



UOHSX00DVFJU

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0144/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-30139/2020/323/MBr

Brno: 25. září 2020

V řízení o rozkladu ze dne 16. 7. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **ROBSTAV k. s.**, IČO 27430774, se sídlem Mezi Vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 6. 5. 2020 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0186/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20274/2020/533/HKu ze dne 2. 7. 2020 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**D5 Oprava odpočívky Svojkovice**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-002366,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0186/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20274/2020/533/HKu ze dne 2. 7. 2020

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 7. 5. 2020 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ kvýkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele z téhož dne – společnosti ROBSTAV k. s., IČO 27430774, se sídlem Mezi Vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 6. 5. 2020 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení (dále jen „**návrh**“) ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „D5 Oprava odpočívky Svojkovice“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-002366, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Doručením návrhu navrhovatele bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
3. Zadavatel dne 29. 3. 2020 rozhodl o vyloučení navrhovatele, a to s odkazem na ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ signované dne 29. 3. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“) bylo navrhovateli doručeno dne 30. 3. 2020.
4. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel konkrétně uvedl, že navrhovatel se dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „**Smlouva I**“) a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „**Smlouva II**“). Podle zadavatele závažné pochybení při plnění Smlouvy I spočívalo v té skutečnosti, že navrhovatel zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, dále v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Závažné pochybení při plnění Smlouvy II tkvělo podle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla.

5. Dne 14. 4. 2020 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele (dále jen „**námitky**“). Rozhodnutím o námitkách signovaným dne 29. 4. 2020, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
6. Navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, a proto podal dne 7. 5. 2020 návrh. Součástí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele byl i návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
7. Navrhovatel se podáním návrhu domáhal toho, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel svůj návrh odůvodnil zejména tím, že zadavatel porušil § 6 a § 48 násl. zákona tím, že nedodržel zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákaz diskriminace a že navrhovatele vyloučil přesto, že k tomu nejsou splněny zákonné podmínky.
8. Dne 23. 6. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0186/2020/VZ; č. j. ÚOHS-19120/2020/533/LHI, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

II. Napadené rozhodnutí

9. Dne 2. 7. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0186/2020/VZ; č. j. ÚOHS-20274/2020/533/HKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
10. Jediným výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
11. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že předmětem tohoto správního řízení je spor zadavatele a navrhovatele o oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Konkrétně pak posouzení otázky, 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. Mezi účastníky správního řízení je rovněž sporné, zda jsou nápravná opatření přijatá navrhovatelem dostatečná pro obnovení způsobilosti navrhovatele.
12. Úřad též poznamenal, že v rámci své rozhodovací praxe již rozhodoval ve skutkově totožných případech [posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro závažná pochybení při plnění Smlouvy I (záměna zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky) a Smlouvy II (nedokončení díla v požadovaném termínu)], přičemž opakovaně dospěl k závěru, že byl navrhovatel ve vztahu k předmětným závažným pochybením při plnění Smlouvy I a Smlouvy II vyloučen oprávněně.²

² 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),

13. Úřad nejdříve přezkoumal pochybení navrhovatele vyplývající ze Smlouvy I (záměna asfaltové směsi, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) a naplnění všech znaků hypotézy § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad ověřil časovou podmínku tří let vyplývající z citovaného ustanovení zákona a dospěl k závěru, že u pochybení navrhovatele vyplývajících ze Smlouvy I (záměna asfaltové směsi, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) není naplněna časová podmínka tří let vyplývající z § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť k předmětnému pochybení došlo při plnění vyplývajícího ze Smlouvy I, které bylo předáno zadavateli dne 19. 12. 2016. Úřad tedy za rozhodné datum, kdy došlo k předání dokončeného díla (samotného plnění) považuje den 19. 12. 2016 (tj. den předání stavby zadavateli).
14. Následně se Úřad zaměřil na pochybení navrhovatele spočívající v neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě, kterého se měl navrhovatel dopustit při plnění Smlouvy I. V bodech 91 – 106 a v bodech 113 – 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval otázkou naplnění všech znaků hypotézy § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad dospěl k závěru, že pochybení navrhovatele spočívající v neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě, kterého se měl navrhovatel dopustit při plnění Smlouvy I naplňuje všechny znaky hypotézy § 48 odst. 5 písm. d) zákona, protože je možné konstatovat, že byly splněny podmínky pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel pak dle názoru Úřadu při vyloučení navrhovatele postupoval v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro aplikaci citovaného ustanovení zákona.
15. Dále Úřad provedl přezkoumání pochybení navrhovatele vyplývajícího ze Smlouvy II, které spočívalo ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II. Úřad se odkázal na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0397/2018/VZ (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0094/2019/VZ) z něhož v bodě 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí citoval. S ohledem na to, že se od vydání tohoto rozhodnutí změnila pouze časová podmínka tří let, Úřad tuto časovou podmínku posoudil znovu. Úřad uvedl, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období tří let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení. Při aplikování těchto závěrů na nyní posuzovanou věc Úřad dospěl k závěru, že pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy II nastalo dnem prodlení s plněním díla, tj. dnem 7. 11. 2017. S ohledem na skutečnost, že rozhodným datem pro splnění časové podmínky ve vztahu k nyní prověřovanému zadávacímu řízení je den 20. 1. 2017 (tři roky ode dne zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku)³, lze konstatovat, že i tato podmínka byla splněna.

rozhodnutí S0397/2018/VZ (konkrétně v bodech 105. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0094/2019/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), 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) a rozhodnutí S0376/2019/VZ (konkrétně v bodech 66. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0234/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 17. 3. 2020).

³ 20. 1. 2020 – pozn. předsedy Úřadu.

16. Úřad dále posoudil i možnost obnovení způsobilosti navrhovatele na základě ustanovení § 76 odst. 1 zákona a konstatoval, že *„vzhledem k absenci či nedostatečnosti podkladů prokazujících přijetí nápravných opatření zadavatel 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. Úřad proto uzavírá, že navrhovatel zadavateli neprokázal přijetí takových nápravných opatření, kterými by obnovil svoji způsobilost k účasti v zadávacím řízení.“*

III. Námitky rozkladu

17. Dne 16. 7. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 3. 7. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
18. Navrhovatel se neztotožňuje s názorem Úřadu, dle něhož lze za závažné či dlouhodobé pochybení považovat i neodstranění vad díla. Navrhovatel má za to, že za pochybení dle zákona lze považovat pouze pochybení vzniklá přímo při realizaci díla a nikoliv až následný postup dodavatele v souvislosti s reklamacemi tvrzených vad díla. Dále navrhovatel nesouhlasí s argumentací Úřadu týkající se posouzení závažnosti pochybení při neodstranění vad díla uvedenou v bodě 99 napadeného rozhodnutí.
19. Dle názoru navrhovatele se Úřad nijak nezabýval skutečností, zda zadavatel měl skutečně nárok na odstranění vad jím požadovaným způsobem, a zda mu k tomu zadavatel poskytl dostatečnou dobu s ohledem na to, že by bylo potřeba zajistit rozhodnutí silničního správního úřadu o uzavírce komunikace.
20. Navrhovatel je přesvědčen, že ani v jednom případě (prvního ani druhého smluvního vztahu) nebyla splněna podmínka mnohosti pochybení, když podle názoru navrhovatele nelze počítat pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Dále je navrhovatel přesvědčen, že nebylo nijak prokázáno nebo zdůvodněno, že tato pochybení měla vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, a že tyto sankce byly uplatněny po právu.
21. Navrhovatel je rovněž přesvědčen, že v aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona na situace, k nimž došlo přede dnem platnosti a účinnosti zákona, je nutné spatřovat nezákonnou retroaktivitu.
22. Co se týče obnovení způsobilosti navrhovatele, navrhovatel upozorňuje, že Úřad posuzoval jednotlivá opatření jednotlivě, nikoliv v jejich souhrnu, a že se jimi dostatečně nezabýval.
23. Závěrem rozkladu navrhovatel uvádí, že se Úřad nevypořádal se všemi skutečnostmi namítanými v návrhu. V otázce nedostatečného posouzení nápravných opatření vycházel Úřad převážně z názoru zadavatele a jeho odůvodnění je velmi povrchní a tendenční, když přijatá opatření neposuzuje v jejich souhrnu, ale jednotlivě. Dle názoru navrhovatele trpí napadené rozhodnutí uvedenými vadami, je nepřezkoumatelné a tendenční a obsahuje řadu tvrzení zcela nekriticky převzatých od zadavatele, nebylo vydáno v souladu se zákonem a právním pořádkem ČR, a obsahuje nesprávné právní posouzení věci.

Závěr rozkladu

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

IV. Řízení o rozkladu

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

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

26. Úvodem svého vyjádření zadavatel uvádí, že je přesvědčen o správnosti svého postupu, spočívajícího ve vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona a v posouzení opatření přijatých navrhovatelem za účelem obnovení způsobilosti. Zadavatel se odkazuje na svá vyjádření předložená Úřadu ve správním řízení, jakož na rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách.
27. Zadavatel konstatuje, že porušení (zákonné i smluvní povinnosti) zhotovitele k odstranění vad díla, kterými bylo dílo stíženo již při jeho předání objednateli, představuje samostatné pochybení dodavatele při plnění smluvního vztahu se zadavatelem na základě veřejné zakázky ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.⁴ I přesto, že se navrhovatel dopustil pochybení při realizaci díla ve vztahu ke způsobu realizace a kvalitě ložní a obrusné vrstvy vozovky, následné závažné porušení smluvních povinností navrhovatele spočívající v neodstranění podstatných vad díla již nemuselo nastat a navrhovatel mohl odstranění vad díla zajistit.
28. Zadavatel zastává názor, že neodstranění podstatných vad díla způsobených přinejmenším vědomou nedbalostí navrhovatele při plnění Smlouvy I, představuje závažné pochybení, jelikož odpovědnost za vady zhotovitele díla je jedním ze základních aspektů právní úpravy smlouvy o dílo. Povinnost zhotovitele k odstranění vad díla byla zakotvena již v rámci zadávacích podmínek veřejné zakázky, a tedy byla bez dalšího dokonce předmětem smluvního vztahu mezi zadavatelem a navrhovatelem. Pochybení navrhovatele spočívající v neodstranění podstatných vad díla vedlo ke vzniku a následnému uplatnění nároku zadavatele na smluvní pokutu a práva na náhradu nákladů na odstranění vad třetím subjektem.
29. K podmínce mnohosti pochybení zadavatel uvádí, že není nezbytné, aby tato jedna z podmínek aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla naplněna ve vztahu k jednomu totožnému smluvnímu vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem. Mnohost pochybení dodavatele může být dána i ve vztahu k několika různým smluvním vztahům s jedním veřejným zadavatelem, či dokonce více různými veřejnými zadavateli.
30. K přijatým opatřením k nápravě zadavatel uvádí, že právo posoudit, zda dodavatelem přijatá nápravná opatření představují dostatečnou záruku budoucího kvalitního plnění a zda mohou zamezit budoucím pochybnostem při plnění veřejné zakázky, náleží výhradně zadavateli. Zadavatel je přesvědčen, že při posouzení a vypořádání navrhovatelem uvedených

⁴ Zhotovitel, dodavatel = navrhovatel; objednatel = zadavatel – pozn. předsedy Úřadu.

skutečností a dokladů postupoval zcela v souladu se zákonem. Zadavatel shledal přijatá nápravná opatření jako nedostatečná a neakceptovatelná z hlediska znovunabytí způsobilosti navrhovatele a důvody nedostatečnosti těchto opatření a tedy nemožnost jejich akceptace zadavatelem podrobně popsal v rozhodnutí o námitkách.

31. Zadavatel svoje vyjádření uzavírá konstatováním, že považuje za naprosto nepřijatelné vstoupit do nového smluvního vztahu s navrhovatelem, který se dopustil nejednoho závažného pochybení při plnění předchozích smluvních závazků se zadavatelem. Jestliže se navrhovatelem dopustil při plnění Smlouvy I a Smlouvy II pochybení, jež nadto odmítá uznat a napravit, nemůže zadavatel spoléhat na to, že se navrhovatel nebude těchto pochybení dopouštět i v rámci realizace posuzované veřejné zakázky. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

32. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
33. Úřad rozhodl ve výroku napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

34. Předseda Úřadu považuje za vhodné na tomto místě uvést, že se zcela ztotožňuje s tím, že k pochybením vyplývajícím ze Smlouvy I nelze přihlídnout s ohledem na časovou podmínku vyplývající z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad posoudil tuto otázku správně a zadavatel tento názor žádným způsobem nerozporuje. Proto se předseda Úřadu bude zabývat následkem všech pochybení ze Smlouvy I (neodstranění vad díla) a pochybením vyplývajícím ze Smlouvy II (významné prodlení se zhotovením díla), které ještě neprekludovalo.
35. Předseda Úřadu rovněž uvádí, že jedno z rozhodnutí předsedy Úřadu založené zásadně na skutkově stejných okolnostech bylo již podrobno soudnímu přezkumu Krajským soudem v Brně (dále jen „**krajský soud**“). Krajský soud ve svém rozsudku ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019 (dále jen „**rozsudek**“) reagoval na značnou část námitek navrhovatele, které uplatnil i v nyní posuzované věci, a proto se v určitých částech odůvodnění tohoto rozhodnutí bude předseda Úřadu na tento rozsudek odkazovat a bude z něj stěžejní pasáže citovat.

K námitkám týkajícím se vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona

36. Navrhovatel v rozkladu uvedl, že důvody pro jeho vyloučení nebyly dány, a to zejména proto, že nebyly naplněny některé znaky, které zákon vyžaduje k tomu, aby zadavatel mohl vůbec přistoupit k vyloučení navrhovatele z předmětné veřejné zakázky.
37. Dle názoru navrhovatele nelze neodstranění vad díla (vady díla vyplývajících z plnění Smlouvy I, tj. záměna zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs

SMA 11, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) považovat za další závažné či dlouhodobé pochybení. Navrhovatel má za to, že za pochybení dle zákona lze považovat pouze pochybení vzniklá přímo při realizaci díla a nikoliv až následný postup dodavatele v souvislosti s reklamacemi tvrzených vad díla. Dále navrhovatel nesouhlasí s argumentací Úřadu týkající se posouzení závažnosti pochybení při neodstranění vad díla uvedenou v bodě 99 napadeného rozhodnutí.

38. Navrhovatel je též přesvědčen o tom, že v případě Smlouvy I a Smlouvy II nebyla splněna zákonná podmínka mnohosti pochybení, když podle názoru navrhovatele nelze počítat pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. U těchto pochybení pak dle názoru navrhovatele nebylo nijak prokázáno nebo zdůvodněno, že tato pochybení měla vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
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 třech letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
41. Z citovaných ustanovení zákona vyplývá, že tento postup je pro zadavatele fakultativní, pokud se tedy pro tento postup rozhodne, musí zadavatel prokázat naplnění všech znaků, které zákon vyžaduje k tomu, aby mohl vyloučit účastníka zadávacího řízení (v posuzované věci tedy navrhovatele). Naplnění znaků musí zadavatel řádně odůvodnit, aby jeho postup obstál ve vztahu k základním zásadám zadávání veřejných zakázek uvedeným v ustanovení § 6 zákona.
42. Z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) můžeme vyčíst následující zákonné podmínky, které je třeba naplnit, aby zadavatel vůbec mohl přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení. Pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí být splněny všechny dále uvedené zákonné podmínky.
43. V první řadě zde musí existovat určitý typ pochybení ze strany dodavatele vůči zadavateli. Pochybení lze obecně vnímat jako porušení povinností dodavatele vyplývajících pro něj z dřívějšího závazkového vztahu se zadavatelem. Pojem „pochybení“ je autonomním pojmem práva veřejných zakázek. Tento pojem má nepochybně vazbu na právo soukromé, neboť zahrnuje situace, kdy je poskytnuto plnění vadné, pozdní či kdy není závazek vůbec splněn nebo jsou jiným způsobem porušena pravidla, která se na plnění závazků vztahují, ať už plynou z předpisů práva soukromého, ujednání stran či z předpisů práva veřejného. V praxi bude podstatnou část pochybení představovat prodlení dodavatele nebo poskytnutí vadného plnění ve smyslu soukromého práva [srov. § 1916 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“)]. V tomto ohledu tedy praxi zadávání veřejných zakázek jistě poslouží i závěry civilní judikatury a poznatky vědy občanského práva. Výše uvedené samozřejmě nic nemění na tom, že musí

být naplněny i další uvedené podmínky, aby taková pochybení mohla být považována za důvod nezpůsobilosti dodavatele.

44. Navrhovatel se dopustil několika pochybení vyplývajících ze Smlouvy I (záměna zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) všechna tato pochybení ve vzájemné souvislosti vedla k tomu, že požadované dílo (stavba silnice) vykazovalo závažné a neodstranitelné vady, které neumožnily dílo řádně užívat v souladu se zadávacími a smluvními podmínkami. K těmto pochybením vzniklým při plnění Smlouvy I krajský soud v rozsudku uvedl, že je považuje za pochybení závažná, neboť „*se ze strany žalobce a) sice jednalo o porušení smluvních povinností, nicméně uvedené porušení spočívalo v odchýlení se od charakteristiky díla ze Smlouvy I bez předchozího povolení či konzultace osoby zúčastněné na řízení, žalobce a) provedl dílo v rozporu s minimálními požadavky stanovenými technickými normami, protože dílo v podstatě nebylo způsobilé k plnění svého účelu, přičemž o tomto pochybení vůbec nevěděl, dokud o něm nebyl zpraven osobou zúčastněnou na řízení, a ani na opakované výzvy osoby zúčastněné na řízení vady díla nezhojil, čímž způsobil nutnost vyhlášení nového výběrového řízení na odstranění vad díla. Takové porušení smluvních povinností a tedy pochybení žalobce a) představovalo dle krajského soudu natolik závažné profesní pochybení, že i úroveň nedbalosti žalobce dosáhla hranice, při níž lze pochybení považovat za závažné pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.*“ Jak jsem již uvedl výše, tak v pochybení ze Smlouvy I nelze spatřovat důvod pro vyloučení navrhovatele, neboť již uplynula tříletá prekluzivní doba. Nicméně je nutné posoudit otázku neodstranění vad díla, jako dalšího možného závažného pochybení při plnění Smlouvy I.
45. Neodstranění vad je přímo navázáno na pochybení spojená s plněním Smlouvy I. Vadné plnění pak zadavateli dalo možnost uplatnit vůči navrhovateli instituty soukromého práva vztahující se právům z vadného plnění. Celý proces reklamace ze strany zadavatele a komunikace mezi zadavatelem a navrhovatelem je přehledně popsán v bodě 50 odůvodnění napadeného rozhodnutí a předseda Úřadu nepovažuje za nutné, aby zde tato skutková zjištění opakoval.
46. Úřad se v bodech 95 – 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou, zda lze neodstranění vad považovat za závažné či dlouhodobé pochybení ve smyslu zákona a dospěl ke kladnému závěru. Předseda Úřadu uvedené závěry přezkoumal a zcela se s nimi ztotožňuje. Úřad v napadeném rozhodnutí zcela správně uvedl, že navrhovatel se podpisem Smlouvy I zavázal mj. k tomu, že provede dílo v souladu se Smlouvou I a v souladu s pokyny zadavatele, a že odstraní všechny vady díla. Ve spojení s již uvedenými skutečnostmi měl Úřad za prokázané, že povinnost navrhovatele odstranit vady díla ve stanovené lhůtě jednoznačně vyplývá ze smluvních podmínek. Úřad dále konstatoval, že „*navrhovatel při plnění smlouvy I realizoval požadované dílo vadně, a tedy je zřejmé, že požadavek zadavatele na odstranění vad díla byl oprávněný, neboť ze strany navrhovatele nedošlo v případě plnění smlouvy I zejména ke splnění smluvní podmínky uvedené v bodu 4.1 VOP/ZOP, podle níž byl povinen dílo provést a dokončit v souladu se smlouvou a pokyny zadavatele a odstranit všechny vady díla.*“
47. Smluvní závazek (smluvní vztah – Smlouvy I a Smlouva II) neskončil předáním díla. Navrhovatel vyslovil názor, že za pochybení dle zákona lze považovat pouze pochybení

vzniklá přímo při realizaci díla a nikoliv až následný postup dodavatele v souvislosti s reklamacemi tvrzených vad díla. Tento názor navrhovatele je v přímém rozporu se smluvními podmínkami, které se navrhovatel zavázal dodržovat. Jedná se o „Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem - Obecné podmínky“ (dále jen „**VOP**“) a „Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem - Zvláštní podmínky“ (dále jen „**ZOP**“). V těchto zmíněných dokumentech je upravena otázka odpovědnosti za vady (čl. 11 VOP i ZOP). Smluvní vztah neskončil předáním díla, ale navrhovatel měl i nadále po předání díla (byť s vadami) další smluvní povinnosti, které porušil, což vedlo k uložení smluvní pokuty a posléze i k předčasnému ukončení obou smluvních vztahů ze strany zadavatele. Po předání díla se aktivovaly další články VOP i ZOP (odpovědnost za vady, záruční doba). Smluvní vztah trvá i v okamžiku, kdy bylo dílo předáno s vadami, pokud ze smlouvy (smluvních podmínek) jasně vyplývá i povinnost takové vady odstranit, což bylo prokázáno.

48. Předseda Úřadu nemá pochyb o tom, že neodstranění vad je dalším pochybením navrhovatele. Zákon stanoví možnost zadavatele považovat dodavatele za nedůvěryhodného (nespolehlivého) pouze po dobu tří let od daného pochybení. Zákon tak dává jasné mantinely, aby pro jedno závažné pochybení nebyl dodavatel vyloučen z možnosti plnit veřejné zakázky už navždy. Je pak na dodavateli, aby se dalších pochybení nedopouštěl. Pokud se však dalšího pochybení dopustí (zde neodstranění vad dle smluvních podmínek) tak musí snášet důsledky takového jednání v podobě dalších důvodů pro postup zadavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
49. S první podmínkou je úzce spjata i podmínka druhá, že se účastník zadávacího řízení (v tomto případě navrhovatel) dopustil pochybení při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky, nebo jiným veřejným zadavatelem. Smlouva I a Smlouva II byly uzavřeny mezi zadavatelem a navrhovatelem. Tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována a i tato podmínka je splněna.
50. Třetí podmínkou je, aby uvedená pochybení měla závažnou nebo trvalou povahu, to znamená, že pochybení dodavatele musí být závažného nebo dlouhodobého rázu. Jazykovým výkladem lze dospět k závěru, že pro splnění této podmínky je zapotřebí minimálně dvou a více pochybení, která lze kvalifikovat jako pochybení závažná či dlouhodobá. Závažností či dlouhodobostí pochybení vyplývajících ze smluvního vztahu mezi navrhovatelem a zadavatelem založeného Smlouvou I se Úřad zabýval v bodech 95 – 103 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Závažností či dlouhodobostí pochybení vyplývajících ze smluvního vztahu mezi navrhovatelem a zadavatelem založeného Smlouvou II se Úřad zabýval v bodech 108 – 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad uvedl, že pochybení navrhovatele považuje za závažné především z toho důvodu, že navrhovatel byl zcela v souladu se smluvními podmínkami vyzván k odstranění vady, avšak na uvedené výzvy zadavatele zcela rezignoval. K argumentaci navrhovatele ohledně nedostatku součinnosti ze strany zadavatele Úřad uvedl, že argumentaci navrhovatele považuje za lichou, neboť „z komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem popsané mj. v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je patrné, že navrhovatel obdržel opakované 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.“

51. Předseda Úřadu se s právním posouzením provedeným Úřadem ohledně závažnosti či dlouhodobosti pochybení (neodstranění vad díla) způsobeného navrhovatelem zcela ztotožňuje a nemůže závěrům učiněným Úřadem nic vytknout. Navrhovatel v rozkladu neuvádí konkrétní důvody, pro které by posuzovaná pochybení neměla být závažná, pouze s tímto názorem nesouhlasí. Za této situace ale není způsob, jak jinak tuto námitku vypořádat a lze tak konstatovat, že i třetí podmínka je naplněna.
52. S ohledem na námitku navrhovatele, že je nutné, aby zde existovalo vícero pochybení z jednoho smluvního vztahu, se předseda Úřadu zabýval otázkou mnohosti pochybení. Oproti jiným správním řízením vedeným před Úřadem v minulosti právě mezi zadavatelem a navrhovatelem ohledně vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení došlo díky plynutí času k určité změně. Onou změnou je myšlena ta skutečnost, že pochybení navrhovatele vyplývající ze Smlouvy I (záměna zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) již prekludovala a nelze jimi argumentovat (viz výše). Jak bylo dovozeno Úřadem i předsedou Úřadu (viz předchozí část odůvodnění tohoto rozhodnutí) neodstranění vad díla je dalším pochybením, které je závažné. Nicméně se jedná pouze o jedno pochybení ze Smlouvy I, nikoliv o vícero pochybení a samo o sobě by k vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nestačilo. Nicméně jak si je jistě navrhovatel vědom z předchozích správních řízení vedených před Úřadem a i z citovaného rozsudku, tak druhé závažné/dlouhodobé pochybení spočívalo ve významném prodloužení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II a toto pochybení bylo shledáno, jako závažné a krajský soud v rozsudku tento názor uvedený v rozhodnutí předsedy Úřadu potvrdil, jako správný.
53. Předseda Úřadu konstatuje, že i v nyní posuzované věci zde existují dvě závažná pochybení navrhovatele a je dána tedy zákonná podmínka existence dvou a více závažných či dlouhodobých pochybení. Argumentace navrhovatele o nutnosti existence, alespoň dvou závažných/dlouhodobých pochybení vyplývajících pouze z jednoho smluvního vztahu nemá oporu v zákoně, v důvodové zprávě k zákonu, v odborné literatuře a ani v judikatuře správních soudů, navrhovatel navíc svůj názor nepodpořil žádným zdrojem. Pokud by měl zákonodárce v úmyslu požadovat dvě a více pochybení z jednoho smluvního vztahu, jistě by takovým způsobem formuloval ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zákon vyžaduje pochybení, tj. dvě a více pochybení, je tedy irrelevantní pokud zadavatel uplatňuje vůči dodavateli/navrhovateli dvě pochybení z jedné smlouvy nebo dvě pochybení ze dvou smluv.
54. Čtvrtá podmínka vyžaduje, aby pochybení dodavatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu **nebo** k jiným srovnatelným sankcím. Komentářová literatura k tomu uvádí následující: „*[Z]ávažné nebo dlouhodobé pochybení na straně dodavatele samo o sobě není postačující pro naplnění důvodu pro vyloučení daného dodavatele dle komentovaného ustanovení, ale je vždy ještě třeba, aby toto pochybení vyvolalo určitý kvalifikovaný následek; tímto následkem je dle komentovaného ustanovení předčasné ukončení smluvního vztahu, vznik škody nebo jiné srovnatelné sankce. Předčasné ukončení smluvního vztahu z důvodu závažného nebo dlouhodobého pochybení bude zřejmě nejčastěji provedeno odstoupením od uzavřené smlouvy. Pokud došlo k předčasnému ukončení předchozího smluvního vztahu v důsledku závažných či dlouhodobých pochybení dodavatele jinou formou než odstoupením, například výpovědí nebo dohodou, podmínky pro vyloučení*

*účastníka ze zadávacího řízení dle komentovaného ustanovení budou naplněny též. [...] Pro účely naplnění dílčí podmínky možnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení nicméně postačuje pouze vznik škody, nikoliv to, zda zadavatel tuto škodu uplatnil, resp. vymohl.“ (§ 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 305). Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona tedy nabízí tři alternativy, kdy závažná či dlouhodobá pochybení vedou ke/k: A) vzniku škody, B) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo C) jiným srovnatelným sankcím. Jiná srovnatelná sankce má nejčastěji povahu smluvní pokuty, která mj. plní funkci sankční a kompenzační. Dlouhodobá nebo závažná pochybení tak musí zároveň vést k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům (vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím). Mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky těchto pochybení musí existovat příčinná souvislost.*

55. Navrhovatel již opustil svoji dřívější argumentaci ohledně jazykového výkladu a přešel k argumentaci nové, spočívající v tom, že nebylo nijak prokázáno nebo zdůvodněno, že tato pochybení (kterých se dopustil při plnění Smlouvy I a Smlouvy II) měla vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, a že tyto sankce byly uplatněny po právu.
56. Předseda Úřadu nemůže jinak, než označit toto tvrzení za nepravdivé, neboť ve všech dosavadních správních řízeních⁵ se Úřad i předseda Úřadu velmi důkladně zabývali naplněním této podmínky (pochybení vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím). I v napadeném rozhodnutí Úřad tuto otázku důkladně posoudil a dospěl k závěru, že *„[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 (a současně částky přesahující obvyklou výši škody v obdobných smluvních vztazích) muselo pro navrhovatele zcela zjevně představovat nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad 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“.*
57. Předseda Úřadu nemá tedy žádných pochyb o tom, že uvedená závažná pochybení navrhovatele měla za následek uplatnění „jiné srovnatelné sankce“ (smluvní pokuty) a následně došlo k předčasnému ukončení obou smluvních vztahů, viz body 108 – 109 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
58. Pochybení byla shledána jako závažná a vedla k uplatnění jiné srovnatelné sankce (smluvní pokuty) a následnému předčasnému ukončení obou smluvních vztahů. Ke smluvní pokutě, jako k „jiné srovnatelné sankci“ krajský soud v rozsudku uvedl, že: *„Předmětné ustanovení je pak potřeba vykládat tak, že za srovnatelnou sankci je potřeba považovat nikoliv sankci,*

⁵ Viz bod 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí v pozn. pod čarou.

která bude nutně povahou srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy, nýbrž která bude srovnatelná závažností své sankční povahy vůči dodavateli. Krajský soud si v tomto ohledu nedokáže představit vhodnější srovnatelnou sankci ve vztahu k předčasnému ukončení smlouvy, než je smluvní pokuta, která kromě sankčního má taktéž satisfakční charakter, anebo reparační charakter, má-li představovat paušalizovanou náhradu škody. To však pouze za předpokladu, že smluvní pokuta dosáhne určité výše, odpovídající závažnosti pochybení dodavatele vůči veřejnému zadavateli, neboť stěží by bylo možno uplatnění smluvní pokuty v řádech stovek či tisíců korun možno považovat za sankci, srovnatelnou s odstoupením od smlouvy, uzavřené pro účely realizace veřejné zakázky. V nyní projednávané věci uplatňovala osoba zúčastněná na řízení vůči žalobci v případě pochybení ze Smlouvy I smluvní pokutu ve výši 242 000 Kč, v případě pochybení ze Smlouvy II pak dokonce 1 652 000 Kč. Krajský soud uvádí, že vzhledem k výši uplatňovaných smluvních pokut, do nichž se promítá jak závažnost pochybení žalobce (výše pokuty za každý den prodlení), tak délka pochybení žalobce (délka prodlení, během něž smluvní pokuta vznikala), sankce, uplatněná osobou zúčastněnou na řízení v důsledku pochybení žalobce při realizaci díla ze Smlouvy I a II, je srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy.“

59. Argumentace navrhovatele, že nebylo nijak prokázáno nebo zdůvodněno, že pochybení (kterých se dopustil při plnění Smlouvy I a Smlouvy II) měla vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, a že tyto sankce byly uplatněny po právu, je zcela odtržena od reálného stavu.
60. Poslední podmínkou je podmínka časová – uvedených pochybení se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. V posuzované věci není sporu o splnění této zákonné podmínky, neboť prvotní reklamace a žádost o odstranění vad díla (Smlouva I) byla dne 21. 3. 2017 zaslána navrhovateli. Pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy II nastalo dnem prodlení s plněním díla, tj. dnem 7. 11. 2017. S ohledem na to, že zadávací řízení na nyní posuzovanou veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 20. 1. 2020 odesláním oznámení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek, je evidentní, že v obou případech (Smlouvy I a II) došlo k pochybením v tříletém období, které zákon vyžaduje. Předseda doplňuje, že obě data 21. 3. 2017 a 7. 11. 2017, která určují počátek běhu tříleté lhůty *pro futuro* jsou pro navrhovatele nejpříznivější možná. S ohledem na skutečnost, že rozhodným datem pro splnění časové podmínky ve vztahu k nyní prověřovanému zadávacímu řízení je den 20. 1. 2017, lze konstatovat, že i tato podmínka byla splněna, neboť obě uvedená závažná pochybení navrhovatele nastala až po tomto dni v rámci tříleté prekluzivní doby uvedené v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, věta první.
61. K naplnění zákonných podmínek pro posouzení pochybení ze Smlouvy II předseda Úřadu na tomto místě uvede pouze stručný přehled, neboť skutková situace se žádným způsobem nezměnila a všechna již vydaná správní rozhodnutí uvedená v bodě 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí v pozn. pod čarou a rozsudek krajského soudu jasně potvrzují, že u tohoto pochybení ze Smlouvy II (prodlení se zhotovením/dokončením díla) jsou všechny zákonné podmínky splněny, pročež je uvedené pochybení způsobilé ve spojení s dalším takovým pochybením ustanovit právo zadavatele vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení, což zadavatel již několikrát učinil a svého práva využil.

62. Jak jsem již uvedl výše ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona obsahuje pět zákonných podmínek, které je třeba naplnit, aby zadavatel vůbec mohl přistoupit k vyloučení účastníka zadávacího řízení.
63. O tom, že se jednalo o závažné pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem, které mělo za následek vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jinou srovnatelnou sankci, není sporu (potvrzeno ve všech správních rozhodnutích, kde byla tato otázka posuzována, viz všechna již vydaná správní rozhodnutí uvedená v bodě 12 odůvodnění tohoto rozhodnutí v pozn. pod čarou). Jedno z rozhodnutí zde uvedených bylo podrobeno již přezkumu ve správním soudnictví krajským soudem, jehož výstupem je citovaný rozsudek, potvrzující správnost argumentace předsedy Úřadu. Došlo tedy k naplnění čtyř podmínek z pěti. Pátou podmínkou je podmínka časová – uvedených závažných pochybení se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení. Tato poslední podmínka je též splněna, jak jsem dovodil výše (viz bod 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
64. Na základě shora uvedeného předseda Úřadu konstatuje, že se navrhovatel dopustil dvou závažných pochybení vyplývajících z dvou různých smluvních vztahů (Smlouva I a Smlouva II). Tato závažná pochybení měla za následek uložení smluvní pokuty (jiná srovnatelná sankce) a posléze předčasné ukončení obou smluvních vztahů. Obě uvedená pochybení se stala ve třech letech od zahájení zadávacího řízení na nyní posuzovanou veřejnou zakázku a navrhovatel se jich dopustil přímo vůči osobě zadavatele. Zadavatel pak postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil a své důvody pro vyloučení navrhovatele řádně popsal a přezkoumatelným způsobem odůvodnil v rozhodnutí o vyloučení i v rozhodnutí o námitkách.

K námitce nezákonné retroaktivity a neuplatnění principů správního trestání

65. Navrhovatel stejně jako v předchozích správních řízeních před Úřadem (a i v navazujících soudních řízeních) znovu uvedl argument, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona nelze aplikovat na situace, k nimž došlo přede dnem platnosti a účinnosti zákona. Dále navrhovatel uvedl, že *„[j]e přesvědčen, že s ohledem na to, že důsledkem aplikace předmětného ustanovení je vyloučení ze zadávacího řízení, a že tedy toto má pro dodavatele defacto sankční povahu, je nutné použít principy správního trestání (vycházející z principů trestního práva). Dodavatelé tedy nemohou být postihováni za jednání, u něž v době, kdy k němu došlo, nemohli předvídat, že toto jednání může mít významný následek v podobě možnosti vyloučení ze zadávacího řízení, neboť toto je mj. významným porušením principu předvídatelnosti práva, a dále je nutné použít úpravu, která je pro dodavatele příznivější“*.
66. Stejně jako v ostatních správních řízeních a ve všech vyjádřeních k žalobám navrhovatele předseda Úřadu konstatuje, že oba tyto argumenty navrhovatele jsou naprosto liché, což potvrdil již i krajský soud ve svém rozsudku (viz bod 35 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
67. S ohledem na to, že navrhovateli je zcela jistě dobře známa argumentace předsedy Úřadu k těmto dvěma konkrétním námitkám, předseda Úřadu bude citovat z uvedeného rozsudku stěžejní pasáže, které správnost názoru předsedy Úřadu potvrzují. Krajský soud námitku retroaktivity neshledal důvodnou a uvedl: *„[V] nyní projednávané věci se nejedná o retroaktivitu, která je v případě tzv. pravé retroaktivity z hlediska právní jistoty nežádoucí, jelikož právní vztah, založený vyloučením žalobců z účasti ve veřejné zakázce, vznikl*

až po zahájení veřejné zakázky, a tedy až po účinnosti ZZVZ. Žalobci nesprávně vztahují účinnost ZZVZ k právním vztahům, které mají souvislost s tvrzenými pochybeními žalobců, které však vznikly v rámci realizace dřívější veřejné zakázky osoby zúčastněné na řízení žalobci, nikoliv té, která je předmětem v nyní projednávané věci. V případě aplikace ZZVZ se jedná o tzv. retrospektivní působení právní normy“. Krajský soud dále uvedl, že: „Rozdíl mezi retroaktivně působícím zákonem a retrospektivním zákonem je tedy v tom, že retroaktivní zákon se přímo dotýká určité minulé právní skutečnosti či právního vztahu, a s ní spojuje i následek, který nastává buď v minulosti (retroaktivita pravá) nebo v budoucnosti, avšak v podobě modifikace podmínek změny nebo zániku daného právního vztahu či právní skutečnosti (nepravá retroaktivita). Naproti tomu retrospektivní zákon minulou skutečnost sice zohledňuje (představuje jako v případě retroaktivního zákona hypotézu právní normy), avšak následek s ní spojený nastává až pro futuro, tj. v budoucnosti, a ve vztahu k jiným skutečnostem. Minulá skutečnost tak představuje hypotézu nové právní normy. Takovou minulou skutečnost, která se povýšením na součást hypotézy právní normy stane skutečností právní, může představovat i existence právního vztahu. Retrospektivní zákon nepůsobí zpětně a ani minulé právní skutečnosti nebo vztahy nemodifikuje.“

68. Krajský soud též uvedl, že: *„O takový případ retrospektivního působení právní normy (ZZVZ) se jedná i v nyní projednávané věci, neboť, jak uvedli sami žalobci, je s jejich jednáním z minulosti spojen určitý následek v budoucnosti, po účinnosti ZZVZ. Krajský soud přitom neshledává, že by retrospektivní působení ZZVZ v nyní projednávané věci nepřiměřeně zasahovalo do legitimního očekávání žalobců.“*
69. Argumentace předsedy Úřadu ohledně domnělé retroaktivity zůstává tedy i nadále neměnná, a to zejména v situaci, kdy tato argumentace obstála i v soudním přezkumu před krajským soudem.
70. Jak dovodil předseda Úřadu v předešlých správních řízeních, tak tato rozkladová námitka retroaktivity je zcela neopodstatněná. Navrhovatel nesprávně zaměňuje retroaktivitu s účinností právního předpisu. Pokud by zákonodárce cítil potřebu během „tvorby“ zákona odložit účinnost dotčeného ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona jistě by tak učinil, popř. by stanovil (např. v důvodové zprávě k zákonu), že k pochybením, ke kterým došlo za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách se nemá přihlížet a nelze je použít jako důvod pro vyloučení podle zákona. Retroaktivitu lze chápat jako zpětnou účinnost právního předpisu, tzn., že takový právní předpis působí zpětně do doby před svou platností.
71. K neaplikování zásad správního trestání, resp. zásad trestního řízení předseda Úřadu opakovaně uvádí, že navrhovatel směšuje zásady ovládající zadávací řízení a zásady ovládající správní řízení před Úřadem. Zatímco zadávací řízení představuje v zásadě soukromoprávní kontraktační proces, jehož právní úprava se vyznačuje veřejnoprávními ingerencemi do autonomie vůle jeho stran, v řízení před Úřadem se zadavatel a další účastníci tohoto řízení ocitají v procesním právním vztahu, jehož charakter je v podstatě veřejnoprávní. Proto je závěr Úřadu, že se na zadávací řízení neaplikují zásady trestního řízení zcela v pořádku. V zadávacím řízení nejde o trestání, ale o uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku. Užití zásad trestního řízení by pak bylo myslitelné maximálně v řízení před Úřadem, a to ještě jen v řízení o přestupku. Správní řád, podle něhož se vede řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, upravuje základní východisko pro postup při dokazování v ustanovení § 3.

Vedle toho je třeba uvést, že o existenci důvodů pro vyloučení navrhovatele nejsou ve zdejším řízení důvodné pochybnosti.

72. S tímto názorem předsedy Úřadu se zcela ztotožnil i krajský soud v citovaném rozsudku a doplnil následující: *„Žalobci totiž zjevně neberou v potaz, že je zcela zásadní rozdíl mezi zadávacím řízením a správním řízením. V zadávacím řízení, v němž veřejný zadavatel vystupuje v podstatě jako subjekt soukromého práva, byť limitovaný podmínkami ZZVZ, se nepoužijí jakékoliv zásady správního řízení, nikoliv pouze zásady správního řízení trestního. Zadávací řízení podle ZZVZ není řízení podléhající procesnímu režimu správního řádu. Zadavatel nevykonává veřejnou správu, jeho úkony (např. rozhodnutí o vyloučení uchazeče o veřejnou zakázku) jsou prováděny v souvislosti se zájmem na uzavření soukromoprávní smlouvy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2013, čj. 9 Afs 5/2013-32). Zadávací řízení jednoduše není správním řízením, což se také projevuje ve skutečnosti, že ZZVZ v § 6 upravuje vlastní zásady vedení zadávacího řízení. Ani ve správním řízení se vždy zásady trestního řízení nevyužijí, nemá-li toto řízení trestní charakter (typicky řízení o přestupku). V ostatních případech se před správními orgány zásady trestního řízení nepoužijí, a tím spíše pak není důvod tyto zásady používat v řízeních, které nejen, že nemají povahu řízení trestního, ale nadto nemají ani povahu řízení správního.“*
73. Argumentace předsedy Úřadu ohledně neuplatnění zásad správního trestání, resp. zásad trestního zůstává tedy i nadále neměnná, a to zejména v situaci, kdy tato argumentace obstála i v soudním přezkumu před krajským soudem a krajský soud se s ní zcela ztotožnil a označil námitky navrhovatele za nedůvodné.

K obnovení způsobilosti navrhovatele

74. Navrhovatel namítl, že Úřad posuzoval jednotlivá opatření jednotlivě, nikoliv v jejich souhrnu, a že se jimi Úřad dostatečně nezabýval.
75. Podle ustanovení § 76 odst. 1 zákona může účastník obnovit svoji způsobilost, ačkoliv naplnil důvody vymezené v § 48 odst. 5 nebo odst. 6, pro které může být vyloučen ze zadávacího řízení. Musí ovšem v průběhu zadávacího řízení zadavateli doložit, že přijal dostatečná nápravná opatření.
76. Povinností účastníka, který se snaží obnovit svoji způsobilost, je nejen tvrdit, že k přijetí nápravných opatření došlo, je nezbytné rovněž prokázat, k čemu konkrétně by tato opatření k nápravě měla vést a v neposlední řadě je nezbytné prokázat, že jsou přijatá nápravná opatření dostatečná a adekvátní k dřívějším vzniklým pochybením při plnění jiné veřejné zakázky. V obdobném duchu se nese i judikatura Soudního dvora např. rozsudek ze dne 24. 10. 2018 ve věci C-124/17 v řízení Vossloh Laeis GmbH proti Stadtwerke München GmbH, dle kterého hospodářský subjekt předloží také: *„důkazy umožňující prokázat, že opatření, kterých se dovolává, jsou skutečně vhodná k zabránění tomu, aby se vytykané jednání opakovalo“*. Z předloženého dokladu o obnovení způsobilosti tedy musí plynout jistá garance skutečného obnovení způsobilosti účastníka v zadávacím řízení. V této věci je ovšem nutné podotknout, že je na posouzení zadavatele, jemuž byla přijatá opatření doložena, zda pro něj budou dostatečnou zárukou kvalitního plnění. Postupem při posouzení nápravných opatření se předseda Úřadu již zabýval například v rozhodnutí ze dne 12. 2. 2018, č. j.: ÚOHS-R0211/2017/VZ-04363/2018/322/JSu, konkrétně v bodech 18 a 20 odůvodnění.

77. Navrhovatel se chybně domnívá, že by Úřad měl pravomoc zadavateli autoritativně sdělit, že přijatá opatření jsou či nejsou dostačující. Úřad se zaměřuje na posouzení celého procesu a na to, zda postup zadavatele lze přezkoumat, resp. zda postup zadavatele je transparentní a nediskriminační. Jinými slovy zadavatel má povinnost přijatá opatření posoudit a vyhodnotit je. Pokud přijatá opatření zadavatel shledá jako nedostatečná, tak mu nevzniká povinnost zrušit rozhodnutí o vyloučení ani není nijak zasaženo do jeho práva na aplikování ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a přistoupit k vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. Zadavatel se nicméně musí k přijatým nápravným opatřením vyjádřit, a pokud je shledá, jako nedostatečná musí sdělit proč. Zadavatel tuto povinnost dodržel, když se zabýval nápravnými opatřeními přijatými navrhovatelem na straně 7 – 9 rozhodnutí o námitkách (bod V. rozhodnutí o námitkách).
78. Proces posouzení obnovení způsobilosti dodavatele je v zásadě dosti podobný procesu posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny. Mimořádně nízká nabídková cena zakládá zadavateli právo vyloučit dodavatele (výjimka § 113 odst. 6 zákona, kdy se právo mění v povinnost vyloučit). To tedy znamená, že mimořádně nízká nabídková cena obecně může být důvodem pro vyloučení, ale i nemusí. Pokud se zadavatel rozhodne vyloučit dodavatele, jehož nabídkovou cenu označil za mimořádně nízkou, pak zadavatel musí uvést všechny relevantní skutečnosti v rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel zcela jasně musí uvést, proč nabídkovou cenu shledává jako mimořádně nízkou (i v případě, že dostane od dodavatele zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny) a přezkoumatelným způsobem musí své závěry odůvodnit, aby naplnil základní zásady zadávání veřejných zakázek.⁶
79. Lze konstatovat, že pokud přijatá nápravná opatření považuje zadavatel za nedostatečná a řádně tyto své úvahy odůvodní, pak Úřad ani předseda Úřadu nemůže vstupovat do těchto úvah zadavatele a jeho úvahy nahrazovat, např. konstatováním, že přijatá nápravná opatření jsou či nejsou dostatečná. Úkolem Úřadu je však postup zadavatele přezkoumat a posoudit, zda úvahy, které jej ke konkrétním závěrům vedly, se zakládají na zjištěném skutkovém stavu a jsou logické a přezkoumatelné. Jde o ochranu dodavatelů před případným svévolným postupem zadavatelů.
80. Nelze vyloučit, že veškerá navrhovatelem přijatá nápravná opatření ve svém souhrnu mohou vést k tomu, že se navrhovatel v budoucnu těchto chyb již nedopustí a podepsané smlouvy bude plnit řádně a včas, avšak navrhovatel nepředložil zadavateli žádný konkrétní důkaz toho, že tomu tak skutečně bude. Nelze tedy po zadavateli požadovat, aby akceptoval předložená tvrzení navrhovatele jako dostatečná.
81. V souladu s výše uvedeným předseda Úřadu může pouze souhlasit s názorem zadavatele, že: *„Zadavatel přitom dle ZZVZ a relevantní rozhodovací praxe Úřadu⁷ nemá povinnost Stěžovatelem realizovaná nápravná opatření přijmout jako dostatečná z hlediska znovunabytí způsobilosti a rozhodnout o obnovení účasti Stěžovatele v Zadávacím řízení. Stěžovatel má výhradně právo na to, aby Stěžovatele[m] předložené nápravné opatření posoudil a v případě jeho neuznání jako dostačujícího pro obnovení způsobilosti řádně odůvodnil, z jakého důvodu k takovému závěru dospěl.“*

⁶ Viz např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j.:ÚOHS-R0149/2019/VZ-30464/2019/323/MBr nebo také rozhodnutí předsedy Úřadu č. j.:ÚOHS-R0127/2019/VZ-25072/2019/323/MBr.

⁷ Rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. dubna 2018

82. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách řádně odůvodnil, proč nepovažuje nápravná opatření přijatá navrhovatelem za dostatečná a Úřad nebyl povinen se zabývat jednotlivými přijatými opatřeními v tom smyslu, jaký mají reálný dopad na obnovu způsobilosti navrhovatele. Úřad mohl pouze posoudit výše naznačený proces posouzení navrhovatelem přijatých nápravných opatření ze strany zadavatele, zda je souladný se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, což Úřad učinil. Úřad nejprve posoudil přijatá nápravná opatření (to co navrhovatel tvrdil), poté Úřad přezkoumal, jakým způsobem zadavatel tato tvrzení (přijatá nápravná opatření) posoudil včetně zadavatelova závěru o tom, proč nepovažuje nápravná opatření přijatá navrhovatelem za dostatečná. Lze též doplnit, že většina přijatých nápravných opatření se týká pochybení, ke kterým již nelze z důvodu prekluze přihlížet (viz výše), některá navrhovatelem přijatá nápravná opatření mají povahu pouze obecného tvrzení či čestného prohlášení bez doložení jakéhokoliv důkazu, který by svědčil o obnovení způsobilosti (obnovení důvěryhodnosti navrhovatele) a kterým by se zadavatel musel zabývat. Finální verdikt, zda je způsobilost dodavatele obnovena může konstatovat, pouze zadavatel, jak vyplývá např. z rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 6. 2019 ve věci C-41/18 v řízení Meca Srl proti Comune di Napoli, dle kterého vyplývá: „[v]eřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, který se nachází v některé z [...] situací [upravených tímto ustanovením]“. Ze znění tohoto ustanovení tak vyplývá, že je na veřejném zadavateli, a nikoli na vnitrostátním soudu, aby rozhodl, zda by hospodářský subjekt měl být vyloučen ze zadávacího řízení, kdy: „možnost vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení, jíž disponuje každý veřejný zadavatel, je zvláště určena k tomu, aby mu umožnila posoudit důvěryhodnost a spolehlivost každého uchazeče, jak o tom svědčí čl. 57 odst. 4 písm. c) a g) a bod 101 odůvodnění směrnice 2014/24.“ Obdobně tak je třeba přistoupit k posouzení přijatých nápravných opatření. I zde jde o právo zadavatele a protiváhou je pak možnost dodavatelů bránit se u Úřadu v tom smyslu, že bude přezkoumáno, zda zadavatel vzal v potaz všechny tvrzené skutečnosti a vypořádal se s nimi.
83. Důvěryhodnost v obchodních vztazích lze chápat jako spolehlivost, dobrou pověst, či dobré jméno. Pokud je ztracena důvěra, utrpí i dobré jméno. „*Trvá 20 let dobré jméno vybudovat a 5 minut jej ztratit.*“⁸
84. Úřad ani předseda Úřadu nijak nezpochybňují tvrzení navrhovatele o přijatých opatřeních, avšak aby dodavatel zadavatele přesvědčil o tom, že daná pochybení se nebudou opakovat, a že přijatá nápravná opatření jsou dostatečná, musí být i důkazy o takových nápravných opatřeních dostatečné. Příkladem lze uvést, že pokud se dovolává dodavatel smlouvy, kterou uzavřel a jež má prokazovat určitou skutečnost, pak je vhodné takovou smlouvu zadavateli předložit, aby mohl skutečně věcně dané nápravné opatření posoudit. Jinak dané nápravné opatření zůstává v rovině tvrzení bez možnosti ověření důsledků takového nápravného opatření, a to jak ze strany zadavatele, tak ze strany Úřadu.
- Obecně k přezkoumání napadeného rozhodnutí*
85. Podle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost

⁸ Warren Buffet citáty "dobrá" (6 citátů) | Citáty slavných osobností. Citáty slavných osobností: *Největší sbírka citátů, myšlenek a aforismů* [online]. Dostupné z: <https://citaty.net/autori/warren-buffet/dobra/>

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

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

Ing. Petr Rafaj

předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice

Vypraveno dne:

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