



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 osoby
zúčastněné na řízení: Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČ 65993390
sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

o žalobě proti rozhodnutí žalovaného ze dne 26.7.2019, č.j. ÚOHS-R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBr

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá 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 6. 5. 2019, č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/512/TDv, a zamítnut rozklad proti tomuto rozhodnutí.
2. Rozhodnutím správního orgánu prvního stupně byl zamítnut návrh žalobce ve věci přezkumu úkonu zadavatele Ředitelství silnic a dálnic ČR, který rozhodl dne 30. 8. 2018 o vyloučení žalobce ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary - Chlum“. Námitky proti rozhodnutí o vyloučení zadavatel odmítl.
3. Prvním rozhodnutím Úřadu ve věci uvedené veřejné zakázky bylo rozhodnutí ze dne 24. 7. 2018, č. j. S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv, kterým bylo zrušeno první vyloučení žalobce ze zadávacího řízení, a to z důvodu porušení zásady transparentnosti zadavatelem. Následně byl žalobce opětovně vyloučen ze zadávacího řízení, přičemž rozhodnutí o odmítnutí námitek ze dne 26. 9. 2018 proti v pořadí druhému rozhodnutí a oznámení o vyloučení ze dne 30. 8. 2018 bylo přezkoumáváno nyní napadeným rozhodnutím. Ve věci nejprve rozhodl Úřad dne 10. 12. 2018 rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-34409/2018/512/TDv (dále též „rozhodnutí S0397/2018/VZ I“), kterým uložil zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách ze dne 26. 9. 2018. Toto rozhodnutí žalovaný zrušil rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0220/2018/VZ-07050/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 a správní orgán prvního stupně opětovně rozhodl shora uvedeným rozhodnutím ze dne 6. 5. 2019 (dále též „S0387/2018/VZ II“).
4. Před rekapitulací podání účastníků a vypořádáním žalobních bodů musí soud konstatovat, že jak žalobce, tak i žalovaný a osoba zúčastněná na řízení podali ve věcech 31Af 67/2019 a 31Af 68/2019 v podstatě zcela totožná podání. Shoda podání účastníků nutně předznamenává postup soudu v obou věcech.

II. Obsah žaloby

5. Před tím, než žalobce uvedl věcné důvody, pro které považuje napadené rozhodnutí za nezákonné, napadl postup, kterým žalovaný dospěl k vydání napadeného rozhodnutí s tím, že prvostupňové rozhodnutí S0397/2018/VZ II je zcela odlišné od rozhodnutí S0397/2018/VZ I a rozhodnutí S0198/2018/VZ, kdy žalovaný i přes to, že nedošlo k žádným změnám v argumentaci zadavatele ohledně vyloučení žalobce, bez jakéhokoliv odůvodnění změnil svou argumentaci a bez dalšího dává za pravdu zadavateli.
6. K samotnému napadenému rozhodnutí žalobce uvedl, že ho žalovaný dostatečně neodůvodnil napadené rozhodnutí a neuvedl, z jakého důvodu dospěl k tomu, že důvody pro vyloučení žalobce ze zadávacího řízení byly dány, a zadavatel dostal povinností kladeným na něj při postupu dle § 6 a § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a napadené rozhodnutí není ani věcně správné.
7. Konkrétně poukázal na to, že prvostupňové rozhodnutí S0397/2018/VZ II bylo defacto totožné jako jiná rozhodnutí žalovaného s tím, že má za to, že i přesto obdobný předmět řízení není možné, aby žalovaný pouze zkopíroval svá předchozí rozhodnutí, neboť to svědčí o tom, že se věcí nijak nezabýval i s ohledem na to, že argumentace žalobce ani zadavatele nikdy nebyla zcela identická.
8. 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 zadávaných za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o

veřejných zakázkách. 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 (konkt. § 273 odst. 1 ZZVZ).

9. 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.
10. Následně brojil proti vadám napadeného rozhodnutí v souvislosti s posouzením typu a charakteru pochybení dodavatele. Podle žalovaného spočívají pochybení v použití jiné asfaltovací směsi a v nedostatečné tloušťce ohrubné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení ohrubné a ložní vrstvy vozovky. Odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí není podle něj dostatečné, neboť žalovaný uvedl, že se zcela ztotožňuje s právním posouzením dlouhodobosti či závažnosti pochybení žalobce, ačkoliv je mezi stranami veden o toto pochybení spor, a došlo v argumentaci žalovaného k obratu o 180 stupňů. Závěry žalovaného jsou nepřezkoumatelné i proto, že žalovaný nedisponuje odbornými znalostmi, aby mohl závažnost a dostatečnost důvodů posoudit a vycházet z tvrzení zadavatele je podle jeho názoru nepřípustné. Zároveň zpochybnil vady, které mu byly vytknuty s tím, že se jedná o vady odstranitelné. Dále namítl, že není možné tvrdit splnění podmínky minimálně dvou a více pochybení, která lze kvalifikovat jako pochybení závažná či dlouhodobá a odkázal na rozsudek Soudního dvora EU Forposta SA a spol. proti POCZTA Polska SA ve věci sp. zn. C-465/11 s tím, že záměně směsi nevěděl, nemohl ji při vynaložení veškeré péče rozpoznat a chybí tedy zlý úmysl či závažná nedbalost.
11. Následně brojil proti vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí. Uvedl, že se žalovaný měl zabývat otázkou platnosti či neplatnosti odstoupení od smlouvy, a dále není možné bez dalšího tvrdit, že právo na smluvní pokutu představuje srovnatelnou sankci k odstoupení od smlouvy. K tomu odkazuje na svá tvrzení, která uvedl v žalobě.
12. Žalovaný se měl dle názoru žalobce zabývat otázkou platnosti či neplatnosti odstoupení od smlouvy, a dále se měl rovněž zabývat otázkou, zda je nárok na smluvní pokutu srovnatelnou sankcí k odstoupení od smlouvy. Dále namítl, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení, i když se zadávací proces zásadami trestního řízení neřídí. Následně brojil i proti posouzení otázek reklamace vad díla, povahy vad, neprovedení důkazu znaleckým posudkem a klimatických podmínek. Podle žalobce právě například posouzení toho, zda jde o vady odstranitelné či neodstranitelné má dopad na posouzení, zda je splněna podmínka závažného nebo dlouhodobého porušení povinnosti, a dále má žalobce za to, že není možné tvrdit, že „pokud je vada „neodstranitelná“, jak tvrdí navrhovatel, tím spíše bude zcela zřejmě závažnější, než vada odstranitelná“. Žalovaný měl v případě vad nechat zpracovat znalecký posudek a mělo

být posouzeno, jakým způsobem se dodavatel k případným vadám postavil – tedy zda je odstranil, nabídl zadavateli kompenzaci, či jinak se snažil odčinit důsledky vadného plnění.

13. V navazujícím podání doplnil žalobce podanou žalobu k bodu „podmínka způsobení škody, další sankce“ tak, že se neztotožňuje s tvrzením žalovaného, že je možné, aby k ukončení smluvního vztahu došlo nejen odstoupením od smlouvy či výpovědí, ale i dohodou, neboť dle jeho názoru k ukončení smluvního vztahu musí dojít na základě jednostranného úkonu, který má sankční povahu a na předčasné ukončení smluvního vztahu je tedy nutné pohlížet i z hlediska jeho povahy a následku.
14. K námitce „typ a charakter pochybení dodavatele“ doplnil, že jednoho z tvrzených pochybení – záměny směsi SMA 8 za SMA 11, se dopustil nikoliv on, ale jeho poddodavatel. Z dikce předmětného ustanovení a z důvodové zprávy k zákonu plyne, že je nutné vztáhnout pochybení pouze k osobě dodavatele – účastníka zadávacího řízení.
15. K námitce „vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí“ 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, 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. 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 uvažovat 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 tuto ani netvrdil pro svůj závěr o naplnění podmínek vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d).
18. 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 nepřijatelné 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

19. Žalovaný předně konstatuje, že napadené rozhodnutí považuje za správné a zákonné a s ohledem na obsah žaloby odkazuje na související spisový materiál, zejména pak na obě správní rozhodnutí vydaná ve věci.

20. K podobnosti prvostupňového rozhodnutí s jiným rozhodnutím žalovaného uvedl, že sdělil žalobci, že vede nejméně čtyři správní řízení ve čtyřech různých veřejných zakázkách, ve kterých je účastníkem řízení právě zadavatel a žalobce, ve všech čtyřech veřejných zakázkách jsou rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce v zásadě stejná a zakládají se na stejných důvodech a je proto logické, že prvostupňové rozhodnutí je podobné jinému rozhodnutí žalovaného. Žalovaný i předseda žalovaného přezkoumával všechna návrhem napadená rozhodnutí zadavatele o vyloučení ve vztahu k naplnění zákonných podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, která jsou založená na stejných skutkových okolnostech, stejných důkazech a jsou stejným způsobem odůvodněná a je podle žalovaného nemyslitelné, aby rozhodoval v těchto případech odlišně.
21. Dále se vyjádřil k důvodům vyloučení žalobce podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. K časové podmínce (pochybení v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení) a k otázce retroaktivity uvedl, že žalobce nesprávně zaměňuje retroaktivitu s účinností právního předpisu. Pokud by zákonodárce cítil potřebu během „tvorby“ zákona odložit účinnost dotčeného ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona jistě by tak učinil, např. by v zákoně stanovil, že k pochybením, ke kterým došlo za účinnosti starého zákona, se nemá přihlížet a nelze je použít jako důvod pro vyloučení podle zákona (k tomu žalobce odkázal jednak na odbornou literaturu a nález Ústavního soudu ČR ze dne 4. 2. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 21/96).
22. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve zdejším případě působí retrospektivně. Není totiž nikterak stanoveno, že by rozhodná právní skutečnost (závažné pochybení) musela vzniknout za účinnosti zákona, aby ji bylo možno pro účely uvedeného ustanovení použít. Naopak přípustné je použít pochybení, která vznikla tři roky před zahájením zadávacího řízení vedeného podle zákona. Dále musí předseda žalovaného konstatovat, že zákon vyžaduje existenci pochybení a nikde nestanoví, že k pochybení musí dojít až po 1. 10. 2016 (tedy za účinnosti zákona). Stejně tak zákon nikde nevyklučuje možnost zohlednit pochybení, kterých se žalobce dopustil za účinnosti starého zákona. Z hlediska plynutí času je v citovaném ustanovení podstatná pouze tříletá doba (jako zákonná podmínka), nikoliv účinnost právního předpisu (zákona nebo starého zákona).
23. Účelem ustanovení dle žalovaného je umožnit zadavateli, aby nespocoval s dodavatelem, se kterým má z minulosti špatné zkušenosti. To znamená, že je irelevantní, jestli k pochybením došlo za účinnosti starého zákona nebo až za účinnosti nového zákona. Tříletá podmínka dle něj dostatečně chrání účastníky soutěže před zneužíváním citovaného ustanovení.
24. K požadavku na vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce žalovaný konstatoval, že výklad žalobce není v souladu s pravidly českého pravopisu ve vztahu k užívání interpunkce a o úmyslu zákonodárce konstruovat mezi vznikem škody a předčasným ukončením vztahu alternativní vztah jasně svědčí i užití spojky „nebo“ v textu důvodové zprávy. V té souvislosti odkázal i na Legislativní pravidla vlády a na výklad, který provedl v napadeném rozhodnutí. K žalobcem citovanému ustanovení občanského zákoníku uvedl, že podle jeho názoru svědčí v neprospěch žalobce a důvod pro odstoupení od smlouvy podle občanského zákoníku byl dán a nic nenasvědčuje tomu, že by odstoupení od smlouvy bylo neplatné. Nepřisvědčil ani požadavku žalobce na detailní zkoumání toho, zda sankce je přiměřená důsledkům odstoupení od smlouvy nelze přisvědčit s ohledem na absenci kvantifikace výše smluvní pokuty v § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
25. Žalovaný považuje pochybení žalobce za závažná a postup zadavatele za očekávaný a naplňující literu zákona. K pojmu „jiná srovnatelná sankce“ uvedl, že může být srovnatelná buď s právem na náhradu škody nebo s odstoupením od smlouvy nebo i s jinými dalšími sankcemi, a následně se vyjádřil k povaze náhrady škody v intencích projednávané věci s tím, že smluvní pokuty, na

něž ve zdejší případě zadavateli vzniklo právo, jsou tedy jinými srovnatelnými sankcemi ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

26. K požadavku na závažná či dlouhodobá pochybení uvedl, že se shodnými námitkami se správní orgány dle žalovaného vypořádaly ve svých rozhodnutích. Žalovaný proto opakovaně konstatoval, že tyto námitky nejsou důvodné. Ve svém vyjádření proto setrval na názoru, že výsledek soukromoprávního sporu mezi žalobcem a zadavatelem není pro posouzení věci relevantní, dále že v posouzení věci nedošlo k názorovému obratu žalovaného a že nemá žádných pochyb o tom, že žalobce se dopustil několika závažných pochybení a byl v souladu se zákonem vyloučen zadavatelem ze zadávacího řízení. S ohledem na obsah správního spisu jako nedůvodnou označil i námitku nedostatečných odborných znalostí žalovaného k posouzení věci.
27. U námitky vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí zcela odkázal na body 84 – 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť nepovažuje za účelné se opětovně a stejným způsobem vyjadřovat k otázce platnosti či neplatnosti odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele.
28. Dále uvedl, že nepovažuje za účelné, aby se detailně vyjadřoval k námitce uplatňování zásad trestního řízení, a odkazuje se na body 98 – 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Předseda může pouze konstatovat, že názor žalobce je stále chybný a předseda Úřadu v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele není oprávněn k užití zásad trestního řízení, a že v zadávacím řízení nejde o trestání, ale o soukromoprávní uzavírání smluv na veřejnou zakázku.
29. V případě námitky, které se týkaly reklamaci vad díla, povahy vad, neprovedení důkazu znaleckým posudkem a klimatických podmínek odkázal v odůvodnění svého prvostupňového rozhodnutí, a to v bodech 97–153. Předseda žalovaného se touto otázkou zabýval v bodech 53 – 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
30. Žalobcem citovaný rozsudek SDEU ve věci sp. zn. C-465/11 není v posuzované věci příslušný, neboť se jedná o dva zcela skutkově odlišné případy posuzované optikou dvou různých zákonů o zadávání veřejných zakázek dvou různých členských států Evropské unie a odlišnost obou úprav je nadto velmi zásadní. Kompenzace žalobce za jeho závažná pochybení nejsou podle žalovaného pro posouzení věci relevantní.
31. K vyjádření technického zkušebního institutu TPA ČR s. r. o. a soudního znalce doc. Ing. Františka Lucemburka, CSc., uvedl, že tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit závěr žalovaného, neboť řeší až nápravu pochybení.

IV. Obsah vyjádření osoby zúčastněného na řízení

32. Zadavatel soudu předně sdělil, že rozhodnutím ze dne 29. 8. 2019 zrušil zadávací řízení. Písemné sdělení o zrušení zadávacího řízení doručil všem účastníkům zadávacího řízení téhož dne. Ve lhůtě pro podání námitek proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel neobdržel žádné námitky, a proto je zadávací řízení pravomocně ukončeno. Zadavatel proto považuje řízení o této žalobě za bezpředmětné, neboť i v případě, kdy by soud dospěl k závěru o důvodnosti žaloby, zrušil napadené rozhodnutí žalovaného a věc vrátil k dalšímu řízení, žalovaný by správní řízení pro bezpředmětnost musel zastavit.
33. K ostatním bodům žaloby osoba zúčastněná na řízení odkázala na svá předchozí vyjádření v řízení před žalovaným. Následně shrnul skutkový stav v rámci veřejné zakázky, zahájené výzvou k podání nabídek ze dne 26. 2. 2018 a obecně k žalobním bodům uvedla, že zcela souhlasí se závěry napadeného rozhodnutí žalovaného a že naprostá většina tvrzení byla již uvedena a vyvrácena v předcházejících řízeních.

34. Uvedla, že argumentace žalobce ve všech sporných zadávacích řízeních je naopak téměř identická a liší se pouze v detailech a doplněných, často nesrozumitelných či opakujících se prohlášeních a tvrzeních a žalobce ani nepoukazuje na žádné nedostatky vzniklé případným kopírováním určitých pasáží mezi jednotlivými rozhodnutími žalobce, které by svědčily tomu, že se žalovaný konkrétním případem nezabýval.
35. K otázce retroaktivity ŘSD uvedlo, že názor žalovaného je přesvědčivě odůvodněn v bodech 72 až 76 napadeného rozhodnutí a že žalobce zcela účelově zaměňuje účinnost právního předpisu a dobu, kdy nastaly skutkové okolnosti, na které tento právní předpis odkazuje. V daném případě je podle něj rozhodné, kdy bylo zahájeno zadávací řízení veřejné zakázky, ze kterého je žalobce vyloučen. Odkaz na přechodné ustanovení obsažené v § 273 ZZVZ je irelevantní a zadavatel totiž přistoupil k vylučování žalobce v zadávacím řízení dle nové právní úpravy, která předpokládá pochybení při jakémkoliv dřívějším smluvním vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, aniž by okruh takových smluvních vztahů jakkoliv omezoval určitou právní úpravou. Zbýlá argumentace žalobce týkající se ústavnosti retroaktivity je zcela bezpředmětná, neboť se o retroaktivitu právního předpisu vůbec nejedná. K účelu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ uvedlo, že jeho smyslem je snaha přiblížit zadávací proces běžnému kontraktačnímu procesu, což blíže odůvodnilo, a vyjádřilo se i k možné zneužitelnosti citovaného ustanovení.
36. V otázce naplnění podmínky způsobení škody, další sankce, zadavatel opakoval své dřívější vyjádření, že tento závěr žalobce k podmínce vzniku škody je zcela absurdní a rozporný s Legislativními pravidly vlády, na které odkázal. Zároveň uvedl, jak by měla znít příslušná formulace zákona v případě, že by měla mít argumentace žalobce oporu v platném právu, nicméně takový text by podle ŘSD odporoval zadávací směrnici.
37. K uplatnění smluvní pokuty zadavatel podotkl, že uplatněné smluvní pokuty byly v řádech stovek tisíc korun a v případě smlouvy I byly kromě smluvní pokuty požadovány uhradit i náklady, které vznikly zadavateli odstraněním vady stavby (více než 3 mil. Kč) a v případě smlouvy II kromě smluvní pokuty došlo též k odstoupení na smlouvy.
38. K právní úpravě odstoupení ŘSD odkázalo na § 2001 občanského zákoníku a sjednané důvody pro odstoupení od smlouvy (např. Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP), které byly naplněny, a podstatné porušení smlouvy nebylo třeba zkoumat. Nicméně v daném případě jej žalovaný přesto zkoumal. ŘSD je přesvědčeno, že odstoupení na smlouvy je platné, nebylo dosud jakkoliv relevantně zpochybněno a Úřad jeho platnost posoudil.
39. Zadavatel důrazně odmítá tvrzení žalobce k námitce ohledně typu a charakteru pochybení dodavatele, že „je možné, že směs SMA 11 má lepší vlastnosti než zadavatelem požadovaná směs SMA 8“. K pochybením žalobce se ŘSD podrobně vyjádřilo se závěrem, že odmítá, že by záměna směsí byla ku prospěchu díla či přinášela vyšší kvalitu, především však byla v příkrém rozporu se smlouvou i zadávacími podmínkami původní veřejné zakázky; zároveň nešlo o jediné pochybení při plnění smlouvy I. K dalším argumentům odkázal na napadené rozhodnutí s tím, že postup, který vedl k jeho vydání, vč. zrušení v pořadí prvního rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, byl v souladu se zákonem. Dále poukázalo na to, že žalobce v rámci komunikace se zadavatelem zásadně nerozporoval existenci vad díla, ale jejich povahu a řešil způsob nápravy, a to zcela nedostatečně. K odkazu na judikaturu SDEU uvedlo, že nikdy netvrdilo zlý úmysl žalobce, ačkoliv jeho další postup v okamžiku zjištění jeho pochybení by o něm svědčit mohl, za hrubou nedbalost jej však lze považovat zcela bez pochyb. V případě smluv I a II se však jednalo o tak zásadní a opakovaná pochybení, že je lze nepochybně zařadit do kategorie vážných pochybení. Pokud jde o aspekt přičitatelnosti, tak veškerá pochybení u obou smluv lze v plném rozsahu přičítat výlučně žalobci a nelze se jí zprostit odkazem na pochybení subdodavatele.

40. K námitce vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí zadavatel pouze opakoval své vyjádření, že má za to, že smluvní pokuty měly povahu jiné srovnatelné sankce, a to zejména s ohledem na svou výši, čímž se žalovaný řádně zabýval. Zadavatel je však přesvědčen, že žalovaný řádně posoudil i otázku platnosti odstoupení na smlouvy, když pouze konstatoval, že neexistuje relevantní titul k zpochybnění její platnosti.
41. Podle ŘSD je chybná úvaha, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení, pomíjí, že zadávací řízení není správním řízením a správní řízení o přezkoumání postupu zadavatele v zadávacím řízení je stále jen řízením zkoumajícím postup zadavatele v soukromoprávním vztahu, byť regulovaném ZZVZ. Nadto žalobce se zásad správního trestání nedovolával vůči ÚOHS, ale vůči zadavateli. Platí tedy nadále, že uváděné zásady se na zadavatele nevztahují.
42. K námitkám týkajícím se reklamací vad díla, povahy vad, neprovedení důkazu znaleckým posudkem a klimatických podmínek souhlasilo ŘSD se závěry žalovaného s tím, že ve správním řízení byla existence a závažnost pochybení dostatečně prokázána a žalobce důkaz znaleckým posudkem nenavrhl. Dále uvedlo, že žalobcova snaha „odčinit“ důsledky vadného plnění byla zcela nedostatečná až obstrukční. Úvaha, že by jej nebylo možno vyloučit, pokud by své pochybení napravil či kompenzoval, je zcela irrelevantní, protože žalobce tak neučinil – vady neodstranil a nekompenzoval. K záměně asfaltovací směsi uvedlo, že z vyjádření soudního znalce vhodnost směsi neplyne, nejednalo se o jediné pochybení při plnění smlouvy I a zadavatel považuje i jen záměnu směsi za závažné pochybení.
43. Závěrem zadavatel uzavírá, 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. Porušení povinností ve vztahu ke smlouvě I a smlouvě II představují pochybení, která jsou vzhledem k jejich charakteru závažná. Zadavatel s ohledem na uvedená četná závažná pochybení žalobce považuje způsobilost a schopnost žalobce řádně plnit předmět veřejné zakázky za nesplněné. S ohledem na výše uvedené skutečnosti nemohl zadavatel postupovat jinak, než žalobce ze zadávacího řízení vyloučit, a to postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
44. Zadavatel se nedopustil porušení § 6 ani § 48 ZZVZ. Zadavatel proto považuje za správný závěr žalovaného, kdy dle § 265 písm. a) ZZVZ Návrh ve všech částech zamítl. Zadavatel též považuje za správné a srozumitelné všechny dílčí závěry ÚOHS v rozhodnutí Úřadu i v napadeném rozhodnutí.

V. Posouzení věci

45. 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.
46. K první žalobní námitce – pochybení při vydání žalobou napadeného rozhodnutí, soud odkazuje na dvojinstančnost správního řízení. Skutečnost, že se odvolací správní orgán na základě shodného skutkového stavu neztotožní s posouzením, ať již skutkovým nebo právním, které provedl správní orgán prvního stupně, je zákonem předpokládána. Postup, kdy odvolací správní orgán může dospět k odlišnému závěru, i na základě stejného skutkového stavu, podtrhuje význam opravných prostředků. Stejný princip platí i v rámci soudní soustavy. Typicky v případě kasačních rozhodnutí v rámci správního soudnictví je skutkový stav fixován ke dni vydání žalobou napadeného rozhodnutí, a přesto dochází v rámci dvojinstančního posouzení věci k zaujetí rozdílných právních názorů mezi krajskými soudy a Nejvyšším správním soudem.

47. V případě opětovného posouzení orgánem prvního stupně je klíčový obsah právního názoru, který ve zrušujícím rozhodnutí vyjeví odvolací/kasační orgán, a to zejména jeho podrobnost. Otázkou tedy vždy je, nakolik je orgánu nižší instance poskytnut kasačním rozhodnutím prostor pro další vlastní úvahy.
48. V rámci správního řízení je možnost kasace rozhodnutí správního orgánu prvního stupně spolu s vyjádřením závazného právního názoru obsažena v § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, dle kterého, jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
49. Z citovaného ustanovení jasně plyne, že pokud odvolací orgán dojde k závěru o nezákonnosti rozhodnutí správního orgánu prvního stupně a nutnosti zrušit toto rozhodnutí, je povinen vyslovit právní názor, kterým je správní orgán prvního stupně nadále vázán, tj. nemůže rozhodnout o otázce, v níž odvolací orgán vyjádřil závazný právní názor, jinak, a to i za situace, kdy by s kasačním rozhodnutím nesouhlasil.
50. Za této procesní situace byl správní orgán prvního stupně jednoznačně zavázán právním názorem žalovaného, který byl obsažen v prvním kasačním rozhodnutí, a byl povinen považovat rozhodnutí o námitkách za dostatečně odůvodněné a nikoliv nepřezkoumatelné. Změna právního názoru je odrazem kasace jeho předchozího rozhodnutí a změna právního názoru musela nalézt odraz i ve změně odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně. Jestliže bylo konstatování nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele shledáno jako nezákonné, byl povinen přistoupit správní orgán prvního stupně k věcnému přezkumu tohoto rozhodnutí, zákonnost věcného posouzení byla následně podrobena přezkumu i v rozkladovém řízení a nyní je celé řízení před žalovaným podrobováno přezkumu ze strany soudu.
51. Postup, při kterém došlo ke zrušení rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 21. 11. 2018 a následné vázanosti správního orgánu prvního stupně závazným právním názorem, byl v souladu se zákonem. Je na soudu, aby v intencích žalobních námitek posoudil v pořadí druhé rozhodnutí o rozkladu, a žalobce nebyl nijak zbaven možnosti brojit proti vadám řízení, které mohly vzniknout v řízení před vydáním žalobou napadeného rozhodnutí.
52. Soud nesouhlasí ani s druhou žalobní námitkou, která směřuje proti přezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí.
53. Bezpochyby lze souhlasit se žalobcem, že je úkolem správního orgánu reagovat na konkrétní námítka vznesené v konkrétní věci zcela konkrétním způsobem. Nicméně v případě, že jsou předměty řízení v podstatě shodné a obdobným způsobem shodná je i argumentace účastníka řízení, je zcela nadbytečné, aby prováděl správní orgán slohová cvičení, kterými by odlišil jednotlivá rozhodnutí mezi sebou.
54. Není na překážku přezkoumatelnosti rozhodnutí správního orgánu, pokud nereaguje na každou jednotlivou dílčí argumentaci účastníka řízení, pokud proti jeho námitkám postaví svůj komplexní pohled, v němž dojde primárně k posouzení důvodnosti podaného odvolání/rozkladu. Podstatou věci proto je, zda žalovaný přezkoumal ve všech žalobcem zahájených řízeních všechna návrhy dotčená rozhodnutí zadavatele o vyloučení ve vztahu k naplnění zákonných podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Pokud jsou všechna rozhodnutí téhož zadavatele založená na stejných skutkových okolnostech, stejných důkazech a jsou stejným způsobem

odůvodněná, musí soud souhlasit se žalovaným, že si lze jen obtížně představit, aby rozhodoval v takových případech odlišně.

55. Soud zdůrazňuje, že tato žalobní námitka má v podstatě velmi obecný charakter. Žalobce sám nijak nespécifikuje, čím se nyní posuzovaná věc odlišuje věcně skutkově nebo právně od ostatních, tj. co primárně odlišuje projednávanou věc natolik, že je ve věci klíčovou otázkou něco jiného než posouzení naplnění zákonných podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
56. V případě třetí námitky žalobce – nepřipustně retroaktivní aplikace § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, soud se ztotožňuje se žalobcem v tom, že se v případě citovaného ustanovení se jedná o novou právní úpravu, která nebyla v předchozí úpravě zadávání veřejných zakázek obsažena. Tato skutečnost ale podle názoru soudu neznamená, že by se automaticky jednalo o pravou (obecně zakázanou) retroaktivitu ZZVZ.
57. 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).*
58. 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).*
59. 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 pocítována alespoň jako povinnost mravní [náleze 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 takovouto situaci jde v případě, že význam zákonodárných přání pro veřejnost nepřevyšuje zájem jednotlivce na další existenci dosavadního práva [zmíněný náleze sp. zn. Pl. ÚS 17/11, bod 53.; náleze ze dne 15. 9. 2015 sp. zn. Pl. ÚS 18/14 (N 165/78 SbNU 469; 299/2015 Sb.) bod 34.].“*
60. 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).

61. 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.
62. 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.
63. 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.
64. 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 ke 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 sbora uvedených důvodů o takový zásah, který by ve svém důsledku porušil jejich podstatu a smysl*“).
65. Soud nijak nezpochybnuje, 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.
66. 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., Šebesta, 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 byt' 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.

67. 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 zákazů 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.
68. 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). Soud souhlasí se žalovaným v tom, že 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.
69. 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.
70. Dále se soud zabýval námitkou, 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. Soud se neztotožnil s názorem, že s ohledem na použitou formulaci zákonodárce zamýšlel způsobení škody a jinou sankci kumulativně.
71. Podle klíčového § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ platí, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
72. Jakkoliv je jazykový výklad považován pouze za první přiblížení k obsahu právní normy (srov. např. nálezn 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.

73. 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.
74. 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) brušky, tzn. obojí. Zvolíme-li však spojku nebo, o „čistě“ 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 nepřísluší, vznikla-li pracovním úrazem nebo při lovu živočicha, který tuto škodu způsobil.*“)
75. 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*.
76. 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 větu 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*“.
77. 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*.
78. 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.
79. Jazykový výklad, jak ho předestřel žalobce, nemá oporu v pravidlech českého pravopisu a vedl by k absurdním závěrům ve vztahu k slučovacím poměrům 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.

80. Soud se tedy ztotožňuje se žalovaným v tom, že výklad žalobce není v souladu s pravidly českého pravopisu ve vztahu k užívání interpunkce.
81. 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.“
82. 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.
83. 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.
84. Jazykový výklad dotčeného i obsah důvodové zprávy a z ní srozumitelný úmysl zákonodárce jsou proto zcela v souladu.
85. 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).
86. Soud nepovažuje v intencích konkrétně uplatněné námitky za důvodnou ani námitky stran smluvní pokuty jako srovnatelné sankce, ani stran přiměřenosti sankce. Žalovaný se v bodech 59 až 66 zabýval podmínkami dotčeného ustanovení. V předmětném žalobním bodu je sporná čtvrtá podmínka, tj. následek porušení přechozího smluvního vztahu.
87. Jednotlivá vyjádření žalobce sub. 2/b žaloby 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.

88. 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.
89. Jestliže žalobce uvádí, že žalovaný neměl dostatek podkladů pro úsudek ohledně (ne)platnosti odstoupení od smlouvy a nezabýval se touto otázkou dostatečně, nelze mu dát v souzené věci za pravdu, a to s ohledem na body 84 až 101 napadeného rozhodnutí, kde se otázkou možnosti zadavatele odstoupit od smlouvy zabýval. Tato část rozhodnutí má oporu ve správním spise a z pohledu soudu proto není důvod usuzovat na nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí pro nedostatečnou oporu rozhodnutí ve správním spise.
90. Pokud žalobce tvrdil k porovnatelnosti odstoupení od smlouvy a smluvní pokuty, že „*lze mít za to, že tento požadavek zcela jistě nenaplní smluvní pokuta v řádu několika tisíc korun, nebo řádově nižší, než je hodnota zakázky, ale pouze taková, která je svou citelností pro dodavatele srovnatelná s následky odstoupení od smlouvy.*“; tak lze jen odkázat na částky, které byly jako smluvní pokuty uplatněny u jednotlivých smluv.
91. V případě smlouvy I. 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. Obsahu správního spisu (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 stavebních 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.
92. 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. Výši pokuty se žalovaný zabýval, když uvedl dobu prodlení a denní sazbu smluvní pokuty.
93. Pokud se správní orgán 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.
94. K dalším námitkám proti vadám napadeného rozhodnutí v souvislosti s posouzením typu a charakteru pochybení dodavatele u smlouvy I. a dostatečnosti odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí a nedostatku odborných znalostí žalovaného v této otázce soud uvádí následující.
95. V bodech 102 až 112 napadeného rozhodnutí žalovaný jasně uvádí, proč v nyní posuzované věci není předcházejícím rozhodnutím Úřadu založena překážka věci rozhoduté a proč nelze nyní přezkoumávané rozhodnutí ve vazbě na rozhodnutí správního orgánu prvního stupně považovat za názorový obrat. K uvedenému žalobce namítl, že v pořadí druhý přezkum vyloučení soutěžitele a navazující rozhodnutí zadavatele pouze více rozvedlo komunikaci mezi ním a zadavatelem a proces vytýkání vad, ale k samotným vadám zadavatel nic nového nedoplnil.

96. V obecné rovině soud konstatuje následující. Z obsahu správního spisu plyne, že rozhodnutí Úřadu ze dne 24. 7. 2018, č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv, je založeno (viz jeho výrok I.) na porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 ZZVZ. Z odůvodnění plyne, že porušení zásady transparentnosti v citované věci dovodil Úřad z nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o vyloučení žalobce.
97. Ve vztahu k nyní napadenému rozhodnutí je zřejmé, že formálně posuzoval Úřad porušení jiného ustanovení zákona, tudíž dospěl k závěru, že ve věci existuje překážka věci rozhodnuté, formálně nelze.
98. Zároveň ani odůvodnění rozhodnutí ze dne 24. 7. 2018 nekonstruuje důvody pro překážku věci rozhodnuté, neboť důvody rozhodnutí jasně konstatují nepřezkoumatelnost rozhodnutí o vyloučení žalobce pro nedostatek důvodů. Nedošlo tedy k věcnému posouzení vyloučení žalobce ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a Úřad nevyslovil k těmto skutečnostem závazný právní názor. Jediné, co plyne z citovaného rozhodnutí ze dne 24. 7. 2018, je povinnost zadavatele důsledněji odůvodnit rozhodnutí o vyloučení žalobce v případě, že by ve vztahu k němu chtěl zadavatel opětovně postupovat dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
99. Soud není oprávněn citované rozhodnutí přezkoumávat, neboť není předmětem tohoto řízení. Jestliže Úřad a posléze žalovaný připustili k přezkumu rozhodnutí o vyloučení žalobce, která jsou podkladem nyní přezkoumávané věci, musí soud konstatovat, že důvody, které jsou v něm uvedeny, považuje za dostačující, o čemž svědčí mimo jiné i to, že žalobce byl schopen proti rozhodnutí zadavatele brojit podáním k Úřadu a následně i rozkladem proti rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, a to nejen námitkami nepřezkoumatelnosti, ale i námitkami proti věcnému posouzení, a konečně i touto žalobou.
100. Jelikož citovaným rozhodnutím ze dne 24. 7. 2018 nedošlo k zrušení předcházejícího rozhodnutí zadavatele na základě nesprávné aplikace § 48 ZZVZ (viz výrok I.), nelze hodnotit ani k této žalobní námitce, zda byl dodržen závazný právní názor Úřadu k aplikaci citovaného ustanovení. Pokud nyní žalobce tvrdí, že navazující rozhodnutí zadavatele pouze rozvádělo komunikaci mezi ním a žalobcem, tak bylo plně na Úřadu, aby posoudil, zda obsah rozhodnutí o vyloučení žalobce je v souladu se zásadou transparentnosti a zda rozhodnutí o vyloučení tak, jak bylo opětovně vydáno zadavatelem, může být připuštěno k věcnému přezkumu. Podstata rozhodnutí, které je založeno na *nepřezkoumatelnosti*, implikuje, že v navazujícím řízení je třeba doplnit důvody rozhodnutí, a je následně pouze na rozhodujícím orgánu, zda dospěje k závěru, že v jemu předloženém rozhodnutí byla vada nepřezkoumatelnosti odstraněna doplněním důvodů, a tedy že je opakované rozhodnutí možné přezkoumat po věcné stránce.
101. K samotným vadám, které byly důvodem pro vyloučení žalobce, uvádí soud následující. Je evidentní, že Úřad musí primárně vycházet z důvodů, které jsou uvedeny v rozhodnutí o vyloučení účastníka, a z podkladů, které zadavatel k takovému rozhodnutí shromáždil. Z obsahu žaloby plyne, že u vytčených vad je mezi žalobcem a zadavatelem veden spor o vlastnostech asfaltových směsí a důsledků jejich záměny a dále je sporná závažnost ostatních vad – nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky, nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky a prodlení s dokončením díla.
102. Samotná argumentace žalobce svědčí o tom, že dílo, které předal, vady vykazovalo, a to nejméně záměnu asfaltových směsí a vadu nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. V případě záměny asfaltových směsí tuto skutečnost žalobce připouští s tím, že se jí dopustil jeho subdodavatel, existenci dalších dvou žalobce nijak nepopíral a z obsahu správního spisu plyne, že jednal o možnosti jejich nápravy.

103. Z obsahu správního spisu má soud za prokázané, že všechny tři vady, které soud uvedl výše, jsou vady, které byly jednak žalobci vytknuty, a dále vady, které implikují nedodržení smlouvy uzavřené se žalovaným žalobcem. V případě druhé a třetí vady se jedná o nesplnění technické normy, v případě první vady o poskytnutí plnění v rozporu s uzavřenou smlouvou (bez ohledu na to, že žalobce namítá zaměnitelné vlastnosti použitých směsí). Ve všech případech se ale jedná o vady, které souvisely přímo s předmětem plnění smlouvy mezi žalobcem a zadavatelem. Jinými slovy žalobce poskytl zadavateli jiné než požadované plnění (jiná asfaltová směs) a toto jiné plnění poskytl s vadami. Soud k tomu odkazuje ve shodě s vyjádřením žalovaného na obsah rozhodnutí zadavatele o vyloučení žalobce a na jeho přílohy – Fotodokumentaci jádrových vrtů a další fotodokumentaci a technické normy.
104. Dále je z rozhodnutí žalovaného patrné, že zadavatel uplatnil u žalobce právo na smluvní pokutu v souvislosti s uvedenými vadami, pro jejíž vznik bylo rozhodující to, že vady vznikly, byl oznámen termín k jejich odstranění a k jejich odstranění nedošlo.
105. Pokud jde o námitku proti způsobu vypořádání se s namítanými vadami reklamace ze strany žalovaného (bod 115 napadeného rozhodnutí), soud ze správního spisu ověřil, a to z vlastního podání žalobce ze dne 4. 10. 2018 (návrh na přezkoumání úkonů zadavatele), že listiny, od kterých správní orgány i zadavatel odvozuji uplatnění vad, jsou v tomto podání žalobcem uváděny, resp. jsou uváděny listiny, kterými na ně žalobce reagoval. V případě dopisu právního zástupce zadavatele ze dne 13. 11. 2017 sám žalobce uváděl, že byl doručen dne 24. 11. poštou (11 dní poštovní přepravy), resp. 30. 11. 2017 datovou schránkou (!!!). Soud má tak ve shodě s Úřadem za prokázané, že vady u zakázky „I/23 – Řípec – hr. okr. JH“ byly uplatněny u žalobce dne 21. 3. 2017 a žalobce byl opakovaně bezúspěšně vyzýván k nápravě.
106. Dále v této souvislosti žalobce namítal, že se jednalo o vady odstranitelné a že není možné tvrdit splnění podmínky minimálně dvou a více pochybení, která lze kvalifikovat jako pochybení závažná či dlouhodobá a odkázal na rozsudek Soudního dvora EU Forposta SA a sol. Proti POCZTA Polska SA ve věci sp. zn. C-465/11 s tím, že záměně směsi nevěděl, nemohl ji při vynaložení veškeré péče rozpoznat, a chybí tedy zlý úmysl či závažná nedbalost. Ani s tím soud nesouhlasí.
107. Soud s ohledem na uvedené má za to, že uvedené vady byly podstatné, protože byly přímo v rozporu s předmětem smlouvy, zcela určitě se jednalo o více než dvě vady a všechny tyto vady považuje soud ve shodě se žalovaným za vady závažné. Jelikož dotčený § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ upravuje vztah závažnosti a dlouhodobosti pochybení taktéž jako alternativu prostřednictvím spojky nebo, postačuje, aby došlo k naplnění jedné z podmínek, přičemž soud poskytnutí plnění, které vykazuje takové vady, které založily nárok na smluvní pokutu a v jejichž důsledku muselo dojít k odstranění stavby, považuje za plnění se závažnými vadami.
108. Soud si je vědom rozložení důkazního břemene ve sporech o náhradu škody, v jejichž rámci tíží poškozeného (zadavatele) důkazní břemeno mimo jiné i ohledně příčinné souvislosti, tj. v otázce zda jím tvrzená škoda vznikla v důsledku činnosti tvrzeného škůdce (žalobce). Lze sice konstatovat, že žalovaný, ani správní orgán prvního stupně se výslovně otázkou příčinné souvislosti nezabývali, ale je třeba si uvědomit, že v řízení před žalovaným nešlo výlučně o 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.

109. 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.
110. 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.
111. 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.
112. 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 např. *výlučně* znaleckým posudkem, jak se ho domáhal žalobce a jak se k tomuto požadavky vyjadřuje soud na dalších místech tohoto rozhodnutí.
113. Odkaz na rozsudek Soudního dvora EU Forposta SA a spol. proti POCZTA Polska SA ve věci sp. zn. C-465/11 není důvodný. Soud především musí konstatovat, 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.
114. V preambuli zadávací směrnice je jasně uvedeno: „(101) *Veřejní zadavatelé by dále měli mít možnost vyloučit hospodářské subjekty, které se ukázaly jako nespolehlivé, a to například z důvodu porušení environmentálních nebo sociálních povinností, včetně pravidel pro přístupnost osobám se zdravotním postižením nebo jiných druhů vážného profesního pochybení, jako je porušení pravidel hospodářské soutěže nebo práv duševního vlastnictví. Je třeba upřesnit, že vážné profesní pochybení může zpochybnit důvěryhodnost hospodářského subjektu a učinit jej nezpůsobilým pro zadání veřejné zakázky bez ohledu na to, zda by daný hospodářský subjekt byl jinak technicky a ekonomicky způsobilý k plnění zakázky.*
115. *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 neupotřebitelným pro zamýšlený účel, nebo pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu. Vnitrostátní právo by mělo stanovit maximální dobu takových vyloučení.*

116. *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.*“ [dále viz čl. 57 odst. 4. písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU 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].
117. Z uvedeného plyne, že došlo k nahrazení původní směrnice novou zadávací směrnicí, která komplexně upravila 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 zadávací směrnice: *Drobné nesrovnalosti by měly vést k vyloučení hospodářského subjektu pouze ve výjimečných případech.*
118. 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. Správně poukazuje žalovaný na to, že citované rozhodnutí dopadá na případ poměrně přísné polské právní úpravy, která v řešené věci byla významně odlišná od aktuální české právní úpravy.
119. Soud k námitce vnitřní rozpornosti konstatuje, že napadené rozhodnutí není vnitřně rozporné. Žalobcem zpochybňovanou částí napadeného rozhodnutí jsou body 84. až 97., ze kterých ale nevyplývá, že by byly vzájemně nesouladné.
120. V bodu 84. vyslovuje žalovaný nesouhlas s názorem Úřadu, body 85. až 89. 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 90. až 97. žalovaný vysvětluje, proč nebylo nutné zkoumat platnost odstoupení od smlouvy v případě smlouvy označené jako *Smlouva II.*
121. 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 výši i okolnostmi vzniku. Z podání žalobce k tomuto konkrétnímu bodu není nijak zřejmé, že by zpochybňoval samotnou smluvní pokutu, okolnosti jejího vzniku ani dobu, za kterou vypočtena.
122. K námitce, že se žalovaný měl zabývat otázkou platnosti či neplatnosti odstoupení od smlouvy, a dále se měl rovněž zabývat otázkou, zda je nárok na smluvní pokutu srovnatelnou sankcí k odstoupení od smlouvy, odkazuje soud na již výše uvedené. Dospěl totiž k závěru, že v případě § 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. Pokud soud nemíní popřít své vlastní závěry, tak nemůže považovat za důvodnou námitku žalobce, že se měl žalovaný krom smluvní pokuty zabývat i platností odstoupení od smlouvy.

V případě, že dospěl žalovaný k závěru o tom, že smluvní pokuta v případě „*smlouvy II*“ představuje tzv. jinou srovnatelnou sankci, není nutné, aby se zabýval další alternativou pro naplnění § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

123. K další námitce nutnosti vycházet v tomto typu správního řízení ze zásad trestního řízení se soud zcela ztotožňuje se žalovaným a jeho názorem uvedeným v bodech 98 – 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Žalovaný správně uvedl, že proces kontraktace před zadavatelem je soukromoprávním procesem, na který se veřejnoprávní pravidla trestního řízení nevztahují. Stejně tak případně žalovaný uvedl, že zásady trestního řízení se nevztahují na jakékoliv správní řízení, ale výlučně na správní řízení *trestní*.
124. Přezkum úkonů zadavatele jistě probíhá ve správním řízení, neboť proces přezkoumání je upraven v rámci ZZVZ, přesto ale nelze konstatovat, že se jedná o řízení deliktní, neboť v případě přezkoumání úkonů zadavatele jde o posouzení zákonnosti jeho úkonů, nikoliv o zkoumání deliktní odpovědnosti zadavatele, které by odpovídala případná skutková podstata případného přestupku.
125. 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.
126. V další části žaloby brojil i proti posouzení otázek reklamace vad díla, povahy vad, neprovedení důkazu znaleckým posudkem a klimatických podmínek. Soud se ztotožňuje se žalovaným v tom, že není podstatné, zda vady, které vedly k vyloučení žalobce z účasti na veřejné zakázce, jsou vady odstranitelné nebo neodstranitelné. Obecně lze souhlasit se žalovaným i v tom, že v případě vad neodstranitelných lze spíše usuzovat na jejich závažnost, ačkoliv má soud za to, že samotná povaha vad, resp. jejich odstranitelnost, nutně nekoreluje s jejich závažností. Jinými slovy, i odstranitelné vady mohou být pro poskytnuté plnění závažnější než vady neodstranitelné.
127. I v případě odstranitelných vad může nastat situace, kdy následky odstranitelných vad vyvolají takové sankční plnění (smluvní pokutu), jehož výši bude možno považovat za „jinou srovnatelnou sankci“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.
128. 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. V nyní posuzované věci, stejně jako v jiných správních řízeních, je třeba vycházet z jednotnosti prvo- a druhostupňového rozhodnutí. Úřad, jak správně poukazuje žalovaný, se naplněním podmínky závažného nebo dlouhodobého porušení povinnosti zabýval podrobně ve svém rozhodnutí a soud se s tímto hodnocením ztotožňuje.
129. Stejně jako správní orgány i soud má za to, že klíčové pro posouzení naplnění podmínky závažného nebo dlouhodobého porušení povinnosti v nyní projednávané věci není odstranitelnost vad, ale jejich vztah k naplnění předmětu plnění a důsledkům, které ze zjištěných vad vyplynuly pro žalobce.
130. Konečně ani sám žalobce nijak nespécifikuje, co by mohl znalecký posudek změnit na hodnocení, které provedl správní orgán prvního stupně a se kterým se žalovaný ztotožnil.
131. Samotné ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ charakter vad z pohledu jejich (ne)odstranitelnosti nijak neřeší. Podle citovaného ustanovení (soud ho cituje již opakovaně) *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.

132. Podstata posouzení typu vad proto má směřovat k jejich *závažnosti* nebo *dlohodobosti*. V nyní posuzované věci správní orgány své závěry, proč považují pochybení žalobce za závažné, dostatečně odůvodnily a soud se s nimi v tomto hodnocení ztotožňuje.
133. V navazujícím podání doplnil žalobce podanou žalobu k bodu „podmínka způsobení škody, další sankce“ tak, že k ukončení smluvního vztahu musí dojít na základě jednostranného úkonu, který má sankční povahu a na předčasné ukončení smluvního vztahu je tedy nutné pohlížet i z hlediska jeho povahy a následku. V citovaném bodu doplnění žaloby ze dne 16. 9. 2019 (bod II/1.) se žalobce vymezuje proti bodu 66 napadeného rozhodnutí a tvrzení, která jsou v něm obsažena. Žalobní bod spočívá na vytržení části odůvodnění z kontextu celého napadeného rozhodnutí. Žalobce polemizuje s bodem odůvodnění, ve kterém však žalovaný žádný věcný závěr, který by se vyjádřil ve vztahu k přezkoumávanému rozhodnutí, neuvedl. Žalovaný se nikde v napadeném rozhodnutí věcně nezabývá otázkou důsledků odstoupení dohodou ve vztahu k § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Naopak.
134. Z obsahu správního spisu i vyjádření zadavatele 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.
135. Jinými slovy otázka odstoupení se vztahuje pouze a jediné 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.
136. Soud se neztotožňuje s názorem žalobce (ve věci doplnění žaloby k námitce „typ a charakter pochybení dodavatele“ – záměna směsi SMA 8 za SMA 11), 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.
137. Soud souhlasí se žalobcem v tom, že 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, subdodavatelé).

138. 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.
139. 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.
140. Dále doplnění žaloby zahrnovalo obsáhlé rozvinutí námitky „vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí“ subsumované pod bodem II/3 doplnění žaloby ze dne 16. 9. 2019, ve kterém žalobce rozvíjí argumentaci, kterou brojil proti pochybení žalovaného při hodnocení skutečností souvisejících s tvrzeným porušením *smlouvy II.*, které měly vést k odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele. Žalobce opakovaně v této námitce zdůrazňuje, že nebyly naplněny důvody pro odstoupení od smlouvy ze strany osoby zúčastněné na řízení, a proto považuje odstoupení od smlouvy za neplatné. Za vadu napadeného rozhodnutí pak opakovaně považuje to, že žalovaný oprávněnost odstoupení od smlouvy nijak nezkoumal.
141. Soud může pouze znovu zopakovat, že žalovaný v bodě 97. napadeného rozhodnutí jasně konstatoval, že se otázkou platnosti odstoupení od *smlouvy II.* zabývat nebude z důvodu procesní ekonomie, neboť postavil najisto, že ke vzniku sankce (smluvní pokuty) v důsledku pochybení při plnění *smlouvy II.* došlo. Lze se ztotožnit se žalobcem, že se žalovaný nezabýval otázkou platnosti odstoupení od *smlouvy II.* osobou zúčastněnou na řízení, protože i sám žalovaný konstatoval, že se touto otázkou nezabýval. Těžko proto vyčítat žalovanému, že se měl zabývat okolnostmi odstoupení, pokud k postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ považoval za dostačující skutečnost uložení smluvní pokuty jako tzv. jiné srovnatelné sankce. To samé uvedl soud již výše k samotnému bodu III/3 žaloby – námitka vnitřní rozpornosti napadeného rozhodnutí, a doplnění žaloby na uvedeném nic nezměnilo.
142. Část bodu II/3 (nutnost více porušení smlouvy) doplnění žaloby ve stručnosti obsahuje to samé, co následně žalobce rozvedl v druhém doplnění žaloby, tj. otázku plurality pochybení pro možnost aplikace § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Soud proto odkazuje pro stručnost na níže uvedené.
143. Soud se neztotožnil ani s tím, že by se žalovaný *vůbec* nezabýval tím, že k tvrzenému prodlení v případě smlouvy II. došlo z důvodů na straně zadavatele, nikoliv žalobce.
144. Z obsahu správního spisu jasně plyne, že se správní orgán prvního stupně otázky prodlení žalobce v případě plnění smlouvy II. poměrně podrobně na stranách 42 až 45 svého rozhodnutí. Z podaného rozkladu lze zjistit, že žalobce brojil proti posouzení této smlouvy zejména pod bodem 7. odrážky 15 až 19 a v textové části pod bodem II., 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. Napadené rozhodnutí se s těmito (veskrze stručnými) rozkladovými body vyrovnává.
145. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé v bodech 111 a násl. se žalovaný zabýval skupinou námitek označenou „*K námitkám týkajícím se reklamací vad díla, povahy vad, neprovedení důkazů znaleckým posudkem a klimatických podmínek*“. V této části žalovaný výslovně uvedl, že se jedná o námitky

uplatněné až v rozkladu, které neuvedl žalobce ani v námitkách ani v návrhu k Úřadu: „*Jedná se o tvrzení navrhovatele týkající se reklamací a klimatických podmínek (dílo nebylo zadavatelem reklamováno řádně a včas, reklamace zadavatele nebyly doručeny a klimatické podmínky nejsou vhodné k dokončení díla)*“. Jasně konstatoval, že k těmto skutečnostem nemůže přihlídnout s ohledem na § 82 odst. 4 správního řádu. Zároveň se ale přesto k některým bodům vyjádřil. Ke klimatickým podmínkám např. v bodu 119 rozhodnutí s tím, že souhlasil s námitkou žalobce, ale neshledal ji podstatnou pro závěr o závažnosti pochybení. Předání staveniště se věnoval v bodu 123 a 124. Soud se zcela ztotožňuje s argumentací žalovaného, že je to právě žalobce, kdo má unést důkazní břemeno ohledně svých tvrzení.

146. Z napadeného rozhodnutí proto plyne, že se předmětnou rozkladovou námitkou žalovaný zabýval. Skutečnost, že žalobce nepovažuje způsob, jakým se s touto otázkou žalovaný vyrovnal za správný, neznamená, že jí nezabýval.
147. Žalobce dále podal ještě druhé doplnění žaloby, ve kterém se zabýval pluralitou pochybení účastníka řízení. V případě této otázky 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*“ neznamená 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 (*zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se 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 neupotřebitelným 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: „*Veřejní 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 vykázal 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 porovnateľným 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. Všechna 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. V závěrečné námitce se žalobce zabýval tím, zda lze za závažné pochybení považovat položení jiné směsi a zároveň namítl, že 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, neboť se stále jedná pouze o jednu vadu díla v provedení pokládky směsi. 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 nepřísluší. 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