



UOHSX00C9BUI

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0397/2018/VZ-12640/2019/512/TDv

Brno: 6. května 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 10. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – ROBSTAV k.s. (dříve ROBSTAV stavby k.s.), IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 (dříve se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek), ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/39 Volary – Chlum“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557,

**rozhodl** takto:

**Návrh navrhovatele** – ROBSTAV k.s. (dříve ROBSTAV stavby k.s.), IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 (dříve se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek) – ze dne 4. 10. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „I/39 Volary – Chlum“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557, **se podle ustanovení § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných**

zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť **nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření**.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557 zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/39 Volary - Chlum“ (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 2.1 zadávací dokumentace je vymezeno, že předmětem plnění této veřejné zakázky je provedení stavebních prací dle této zadávací dokumentace a jejích příloh.
3. Podle bodu 2.2 zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota veřejné zakázky 17 753 000 Kč bez DPH.
4. Z „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 30. 8. 2018 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“) je patrné, že zadavatel oznámil navrhovateli – ROBSTAV k.s. (dříve ROBSTAV stavby k.s.), IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 (dříve se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek), ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 9. 2018 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“ či „stěžovatel“), že je ze zadávacího řízení vyloučen, přičemž předmětné rozhodnutí o vyloučení bylo navrhovateli doručeno dne 30. 8. 2018.
5. Dne 11. 9. 2018 zadavatel obdržel námitky navrhovatele z téhož dne směřující proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
6. Rozhodnutím ze dne 26. 9. 2018 zadavatel námitky navrhovatele odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení za zákonný, podal dne 4. 10. 2018 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dozoru nad dodržováním zákona. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 4. 10. 2018.

#### **Obsah návrhu ze dne 4. 10. 2018**

8. Dne 4. 10. 2018 Úřad obdržel od navrhovatele návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“), kdy předmětný návrh směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 30. 8. 2018. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost navrhovatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Konkrétně navrhovatel uvádí, že podle zadavatele se dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice –

Mirovice“. Podle zadavatele tedy závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále také jen „Smlouva I“) spočívalo v té skutečnosti, že navrhovatel zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, dále v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a taktéž v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 při provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále také jen „Smlouva II“) tkvělo podle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla, které vedlo k odstoupení od dané smlouvy o dílo, přičemž dle zadavatele časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel smlouvy a vedlo k závažné újmě zadavatele.

9. Navrhovatel nejprve tvrdí, že se v předmětném případě vyskytuje překážka věci rozhodnuté (res iudicata), jelikož byl zadavatelem ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku ze stejných důvodů již vyloučen rozhodnutím ze dne 18. 4. 2018, přičemž toto rozhodnutí bylo pravomocně zrušeno rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018.
10. Podle navrhovatele zadavatel pomíjí skutečnost, že možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení je dána až s nabytím účinnosti zákona, tj. dne 1. 10. 2016. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na § 273 odst. 1 zákona, podle kterého pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, byl účinný do 30. 9. 2016 a byl zrušen zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Podle navrhovatele je tak pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona dána až s účinností zákona od 1. 10. 2016. Navrhovatel uvádí, že zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 3. 2016 a zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 3. 2016, tedy před 1. 10. 2016, z čehož dovozuje, že vzhledem k přechodnému § 273 zákona je nutné postupovat podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a napadené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je tak dle něj nezákonné, neboť pravomoc vyloučit navrhovatele pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není dána. Podle navrhovatele se jedná se o nepřipustnou retroaktivitu.
11. K tomu dále navrhovatel doplňuje, že smlouvu o dílo na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ uzavřel se zadavatelem dne 3. 10. 2016, kdy následoval pokyn správce stavby ze dne 20. 10. 2016, kterým určil navrhovateli termín zahájení prací na díle v dubnu 2017, ale reálně zadavatel předal staveniště navrhovateli až dne 23. 8. 2017. Dále se navrhovatel odkazuje na smlouvu o dílo na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, kterou uzavřel se zadavatelem dne 13. 9. 2016, přičemž následoval pokyn správce stavby ze dne 30. 9. 2016, kterým určil navrhovateli termín zahájení prací na díle v dubnu 2017, ale reálně zadavatel předal staveniště navrhovateli až dne 22. 6. 2017. Navrhovatel tvrdí, že měl rezervované

kapacity, aby započal práce na obou dílech v dubnu 2017, ale zadavatel předal staveniště navrhovateli v prvním případě o 4 měsíce později a v druhém případě o 2 měsíce později, přesto se snažil, aby obě díla provedl v původně stanoveném termínu, ale vzhledem ke klimatickým podmínkám a vícepracím, se mu to nepodařilo. V návaznosti na výše uvedené, tedy navrhovatel zdůrazňuje, že předmětné veřejné zakázky byly zahájeny a zadány dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a pokud by věděl, jak zadavatel bude postupovat, tzn., nebude respektovat pokyny k zahájení prací, a že by navrhovateli v případě nesplnění původních termínů dokončení děl za situace víceprací hrozilo následné vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, nikdy by se zadávacím řízením na výše uvedené veřejné zakázky neúčastnil. Navrhovatel je také přesvědčen, že zadavatelův výklad účinnosti § 48 odst. 5 písm. d) zákona je v rozporu se zásadou *lex retro non agit* (zákon nepůsobí nazpět) a rovněž nerespektuje zákaz retroaktivity a ustanovení přechodná uvedená v § 273 zákona, a tudíž je v rozporu s požadavkem legitimního očekávání a právní jistoty navrhovatele.

12. Navrhovatel se v rámci svého návrhu dále vyjádřil k údajnému závažnému pochybení při plnění Smlouvy I, kdy tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, neboť stavbu dokončil a předal zadavateli, přičemž v průběhu provádění prací včetně pokládky asfaltových vrstev nebyl ze strany zadavatele ani technického dozoru upozorňován na nějaké pochybení. Dle navrhovatele je pravda, že zadavatel reklamoval u navrhovatele vady díla, z nichž některé navrhovatel souhlasil odstranit, ale nebyla mu poskytnuta dostatečná součinnost, jelikož časové požadavky zadavatele na odstranění vad dle navrhovatele neodpovídaly skutečnosti, neboť za účelem odstranění vad bylo nutné zajistit povolení dopravních omezení, které samo o sobě trvá nejméně 30 dnů, navíc výzva k odstranění vad mu byla doručena dne 24. 11. 2017 poštou a 30. 11. 2017 datovou schránkou, přičemž v této výzvě bylo uvedeno datum k odstranění vad do 30. 11. 2017. Za zbylé vady navrhovatel nabídl zadavateli adekvátní slevu z ceny díla. Ohledně údajných vad a práva na smluvní pokutu se navrhovatel odkazuje na komunikaci mezi zadavatelem a navrhovatelem.
13. Dále navrhovatel tvrdí, že záměnou asfaltových směsí SMA 8 za SMA 11 nevznikla zadavateli, žádná škoda. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které navrhovatel objednal asfaltovou směs, přičemž navrhovatel o této záměně nevěděl, tzn., že se dle jeho názoru nejednalo o zlý úmysl.
14. Dále se navrhovatel odkazuje na odborné vyjádření TPA ČR s.r.o. a rovněž vyjádření soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc., dle kterého má asfaltová směs SMA 11 lepší vlastnosti než směs SMA 8, a tato záměna byla ku prospěchu díla a vzhledem k období pokládky je k zamýšlenému účelu díky větší velikosti zrna vhodnější. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že se jedná o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat a za kterou nabízel zadavateli slevu z ceny díla v rozsahu rozdílu ceny směsi SMA 8 a SMA 11, navíc pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto právu, což navrhovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla.
15. Dále navrhovatel dodává, že podle rozsudku Soudního dvora Evropské unie musí jít o pochybení, které je přičitatelné stěžovateli, což dle navrhovatele rozhodně není záměna asfaltové směsi SMA 11 za SMA 8, kde došlo k pochybení obalovny a ani neodstranění

reklamované vady nelze přičítat stěžovateli, neboť zadavatel mu k tomu neposkytl dostatečnou součinnost za situace, kdy na vyřízení dopravně – inženýrských opatření je potřeba nejméně 1 měsíc a stěžovatel není jako nevládník komunikace oprávněn o dopravně – inženýrská opatření požádat. Při započítání doby 1 měsíce by se stejně stěžovatel dostal do období přelomu prosince a ledna, kdy jsou nevhodné klimatické podmínky k opravám komunikací. Navrhovatel je přesvědčen, že k závažnému pochybení při plnění Smlouvy I z jeho strany nedošlo, a tudíž nejsou ani naplněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

16. K plnění Smlouvy II navrhovatel uvádí, že prostřednictvím svého právního zástupce obdržel dne 5. 1. 2018 odstoupení od předmetné smlouvy, ve kterém je jako důvod odstoupení od smlouvy uvedeno, že navrhovatel nevyhověl výzvě správce stavby k nápravě ze dne 10. 11. 2017 a výzvě správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21. 11. 2017 a dále, že opakovaně a soustavně porušuje i jiné své povinnosti vyplývající ze smlouvy, konkrétně nedokončil dílo v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017 a je s dokončením díla 42 dní v prodlení, nedodržel dobu pro uvedení díla do provozu a nepředložil aktualizovaný harmonogram. Navrhovatel podle svého tvrzení oběma výzvám zadavatele vyhověl a uvádí, že k dokončení I. – III. etapy stavby došlo dne 13. 12. 2017 a že nezačal s pracemi na IV. etapě, jak požadoval zadavatel. Navrhovatel dále uvádí, že realizace díla ze strany zadavatele byla přerušena na základě jeho požadavku ke dni 13. 12. 2017, a prodloužení doby pro zprovoznění, počítané od 13. 12. 2017 tedy nemůže být přičítáno na vrub navrhovatele. Navrhovatel to odůvodňuje tím, že *„(r)ozdíl mezi datem 6. 11. 2017 a 13. 12. 2017 činí 37 dní což představuje dobu kratší než 42 dní a není tedy splněna podmínka pro odstoupení zadavatele od smlouvy podle Pod-čl. 15.2 bod (a).“*
17. Navrhovatel dále uvádí, že v *„Pod-čl. 15.2 [Odstoupení objednatele] VOP/ZOP je uvedeno: »...může Objednatel potom, co dá 14 dní předem oznámení Zhotoviteli, odstoupit od Smlouvy... « K tomuto uvádíme, že zadavatel podal takovéto Oznámení až dne 05.01.2018 a to skrze dopis Oznámení o odstoupení od Smlouvy objednatele podle Pod-čl. 15.2. VOP / ZO ze dne 04.01.2018 (doručené Zhotoviteli dne 05. 01. 2018). Dopisy Správce stavby Výzva Správce stavby k nápravě ze dne 10. 11. 2017 (ev.č. 10275/17-32300/Kr; doručené Zhotoviteli dne 13. 11. 2017) a Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 ze dne 21. 11. 2017 (ev.č. 10751/17-32200/IV/VO) nepředstavují takovéto oznámení, a to z následujících důvodů:*
- (i) Odesílatelem těchto Výzev je Správce stavby, nikoli Objednatel definovaný Pod-čl 1.1.2.2 VOP/ZOP,*
- (ii) Ve znění těchto Výzev není taxativně uveden záměr, respektive Oznámení záměru, odstoupit Objednatelem od smlouvy;*
- Z výše uvedeného je tak zřejmé, že důvody Odstoupení dány nejsou a nebyly a stěžovatel tak Odstoupení považuje za neplatné.“*
18. Navrhovatel také tvrdí, že zadavatel ve svém rozhodnutí o odmítnutí námitek uvádí, že došlo k ohrožení, života, zdraví a majetku účastníků silničního provozu a že mu nedodržením harmonogramu vznikla újma, ovšem tuto „újmu“ ani „ohrožení“ nijak nespécifikuje, proto je toto tvrzení nepřezkoumatelné.

19. Navrhovatel rovněž odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, podle kterého je „vážné pochybení“ třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Z toho navrhovatel dovozuje, že jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení. Podle navrhovatele zadavatel neprokázal, že by se navrhovatel dopustil dlouhodobých či závažných pochybení a důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a nepřezkoumatelně.
20. Podle navrhovatele zadavatel svá tvrzení o tom, že mu vznikla škoda, anebo že by uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty bylo po právu, nijak neprokazuje. K tomu navrhovatel uvádí, že o tom, zda mu skutečně škoda vznikla, anebo zda má právo na smluvní pokutu, rozhoduje až soud rozsudkem; do té doby se jedná o subjektivní tvrzení zadavatele. Navrhovatel dodává, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce nevinny), je třeba pohlížet na navrhovatele jako na „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel musí hodnověrně prokázat, že navrhovatele vyloučil oprávněně v důsledku naplnění podmínek uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, v opačném případě by docházelo ke zneužití této pravomoci zadavateli. Navrhovatel také tvrdí, že zadavatel ve svém rozhodnutí uvádí, že mu vznikla „újma“, ovšem tuto „újmu“ nijak nespecifikuje, proto je toto tvrzení nepřezkoumatelné.
21. Navrhovatel má za to, že jej zadavatel vyloučil podle § 48 odst. 5 zákona neoprávněně ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a proto navrhuje, aby bylo rozhodnutí o vyloučení zrušeno.

## **II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

22. Úřad obdržel předmětný návrh dne 4. 10. 2018 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
23. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
24. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-28954/2018/512/TDv ze dne 8. 10. 2018.
25. Dne 12. 10. 2018 byla Úřadu doručena poštou v listinné podobě část dokumentace o zadávacím řízení, dále pak dne 15. 10. 2018 byla Úřadu prostřednictvím datové schránky doručena zadávací dokumentace k veřejné zakázce, vyjádření zadavatele k návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 12. 10. 2018, a část dokumentace o zadávacím řízení. Rovněž dne 15. 10. 2018 byla Úřadu doručena část dokumentace o zadávacím řízení na přenosném technickém nosiči dat.

*Vyjádření zadavatele ze dne 12. 10. 2018*

26. Zadavatel předně konstatuje, že je přesvědčen, že rozhodnutí o vyloučení je podrobně odůvodněno a v souladu se zákonem a taktéž, že námitky navrhovatele byly ze strany zadavatele v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 vyřízeny v souladu se zákonem včetně řádného vypořádání všech argumentů navrhovatele. V této souvislosti zadavatel z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0235/2018/VZ-23522/2018/522/RCh ze dne 14. 8. 2018 mj. cituje, že *„pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečné odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádával s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje navrhovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele.“*
27. Zadavatel se dále vyjádřil k namítané překážce věci rozsouzené (res iudicata), kdy předně konstatuje, že v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 podrobně a srozumitelně odůvodnil, proč námitce nevyhovuje. Dále k dané věci uvádí, že Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018 rozhodl tak, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky zásadu transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona a jako nápravné opatření podle § 263 odst. 2 zákona zrušil rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 a všechny následující úkony učiněné v zadávacím řízení. Dle zadavatele tak není pravdou, že by v zadávacím řízení byla dvě platná rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, jelikož výše citované rozhodnutí ze dne 18. 4. 2018 bylo ze strany Úřadu zrušeno, a tudíž je pouze platné rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 30. 8. 2018, které je dle zadavatele již zpracováno v souladu se zákonem a tím tedy napravit formální výtky Úřadu.
28. Zadavatel dále konstatuje, že pokud jde o námitku nepřipustné retroaktivity, tak danou námitku v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 vypořádal dle zákona, přičemž uvedl podrobné a srozumitelné odůvodnění, proč námitce navrhovatele nevyhověl. Dále k dané věci uvádí, že podmínkou pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona není ta skutečnost, že dřívější smluvní vztahy mezi zadavatelem a dodavatelem musely být uzavřeny na základě zadávacího řízení dle zákona, nikoliv dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), jak mylně uvádí navrhovatel. Zadavatel tedy danou věc uzavírá tak, že vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nepředstavuje nepřipustnou retroaktivitu, jelikož se primárně týká zadávacího řízení zahájeného dle zákona nikoliv dle ZVZ.
29. V další části vyjádření zadavatel rozebírá pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Podle zadavatele navrhovatel opakovaně zadavateli poskytoval vadné plnění, přičemž vady alespoň v základním rozsahu uznal, ale odmítl je napravit v souladu s požadavky zadavatele. Zadavatel tvrdí, že plnění v rámci dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem vypovídají o neodbornosti a hrubé neprofesionalitě navrhovatele a naplňují podmínky nezpůsobilosti vymezené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

30. Zadavatel se dále vyjádřil k plnění Smlouvy I, kdy tvrdí, že pochybení navrhovatele spočívalo ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, a to dle zadavatele znamená, že navrhovatel postupoval v rozporu s požadavky zadavatele vymezenými v předmětné smlouvě, a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Současně zadavatel uvádí, že navrhovatel v rozporu se skutečným stavem uvedl v souhrnné závěrečné zprávě, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace nenastaly a že obrusná vozovka byla provedena ze směsi SMA 8. Podle zadavatele na tom nic nemění ani ta skutečnost, kdy navrhovatel uvádí, že o této záměně nevěděl, jelikož záměna asfaltových směsí vznikla na straně obalovny, u které asfaltovou směs objednal. Zadavatel má totiž za to, že za plnění poskytnuté zadavateli plně odpovídá navrhovatel, a současně také odpovídá za plnění poskytované jeho poddodavateli. Zadavatel také uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s.r.o. identifikoval vady vozovky spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Dle zadavatele navrhovatel odmítl kompletní výměnu obrusné vrstvy vozovky v celém jejím rozsahu, jak ji požadoval, a předložil zadavateli vlastní řešení, které však pro něj nebylo akceptovatelné, jelikož vedlo pouze k částečné nápravě vadného plnění a současně by znamenalo, že by zadavatel v rozporu s § 222 zákona připustil podstatnou změnu předmětné smlouvy.
31. Zadavatel také konstatuje, že soudní znalec Doc. Ing. František Luxemburk, CSc. neuvádí, že by záměna asfaltových směsí byla ku prospěchu díla, jak tvrdí navrhovatel, ale pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění dané smlouvy, tzn., že pouze vyjadřuje své subjektivní dojmy, což neodpovídá obecným vlastnostem znaleckého posudku. Podle zadavatele je taktéž lichá i argumentace navrhovatele, že mu neposkytl dostatečnou součinnost k nápravě jeho pochybení s tím, že navrhovatel měl dostatek prostoru k nápravě, přičemž tato skutečnost vyplývá z korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem podrobně popsané v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 30. 8. 2018.
32. Dále pak k plnění Smlouvy II zadavatel uvádí, že *„navrhovatel postupoval zcela v rozporu s termíny plnění stanovenými zadavatelem a dostal se do významné prodlevy se zhotovením plnění. Pochybení navrhovatele spočívající ve významném nedodržování harmonogramu vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, protože tito museli po dobu delší, než bylo nezbytně nutné (doba plnění předmětu Smlouvy II, ke které se navrhovatel zavázal), využívat pozemní komunikaci, která nebyla v bezvadném stavu z důvodu prodlení navrhovatele.*

*Jestliže navrhovatel argumentuje tím, že prodlevu plnění s etapou č. IV nezpůsobil on sám, ale zadavatel či klimatické podmínky (zadavatel upozorňuje, že dle Smlouvy II měla být etapa č. IV hotova již v době, kdy příznivé klimatické podmínky bezesporu byly, ale navrhovatel neměl ještě ani dokončenou etapu č. III, a to z důvodu svého vlastního a neodůvodněného prodlení), nasvědčuje takové jednání navrhovatele jeho nespolehlivosti a současně je důkazem závažnosti pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy II.*

*V návaznosti na toto závažné pochybení navrhovatele odstoupil zadavatel od Smlouvy II. Současně zadavatel v souladu se Smlouvou II požaduje po zadavateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění.“*



33. Skutečnost, že navrhovatel rozporuje platnost odstoupení od Smlouvy II, nemá podle zadavatele jakýkoliv dopad na naplnění podmínek pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
34. Zadavatel je přesvědčen, že *„byl oprávněn od Smlouvy II odstoupit v případě opakovaného a soustavného porušování povinností navrhovatele. Podle Pod-čl. 15.2 písm. a) VOP/ZOP je Objednatel oprávněn odstoupit od Smlouvy, když Zhotovitel nepostupuje v souladu s Pod- čl. 4.2 (zajištění splnění smlouvy) nebo s oznámením podle Pod-čl. 15.1 VOP/ZOP (výzva k nápravě). Zadavatel svého práva využil, od Smlouvy II odstoupil a písemné odstoupení navrhovateli řádně doručil. Oznámení o odstoupení zadavatelem obsahovalo podrobnou specifikaci pochybení navrhovatele dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP (Pod-čl. 15.2 (a) VOP/ZOP nestanovuje jako podmínku pro odstoupení Objednatele žádnou dobu, tedy ani 42 dní, které uvádí navrhovatel zcela nelogicky v Námitkách i Návrhu). Zadavatel odstoupil od Smlouvy II zejména z toho důvodu, že plnění nebylo dokončeno a zprovozněno v době pro dokončení a v době pro uvedení do provozu (nejpozději do 6. 11. 2017).“*
35. Dále zadavatel uvádí, že na oprávněnosti vyloučení navrhovatele nic nemění ani skutečnost, že o platnosti odstoupení doposud nerozhodl příslušný soud a že on sám odstoupení ze svého subjektivního pohledu za platné nepovažuje. V opačném případě by to podle zadavatele znamenalo, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona bude de facto neaplikovatelný, neboť by zadavatel musel buď vždy čekat na pravomocné soudní rozhodnutí, které by platnost či neplatnost odstoupení deklarovalo (což je v kombinaci s lhůtou tří let pro aplikaci tohoto důvodu dle zadavatele v podstatě nemožné), nebo by k zamezení vyloučení účastníka zadávacího řízení dle tohoto důvodu postačovalo skutečně prosté tvrzení účastníka zadávacího řízení o tom, že odstoupení subjektivně nepovažuje za platné.
36. Zadavatel je přesvědčen, že není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II potvrzeny soudem, a že je dostatečné, že zadavatel prokázal pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, která nebyla zanedbatelná, ale atakovala samotný účel smluv. Na zákonnost vyloučení navrhovatele nemá podle navrhovatele jakýkoliv dopad ani skutečnost, že se zadavatel doposud snažil řešit problematiku Smlouvy I a Smlouvy II mimosoudní cestou.
37. Zadavatel se ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že řádně neprokázal naplnění jeho nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona a uvádí, že v rozhodnutí o vyloučení transparentně, podrobně a přehledně popsal, jakým způsobem byly naplněny všechny podmínky pro konstatování nezpůsobilosti navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona včetně následků, které mu na základě pochybení navrhovatele vznikly.
38. Podle zadavatele vady plnění v rámci Smlouvy I a Smlouvy II představují pochybení, která měla závažnou povahu a vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným srovnatelným sankcím a současně se jednalo o dvě různá závažná pochybení. Ve vztahu ke Smlouvě I zadavatel uvádí, že došlo k významnému porušení smluvních podmínek, se kterými je spojena újma zadavatele a že se jednalo o pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu smluvního vztahu (plnění nebylo poskytnuto řádně, což vedlo ke zmaření účelu Smlouvy I). Ke Smlouvě II zadavatel uvádí, že nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II představovalo pochybení navrhovatele, které zmařilo samotný účel Smlouvy II a vedlo k újmě zadavatele. Z výše uvedeného je podle zadavatele zřejmé, že

pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II naplňují intenzitu závažnosti požadovanou zákonem.

39. Dále zadavatel specifikuje, že pochybení se navrhovatel dopustil na základě smluvních vztahů mezi navrhovatelem a zadavatelem v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení (Smlouva I byla uzavřena dne 17. 8. 2016 a Smlouva II byla uzavřena dne 3. 10. 2016; zadávací řízení bylo zahájeno dne 24. 2. 2018).
40. Pochybení navrhovatele vyvolala podle zadavatele kvalifikované a zákonem předvídané následky – pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění pochybení navrhovatele a vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvních pokut; pochybení navrhovatele ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k odstoupení od Smlouvy II a k uplatňování smluvních pokut.
41. Zadavatel závěrem k dané věci uvádí, že je zcela zřejmé, že plnění na základě obou výše citovaných smluv probíhalo v příkrém rozporu s jednotlivými podmínkami vymezenými v těchto smlouvách, což je důvodem nezpůsobilosti navrhovatele ve smyslu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kdy zadavatel tvrdí, že prokázal naplnění všech zákonných předpokladů pro vyloučení navrhovatele dle předmětného ustanovení zákona.
42. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 265 písm. a) zákona návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zamítl.

#### *Další průběh správního řízení*

43. Usnesením č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-30806/2018/512/TDv ze dne 22. 10. 2018, které bylo zadavateli doručeno téhož dne, byla zadavateli stanovena dodatečná lhůta pěti dnů ode dne doručení tohoto usnesení k provedení úkonu – doručení kompletní originální dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku ve smyslu § 216 odst. 1 zákona. Dne 29. 10. 2018 zadavatel doručil Úřadu kompletní originální dokumentaci o zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 252 odst. 1 zákona.
44. Usnesením č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-31702/2018/512/TDv ze dne 1. 11. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
45. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-31884/2018/512/TDv ze dne 1. 11. 2018 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření.
46. Usnesením č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-33357/2018/512/TDv ze dne 14. 11. 2018 Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
47. Dne 20. 11. 2018 obdržel Úřad od navrhovatele prostřednictvím datové schránky přípis nazvaný „Vyjádření“ ze dne 20. 11. 2018.

#### *Vyjádření navrhovatele ze dne 20. 11. 2018*

48. Navrhovatel na základě usnesení č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-33357/2018/512/TDv ze dne 14. 11. 2018 předložil Úřadu referenční listy, které podle něj dokládají, že navrhovatel provedl veřejnou zakázku na následující stavby:

- „I/19 Březnice průtah“, kdy dle navrhovatelem předloženého referenčního listu ze dne 20. 8. 2018 má být doloženo, že stavba byla řádně dokončena a odevzdána a byly dodrženy smluvní podmínky,
- „R4 oprava zpevněných krajnic“, kdy dle navrhovatelem předloženého referenčního listu ze dne 10. 10. 2018 má být doloženo, že stavba byla řádně dokončena a odevzdána a byly dodrženy smluvní podmínky,
- „I/3 Dolní Dvořiště – státní hranice“, kdy předkládá předávací protokol ze dne 22. 10. 2018.

49. Dne 21. 11. 2018 obdržel Úřad od navrhovatele prostřednictvím datové schránky přípis nazvaný „Vyjádření“ ze dne 21. 11. 2018.

*Vyjádření navrhovatele ze dne 21. 11. 2018*

50. Navrhovatel na základě usnesení č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-33357/2018/512/TDv ze dne 14. 11. 2018 oznámil Úřadu, že „obdržel dne 20. 11. 2018 od Úřadu rozhodnutí ze dne 20. 11. 2018, Č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-34161/2018/513/JLÍ, kterým byl uložen zadavateli předběžným opatřením zákaz uzavřít smlouvu o dílo v zadávacím řízení veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice – Preštice“, přičemž v zadávacím řízení veřejné zakázky „I/27 Horní Lukavice – Preštice“ byl navrhovatel vyloučen ze stejných důvodů, jako v tomto řízení, přičemž se podanými námitkami bránil stejně.“ Jako důkaz navrhovatel k předmětnému vyjádření přiložil výše citované rozhodnutí Úřadu.

*Další průběh správního řízení*

51. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-34409/2018/512/TDv ze dne 21. 11. 2018 Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0397/2018/VZ.

*Rozhodnutí Úřadu ze dne 10. 12. 2018*

52. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-36742/2018/512/TDv ze dne 10. 12. 2018 (dále jen „původní rozhodnutí“) rozhodl Úřad takto:

- ve výroku I. původního rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 zákona, když se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 26. 9. 2018 o námitkách stěžovatele ze dne 11. 9. 2018, jež byly zadavateli doručeny téhož dne, nevyjádřil k námitkám stěžovatele, že při realizaci veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ „záměnou asfaltových směsí nevznikla zadavateli žádná škoda“ a dále „pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomtu v právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla.“, obdobně „(c)o se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsi z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu,

*pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných, než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla.“, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.*

- ve výroku II. původního rozhodnutí Úřad rozhodl podle ustanovení § 263 odst. 5 zákona o uložení opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. původního rozhodnutí spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 26. 9. 2018 o námitkách stěžovatele učiněného při zadávání předmětné veřejné zakázky.
- ve výroku III. původního rozhodnutí Úřad rozhodl podle ustanovení § 263 odst. 8 zákona o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
- ve výroku IV. původního rozhodnutí Úřad rozhodl podle ustanovení § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, o uložení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.

#### *Řízení o rozkladu*

53. Dne 21. 12. 2018 obdržel Úřad prostřednictvím datové schránky od zadavatele rozklad ze dne 21. 12. 2018 proti všem výrokům původního rozhodnutí. Podle zadavatele je rozhodnutí Úřadu nesprávné, nezákonné a zčásti nepřezkoumatelné a závěry Úřadu jsou založeny na nesprávném věcném posouzení a nejsou v souladu s právními předpisy i aktuální rozhodovací praxí Úřadu a soudů.
54. Zadavatel v rozkladu uvádí, že jeho rozhodnutí o námitkách obsahově vyhovuje požadavkům zákona. Zadavatel se v odůvodnění tohoto rozhodnutí vyjádřil ke všem námitkám navrhovatele, jelikož se k jeho argumentaci vyjádřil jako k celku. Nadto považuje otázku vzniku škody za zcela bezpředmětnou, jelikož její vznik v žádném ze svých rozhodnutí netvrdil a škoda tedy nebyla tvrzena jakožto následek závažného pochybení, v důsledku kterého byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen. Zadavatel naopak ve svém rozhodnutí o námitkách opakovaně kladl důraz na to, že v důsledku závažných pochybení navrhovatele při plnění předešlých veřejných zakázek došlo v důsledku těchto pochybení k předčasnému ukončení smluvního vztahu a k jiným srovnatelným sankcím.
55. V důsledku této skutečnosti zadavatel namítá částečnou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Úřad si totiž protiřečí, když v napadeném rozhodnutí hovoří o možnosti zadavatele vyjádřit se v rozhodnutí o námitkách k argumentaci obsažené v námitkách jako k celku, a na druhou stranu ruší rozhodnutí zadavatele z důvodu absence výslovného vypořádání všech dílčích a zcela nepřijatelných argumentů obsažených v námitkách, a to navzdory skutečnosti, že zadavatel svou argumentací tyto námitky vyvrací.
56. Na základě výše uvedených argumentů navrhl zadavatel napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit k novému projednání ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.

*Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 11. 3. 2018*

57. O rozkladu zadavatele proti původnímu rozhodnutí předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0220/2018/VZ-07050/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), kterým původní rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu ve druhostupňovém rozhodnutí dospěl k závěru, že Úřad při vydání původního rozhodnutí nepostupoval správně a v souladu s právními předpisy, neboť nedostatečně posoudil zákonnost zadavatelova rozhodnutí o námitkách, přičemž tato skutečnost má za následek nezákonnost původního rozhodnutí.
58. Předseda Úřadu k samotnému obsahu argumentace navrhovatele v námitkách ze dne 11. 9. 2018 uvedl, že musí shodně se zadavatelem konstatovat, že navrhovatel částí argumentace rozporuje skutečnosti, které zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele netvrdil. Dílčí námitky se nikterak nevztahují k důvodům, pro které byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení.
59. Předseda Úřadu pak z rozhodnutí o námitkách zjistil, že zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách v bodě V, věcně řeší zadavatelovy námitky rekapitulací skutkového stavu a vlastními relevantními závěry. Zároveň v úvodu tohoto bodu na straně 6 rozhodnutí o námitkách zadavatel uvádí, že se v této části věnuje námitce vztahující se k navrhovatelově argumentaci, že nedošlo ke vzniku škody, a že záměna materiálu (asfaltové směsi), mohla být naopak ku prospěchu díla, které bylo plněním veřejné zakázky, přinejhorším pak pouze zakládala nárok na slevu z díla. Předseda Úřadu dále konstatoval, že z podrobnosti odůvodnění je jasné, že zadavatel vypořádává důsledně pouze ty argumenty, které považuje za relevantní, přičemž navrhovatelovu zbylou argumentaci považuje za zcela bezpředmětnou, jelikož se tato nikterak nevztahuje k důvodům, pro které byl vyloučen ze zadávacího řízení.
60. Předseda Úřadu tak uzavřel šetřenou věc, že *„ačkoliv by nepochybně mohlo zadavatelovo vypořádání námitek být konkrétněji rozvedeno k jednotlivým tvrzením, zadavatel reagoval na celý obsah podaných námitek a úvahy předložené zadavatelem lze považovat za přezkoumatelné. Z rozhodnutí o námitkách jasně vyplývá, že zadavatel nepovažuje dílčí námitky za relevantní. Ucelené věcné odpovědi, kterými zadavatel podrobně odůvodňuje své kroky v zadávacím řízení, a reaguje na námitky jako celek, lze bezpochyby označit za vhodnější řešení než pouhé strohé sdělení a vyjmenování částí bezpředmětné argumentace.“*

*Nové projednání věci Úřadem*

61. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-07864/2019/512/TDv ze dne 19. 3. 2019 účastníky vyrozuměl o pokračování správního řízení.
62. Dne 21. 3. 2019 Úřad obdržel od navrhovatele prostřednictvím datové schránky přípis nazvaný „Vyjádření“ ze dne 21. 3. 2019. Navrhovatel v předmětném přípise reagoval na druhostupňové rozhodnutí, přičemž tvrdí, že z bodu 40. druhostupňového rozhodnutí vyplývá následující: *„Z odůvodnění zadavatele je především patrné, že jsou pro něj otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, přičemž doposud nebyly vyřešeny způsobem přijatelným pro obě strany.“* Navrhovatel tak na základě uvedeného konstatoval,

že vzhledem k tomu, že jsou pro zadavatele otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, nemohlo se jednat o závažná pochybení, jak tvrdí zadavatel.

63. Usnesením č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-10468/2019/512/TDv ze dne 12. 4. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 18. 4. 2019 Úřad umožnil na základě písemné žádosti ze dne 17. 4. 2019 zadavateli nahlédnout do správního spisu.
64. Dne 23. 4. 2019 Úřad obdržel od navrhovatele prostřednictvím datové schránky přípis „Vyjádření“ ze dne 23. 4. 2019, ve kterém navrhovatel uvedl: „Vážení, v reakci na usnesení Úřadu ze dne 12. 04. 2019, č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-10468/2019/512/TDv si v příloze dovolujeme poslat kopii interního pokynu zadavatele, který získal navrhovatel až dnes, ze kterého vyplývá, že zadavatel má povinnost vyloučit navrhovatele pouze v případě, že jeho nabídka bude nejnižší, což je dle názoru navrhovatele v rozporu s ust. § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.“

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

65. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **K postavení zadavatele**

66. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
67. Podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona veřejným zadavatelem je státní příspěvková organizace.
68. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016 dostupné online: <https://www.rsd.cz/wps/wcm/connect/eec05db2-953b-4c3a-8907-a0785229bab3/Zrizovaci+listina+ve+zneni+dodatku+c.+11.pdf?MOD=AJPERES>, ve znění dodatku č. 11 ze dne 11. 3. 2016 dostupného online: <https://www.rsd.cz/wps/wcm/connect/e545cb74-da21-431f-a5bf-450cb9a761cd/Dodatek+11+ke+Zrizovaci+listine.pdf?MOD=AJPERES>, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky, IČO 66003008, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „Ministerstvo dopravy ČR“).
69. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic ČR, coby státní příspěvková organizace zřízená Ministerstvem dopravy ČR, je veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

#### **K výroku tohoto rozhodnutí**

##### *Relevantní ustanovení zákona*

70. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

71. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
72. Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
73. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
74. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
75. Podle § 273 odst. 1 zákona pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

*Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení*

76. V „rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 30. 8. 2018 jsou mj. uvedeny následující skutečnosti: *»Ve vztahu k Zakázce byly podmínky pro vyloučení Účastníka dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení Zakázky došlo ze strany Účastníka k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se Zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany Zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého Účastníkem. Zadavatel proto rozhodl o vyloučení Účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.*

*Závažných pochybení se Účastník dopustil konkrétně při plnění Smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále jen „Smlouva I“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/23 Řípec - hr. okr. JH“, a Smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 (dále jen „Smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice - Mirovice“.*

*Závažná pochybení Účastníka při plnění Smlouvy I a uplatnění sankcí*

*V souvislosti s plněním Smlouvy I se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Účastník při realizaci stavebních prací na základě Smlouvy I postupoval v příkrém rozporu s požadavky Zadavatele vymezenými ve Smlouvě I a bez vědomí Zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky. Účastník*

současně v Souhrnné závěrečné zprávě (příloha č. 1 rozhodnutí) zhotovitele předané Zadavateli uvedl, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly, a současně v příloze k této zprávě uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.

Zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o. (se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO: 03598292) identifikoval další závažná pochybení Účastníka při realizaci plnění dle Smlouvy I spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121).

Zadavatel prostřednictvím technického dozoru stavebníka Ing. Michaela Šmucra zaslal Účastníkovi Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH ze dne 21. 3. 2017 (příloha č. 2 rozhodnutí). V rámci tohoto uplatnění reklamace bylo po Účastníkovi požadováno odstranění závady na stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH na úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení včetně provedení lokální diagnostiky. Technický dozor stavebníka současně vyzval Účastníka k doplnění závěrečné zprávy o kvalitě obrusné vrstvy.

Dne 31. 3. 2017 byl na stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH realizován společností ESLAB, spol. s r.o. odběr jádrových vývrtů (příloha č. 3 rozhodnutí).

(...) Správce stavby zaslal Účastníkovi „Určení Správce stavby v souladu s Pod-čl. 3.5 VOP/ZOP ke claimu Objednatele ze dne 17.01.2018 a ze dne 16.04.2018“ ze dne 15. 5. 2018 (příloha č. 14 rozhodnutí). Správce stavby určil, že Zadavatel je po Účastníkovi oprávněn požadovat nárok na zaplacení nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč a nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu.

Jak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele, správce stavby a technického dozoru stavebníka, Účastník realizoval plnění Smlouvy I v příkrém rozporu s požadavky zadavatele. Bez vědomí Zadavatele Účastník zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Bez ohledu na vlastnosti jednotlivých asfaltových koberců Účastník Zadavateli poskytl jiné plnění, než které Zadavatel na základě jím identifikovaných potřeb popsal. Současně Účastník poskytl jiné plnění, než které bylo řádně vysoutěžené v zadávacím řízení, na základě kterého byla uzavřena Smlouva I. Účastník tak zcela svévolně postupoval při stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH v rozporu s jasně stanovenými požadavky ve Smlouvě I, přičemž až zpětně, kdy Zadavatel tento rozpor identifikoval, snažil se závažnost svých pochybení snížit tím, že poukázal na srovnatelné vlastnosti jednotlivých asfaltových koberců nebo na okolnosti jejich pokládky (klimatické podmínky, chybná práce poddodavatelů Účastníka).

Účastník nejen že poskytl Zadavateli jiné plnění, než které Zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. Účastníkem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění



minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121), a to v následujících částech vozovky:

- viditelné podélné trhliny v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572-0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení;
- tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28;
- pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15, a to 15,0;
- obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15 na pevnost spojení vrstev je 15,0;
- pravý jízdni pruh ve směru staničení:
  - staničení 1,412-1,371 km \_pravděpodobně špatné spojení vrstev;
  - staničení 1,299-1,291 km \_segregovaná místa;
  - staničení 1,231-1,216 km \_otevřená struktura povrchu (v 1,222 km příčné trhliny délky cca 30-50 cm);
  - staničení 1,333 km \_segregovaná místa;
  - staničení 1,118-1,110 km \_dtto;
  - staničení 1,032 km \_lokální hloubkové deformace v obrusné vrstvě (cca 1-2 cm);
  - staničení 1,016-0,999 km \_segregovaná místa v ose jízdniho pruhu;
  - staničení 0,937 km \_dosypat krajnice;
  - staničení 0,925-0,908 km \_otevřená povrchová struktura, v otevřených pórech se viditelně drží voda;
  - staničení 0,843 km \_nevyhovující krajnice;
  - staničení 0,794-0,780 km \_v ose jízdniho pruhu segregovaná místa;
  - staničení 0,743 km \_vymletá krajnice směrem k vtokové/nátokové části propustku;
  - staničení 0,678-0,633 km \_otevřená povrchová struktura;
  - staničení 0,656 km \_lokální hloubková deformace v obrusné vrstvě (cca 2 cm);
  - staničení 0,616-0,598 km \_segregovaná místa, pravděpodobně také nespojení vrstev (kraj vozovky viditelně ujždí);

- staničení 0,572-0,500 km\_segregace, příčné trhliny, viditelné nespojení vrstev, v rámci trasy se jedná o nejhorší místo;
  - staničení 0,438-0,413 km\_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;
  - staničení 0,280-0,250 km\_dtto;
  - staničení 0,155-0,125\_dtto;
  - staničení 0,011-0,000 km\_dtto;
  - *Není zalitá příčná spára na začátku a na konci úseku.*
- *levý jízdní pruh ve směru staničení:*
    - staničení 0,565 km\_otevřená struktura povrchu v ose jízdního pruhu;
    - staničení 1,070-1,080 km\_dtto;
    - staničení 1,185 km\_dtto;
    - staničení 1,196 km\_dtto;
    - staničení 1,255-1,273\_dtto (nejhorší porucha v 1,264 km)
    - staničení 1,284-1,297 km\_otevřená struktura povrchu

*V daném případě se tedy nejednalo o ojedinělé a při realizaci stavebních prací běžně se vyskytující pochybení zhotovitele, ale o závažnou chybu, kterou Účastník nejdříve zastíral (v Souhrnné závěrečné zprávě uvedl nepravdivé informace) nebo o ní dokonce ani nevěděl (poskytoval Zadavateli takové plnění, že si ani sám nebyl vědom toho, jakým způsobem a v jaké kvalitě plní, dokud ho na jeho pochybení neupozornil Zadavatel).*

*V návaznosti na shora popsání závažného pochybení požadoval Zadavatel po Účastníkovi v souladu se Smlouvou I zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem, a to v následující výši:*

- *náklady, které vznikly Zadavateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč dle Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP a*
- *smluvní pokuta ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu dle Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP.*

*Zadavatel v této souvislosti upozorňuje, že na základě výše popsaného závažného profesního pochybení Účastníka, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost a odbornou kvalifikaci (Účastník zastíral nebo dokonce ani nevěděl, jakým způsobem a v jaké kvalitě poskytuje Zadavateli plnění), byl také naplněn důvod pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. f) ZZVZ.*

*Účastník při poskytování plnění na základě Smlouvy I vystupuje jako příslušník určitého povolání nebo stavu, čímž dává najevo, že je schopen jednat se znalostí a pečlivostí, která je s jeho povoláním nebo stavem spojena ve smyslu § 5 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů. Pokud tedy Účastník v rozporu se Smlouvou I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky a tuto navíc vyhotovil v nedostatečné tloušťce a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy, jde takovéto zanedbání odborné péče a povinností k jeho tíži. Odborníkem, který měl poskytovat řádné a včasné*

plnění na základě Smlouvy I, je jednoznačně Účastník jakožto profesionál, který se zavázal zpracovat plnění v souladu se Smlouvou I.

*Závažná pochybení Účastníka při plnění Smlouvy II a uplatnění sankcí*

*Při plnění Smlouvy II se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II.*

*Původní doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Správce stavby v průběhu plnění díla uznal claim Účastníka, který požadoval prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II tak byla stanovena do 6. 11. 2017. Dílo dle Smlouvy II mělo být Účastníkem jako celek (všechny IV. etapy) dokončeno v době, kdy klimatické podmínky dokončení díla nebránily. Účastník do 6. 11. 2017 v souladu se Smlouvou II dílo nedokončil.*

*Správce stavby vyzval Účastníka k nápravě prostřednictvím dopisu ze dne 10. 11. 2017 (příloha č. 15 rozhodnutí). Správce stavby požadoval, aby Účastník do 2 dnů od doručení tohoto dopisu dal neplnění svých povinností dle Smlouvy II do pořádku a napravil ho; neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Správce stavby současně Účastníka upozornil, že pokud této výzvě nevyhoví, je Zadavatel připraven postupovat dle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) nebo c) bod i VOP/ZOP, tedy odstoupit od Smlouvy II a vykázat Účastníka ze staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.*

*Správce stavby dále vyzval Účastníka k nápravě prostřednictvím dopisu ze dne 21. 11. 2017 (příloha č. 16 rozhodnutí). V této výzvě správce stavby uvedl, že ke dni 15. 11. 2017 Účastník na předchozí výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nereagoval a nesplnil ani jeden ze tří požadavků správce stavby. Na základě výše uvedeného a závěru z kontrolního dne z 21. 11. 2017 správce stavby v souladu s Pod-čl. 15.1 VOP/ZOP vyzývá Účastníka opakovaně k nápravě a požaduje, aby Účastník nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil, a v co nejkratším čase urychleně dokončil I.-III. etapu stavby a nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Účastníka. Správce stavby současně Účastníka opětovně upozornil, že pokud této výzvě nevyhoví, je Zadavatel připraven postupovat dle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) nebo c) bod i VOP/ZOP, tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Účastníka ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými. Následně by správce stavby vyzval jiného zhotovitele na provedení dokončení nedodělaných stavebních prací na I.-III. etapě.*

*Právní zástupce Zadavatele (HKR advokátní kancelář, s.r.o.) zaslal Účastníkovi Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP ze dne 27. 12. 2017 (příloha č. 17 rozhodnutí). Právní zástupce Zadavatele Účastníkovi oznámil, že v souladu s Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP Zadavatel s okamžitou účinností odstupuje od části Smlouvy II, a to části týkající se doposud neprovedeného plnění, z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností Účastníkem (nedokončení díla v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a zejména proto, že Účastník nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě. Právní zástupce Zadavatele požádal Účastníka o bezodkladné předání díla resp. jeho rozpracované*

části a vyzval jej k vrácení veškerých věcí a dokumentů určených pro dílo, a to nejpozději do 15. 1. 2018. Na základě předání provede Zadavatel dle Pod-čl. 15.3 VOP/ZOP ocenění provedené části díla a vyúčtování provedených plateb. Současně právní zástupce Zadavatele Účastníka informoval, že Zadavatel přistoupí k uzavření smlouvy o dílo na provedení Účastníkem neprovedených prací s náhradním dodavatelem a veškeré vícenáklady spojené s dokončením díla podle Pod-čl. 15.4 VOP/ZOP budou Účastníkovi vyčísleny bezodkladně po uzavření smlouvy s náhradním dodavatelem, ty pak bude Zadavatel požadovat bezodkladně uhradit. Veškeré platby vůči Účastníkovi budou do té doby podle Pod-čl. 15.4 písm. b) VOP/ZOP zadrženy.

(...) Jak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele a správce stavby Účastník nesplnil Smlouvu II v době vymezené v této smlouvě, tedy do 6. 11. 2017. Účastník následně adekvátně nereagoval na výzvy správce stavby a nesnažil se své prodlení zhojit tak, aby bylo plnění Smlouvy II dokončeno před tím, než řádnému dokončení bránily nepříznivé klimatické podmínky. V daném případě se tedy nejedná o drobné prodlení s plněním díla, které by neohrozilo účel Smlouvy II, ale o zmaření dokončení díla v době, kdy toto dokončení umožňovaly klimatické podmínky.

Skutečnost, že prodlení s plněním díla bude představovat závažné pochybení Účastníka, dal Zadavatel jasně najevo tím, že toto pochybení dle Smlouvy II (Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP) představuje důvod pro odstoupení od Smlouvy II Zadavatelem.

V návaznosti na toto závažné pochybení Účastníka Zadavatel odstoupil od Smlouvy II (odstoupení účinné ke dni 5. 1. 2018). Zároveň Zadavatel v souladu se Smlouvou II požadoval po Účastníkovi zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění ve výši 1 652 000 Kč.

(...) Vzhledem k předmětu Smlouvy I, významu obrusné vrstvy vozovky pro naplnění účelu Smlouvy I a skutečnosti, že Účastník i přes záměnu asfaltového koberce mastixového SMA 8 za asfaltový koberec mastixový SMA 11 předložil zadavateli Souhrnnou závěrečnou zprávu zhotovitele, ve které uvedl rozporné informace oproti skutečnému stavu jím provedeného plnění na stavbě I/23 Řípec, mají pochybení Účastníka závažnou povahu. V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma Zadavatele (uplatnění smluvní pokuty a náklady v souvislosti s odstraněním vad). Jednalo se o pochybení atakující naplnění samotného smyslu a účelu Smlouvy I.

V návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele (odstoupení od Smlouvy II a uplatnění smluvní pokuty).«

77. V přípisu »Fotodokumentace jádrových vývrtů „Silnice I/23 Řípec“« v tabulce 15 je mj. uvedeno následující:

„Staničení/Místo/Bod č.	Pevnost spojení vrstvy	Rozšířená nejistota U	Jednotky <sup>1</sup>	Požadavek <sup>2</sup>		Zkoušeno dle
				min.	max.	

vývrt 1 km 0,220 PS 1 m od osy	8,40	0,20	kN	15,0	-	ČSN 73 6160, čl 7.3
vývrt 2 km 0,540 PS 1,1 m od osy	nespojeno	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 3 km 1,040 LS 0,9 m od osy	16,52	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 4 km 1,218 PS 1 m od osy	nespojeno	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 5 km 0,540 LS 1 m od osy	15,45	0,20	kN	15,0	-	
vývrt 6 km 0,070 LS 1 m od osy	20,29	0,20	kN	15,0	-	

1) Uvedená rozšířená nejistota měření je součinem standardní nejistoty a koeficientu rozšíření  $k = 2$ , což pro normální rozdělení odpovídá pravděpodobnosti pokrytí 95 %

2) Požadavek normy ČSN 73 6121, tabulka 15“

78. Z přípisu „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ ze dne 21. 3 2017 mj. vyplývá: „Ve smyslu uzavřené smlouvy o dílo na dodávku stavebních prací ze dne 17. srpna 2016 uplatňujeme reklamaci a současně žádáme o odstranění závady na stavbě I/23 Řípec hr. okr. JH. Na úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení došlo ke tvorbě viditelných podélných trhlin v obrusné vrstvě vozovky (viz. příloha – fotodokumentace).

Pro zjištění příčiny poruchy požadujeme provést lokální diagnostický průzkum v inkriminovaném místě. V dostatečném časovém předstihu je nutné o termínu provedení lokální diagnostiky informovat investora stavby a technický dozor stavby. Způsob opravy bude popsán v technologickém předpisu, který musí být předem odsouhlasený rovněž investorem/správcem stavby a technickým dozorem stavby. „TePř“ bude mimo jiné obsahovat také jednoduchý časový plán a řešení DIO v průběhu provádění lokální opravy.

Dále požadujeme doplnění závěrečné zprávy o kvalitě, zejména doklady týkající se obrusné vrstvy, jako např. dodací listy, výsledky provedených zkoušek na této vrstvě apod.“

79. V přípise „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 15. 5. 2017 je mj. uvedeno: „Dopisem ze dne 21. 3. 2017, bylo u zhotovitele uplatněno odstranění vady díla (poruchy obrusné vrstvy) a dále také doplnění závěrečné zprávy o doklady týkající se obrusné vrstvy.

S odpovědí – návrhem zhotovitele ze dne 5. 5. 2017, nesouhlasím.

Jako důvod uvádím následující:

1. Podle podkladů uvedených v doplnění závěrečné zprávy, byla na stavbě položena vrstva SMA S11, místo projektem navržené vrstvy SMA S8, a to bez souhlasu objednatele, TDI a zejména autorského dozoru.

2. Položená obrusná vrstva SMA S11 nespĺňuje požadované minimální tloušťky, zjištěné na základě výsledků zkoušek prováděných silniční laboratoří ESLAB na stavbě 31. 3. 2017, a skutečně naměřených tloušťek obrusné vrstvy při kontrolním měření.

3. Při určení pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy byly rovněž na třech vzorcích z celkových šesti, naměřeny hodnoty nižší, než je minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121-tab. 15.

4. Podle uvedené ČSN 736121, minimální tloušťka pokládané vrstvy, která musí být dodržena v celé délce trasy je 0,8h (ČSN 73 6121, tab. 14). Při nejmenší možné tloušťce pokládky asfaltové směsi SMA 11S, tedy 35 mm, je  $h_{\text{minimální}} = 0,8 \times 35 = 28 \text{ mm}$ .

Na základě předloženého geodetického kontrolního zaměření obrusné vrstvy je evidentní, že ve více než 25 případech není požadovaná minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11S, dodržena.“

80. V přípisu „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017 je mj. uvedeno následující: „Dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka po stavbě I/23 Řípec za účasti TDS (Ing. Šmucr, Ing. Frdlík) a zástupce akreditované laboratoře ESLAB, p. Milan Beck. Samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy na celém úseku stavby. Byla zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Pochůzka byla rozdělena na dvě etapy, první etapa spočívala v kontrole levého jízdního pruhu ve směru staničení. Druhá etapa v kontrole pravého jízdního pruhu ve směru staničení. Pomocí tzv. měřicího kolečka byla evidována jednotlivá staničení, ve kterých se výše uvedená porušení nacházela:

Levý jízdní pruh ve směru staničení:

- staničení 0,565 km\_otevřená struktura povrchu v ose jízdního pruhu;
- staničení 1,070-1,080 km\_dtto;
- staničení 1,185 km\_dtto;
- staničení 1,196 km\_dtto;
- staničení 1,255-1,273\_dtto (nejhorší porucha v 1,264 km)
- staničení 1,284-1,297 km\_otevřená struktura povrchu fsdf

Pravý jízdní pruh ve směru staničení:

- staničení 1,412-1,371 km\_pravděpodobně špatné spojení vrstev;
- staničení 1,299-1,291 km\_segregovaná místa;
- staničení 1,231-1,216 km\_otevřená struktura povrchu (v 1,222 km příčné trhliny délky cca 30-50 cm);
- staničení 1,333 km\_segregovaná místa;
- staničení 1,118-1,110 km\_dtto;
- staničení 1,032 km\_lokální hloubkové deformace v obrusné vrstvě (cca 1-2 cm);
- staničení 1,016-0,999 km\_segregovaná místa v ose jízdního pruhu;

- staničení 0,937 km\_*dosypat krajnice*;
- staničení 0,925-0,908 km\_*otevřená povrchová struktura, v otevřených pórech se viditelně drží voda*;
- staničení 0,843 km\_*nevyhovující krajnice*;
- staničení 0,794-0,780 km\_*v ose jízdního pruhu segregovaná místa*;
- staničení 0,743 km\_*vymletá krajnice směrem k vtokové/nátokové části propustku*;
- staničení 0,678-0,633 km\_*otevřená povrchová struktura*;
- staničení 0,656 km\_*lokální hloubková deformace v obrusné vrstvě (cca 2 cm)*;
- staničení 0,616-0,598 km\_*segregovaná místa, pravděpodobně také nespojení vrstev (kraj vozovky viditelně ujíždí)*;
- staničení 0,572-0,500 km\_*segregace, příčné trhliny, viditelné nespojení vrstev, v rámci trasy se jedná o nejhorší místo*;
- staničení 0,438-0,413 km\_*segregovaná místa v ose jízdního pruhu*;
- staničení 0,280-0,250 km\_*dtto*;
- staničení 0,155-0,125\_*dtto*;
- staničení 0,011-0,000 km\_*dtto*;

*Není zalitá příčná spára na začátku a na konci úseku.*

*TDS doporučuje provést několik kontrolních vývrtů ve vybraných výše popsaných staničení. Na základě vyhotovených výsledků by s objednatelem následně zkonzultoval další možné postupy.“*

81. V přípisu »Reklamace vad stavby „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a opakovaná výzva k jejich odstranění, Výzva k zaplacení smluvní pokuty ve výši 128.000,- Kč za neodstranění vady v termínu« ze dne 13. 11. 2017 je mj. uvedeno: „**V souladu s Pod-čl. 11.1, 11.2 a 11.4 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem (FIDIC) ve Znění zvláštních podmínek tímto Vaši společnost opakovaně vyzýváme k odstranění níže specifikovaných vad.**

*Primární vada díla spočívá v tom, že obrusná vrstva vozovky byla Vaší společností bez vědomí a souhlasu našeho klienta jako objednatele zhotovena z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto z asfaltového koberce mastixového SMA 8 vyžadovaného v zadávací dokumentaci.*

*K výše uvedenému rozporu došlo přesto, že Vaše společnost jako zhotovitel v Souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele o jakosti provedených prací na straně 3 výslovně našeho klienta jako objednatele díla ujistila, že žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly. V tabulce 20, která je ke zprávě přiložena, je dokonce přímo uvedeno, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8.*

*Dílo tak není provedeno v souladu se Smlouvou. Na této skutečnosti nemění nic ani to, že záměna byla podle následné komunikace Vaší společnosti učiněna nedopatřením. Pokud si náš klient druh a vlastnosti asfaltové směsi pro pokládku obrusné vrstvy vozovky ve Smlouvě*

výslovně vymínil, nelze akceptovat ani argument, že obě směsi jsou zaměnitelné, tím spíše, pokud Vaše společnost při převzetí stavby našeho klienta ujistila, že stavba je bez vad a tuto vadu (záměnu asfaltových směsí) zastřela i v Souhrnné zprávě zhotovitele o hodnocení jakosti stavebních prací. Tato vada byla naším klientem řádně uplatněna mimo jiné i na koordinační poradě, která se konala dne 24.04.2017 v budově Správy České Budějovice.

V průběhu záruční doby došlo na několika místech k narušení asfaltového povrchu díla (obrusné vrstvy vozovky) tak, jak je popsáno níže, jak bylo podrobně zdokumentováno v rámci komunikace mezi Vámi, fotografiemi včetně projednání na koordinačních schůzkách. Lze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchýlně od smluvního zadání – což vylučuje Vaší domněnku pro zaměnitelnost různých směsí. ... Vady spočívající ve viditelných podélných trhlinách v obrusné vrstvě vozovky na úseku 0,572-0,500 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení byly u společnosti ROBSTAV stavby k.s. již uplatněny písemně dopisem ze dne 21.03.2017.

(...) Z výsledků provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., IČO: 03598292, se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9 na stavbě dne 31.03.2017 byly dále zjištěny tyto vady vozovky:

- (i) tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nespĺňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28;
- (ii) (ii) pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nespĺňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15, a to 15,0;
- (iii) (iii) obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15 na pevnost spojení vrstev je 15,0.

Vady požadujeme odstranit tak, aby dílo odpovídalo vymíněné kvalitě a materiálu podle Smlouvy, zejména zadávací dokumentaci, technických normám a běžným standardům, tj. odstraněním vadného povrchu, zjištěním a odstraněním příčiny vady – zpevněním podpovrchové úpravy (spojení mezi ložnou a obrusnou vrstvou) a položení nové bezvadné obrusné vrstvy v kvalitě a materiálu podle zadávací dokumentace.“

82. V přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018 je mj. uvedeno: „**Protože nedošlo ze strany Vaší společnosti k odstranění vytknuté vady bezodkladně, nejpozději v dodatečně přiměřené lhůtě do 30. 11. 2017, uplatňujeme tímto v zastoupení našeho klienta v souladu s Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč a vyzýváme Vaší společnost k úhradě této částky.**

K odůvodnění této částky přikládáme protokol o výběru nejvhodnější nabídky, na jehož základě byla uzavřena dne 10. 1. 2018 se zhotovitelem STRABAG a.s. na provedení opravy v rámci záruky za původního zhotovitele, Vaší společnost. Smluvní částka bez DPH činí 2.960.302,63Kč. Od této ceny je odečtena částka ve výši 330.720,76Kč za vodorovné dopravní znační, které nebylo Vaší společností provedeno ani fakturováno. Náklady, které vznikly



*Objednateli za odstranění vady, tak činí částku 2.629.581,87Kč bez DPH, tj. 3.181794,06Kč včetně DPH.“*

83. V přípisu „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“ ze dne 16. 4. 2018 je mj. uvedeno: „**V této souvislosti uplatňujeme tímto v zastoupení našeho Klienta v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 2.000,-Kč za každý den prodlení za neodstranění vad v termínu, tj. za období od 11.09.2017 do 9.01.2018 (121 dnů prodlení), když 10.1.2018 byla uzavřena smlouva o dílo s novým zhotovitelem, a to ve výši 242.000,-Kč celkem, k jejíž úhradě Vaší společnost tímto claimem vyzývám.**

*K úhradě první části smluvní pokuty ve výši 128.000,-Kč za období od 11.09.2017 do 13.11.2017 byla Vaše společnost vyzvána dopisem, claimem Objednatele ze dne 13.11.2017, doručeným dne 30.11.2017. Splatnost části smluvní pokuty ve výši 128.000,-Kč nastala dle Pod-čl. 4.28 ZOP již dne 28.12.2017. K dnešnímu dni nebyla tato část smluvní pokuty ze strany Vaší společnosti našemu Klientovi uhrazena.“*

84. V přípisu „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 14. 2. 2018 je mj. uvedeno: „*Vážený pane, dopisem ze dne 21. 3. 2017, byla u zhotovitele uplatněna reklamace dle smluvních podmínek k odstranění vzniklé vady – poruchy obrusné vrstvy ve staničení zhruba 0,500 km vpravo. Ve stejném dopise byl zhotovitel urgován k doplnění souhrnné závěrečné zprávy o kvalitě, jmenovitě o doklady jakosti k provedené obrusné vrstvě. Nutno konstatovat, že až do dnešního dne (14. 2. 2018) nebylo výše uvedené provedeno. Dne 8. 2. 2018 Ředitelství silnic a dálnic ČR obdrželo Konečné stanovisko k požadované výměně obrusné vrstvě. Oficiálně jsme jako TDS „Konečné stanovisko“ ze strany zhotovitele dosud neobdrželi i přesto, že dle titulní strany stanoviska, nám mělo být zasláno na vědomí.*

*V tomto Konečném stanovisku Zhotovitele ze dne 7. 2. 2018, je ze strany zpracovatele stanoviska uvedena celá řada nepřesností a překroucených argumentů ve prospěch zhotovitele, proto k těm nejkřiklavějším, uvádíme následující:*

*1. Na straně 3/9 v odstavci Ad5 Stanovisko je výslovně uvedeno, že...Při zohlednění klimatických podmínek (průměrných denních teplot) byla ze strany výrobce/dodavatele asfaltové směsi dodána vhodnější asfaltová směs SMA 11 S, namísto v zadávací dokumentaci uvažované směsi SMA 8 S...*

*Pozn. TDS: Podobnou záměnu by musel v každém případě odsouhlasit předem zástupce Objednatele, včetně například cenových dopadů, (které by jistě byly) což se samozřejmě nestalo, protože zhotovitel žádný pozměňující návrh nikdy nepředložil.*

*Na straně 5/9 odstavec Ad11 Dopis Objednatele je však výslovně uvedeno, že:...Vlivem omylu na obalovně došlo k záměně materiálu SMA 11S za SMA 8 S...*

*Pozn. TDS: Šlo tedy o vstřícný krok Zhotovitele, nebo o omyl?*

*Velmi závažnou skutečností je, že zhotovitel přistoupil k aplikaci spojovacího postřiku na vrstvu ACL a poté k pokládce obrusné vrstvy dne 11. 12. 2016 (v neděli), aniž by o tom předem informoval zástupce Objednatele, ale vrstva ACL byla ze strany TDS převzata zápisem ve stovebním deníku až dne 12. 12. 2016 (v pondělí), tedy v okamžiku, kdy byla vrstva SMA již*

ze značné části položena, bez oznámení o zahájení prací. Od 13. 12. 2016 již nebyl na stavbě k dispozici stavební deník.

Tyto práce byly zahájeny v neděli 11. 12. 2016 (viz. zápis ve stavebním deníku), přičemž kontrolní činnost nebyla ze strany TDS ten den prováděna (na stavbě nebyla předpokládána a ohlášena žádná stavební aktivita). Povinností zhotovitele je, v dostatečném časovém předstihu vyzvat k převzetí těch částí konstrukce, které budou postupem dalších prací zneprístupněny či budou zakryty. To však zhotovitel nesplnil minimálně u spojovacího postřiku mezi ložnou a obrusnou vrstvou (i spojovací postřík musí splňovat parametry stanovené PD). V případě, že další práce byly prováděny na nepřevzaté konstrukční části, možné riziko spojené s dalším postupem prací nese jen a pouze zhotovitel.

Kontrolu dodacích listů směsi, tedy měl provádět stavbyvedoucí společnosti Robstav, když už se tedy rozhodl k nepovolené pokládce SMA na nepřevzatém spojovacím postřiku na ložné vrstvě.

2. K první větě uvedené na straně 6/9...Navíc máme za to, že pokud by Váš zástupce, Správce stavby a technický dozor řádně plnili své povinnosti při dohledu na uvedené stavbě, k uvedené záměně asfaltových směsí by nikdy nedošlo....

V první řadě měl plnit své povinnosti stavbyvedoucí společnosti Robstav, (tedy i kontrolu správnosti dodávané směsi), který měl o rozhodnutí zahájit pokládku v neděli 11. 12. 2016 předem informovat zástupce Objednatele, přičemž bez převzetí ACL (ke kterému došlo až následující den) k zahájení pokládky nemělo dojít vůbec.

Nelze než poznamenat, že logika argumentace Zhotovitele je podobná jako kdyby zloděj tvrdil, že pokud by ho policie včas dopadla, nebyl by se krádeže nikdy dopustil a že tedy je i policie spoluvinná.

Podle uzavřené Smlouvy o dílo, Zhotovitel nese plně zodpovědnost za své jednání a způsob provedení předmětu smlouvy o dílo.

3. Úvaha Zhotovitele o spoluúčasti TDS na nesprávně provedeném předmětu plnění smlouvy. Pozn. TDS: Konstatujeme, že vada díla (Způsob provedení obrusné vrstvy na výše uvedené stavbě) zdaleka nespočívá jen v záměně směsi SMA 11 S namísto SMA 8 S.

Jde zejména o skutečnost, že zhotovitel (společnost Robstav prostřednictvím svého subdodavatele) nedodržel obecně předepsanou tloušťku položené obrusné vrstvy SMA. Zhotovitel pokládal směs SMA 11 S na tloušťku 30 mm, i když v ČSN je pro směs SMA 11 S jasně uvedena tloušťka min. 35 mm. Ve věci tloušťky obrusné vrstvy zhotovitel argumentuje, že pouze v jednom případě u provedených destruktivních zkoušek byla tloušťka nevyhovující. V předloženém geodetickém zaměření obrusné vrstvy je uvedeno dalších 26 míst, kde není  $h_{\min}$  dodržena!

Objednatel by mohl případně akceptovat předem neprojednanou a neschválenou záměnu pouze v případě, že by položená obrusná vrstva splňovala požadavky na tloušťky předepsané pro směs SMA 11 S stanovené platnými normami a v souladu se systémem jakosti MD. To však nebylo dodrženo a naměřené hodnoty byly v řadě případů nedostatečné.

Dále konstatujeme, že i přes řadu písemných a ústních urgencí nebyly ze strany Zhotovitele předloženy protokoly a dokumentace, předepsané v Systému jakosti MD ČR.“

85. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 je mj. patrné: *»Zhotovitel dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.2 [Doba pro dokončení] „musí dokončit celé Dílo a každou Sekci (je-li nějaká) během doby pro dokončení Díla a Sekce (podle okolnosti) včetně:«*

*(a) úspěšných Přijímacích zkoušek a*

*(b) dokončení všech prací, které jsou podle Smlouvy potřebné k tomu, aby Dílo nebo Sekce byly považovány za dokončené pro účely převzetí podle pod-článku 10.1 (Převzetí díla a sekcí). (...)*

*Pokud Zhotovitel nesplní tuto povinnost a v důsledku toho nebude moci dojít k převzetí podle Pod-článku 10.1 (Převzetí díla a sekcí) v Době pro dokončení, nesplní svoji povinnost dokončit Dílo nebo jeho Sekci (podle okolnosti) v Době pro dokončení.“*

*Doba pro dokončení byla na základě smlouvy původně stanovena ke dni 31. 10. 2017.*

*Dopisem zn. 9623/17-32200/IV/Vo Stanovisko Správce stavby k předloženému aktualizovanému harmonogramu prací a k podstatě nároku na prodloužení doby pro dokončení Správce stavby uznal předložený claim Zhotovitele, který požadoval prodloužení doby pro dokončení o 6 dní.*

***Ke dni 6. 11. 2017, tedy nově stanovené Době pro dokončení, však nebyla stavba stále dokončena a ze strany Zhotovitele doposud nebyl Správci stavby předložen aktualizovaný harmonogram prací dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.3 [Harmonogram].***

***Na základě výše uvedeného tímto Správce stavby v souladu s VOP/ZOP Pod-čl. 15.1 [Výzva k nápravě] vyzývá Zhotovitele k nápravě a požaduje, aby Zhotovitel nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy:***

***(i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho;***

***(ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a***

***(iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram.***

***Správce stavby Zhotovitele upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven postupovat dle VOP/ZOP Pod-čl. 15.2 písm. (a), (b) anebo (c) bod (i) [Odstoupení objednatel], tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Zhotovitele ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.«***

86. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017 je mj. zřejmé: *„Ke dni 6. 11. 2017, tedy nově stanovené Době pro dokončení dle dopisu zn. 9623/17-32200/IV/VO Stanovisko Správce stavby k předloženému aktualizovanému harmonogramu a k podstatě nároku na prodloužení doby pro dokončení, však nebyla stavba stále dokončena.*

*Dopisem zn. 10500/17-32200/IV/VO Výzva zhotovitele k nápravě ze dne 10. 11. 2017 Správce stavby vyzval Zhotovitele, aby do dvou dnů od doručení tohoto dopisu dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, aby neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce a předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.3 [Harmonogram].*

Ke dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správcem stavby stanovených požadavků.

Na základě výše uvedeného a závěru kontrolního dne z 21. 11. 2017 Správce stavby v souladu s VOP/ZOP Pod-čl. 15.1 [Výzva k nápravě] vyzývá opakovaně Zhotovitele k nápravě a požaduje, aby Zhotovitel:

- (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupit a v co nejkratším čase urychleně dokončil I.-III. etapu stavby; a
- (ii) nezačínat s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Zhotovitele.

**Správce stavby Zhotovitele opětovně upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven postupovat dle VOP/ZOP Pod-čl. 15.2 písm. (a), (b) anebo (c) bod (i) [Odstoupení objednatel], tedy odstoupit od smlouvy a vykázat Zhotovitele ze Staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými. Následně Správce stavby vyzve jiného zhotovitele na provedení dokončení nedodělaných stavebních prací na I.-III. etapě.“**

87. V přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatel podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 je mj. uvedeno: „Protože Zhotovitel na výzvu Správce stavby k nápravě ze dne 10.11.2017 žádným způsobem nereagoval a nesplnil ani jeden z požadavků Správce stavby, vyzval Správce stavby Zhotovitele opakovaně k nápravě dopisem ze dne 21.11.2017 a požadoval, aby Zhotovitel:

- i. nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším možném čase dokončil I. až III. etapu díla a
- ii. nezačínal s pracemi na IV. etapě díla, a to s ohledem na klimatické podmínky způsobené s prodlením s prováděním stavebních prací ze strany Zhotovitele.

Ve výzvě ze dne 10.11.2017 a ze dne 21.11.2017 Správce stavby Zhotovitele vždy současně upozornil, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, náš Klient je připraven následně postupovat podle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) anebo c) bod (i) (Odstoupení Objednatel), tj. odstoupit od Smlouvy a vykázat Zhotovitele ze staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.

V této souvislosti Zhotovitele dále upozorňujeme, že opakovaně a soustavně porušuje i jiné své povinnosti vyplývající ze smlouvy, a to zejména:

- i. nedokončil dílo v Době pro dokončení ve smyslu Pod-čl. 8.2 VOP/ZOP, tj. do 06.11.2017 a je s dokončením díla o 42 dní v prodlení;
- ii. nedodržel Dobu pro uvedení díla do provozu;
- iii. nepředložil aktualizovaný harmonogram v termínu podle pokynu Správce stavby podle Pod-čl. 8.3 VOP/ZOP, ač byl k tomu opakovaně Správcem stavby vyzván;
- iv. byl v prodlení s udržováním platnosti bankovní záruky podle Pod-čl. 4.2 VOP/ZOP.

**Na základě výše uvedených skutečností tímto v zastoupení našeho Klienta coby objednatele podle Pod-čl. 15.2 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve Znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) s okamžitou účinností odstupujeme od části Smlouvy o dílo č. 05PU-001328 a to části týkající se dosud neprovedeného plnění, z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností Zhotovitelem a zejména proto, že Zhotovitel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami našeho Klienta knápravě ze dne 10. 11. 2017 a ze dne 21. 11. 2017.**

Žádáme Zhotovitele o bezodkladné předání díla resp. jeho rozpracované části, a současně jej vyzýváme k vrácení veškerých věcí a dokumentů určených pro dílo, a to nejpozději do dne 15. 1. 2018. Na základě předání provedeme Pod-čl. 15.3 VOP/ZOP ocenění provedené části díla a vyúčtování provedených plateb.

Dále přistoupíme k uzavření smlouvy o dílo na provedení Zhotovitelem neprovedených prací s náhradním dodavatelem a veškeré vícenáklady spojené s dokončením díla Pod-čl. 15.4 VOP/ZOP budou Zhotoviteli vyčísleny bezodkladně po uzavření smlouvy s náhradním dodavatelem, tyto pak budeme požadovat bezodkladně uhradit. Veškeré platby vůči Zhotoviteli budou do té doby podle Pod-čl. 15.4 písm. (b) VOP/ZOP zadrženy.

Veškeré do tohoto okamžiku vzniklé sankce a jiné našemu Klientovi vzniklé škody z důvodu porušení povinností Zhotovitelem uplatníme a budeme požadovat uhradit vůči Vaší společnosti coby Zhotoviteli.“

*Právní posouzení*

K rozhodnutí o námitkách navrhovatele

88. Než Úřad přistoupí k posouzení důvodnosti návrhu, považuje za nutné se nejprve vyjádřit k tvrzením navrhovatele týkajícím se rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 26. 9. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). Navrhovatel v rámci návrhu brojil proti rozhodnutí o námitkách, přičemž konkrétně tvrdil, že se zadavatel vůbec nevypořádal s námitkou týkající se překážky věci rozsouzené, dále uvedl, že „(z)adavatel přehlíží a nevyrovnává se nijak s námitkou navrhovatele, že se dle zák. č. 89/2012 Sb., v případě vad nejedná o škodu, ale o slevu.“, dále tvrdí, že „(k)e skutečnosti, že zadavatel neposkytl navrhovateli součinnost a dobu k odstranění reklamovaných vad, se zadavatel vůbec nevyjadřuje.“ a v neposlední řadě navrhovatel tvrdí, že »(z)adavatel ve svém rozhodnutí odmítnutí dále uvádí, že došlo k ohrožení, života, zdraví a majetku účastníků silničního provozu a že mu nedodržením harmonogramu vznikla újma, ovšem tuto „újmu“ ani „ohrožení“ nijak nespécifikuje, proto je toto tvrzení nepřezkoumatelné.«
89. Úřad předně k výše uvedenému uvádí, že se již otázkou týkající se rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele zabýval, přičemž na základě rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-36742/2018/512/TDv ze dne 10. 12. 2018 Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 odst. 1 zákona (viz bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 21. 12. 2018, přičemž předseda Úřadu předmětným druhostupňovým rozhodnutím zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-36742/2018/512/TDv ze dne 10. 12. 2018 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

90. Úřad tak v rámci dané věci odkazuje na druhostupňové rozhodnutí, ve kterém předseda Úřadu konstatoval mj. následující: „*Na základě výše uvedeného uzavírám, že zadavatel se ve svém rozhodnutí o odmítnutí o námitkách dostatečně vypořádal se všemi relevantními skutečnostmi namítanými navrhovatelem. Z odůvodnění rozhodnutí o námitkách je zřejmé, že se v těchto věcně vypořádává s relevantní argumentací zadavatele. Ačkoli je obecně potřebné, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil alespoň odkazem ke všem argumentům bez ohledu na jejich relevantnost, je na místě upozornit, že i tento požadavek má své limity. V daném případě jsem neshledal, že by výslovný odkaz na část námitek mohl jakkoli změnit informační hodnotu odůvodnění zadavatelova rozhodnutí.*“

91. S ohledem na výše uvedené, konkrétně tedy na tu skutečnost, kdy předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že se zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách dostatečně vypořádal se všemi relevantními skutečnostmi namítanými navrhovatelem, lze uzavřít, že zadavatel při vyřizování námitek navrhovatele postupoval v souladu s § 245 odst. 1 zákona.

K překážce věci pravomocně rozhoduté

92. Než Úřad přistoupí k posouzení důvodnosti návrhu, považuje rovněž za nutné se vyjádřit k tvrzení navrhovatele, že se v daném případě jedná o věc již jednou rozhodnutou (res iudicata), neboť navrhovatel tvrdí, že byl zadavatelem vyloučen ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku ze stejných důvodů již rozhodnutím o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018, přičemž dále uvádí, že citované rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení bylo pravomocně zrušeno rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018.

93. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že překážka věci rozhoduté (res iudicata) spočívá v tom, že, pokud bylo již o téže věci pravomocně rozhodnuto, nemůže být tatáž věc v rozsahu výroku pravomocného rozhodnutí projednávána znovu. Překážka věci pravomocně rozhoduté nastává zpravidla tehdy, má-li být v novém řízení mezi týmiž účastníky projednávána stejná věc.

94. Úřad k projednávané věci uvádí, že rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018, jež nabylo právní moci dne 16. 8. 2018, rozhodl tak, že zadavatel nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky zásadu transparentnosti stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když v rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 neurčitě a nedostatečně popsal rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje, že je oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, čímž učinil toto rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelným, přičemž uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako nápravné opatření Úřad podle § 263 odst. 2 zákona zrušil výše citované rozhodnutí o vyloučení a současně i všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku (viz rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018 dostupné na: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-15590.html>).

95. V návaznosti na výše uvedené, je tak zřejmé, že ze strany Úřadu nedošlo k přezkumu toho, zda zadavatel byl oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť Úřad zjistil, že zadavatel v rozhodnutí

o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 18. 4. 2018 postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, a na základě této zjištěné skutečnosti tak nebylo ani možné ze strany Úřadu vykonat předmětný přezkum. Úřad k tomu doplňuje, že výše uvedené tvrzení bylo již Úřadem konstatováno v bodu 67. odůvodnění rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0198/2018/VZ-21654/2018/512/TDv ze dne 24. 7. 2018.

96. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se v daném případě nemůže jednat o situaci, kdy bude totožná věc ze strany Úřadu projednávaná znovu, neboť jak již bylo výše demonstrováno, přezkum toho, zda zadavatel byl oprávněn vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, nebyl ze strany Úřadu učiněn, a tudíž nemohlo být ani vydáno rozhodnutí vztahující se k této věci, tudíž nelze přisvědčit tvrzení navrhovatele, že by se v daném případě jednalo o věc již jednou rozhodnutou.

K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona

97. Po výše provedeném posouzení se Úřad dále zabýval oprávněností důvodů vedoucích zadavatele k vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení na veřejnou zakázku podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

98. Úřad tak ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popřípadě obchodní pověst dodavatele. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení, kterých se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky nebo s jiným veřejným zadavatelem, a jenž vedly ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným důsledkům.

99. Úřad zde připomíná, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona představuje v právu veřejných zakázek nový institut, který se v předchozí právní úpravě nevyskytoval. Úřad tak v první řadě s ohledem na relevantní rozhodovací praxi Úřadu (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0308/2018/VZ-28578/2018/541/JCh ze dne 3. 10. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. 4. 2018, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0200/2018/VZ-20498/2018/541/PDz ze dne 12. 7. 2018) přistoupil k výkladu tohoto ustanovení, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.

100. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovuje důvod pro vyloučení účastníka řízení zadavatelem pro nezpůsobilost, pokud zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla (1) k vzniku škody, (2) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo (3) jiným srovnatelným sankcím. Podstatné v rámci tohoto ustanovení tedy je, aby zadavatel opravdu prokázal, že se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení, popřípadě dlouhodobých

pochybení. Tato pochybení musí zároveň vést, tedy musí mezi nimi být příčinná souvislost, k jednomu (či více) zákonem předvídaným následkům, tedy ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

101. Pokud například zadavatel prokáže, že se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných pochybení vedoucích ke vzniku škody, jedná se o důvod pro vyloučení podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, aniž by tato pochybení musela být nutně dlouhodobá či vést k ukončení smluvního vztahu. Stejně tak důvodem pro vyloučení bude, pokud se účastník zadávacího řízení při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil dlouhodobých pochybení, která vedla k ukončení smluvního vztahu, aniž by bylo nutné prokázat, že tato pochybení byla závažná.
102. Úřad zde uvádí, že výše uvedené kategorie představují takové právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že je nutné, aby zadavatelé při aplikaci tohoto ustanovení kladli patřičný důraz na odůvodnění toho, proč právě pochybení, za která vylučují, splňují požadavek stanovený v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad zde zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení vyloučit na základě předmětného ustanovení, důkazní břemeno k prokázání naplnění výše uvedených podmínek leží na zadavateli. Zadavatel musí naplnění všech vzájemně souvisejících zákonných podmínek vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokázat a odůvodnit. Úřad v dané souvislosti dále odkazuje na komentářovou literaturu<sup>1</sup>, ve které je mj. uvedeno: *„Podmínkou pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.“*
103. Se zřetelem na vše shora uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda v šetřeném případě zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž dle tvrzení zadavatele se měl navrhovatel pochybení ve výše uvedeném smyslu dopustit při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice.
104. Pro přehlednost se Úřad nejprve zabýval oprávněností vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „smlouva I“) a poté ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice (dále jen „smlouva II“).

<sup>1</sup> DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka, MACHÁLKOVÁ, Michaela, MÜLLER, Veronika, PODOLOVÁ, Libuše. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7.



*K oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona – údajné závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I*

105. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním smlouvy I se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, přičemž zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., IČO 03598292 se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9 (dále jen „ESLAB, s.r.o.“) identifikoval další závažná pochybení navrhovatele a to, nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121), nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) a dále na základě geodetického kontrolního zaměření obrusné vrstvy je dle zadavatele evidentní, že ve více než 25 případech není požadovaná minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11 dodržena. Navrhovatel tak podle zadavatele postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve smlouvě I, a zadavatel po zjištění uvedených vad požadoval po navrhovateli výměnu obrusné vrstvy v celém rozsahu, neboť na stavbě „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ byla bez souhlasu zadavatele a technického dozoru investora a autorského dozoru položena vrstva SMA 11 místo projektem požadované vrstvy SMA 8, avšak podle zadavatele navrhovatel pouze navrhl opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dále popsal, že navrhovatele ještě několikrát vyzýval k výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu, tak aby splňovala požadavky zadavatele uvedené ve smlouvě I, ale navrhovatel vždy navrhoval pouze opravu odfrézování stávající obrusné vrstvy SMA 11 v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11. Na základě toho zadavatel prostřednictvím svého právního zástupce HKR advokátní kancelář, s.r.o., IČO 04372824, se sídlem Na Pankráci 30a/404, 140 00 Praha 4 (dále jen „HKR advokátní kancelář, s.r.o.“) odeslal navrhovateli přípis „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018, ve kterém HKR advokátní kancelář, s.r.o. v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 11.4 a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstranění předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06 Kč. Dále HKR advokátní kancelář, s.r.o. odeslala navrhovateli přípis „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“ ze dne 16. 4. 2018, ve kterém v zastoupení zadavatele uplatnila v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení pokuty ve výši 242.000 Kč celkem.
106. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě smlouvy I naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
107. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy I je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť smlouva I byla dne 17. 8. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.

108. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557 dne 26. 2. 2018. Vzhledem k tomu, že smlouva I byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 17. 8. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy přibližně jeden rok a šest měsíců před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci smlouvy I nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.
109. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.
110. V případě plnění smlouvy I z rozhodnutí o vyloučení předně vyplývá, že navrhovatel při plnění smlouvy I zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Dále z obsahu námitek i návrhu jednoznačně vyplývá, že navrhovatel nepopírá, že k záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo.
111. K argumentaci navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že se jednalo o vadu, která vznikla na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku asfaltových směsí objednal, a on o této záměně nevěděl, Úřad uvádí následující.
112. Úřad k tomuto předně uvádí, že v případě obalovny se zjevně jedná o poddodavatele navrhovatele, přičemž za řádné plnění veřejné zakázky primárně nese odpovědnost navrhovatel, jelikož on je tím subjektem, který uzavřel se zadavatelem smlouvu I, a kdy tedy zadavatel z logiky věci plně odpovídá i za plnění učiněná jeho poddodavatelem. Navrhovatel se tak nemůže této odpovědnosti zbavit poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení svého poddodavatele (obalovny), jelikož za řádné plnění veřejné zakázky měl odpovědnost vůči zadavateli pouze navrhovatel jako jedna ze stran smlouvy I a nikoliv jeho poddodavatel. Úřad má tedy na základě právě uvedeného za to, že je nepochybné, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 došlo na straně navrhovatele.
113. S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo.
114. Dále zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, s.r.o. identifikoval další pochybení navrhovatele, neboť navrhovatelem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) (viz bod 76. a 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

115. V souvislosti s výše uvedeným tvrzením, že obrusná vrstva vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, Úřad odkazuje na vyjádření zadavatele v rozhodnutí o vyloučení, kdy tvrdí: „*tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab. 14, a to 28.*“, přičemž toto své tvrzení zároveň dokládá výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017.
116. Ve vztahu k nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky Úřad odkazuje na výsledky provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB s.r.o., ze dne 13. 4. 2017, které byly přílohou rozhodnutí o vyloučení. Z tabulky 15 „Stanovení pevnosti spojení vrstev na vývrtech“ vyplývá, že obrusná a ložní vrstva vozovky v úseku 0,540 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení a rovněž v úseku 1,218 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení není vůbec spojena. Dále z předmětné tabulky vyplývá, že pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, neboť naměřená hodnota v daném úseku dosahuje hodnoty 8,40 a minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121 na pevnost spojení vrstvy je 15,0 (viz bod 77. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
117. Dále pak Úřad odkazuje na přípis „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017, který zadavatel přiložil k rozhodnutí o vyloučení. V předmětném přípisu je uvedeno, že dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka na stavbě I/23 Řípec za účasti technického dozoru investora a zástupce akreditované laboratoře ESLAB s.r.o., přičemž samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy. V rámci pochůzky byla pak zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Jednalo se o 26 porušení, jejichž výčet je uveden v předmětném přípise (viz bod 80. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
118. Úřad taktéž opět poukazuje na skutečnost, že ani v případě zadavatelem tvrzených pochybení navrhovatele spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) navrhovatel jejich existenci nepopírá, resp. z příloh rozhodnutí o vyloučení ani z obsahu námitek či návrhu není zřejmé, že by navrhovatel jakkoli rozporoval, že by k těmto pochybením z jeho strany došlo (např. v rámci námitek a návrhu se o těchto pochybeních v podstatě vůbec nezmiňuje). S ohledem na vše právě uvedené lze tedy shrnout, že k pochybením spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) ze strany navrhovatele v rámci plnění smlouvy I skutečně došlo.
119. Úřad tedy uvádí, že v případě plnění smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, ale také k pochybením spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121). Úřad dále k danému konstatuje, že již ta skutečnost, kdy vybraný dodavatel provede plnění jinak, než bylo stanoveno v zadávací

dokumentaci, případně ve smlouvě o dílo, může sama o sobě za určitých podmínek vykazovat určitou intenzitu závažnosti, neboť vybraný dodavatel postupuje zjevně v rozporu se zadávací dokumentací, případně se smlouvou o dílo, a je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby co nejlépe odpovídalo jeho potřebám a pokud dojde k záměně zadavatelem požadovaného plnění za jiné, je možné, že výsledné dílo již nebude splňovat všechny požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval. Úřad v dané souvislosti rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele ze dne 12. 10. 2018, kde je mj. uvedeno: *„Předmětem plnění Smlouvy I byla oprava krytu a obnova souvrství ložné a podkladní vrstvy vozovky pro zajištění její únosnosti na III. třídu dopravního zatížení, tedy samotnou podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který zadavatel závazně vymezil ve Smlouvě I a ke kterému se navrhovatel bez dalšího zavázal.“* Z uvedeného je tedy patrné, že podstatou Smlouvy I byla obnova vrstvy vozovky v kvalitě a způsobem, který byl v této smlouvě vymezen a pokud navrhovatel v posuzovaném případě poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci) (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 110. – 113. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale navíc i takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 114. – 118. odůvodnění tohoto rozhodnutí), došlo tím ke zmaření účelu smlouvy I, a tak dle Úřadu není pochyb, že předmětné pochybení (kombinace více pochybení navrhovatele) lze označit za závažné. Tedy právě ve vzájemné kombinaci více pochybení navrhovatele, jak rovněž stvrzuje zadavatel v rozhodnutí o vyloučení, když uvádí: *„Účastník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. (...) V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma Zadavatele (uplatnění smluvní pokuty a náklady v souvislosti s odstraněním vad).“*, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti.

120. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy I k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.
121. Na právě uvedeném závěru Úřadu nemůže nic změnit ani argumentace navrhovatele, v jejímž rámci ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 tvrdil, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí.
122. Úřad k tomuto opětovně zdůrazňuje, že je to právě navrhovatel, který nese odpovědnost za řádné plnění veřejné zakázky, neboť dle smlouvy I má povinnost plnit veřejnou zakázku navrhovatel a nikoliv zadavatel. Navrhovatel se tak této odpovědnosti nemůže zbavit ani poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení zadavatele, resp. technického dozoru investora či správce stavby. Navíc navrhovatelovo tvrzení, že během realizace prací nebyl ze strany technického dozoru investora, popřípadě správce stavby, upozorňován na pochybení a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí, nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit skutečnost, že k danému pochybení skutečně došlo, a to ze strany navrhovatele, jelikož i pokud by zadavatel, resp. technický dozor investora či

správce stavby toto pochybení, tj. záměnu materiálu, měl odhalit/odhalil, nemohlo by to nic změnit na skutečnosti, že k pochybení, tedy záměně materiálu ze strany navrhovatele již zjevně došlo. Z povahy dané argumentace tak vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž bylo zároveň shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění smlouvy I, stěžejní skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobila jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu, tedy, že ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo ke kombinaci více pochybení (záměna asfaltových směsí, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky), přičemž právě v kombinaci více pochybení na straně navrhovatele, jak i zadavatel popsal v rozhodnutí o vyloučení, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti. Z těchto důvodů tak Úřad argumentaci navrhovatele odmítá jako lichou.

123. Navrhovatel se dále odvolává na stanovisko technického zkušebního institutu TPA ČR s. r. o. a stanovisko soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017, které dle navrhovatele stvrzují vhodnost použití směsi SMA 11, přičemž citovaný soudní znalec ve svém stanovisku závěrem uvádí: *„S přihlédnutím ke skutečnosti, že z hlediska únosnosti jsou v konstrukci vozovky vrstvy SMA 8 S SMA 11 S navzájem zaměnitelné, lze konstatovat, že v posuzovaném případě by neměla mít neúmyslná záměna směsi SMA 8 S za směs SMA 11 S negativní dopad na užité vlastnosti posuzované obrusné vrstvy.“*
124. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017 vyplývá, pouze ta skutečnost, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 nejspíše nemá vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, neboť soudní znalec v předmětném stanovisku konstatoval, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 by neměla mít negativní dopad na užité vlastnosti posuzované obrusné vrstvy. Ze strany soudního znalce tedy ani není dáno najisto, že záměna směsi nemá negativní vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, navíc se jedná pouze o stanovisko a nikoli o znalecký posudek zpracovaný dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Dále Úřad opětovně uvádí, že ani tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit závěr Úřadu, že k závažnému pochybení ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo, neboť opět navrhovatel řeší až nápravu svého pochybení, a to pouze pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, přičemž, jak již Úřad několikrát uvedl, a rovněž i zadavatel konstatoval a popsal v rozhodnutí o vyloučení, stěžejní z hlediska posouzení

závažnosti je, že se navrhovatel při plnění smlouvy I dopustil nejenom pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, ale také pochybení spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121), přičemž daná argumentace navrhovatele ani jednu z těchto stěžejních skutečností nezpochybňuje ani nevyvrací, z těchto důvodů ji tedy Úřad nemůže přijmout.

125. Navrhovatel dále v souvislosti s pojmem „vážné pochybení“ odkazoval na rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ve kterém je dle navrhovatele uvedeno, že *»pojmem „vážné pochybení“ je třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení.«*
126. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že se v daném případě jednalo o závažnou nedbalost navrhovatele, resp. „vážné pochybení“ ze strany navrhovatele, neboť jak je výše již demonstrováno, navrhovatel zadavateli poskytl jiné plnění než, které bylo stanoveno ve smlouvě I (k tomu více viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 110. – 113. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a navíc toto jiné než zadavatelem požadované plnění bylo poskytnuto ze strany navrhovatele vadně (k tomu více viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 114. – 118. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
127. Navrhovatel dále tvrdil, že *„(o)bjednatel nedal stěžovateli časový prostor k tomu, aby vytknuté vady odstranil, neboť výzvu k jejich odstranění mu doručil prostřednictvím svého právního zástupce dne 30. 11. 2017 a v této výzvě byl uveden datum k odstranění do 30. 11. 2017.“*
128. Úřad v souvislosti s výše uvedeným uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel první reklamaci vad oznámil navrhovateli přípisem „Uplatnění reklamáce – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ již ze dne 21. 3. 2017 (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Před danou výzvou ze dne 30. 11. 2017 zadavatel navrhovatele opakovaně vyzýval k nápravě, přičemž poslední výzvu (před výzvou ze dne 30. 11. 2017) zadavatel učinil dne 13. 11. 2017 (viz bod 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě výše uvedeného je tak argumentace navrhovatele, že zadavatel navrhovateli neposkytl dostatečný časový prostor k odstranění vytknuté vady lichá, neboť z komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem popsané v rozhodnutí o vyloučení je patrné, že navrhovatel obdržel již dřívější výzvy k nápravě pochybení, které však odmítal, přičemž první výzva k nápravě pochybení mu byla odeslána téměř tři čtvrtě roku před úplně poslední výzvou k nápravě.
129. Navrhovatel dále v rámci své argumentace v souvislosti s údajným pochybením při plnění smlouvy I spočívajícím v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 uvedl mimo jiné toto: *„Navíc pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit a i kdyby byl v tomto právu, což stěžovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení škodou, ale slevou z ceny díla.“ (...)* *„Co se týká škody, o níž hovoří zadavatel ve svém napadeném rozhodnutí, uvádí stěžovatel, že se o škodu nejedná. Vzhledem k tomu, že stran záměny směsí z SMA8 na SMA11, se jednalo vzhledem k judikatuře Nejvyššího soudu ČR*

*o neodstranitelnou vadu, která vzhledem k výše uvedeným stanoviskám neměla žádný negativní vliv na funkci díla, mohl zadavatel požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla v řádu několika desítek tisíc korun, kterou byl navíc stěžovatel ochoten poskytnout. Jednalo se o neodstranitelnou vadu, pro kterou ovšem lze dílo bez omezení užívat. Pokud totiž je např. postaven dům z jiných, než projektem požadovaných cihel, které ovšem mají stejné vlastnosti, jako cihly v projektu, také se dům z tohoto důvodu nezboří, neboť se jedná o vadu neodstranitelnou, pro kterou lze dům užívat a lze tak požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla.“ (...) „(j)ednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které stěžovatel dodávku asfaltových směsí objednal a stěžovatel o této záměně nevěděl.“*

130. Úřad k výše uvedené argumentaci navrhovatele nemohl přihlídnout, neboť zadavatel nikde v rozhodnutí o vyloučení netvrdí, že by mu na základě pochybení navrhovatele vznikla škoda, zadavatel v dané souvislosti uvedl, že uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých zadavateli na odstranění vad vozovky třetím subjektem a uplatnění smluvní pokuty je podle zákona „jinou srovnatelnou sankcí“ (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
131. K další části argumentace navrhovatele, v rámci které uvádí, že se v případě záměny zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 jednalo o neodstranitelnou vadu, která údajně neměla mít vliv na funkci díla (pro kterou lze dle jeho názoru dílo bez omezení užívat) a měla bez vědomí navrhovatele vzniknout na straně obalovny, u které navrhovatel dodávku dané směsi objednal, a dále: *„vzhledem k tomu, že předmětná vada spočívající v záměně asfaltové směsi by byla sice odstranitelná, avšak náklady na opravu by byly neúměrně ceně (a zejména užítku, který bude stejný, jako před opravou) – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou.“*, uvádí Úřad následující.
132. Z povahy dané argumentace zjevně vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení došlo. Úřad v této souvislosti přitom zdůrazňuje, že ku učinění závěru, že v rámci plnění smlouvy I ze strany navrhovatele došlo k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci) (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 110. – 113. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale navíc takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 114. – 118. odůvodnění tohoto rozhodnutí) (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž zadavatel závažnost pochybení rovněž shledává v kombinaci více pochybení navrhovatele, neboť v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„(ú)častník nejen, že poskytl zadavateli jiné plnění než které zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. (...) V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma Zadavatele (uplatnění smluvní pokuty a náklady v souvislosti s odstraněním vad).“*, a zároveň bylo shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, tedy argumentace, která nijak nezpochybňuje pro posouzení závažnosti pochybení navrhovatele, jehož se dopustil při plnění smlouvy I, stěžejní

skutečnost, že k tomuto pochybení ze strany navrhovatele skutečně došlo a že se navrhovatel kromě pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 dopustil i pochybení spočívajících v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, není způsobila jakkoli zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu (viz souhrnně bod 119. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad dodává, že je z hlediska posouzení závažnosti pochybení tedy bezpředmětné zabývat se tím, zda se jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, jelikož ať už by bylo konstatováno, že se v případě záměny směsi jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, automaticky by to neznamenal, že by dané pochybení nemohlo být shledáno závažným (i odstranitelná vada může být dle Úřadu za určitých okolností shledána závažnou, navíc navrhovatel tvrdí, že se jednalo o neodstranitelnou vadu, která má dle Úřadu daleko větší potenciál být shledána závažnou), navíc v posuzovaném případě byla závažnost pochybení shledána na základě kombinace více pochybení navrhovatele, ostatně tuto skutečnost stvrzuje i zadavatel (viz výše), a nikoliv tak jen na základě pochybení spočívajícího v pouhé záměně asfaltové směsi. I tuto argumentaci navrhovatele tak Úřad odmítá.

133. Další z podmínek pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.
134. V případě smlouvy I požadoval zadavatel po navrhovateli uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a rovněž u navrhovatele uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady. Tyto skutečnosti vyplývají z přípisu „Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3.181.794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018 a z přípisu „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“ ze dne 16. 4. 2018 (viz bod 82. a 83. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Výše citované přípisy byly přiloženy k rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel ke splnění této podmínky v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že závažné pochybení navrhovatele v daném případě vedlo ke vzniku „jiných srovnatelných sankcí“.
135. Úřad k tomuto uvádí, že pojem „jiná srovnatelná sankce“ je zjevně neurčitý právní pojem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu, nicméně zároveň lze z pojmu „sankce“ nepochybně usoudit, že by jiná srovnatelná sankce měla pro účastníka zadávacího řízení představovat určitý nepříznivý následek srovnatelný se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu. V posuzovaném případě, kdy zadavatel po navrhovateli v souvislosti se závažným pochybením při plnění smlouvy I požadoval uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem ve výši 3.181.794,06,- Kč a dále uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady v termínu ve výši 242.000,-Kč, lze uvést, že povinnost uhradit dané poměrně nemalé finanční částky muselo pro navrhovatele zcela zjevně představovat určitý nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad tak má tedy za to, že závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I vedlo k „jiným srovnatelným sankcím“, konkrétně k povinnosti uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a následně uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad, neboť tyto skutečnosti pro zadavatele představují nepříznivý následek



stejně, jak tomu je v případě škody či u předčasného ukončení smluvního vztahu. Lze tedy uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna.

*K oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona – údajné závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II*

136. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním smlouvy II se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončení díla) dle smlouvy II, přičemž původní doba pro dokončení díla na základě smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Dále zadavatel uvedl, že správce stavby v průběhu plnění díla uznal navrhovateli požadavek na prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Dílo dle smlouvy II tedy mělo být navrhovatelem dokončeno 6. 11. 2017, kdy dokončení díla nebránily klimatické podmínky, avšak navrhovatel tak neučinil a dílo nedokončil. Správce stavby tak vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž navrhovatel na předmětnou výzvu ke dni 15. 11. 2017 nikterak nereagoval a nesplnil ani jeden ze tří požadavků správce stavby, proto správce stavby vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 21. 11. 2017 (viz bod 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel pak v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že právní zástupce zadavatele prostřednictvím přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 oznámil navrhovateli, že v souladu s Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP zadavatel s okamžitou účinností odstupuje od smlouvy II z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností ze strany navrhovatele (nedokončení díla v době pro dokončení, tj. do 6. 11. 2017, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a zejména proto, že navrhovatel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě.
137. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě smlouvy II naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
138. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy II je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť smlouva II byla dne 3. 10. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.
139. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557 dne 26. 2. 2018. Vzhledem k tomu, že smlouva II byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 3. 10. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy přibližně jeden rok a pět měsíců před

zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci smlouvy II nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.

140. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.
141. V případě plnění smlouvy II, z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že předmětné plnění mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě 6. 11. 2017, avšak navrhovatel tak dle vyjádření správce stavby ve výzvě „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 neučinil. Z příloh rozhodnutí o vyloučení, konkrétně z přípisů „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017, „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017, dále vyplývá následující.
142. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 mj. vyplývá, že zadavatel, resp. správce stavby vyzval navrhovatele/zhotovitele, aby nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a (iii) předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Dále Úřad odkazuje na přípis „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, ve kterém je mj. uvedeno, že navrhovatel ke dni 15. 11. 2017 na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze stanovených požadavků. Současně správce stavby citovanou výzvou ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby, a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany navrhovatele. K dokončení I. až III. etapy stavby došlo dle vyjádření navrhovatele v návrhu až dne 13. 12. 2017, přičemž následně dne 27. 12. 2017 zadavatel přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 odstoupil od části smlouvy II. Úřad rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 12. 10. 2018, ve kterém je uvedeno: *„Předmětem smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.“*
143. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že zadavatel vymezil předmět smlouvy II jako opravu krytu a obnovu souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný, Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo již na základě skutečnosti, že nedokončil dílo v dodatečné lhůtě pro dokončení díla, tedy do 6. 11. 2017. Navrhovatel, jak uvádí zadavatel ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017, ke dni 15. 11. 2017 nereagoval na výzvu ze dne 10. 11. 2017 a dílo nedokončil, přičemž byl v předmětné výzvě ze dne 10. 11. 2017 upozorněn, že pokud tak neučiní je zadavatel připraven od smlouvy II odstoupit. K dokončení stavebních prací na I. – III. etapě stavby, tedy nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne

21. 11. 2017, avšak v dané době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby. Podle zadavatele tak pochybení navrhovatele je závažným pochybením, neboť v dané souvislosti v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„(v) návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele (odstoupení od Smlouvy II a uplatnění smluvní pokuty).“* Úřad tak s ohledem na zadavatelem popsané skutečnosti v rozhodnutí o vyloučení a rovněž s ohledem na předmět smlouvy II, který zadavatel uvedl ve vyjádření ze dne 12. 10. 2018, konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění smlouvy II k prodlení, které lze definovat jako závažné pochybení, neboť navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tzn. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak navrhovatel dílo v uvedené lhůtě nedokončil. Navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění díla, resp. IV. etapy díla, se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel zcela ignoroval předmět smlouvy II, neboť, jak vyplývá ze zadavatelem vymezeného předmětu smlouvy II (viz výše), měl dokončit dílo v takové době, aby nedošlo k narušení provozu na předmětných komunikacích nad rámec nezbytně nutný. Úřad tak uzavírá, že takové prodlení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.

144. Dále Úřad přistoupil k vypořádání argumentace navrhovatele vztahující se k údajnému pochybení při plnění smlouvy II. Navrhovatel v dané souvislosti tak v návrhu uvedl jeho reakci na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017: *„Správce stavby učinil na stěžovatele 3 požadavky, a to, aby:*

*(i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho;*

*(ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a*

*(iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram;*

*Ad (i) a (ii)*

*V souladu s body (i) a (ii) uvedené ve výzvě zadavatele stěžovatel nastoupil dne 11.11.2017 na realizaci pokládky ACP (13.11.2017 došlo k zaměření ACP a následně od 14.11.2017 k jejímu frézování).*

*Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodech (i) a (ii) ve výzvě ze dne 10.11.2017 zcela splnil.*

*Ad (iii)*

*K požadavku zadavatele uvedeného výše pod bodem (iii) stěžovatel uvedl a uvádí, že stěžovatel nepředložil zadavateli, respektive Správci stavby aktualizovaný harmonogram, a to zejména z následujících důvodů:*

*a) harmonogram postupu prací je přímo závislý na klimatických podmínkách jejichž ovládní a předvídání není v silách stěžovatele,*

*b) správce stavby vydal pokyn k nezačínání prací na IV. etapě zároveň nestanovil datum, kdy bude stěžovatel moci práce na IV. etapě zahájit;*

*Jak je zřejmé z výše uvedených skutečností v silách stěžovatele nebylo sestavit harmonogram postupu prací, jelikož objektivně není možné předvídat vývoj klimatických podmínek umožňující realizaci prací v souladu s požadavky Správce stavby, respektive v souladu s Technickou specifikací. Další skutečností znemožňující zpracování harmonogramu prací byla neznalost data, kdy bude zadavatelem dán stěžovateli pokyn k zahájení prací IV. etapě díla.*

*Na základě těchto skutečností stěžovatel skrze svůj dopis ze dne 5.12.2017 oznámil Správci stavby, že řádné dokončení I.-III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované Technickou specifikací.“*

145. Úřad k dané reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 uvádí, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí) měl navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel tak dle správce stavby neučinil, neboť, jak bylo konstatováno ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017: „(k)e dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správce stavby stanovených požadavků.“ Dále se Úřad zabýval tvrzením navrhovatele, že nebylo v jeho silách sestavit aktualizovaný harmonogram stavby. Úřad tak k tomuto uvádí, že není pravdou, že by správce stavby vydal pokyn k nezačínání prací na IV. etapě stavby, jak uvádí navrhovatel. Tento pokyn byl vydán správcem stavby, až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, tedy v pořadí až druhé výzvy správce stavby (pozdější výzvy správce stavby), a z toho vyplývá, že navrhovateli nemohla daná skutečnost bránit v sestavení aktualizovaného harmonogramu. Úřad rovněž nemůže přisvědčit argumentaci navrhovatele ohledně skutečnosti, že sestavení harmonogramu je závislé na klimatických podmínkách, jejichž ovládní a předvídání není v silách navrhovatele. V dané situaci by tak dodavatelé nemohli nikdy, ani při tvorbě nabídky, sestavit harmonogram, neboť ani v jejich silách není ovládní a předvídání klimatických podmínek. Příkladem lze uvést dlouhodobější stavební práce (např. 2 roky), jejichž plnění nemůže probíhat v zimních obdobích, a v případě, kdy navrhovatel tvrdí, že sestavení harmonogramu nelze učinit, neboť v silách navrhovatele není ovládní a předvídání klimatických podmínek, tak by dodavatelé při tvorbě nabídky týkající se těchto dlouhodobějších stavebních prací, které nemůžou probíhat za určitých klimatických podmínek, nemohli nikdy sestavit harmonogram. Navrhovatel se dále ohrazuje, že „dne 5. 12. 2017 oznámil správci stavby, že řádné dokončení I.-III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované technickou specifikací. Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodě (iii) ve výzvě ze dne 10. 11. 2017 zcela splnil.“ Úřad k tvrzení navrhovatele opětovně uvádí, že v předmětné výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 bylo stanoveno, že veškeré požadavky má navrhovatel učinit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel splnění požadavku obsaženého v bodě (iii) přisuzuje odeslání svého dopisu ze dne 5. 12. 2017. Z uvedeného je tak zřejmé, že daný požadavek ze strany navrhovatele nebyl splněn dle požadavků správce stavby. Úřad navíc

dodává, že datum 5. 12. 2017 je období již po druhé výzvě správce stavby, tedy výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017.

146. Navrhovatel dále tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, neboť tuto stavbu dokončil a předal zadavateli dle pokynů. Úřad k tomuto uvádí, že z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tím, že navrhovatel jednak nedokončil dílo v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017 a následně ani nesplnil výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017, se dostal do takového prodlení, kterým způsobil, že již práce na IV. etapě stavby z důvodů klimatických podmínek nemohly být realizovány a ignoroval tak předmět plnění smlouvy II.
147. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„(d)le smlouvy byla splatnost faktur vystavených stěžovatelem 60 dnů. Stěžovatel provedl část díla a na provedené části díla vystavil zadavateli a jemu také doručil v souladu se Smlouvou 4 faktury dle níže uvedeného soupisu, na které zadavatele dosud ničeho neuhradil. Vzhledem k tomu, že je v prodlení s jejich úhradou, tedy splněním svého dluhu, nebyl tak v prodlení stěžovatel s plněním svého dluhu – provádění díla.“*
148. Úřad k tomu uvádí, že dané tvrzení navrhovatele nikterak nevyvrací pro posouzení závažnosti daného pochybení navrhovatele stěžejní skutečnost, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tvrzení navrhovatele je tak v dané věci naprosto liché.
149. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy II k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.
150. Další podmínkou pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.
151. V daném případě zadavatel využil práva v Pod-čl. 15.2 písm. a) smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelům ve znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) a přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelům podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 od části smlouvy II týkající se neprovedeného plnění odstoupil (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Argumentaci navrhovatele ohledně té skutečnosti, že dané odstoupení není možné považovat za platné, považuje Úřad za irelevantní, neboť odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání, které je třeba považovat za platné (o to více za situace, kdy byla možnost odstoupení z uvedeného důvodu přímo sjednána ve všeobecných obchodních podmínkách, které byly modifikovány zvláštními

obchodními podmínkami, viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí) až do chvíle, kdy o jeho případné neplatnosti rozhodne kompetentní orgán, kterým je soud. Navrhovatel ve správním řízení, ani předtím zadavateli nesdělil, že by se soudně bránil důvodům ukončení smlouvy II ze strany zadavatele, resp. v takovém případě navrhovatel výše uvedený postup zadavatele svým jednáním akceptoval, tudíž neexistuje důvodná pochybnost o oprávněnosti postupu zadavatele při ukončení smlouvy II s navrhovatelem. Vzhledem ke skutečnosti, že daným odstoupením od části smlouvy II došlo zjevně k předčasnému ukončení smluvního vztahu, jelikož v důsledku závažného pochybení navrhovatele nedošlo z jeho strany k dokončení kompletního díla (stavby), lze uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna. Úřad uvádí, že o tom, že došlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu v důsledku pochybení navrhovatele zadavatelem popsaného v rozhodnutí o vyloučení (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nepanují s ohledem na obsah přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.

152. S ohledem na vše výše uvedené tak lze ze strany Úřadu shrnout, že se navrhovatel závažného pochybení dopustil jak v rámci plnění smlouvy I tak i v rámci plnění smlouvy II., na základě čehož lze tedy zároveň konstatovat splnění poslední podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to podmínky plurality spáchaných závažných pochybení. Z jazykového výkladu je totiž zřejmé, že dané ustanovení hovoří o závažných **pochybeních**, tudíž musí být, aby mohlo dojít k vyloučení účastníka zadávacího řízení na základě tohoto ustanovení, z logiky věci shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným pochybením, což bylo v posuzovaném případě Úřadem vyvozeno (k tomu více viz výše). Pro úplnost Úřad uvádí, že se tato podmínka vztahuje k plnění smlouvy I i smlouvy II, proto je Úřadem řešena pro obě údajná závažná pochybení týkající se těchto smluv současně na tomto místě.
153. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že navrhovatel byl v šetřeném případě zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.
154. Úřad dále přistoupil k vypořádání další argumentace navrhovatele. Navrhovatel tvrdí, že se v daném případě jedná o nepřístupnou retroaktivitu, přičemž uvádí, že *„(d)le ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, pokud došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona k zahájení zadávání veřejných zakázek, zadávání rámcových smluv, soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele nebo řízení o správních deliktech před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí se taková zadávání, soutěže anebo řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Vzhledem k tomu, že pravomoc zadavatele vyloučit uchazeče pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 S., o zadávání veřejných zakázek, je dána až zákonem č. 134/2016 Sb., účinným od 01. 10. 2016 a vzhledem k tomu, že obě zadávací řízení na provedení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ byly zahájeny před 01. 10. 2016, a to konkrétně zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo zahájeno dne 23. 03. 2016 a zadávací*

*řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ bylo zahájeno dne 31. 03. 2016, a vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, kdy je nutné postupovat dle zák. č. 137/2006 Sb., je napadené rozhodnutí nezákonné, neboť pravomoc vyloučit stěžovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek není dána.“*

155. Úřad v návaznosti na tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, ve kterém je stanoveno: *„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.“* Z jazykového výkladu výše uvedeného ustanovení, tak vyplývá, že není směrodatné, za jaké účinnosti právní úpravy byla zahájena zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění mělo dojít k závažným pochybením. Jedinou časovou podmínkou vyplývající z daného ustanovení je, že se těchto závažných pochybení účastník zadávacího řízení musí dopustit v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, tedy zcela jasně bez ohledu na skutečnost, zda byla zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění došlo k závažným pochybením, zahájena na základě zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů či na základě zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů. Jedinou rozhodnou skutečností pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona je, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, v rámci kterého zadavatel vylučuje navrhovatele. V šetřeném případě je tedy směrodatné, kdy bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku „I/39 Volary – Chlum“, přičemž Úřad uvádí, že toto zadávací řízení bylo zahájeno dne 26. 2. 2018 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele pod systémovým číslem P18V00135557, tedy již v době, kdy byl účinný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a zadavatel byl tak oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
156. V daném případě není na místě ani navrhovatelův odkaz na ustanovení § 273 odst. 1 zákona, neboť již výše bylo deklarováno, že je relevantní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, ve kterém zadavatel vylučuje účastníka zadávacího řízení, a nikoliv okamžik zahájení zadávacích řízení, ve kterých došlo ze strany účastníka zadávacího řízení k závažným pochybením. V šetřeném případě bylo zadávací řízení, ve kterém vylučuje zadavatel navrhovatele zahájeno již za účinnosti zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a proto není možné v dané situaci aplikovat § 273 odst. 1 zákona.
157. Navrhovatel dále odkazuje na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž tvrdí, že plnění této veřejné zakázky mělo vliv na plnění smlouvy II. Navrhovatel tak uvádí, že *»měl rezervované kapacity k tomu, aby započal práce na obou dílech v dubnu 2017. Bohužel sám zadavatel nerespektoval své výše uvedené pokyny a staveniště předal stěžovateli v prvním případě o 4 měsíce později a ve druhém případě o dva měsíce později. Stěžovatel se přesto snažil své kapacity přeskupit tak, aby obě díla provedl v původně stanoveném termínu, ale vzhledem ke klimatickým podmínkám a vícepracím, jejichž potřeba vyšla najevo až při provádění díla, kdy zejména u zakázky „I/19 Jordán - MÚK s D3“ se jednalo o vadnou zadávací dokumentaci, při jejíž přípravě nedošlo ze strany zadavatele k řádné diagnostice*

*komunikace a vývrtům a až po započetí prací stěžovatel, že výkaz výměr neodpovídá zadávací dokumentaci a objem prací musel být navýšen o cca 30% (claimy stěžovatele ohledně víceprací – příloha č. 7), se mu to zcela nepodařilo.«*

158. Úřad k tomuto uvádí, že argumentace navrhovatele vztahující se k veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ je irelevantní, neboť zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodů závažných pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit v rámci plnění veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“. Dále Úřad pro úplnost uvádí, že situace, kdy se při plnění jiného navrhovatelova závazku vyskytnou potíže, nijak neodůvodňuje skutečnost, že v rámci smlouvy II neplnil navrhovatel včas. Je to právě navrhovatel, který musí znát své kapacity, a tomu tak přizpůsobit své závazky. Navíc pokud došlo k určitým nastalým situacím, které nemohl předem očekávat, mohl si nárokovat prodloužení lhůty pro dokončení díla, což ostatně učinil v případě plnění smlouvy II. Úřad však k tomu doplňuje, že ačkoliv si navrhovatel u zadavatele nárokoval prodloužení doby pro dokončení díla do 6. 11. 2017, tak ani v této dodatečné době pro dokončení, tedy ke dni 6. 11. 2017, stavbu nedokončil.
159. Navrhovatel rovněž tvrdí, že *„(j)e to zadavatel, který musí hodnověrně prokázat, že navrhovatele vyloučil oprávněně v důsledku naplnění podmínek uvedených v ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., a to na základě rozhodnutí soudu. V opačném případě by docházelo ke zneužití této pravomoci zadavatelem.“*
160. Úřad k tomuto nejprve uvádí, že z gramatického výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona rozhodně nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala i existenci rozhodnutí soudu popř. jiného orgánu, které by mělo potvrzovat, že se účastník zadávacího řízení skutečně 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 ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. O jakémkoliv rozhodnutí soudu či jiného orgánu zkrátka v daném ustanovení není ani zmínka. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel nemusí pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů disponovat soudním či jiným rozhodnutím v dané věci, zadavatel však musí patřičně odůvodnit, proč právě pochybení, za které vylučuje účastníka ze zadávacího řízení, splňují požadavky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by sebou fakticky přinesla nemožnost aplikace tohoto ustanovení, a nijak by tedy zákon nechránil toho zadavatele, pro něž je podstatné, zda dodavatel v předchozích smluvních vztazích realizoval plnění v rozsahu a kvalitě požadované v zadávací dokumentaci, popřípadě ve smlouvě o dílo. Úřad dále uvádí, že zatímco případný soud by rozhodoval např. o platnosti a neplatnosti jednání zadavatele, Úřad posuzuje pouze to, zda jednání zadavatele a dodavatele naplňuje důvody stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tj. pouze to, zda k takovému jednání došlo.
161. Pro podporu svého tvrzení Úřad odkazuje rovněž na komentářovou literaturu<sup>2</sup>, ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona mj. uvedeno: *„Podmínkou pro prokázání závažného*

<sup>2</sup> DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka,



*nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by závažné nebo dlouhodobé pochybení dodavatele deklarovalo.*“ Danou argumentaci navrhovatele je tak z výše uvedených důvodů třeba odmítnout.

162. Navrhovatel dále tvrdí, že *»(z)adavatel svá tvrzení o tom, že mu vznikla škoda, anebo že by uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty bylo po právu, nijak neprokazuje. O tom, zda mu skutečně škoda vznikla, anebo zda má právo na smluvní pokutu, rozhoduje až soud rozsudkem. Do té doby se jedná o subjektivní tvrzení zadavatele. Vzhledem k tomu, že i ve správním řízení je nutno vycházet ze zásad trestního řízení (např. in dubio pro reo, presumpce nevinny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako ne „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.«*
163. Úřad k danému konstatuje, že zadávání veřejné zakázky není proces učiněný ve správním řízení, ale řídí se zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tzn., že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu „in dubio pro reo“ a presumpce nevinny, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona.
164. Navrhovatel rovněž v návrhu tvrdí, že *»(o)bě údajná vážná pochybení postrádají onu „dlouhodobost“, kdy se jednalo o dobu na přelomu roku 2017 a 2018 a vzhledem k předchozím úspěšně dokončeným veřejným zakázkám pro zadavatele se jednalo o ojedinělá pochybení, za které ještě stěžovatel neodpovídal. Škoda zadavateli nevznikla.«* Dále navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 20. 11. 2018 tvrdil, že přípisy (referenční list na veřejnou zakázku „I/19 Březnice průtah“ ze dne 20. 8. 2018, referenční list na veřejnou zakázku „R4 oprava zpevněných krajnic“ ze dne 10. 10. 2018 a předávací protokol na veřejnou zakázku „I/3 Dolní Dvořiště – státní hranice“), které přiložil k předmětnému vyjádření, dokládají tu skutečnost, že práce pro zadavatele z jeho strany nebyly nekvalitní, ba právě naopak, a rovněž dokládají, že se nejednalo o „dlouhodobý problém“.
165. Úřad ve vztahu k tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kde je uvedeno: *„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.“* K podmínce, že se účastník zadávacího řízení dopustil „závažných nebo dlouhodobých pochybení“, Úřad uvádí, že spojka „nebo“ v citovaném ustanovení zákona vyjadřuje volbu mezi dvěma eventualitami, které jsou v tomto případě zaměnitelné a je jedno, která z nich bude platit, musí však být naplněna alespoň jedna z nich. Zadavatel tedy pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí prokázat, že se jednalo buď o závažná, nebo o dlouhodobá pochybení, přičemž v daném případě, jak Úřad vyvodil výše, zadavatel prokázal a odůvodnil, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I a Smlouvy II dopustil závažných pochybení. Úřad dále dodává, že není relevantní, zda se jednalo o ojedinělá

pochybení či zda předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele plnil, byly údajně úspěšně dokončeny, tedy práce pro zadavatele ze strany navrhovatele údajně nebyly nekvalitní, a že se nemělo dle navrhovatele jednat o „dlouhodobý problém“, jelikož pro posouzení, zda v daném případě došlo k vyloučení navrhovatele na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, je relevantní pouze skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení, mezi které mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení.

166. Navrhovatel ve vyjádření ze dne 21. 3. 2019 odkazoval na bod 40. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0220/2018/VZ-07050/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019, ve kterém je podle navrhovatele uvedeno: „Z odůvodnění zadavatele je především patrné, že jsou pro něj otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, přičemž doposud nebyly vyřešeny způsobem přijatelným pro obě strany.“ Navrhovatel tak ve vztahu k výše uvedenému tvrdí, že vzhledem k tomu, že jsou pro zadavatele otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, nemohlo se jednat o závažná pochybení, jak tvrdí zadavatel.
167. Úřad k tvrzení navrhovatele uvádí, že druhostupňové rozhodnutí se týká postupu pro vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona, především pak vyřízení dílčích námitek navrhovatele vztahujících se k navrhovatelem tvrzené skutečnosti, že zadavateli nevznikla škoda, ale sleva z ceny díla, a v případě, že je tedy v druhostupňovém rozhodnutí uvedeno, že jsou pro zadavatele otázky ohledně následků pochybení navrhovatele nepodstatné, tak v kontextu odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, je tímto tvrzením myšleno, že zadavatel za nepodstatné považuje právě otázky ohledně následků, které tvrdí navrhovatel, tedy, že zadavateli nevznikla škoda, ale sleva z ceny díla. Jak totiž vyplývá z rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách, zadavatel nikde netvrdil, že by mu jako následek pochybení navrhovatele vznikla škoda/y, tuto skutečnost tvrdí pouze navrhovatel, a dle rozhodnutí o námitkách, tak zadavatel tuto navrhovatelem tvrzenou skutečnost vnímá jako nepodstatnou. Navrhovatel tedy v tomto případě zjevně „vytrhl“ danou větu z kontextu celého odůvodnění druhostupňového rozhodnutí. S ohledem na vše právě uvedené tak Úřad nemůže přisvědčit ani této argumentaci navrhovatele.
168. Navrhovatel pak ve vyjádření ze dne 23. 4. 2019 uvedl: „Vážení, v reakci na usnesení Úřadu ze dne 12. 04. 2019, č. j. ÚOHS-S0397/2018/VZ-10468/2019/512/TDv si v příloze dovolujeme poslat kopii interního pokynu zadavatele, který získal navrhovatel až dnes, ze kterého vyplývá, že zadavatel má povinnost vyloučit navrhovatele pouze v případě, že jeho nabídka bude nejnižší, což je dle názoru navrhovatele v rozporu s ust. § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek.“
169. Úřad předně k tvrzení navrhovatele uvádí, že z rozhodnutí o vyloučení jasně vyplývá, že zadavatel navrhovatele vylučuje ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž zároveň v předcházejících bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad shledal, že zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, přičemž navrhovatelem přiložená fotokopie zřejmě interního pokynu zadavatele zjevně tyto skutečnosti nikterak nezpochybňuje ani nevyvrací. Nad to Úřad uvádí, že navrhovatel zaslal Úřadu pouze fotokopii předmětného dokumentu, a ještě k tomu fotokopii dokumentu, jehož

adresátem nebyl navrhovatel (jedná se zřejmě o interní dokument zadavatele), což vyvolává důvodné pochybnosti o pravosti daného dokumentu. S ohledem na uvedené tak Úřad nemůže přisvědčit ani tomuto tvrzení navrhovatele.

K rozhodnutí o vyloučení

170. Dále navrhovatel tvrdí, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a je tak nepřezkoumatelné.
171. Úřad k tvrzení navrhovatele uvádí, že navrhovatel neodkazuje na konkrétní části rozhodnutí o vyloučení, u kterých se domnívá, že je rozhodnutí o vyloučení nepřezkoumatelné, pouze obecně konstatuje, že „*zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí neurčitě*“, ale nikterak neurčitost důvodů nespecifikuje. Nicméně Úřad i v rámci posouzení, zda zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně prokázal a odůvodnil naplnění veškerých zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5. písm. d) zákona, přezkoumal rozhodnutí o vyloučení a dospěl k závěru, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil podrobně, srozumitelně a určitě, čímž tedy dodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 6 odst. 1 zákona.
172. Úřad na tomto místě konstatuje, že na základě výše uvedených skutečností byl v šetřeném případě navrhovatel zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení.
173. S ohledem na veškeré výše uvedené skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele dopustil porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

### Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice

### Vypraveno dne:

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