



ČESKÁ REPUBLIKA  
**ROZSUDEK**  
**JMÉNEM REPUBLIKY**

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA v právní věci

žalobce: **ROBSTAV k.s.**, IČ 27430774  
sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4  
právně zastoupen Mgr. Filipem Toulem, advokátem  
sídlem Lannova tř. 16/13, 370 01 České Budějovice

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

za účasti osob

zúčastněných na řízení: I) Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČ 65993390  
sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4  
II) Správa a údržba silnic Jihočeského kraje,  
příspěvková organizace  
sídlem Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 16.7.2019, č.j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe

**takto:**

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **nemají právo** na náhradu nákladů řízení.

### Odůvodnění:

#### I. Předmět řízení

1. Žalobou podanou ke Krajskému soudu v Brně dne 22. 8. 2019 se žalobce domáhal zrušení shora označeného rozhodnutí žalovaného, kterým bylo potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/512/TDv, a zamítnut rozklad proti tomuto rozhodnutí.
2. Rozhodnutím správního orgánu prvního stupně byl zamítnut návrh žalobce ve věci přezkumu úkonů zadavatelů Ředitelství silnic a dálnic ČR, Obec Sedlec a Správy a údržby silnic Jihočeského kraje, kteří rozhodli dne 9. 1. 2019 o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“. Námitky proti rozhodnutí o vyloučení zadavatelé odmítli.

#### II. Obsah žaloby

3. Žalobce nejprve shrnul průběh zadávacího řízení a řízení před žalovaným a následně uvedl konkrétní námitky proti napadenému rozhodnutí. Dle žalobce žalovaný zejména nesprávně přiznává použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona retroaktivní účinek, dále nesprávně uvedl, že má za prokázané, že byly naplněny podmínky použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tedy závažnost a nebo dlouhodobost pochybení při plnění dřívější veřejné zakázky, a že se žalobce dopustil 2 a více těchto pochybení, když se důvody dostatečně nezabýval a nesprávně vyhodnotil podmínku vzniku škody, předčasného ukončení smluvního vztahu nebo jiných srovnatelných sankcí, když se nezabýval tím, zda skutečně k těmto následkům došlo, zda byly splněny podmínky pro jejich uplatnění a zda byla dána jejich přiměřenost.
4. V podrobnostech nejprve napadl závěry o pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále též „smlouva I“). Namítl, že z vypořádání tvrzení žalobce, že ve správním spise není ohledně tvrzené nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy založen ani znalecký posudek, ani rozhodnutí soudu, z nichž by vyplynulo, že se jedná o vadu, není možné jednoznačně dovodit, že daná vytýkaná vada měla takovou intenzitu, aby splnila požadavky § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. Nesouhlasil ani se závěrem, že nebylo třeba zkoumat vady vozovky, neboť jednak rozsah jednotlivých vad je stěžejní pro určení jejich charakteru, a žalovaný při posuzování vytýkaných vad vycházel pouze z argumentace zadavatele, aniž by si na věci učinil vlastní názor a nezjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
5. Dále namítal, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení, které mají být uplatněny ve chvíli, kdy se spor mezi zadavatelem a dodavatelem dostane k žalovanému, resp. od okamžiku zahájení správního řízení.
6. Ve třetím žalobním bodu brojil žalobci proti závěru žalovaného, že došlo ke zmaření účelu smlouvy I. s tím, že nebylo prokázano, že by byl účel smlouvy I jakkoliv zmařen, neboť došlo

k předání a převzetí díla, dílo bylo možno užívat, a o tom, že by snad jeho účel měl být zmařen, nedoložil zadavatel žádné důkazy.

7. Následně žalobce brojil proti vzniku práva uplatnit jednu ze sankcí s tím, že žalovaný převzal tvrzení zadavatele, který nijak nezkoumal a nezabýval se charakterem záměny asfaltových směsí, a nelze mít ani za prokázané, že ostatní vytýkané vady by naplnily podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Namítl i to, že žalovaný nijak nezkoumal, zda sankce, na kterou údajně vzniklo zadavateli právo, je sankcí přiměřenou k odstoupení od smlouvy s tím, že podle žalobce rozhodně není. Dále poukazoval na to, že měl dobrou vůli odstranit případná pochybení a odkázal na rozsudek Soudního dvora EU ve věci sp. zn. C-465/11 - Forposta SA a spol. proti POCZTA Polska SA.
8. Dále brojil proti závěrům o pochybením při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále též „smlouva II“). Namítl, že se žalovaný nijak nezabýval tím, zda se žalobce dostal do prodlení vlastní vinou, či zda byl v prodlení v důsledku neposkytnutí součinnosti zadavatele. Nesouhlasil se závěrem, že „*závažnost pochybení navrhovatele je dána již délkou jeho prodlení*“, neboť žalovaný se opět nezabýval dostatečně argumenty žalobce a neposoudil dostatečně charakter pochybení.
9. Nesouhlasil ani se závěry žalovaného o nutnosti posoudit platnost odstoupení od smlouvy s tím, že tato otázka je stěžejní, neboť zákon stanoví požadavek předčasného ukončení smluvního vztahu (které musí být po právu), nebo na jiné srovnatelné sankce, kdy je dle názoru žalobce nutné zabývat se tím, zda jsou sankce skutečně srovnatelné s odstoupením od smlouvy. Pokud by tomu tak nebylo, není zákonná podmínka použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona splněna. Namítl zároveň, že žalovaný si k odstoupení neučinil úsudek, neboť tuto otázku považoval za nepodstatnou. K právu na smluvní pokutu žalobce uvedl, že se žalovaný vůbec nezabýval tím, zda je splněna podmínka přiměřenosti se sankcí odstoupení od smlouvy. Výše smluvní pokuty byla v nepoměru k následkům odstoupení.
10. Dle názoru žalobce v daném případě nebyla splněna podmínka předčasného ukončení smluvního vztahu (odstoupení od smlouvy), když nebylo dáno najisto, zda odstoupení od smlouvy bylo platné, anebo zda existovaly jiné srovnatelné sankce, neboť smluvní pokuta v tomto případě srovnatelnou sankcí nebyla. Žalobce rovněž napadá způsob, jakým se žalovaný vypořádal v bodě 73 napadeného rozhodnutí s námitkou, že Úřad bez jakékoliv opory tvrdil, že došlo k narušení provozu na pozemních komunikacích. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí pouze uvedl, že námitka není důvodná. Žalobce je však opačného názoru s tím, že přístup žalovaného svědčí o tom, že používal pouhá tvrzení bez jakékoliv opory, a námitkami žalobce se nijak nezabýval.
11. K vyloučení žalobce podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ namítl, že není možné přiznat ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona retroaktivní působení, a není tedy možné vztáhnout jej na pochybení, která nastala v případě zakázek zadaných za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a žalovaný nijak blíže nerozvedl závěr, že se jedná o přípustné zpětné působení zákona. Názory, které žalovaný v rozhodnutí uvedl, jsou podle žalobce nesprávné a v případě citovaného ustanovení se jedná o nepřípustnou retroaktivitu, jelikož zájem na zjednodušení možností zadavatele vyloučit účastníka ze zadávacího řízení nemůže být nadřazen ústavněprávním zásadám a principům. V předmětné věci nedošlo ze strany žalovaného k dodržení zásady přiměřenosti a proporcionality a nebyly pečlivě přezkoumány podmínky vyloučení. Žalobce je přesvědčen, že pokud se jedná o nový institut, který se v předchozí právní úpravě nevyskytoval, bylo by v rozporu se zásadou legitimního očekávání a dobré víry a předvídatelnosti, aby tento institut působil nazpět. K tomu odkázal na přechodná ustanovení ZZVZ (konkr. § 273 odst. 1 ZZVZ).

12. Dále brojil proti závěrům ohledně podmínky způsobení škody, neboť má za to, že z jazykového výkladu zákona je nutné dovodit, že ke škodě musí dojít vždy a k ní musí přistoupit buď předčasné ukončení smluvního vztahu, anebo jiné srovnatelné sankce. Podle žalobce lze s ohledem na použitou formulaci mít za to, že zákonodárce zamýšlel způsobení škody a jinou sankci kumulativně. I pokud by bylo možné přisvědčit názoru žalovaného, že ke škodě dojít nemusí, je nutné se zabývat tím, co je srovnatelnou sankcí s odstoupením od smlouvy, přičemž se vyjádřil k povaze smluvní pokuty jako srovnatelné sankce a k možnosti odstoupení od smlouvy dle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. V daném případě se žalovaný detailně nezkoumal, zda je dána dostatečná přiměřenost sankce, tedy zda sankce je přiměřená důsledkům odstoupení od smlouvy.
13. V prvním doplnění žaloby doplnil k bodu „pochybením při plnění smlouvy I“, že tohoto pochybení se nedopustil on, ale jeho poddodavatel a není splněn požadavek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Žalobce má za to, že pokud toto pochybení šlo na vrub poddodavateli, který se nové zakázky účastnit nebude, není podmínka uvedeného ustanovení naplněna. Žalovaný se rovněž nijak nezabýval tím, že záměnu směsi nemohl žalobce odhalit ani při vynaložení odborné péče. Rovněž žalovaný neřešil, zda byla splněna podmínka více než jednoho pochybení.
14. Následně doplnil k bodu 4 žaloby, k podmínce kvalifikovaného následku – právu na zaplacení smluvní pokuty, že je podle něj nutné, aby žalovaný zkoumal, zda jde rovněž o sankci uplatňovanou po právu, tedy zda na ni skutečně zadavateli vznikl nárok, s čímž se žalovaný v napadeném rozhodnutí nijak nevypořádal. Pokud tedy žalovaný pouze bez bližšího zkoumání, a aniž by si učinil úsudek dle § 57 správního řádu, převzal tvrzení zadavatele, postupoval v rozporu se zákonem.
15. K pochybením při plnění smlouvy II doplnil, že se žalovaný se nijak nevypořádal s tvrzeným pochybením při splnění smlouvy II, tedy s prodlením s dokončením díla, a nijak neřešil, zda k němu došlo z důvodů na straně dodavatele či zadavatele. Dále blíže popsal pochyby o správnosti závěrů o prodlení a uvedl, že důvody pro odstoupení dány nebyly, a žalobce tak odstoupení považuje za neplatné. Pokud tedy zadavatel uvádí, že došlo k významnému prodlení se splněním díla, musí doložit, že tomu tak skutečně bylo, a pokud argumentuje uplatněním nároku na odstoupení od smlouvy, musí prokázat, že toto odstoupení bylo po právu. Žalovaný však v dané věci oprávněnost odstoupení od smlouvy nijak nezkoumal.
16. Žalovaný rovněž v daném případě opomněl, že pro naplnění požadavků předmětného ustanovení je nutné, aby došlo k více než jednomu porušení smlouvy a kdy tato podmínka dle žalobce v případě smlouvy II rozhodně naplněna nebyla. Žalovaný se také vůbec nezabýval tím, že k tvrzenému prodlení došlo z důvodů na straně zadavatele, nikoliv žalobce.
17. K bodu 4 žaloby – podmínka způsobení škody, další sankce doplnil, že podle jeho názoru musí dojít k ukončení smluvního vztahu na základě jednostranného úkonu, který má sankční povahu, a není tedy například možné ukončení smluvního vztahu dohodou. Vedle otázky přiměřenosti způsobené škody či jiných sankcí je také nutné zabývat se jejich oprávněností.
18. Žalobce dále podal ještě druhé doplnění žaloby, ve kterém se zabýval pluralitou pochybení účastníka řízení s tím, že pro splnění podmínek pro vyloučení soutěžitele je podle jeho názoru zapotřebí minimálně dvě a více různých pochybení, která bude možné kvalifikovat jako pochybení závažná a dlouhodobá a při plnění dřívějšího smluvního vztahu (jednoho). ZZVZ podle něj nestanoví, že lze zohledňovat pluralitu pochybení v rámci více smluvních vztahů, tedy vztahů z více smluv, ale pouze jednoho smluvního vztahu. Dovožovat pluralitu na základě pochybení u více smluv nemá oporu v ZZVZ s tím, že v řízení nebylo prokázáno, že by byla

naplněna pluralita závažných pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu a zadavatel toto ani netvrdil pro svůj závěr o naplnění podmínek vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d).

19. K otázce závažnosti pochybení u Smlouvy I a rozsahu pochybení uvedl, že nelze jako závažná pochybení považovat položení jiné směsi a zároveň další vady související s pokládkou této směsi. Je-li vadným plněním již samotné dodání (pokládka) jiné směsi, je nepřipustné a nedůvodné považovat za další závažná pochybení některé jiné vady díla týkající se právě této směsi a její pokládky. Stále se jedná pouze o jednu vadu díla v provedení pokládky směsi (její záměna, její nedostatečná tloušťka a nedostatečná pevnost spojení této vrstvy a ložní vrstvy). Opětovně odkázal na rozhodovací praxi Soudního dvora EU ke stanovení závažnosti porušení smlouvy.

### III. Obsah vyjádření žalovaného

20. Žalovaný ve svém vyjádření navrhl zamítnutí žaloby s tím, že uplatněné žalobní námítky nejsou důvodné. Nejprve se vyjádřil k tvrzeným nesprávným závěrům ohledně pochybení při plnění smlouvy I. K nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu odkázal na přílohu rozhodnutí o vyloučení žalobce s názvem „Fotodokumentace jádrových vrtů“ (příloha č. 3), z kterého lze zjistit prostým porovnáním dvou číselných hodnot splnění technických norem i bez zvláštních odborných znalostí. Dále odkázal na fotografie zachycující pouhým okem viditelné trhliny ve svrchní vrstvě vozovky a uvedl, že žalobce nepředložil nic, co by vyvracelo správnost těchto podkladů, a to ani ve správním řízení. Podle žalovaného je tedy ve správním spise dostatečné množství relevantních podkladů, a pokud jde o námitku, že účel smlouvy I nebyl zmařen, odkazuje předseda žalovaného plně na závěry formulované v bodě 39. odůvodnění napadeného rozhodnutí.
21. K nesprávným závěrům ohledně pochybení při plnění smlouvy II odkázal žalovaný na důkazní břemeno žalobce ohledně prodlení a příčinné souvislosti se zaviněním zadavatele, které žalobce ve správním řízení neunesl. Nadále setrval na názoru, že prodlení žalobce přesáhlo více než polovinu původně sjednané doby pro dokončení díla a žalobce nijak neodůvodnil, proč by závažnost prodlení nebyla dána jen jeho délkou. K odstoupení od smlouvy uvedl, že napadené rozhodnutí se opírá o fakt, že vzniklo právo na uplatnění jiné srovnatelné sankce, tj. smluvní pokuty. Proto nebylo třeba se otázkou platnosti odstoupení od smlouvy zabývat. K neprokázání narušení provozu pro stručnost odkázat na bod 73. odůvodnění rozhodnutí.
22. Dále se žalovaný vyjádřil k otázce sankcí vzniklých v souvislosti s pochybeními u smluv. Uvedl, že nepovažuje za správný výklad, že podmínkou vyloučení je vznik škody kumulativně se vznikem práva na odstoupení či práva na uplatnění jiné sankce. Odkázal na body 83. až 85. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Odkázal i na čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU. Zároveň uvedl, že s ohledem na pořadí uvedených sankcí by gramatický výklad zákona prezentovaný žalobcem tak založil rozpor mezi směrnicí a zákonem a zákon je třeba vykládat tak, že mezi vznikem škody a ostatními elementy poslední části věty § 48 odst. 5 písm. d) zákona není kumulativní vztah, nýbrž vztah alternativní.
23. Ke smluvní pokutě jako jiné srovnatelné sankci uvedl, že je třeba srovnávat sankci buď s právem na náhradu škody anebo s odstoupením od smlouvy a srovnatelná je v případě, že má funkci kompenzační, tj. funguje jako paušalizovaná náhrada škody pro případ porušení určitého pravidla a právo na ni vzniká bez ohledu na skutečnou výši vzniklé škody. V případě dotčených smluv fungovaly dle žalovaného smluvní pokuty jako paušalizovaná náhrady škody v případech, kdy nevznikla škoda v hodnotě vyšší, než je stanovená smluvní pokuta a jsou tedy jinými srovnatelnými sankcemi ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

24. Velmi podrobně se žalovaný zabýval otázkou retroaktivní aplikace zákona a uvedl, že je zjevně bezdůvodná. S odkazem na judikaturu i teorii se vyjádřil k tomu, co je pravá a nepravá retroaktivita a retrospektiva
25. V případě § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ z žádného ustanovení zákona nevyplývá, že by mělo být ustanovení použitelné i pro dobu před vyhlášením zákona. Nemůže se tedy jednat o pravou retroaktivitu. Zdejší zadávací řízení bylo zahájeno po účinnosti zákona. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nedopadá na zadávací řízení (právní vztah), které by bylo zahájeno před účinností zákona, a nepředstavuje tedy ani nepravou retroaktivitu. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve zdejším případě působí retrospektivně a retrospektivní právní úprava je zásadně přípustná.
26. V případě ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je dán veřejný zájem na retrospektivní aplikaci, neboť toto ustanovení chrání veřejného zadavatele a jeho finanční sféru před tím, aby byl nucen uzavřít smlouvu s někým, kdo v závažné míře neplní řádně a včas své závazky. Zájem žalobce, aby se mohl účastnit soutěže o veřejnou zakázku je ve zdejším případě zřetelně slabší, než zájem na ochraně veřejných prostředků, k němuž aplikované ustanovení směřuje. V případě legitimního očekávání se žalobce nemůže dovolávat důvěry v právo, když v době poskytnutí vadného či pozdního plnění, které představovalo porušení práva, si mohl a měl být vědom toho, že v budoucnu mohou být takováto pochybení důvodem pro jeho vyloučení z dalších zadávacích řízení. Do právní jistoty či důvěry žalobce v právo tedy nebylo retrospektivním charakterem ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona zasaženo. Námitka je tedy nedůvodná.
27. K otázce aplikace zásad trestního řízení v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele odkázal žalobce na napadené rozhodnutí a správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je svojí podstatou blízké spornému řízení a nejedná se v něm o trestání.

#### **IV. Obsah vyjádření Ředitelství silnic a dálnic ČR**

28. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, ve svém vyjádření nejprve shrnul skutkový stav předcházející vydání žalobou napadeného rozhodnutí a následně obecně uvedl, že souhlasí s rozhodnutím Úřadu i žalovaného s tím, že naprostá většina tvrzení žalobce je jen opakováním skutečností a argumentů dříve uvedených a prokazatelně a srozumitelně vyvrácených jak zadavatelem, tak i Úřadem.
29. Zadavatel též podotýká, že v žalobě chybí strana 6 žaloby, tedy vyjádření žalobce k bodu „3. K závěru, že došlo ke zmaření účelu smlouvy I“ a část bodu č. 4, jehož nadpis není znám. Zadavatel podotýká, že strana 6 žaloby nebyla doložena v elektronické verzi žaloby mu zasláné soudem a z nahlédnutí do spisu u soudu, v němž strana 6 také absentuje, je zřejmé, že se nejedná o technickou chybu na straně zadavatele, ale o pochybení žalobce. K uvedeným bodům tak nelze vůbec přihlížet.
30. K pochybením při plnění smlouvy I uvedl, že se ztotožňuje se závěry žalovaného, že ve správním řízení byla existence a závažnost pochybení dostatečně prokázána, a to prostřednictvím rozsáhlého množství důkazů předložených zadavatelem. Jde-li o znalecký posudek, je třeba uvést, že žalobce důkaz znaleckým posudkem nenavrhl, ani znalecký posudek nepředložil.
31. K námitce, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení, uvedl, že žalobce nadále pomíjí, že zadávací řízení není správním řízením. Správní řízení o přezkoumání postupu zadavatele v zadávacím řízení je stále jen řízením zkoumajícím postup zadavatele v soukromoprávním vztahu. Nadto žalobce se zásad správního trestání nedovolával vůči ÚOHS, ale vůči zadavateli.

32. K bodu č. 4 žaloby a odkazu na rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C-465-11, že z obsahu správního spisu je zcela zřejmé, že žalobcova snaha „odčinit“ důsledky vadného plnění byla zcela nedostatečná až obstrukční.
33. K pochybení při plnění smlouvy II uvedl, že žádné prodlení nezpůsobil, staveniště předal včas a žalobce nepředložil v průběhu správního řízení žádný důkaz o tom, že tomu bylo jinak, a souhlasil s tím, že vypořádávat otázku, čím došlo ke zmaření účelu smlouvy, je nadbytečné, neboť nejde o nutnou podmínku vyloučení dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Nadto smlouva II byla ukončena odstoupením od ní, pak bylo zmařeno její plnění a logicky pak i její účel.
34. K typu sankcí uvedl, že se žalovaný pečlivě zabýval následky pochybení žalobce a shledal za dostatečné jiné srovnatelné sankce již samotné uplatnění smluvních pokut. K hodnocení samotného odstoupení od smlouvy odkázal na různé názory uvedené v rámci správního řízení s tím, že je nadále přesvědčen, že i odstoupení na smlouvy je platné, nebylo dosud jakkoliv relevantně zpochybněno a Úřad jeho platnost posoudil. Otázka narušení provozu na pozemních komunikacích byla uspokojivě vyřešena již v rámci prvostupňového rozhodnutí a ztotožnil i se závěrem žalovaného, že již samotná prodlení při plnění smlouvy II jsou závažným pochybením.
35. K otázce retroaktivity odkázal na přesvědčivou argumentaci v rozhodnutích Úřadu. Žalobce podle něj zcela účelově zaměňuje účinnost právního předpisu a dobu, kdy nastaly skutkové okolnosti, na které tento právní předpis odkazuje. Odkaz na přechodné ustanovení obsažené v § 273 ZZVZ je irelevantní, neboť to upravuje pouze to, jakou právní úpravou se řídí zadávací řízení nedokončená v době účinnosti nového ZZVZ. Vyloučení žalobce ze zadávacího řízení tak nemá na tato předchozí zadávací řízení jakýkoliv dopad. Skutečnost, že předchozí zákon neumožňoval zadavateli vyloučit účastníka zadávacího řízení (uchazeče) pro dřívější porušení smluvního závazku nemá žádný význam; zadavatel totiž přistoupil k vylučování žalobce v zadávacím řízení dle nové právní úpravy. ZZVZ předpokládá pochybení při jakémkoliv dřívějším smluvním vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, aniž by okruh takových smluvních vztahů jakkoliv omezoval určitou právní úpravou. Zbylá argumentace žalobce týkající se ústavnosti retroaktivity je zcela bezpředmětná, neboť se o retroaktivitu právního předpisu vůbec nejedná. Zadavatel odmítl argumentaci, že se ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ může „*lehce stát zneužívajícím instrumentem*“.
36. K podmínce způsobení škody, další sankce odkázal zadavatel na své dřívější vyjádření, že tento závěr žalobce je zcela absurdní a rozporný s Legislativními pravidly vlády. Názor žalobce by odporoval i tzv. zadávací směrnici EU (Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES).
37. Závěrem zadavatel uvedl, že má nadále za jednoznačně prokázané, že se žalobce v posledních 3 letech na zahájení zadávacího řízení dopustil porušení povinností vyplývajících pro něj ze závazkového vztahu se zadavatelem, a zadavatel nemohl postupovat jinak než žalobce ze zadávacího řízení vyloučit, a to postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a nedopustil se porušení § 6 ani § 48 ZZVZ.

## V. Posouzení věci

38. Krajský soud v Brně na základě včas podané žaloby přezkoumal napadené rozhodnutí v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 věta první s. ř. s.), jakož i řízení předcházející jeho vydání. Při přezkoumání napadeného rozhodnutí vycházel ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správních orgánů (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). O žalobě soud rozhodl, aniž nařizoval jednání, za podmínek vyplývajících z § 51 odst. 1 s. ř. s.

39. Předem vypořádání žalobních námitek považuje soud za vhodné vyjádřit se k podání žalobce z hlediska „kvality“, „čitelnosti“ souboru, který byl součástí datové zprávy a ve kterém byla žaloba zaslána soudu a následně rozesílána žalovanému a OZNŘ. Je pravdou, že žalobní bod 3. a převážná část žalobního bodu 4. (celá strana 6) byla v souboru *TMP45822641sedlec\_správní žaloba* např. v programu Adobe Acrobat Reader DC nečitelná (resp. se jevila jako prázdná stránka, a to i v případě tisku souboru). Nicméně při zobrazení souboru např. v prohlížeči Microsoft Edge došlo k zobrazení uvedené stránky, vč. možnosti její tisku. Z tohoto důvodu soudní spis obsahuje výtisk datové zprávy tak, jak byla soudu zaslána. Krom toho je ve spisu založena i kopie žaloby pořízená v programu Microsoft Edge, ve které je zachycen celý obsah žaloby. Z tohoto důvodu soud žalobce nevyzýval k odstranění vad žaloby.
40. Obecné námítky shrnuté v úvodu žaloby rozvíjel žalobce v rámci konkrétních bodů, pročež se soud vypořádal s jednotlivými rozvinutými žalobními body, které zahrnovaly veškeré obecné námítky [tj. nesprávně přiznaný retroaktivní účinek § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, naplnění podmínek použití § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, tedy závažnost a nebo dlouhodobost pochybení při plnění dřívější veřejné zakázky, a že se žalobce dopustil 2 a více těchto pochybení, když se důvody dostatečně nezabýval, a nesprávně vyhodnotil podmínku vzniku škody, předčasného ukončení smluvního vztahu nebo jiných srovnatelných sankcí, když se nezabýval tím, zda skutečně k těmto následkům došlo, zda byly splněny podmínky pro jejich uplatnění a zda byla dána jejich přiměřenost].
41. Žalobní bod označený jako 1. K pochybením při splnění smlouvy I zpochybňoval jednak dostatečnost zjištění skutkového stavu a zároveň i právní posouzení vad.
42. K samotné textaci uvedeného žalobního bodu musí soud konstatovat, že žalobce pravděpodobně zaměňuje právě námitku nedostatečného zjištění skutkového stavu a námitku právního hodnocení, neboť citace napadeného rozhodnutí, uvedená slovy: „*ve zdejším případě je zjevné ...*“ (jinak část bodu 36. napadeného rozhodnutí), se týká hodnocení skutkového stavu, jak je konečně uvedeno i v předcházejícím odstavci napadeného rozhodnutí. V bodu 36. žalovaný shrnul, na základě čeho má za prokázanou existenci vad. Tato část napadeného rozhodnutí se nijak nedotýkala právního hodnocení vad, tj. naplnění podmínek § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Se žalobcem proto lze souhlasit v namítaném, že z bodu 36. napadeného rozhodnutí nelze dovodit, že by vytýkaná vada měla takovou intenzitu, aby splnila požadavky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, nicméně soud z citované části rozhodnutí ani neshledal, že by žalovaný v citovaném bodu napadeného rozhodnutí hodnotil naplnění daného ustanovení ZZVZ.
43. Pokud jde o tvrzení, že ve správním spise není ohledně tvrzené nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy založen ani znalecký posudek, ani rozhodnutí soudu, z nichž by vyplynulo, že se jedná o vadu, soud konstatuje, že si je vědom rozložení důkazního břemene ve sporech o náhradu škody, v jejichž rámci tíží poškozeného (zadavatele) důkazní břemeno mimo jiné i ohledně existence vad a příčinné souvislosti, tj. v otázce zda jím tvrzená škoda vznikla v důsledku činnosti tvrzeného škůdce (žalobce).
44. Soud nepochybně, že zjištění existence vad je základním krokem, neboť teprve poté lze hodnotit, o jaké vady se jedná. Nicméně z obsahu správního spisu má soud za prokázané, že všechny tři vady (záměna asfaltové směsi, dostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky, nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky) jsou zachyceny ve správním spise. Záměna asfaltových směsí není sporná, neboť sám žalobce tvrdí, že jedná po pochybení jeho subdodavatele, ostatní vady vyplývají z rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce a jeho příloh – Fotodokumentaci jádrových vrtů a technické normy.
45. Žalobce nijak nedoložil, že by uvedené vady komunikace, která byla předmětem smlouvy I, komunikace nevykazovala. Samotné vady, podle názoru soudu, nepotřebují ke své existenci být



dokazovány znaleckým posudkem. Žalobce nikde v žalobě netvrdí, že by dotčená komunikace byla bez vad a fakticky výsledky zkoušek laboratoře ESLAB, spol. s r.o. nijak relevantně nezpochybnil. K porovnání výsledku měření a technických norem nejsou potřeba žádné expertní znalosti.

46. Lze sice konstatovat, že žalovaný, ani správní orgán prvního stupně se otázkou příčinné souvislosti výslovně nezabývali, ale je třeba si uvědomit, že v řízení před žalovaným nešlo o výlučně posouzení otázky zákonnosti uplatnění smluvní pokuty, resp. žalovaný nebyl povolán k autoritativnímu posouzení otázky náhrady škody mezi žalobcem a zadavatelem. Jeho úkolem bylo posoudit naplnění skutečnosti dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, v jejichž rámci je otázka sankce jednou z dílčích otázek. Nejedná se proto o spor o náhradu škody. Sám žalobce se dovolává uplatnění zásad trestního řízení, což by implikovalo přenos důkazního břemene na zadavatele, potažmo žalovaného, tedy popírá výslovně obchodní charakter sporu jako takového.
47. Podle názoru soudu je v dané věci správné přistoupit k posouzení zákonnosti rozhodnutí o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení jako k posouzení zákonnosti rozhodnutí v obecném obchodním sporu, tj. zadavatel prokazoval naplnění důvodů § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a žalobce mohl a měl doložit důkazy, které by závěry zadavatele zpochybňovaly. Jestliže je zákonnost uplatněné sankce jen jednou z dílčích otázek, tak s ohledem na charakter sporu má soud za dostačující, pokud příčinná souvislost mezi vznikem škody a činností škůdce (žalobce) vyplývá z doložených důkazních prostředků, resp. ji lze z takto doložených důkazních prostředků dovodit.
48. V případě porušení smlouvy I. je po seznámení s obsahem správního spisu zřejmé, že v případě dominantní většiny vytknutých vad není důvod pochybovat o tom, že vznikly v souvislosti s činností žalobce. Byl to žalobce, kdo položil jinou asfaltovou směs. S ohledem na to, že dílo realizoval žalobce, tak provedení plnění v rozporu s technickými normami lze také přičítat obecně žalobci. Teoreticky může být spor o trhliny ve vozovce, které by mohly být způsobeny jinak, než v důsledku zavinění žalobce, nicméně i tak by dílo vykazovalo více než jednu závažnou vadu.
49. Dále má soud za to, že jelikož se nejedná o spor, ve kterém by žalovaný posuzoval pouze nárok zadavatele na náhradu škody, je zároveň pro účely tohoto řízení postačující, pokud žalobce v řízení před zadavatelem vytknuté vady žádným způsobem (s výjimkou záměny asfaltové směsi) nezpochybnil.
50. Soud proto nesouhlasí s tím, že by bylo nutné příčinnou souvislost vad s činností žalobce pro účely vyloučení žalobce ze zadávacího řízení a pro účely následného přezkumu tohoto rozhodnutí dokazovat *vylučně* znaleckým posudkem. Pokud měl za to, že by bylo potřeba prokazovat určité skutečnosti prokazovat znaleckým posudkem, tedy vyvrátit závěry zadavatele, mohl ho sám předložit. V předmětné věci se nejedná o řízení o deliktu, ve kterém by platila vyšetřovací zásada, tudíž pokud žalobce přednesl v řízení před správním orgánem určité tvrzení, tížilo ho v té souvislosti i důkazní břemeno, stejně tak jako v řízení před soudem.
51. Podle názoru soudu není důvod pro závěr o nekritickém přebírání závěrů zadavatele ve správním řízení, neboť žalobce žádnou jinou skutkovou verzi nenabídl.
52. V dalším žalobním bodu žalobce namítal, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení. Soud musí konstatovat, že obsahově zcela shodnou námitku uplatnil žalobce ve věcech vedených u zdejšího soudu pod sp. zn. 31Af 67/2019 a sp. zn. 31Af 68/2019. S ohledem na totožnost uvedených námitek je nasnadě, že soud ve všech uvedených věcech rozhodl totožně.

53. Stejně jako v ostatních citovaných věcech soud konstatuje, že proces kontraktace před zadavatelem je soukromoprávním procesem, na který se veřejnoprávní pravidla trestního řízení nevztahují. Je zcela správný závěr, že zásady trestního řízení se nevztahují na jakékoliv správní řízení, ale výlučně na správní řízení *trestní*.
54. Přezkum úkonů zadavatele jistě probíhá ve správním řízení, neboť proces přezkoumání je upraven v rámci ZZVZ, přesto ale nelze konstatovat, že se automaticky jedná o řízení deliktů. V případě přezkoumání úkonů zadavatele jde o posouzení zákonnosti jeho úkonů, nikoliv o zkoumání deliktů odpovědnosti zadavatele, které by odpovídala případná skutková podstata případného přestupku. S ohledem na to, že se v nyní posuzované věci nejedná o otázky trestního práva, nebude soud jakkoliv spekulovat o tom, jaký vliv by měla aplikace trestněprávních zásad na posouzení věci.
55. Ve třetím žalobním bodu brojil žalobce proti závěru žalovaného, že došlo ke zmaření účelu smlouvy I. s tím, že nebylo prokázáno, že by byl účel smlouvy I jakkoliv zmařen, neboť došlo k předání a převzetí díla, dílo bylo možno užívat, a o tom, že by snad jeho účel měl být zmařen, nedoložil zadavatel žádné důkazy.
56. Soud předně uvádí, že institut „zmaření účelu smlouvy“ byl znám dřívějšímu zákonu č. 513/1991 Sb. obchodnímu zákoníku, který v § 356 odst. 1 uváděl: *Zmaří-li se po uzavření smlouvy její základní účel, který v ní byl výslovně vyjádřen, v důsledku podstatné změny okolností, za nichž byla smlouva uzavřena, může strana dotčená zmařením účelu smlouvy od ní odstoupit.*
57. Z napadeného rozhodnutí je však zřejmé, že žalovaný formulaci „účel smlouvy byl zmařen“ nepoužívá ve formálněprávním smyslu uvedeného ustanovení § 356 obchodního zákoníku, nýbrž v jeho obsahovém, materiálním významu. K samotnému pojmu „zmaření účelu smlouvy“ lze uvést, že se jedná o právní institut dlouhodobě užívaný jak v historické civilistice, tak v mezinárodních úpravách a jeho vypuštění v rámci zákona č. 89/2012 Sb. teorie považuje za mezeru v zákoně s tím, že pro zmaření účelu smlouvy lze analogicky aplikovat institut změny okolností. Soud má nicméně za to, že polemika ohledně institutu zmaření smlouvy je zcela nadbytečná, neboť podstatou § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je poskytnutí vadného plnění.
58. Skutečnosti, které žalobce uvádí v bodu 3 žaloby, nereagují na obsah žalobcem odkazovaného bodu 39. napadeného rozhodnutí, kde žalovaný jasně uvedl: *„v situaci, kdy objednatel nedostane od zhotovitele to, co dostat měl, a ještě s takovými vadami, že poskytnuté plnění neobstojí před technickými normami, je skutečně závěr, že účel smlouvy byl zmařen, na místě. Ani skutečnost, že objednatel dílo převezme, není s tímto závěrem v rozporu. Nepochybně lze převzít vadné dílo a toto dílo bude stále vadné i po převzetí.“*
59. Soud se při zohlednění výše uvedeného ztotožňuje s oběma závěry žalovaného, byť s vědomím toho, že užití pojmu zmaření účelu smlouvy může být z formálněprávního pohledu problematické a matoucí.
60. Plnění, které je v rozporu s technickými normami, není plnění, které zhotovitel očekával. Pokud je (i ze strany žalobce) řešením odstranění části díla a jeho náhrada v podstatě novým plněním, nelze než dospět k závěru, že účel smlouvy – poskytnutí bezvadného plnění, byl zmařen.
61. Stejně tak skutečnost, že zhotovitel dílo převzal, neznamená, že dílo nemělo vady. Důsledkem vad díla byla reklamace, tedy uplatnění vad, které byly zjištěny po jeho převzetí. Pokud by platilo tvrzení žalobce, že předání, převzetí a užívání díla znamená, že účel smlouvy nemohl být zmařen, pak by právní institut odpovědnosti za vadné plnění, reklamace, resp. záruční doba postrádala jakýkoliv smysl. Vady díla se mohou vyskytnout i po jeho převzetí, a to dokonce takové vady, které brání užívání díla takovým způsobem, že zadavatel nebude moci užívat řádně předmět plnění, tj. materiálně bude účel smlouvy, tedy poskytnutí bezvadného plnění, zmařen.

62. Závěr o zmaření účelu smlouvy vyplývá z posouzení charakteru vad, které považuje soud z obsahu správního spisu za prokázané. Jak soud uvedl výše, vady žalobce žádným relevantním způsobem nezpochybnil.
63. V dalším, v pořadí čtvrtém žalobním bodu, ve kterém žalobce brojil proti vzniku práva uplatnit jednu ze sankcí s tím, že žalovaný převzal tvrzení zadavatele, který nijak nezkoumal a nezabýval se charakterem záměny asfaltových směsí, a nelze mít ani za prokázané, že ostatní vytýkané vady by naplnily podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
64. Ze správního spisu plyne, že žalovaný v bodu 42. napadeného rozhodnutí shrnul obsah všeobecných obchodních podmínek, ze kterých vyplývá, v jakých případech vznikne zadavateli nárok na smluvní pokutu. V dalších bodech uvedl, kdy byly vytknuty žalobci vady díla, a učinil závěr, že zadavatelé vzniklo právo na smluvní pokutu, neboť žalobci byly vady vytknuty, bylo požádáno o jejich odstranění, následně byla požadována pokuta až ode dne, který následoval po termínu, kdy měly být vady odstraněny.
65. Podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ 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.
66. Soudu není zřejmé, kam žalobce míří svou argumentaci, že není jasné, zda se v případě záměny asfaltových směsí jedná o vadu a jakého je charakteru, příp. zda ostatní vady mají takový charakter, aby naplnily podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Z jeho námitky totiž neplyne, zda brojí proti tomu, že se žalovaný nezabýval závažností, resp. dlouhodobostí pochybení, nebo tím, zda vada vznikla při plnění dřívějšího smluvního vztahu, nebo se nezabýval následkem, ke kterému vedla. Z napadeného rozhodnutí, které má svůj odraz ve správním spise (z bodů 33. až 50.) přitom plyne, že se žalovaný všemi podstatnými otázkami zabýval a vady jasně specifikoval.
67. K nim soud konstatuje, že záměna asfaltových směsí znamená jednoznačně dodání jiného plnění, než požadoval zadavatel, bez ohledu na to, že předmětné asfaltové směsi mohou mít podobné nebo téměř shodné vlastnosti. Ostatní vady mají ve správním spise podklad a žalobce nedoložil nic, co by jejich existenci vyvrátilo.
68. Žalovaný jasně uvedl, že plnění bylo poskytnuto s takovými vadami, že byl zmařen účel smlouvy. Jednoznačně tedy žalovaný považoval vady za závažné.
69. Zároveň není sporné, že se jednalo o vady plnění ze smlouvy mezi žalobcem a týmž zadavatelem, který rozhodl o jeho vyloučení z účasti na další veřejné zakázce.
70. A konečně konstatoval, že vady díla vedly k požadavku na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000 Kč a nákladů na odstranění vad ve výši 3.181.794,06 Kč.
71. Podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ proto podle názoru soudu byly naplněny. Žalobce v řízení před soudem nepředložil a ani nenavrhl žádné důkazní prostředky, z nichž by bylo možné dovodit, že vady, které jsou detailně popsány ve správním spise např. v jednotlivých reklamách, se na díle nevyskytovaly, nebo neměly charakter závažných vad. K závažnosti vad odkazuje soud na návrh samotného žalobce na nápravu věci vyfrézováním a opětovným položením asfaltového koberce i na výši nákladů na odstranění vad, které zadavatel vyčíslil. Odfrézování a opětovné položení asfaltového koberce fakticky znamená poskytnutí nového plnění. Za této situace nevidí soud prostor pro závěr, že by obsah správního spisu neposkytoval dostatek podkladů pro závěr o charakteru vad.

72. Zároveň soud nemůže opomenout velmi podrobně odůvodněné rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, u kterého soud neshledal, že by nemělo oporu ve správním spise a které skutkový stav precizně popisuje. Pouze na okraj je vhodné připomenout, co již výše uvedl k rozložení důkazního břemene. Úkolem Úřadu je posouzení sporu mezi oběma subjekty. Z toho plyne, že pokud nedoložil žalobce do správního spisu listiny nebo důkazy, které by vyvrátily důkazy zadavatele, musel Úřad vycházet z důkazů, které předložil zadavatel. Není pravdou, že by se ve věci jednalo o pouhá „tvrzení“ zadavatele, neboť otázky vad díla jsou podloženy reklamacemi a jejich odůvodněním.
73. S uvedeným souvisí to, že žalobce dále namítl, že žalovaný nijak nezkoumal, zda sankce, na kterou údajně vzniklo zadavateli právo, je sankcí přiměřenou k odstoupení od smlouvy s tím, že podle žalobce rozhodně není.
74. Podle názoru soudu v případě citovaného ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ jsou z pohledu jazykového (obecného spisovného jazyka) i legislativních pravidel jsou libovolně zaměnitelné varianty (tj. postací splnění jedné z nich) jednak v případě dopuštění se *závažného/dlouhodobého* pochybení a dále v případě následku pochybení, tedy *vznik škody/předčasné ukončení smluvního vztahu/jiná srovnatelná sankce*. K tomu podrobněji viz posouzení bodu 7. žaloby.
75. Samotnou smluvní pokutu považuje soud bezpochyby za „jinou srovnatelnou sankcí“. Samotná koncepce *možnosti* zadavatele vyloučit účastníka z řízení implikuje, že má zadavatel možnost vyhodnotit, proč a v jaké výši došlo k nárokování smluvní pokuty v předcházejícím smluvním vztahu. Tudíž má možnost posoudit, zda výše nárokováné smluvní pokuty byla pro dodavatele natolik citelnou sankcí, aby ji bylo možno srovnávat s předčasným ukončením smluvního vztahu. K tomu je třeba uvést, že ze samotné konstrukce smluvní pokuty uplatněné v nyní projednávané věci (tj. fixní částka za každý den prodlení) plyne, že např. hodnoty kontraktu by smluvní pokuta dosáhla až po neúměrné délce prodlení dodavatele. Z přílohy 12 rozhodnutí o vyloučení žalobce (oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl.2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242.000,-Kč za neodstranění vad v termínu) jasně plyne, že žalobce vytknuté vady na díle neodstranil ani v náhradních termínech a nakonec musel přistoupit zadavatel k vykonání stavebním prací novým zhotovitelem. Smluvní pokuta byla proto ve vztahu k žalobci nárokována v maximální možné výši, přičemž nelze opomenout, že vůči němu byly nárokovány i náklady na odstranění vad ve výši 3.181.794,06 Kč.
76. Soud má jednoznačně za to, že se ve věci nejednalo o smluvní pokutu za marginální okamžitě odstraněnou vadu, nýbrž o smluvní pokutu za vady, které vedly k rozsáhlé opravě díla a z pohledu soudu je sankce v podobě smluvní pokuty se zohledněním navazujícího odstranění vad na náklady žalobce přiměřená k odstoupení od smlouvy, neboť nelze rozumně požadovat po zadavateli, aby v případě, kdy žalobce vady neodstranil, neúměrně dlouho čekal pouze na navýšení částky smluvní pokuty. Subjektivní hledisko, tj. jak pocíťoval dopady smluvní pokuty žalobce do svého hospodářského výsledku, nepovažuje soud za relevantní.
77. Dále poukazyval na to, že měl dobrou vůli odstranit případná pochybení, odkázal na rozsudek Soudního dvora EU ve věci sp. zn. C-465/11 - Forposta SA a spol. proti POCZTA Polska SA.
78. Otázka možnosti odstranění vad není dle názoru soudu v intencích uplatněné žalobní námítky relevantní. Argumentaci citovaném rozsudkem Soudního dvora EU používá žalobce v souvisejících věcech sp. zn. 31Af 66 – 68/2019 trochu odlišně, nicméně platí totéž, co soud uvádí ve věcech sp. zn. 31Af 67 a 68/2019, a to, že citovaný rozsudek se vztahoval k výkladu čl. 45 odst. 2 prvního pododstavce písm. d) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, která byla nahrazena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. V

rámci nahrazení původní směrnice novou zadávací směrnicí došlo ke komplexní úpravě otázky možnosti zadavatele vyloučit hospodářské subjekty z účasti na veřejné zakázce. Citovaný rozsudek Soudního dvora EU se týkal otázek *profesního* pochybení, nikoliv otázek *závažných nedostatků při plnění* dřívějších veřejných zakázek. V tomto případě považuje soud za klíčovou formulaci obsaženou v preambuli zadávací směrnice: *Drobné nesrovnalosti by měly vést k vyloučení hospodářského subjektu pouze ve výjimečných případech.*

79. V nyní posuzované věci však nejde o žádné *drobné* nesrovnalosti a i v intencích citovaného rozhodnutí se v případě pochybení v rámci předmětu řízení dle obsahu spisu jednalo bezpochyby minimálně o nedbalost na straně žalobce, jelikož charakter popsaných vad zjevně vypovídá o takových pochybeních, která svědčí o nekvalitně odvedené práci. Navíc je více než zřejmé, že žalobce izolovaně předkládá soudu pouze část odůvodnění rozsudku Soudního dvora EU, avšak odhlíží od toho, v jaké souvislosti byl tento rozsudek vydán. Citované rozhodnutí dopadá na případ poměrně přísné polské právní úpravy, která v řešené věci byla významně odlišná od aktuální české právní úpravy.
80. Z obsahu žalobní námitky (odkazu na části žalobou napadeného rozhodnutí) lze dovodit, že konkrétně směřuje žalobce své námitky k možnosti odstranění vad při plnění smlouvy I. (namítaná možnost vyfrézování a opětovné položení asfaltového koberce). Samotná argumentace žalobce svědčí o tom, že dílo, které předal, vady vykazovalo, a to nejméně záměnu asfaltových směsí. V případě vady, specifikované jako použití jiné asfaltové směsi, se jasně jedná o poskytnutí plnění v rozporu s uzavřenou smlouvou (bez ohledu na to, že žalobce namítá zaměnitelné vlastnosti použitých směsí). Jinými slovy žalobce poskytl zadavateli jiné než požadované plnění (jiná asfaltová směs) a toto jiné plnění poskytl s vadami. Soud souhlasí se žalovaným v tom, že případné odstranění vad není ve věci relevantní, neboť došlo ke vzniku práva na uplatnění sankce a tato byla uplatněna.
81. Soud nesouhlasí se žalobcem v tom, že pro otázku závažnosti pochybení je stěžejní také to, jakým způsobem se žalobce postavil k odstranění vad. Není naprosto zřejmé, v čem by měl jím citovaný rozsudek Soudního dvora EU podporovat názor o nutnosti posouzení způsobu, jakým se subjekt postavil k odstranění vad. Odstranění následků pochybení nijak neodpovídá na otázku, zda jednal žalobce ve zlém úmyslu nebo v nedbalosti určité závažnosti (což byla jedna z otázek, kterou se Soudní dvůr EU zabýval).
82. K odstranitelnosti vad soud zároveň konstatuje, že obsahově obdobnou námitku uplatnil žalobce ve věcech sp. zn. 31Af 67 a 68/2019. Soud proto obdobně považuje za vhodné uvést, že není podstatné, zda vady, které vedly k vyloučení žalobce z účasti na veřejné zakázce, jsou vady odstranitelné nebo neodstranitelné. I v případě odstranitelných vad může nastat situace, kdy následky odstranitelných vad vyvolávají takové sankční plnění (smluvní pokutu), jehož výši bude možno považovat za „jinou srovnatelnou sankci“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Charakter vad, jejich (ne)odstranitelnost, jistě může vliv na posouzení toho, zda se splněna podmínka závažného nebo dlouhodobého porušení povinnosti, nicméně splnění této podmínky je třeba vždy zkoumat ve vztahu ke každé jednotlivé věci. Klíčové pro posouzení naplnění podmínky závažného nebo dlouhodobého porušení povinnosti v nyní projednávané věci není odstranitelnost vad ani případná vůle žalobce vady odstranit, ale jejich vztah k naplnění předmětu plnění a důsledkům, které ze zjištěných vad vyplynuly pro žalobce.
83. Samotné ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ charakter vad z pohledu jejich (ne)odstranitelnosti nijak neřeší. Podle citovaného ustanovení *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.* Podstata posouzení typu vad proto má směřovat k jejich *závažnosti* nebo *dlohodobosti* a k posouzení *vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.*

84. K části námitky, ve které žalobce uvedl: „*To, zda a jakým způsobem byly případně vady vytčeny, je důležité také pro posouzení toho, zda došlo k naplnění dalších podmínek § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tedy způsobení škody, odstoupení od smlouvy či obdobné sankce.*“, soud konstatuje, že z ní není patrné, co vlastně žalovanému žalobce vytýká, tedy není uvedena vada rozhodnutí, která by měla zasáhnout do práv žalobce. Jelikož soud není oprávněn domýšlet za žalobce jeho tvrzení, nemá na co reagovat.
85. V pátém bodu brojil žalobce proti závěrům o pochybením při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jako „smlouva II“). Namítl, že se žalovaný nijak nezabýval tím, zda se žalobce dostal do prodlení vlastní vinou, či zda byl v prodlení v důsledku neposkytnutí součinnosti zadavatele.
86. Soud se neztotožnil ani s tím, že by se žalovaný *nijak* nezabýval tím, že zda se žalobce dostal do prodlení v případě smlouvy II. z důvodů na straně zadavatele, nikoliv žalobce. Není úkolem soudu reagovat na izolovaně vytržené věty odvodnění napadeného rozhodnutí. Žalobce v úvodu bodu 5. žaloby cituje *část* souvětí, které je součástí bodu 52 odůvodnění. Celá žalobcová citace je obsahem necelých dvou řádků bodu, který má jedenáct řádků, které jsou součástí komplexního vypořádání rozkladových námitek. Z žalobcem citované části souvětí jistě nelze dovodit odpověď na otázku, zda se žalobce dostal do prodlení vlastní vinou, či zda byl v prodlení v důsledku neposkytnutí součinnosti zadavatele, nicméně citovaná část souvětí nebyla jedinou nedokončenou větou odůvodnění k pochybení při plnění smlouvy II.
87. Totéž platí i pro další izolované citace v bodu 5. žaloby, např. v námitce, že žalobce nesouhlasí se závěrem, že „*závažnost pochybení navrhovatele je dána již délkou jeho prodlení*“, neboť žalovaný se opět nezabýval dostatečně argumenty žalobce a neposoudil dostatečně charakter pochybení.
88. Z obsahu správního spisu jasně plyne, že se správní orgán prvního stupně otázce prodlení žalobce v případě plnění smlouvy II. poměrně podrobně na stranách 37 až 47 svého rozhodnutí. Z podaného rozkladu lze zjistit, že žalobce brojil proti posouzení této smlouvy pod bodem 7. odrážky 2. a 14 až 18, když v podstatě ve všech bodech jednotně tvrdí, že správní orgán prvního stupně pouze přebírá tvrzení zadavatele (osoby zúčastněné na řízení), aniž by byl ze strany zadavatele doložen jakýkoliv důkaz o tom, že by došlo k narušení provozu na dotčených komunikacích, že by klimatické podmínky nebyl vhodné k dokončení díla, resp. že by došlo ke zmaření účelu smlouvy. Následně brojil proti tomu, že se správní orgán prvního stupně nevyjádřil k prodlení s předáním staveniště, doručení výzev, přiměřenosti doby k odstranění vad, oprávněnosti a platnosti odstoupení. Dále v textové části (ucelené) napadá hodnocení skutečností, které vedly k odstoupení od smlouvy. Napadené rozhodnutí se s těmito (veskrze stručnými) rozkladovými body vyrovnává.
89. K prodlení žalobce se žalovaný vyjádřil v bodech 51. až 54. a následně ve vztahu ke smluvní pokutě v bodech 63. až 69., v bodu 55. dal žalobci za pravdu v nesprávném hodnocení klimatických podmínek, stejně tak v otázce odstoupení od smlouvy v bodech 56. až 61., nicméně v této části korigoval názor Úřadu s tím, že odstoupení od smlouvy II. není pro věc podstatné. V bodech 70. až 72. se vyjádřil k námitce pozdního předání staveniště. V bodu 73. hodnotil posouzení klimatických podmínek, v bodu 74. přiměřenost lhůty k dokončení díla a v bodu 75. doručení žalobcem namítaných výzev.
90. Z napadeného rozhodnutí proto plyne, že se rozkladovými námitkami žalovaný zabýval. Skutečnost, že žalobce nepovažuje způsob, jakým se s nimi žalovaný vyrovnal za správný, neznamená, že jimi nezabýval.

91. V případě tvrzení o nesprávnosti závěru, že závažnost pochybení je dána pouze délkou prodlení, neboť žalovaný se opět nezabýval dostatečně argumenty žalobce a neposoudil dostatečně charakter pochybení, je patrné vytrhávání formulací žalovaného z kontextu napadeného rozhodnutí. Tuto námitku žalobce formuloval ve vztahu k části odůvodnění v bodu 55. napadeného rozhodnutí, přičemž zcela ignoruje předcházející i navazující části odůvodnění napadeného rozhodnutí, zejména odůvodnění v bodu 52. kde jasně žalovaný konstatuje, proč prodlení a jeho délku považuje za závažnou vadu, což nabývá významu ve spojení s hodnocením smluvní pokuty, která byla po žalobci nárokována. Bod 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí ve spojení s bodem 75. dává jasný obrázek toho, kdy žalobce nastoupil k dokončení díla, tj. 24. 11. 2017, a zároveň z nich plyne (z vlastního tvrzení žalobce), že výzva 10. 11. 2017 byla žalobci doručena dne 13. 11. 2017. Zároveň z bodu 52. plyne, že žalovaný vyhodnotil, že prodlení žalobce trvalo více než polovinu původně oběma stranami sjednané doby pro dokončení díla.
92. Žalobce nesouhlasil ani se závěry žalovaného o nutnosti posoudit platnost odstoupení od smlouvy II., namítl zároveň, že žalovaný si k odstoupení neučinil úsudek, neboť ji považoval za nepodstatnou. S uvedeným souvisí i námitka, že se žalovaný vůbec nezabýval tím, zda je splněna podmínka přiměřenosti se sankcí odstoupení od smlouvy a výše smluvní pokuty byla v nepoměru k následkům odstoupení.
93. K uvedené části námítky soud rekapituluje, že v bodu 56. rozhodnutí vyslovuje žalovaný nesouhlas s názorem Úřadu, body 57. až 61. shrnují (nejednoznačná) stanoviska doktríny, předcházející právní úpravu a judikaturu k ní s jednoznačným závěrem, že si ohledně odstoupení od smlouvy v případě relativní neplatnosti smí učinit Úřad úsudek sám. V bodech 62. až 69. žalovaný vysvětluje, proč nebylo nutné zkoumat platnost odstoupení od smlouvy v případě smlouvy označené jako *Smlouva II.*
94. Soud na základě napadeného rozhodnutí dospěl k jednoznačně k závěru, že pro žalovaného je v případě „*smlouvy II*“ podstatná otázka vzniku nároku na smluvní pokutu, který považuje za dostatečný pro použití § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Zároveň se zabýval žalovaný i konstrukcí smluvní pokuty, její výší i okolnostmi vzniku. Z podání žalobce není nijak zřejmé, že by zpochybňoval samotnou smluvní pokutu, okolnosti jejího vzniku ani dobu, za kterou vypočtena.
95. Již výše soud dospěl k závěru, že § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ lze považovat za rovnocenné alternativy náhradu škody, předčasné ukončení smluvního vztahu a možnost „jiné srovnatelné sankce“, kterou je bezpochyby i smluvní pokuta jako paušalizovaná náhrada škody, kterou si účastníci smluvního vztahu sjednali dopředu. V případě smlouvy II. ze správního spisu plyne, že po žalobci byla nárokována smluvní pokuta ve výši 1.652.000 Kč. Hodnotu zakázky lze seznat ze souvisejícího rozhodnutí Úřadu ze dne 21. 10. 2018, č. j. S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKU (mezi týmiž účastníky), ze kterého plyne, že hodnota zakázky byla 11.000.000 Kč. S ohledem na to, že hodnotu zakázky nelze ztotožňovat s čistým ziskem žalobce, má soud jednoznačně za to, že pokuta ve výši cca 15% hodnoty zakázky představuje přiměřenou srovnatelnou sankci k ukončení smluvního vztahu. Výší pokuty se žalovaný zabýval, když uvedl dobu prodlení a denní sazbu smluvní pokuty. Pokud se výslovně nezabýval poměrem hodnot sankce a možného zisku ze zakázky (což by mohlo být v této věci jedním z kritérií pro hodnocení přiměřenosti smluvní pokuty k odstoupení od smlouvy), jedná se o dílčí nedostatek, ve kterém ale s ohledem na uvedené nespátřuje soud důvod pro zrušení žalobou napadeného rozhodnutí už jen z toho důvodu, že sám žalobce nijak nedoložil, jaký důsledek pro něj představuje odstoupení od smlouvy a jaký nárokována smluvní pokuta.
96. Ve vztahu k názoru žalobce, že v případě smlouvy II nebyla splněna podmínka předčasného ukončení smluvního vztahu (odstoupení od smlouvy), když nebylo dáno najisto, zda odstoupení od smlouvy bylo platné, nebo jiné srovnatelné sankce, neboť smluvní pokuta v tomto případě srovnatelnou sankcí nebyla, se soud ztotožňuje se žalovaným v tom, že smluvní pokuta v případě

„smlouvy II“ představuje tzv. jinou srovnatelnou sankci a není nutné, aby se zabýval další alternativou pro naplnění § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Platností odstoupení se proto žalovaný zabývat nemusel. K samotné smluvní pokutě soud konstatuje, že v nyní projednávané věci se jednoznačně jedná o s odstoupením od smlouvy srovnatelnou a přiměřenou sankci (s ohledem na výše uvedené).

97. Pokud žalobce napadl způsob, jakým se žalovaný vypořádal v bodě 73 napadeného rozhodnutí s námitkou, že žalovaný bez jakékoliv opory tvrdil, že došlo k narušení provozu na pozemních komunikacích, neshledal soud na tomto bodu odůvodnění cokoliv nepřijatelného. Naopak je zřejmé, že narušením provozu na komunikaci se žalovaný na rozdíl od Úřadu odmítl zabývat, neboť Úřad narušení provozu posuzoval v otázce závažnosti pochybení žalobce. Žalovaný na rozdíl od Úřadu vyšel z toho, že potřebnou míru intenzity dosáhlo již pochybení žalobce spočívající v délce prodlení, což soud aproboval, a proto je otázka míry narušení provozu na pozemní komunikaci irelevantní.
98. V šestém žalobním bodu žalobce brojil proti nezákonně přiznanému retroaktivnímu účinku § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ s tím, že v předmětné věci nedošlo ze strany žalovaného k dodržení zásady přiměřenosti a proporcionality a nebyly pečlivě přezkoumány podmínky vyloučení a užití citovaného ustanovení by bylo v rozporu se zásadou legitimního očekávání a dobré víry a předvídatelnosti. Soud musí konstatovat, že obsahově zcela shodnou námitku uplatnil žalobce ve věcech vedených u zdejšího soudu pod sp. zn. 31Af 67/2019 a sp. zn. 31Af 68/2019. S ohledem na totožnost uvedených námitek je nasnadě, že soud ve všech uvedených věcech rozhodl totožně.
99. Je zřejmé, že se v případě § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ jedná o novou právní úpravu, která nebyla v předchozí úpravě zadávání veřejných zakázek obsažena. Tato skutečnost ale podle názoru soudu neznámá, že by se automaticky jednalo o pravou (obecně zakázanou) retroaktivitu ZZVZ.
100. Z jednoho z recentních nálezů Ústavního soudu ze dne 4. 2. 2020 ve věci sp. zn. Pl. ÚS 15/19 lze shrnout, jak nazírá Ústavní soud na pojem retroaktivity: „36. *Pravá retroaktivita zahrnuje dvě situace: 1) stav, kdy nová úprava dává vznik novým právním vztahům před její účinností za podmínek, které dodatečně stanovila, a 2) situaci, kdy nová právní úprava mění právní vztahy vzniklé podle staré úpravy ještě před účinností nového předpisu [srov. TICHÝ, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku, Právník, č. 12, 1984, s. 1104 a násl., citovaný v nálezu ze dne 4. 2. 1997 sp. zn. Pl. ÚS 21/96 (N 13/7 SbNU 87; 63/1997 Sb.)]. Pravá retroaktivita nastává, je-li podle pozdější normy posouzeno lidské chování, resp. právní skutečnosti či právní vztahy atd., které se uskutečnily dříve, než tato právní norma nabyla účinnosti (KNAPP, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 208).*
101. *37. Podstatou tzv. nepravé retroaktivity (tj. retrospektivy) je, že platnost právních skutečností, vznik právních vztahů a jejich následky, k nimž došlo před účinností nového zákona, se posoudí podle práva dřívějšího, ale trvá-li dříve vzniklý právní vztah i nadále, posoudí se ode dne účinnosti zákona nového podle zákona nového a podle tohoto zákona se posoudí i právní následky dotyčného právního vztahu vzniklé po účinnosti nového zákona (viz KNAPP, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 208; obdobně též BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. Teorie práva, Praha: ASPI. 2003, s. 86). V případě tzv. nepravé retroaktivity (retrospektivy) ve skutečnosti o zpětnou účinnost zákona ani nejde (KNAPP, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 208; GERLOCH, A. Teorie práva. 3. vydání Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, s. 97–99, neboť při ní dochází k úpravě právních vztahů až pro dobu přítomnou či budoucí; o zpětné působení práva by šlo, založil-li by předpis právní účinky pro minulost (HANUŠ, L. Důvěra v právo z pohledu nepřipustnosti retroaktivní interpretace právních předpisů. In Právní rozhledy č. 14/2005, s. 519–523).*
102. *38. Obecný zákaz retroaktivity v neprospěch se vztahuje pouze na tzv. pravou retroaktivitu, nikoli retroaktivitu nepravou (retrospektivu) [náleze ze dne 15. 5. 2012 sp. zn. Pl. ÚS 17/11 (N 102/65 SbNU 367;*



220/2012 Sb.), bod 51.]. Od zákazu pravé retroaktivity v neprospěch se lze odchýlit pouze výjimečně, a to výslovným ustanovením zákona a jen tehdy, kde právní povinnost stanovená pro minulost byla dříve pocitována alespoň jako povinnost mravní [náleží ze dne 12. 3. 2002 sp. zn. Pl. ÚS 33/01 (N 28/25 SbNU 215; 145/2002 Sb.)]. U tzv. nepravé retroaktivity (retrospektivy) je naopak výjimkou její zapovězení na ústavní úrovni. Tzv. nepravá retroaktivita (retrospektiva) není možná, vylučuje-li to princip důvěry v právo. O takovou situaci jde v případě, že význam zákonodárných právní pro veřejnost nepřevyšuje zájem jednotlivce na další existenci dosavadního práva [zmíněný náleží sp. zn. Pl. ÚS 17/11, bod 53.; náleží ze dne 15. 9. 2015 sp. zn. Pl. ÚS 18/14 (N 165/78 SbNU 469; 299/2015 Sb.) bod 34.].“

103. Vedle uvedeného lze v právní teorii rozeznávat pojem *retrospektiva* v jiném smyslu než nepravé retroaktivity, resp. *retrospektivní působení práva*. Jedná se o situace nových právních vztahů, které vznikají na základě nově účinného právního předpisu, ale pro jejich vznik nebo zánik jsou podstatné právní skutečnosti, které vznikly za účinnosti předcházející právní úpravy. Tato situace je v judikatuře Ústavního soudu zahrnována pod *nepravou* retroaktivitu (obecně dovolenou).
104. Při aplikaci výše uvedeného na souzenou věc má soud za to, že se v případě § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nejedná o pravou retroaktivitu, neboť ZZVZ nezaložil nové právní vztahy tak, že by vznikly zpětně před účinností ZZVZ za podmínek, které dodatečně stanovil, ani nezměnil právní vztahy vzniklé podle staré úpravy zpětně před účinností nového předpisu.
105. Skutkový stav projednávané věci jasně ukazuje na to, že pokud se ve věci jedná o retroaktivitu, tak pouze nepravou, neboť dochází k posouzení právních skutečností, k nimž došlo před účinností nového zákona za účinnosti zákona nového, resp. retrospektivu ve výše uvedeném smyslu, neboť v projednávané věci nepřetrvává žádný právní vztah do doby účinnosti ZZVZ, jelikož zadávací řízení bylo zahájeno až po účinnosti nové právní úpravy.
106. Podle názoru soudu retrospektivní působení zákona, tj. působení zákona na vztahy vznikající až po jeho účinnosti, byť se zohledněním skutečností, které vznikly v minulosti, není ústavně nekonformní a neporušuje pravidla férové soutěže. Procesní obrana typu „kdybych věděl, že v budoucnu bude platit taková nebo onaká úprava, dal bych si pozor, abych plnil smlouvu bezvadně“ je sama o sobě absurdní, neboť každý účastník smluvního vztahu má své závazky splnit bezvadně bez ohledu na cokoliv. Zohledňování skutečností, které mají svůj původ v minulosti, které je nově požadováno novým právním předpisem, není nic specifického pro dané ustanovení. Téměř veškeré kvalifikační předpoklady odkazují na v minulosti vzniklé skutečnosti (vzdělání, počet předcházejících zakázek atd.) a není tedy důvod přistupovat k § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ jakkoliv jinak.
107. I v případě, že by soud považoval § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ za *nepravou* retroaktivitu, nebylo by jeho aplikace v rozporu se zákazem retroaktivity. *Nepravá* retroaktivita je obecně přípustná s výjimkami, které stanovil ve své judikatuře Ústavní soud. Otázkou by proto bylo, zda aplikací právní normy nedochází k porušení obecných ústavních principů „předvídatelnosti“ a „oprávněné důvěry v právní řád“ (srov. náleží Ústavního soudu ve věci sp. zn. Pl. ÚS 17/11 „*limity ústavněprávní přípustnosti nepravé retroaktivity jsou překročeny až tehdy, pokud by zákonodárcem zvolená nepravá retroaktivita byla nevhodná nebo nepotřebná k dosažení účelu zákona nebo pokud by trvalé zájmy dotčených osob převážily nad zákonodárcovými důvody pro legislativní změny*“, resp. náleží ve věci sp. zn. Pl. ÚS 31/09 „*Jakkoli došlo přijetím napadených ustanovení v některých případech ke snížení dříve dosažené úrovně sociálních práv, nešlo ze shora uvedených důvodů o takový zásah, který by ve svém důsledku porušil jejich podstatu a smysl*“).
108. Soud nijak nezpochybňuje, že změny provedené ZZVZ se dotkly práva žalobce účastnit se veřejných zakázek, nicméně při hodnocení podmínek proporcionality nijak nehledal, že by zásah do práv žalobce byl nepřiměřený.

109. V případě naplnění *kritéria vhodnosti* z právní úpravy plyne, že § 48 ZZVZ částečně koncentroval důvody, pro které je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka ze zadávacího řízení, a zároveň obsahuje transpozici zadávací směrnice (srov. čl. 57 Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES). Nelze opomíjet ani to, že „*Dřívější velmi striktní pojetí ZVZ 2006 obligatorního vylučování se v ZVZ mění a ve většině případů jsou důvody pro vyloučení stanoveny pouze fakultativně, tzn. je na zadavateli, zda účastníka vyloučí či nikoliv (odlišná je situace v případě vybraného dodavatele, kde se v některých případech důvodů pro vyloučení mění fakultativnost na obligatornost vyloučení).*“ (viz Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Sebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017). Soud má za to, že úprava promítající zadávací směrnici je bezpochyby vhodná (s ohledem na závazky vyplývající České republice z členství v EU a s ohledem na snahu o jednotnou ochranu trhu EU). V případě samotné možnosti dané § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ soud považuje za logické, aby veřejní zadavatelé nebyli nuceni uzavírat smlouvy na veřejné zakázky se soutěžiteli, u nichž opakovaně docházelo v rámci předcházejících smluvních vztahů k pochybením. Zadavatelům veřejných zakázek je dán do rukou nástroj, který jim umožňuje racionální ekonomické chování, neboť byť je uzavírání veřejných zakázek významně normováno veřejným právem, stále se jedná o kontraktační proces soukromého práva a je ekonomicky i logicky zcela nepochopitelné nutit prostřednictvím veřejnoprávní úpravy zadavatele uzavírat smlouvy se subjekty, které mu opakovaně poskytly nekvalitní plnění s vadami takového charakteru, jaký specifikuje zákon.
110. V případě *kritéria potřeby (nutnosti)* je zjevné, že jiným způsobem, než vyloučením takového soutěžitele není možné výsledku dosáhnout. Institut vyloučení se již v minulosti týkal nesplnění kvalifikačních předpokladů, tudíž v případě, že by zákon umožnil zařadit hodnocení dřívějších zakázek mezi kvalifikační předpoklady, byl by výsledek procesu před zadavatelem stejný. S ohledem na nutnost dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení či zákazu diskriminace ze strany zadavatelů považuje soud postup, který zahrnuje opravné prostředky proti rozhodnutí o vyloučení za stav, který je ku prospěchu účastníku řízení, stejně jako zadavatel. Zároveň s ohledem na to, že citované ustanovení reaguje na text zadávací směrnice, považuje soud i kritérium potřeby za naplněné.
111. V případě *kritéria poměrování* soud porovnal zásah do práv žalobce s veřejným zájmem, který je představován zákonem o zadávání veřejných zakázek, a dohledem nad hospodárným vynakládáním veřejných prostředků. V případě kritéria poměrování dospěl soud k závěru, že žalobce nedisponoval nárokem na uzavření smlouvy, resp. neměl legitimní očekávání, které by mělo povahu majetkového *nároku* (nálezn. sp. zn. Pl. ÚS 2/02, Pl. ÚS 1/14). Tříletá doba jako časová podmínka chrání zájemce o veřejnou zakázku proti neomezenému vylučování z účasti na veřejných zakázkách. Soud má tak za to, že v případě veřejných zakázek je převažující zájem na hospodárném vynakládání veřejných prostředků.
112. V té souvislosti soud nemůže opominout, že ZZVZ nijak neupravuje intertemporální účinky uvedeného ustanovení. Odkaz žalobce na § 273 odst. 1 a odst. 6 ZZVZ není případný. Samotná porušení předcházejících smluvních vztahů, která byla důvodem vyloučení žalobce, představují skutečnosti, které byly hodnoceny ve smyslu ZZVZ v řízení zahájené podle ZZVZ, a nedopadají na ně intertemporální ustanovení dle zákona. Jedná se o obdobné skutečnosti, jako např. získání kvalifikace apod.
113. V sedmém žalobním bodu brojil proti závěrům ohledně naplnění podmínky způsobení škody, neboť má za to, že z jazykového výkladu zákona je nutné dovodit, že ke škodě musí dojít vždy a k ní musí přistoupit buď předčasné ukončení smluvního vztahu, anebo jiné srovnatelné sankce. V daném případě navíc žalovaný detailně nezkoumal, zda je dána dostatečná přiměřenost sankce, tedy zda sankce je přiměřená důsledkům odstoupení od smlouvy. Soud musí konstatovat, že

obsahově zcela shodnou námitku uplatnil žalobce ve věcech vedených u zdejšího soudu pod sp. zn. 31Af 67/2019 a sp. zn. 31Af 68/2019. S ohledem na totožnost uvedených námitek je nasnadě, že soud ve všech uvedených věcech rozhodl totožně.

114. Soud již výše citoval § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a na text tohoto ustanovení nyní odkazuje.
115. Jakkoliv je jazykový výklad považován pouze za první přiblížení k obsahu právní normy (srov. např. nálezy Ústavního soudu ve věci sp. zn. I. ÚS 2920/09 ze dne 8. 2. 2011), hraje nezastupitelnou roli při interpretaci práva a je třeba zohledňovat především gramatiku, skladbu vět a na význam slov (sémantiku). Jedním ze základních pravidel jazykového výkladu je, že, není-li důvod přiřazovat termínu specifický právní význam, rozumíme mu ve smyslu obecného spisovného jazyka, tudíž platí, že jazykový výklad každého ustanovení se řídí pravidly českého pravopisu, která jsou dále jasně pro tvorbu textu zákona specifikována i v rámci Legislativních pravidel vlády (srov. § 2 odst. 2 občanského zákoníku). Soud se shoduje žalovaným (a konečně i zadavatelem), že při aplikaci čl. 42 Legislativních pravidel vlády je výklad citovaného ustanovení zcela jasný.
116. Podle § 42 odst. 1 Legislativních pravidel vlády se varianty vyjadřují spojkami „nebo“ a „anebo“. Při více možnostech vyjádřených v pododstavcích nebo bodech se spojka „nebo“, před níž se píše čárka, klade mezi poslední dvě možnosti. Jde-li však o výčet možností, který není vyjádřen v pododstavcích nebo bodech, čárka se před spojkou „nebo“ nepíše.
117. Podle pravidel českého pravopisu platí, pokud je spojka *nebo* užitá ve významu slučovací, nepíše se před ní čárka, pokud je ve významu vylučovací, píše se před ní čárka. (srov. např. internetovou jazykovou příručku Ústavu pro jazyk český Akademie věd ČR: „*Typickými slučovacími spojkami jsou a, i: koupím jablka a (i) brusky, tzn. obojí. Zvolíme-li však spojku nebo, o „čisté“ slučování nejde: nekoupíme oba druhy ovoce, ale pouze jeden. Pomocí spojky nebo vyjadřujeme volbu mezi dvěma eventualitami. Podstatné je, že eventuality jsou libovolně zaměnitelné a je lhostejno, která z nich bude platit, které dáme přednost (v konečném důsledku mohou nastat i obě). V takovýchto případech se čárka před nebo neklade: Podejte nám zprávu písemně nebo telefonicky. Za škodu na životě nebo na zdraví lidí náhrada nepřislouží, vznikla-li pracovním úrazem nebo při lovu živočicha, který tuto škodu způsobil.*“)
118. Z uvedeného je zřejmé, že v případě citovaného ustanovení jsou z pohledu jazykového i legislativních pravidel jsou libovolně zaměnitelné varianty (tj. postačí splnění jedné z nich) jednak v případě dopuštění se *závažného/dlouhodobého* pochybení a dále v případě následku pochybení, tedy *vznik škody/předčasné ukončení smluvního vztahu/jiná srovnatelná sankce*.
119. Opětovně lze v posledně jmenovaném případě odkázat na internetovou jazykovou příručku Ústavu pro jazyk český Akademie věd ČR, dle které „*Jsou-li jednotlivé výrazy tvořící několikanásobný větný člen prostě řazeny za sebou bez přítomnosti spojovacího výrazu, oddělujeme je čárkou. Poslední člen věty bývá zpravidla připojen souřadící spojkou*“ a dále „*Mezi souřadně spojenými větnými členy může být různý významový poměr. Nejběžnější je prostě slučovací spojení spojkami a, i, ani, nebo, či apod. ... Jde-li o spojení větných členů v jiném než slučovacím poměru, pak platí, že před daným spojovacím výrazem píšeme čárku*“.
120. Při redukci větných členů a vynechání podmínek, které nemají vliv na jazykový výklad problematického výrazu, lze zjednodušit dotčené souvětí takto: *Zadavatel může vyloučit účastníka, který se dopustil pochybení, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím*.
121. Jak legislativní pravidla, tak pravidla českého pravopisu vychází z toho, že se v případě absence čárky před spojkou *nebo* jedná o slučovací poměr, což v případě spojky *nebo* znamená vymezení dvou nebo více různých alternativ, které jsou rovnocenné. Platí tak, že hypotéza normy je naplněna v případě, že se žalobce dopustil buď pochybení, které vedlo ke vzniku škody, nebo se dopustil pochybení, které vedlo k ukončení smluvního vztahu, nebo se dopustil pochybení, které

vedlo k jiné srovnatelné sankci. Bylo tak na zadavateli, zda prokázal, jestli byla naplněna alespoň jedna z uvedených možností.

122. Jazykový výklad, jak ho předestřel žalobce, nemá oporu v pravidlech českého pravopisu a vedl by k absurdním závěrům ve vztahu k slučovacímu poměru alternativ vyjádřených spojkou *nebo*. *Ad absurdum* to lze demonstrovat na příkladu věty: *Každé nově registrované letadlo musí stát v hangáru, jezdit vzletové dráze nebo létat*. V případě, že by byl v souladu s pravidly českého pravopisu (tedy v souladu s jazykovým výkladem právní normy) výklad předestřený žalobcem, byl by výsledek interpretace uvedeného výrazu nesmyslný, neboť by vždy muselo letadlo stát v hangáru a k tomu by se zároveň připojila jedna z alternativ, že by muselo buď jezdit po vzletové dráze nebo létat. Tyto možnosti jsou samozřejmě vzájemně nekompatibilní, neboť letadlo nemůže zároveň stát a zároveň jezdit nebo létat.
123. Soud se tedy ztotožňuje se žalovaným v tom, že výklad žalobce není v souladu s pravidly českého pravopisu ve vztahu k užívání interpunkce.
124. Co se týče úmyslu zákonodárce, lze ho vyčíst z důvodové zprávy k ZZVZ, ve které je uvedeno: *„Pokud 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. Oprávnění k vyloučení u tohoto dodavatele v tomto případě vzniká i jiným zadavatelům. V případě zadavatele zadávacího veřejnou zakázku v sektorové oblasti však není vyloučeno stanovení obdobného důvodu vztahujícího se k pochybení u veřejné zakázky týkající se relevantní činnosti osoby, která není veřejným zadavatelem, a to na základě možnosti stanovit při zadávání veřejné zakázky týkající se relevantní činnosti i jiné než výslovně uvedené důvody vyloučení podle § 167 odst. 1.“*
125. Je evidentní, že za primárně rovnocenné alternativy považoval zákonodárce náhradu škody a předčasné ukončení smluvního vztahu. Již to samo popírá shora uvedený názor žalobce, že škoda musí vždy existovat v případě, který je základem pro vyloučení uchazeče dle dotčeného ustanovení. Naopak je jasně patrné, že cílem právní úpravy je možnost vyloučení uchazeče buď v případě způsobení škody (předpoklad nároku na náhradu škody) nebo v případě předčasného ukončení smlouvy. Skutečnost, že je v rámci právní úpravy zahrnuta možnost „jiné srovnatelné sankce“, nijak nevyvrací to, že se v případě vzniku škody a předčasného ukončení smlouvy jedná o rovnocenné alternativy. Naopak je zřejmé, že zákonodárce umožňuje zahrnout mezi důvody jiné obdobné instituty, z čehož alternativní vztah obou předcházejících plyne o to více, neboť se může jednat o alternaci kteréhokoliv z nich.
126. Obsah důvodové zprávy je z hlediska jazykového souladný s textem zákona, jelikož spojka *nebo* je mezi nárokováním náhrady škody a předčasným ukončením smlouvy užitá ve stejném slučovacím poměru, jako v textu zákona.
127. Jazykový výklad dotčeného i obsah důvodové zprávy a z ní srozumitelný úmysl zákonodárce jsou proto zcela v souladu.
128. Soud zároveň odkazuje i na text zadávací směrnice, jak ho cituje níže sice v souvislosti s pluralitou plnění, nicméně citovaná znění směrnice jasně ukazují i na znění úpravy důsledků pochybení při plnění smlouvy. Text zadávací směrnice plně odpovídá textu ZZVZ (opakování jednotlivých znění směrnice, která soud cituje níže, i k tomuto bodu považuje soud za nadbytečné).

129. Pokud jde o následek porušení přechozího smluvního vztahu. Část žalobního bodu uvedená slovy „je také důležité mít na paměti ...“ jsou naprosto obecná bez vazby na konkrétní projednávanou věc. Soud na základě výše uvedeného nesouhlasí se žalobcem v tom, že přítomnost škody je nutná vždy. Z podstaty věci je naopak zřejmé, že účinky odstoupení od smlouvy zejména v režimu sankčního postupu zadavatele mohou naplňovat podmínky jiné srovnatelné sankce. Stejně tak může takové podmínky naplňovat i smluvní pokuta jako paušalizovaná náhrada škody, kterou si účastníci smluvního vztahu sjednali dopředu.
130. Samotná koncepce *možnosti* zadavatele vyloučit účastníka z řízení implikuje, že má zadavatel možnost vyhodnotit, proč a v jaké výši došlo k nárokování smluvní pokuty v předcházejícím smluvním vztahu, i to, z jakých důvodů došlo k odstoupení od smlouvy.
131. K hodnocení samotné smluvní pokuty v případě toho kterého smluvního vztahu odkazuje soud na výše uvedené a nepovažuje za nutné znovu opakovat závěry ohledně dostatečného zjištění skutkového stavu, které uvedl výše.
132. V prvním doplnění žaloby doplnil k bodu „pochybením při plnění smlouvy I“, že tohoto pochybení se nedopustil on, ale jeho poddodavatel a není splněn požadavek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Žalobce má za to, že pokud toto pochybení šlo na vrub poddodavateli, který se nové zakázky účastnit nebude, není podmínka uvedeného ustanovení naplněna. Žalovaný se rovněž nijak nezabýval tím, že záměnu směsi nemohl žalobce odhalit ani při vynaložení odborné péče.
133. Soud se neztotožňuje s názorem žalobce, že by účastníku soutěže o veřejnou zakázku nemělo být přičitatelné chování jeho subdodavatele. Zadavatele zakázky nemusí zajímat, jakým způsobem došlo ke vzniku vady. Pro zadavatele je jeho obchodním partnerem ten, s kým má uzavřenou smlouvu na realizaci veřejné zakázky, vůči tomuto subjektu také reklamuje případné vady díla a tento subjekt nese odpovědnost za kvalitu předaného díla. Stejně tak je povinen strpět i případné sankce, které s vadami díla souvisejí. Případná regresní odpovědnost jeho subdodavatele není pro zadavatele veřejné zakázky podstatná. Naopak regresní vztah mezi dodavatelem a subdodavatelem vůbec vzniknout nemusí, protože je pouze na žalobci, resp. na dodavateli, vůči kterému byla uplatněna sankce za škodu, zda bude uplatňovat regresní nárok po svém subdodavateli.
134. ZZVZ hovoří (stejně jako důvodová zpráva) o dodavateli a nikoliv jeho subdodavatelích, nicméně zadavatel neuzavírá smlouvy na dílčí plnění veřejných zakázek se subdodavateli vítězného uchazeče. Stejně jako vybraný uchazeč získává veřejnou zakázku a příjem z ní plynoucí, tak vybraný uchazeč nese i odpovědnost za řádné splnění zakázky. Bylo by naprosto nesmyslné, pokud se § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ měl aplikovat pouze na plnění, která poskytl sám vybraný uchazeč, protože pak by byl smysl citovaného ustanovení fakticky vyprázdněn. Vyloučení odpovědnosti v důsledku pochybení účastníků v dodavatelsko-odběratelském řetězci by vylučovalo odpovědnost za téměř neomezené části plnění smlouvy (postačovalo by chybné balení, nebo prosté zadání problematické části zakázky, u které by se mohly s vyšší pravděpodobností vyskytnout pochybení, subdodavateli).
135. Soud má proto jednoznačně za to, že záměrem úpravy bylo zdůraznit odpovědnost dodavatele. Stejně jako v soukromoprávních vztazích nemusí zajímat odběratele, z jakého důvodu mu poskytl dodavatel nekvalitní plnění, tak i v případě veřejných zakázek musí mít tuto možnost i veřejný zadavatel. Zároveň platí, že zadavatel má *možnost*, nikoliv *povinnost* vyloučit uchazeče z účasti na veřejné zakázce, díky čemuž může zohlednit právě tu skutečnost, že mohlo dojít k pochybení dodavatele v důsledku omluvitelné pochybení subdodavatele, které nemohl samotný dodavatel zjistit ani při vynaložení přiměřené pečlivosti.

136. Uvedená námitka není podle soudu důvodná proto, že partnerem zadavatele ve veřejné zakázce je dodavatel. Stejně tak, jako bere dodavatel zisk z veřejné zakázky, tak i nese i jednotnou odpovědnost za její plnění.
137. Dále v prvním doplnění žaloby uvedl k bodu 4 žaloby, k podmínce kvalifikovaného následku – právu na zaplacení smluvní pokuty, že je nutné, aby žalovaný zkoumal, zda jde rovněž o sankci uplatňovanou po právu, tedy zda na ni skutečně zadavateli vznikl nárok, s čímž se žalovaný v napadeném rozhodnutí nijak nevypořádal. Uvedené doplnění žaloby neshledal soud důvodné. Žalovaný se nárokem zadavatele na smluvní pokutu zabýval v bodech 41. až 44. napadeného rozhodnutí a zdůvodnil, proč k tomuto závěru dospěl. Žalobce neposkytl žádné důkazy, které by svědčily o opaku.
138. K témuž bodu žaloby doplnil, že podle jeho názoru musí dojít k ukončení smluvního vztahu na základě jednostranného úkonu, který má sankční povahu, a není tedy například možné ukončení smluvního vztahu dohodou. Vedle otázky přiměřenosti způsobené škody či jiných sankcí je také nutné zabývat se jejich oprávněností. Předně je vhodné konstatovat, že žalovaný se nikde v napadeném rozhodnutí věcně nezabývá otázkou důsledků *odstoupení dohodou* ve vztahu k § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. V citovaném bodu doplnění žaloby ze dne 14. 9. 2019 rozvíjel žalobce bod 4. žaloby (4. K podmínce kvalifikovaného následku – právu na zaplacení smluvní pokuty), který se týkal bodu 40. a následující, které se týkaly plnění smlouvy I. Z obsahu správního spisu plyne, že k odstoupení od smlouvy došlo pouze v případě *smlouvy II.*, kde odstoupení navazovalo na smluvní pokutu a bylo důsledkem podmínek, které si strany sjednaly ve smlouvě. V případě *smlouvy I.* k odstoupení od smlouvy nedošlo, byly ale účtovány náklady na odstranění stavby.
139. Jinými slovy otázka odstoupení se vztahuje pouze a jedinečně ke *smlouvě II.*, nicméně jak plyne z napadeného rozhodnutí, žalovaný se otázkou odstoupení od *smlouvy II.* vůbec nezabýval, neboť za dostačující důvod pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ v souvislosti se *smlouvou II.* považoval vznik sankce v podobě smluvní pokuty (srov. bod 97). Jelikož soud tomuto závěru přisvědčil, je posouzení otázky důsledků odstoupení dohodou nadbytečné a na posouzení věci nemá žádný vliv. Soud se proto touto otázkou dále nezabýval.
140. Zároveň soud konstatuje, že v případě *smlouvy I.* k ukončení právního vztahu nedošlo, tudíž není důvod zabývat se otázkou, jakým způsobem má dojít k ukončení právního vztahu. K povaze smluvní pokuty jako jiné srovnatelné sankce se soud vyjádřil výše s tím, že v nyní souzené věci měla smluvní pokuta srovnatelné důsledky s ukončením právního vztahu vzhledem ke všemu, co soud uvedl výše.
141. K další části prvního doplnění žaloby rubrikované jako „3. K pochybením při plnění smlouvy II“ uvádí soud následující. První část bodu 3. prvního doplnění žaloby („Zadavatel uváděl, že ... , musí prokázat, že toto odstoupení bylo po právu.“) se týkala naplnění podmínek pro odstoupení zadavatele od smlouvy II. V případě smlouvy II. ale žalovaný považoval smluvní pokutu za dostačující následek pochybení žalobce. Otázka odstoupení od smlouvy pro něj nebyla relevantní, proto se odstoupením od smlouvy nezabýval.
142. Pokud jde o to, že k tvrzenému prodlení (a k na něj navazující sankci) mělo dojít z důvodů na straně zadavatele (v této části doplnění žaloby namítáno opakovaně), soud souhlasí s tím, co uvedl žalovaný v bodu 71. napadeného rozhodnutí, a to, že důkazy předložené žalobcem nejsou dostatečné ke zjištění případného podílu zadavatele na prodlení žalobce. Konečně ani v soudním řízení žalobce žádné další důkazy v tomto smyslu nenavrhl ani nedoložil.
143. V další části tohoto bodu „Žalovaný však v dané věci oprávněnost odstoupení od smlouvy nijak nezkoumal, .... vznik práva na smluvní pokutu, jež představuje srovnatelnou sankci.“ Žalobce nic bližšího k věci netvrdí a soud proto nemá na co reagovat.

144. Jestliže žalobce dále tvrdil, že „Žalovaný rovněž v daném případě opomněl, že pro naplnění požadavků předmětného ustanovení je nutné, aby došlo k více než jednomu porušení, kdy tato podmínka dle žalobce v případě smlouvy II rozhodně naplněna nebyla.“; tak stejné skutečnosti namítá i v rámci druhého doplnění žaloby. Soud se proto s touto argumentací vypořádává uceleně níže.
145. Žalobce dále podal ještě druhé doplnění žaloby, ve kterém se zabýval pluralitou pochybení účastníka řízení a otázkou závažnosti pochybení u Smlouvy I a rozsahu svého pochybení.
146. Soud konstatuje, že druhé doplnění žaloby je zcela shodné s doplněním žalob ve věcech vedených u zdejšího soudu pod sp. zn. 31Af 67/2019 a 31Af 68/2019, a to vč. odkazu na bod 237 rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, ačkoliv toto rozhodnutí v nyní posuzované věci má pouze 156 bodů! Lze tak důvodně pochybovat o tom, zda se vůbec jedná o vážně míněný úkon žalobce. Soud přesto námitky žalobce vypořádává, nicméně zcela shodně jako v citovaných věcech.
147. V případě otázky plurality pochybení zadavatele lze dotčené ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ pochopit tak, že se pluralita pochybení vztahuje k *jedinému* smluvnímu vztahu, jak naznačuje použité jednotné číslo u formulace „*při plnění dřívějšího smluvního vztahu*“. Soud má však za to, že taková interpretace není v souladu s úmyslem, který vedl zákonodárce k vytvoření uvedeného pravidla. Samotné jednotné číslo použité ve vztahu k „smluvnímu vztahu“ neznámá nutně, že pravidlo plurality se vztahuje na více pochybení v rámci jediného smluvního vztahu. Samotné ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ve svém textu nehovoří o tom, že by se muselo jednat o jediný smluvní vztah. Požadavek na množství větší než jedna je v rámci citovaného ustanovení vznesen pouze k pochybením. Je tedy zřejmé, že ve vztahu k veřejným zadavatelům dopustit více pochybení. Slovní spojení „*při plnění dřívějšího smluvního vztahu*“ pak pouze rozvíjí tu skutečnost, že musí dojít k vícenásobnému pochybení, a podle názoru soudu nijak nepředznamenává, že k pluralitě pochybení musí dojít v rámci jediného smluvního vztahu.
148. K tomuto závěru jednoznačně směřuje zadávací směrnice.
149. Ze srovnání § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ (*žadatel 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*) s čl. 57 odst. 4 písm. g) zadávací směrnice (*Veřejní 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 těchto situací: g) pokud se hospodářský subjekt v rámci dřívější veřejné zakázky, dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem nebo dřívější koncesní smlouvy dopustil závažných nebo trvalých pochybení při plnění zásadního požadavku, jež vedly k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím*) plyne, jak již soud uvedl výše, že česká právní úprava přebírá právní úpravu EU. Proto je namístě se ptát, z jakých důvodů evropské právo tuto možnost zadavateli poskytlo.
150. Soud již výše, z jiných důvodů, odkazoval na preambuli zadávací směrnice a považuje za vhodné se k ní vrátit i na tomto místě. Opětovně lze odkázat na bod 101 preambule, dle kterého: „(101) ... *Vzhledem k tomu, že veřejný zadavatel ponese odpovědnost za důsledky svého případného chybného rozhodnutí, by veřejní zadavatelé měli i nadále mít možnost se domnívat, že došlo k vážnému profesnímu pochybení, mohou-li před vydáním konečného a závazného rozhodnutí o existenci důvodů pro povinné vyloučení jakýmkoli vhodným způsobem prokázat, že daný hospodářský subjekt porušil své povinnosti, včetně povinností spojených s platbou daní nebo příspěvků sociálního zabezpečení, nestanoví-li vnitrostátní právní předpisy jinak. Zároveň by měli mít možnost vyloučit zájemce nebo uchazeče, jejichž plnění u dřívějších veřejných zakázek*

vykazovalo závažné nedostatky s ohledem na základní požadavky, například absenci dodávky nebo výkonu, významné nedostatky dodaného výrobku nebo služby, které výrobek nebo službu činí nepotřebitelným pro zamýšlený účel, nebo pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu. Vnitrostátní právo by mělo stanovit maximální dobu takových vyloučení.

151. Při použití fakultativních důvodů pro vyloučení by veřejní zadavatelé měli věnovat zvláštní pozornost zásadě proporcionality. Drobné nesrovnalosti by měly vést k vyloučení hospodářského subjektu pouze ve výjimečných případech. Nicméně opakované případy drobných nesrovnalostí mohou vést k pochybnostem o spolehlivosti hospodářského subjektu, což by mohlo odůvodnit vyloučení.“
152. Je tedy zcela zřejmé, že ačkoliv zadávací směrnice v čl. 57 odst. 4 písm. g) používá ve vztahu k množství závazků mezi zadavatelem a dodavatelem jednotné číslo, preambule používá k množství závazků číslo množné. Samotná preambule zadávací směrnice se k množství závazků mezi zadavatelem a dodavatelem vyjadřuje zcela jasně a výklad právní úpravy limitovaný opakovaným pochybením v rámci jednoho závazku by popíral to.
153. Podle názoru soudu je třeba formulaci „závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu“ vyložit tak, že slovní spojení „dřívějšího smluvního vztahu“ pouze vyjadřuje to, o jaká pochybení dodavatele se jedná. Tedy, že se musí jednat o pochybení při plnění veřejné zakázky, tj. jedná se o vyjádření určité typologie pochybení dodavatele. Skutečnost, že je pro nastoupení sankčních následků vyžadována *mnohost* pochybení vyjadřuje formulace „závažných nebo dlouhodobých“ pochybení.
154. Pouze pro dokreslení uvádí soud níže další znění zadávací směrnice. Lze odkázat na čl. 57 odst. 4 písm. g) zadávací směrnice v anglickém znění: „Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions“ a bod 101 preambule: „They should also be able to exclude candidates or tenderers whose performance in earlier public contracts has shown major deficiencies with regard to substantive requirements, for instance failure to deliver or perform, significant shortcomings of the product or service delivered, making it unusable for the intended purpose, or misbehaviour that casts serious doubts as to the reliability of the economic operator.“
155. Dále na čl. 57 odst. 4 písm. g) zadávací směrnice v německém znění: „Öffentliche Auftraggeber können in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden: der Wirtschaftsteilnehmer hat bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags, eines früheren Auftrags mit einem Auftraggeber oder eines früheren Konzessionsvertrags erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“ a bod 101 preambule: „Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein.“
156. Případně na čl. 57 odst. 4 písm. g) zadávací směrnice ve slovenském znění: „Verejní obstarávatelia môžu z účasti na postupe obstarávania vylúčiť každý hospodársky subjekt alebo od nich môžu členské štáty požadovať, aby z účasti na postupe obstarávania vylúčili ktorýkoľvek hospodársky subjekt, a to v ktorejkoľvek z týchto situácií: ak hospodársky subjekt vykazoval významné alebo pretrvávajúce nedostatky pri plnení niektorej zásadnej požiadavky predchádzajúcej verejnej zákazky, predchádzajúcej zákazky u subjektu obstarávateľa alebo predchádzajúcej koncesie, čo viedlo k predčasnému ukončeniu takejto predchádzajúcej zmluvy, ku škode alebo



*iným porovnatelným sankciám“ a bod 101 preambule: „Takisto by mali mať možnosť vylúčiť záujemcov alebo uchádzačov, ktorých plnenie v prípade predchádzajúcich verejných zákaziek bolo poznačené veľkými nedostatkami, pokiaľ ide o podstatné požiadavky, napríklad nedodaním alebo neplnením, významnými nedostatkami týkajúcimi sa dodaných výrobkov alebo poskytnutých služieb, v dôsledku ktorých boli nepoužiteľné na zamýšľaný účel, alebo nesprávnym konaním, ktoré vyvoláva vážne pochybnosti, pokiaľ ide o spoľahlivosť tohto hospodárskeho subjektu.“*

157. Všetchna citovaná (rovnocenná) znění zadávací směrnice potvrzují výše uvedené, tj. že preambule směrnice vychází z množného čísla u vysoutěžených zakázek, a naopak text vlastního ustanovení směrnice o vysoutěžené zakázce hovoří v jednotném čísle. Soud tak má za to, že smysl směrnice je ve všech jazykových mutacích shodný, a to pluralita pochybení dodavatele bez ohledu na množství předcházejících zakázek.
158. K otázce závažnosti pochybení u Smlouvy I a rozsahu pochybení soud naprosto nesouhlasí s názorem žalobce, že pokládka nesprávného typu směsi by měla konzumovat ostatní vady, které by mohly s pokládkou směsi souviset. Pokud ve věci smlouvy došlo k záměně asfaltové směsi (což nepopírá ani sám žalobce), tak není zřejmé, proč nebyly dodrženy technické normy související s tloušťkou pokládané směsi a pevností spojení této vrstvy a ložní vrstvy. Ani sám žalobce netvrdí, že by pro jím položenou asfaltovou směs platily jiné technické normy pro její tloušťku a pro pevnost jejího spojení s ložní vrstvou.
159. Samo o sobě je toto žalobní tvrzení absurdní ve spojení s jiným tvrzením žalobce, že o záměně směsi nevěděl, neboť mu balení směsi obsahovalo jinou směs, než bylo uvedeno. To by logicky mělo znamenat, že žalobce vycházel z toho, že pokládá správnou směs. Pak ale stále nevysvětlil, proč dílo vykazovalo další vady, tj. odlišnou tloušťku a jinou pevnost spojení.
160. Jedná se tedy zjevně o tři na sobě nezávislé různé vady, které nejsou spojeny (ani konzumovány) záměnou asfaltové směsi.

## **VI. Shrnutí a náklady řízení**

161. S ohledem na vše shora uvedené dospěl soud k závěru, že napadené rozhodnutí bylo vydáno v souladu se zákonem a shora uvedené žalobní námitky uplatněné žalobcem nejsou důvodné. Z toho důvodu soud žalobu jako nedůvodnou dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl.
162. Výroky o nákladech řízení mají oporu v § 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. Žalobce v řízení úspěšný nebyl, proto mu právo na náhradu nákladů řízení nepřisluší. Žalovanému, který měl v řízení plný úspěch, však žádné náklady spojené s tímto řízením nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, proto soud rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení nepřiznává.
163. O nákladech osoby zúčastněné na řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 5 s.ř.s., dle kterého má osoba zúčastněná na řízení právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Osoba zúčastněná na řízení tedy nemá právo na náhradu nákladů řízení v projednávané věci, jelikož jí soud žádnou povinnost neuložil a ani neshledal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele.

## **Poučení:**

Proti tomuto rozhodnutí 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 16. prosince 2020

JUDr. Jaroslava Skoumalová v. r.  
předsedkyně senátu

Shodu s prvopisem potvrzuje Petra Hladíková.