 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.

142. 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 12. 10. 2018, 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.‘

143. 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 neregagoval 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 (odstoupení od Smlouvy II a uplatnění smluvní pokuty).‘ 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 12. 10. 2018,

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. (...)

148. Úřad k tomu uvádí, (...), 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. (...)

149. 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.

150. 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.

151. 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 (...). 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 (...) 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 (...), nepanují s ohledem na obsah přípisu ‚Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP‘ ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.

152. 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.

153. 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.“

Ke shodným závěrům ve skutkově totožných případech [tj. při posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro totožná závažná pochybení při plnění smlouvy I a smlouvy II] Úřad dospěl rovněž v:

- rozhodnutí S0389/2018/VZ (konkrétně v bodech 215 a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0095/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 26. 7. 2019),
- rozhodnutí S0077/2019/VZ (konkrétně v bodech 87. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0083/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 16. 7. 2019) a
- rozhodnutí S0115/2019/VZ (konkrétně v bodech 87. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0088/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 18. 7. 2019).

Právní posouzení

62. Předmětem správního řízení je posouzení souladu úkonů zadavatele se zákonem. Mezi účastníky správního řízení je sporná zákonnost vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, konkrétně pak to, zda byl zadavatel oprávněn navrhovatele vyloučit dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, resp. to, zda k tvrzeným pochybením došlo a zda se jedná o pochybení závažná, a dále zákonnost rozhodnutí o námitkách, konkrétně to, zda se zadavatel dostatečně zabýval nápravnými opatřeními přijatými navrhovatelem. Mezi účastníky správního řízení je rovněž sporné, zda jsou nápravná opatření přijatá navrhovatelem dostatečná pro obnovení způsobilosti navrhovatele.

K dostatečnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách

63. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že rozhodnutí o námitkách je nezákonné, neboť zadavatel nedostatečně posoudil přijatá nápravná opatření ve smyslu § 76 odst. 1 a 2

zákona, které navrhovatel uvedl ve svých námitkách. Zadavatel podle navrhovatele uvádí v rozhodnutí o námitkách pouze vágní konstatování, že se jedná o nápravná opatření nedostatečná.

64. Úřad se proto nejprve zabýval otázkou, zda je zadavatelovo odůvodnění rozhodnutí o námitkách dostatečně podrobné a srozumitelné a zda se zadavatel vyjádřil ke všem skutečnostem v těchto námitkách uvedeným, přičemž dospěl k názoru, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách dostatečně vyjádřil ke všem namítaným skutečnostem.
65. Pokud pak navrhovatel uvádí, že *„se zadavatel velmi nedostatečně vypořádává s navrhovatelem přijatými opatřeními“*, neboť pouze vágně konstatoval, že *„ani v případě, že by byla stěžovatelem tvrzená opatření k obnovení způsobilosti ze strany stěžovatele doložena, nikoliv pouze proklamována, nepovažuje zadavatel uvedená nápravná opatření (především technická a personální) za dostatečná k obnovení způsobilosti stěžovatele s ohledem na závažnost jeho pochybení.“*. Úřad zjistil, že se k uvedenému zadavatel vyjádřil, a to na straně 3 a 4 rozhodnutí o námitkách, neboť předně uvedl, že tato by nebyla dostatečná, ani pokud by byla doložena, nikoliv jen proklamována, jak ostatně připouští sám navrhovatel, a dále dodal, že navrhovatel neprovedl komparaci nápravných opatření s vytýkanými pochybeními a *„nijak neuvedl, jak by jím údajně přijatá nápravná opatření měla zamezit jeho prokázaným dřívějším pochybením“*. Následně se jednotlivě vyjádřil ke každému z navrhovatelem uvedených nápravných opatření (viz k tomu bod 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nelze tak přisvědčit názoru navrhovatele, že zadavatel v části týkající se nápravných opatření rozhodnul o námitkách navrhovatele nedostatečně, resp. že by zadavatel tvrzená nápravná opatření *„vůbec neposoudil a následně vůbec neodůvodnil“*, jak uvádí navrhovatel v návrhu.

K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení

66. Z rozhodnutí o vyloučení zadavatele vyplývá, že zadavatel navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem (ŘSD) a to při plnění smlouvy I (konkrétně záměny materiálu při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, nesplnění minimální tloušťky obrusné vrstvy vozovky předepsané normou, nesplnění minimálního požadavku na pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky dle normy a neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě) a smlouvy II (konkrétně významné nedodržení harmonogramu), kdy uvedená pochybení vedla v případě smlouvy I k uplatnění požadavku na uhrazení nákladů na odstranění vad třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty a v případě smlouvy II k odstoupení od smlouvy a k uplatnění smluvní pokuty, přičemž uvedených pochybení se navrhovatel dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení rovněž uvádí, že *„[v]šechna tato pochybení, jakožto jejich podrobný rozpor a odůvodnění, byla potvrzena i v pravomocných rozhodnutích Úřadu (...)“*.
67. Úřad 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 kontraktačnímu 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.

68. 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 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.
69. Z vyjádření zadavatele vyplývá, že při vyloučení navrhovatele vycházel z předpokladu, že pokud Úřad opakovaně pravomocně rozhodl o tom, že se navrhovatel při plnění smlouvy I i smlouvy II (tj. při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi navrhovatelem a veřejným zadavatelem) dopustil závažných pochybení, která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, pak jsou tyto skutečnosti prokázány a pro vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je třeba toliko ověřit časové hledisko, tedy zda mezi pochybením navrhovatele a zahájením zadávacího řízení neuplynulo více než 3 roky. To, že zadavatel vycházel z rozhodnutí Úřadu, lze ostatně dovodit i ze samotného rozhodnutí o vyloučení (viz k tomu bod 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Oproti tomu navrhovatel označuje postup zadavatele, kdy tento nezkoumá, zda k závažným pochybením došlo či nikoliv, a pouze odkáže na rozhodnutí Úřadu, za nepřipustný, resp. nezákonný. Dle navrhovatele zadavatel nemůže vycházet z rozhodnutí Úřadu, protože tato neobsahují veškeré informace a mohou být zrušena soudem. Úřad k uvedenému uvádí následující.
70. U správních rozhodnutí se i s ohledem na požadavek právní jistoty uplatňuje zásada presumpce správnosti. Nejvyšší soud České republiky v usnesení sp. zn. 20 Cdo 1280/2003 ze dne 27. 5. 2004 uvádí, že správní akty jsou „považovány za bezvadné, tedy mající právní účinky, dokud nejsou stanoveným postupem opraveny nebo zrušeny.“ Jak uvádí doc. JUDr. Olga Pouperová, Ph.D., „[u] správních rozhodnutí v tomto kontextu hovoříme o presumpci pravosti a správnosti, jež je spojována mj. se zásadou ochrany práv nabytých v dobré víře (§ 2 odst. 3 správního řádu). Správní rozhodnutí je veřejnou listinou, jíž považujeme za pravou (vydanou orgánem, který k jeho vydání měl pravomoc a vydal jej v mezích své působnosti, resp. příslušnosti), není-li prokázán opak, a její obsah za správný (pravdivý, souladný se skutkovým stavem i právem), není-li rozhodnutí jako věcně nesprávné změněno či jako nezákonné (v rozporu s právem) zrušeno.“⁷

⁷ Správní právo, číslo 8/2018. *Rozhodnutí správního orgánu a jeho platnost*, Olga POUPEROVÁ. Dostupné na <https://www.mvcr.cz/clanek/spravni-pravo-cislo-8-2018.aspx>.

71. Lze tedy konstatovat, že zadavatel zcela legitimně považoval naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona (vyjma naplnění té podmínky, že se navrhovatel uvedených pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení) na základě předchozích pravomocných rozhodnutí Úřadu (S0397/2018/VZ, S0389/2018/VZ, S0077/2019/VZ, S0115/2019/VZ), která byla potvrzena rozhodnutími předsedy Úřadu, za prokázané. Úřad dodává, že za situace, kdy je o závažnosti či dlouhodobosti pochybení dodavatele pravomocně rozhodnuto ve správním řízení a zadavatel z takového rozhodnutí vychází, již není třeba, aby v rozhodnutí o vyloučení „opisoval“ kompletní odůvodnění takového rozhodnutí, pokud na příslušné rozhodnutí Úřadu přímo odkáže. Nedochozí tím ani k jakékoli újmě na právech navrhovatele, neboť ten je – coby účastník všech relevantních správních řízení – se závěry předmětných rozhodnutí rovněž velmi dobře obeznámen.
72. Pokud by Úřad vyžadoval po zadavateli samostatné posuzování naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d), popíral by tím výše zmíněný princip presumpce správnosti vlastních rozhodnutí a bez jakéhokoliv smyslu by na zadavatele kladl formalisticky nepřiměřenou zátěž, neboť zadavatel by byl nucen získat veškeré dokumenty a podklady (vč. protokolů a závěrů technických zkoušek) a tyto následně posoudit, ačkoliv toto posouzení již provedlo ŘSD, jeho postup prošel opakovaným přezkoumáním Úřadu a oprávněnost tohoto postupu byla opakovaně pravomocně potvrzena v rozhodnutích Úřadu (viz k tomu bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
73. Vzhledem k uvedenému tak nelze přisvědčit tvrzením navrhovatele, že není postaveno najisto, zda se v případě smlouvy I vůbec jedná o pochybení, příp. o jak závažné pochybení se jedná (jaký je její charakter), a že u smlouvy II se nejednalo o závažné ani dlouhodobé pochybení, neboť Úřad ve svých pravomocných rozhodnutích opakovaně dovedl a odůvodnil, proč se o závažná pochybení jedná. Úřad rovněž nesouhlasí s tím, že by zadavatel neuvedl, v čem spočívá tvrzená závažnost pochybení a z čeho ji dovozuje, když již v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odkazoval na pravomocná rozhodnutí Úřadu, jejichž závěry musely být navrhovateli, jako účastníkovi těchto řízení, známy.
74. Úřad na tomto místě rovněž připomíná, že mu § 2 odst. 4 správního řádu ukládá, aby ve skutkově shodných případech rozhodoval stejně. Navrhovatel v rámci námitek ani v rámci návrhu nepředložil žádné podklady, kterými by vyvracel předchozí závěry Úřadu v této věci (např. rozsudek příslušného soudu o nezákonnosti odstoupení od smlouvy II), v zásadě pouze opakuje argumenty, které Úřad vypořádal již v předchozích rozhodnutích (tvrzená nepřípustná retroaktivita, tvrzené nenaplnění pojmu „vážné pochybení“, tvrzené zavinění obalovny, argumentace stanoviskem zkušebního institutu TPA ČR s.r.o. a soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc., tvrzené odmítnutí nabídky odstranění některých vad, resp. nápravy vady ze strany ŘSD, tvrzené zavinění prodlení s plněním smlouvy II ze strany ŘSD a tvrzené nezákonné odstoupení od smlouvy). S ohledem na uvedené tak Úřad neshledává důvod pro to, aby se od závěrů uvedených v předchozích pravomocných rozhodnutích Úřadu v této věci (tj. S0397/2018/VZ, S0389/2018/VZ, S0077/2019/VZ, S0115/2019/VZ) jakkoliv odchyloval. Pro stručnost pak na tyto závěry pouze odkazuje (viz k tomu bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde jsou nejpodstatnější závěry uvedeny).
75. Tvrzení navrhovatele, že pouze na jednom místě byla naměřená tloušťka asfaltové vrstvy menší, než požaduje ČSN 73 6121 pro SMA 11, Úřad nijak nerozporuje, neboť odpovídá

zjištěním, která Úřad provedl ve svých předchozích rozhodnutích v této věci [v rozhodnutí S0397/2018/VZ v bodě 115. odůvodnění Úřad uvádí, že „*obrusná vrstva vozovky z asfaltového 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.“ a následně v bodě 119. odůvodnění konstatuje, že „v případě plnění smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu 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).“].*

76. Navrhovatel ve svém návrhu rovněž argumentuje tím, že zadavatelé obecně mají při posuzování zkušeností s dodavateli vycházet (předně) z vlastních zkušeností a teprve v případě neexistence vlastní zkušenosti se mají reflektovat zkušenosti jiných veřejných zadavatelů (k tomu srov. bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
77. K tomu Úřad uvádí, že v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) se podmínka přednostního uplatnění vlastních zkušeností před zkušenostmi jiného veřejného zadavatele nevyskytuje. Předmětné ustanovení tak zadavateli umožňuje vyloučení dodavatele na základě „zprostředkované zkušenosti“ i za situace, kdy sám zadavatel žádnou negativní zkušenost s plněním ze strany dodavatele nemá. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když vyloučil navrhovatele na základě závažných pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem.
78. Na základě výše uvedeného Úřad (shodně se svými předchozími rozhodnutími ve skutkově totožných případech) konstatuje, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smluvních vztahů s jiným veřejným zadavatelem (ŘSD), a to v rámci plnění smlouvy I tím, že zaměnil materiál při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, nesplnil minimální tloušťku obrusné vrstvy vozovky předepsanou normou, nesplnil minimální požadavek na pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky dle normy a neodstranil vady díla ve stanovené lhůtě, a v rámci plnění smlouvy II tím, že významně nedodržel harmonogram, přičemž uvedená pochybení měla závažnou povahu a vedla v případě smlouvy I k uplatnění požadavku na uhrazení nákladů na odstranění vad třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty a v případě smlouvy II k odstoupení od smlouvy a k uplatnění smluvní pokuty.
79. Úřad se dále zabýval otázkou, zda se navrhovatel vytýkaných pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení. Šetřené zadávací řízení bylo zahájeno dne 23. 4. 2019, přičemž smlouva I byla uzavřena dne 17. 8. 2016 a smlouva II byla uzavřena dne 3. 10. 2016. Z uvedeného je zřejmé, že podmínka, že se navrhovatel uvedených pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení, byla naplněna.
80. 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 obnovení způsobilosti navrhovatele

81. Úřad se dále zabýval otázkou, zda navrhovatel prokázal obnovení své způsobilosti k účasti v zadávacím řízení.
82. Možnost účastníka zadávacího řízení prokázat obnovení své způsobilosti je novým institutem zavedeným zákonem. Dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona může účastník zadávacího řízení mj. prokázat, že i přes naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 či 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření.
83. Zákon tedy umožňuje dodavateli, který je v postavení účastníka zadávacího řízení, tj. o jehož vyloučení pro nezpůsobilost není dosud „nevratně“ rozhodnuto, v průběhu zadávacího řízení předložit zadavateli důkazy o tom, že se „napravil“, a je tedy opět způsobilý plnit veřejnou zakázku, a že tedy odpadl důvod pro jeho vyloučení. Účastník zadávacího řízení však musí obnovení své způsobilosti prokázat, tj. doložit, že nápravná opatření, kterými odůvodňuje zánik své nezpůsobilosti, přijal a že tato jsou dostatečná. Dostatečnost přijatých nápravných opatření pak na základě předložených dokladů posoudí zadavatel. Ten tedy posuzuje a vyhodnocuje, zda jsou přijatá nápravná opatření adekvátní z hlediska závažnosti pochybení či provinění a okolností, za kterých k němu došlo, a zda je tedy předloženými doklady skutečně garantováno obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení.
84. V šetřeném případě navrhovatel podal námítky proti svému vyloučení ze zadávacího řízení (tj. stále v postavení účastníka zadávacího řízení), ve kterých mj. uvedl následující nápravná opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti:
 - změna obalovny,
 - zavedení násobné kontroly objednávaných stavebních materiálů a dvojnásobné kontroly vážních lístků za materiál,
 - zavedení speciálních porad před začátkem provádění každé zakázky, kde má být určen koordinátor zakázky,
 - přijetí nového výkonného ředitele pro zefektivnění provádění zakázek,
 - pořízení nové techniky,
 - navýšení počtu pracovníků,
 - rozšíření certifikace o ISO 14001 a 18001,
 - uzavření rámcové smlouvy se společností BIGGEST s.r.o. a
 - ukončení pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím, který měl na starosti realizaci splnění smlouvy I a smlouvy II.
85. Navrhovatel předložil zadavateli k přijatým nápravným opatřením (jako přílohy podaných námítek) následující dokumenty: přípis ŘSD obsahující souhlas s využitím obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby ŘSD; přípis ŘSD, ve kterém jsou mj. ověřovány limity platné pro práci obaloven v noci a odpověď společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. se sdělením, že

provoz obalovny v nočních hodinách není problém, jejíž přílohou je notářský zápis o změně obchodní firmy společnosti Kovia s.r.o. na ROBSTAV Kovia s.r.o.; certifikáty společnosti Kovia s.r.o.; certifikáty navrhovatele a referenční listy (viz k tomu bod 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá, že by navrhovatel doložil zadavateli v průběhu zadávacího řízení další dokumenty, jimiž by prokazoval přijetí tvrzených nápravných opatření.

Ke změně obalovny

86. Uvedené nápravné opatření, tj. spolupráci s jinou obalovnou, než se kterou navrhovatel spolupracoval při plnění smlouvy I, příp. smlouvy II, navrhovatel zadavateli toliko tvrdí, ale neproazuje, neboť v této souvislosti předložil pouze notářský zápis, který proazuje změnu obchodní firmy společnosti Kovia s.r.o., který však nic nevyovídá o vztazích či vazbách této společnosti s navrhovatelem, resp. o případném závazku, že obalovna Kařez, která zřejmě patří společnosti (ROBSTAV) Kovia s.r.o., bude dodávat asfaltové směsi výhradně navrhovateli. Navrhovatel dále zadavateli doložil, že využití obalovny Kařez (v obecné rovině) odsouhlasilo po dobu platnosti certifikátu (tj. do 16. 6. 2022) ŘSD, a že tato obalovna disponuje certifikací ISO 9001 a deklaruje možnost nočního provozu. Nad rámec uvedeného Úřad doplňuje, že toliko spolupráce s jinou obalovnou (pokud by byla prokázána) sama o sobě nemůže zajistit, že opětovně nedojde k dodání asfaltového koberce v rozporu s požadavkem objednatele, např. právě z důvodu chyby na straně obalovny. Pro nápravu pochybení spočívajícího v záměně obrusné vrstvy je tak nezbytné mimo změny obalovny zavést současně dostatečná kontrolní opatření či mechanismy, a to přímo na straně navrhovatele.

K zavedení násobné kontroly objednávaných stavebních materiálů a dvojnásobné kontroly vážných lístků za materiál

87. Uvedené nápravné opatření navrhovatel toliko tvrdí, ale zavedení kontrolních mechanismů zadavateli nijak nedokládá (např. interním předpisem, kterým by byla stanovena povinnost příslušným pracovníkům navrhovatele a se kterým by byli příslušní pracovníci navrhovatele prokazatelně seznámeni). Není tedy zřejmé, jakým konkrétním způsobem bude kontrolní systém objednávky stavebních materiálů a jejich následné dodávky fungovat, tudíž nelze konstatovat ani to, zda by bylo možno tyto kontrolní mechanismy navrhovatele (pokud by jejich existence a rozsah byly prokázány) považovat za dostatečné.

K zavedení speciálních porad před začátkem provádění každé zakázky, kde má být určen koordinátor zakázky

88. Rovněž toto nápravné opatření navrhovatel zadavateli žádným způsobem nedokládá, pouze tvrdí, že se před realizací jednotlivých veřejných zakázek bude konat porada, kde budou vedoucí pracovníci seznámeni s termíny, technickou dokumentací a postupem prací, a že bude určen koordinátor zakázky, jehož úkolem bude kontrolovat její provádění, tj. to, že plnění odpovídá technické kvalifikaci. Vzhledem k tomu, že uvedené navrhovatel nijak nedokládá, nelze posoudit, zda realizace takových porad a určení koordinátora zakázky (pokud by bylo prokázáno) může zajistit, že se závažná pochybení, ke kterým došlo při plnění smlouvy I a smlouvy II, nebudou opakovat. Není např. zřejmé, zda jsou „nově“ vedoucí pracovníci na základě seznámení se s termíny a technickou dokumentací stavby „více“ odpovědní za jejich dodržení, než tomu bylo v případě plnění smluv I a II (např. nový systém

sankcí apod.), či jaké konkrétní kompetence a odpovědnost má koordinátor zakázky ve vztahu ke kontrole používaných materiálů, příp. technologií, jak často je povinen tyto kontroly provádět (tj. zda je rozsah kontrol dostačující), zda může ovlivnit rozvržení pracovních sil a vybavení navrhovatele a jak se postupuje v případě, že kolidují pokyny dvou koordinátorů při současné realizaci dvou staveb apod.

K přijetí nového výkonného ředitele pro zefektivnění provádění zakázek

89. Toto nápravného opatření, které navrhovatel zadavateli opět nijak nedokládá, je navrhovatelem uvedeno v takové rovině obecnosti, že ani není zřejmé, zda navrhovatel přijal nového pracovníka do stávající funkce, např. z důvodu toho, že původní pracovník na uvedené funkci svojí činností zavinil či spoluzavinil vytýkaná závažná pochybení, či zda se jedná o nově zřízenou funkci, díky které má být (např. s ohledem na přidělené kompetence) zajištěno, aby se předmětná pochybení již neopakovala. Na tomto místě je třeba rovněž konstatovat, že toliko personální obměna na konkrétním funkčním místě sama o sobě není dostatečným nápravným opatřením, neboť je třeba rovněž přiměřeným způsobem zajistit, aby nově přijatý pracovník při své činnosti neopakoval pochybení svého předchůdce.

K pořízení nové techniky a navýšení počtu pracovníků

90. Navrhovatel uvádí, že pro svoji činnost pořídil větší množství nové techniky a rovněž navýšil počet pracovníků cca o 25 %, přičemž však ani tato svoje tvrzení zadavateli nijak nedokládá. Dále je třeba konstatovat, že navýšení počtu techniky a pracovníků samo o sobě neprokazuje, že navrhovatel bude schopen dodržovat sjednané termíny plnění. Podstatné je rovněž efektivní a smysluplné využívání pracovních a technických prostředků a zcela zásadní je v této souvislosti také zajistit, aby objem nasmlouvaných zakázek navrhovatele refleктоval jeho technické a personální možnosti.

K rozšíření certifikace o ISO 14001 a ISO 18001

91. Uvedeným nápravným opatřením navrhovatel prokazuje, že má certifikován systém environmentálního managementu a systém managementu v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Úřadu však není zřejmé, a ani sám navrhovatel toto neuvádí, jakým způsobem mohou uvedené systémy zajistit či se podílet na tom, aby v budoucnu nedocházelo k vytýkaným závažným pochybením.

K uzavření rámcové smlouvy se společností BIGGEST s.r.o.

92. Navrhovatel uvádí, že smlouva se společností BIGGEST s.r.o. byla uzavřena pro případ posílení pracovních a (s ohledem na formulaci v námitkách navrhovatele, kdy tento uvádí, že společnost rovněž disponuje velkým objemem stavebních strojů) zřejmě i strojních kapacit. Uzavřenou smlouvu však zadavateli nedoložil, tudíž není zřejmé, jaké jsou podmínky spolupráce mezi společnostmi a zda je zajištěn dostatečný počet „záložních“ pracovníků či příp. techniky. Nelze tak konstatovat, zda je touto smlouvou skutečně zajištěno, aby nedocházelo k nesplnění termínu plnění díla z důvodu nedostatečných kapacit navrhovatele.

K ukončení pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím

93. Předně je v souvislosti s tímto nápravným opatřením třeba konstatovat, že navrhovatel své tvrzení zadavateli nijak nedoložil. Dále Úřad opakuje, že pouhá personální obměna na konkrétním funkčním místě (zde na místě stavbyvedoucího) sama o sobě není dostatečným

nápravným opatřením, neboť je třeba rovněž přiměřeným systémovým způsobem zajistit, aby nově přijatý pracovník při své činnosti nemohl opakovat pochybení svého předchůdce.

94. Na základě výše uvedeného tak lze konstatovat, že navrhovatel zadavateli – vyjma certifikátů ISO 14001 a ISO 18001 – nedoložil přijetí tvrzených nápravných opatření. Vzhledem k absenci podkladů prokazujících přijetí nápravných opatření pak navrhovatel neměl možnost relevantně posoudit, zda vůbec byla tvrzená opatření přijata (příp. v jakém rozsahu), tudíž neměl možnost ani vyhodnotit, zda lze nápravná opatření navrhovatele považovat za dostatečná k obnovení jeho způsobilosti. V souvislosti s posouzením nápravného opatření spočívajícím v rozšíření certifikace navrhovatele pak Úřad dává zapravdu zadavateli, neboť z předložených certifikátů skutečně není zřejmé, jak by mohly napomoci k tomu, aby nedocházelo k vytýkaným pochybením. Úřad proto uzavírá, že navrhovatel zadavateli neprokázal přijetí takových nápravných opatření, kterými by obnovil svoji způsobilost k účasti v zadávacím řízení.

Shrnutí

95. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že po přezkoumání všech rozhodných skutečností neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele a při posouzení nápravných opatření přijatých navrhovatelem k obnovení způsobilosti dopustil porušení zákona, a rovněž uzavírá, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách dostatečně podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách, 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 činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5
2. Mgr. Filip Toul, advokát, sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů Lannova tř. 16/13, 37001 České Budějovice

Vypraveno dne

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