ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., a JUDr. Faisala Husseiniho, Ph.D., ve věci

žalobců: **ROBSTAV k. s.**, IČO 27430774
sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha
zastoupený advokátem Mgr. Filipem Toulem,
sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 3. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0234/2019/VZ, č. j. ÚOHS-08586/2020/323/MPe

takto:

I. Žaloba se **zamítá**.

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

III. Žalovanému se **nepřiznává** náhrada nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh správního řízení

1. Žalobce se podanou žalobou domáhá zrušení v záhlaví citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“), kterým zamítl rozklad žalobce a potvrdil správnost rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 12. 2019, č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi. Žalovaný tímto rozhodnutím dle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb.,

o zadávání veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), zamítl návrh žalobce ze dne 14. 10. 2019, souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky „*II/272 Starý Vestec, přeložka silnice*“, zadávané zadavatelem (Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje) formou otevřeného řízení, jejíž zahájení bylo následně uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie pod ev. Č. 2019/S 081-192950. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 4. 9. 2019 podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vyloučil žalobce z účasti v předmětném zadávacím řízení. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost žalobce ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, neboť se žalobce dopustil závažného pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů s jiným veřejným zadavatelem (Ředitelství silnic a dálnic ČR). Zadavatel konkrétně uvedl, že se žalobce dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/*23 Řípec – hr. okr. JH*“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/*19 Plíškovice – Mirovice*“. Žalobce se svým návrhem domáhal toho, aby žalovaný uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobce navrhl krajskému soudu, aby rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil.

3. Žalobce tvrdí, že časovou podmínku § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nelze aplikovat na případ žalobce, neboť k tvrzenému pochybení žalobce došlo před účinností ZZVZ, proto by se při aplikaci této časové podmínky jednalo retroaktivitu. Žalobce je přesvědčen, že pokud zákon zavádí nový institut, bylo by v rozporu se zásadou legitimního očekávání, dobré víry a předvídatelnosti, aby tento institut nepůsobil zpětně. Žalobce je dále přesvědčen, že předmětné ustanovení v jeho případě nelze použít ani s ohledem na přechodná ustanovení ZZVZ, dle kterých se na zadávací řízení, zahájená před účinností tohoto zákona, použijí ustanovení předchozí právní úpravy.

4. Žalobce rovněž vytýká zadavateli nedostatečné posouzení jím přijatých nápravných opatření, jež žalobce přijal ve snaze obnovit svoji způsobilost ve smyslu § 76 ZZVZ. Vůči postupu žalovaného dále v souvislosti s tímto žalobce namítá, že měl k věci přijmout vlastní stanovisko a přijatá nápravná opatření z hlediska jejich dostatečnosti posoudit sám, neboť bez toho dle žalobce nemohl žalovaný náležitě posoudit, zda byl postup zadavatele v souladu se zákonem. Žalobce je přesvědčen, že zadavatel nedostatečně odůvodnil, z jakého důvodu má přijatá nápravná opatření za nedostatečná a žalovaný se tímto blíže nezabýval.

5. Žalobce následně věcně rozporuje hodnocení jednotlivých pochybení žalobce ze strany předsedy ÚOHS (pochybení při plnění smlouvy na veřejnou zakázku s názvem „I/23 Řípec – hr. Okr. JH“ uzavřené dne 17. 8. 2016 - „smlouva I“; pochybení při plnění smlouvy na veřejnou zakázku s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ uzavřené dne 3. 10. 2016 - „smlouva II“), u nichž uvádí, že v první řadě tato pochybení nedosahují intenzity závažného pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. S ohledem na skutkové okolnosti projednávaného případu, je žalobce přesvědčen, že vytýkaná pochybení buď nejsou vůbec pochybeními (záměna asfaltové směsi), nebo mají nedostatečnou intenzitu (nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy), nebo nevznikly z důvodů pochybení na straně žalobce (prodlení s dokončením díla). Žalobce od počátku řízení s jiným zadavatelem tvrdí, že jiný zadavatel nemá pravdu v tom, že by se jednalo o závažné pochybení. Nebyla ani dodržena podmínka mnohosti závažných pochybení, a zadavatel vůbec neměl vycházet ze zkušeností jiného zadavatele. S touto námitkou se předseda ÚOHS vůbec nevypořádal, a proto je jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné. Konečně žalobce trvá na své argumentaci, že z jazykového výkladu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ lze dovodit, že podmínkou

pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení je vždy vznik škody, který je dále doplněn o podmínku předčasného ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

6. Žalovaný předně nesouhlasí s námitkou žalobců o nepoužitelnosti § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ve vztahu k pochybením žalobce a), ke kterým došlo před účinností tohoto zákona, neboť se nejedná o retroaktivní působení zákona. Pokud by dle žalovaného měl zákonodárce v úmyslu vyloučit uplatnění § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ na pochybení, která nastala před účinností tohoto zákona, pak by tak učinil v přechodných ustanoveních.

7. K jednotlivým pochybením, na základě kterých měl být žalobce z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku vyloučen, pak předseda ÚOHS v první řadě uvádí, že žalobce se při realizaci veřejné zakázky nemůže odkazovat na pochybení svého subdodavatele, neboť je to žalobce, kdo je povinen realizovat veřejnou zakázku v souladu se zadávací dokumentací a uzavřenou smlouvou. V konečném důsledku to tak byl žalobce, kdo použil k realizaci veřejné zakázky nesprávnou asfaltovací směs, a jenž navíc při asfaltování ani nedodržel minimální standardy požadované českými technickými normami na tloušťku obrusné vrstvy, ani na pevnost spojů obrusné vrstvy.

8. V souvislosti s vypořádáním žalobní námitky ohledně nezohlednění žalobcem přijatých nápravných opatření ze strany zadavatele žalovaný plně odkazuje na body 56 – 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť předmětnou námitku, jež se nijak neliší od námitky uplatněné v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, žalovaný již zcela vypořádal a žalobce v žalobě nepřináší novou argumentaci na podporu svých tvrzení.

IV. Právní posouzení věci soudem

9. Krajský soud, za splnění podmínek dle § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházejícího jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná** (§ 78 odst. 7 s. ř. s.).

10. Krajský soud se předně zabýval námitkou žalobce ohledně nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že by se jí soud musel zabývat z úřední povinnosti i nad rámec uplatněných žalobních námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002-35, rozhodnutí správních soudů jsou rovněž dostupná na www.nssoud.cz). Je-li totiž rozhodnutí správního orgánu nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí by bylo nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat buď pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.), nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. uvádí jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).

11. S touto námitkou se ovšem krajský soud neztotožňuje, neboť k tomu, aby rozhodnutí správního orgánu bylo považováno za přezkoumatelné, je mimo jiné nezbytné, aby z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu jednoznačně vyplývalo, že se správní orgán posuzovanou věcí zabýval a neopomenul žádné účastníkovy námitky. Stejně tak z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé, přičemž takto formulované právní závěry musí být srozumitelné, vnitřně bezrozporné a nacházející oporu právě ve skutkových zjištěních a provedených důkazech. V opačném případě by se jednalo skutečně o rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky vylučující libovůli v rozhodovací činnosti správce daně. O takový případ se

však u žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS nejedná. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy ÚOHS je totiž jednoznačně zřejmé a seznatelné, na základě jakých důvodů dospěl k závěru, že námitky žalobce uplatněné v rozkladu jsou nedůvodné a rozhodnutí žalovaného správné. Na rozdíl od žalobce je tak krajský soud toho názoru, že se předseda ÚOHS dostatečně a srozumitelně vypořádal se všemi jím uplatněnými námitkami, a to v míře odpovídající jejich relevanci pro podstatu projednávané věci, a není tak zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti.

12. Podstatu meritorních žalobních námitek a tedy i podstatu nyní projednávané věci tvoří nesouhlasná polemika žalobce se závěry předsedy ÚOHS (a žalovaného) ohledně zákonnosti vyloučení žalobce z účasti na veřejné zakázce zadavatelem. Argumentaci žalobce lze přitom rozdělit na dva okruhy otázek. Jednak jde o to, zda zadavatel prokázal naplnění podmínek pro aplikaci ustanovení o vyloučení účastníka zadávacího řízení, a jednak o to, zda se žalobci podařilo obnovit svou způsobilost přijetím dostatečných nápravných opatření.

13. Jak přitom uvedl již žalovaný v rozhodnutí vydaném v prvním stupni, nynější věc není prvním vyloučením žalobce ze zadávacího řízení, ke kterému zadavatel přistoupil s odkazem na ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, ani prvním řízením o přezkumu tohoto úkonu zadavatele, v němž žalovaný a následně předseda ÚOHS rozhodoval. Soud po prostudování věci dospěl k závěru, že některé otázky jsou žalobcem nadnášeny v tomto typu řízení opakovaně, přičemž některé z nich již byly předmětem opakovaného rozhodování nejenom žalovaného a jeho předsedy, ale bylo o nich rozhodováno i v rámci soudního přezkumu zdejším soudem (například zdejší senát rozhodoval v obdobné věci rozsudky ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019-77, či ze dne 15. 12. 2021, č. j. 29 Af 79/2020-57, jiný senát zdejšího soudu se vypořádával s některými argumenty žalobce například v rozsudku ze dne 16. 12. 2020, č. j. 31 Af 67/2019-80; rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz). Soud v nynější věci neshledal důvody pro to, aby se od již vyslovených závěrů odchyloval, podpůrně lze proto odkázat i na argumentaci uvedenou v citovaných rozsudcích.

14. Pokud jde o první okruh otázek, tedy zda zadavatel prokázal naplnění podmínek pro aplikaci ustanovení o vyloučení účastníka zadávacího řízení, podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ platí, že „[z]*adavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.*“

15. Jak vyplývá z důvodové zprávy k § 48 odst. 5 ZZVZ, „[p]*okud se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, které vedly k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, může zadavatel také tohoto účastníka vyloučit. Je nutné v tomto případě, aby došlo k předčasnému ukončení smlouvy ze závažných důvodů nebo nárokování náhrady škody. Není však nezbytné, aby bylo vydáno soudní rozhodnutí, které by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení.*” Stejný závěr pak vyplývá z rozsudku Soudního dvora EU ze dne 13. 12. 2012 ve věci C-465/11, *Forposta SA, ABC Direct Contact, sp. z o.o. proti Poczta Polska*, dle kterého „[č]*lánek 45 odst. 2 první pododstavec písm. d) směrnice 2004/18 veřejné zadavatele totiž opravňuje konstatovat vážné profesní pochybení jakýmikoli prostředky. Kromě toho se na rozdíl od tohoto pododstavce písm. c) ke konstatování profesního pochybení ve smyslu ustanovení uvedeného v uvedeném pododstavci v písm. d) nevyžaduje pravomocný rozsudek.*“ V nyní projednávané věci tak krajský soud bude pouze posuzovat to, zda pochybení, kterých se dle zadavatele dopustil žalobce, byla způsobilá naplnit podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, aniž by však takové hodnocení jakkoliv implikovalo možnost úspěchu žalobce v případném řízení o soukromoprávních nárocích. Citované ustanovení představuje v procesu zadávání veřejné zakázky svým způsobem soukromoprávní prvek, jelikož

umožňuje reflektovat určité negativní zkušenosti příslušného zadavatele s daným účastníkem zadávacího řízení. Soud považuje za zcela klíčové hodnotit celou problematiku optikou zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách (tj. zejména transparentnost a zákaz diskriminace), resp. aplikace daného ustanovení nesmí vzbuzovat pochybnosti o porušení těchto zásad.

16. Žalobce v této souvislosti namítá, že § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vůbec neměl být aplikován na případy zadavatelem tvrzených pochybení žalobce, neboť k těmto pochybením mělo dojít před účinností ZZVZ, přičemž aplikace tohoto zákona na tato pochybení by představovala nepřípustné retroaktivní působení tohoto zákona.

17. Krajský soud nicméně tuto námitku neshledává důvodnou, neboť 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. Jak uvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 6/17 (dostupný na https://nalus.usoud.cz), „[p]*ři posuzování tohoto návrhu je však třeba připomenout, že vedle pojmu retroaktivity, resp. retroaktivního působení zákona (právní normy), je třeba rozlišovat pojem retrospektivy. Retrospektivním působením zákona [na rozdíl od retrospektivního působení judikatury (k tomu viz nálezy sp. zn. III. ÚS 3221/11 ze dne 12. 12. 2013 či sp. zn. II. ÚS 1955/15 ze dne 8. 12. 2015] se rozumí případy, kdy skutečnost, která se udála již v minulosti, se stane právní skutečností rozhodnou pro určité vztahy, které vzniknou až po účinnosti zákona (srov. GERLOCH, A. Teorie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001. s. 92.). Retrospektivně působící zákon nezpůsobuje vznik právních vztahů před jeho účinností za podmínek, které takový zákon teprve dodatečně stanovil, nebo změnu či zánik právních vztahů vzniklých podle staré právní úpravy, a to ještě před účinností nového zákona (pravá retroaktivita); nezpůsobuje ani modifikaci právních následků právních vztahů či skutečností, které vznikly nebo nastaly v době minulé, s účinky pro futuro (nepravá retroaktivita). Retrospektivně působící zákon ‚povyšuje minulou skutečnost za podmínku budoucího právního následku'. [srov. PROCHÁZKA, A. Retroaktivita zákonů. In: HÁCHA, E. (ed.). Slovník veřejného práva československého. Svazek III. Brno: Polygrafia, 1934, s. 800].*

18. 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 skutečnosti 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. Přesto však retrospektivní zákonodárství představuje z hlediska právní jistoty a ochrany obecně vzato problematickou kategorii, protože s minulými skutečnostmi spojuje právní následky, které dotčené subjekty nemohly předvídat. Jestliže by dotčený subjekt věděl, že existence právního vztahu, jehož je účastníkem, bude v budoucnu představovat předpoklad nějakého nového (např. odpovědnostního) právního vztahu, zvažoval by, zda při vědomí takového nového právního vztahu a s ním spojených následků má zájem účastnit se právního vztahu dřívějšího.

19. O takový případ retrospektivního působení právní normy (ZZVZ) se jedná i v nyní projednávané věci, neboť, jak uvedl sám žalobce, 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 žalobce.

20. Krajský soud se neztotožňuje ani s tvrzením žalobce, že z gramatického výkladu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ *in fine* vyplývá, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku musí vždy vzniknout škoda, k níž musí přistoupit předčasné ukončení smlouvy či jiný srovnatelná sankce. Naopak krajský soud se zcela shoduje s názorem žalovaného, že v tomto případě se jedná o několikanásobný větný člen „*vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím*“, je nepřímým předmětem (není v akuzativu), navázaným na přísudek „vedla“ a podmět „pochybení“, přičemž poslední člen tohoto několikanásobného předmětu je od předposledního oddělen spojkou „nebo“. Ve verbální logice je spojka nebo vyjádřením disjunkce, přičemž ve výrokové logice tento operátor označuje situaci, kdy součet dvou výroků nabývá hodnoty „pravda“ jestliže alespoň jeden z nich je pravda. Pokud by citovaný několikanásobný předmět měl představovat nezbytnost kumulativního naplnění vzniku škody a alternativně předčasného ukončení smluvního vztahu či jiné srovnatelné sankce, musel by předmět „vznik škody“ být od zbytku tohoto několikanásobného větného členu oddělen spojkou „a“, která je ve verbální logice vyjádřením konjunkce, kdy součet výroků nabývá hodnoty „pravda“ jestliže všechny konjugované výroky jsou pravda. Takový výklad je taktéž v souladu s čl. 42 Legislativních pravidel vlády. Námitka žalobce, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku je nezbytné kumulativní naplnění vzniku škody a uplatnění sankce, je tak nedůvodná.

21. Současně krajský soud zastává ten výklad, že mnohost pochybení nemusí být nutně vztažena pouze k jednomu závazkovému vztahu. Ač text ustanovení skutečně hovoří o pochybeních v množném čísle, kdežto o smluvním vztahu v čísle jednotném, nelze to chápat žalobcem zastávaným restriktivním způsobem. Vzhledem k výše popsanému smyslu aplikovaného ustanovení (a s ohledem na požadavek transparentnosti a zákazu diskriminace) je dle krajského soudu podstatné, aby shledaná pochybení dosahovala určité kvality, nicméně tyto obsahové požadavky jsou vyjádřeny podmínkou, že musí jít o pochybení buď závažná, nebo dlouhodobá. Potom však krajský soud neshledává žádný důležitý důvod, proč by nemělo být možné přiznat relevanci negativní zkušenosti zadavatele plynoucí z (minimálně) dvou pochybení (byla-li závažná či dlouhodobá) týkajících se dvou různých závazkových vztahů

22. Vzhledem k dalším žalobním námitkám je třeba zrekapitulovat, v čem tkvěla pochybení žalobce. Ze správního spisu i z tvrzení žalobce vyplývá, že se jich měl dopustit konkrétně při plnění Smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále jen „Smlouva I“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „*I/23 Řípec - hr. okr. JH*“, a Smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 (dále jen „Smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/*19 Plíškovice - Mirovice*“. Závažné pochybení ze Smlouvy I spočívalo podle zadavatele ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, aniž by tato změna byla schválena, v závěrečné zprávě k zhotovenému dílu pak měl žalobce uvést, že k žádné změně nedošlo. Nadto bylo laboratorním zkoumáním zjištěno, že žalobcem položená obrusná vrstva nesplňovala ani minimální požadavky na tloušťku obrusné vrstvy, stanovenou českými technickými normami (ČSN 73 6121), stejně jako nesplňovala minimální požadavky, stanovené těmito normami pro pevnost spojů obrusné a ložní vrstvy vozovky. Druhým pochybením žalobce mělo být významné nedodržení harmonogramu.

23. Z žalobní argumentace je dle krajského soudu zjevné, že v případě tvrzeného pochybení žalobce ze Smlouvy I žalobce nerozporuje, že by se jednalo o závažné pochybení, pouze se toto pochybení snaží marginalizovat s poukazem na okolnosti jeho vzniku, a také na skutečnost, že dle žalobce záměna typu asfaltového koberce neměla vliv na užívání díla. Krajský soud má za to, že v případě pochybení v rámci plnění díla ze Smlouvy I se žalobce dopustil pochybení vážného, neboť se ze strany žalobce sice jednalo o porušení smluvních povinností, nicméně uvedené porušení spočívalo v odchýlení se od charakteristiky díla ze Smlouvy I bez předchozího povolení či konzultace, žalobce provedl dílo v rozporu s minimálními požadavky stanovenými technickými normami, pročež 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 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.

24. V citovaném rozsudku ve věci *Poczta Polska SA* přitom Soudní dvůr EU uvádí, že „*pojem ‚profesní pochybení‘ zahrnuje jakékoli zaviněné jednání, které má dopad na profesní důvěryhodnost dotčeného subjektu, nikoli pouze porušení deontologických norem povolání, ke kterému tento subjekt patří, ve striktním významu, konstatované disciplinárním orgánem ustanoveným v rámci tohoto povolání nebo pravomocným soudním rozhodnutím.* (…) *Nesplnění smluvních povinností hospodářským subjektem se proto v zásadě může považovat za profesní pochybení. Pojem ‚vážné pochybení‘ je však 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. Kromě toho konstatování existence „vážného pochybení“ v zásadě vyžaduje, aby bylo provedeno konkrétní a individuální posouzení chování dotyčného hospodářského subjektu.*“ Důraz je tedy kladen na to, aby pochybení příslušného hospodářského subjektu byla vyhodnocena v kontextu individuálního případu. Z obsahu rozhodnutí žalovaného, resp. předsedy ÚOHS je zřejmé, že se závažností pochybení správně zabývali a své závěry odůvodnili. Tím byl dle krajského soudu požadavek plynoucí z citovaného rozhodnutí zcela respektován. Navíc lze upozornit i na to, že zadavatel se ve svém rozhodnutí ze dne 29. 4. 2020 o odmítnutí námitek žalobce výslovně věnoval i interpretaci tohoto rozhodnutí a jeho aplikaci na projednávaný případ. Prizmatem citovaného rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Poczta Polska SA*, jakož i z čl. 101 preambule Směrnice 2014/24/EU, lze i pochybení žalobce ze Smlouvy II v podobě porušení smluvních povinností hodnotit jako pochybení (profesní pochybení), které dosáhlo vysokého stupně závažnosti z důvodu, že vyvolává vážné pochybnosti o spolehlivosti žalobce (prodlení s dokončením díla, které nakonec vyústilo v odstoupení od smlouvy a dokončení díla jiným subjektem, vybraným v novém zadávacím řízení), pročež se jedná o pochybení, které naplňuje dostatečně vysokou míru nedbalosti žalobce při realizaci díla a je tedy možné konstatovat podřaditelnost tohoto pochybení pod § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

25. Konečně žalobce namítá nedostatečné posouzení jím přijatých nápravných opatření ze strany zadavatele, jež žalobce přijal ve snaze obnovit svoji způsobilost ve smyslu § 76 ZZVZ, dle něhož „*může účastník zadávacího řízení prokázat, že i přes naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření.*“ Odstavec 3 potom říká, že „*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.*“

26. Interpretací citovaného ustanovení se krajský soud zabýval již v citovaném rozsudku č. j. 29 Af 79/2020-57, když dovodil, že zadavatel má na své straně poměrně širokou rozhodovací

pravomoc, jelikož je oprávněn zhodnotit dostatečnost opatření dle vlastní úvahy s přihlédnutím k závažnosti předchozích pochybení. Citované ustanovení tedy sice poskytuje příslušnému účastníkovi zadávacího řízení příležitost k prokázání své nápravy, ale současně nestanoví povinnost zadavatele tato nápravná opatření jako dostatečná akceptovat. To ostatně plně odpovídá výše popsanému účelu právní úpravy, jelikož konečné rozhodnutí, zda účastník zadávacího řízení dostane v důsledku své snahy o nápravu „další šanci", nebo nikoliv, by mělo vzejít právě od zadavatele. Jinými slovy řečeno, neexistuje objektivní hranice, při jejímž překročení by příslušný účastník vždy (tj. i přes nesouhlas zadavatele) prokázal svou nápravu. Určitá objektivní hranice však spočívá v případě ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona o veřejných zakázkách právě v oné časové podmínce, jelikož po uplynutí 3 let již starší pochybení nelze účastníkovi zadávacího řízení klást k tíži. Výše uvedené je zásadní pro soud, jelikož je tím limitována jeho přezkumná činnost. Sám soud tedy nemůže (ve světle uplatněného žalobního bodu) rozhodovat o tom, zda přijatá (či deklarovaná) opatření dávají dostatečnou pravděpodobnost nápravy účastníka, ale pouze o tom, zda zadavatel jejich dostatečnost vyhodnotil, aniž by při tom narušil zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace (apod.).

27. Krajský soud i v nyní projednávaném případě dospěl k závěru, že zadavatel tomuto požadavku dostál, tím pádem shledal v této otázce správným i napadené rozhodnutí (zejména body 56 až 62 odůvodnění), v němž předseda ÚOHS odkázal na str. 3 a násl. rozhodnutí zadavatele ze dne 4. 10. 2019 o námitkách žalobce proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. S přihlédnutím k obsahu tohoto rozhodnutí zadavatele (na nějž v podrobnostech odkazuje i soud) nelze dospět k závěru, že by zhodnocení přijatých opatření bylo provedeno pouze povrchně. Naopak zadavatel tvrzená opatření zhodnotil a vysvětlil, proč je nepovažuje ani ve svém souhrnu za dostatečné záruky toho, že se žalobce v budoucnu nedopustí stejného pochybení, jelikož mohou mít vliv pouze na zkvalitnění staveb. Krajský soud se s popsanou argumentací ztotožňuje.

V. Závěr a náklady řízení

28. Krajský soud proto na základě výše uvedeného žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.

29. O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobci ve věci úspěch neměli (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemají proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročež mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 31. ledna 2022

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje: Dana Janků