



UOHSX00D56MK

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0234/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-08586/2020/323/MPe

Brno 16. března 2020

V řízení o rozkladu ze dne 27. 12. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ROBSTAV k.s.**, IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18. 9. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova tř. 16/13, 37001 České Budějovice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. 12. 2019 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje**, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**II/272 Starý Vestec, přeložka silnice**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 4. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-192950,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. 12. 2019

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 14. 10. 2019 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18. 9. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, členem sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova tř. 16/13, 37001 České Budějovice, (dále jako „**navrhovatel**“ nebo „**účastník**“) z téhož dne na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/272 Starý Vestec, přeložka silnice“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 23. 4. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2019 pod ev. č. Z2019-013245 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 4. 2019 pod ev. č. 2019/S 081-192950, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem 14. 10. 2019, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 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.
3. Navrhovatel v návrhu namítal, že byl ze zadávacího řízení vyloučen v rozporu se zákonem, neboť nebyly naplněny podmínky stanovené v § 48 odst. 5 zákona. Důvodem pro vyloučení byla pochybení, kterých se dopustil při plnění jiné veřejné zakázky u jiného veřejného zadavatele. Přihlédnutí k těmto dřívějším pochybením považoval navrhovatel za nezákonné,

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení výběrového řízení na veřejnou zakázku.

neboť jednáním z minulosti tak byly přiznány nové následky. Vyloučení je dle něj nepřipustně retroaktivní.

4. Dále v návrhu navrhovatel vyjádřil přesvědčení, že jím přijatá nápravná opatření ve smyslu § 76 odst. 1 a 2 zákona byla zcela dostatečná pro obnovení jeho způsobilosti v zadávacím řízení. Zadavatel ovšem přijatá opatření dle navrhovatele nedostatečně posoudil, neboť k nim v rozhodnutí o námitkách pouze vágně konstatoval, že vzhledem k pochybením se jeví jako nedostatečná. Zároveň k tomu dodal, že doposud nebylo postaveno najisto, k jakým pochybením skutečně došlo a jakého jsou charakteru. Zadavatel jej proto nebyl oprávněn vyloučit z účasti v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky, navíc na základě negativní zkušenosti jiného veřejného zadavatele. Zadavatel dle navrhovatele také porušil svoji povinnost, když se sám v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele nezabýval otázkou závažného či dlouhodobého porušení povinností a pro své závěry vycházel pouze z rozhodnutí Úřadu týkajících se předmětných pochybení při plnění veřejné zakázky u jiného veřejného zadavatele. Zadavatel měl přitom jednotlivá pochybení spáchaná v minulosti posoudit sám a z těchto závěrů vycházet.
5. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené v návrhu navrhoval, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele, kterým byl ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku vyloučen.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 12. 12. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl tak, že se návrh navrhovatele na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
8. Své rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že neshledal postup zadavatele za rozporný se zákonem, neboť zjistil, že byly naplněny podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Úřad dále považoval vypořádání zadavatele s přijatými nápravnými opatřeními navrhovatele v rozhodnutí o námitkách za dostatečné, náležitě odůvodněné a srozumitelné. Z důvodu neprokázání navrhovatelem namítaných pochybení zadavatele proto Úřad přistoupil k zamítnutí návrhu na zahájení správního řízení, kterým se navrhovatel domáhal zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení.

III. Rozklad navrhovatele

9. Dne 27. 12. 2019 podal navrhovatel k předsedovi Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí, které mu bylo doručeno dne 12. 12. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

10. Navrhovatel v rozkladu předně namítá, že byl vyloučen ze zadávacího řízení v rozporu se zákonem, neboť nebyly naplněny podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Z rozkladu vyplývá tvrzení, že pokud zadavatel zohlednil pochybení, ke kterým došlo ještě před účinností ZZVZ, umožnil tak retroaktivní působení zákona, kdy jednáním z minulosti přisoudil

nové následky, což navrhovatel považuje za nepřijatelné. Navrhovatel k tomuto dodává, že mezi stranami navíc nebylo doposud postaveno najisto, že k nějakým pochybením vůbec došlo. Navrhovatel v rozkladu také zpochybňuje zohlednění negativní zkušenosti úplně jiného veřejného zadavatele při posuzování splnění podmínek pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. V rozkladu je zadavateli rovněž vytýkáno nedostatečné posouzení přijatých nápravných opatření, zejména způsob jejich hodnocení. Dle navrhovatele je nezbytné posuzovat přijatá opatření i v jejich souhrnu, nikoliv pouze jednotlivě.

11. Navrhovatel vytýká rovněž Úřadu, že ve svém rozhodnutí pouze přebírá názory zadavatele, aniž by k projednávané věci zaujal vlastní stanovisko či své právní závěry více odůvodnil. Stejně tak nepovažuje navrhovatel za správné, že Úřad při posuzování věci vycházel ze svých dřívějších rozhodnutí. Úřad shodně se zadavatelem také pochybil, když neposoudil přijatá nápravná opatření v jejich souhrnu, což považuje navrhovatel za povrchní a tendenční. Úřad se dle navrhovatele rovněž nevypořádal se všemi námitkami uvedenými v návrhu, zejména se vůbec nevypořádal s otázkou retroaktivního působení zákona, čímž založil nepřezkoumatelnost svého rozhodnutí.
12. Napadené rozhodnutí s ohledem na výše uvedené považuje navrhovatel za nesprávné a nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

14. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu uvádí, že se k přijatým opatřením navrhovatele detailně vyjádřil, stejně tak sdělil, z jakého důvodu nepovažoval přijatá nápravná opatření za dostatečná. Nesouhlasí proto s tvrzením navrhovatele, že by nedostatečně posoudil přijatá opatření nebo že by při svém postupu pochybil.
15. K otázce vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zadavatel uvádí, že postupoval zcela v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) zákona, když zohlednil závažná pochybení navrhovatele při plnění veřejné zakázky jiného veřejného zadavatele, přičemž k takovým pochybením došlo v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení na tuto veřejnou zakázku. Princip, který dovozuje navrhovatel ohledně nutnosti primárně vycházet z vlastních zkušeností, shledává zadavatel za rozporný s předmětným ustanovením zákona. Podstatné totiž dle zadavatele je významné riziko opakovaného nekvalitního plnění, bez ohledu na to, jestli bylo při pochybeních plněno zadavateli nebo jinému veřejnému zadavateli. Zadavatel navíc pokládá požadavek opakovaného prokázání závažnosti pochybení, ke kterým došlo při plnění jinému veřejnému zadavateli, za zcela nepřiměřený.
16. Zadavatel s ohledem na výše uvedené proto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

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

VI. K námitkám rozkladu

20. Navrhovatel rozkladem namítá, že byl vyloučen z účasti v zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky v rozporu se zákonem.
21. Zadavateli je v rozkladu vytýkáno nedostatečné posouzení přijatých nápravných opatření, kterými navrhovatel zamýšlel obnovit svoji způsobilost k účasti v zadávacím řízení.
22. Navrhovatel shledává rozhodnutí Úřadu nesprávným a zároveň nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů, neboť se dle něj Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí nevyjádřil ke všem námitkám uvedeným v návrhu. Nesprávnost svého rozhodnutí Úřad založil rovněž tím, že při tvorbě právních závěrů vycházel pouze z názoru zadavatele a ze závěrů svých předchozích souvisejících rozhodnutí, aniž by k věci přijal vlastní stanovisko.

Relevantní ustanovení právních předpisů

23. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
24. 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.
25. Podle § 76 odst. 1 zákona může účastník prokázat, že i přes nesplnění základní způsobilosti podle § 74 nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. To neplatí po dobu, na kterou byl účastník zadávacího řízení pravomocně odsouzen k zákazu plnění veřejných zakázek nebo účasti v koncesním řízení.

26. Podle § 76 odst. 3 zákona zadavatel posoudí, zda přijatá nápravná opatření účastníka zadávacího řízení považuje za dostatečná k obnovení způsobilosti dodavatele s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti trestného činu nebo jiného pochybení.

K otázce vyloučení ze zadávacího řízení

27. Institut vyloučení ze zadávacího řízení je převážně upraven v § 48 zákona. Předmětné ustanovení v sobě obsahuje většinu zákonných důvodů pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, přičemž na základě některých důvodů je zadavatel oprávněn účastníka vyloučit a v případě některých důvodů je vyloučení naopak obligatorní. Jedním z důvodů, pro který zadavatel může účastníka zadávacího řízení vyloučit, je jeho nezpůsobilost pro plnění veřejné zakázky.
28. Pro zjištěnou nezpůsobilost účastníka jej může zadavatel vyloučit při naplnění podmínek vymezených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Dle předmětného ustanovení je nezbytné naplnit celkem pět zákonných podmínek. Konkrétní dodavatel, který má být vyloučen se tedy musel v minulosti dopustit pochybení, která lze považovat za závažná nebo dlouhodobá, přičemž těchto pochybení se dopustil v dřívějším smluvním vztahu s dotčeným zadavatelem nebo jiným veřejným zadavatelem. K těmto pochybením pak muselo dojít v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení a současně musí být tato pochybení v příčinné souvislosti se zákonem předvídaným následkem spočívajícím buďto ve vzniku škody, předčasném ukončení smluvního vztahu či v uložení jiné srovnatelné sankce.
29. Předmětné ustanovení zákona s ohledem na svoji fakultativnost dává zadavateli pouze možnost vyloučit nezpůsobilého uchazeče o veřejnou zakázku. Je tedy na uvážení konkrétního zadavatele, zda za předpokladu splnění výše uvedených podmínek uchazeče ze zadávacího řízení vyloučí. K vyloučení naopak nemusí vůbec dojít, pokud zadavatel shledá, že způsobilost plnit veřejnou zakázku těmito pochybeními narušena není.
30. Zadavatel je ovšem povinen, v případě, že dospěje k závěru o nezpůsobilosti konkrétního účastníka, tuto nezpůsobilost prokázat. Primárně tak musí svá tvrzení uvést již v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení a opřít je o relevantní důkazní prostředky tak, aby rozhodnutí o vyloučení bylo pro případ vedení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zpětně přezkoumatelné.
31. V projednávaném případě zadavatel rozhodl o vyloučení v rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 4. 9. 2019 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“), ve kterém vyloučení navrhovatele odůvodnil tím, že se navrhovatel dopustil závažného pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů s jiným veřejným zadavatelem, a to Ředitelstvím silnic a dálnic ČR, se sídlem na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – Nusle, (dále jen „**jiný veřejný zadavatel**“). Těchto závažných pochybení se navrhovatel dopustil v prvním případě při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. Okr. JH“, (dále jen „**Smlouva I**“) a v druhém případě při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s názvem „I/19 Plíškovice – Mirovice“, (dále jen „**Smlouva II**“).
32. Závažným pochybením při plnění Smlouvy I bylo zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto požadovaného SMA 8, přičemž

tak navrhovatel učinil v rozporu s požadavky na plnění vymezenými ve Smlouvě I a zároveň bez vědomí jiného veřejného zadavatele. Další závažné pochybení, jež jiný veřejný zadavatel zjistil, spočívalo v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. V důsledku těchto pochybení pak požadované plnění nebylo v souladu s normou ČSN 73 6121.

33. Při plnění Smlouvy II došlo k závažnému pochybení, které spočívalo v prodlení se zhotovením objednaného plnění. Datum dokončení díla bylo smluvně stanoveno na den 31. 10. 2017, přičemž na žádost účastníka došlo k prodloužení stanovené doby pro dokončení díla o celkem 6 dní. Celé dílo (I. – IV. etapa) mělo být ovšem dokončeno v době, kdy jeho dokončení nebránily klimatické podmínky. Účastník ovšem i přes prodloužení doby plnění nedokončil objednané dílo v souladu se stanoveným harmonogramem práce.
34. Výše uvedená pochybení byla dle jiného veřejného zadavatele shledána jako závažná, odůvodňující vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na plnění ze Smlouvy I a II. V důsledku zjevné nezpůsobilosti proto přistoupil k vyloučení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad následně na návrh navrhovatele posoudil souladnost postupu jiného veřejného zadavatele se zákonem v otázce jeho vyloučení, přičemž Úřad i jeho předseda došli k závěru, že jiný veřejný zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek pro navrhovatelovo vyloučení, tedy i samotnou závažnost konstatovaných pochybení. Úřad proto rozhodl o souladnosti postupu jiného veřejného zadavatele, jak je patrné z předmětných prvostupňových rozhodnutí Úřadu, jež následně potvrdil v řízení o rozkladech směřujících proti nim předseda Úřadu. Konkrétně se jednalo o rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBR ze dne 26. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0088/2019/VZ-19698/2019/323/MBR ze dne 18. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 7. 2019 a č. j. ÚOHS-R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBR ze dne 26. 7. 2019 a jím předcházející prvostupňová rozhodnutí Úřadu (dále také jen „**související rozhodnutí**“).
35. S ohledem na výše uvedená pochybení, o kterých se zadavatel při zjišťování způsobilosti navrhovatele dozvěděl od jiného veřejného zadavatele a se zřetelem ke skutkovým zjištěním a právnímu zhodnocení postupu jiného veřejného zadavatele Úřadem v souvisejících rozhodnutích, dospěl zadavatel k závěru o nezpůsobilosti navrhovatele jakožto účastníka zadávacího řízení. Zadavatel proto v rozhodnutí o vyloučení konstatoval nezpůsobilost navrhovatele a vyloučil jej tímto rozhodnutím z účasti na zadávacím řízení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
36. Navrhovatel v rozkladu směřovanému proti napadenému rozhodnutí v této věci předně namítá, že k výše uvedeným pochybením při plnění Smlouvy I a Smlouvy II dle jeho názoru nedošlo, navíc dodává, že doposud nebylo mezi ním a jiným veřejným zadavatelem postaveno najisto, že k předmětným pochybením skutečně došlo. Pochybení totiž nebyla deklarována soudem. Dle navrhovatele rovněž nelze při posouzení naplnění podmínky závažného pochybení vycházet pouze z dřívějších pravomocných rozhodnutí Úřadu. Zadavatel i Úřad by měli dle navrhovatele při posouzení této otázky zjistit zcela nezávisle na souvisejících rozhodnutích Úřadu, zda k pochybením, o která se rozhodnutí o vyloučení navrhovatele opírá, skutečně došlo, zaujmout tak k věci vlastní stanovisko a předmětná pochybení prokázat. Navrhovatel je tedy přesvědčen, že nebyly naplněny podmínky pro jeho vyloučení.

37. Při posouzení věci jsem se zabýval otázkou naplnění všech zákonných podmínek pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, přičemž jsem mj. zohlednil výše uvedená pravomocná rozhodnutí předsedy Úřadu a jim předcházející prvostupňová rozhodnutí, která shledala postup jiného veřejného zadavatele při vyloučení navrhovatele z dřívějších zadávacích řízení pro tato pochybení za souladný se zákonným ustanovením. Shodně jsem pak vycházel ze zhodnocení způsobilosti navrhovatele samotným zadavatelem v projednávaném případě. Zejména jsem přihlédl ke zjištěnému stupni závažnosti daných pochybení, a také k prokázané existenci příčinné souvislosti mezi pochybeními a zákonem předvídanými následky spočívajícími v uložení smluvní pokuty a předčasném ukončení smluvního vztahu.
38. Úřad a předseda Úřadu se v souvisejících rozhodnutích vypořádávali s obdobnými argumenty, které má navrhovatel i nyní, proto je možné z těchto rozhodnutí částečně vycházet. Neznamená to ovšem, že by Úřad nepřijal k dané věci své vlastní stanovisko, nýbrž v této věci vycházel se souvisejících rozhodnutí, a to primárně pro posouzení závažnosti konstatovaných pochybení. Vzhledem k předmětu tohoto řízení se navíc jeví zcela nelogické posuzovat konkrétní pochybení znovu, obzvláště pokud Úřad na svých závěrech učiněných v souvisejících rozhodnutích trvá. Závěry Úřadu a jeho předsedy v souvisejících rozhodnutích je nezbytné v souladu se zásadou presumpce správnosti správních aktů považovat za správná, navíc jsou zákonem aprobovaným podkladem pro rozhodnutí ve smyslu § 50 odst. 1 SŘ, tedy jedná se o *skutečnosti známé správnímu orgánu z úřední činnosti*.
39. Pokud tedy bylo souvisejícími rozhodnutími postaveno najisto, že jiný veřejný zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele v souladu se zákonem, je možné pro posouzení věci nyní projednávané vycházet minimálně ze skutkových zjištění Úřadu v těchto rozhodnutích. Zadavatel proto zcela správně vycházel ze souvisejících rozhodnutí, přičemž s ohledem na skutkový stav ani neměl jinou možnost, než z těchto rozhodnutí vycházet. Nelze navíc přisvědčit tvrzení navrhovatele, že doposud nebylo postaveno najisto, zda k pochybením došlo. Jiný zadavatel prokázal, že se tak stalo a správnost při jeho postupu Úřad pravomocnými rozhodnutími aproboval. S ohledem na zásadu presumpce správních aktů je, jak uvádím výše, nezbytné považovat závěry souvisejících rozhodnutí za správná a právně závazná. Z důvodové zprávy k zákonu, konkrétně k § 48, jež upravuje institut vyloučení ze zadávacího řízení, navíc plyne, že: „*není však nezbytné, aby bylo vydáno soudní rozhodnutí, které by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení*“. Pokud by se totiž čekalo až na rozhodnutí soudu, pak by předmětné ustanovení bylo zcela neaplikovatelné, neboť je možnost jeho užití časově omezena, a to dobou tří let. Na základě výše uvedeného proto nelze přisvědčit námitce navrhovatele o nesprávném postupu zadavatele a Úřadu, pokud jako podklad pro svá rozhodnutí vycházeli z dřívějších rozhodnutí, jejichž obsah byl navíc navrhovateli dobře znám. Konstatování závažnosti pochybení a následné vyloučení ze zadávacího řízení je navíc vždy v rukou konkrétního zadavatele, jak ostatně vyplývá i z rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 6. 2019 ve věci C-41/18 v řízení Meca Srl proti Comune di Napoli, kde je v bodě 28 uvedeno, že je to vždy zadavatel, kdo rozhoduje o tom, zda by měl být konkrétní hospodářský subjekt, přesněji dodavatel, vyloučen ze zadávacího řízení. Úřadu tedy nepřísluší hodnotit, zda měl být konkrétní dodavatel vyloučen, přezkoumává pouze postup zadavatele při tomto vyloučení a naplnění podmínek dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

40. Nad rámec uvádím, že se k výše uvedené problematice vyjádřil již Úřad v napadeném rozhodnutí, kdy konkrétně v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že: „*zadavatel zcela legitimně považoval naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona (vyjma naplnění té podmínky, že se navrhovatel uvedených pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení) na základě předchozích pravomocných rozhodnutí Úřadu (S0397/2018/VZ, S0389/2018/VZ, S0077/2019/VZ, S0115/2019/VZ), která byla potvrzena rozhodnutími předsedy Úřadu, za prokázané. Úřad dodává, že za situace, kdy je o závažnosti či dlouhodobosti pochybení dodavatele pravomocně rozhodnuto ve správním řízení a zadavatel z takového rozhodnutí vychází, již není třeba, aby v rozhodnutí o vyloučení, opisoval kompletní odůvodnění takového rozhodnutí, pokud na příslušné rozhodnutí Úřadu přímo odkáže. Nedochozí tím ani k jakékoli újmě na právech navrhovatele, neboť ten je – coby účastník všech relevantních správních řízení – se závěry předmětných rozhodnutí rovněž velmi dobře obeznámen.*“
41. Pokud se navrhovatel domnívá, že zadavatel neměl při rozhodování o jeho vyloučení vycházet ze zkušeností jiného veřejného zadavatele, nýbrž měl primárně zohledňovat vlastní zkušenosti s plněním navrhovatele, nelze tomuto tvrzení přisvědčit. Postoj navrhovatele k řešené situaci je zcela nesprávný a v rozporu se zákonným ustanovením, jež výslovně připouští možnost zohlednit pochybení při plnění jiné veřejné zakázky u jiného veřejného zadavatele. Musí se ovšem jednat o pochybení u jiného veřejného zadavatele, který je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 zákona a k pochybení muselo dojít v rámci posledních tří let od zahájení šetřeného zadávacího řízení. Obě tato kritéria v daném případě byla splněna.
42. K otázce vzniku zákonem předvídaného následku v příčinné souvislosti s tvrzenými pochybeními plně odkazují na bod 61 odůvodnění napadeného rozhodnutí, který pojímá část odůvodnění souvisejícího rozhodnutí vydaného pod sp. zn. ÚOHS-S0397/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy vydaného v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-R0094/2019/VZ. V tomto bodě odůvodnění napadeného rozhodnutí je naplnění této zákonné podmínky pro vyloučení navrhovatele odůvodněno. Otázkou, zda se navrhovatel pochybení dopustil v posledních třech letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení, se zabýval již Úřad, a to konkrétně v bodě 79 odůvodnění napadeného rozhodnutí, proto na něj rovněž odkazují. I tyto dvě podmínky pro vyloučení ze zadávacího řízení lze tedy mít za splněné. Na základě všeho výše uvedeného je zřejmé, že byly naplněny všechny podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a proto se nelze s námitkou navrhovatele ztotožnit.
43. Vzhledem k tomu, že je vyloučení účastníka dle předmětného ustanovení zákona pouze fakultativní, bylo zcela na uvážení zadavatele, zda navrhovatele vyloučí. Pokud tedy zadavatel zhodnotil, že možná rizika špatného plnění veřejné zakázky jsou s ohledem na dřívější pochybení učiněná při plnění jiné, byť obdobné, veřejné zakázky příliš velká, je zcela v souladu se zákonem, když navrhovatele vyloučil. Rozhodnutí o vyloučení ovšem musí být řádně odůvodněné. Zadavatel má tedy v souvislosti s vyloučením povinnost prokázat naplnění podmínek dle daného ustanovení zákona, proto je nezbytné v této věci také posoudit, zda zadavatel v rozhodnutí o vyloučení dostatečně popsal naplnění těchto podmínek, čili zda zadavatel sdělil navrhovateli, na základě jakých skutečností jej shledal nezpůsobilým pro plnění předmětné veřejné zakázky.

44. Z rozhodnutí o vyloučení tedy plyne, že zadavatel považoval navrhovatele za nezpůsobilého, a proto jej dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona vyloučil. V souladu s již výše uvedenou evropskou judikaturou je nezbytné mít na paměti, že je to vždy zadavatel, který pochybení konstatuje, stejně tak posuzuje, zda je pro něj konkrétní uchazeč způsobilý.
45. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel prvně uvedl, na základě jakých skutečností přistoupil k vyloučení navrhovatele, a následně tyto skutečnosti rozebral. Uvedl rovněž, z jakého důvodu shledal pochybení navrhovatele při plnění veřejných zakázek u jiného veřejného zadavatele za závažná, stejně tak našel příčinnou souvislost mezi zákonem předvídanými následky a zjištěnými pochybeními. V případě plnění Smlouvy I tak došlo ze strany jiného veřejného zadavatele k uložení smluvní pokuty za dané pochybení při plnění smlouvy. U Smlouvy II pak bylo předmětné pochybení v příčinné souvislosti s následkem spočívajícím v odstoupení od smlouvy, tedy v předčasném ukončení smlouvy. Zadavatel tedy tím, že odůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele tak, jak učinil, dostal své povinnosti prokázání nezpůsobilosti navrhovatele, a tedy i naplnění důvodu pro jeho vyloučení.
46. Navrhovatel dále v rozkladu namítá k otázce nezákonného vyloučení ze zadávacího řízení, že při posouzení naplnění důvodů pro vyloučení nelze zohledňovat pochybení, kterých se navrhovatel dopustil v minulosti, neboť by tím bylo připuštěno retroaktivní působení zákona. Shodně v rozkladu navrhovatel vytýká i samotnému Úřadu, že se vůbec nezabýval možným retroaktivním působením § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívajícím v tom, že konstatovaná pochybení, ke kterým došlo při plnění jiné veřejné zakázky u jiného veřejného zadavatele v minulosti, mohou nyní vyvolávat právní následky.
47. Nelze rovněž přisvědčit tvrzení navrhovatele, že se Úřad nevypořádal s otázkou retroaktivního působení zákona, neboť Úřad v případě této dílčí námítky odkázal na její vypořádání v souvisejících rozhodnutích. Vypořádání tímto způsobem je sice stručné, ale neznamená to, že by se Úřad touto námitkou vůbec nezabýval. Navíc dle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 3. 2014, č. j. 6 As 60/2013 – 33 je dáno, že prvostupňové a druhostupňové řízení tvoří jeden celek a předseda Úřadu tak může v doposud nepravomocném rozhodnutí Úřadu napravit některá pochybení, či nedostatečné vypořádání některé z dílčích námítek. Úřad navíc není povinen vypořádat každou jednotlivou námitku navrhovatele zvlášť, pokud ji vypořádá v celkovém kontextu rozhodnutí.
48. S odkazem na zmiňovaný rozsudek doplňuji argumentaci Úřadu a k této věci uvádím, že pokud Úřad v předmětné věci odkázal na vypořádání této dílčí námítky v souvisejících rozhodnutích, pak jednal zcela v souladu se zákonem, neboť všechna rozhodnutí jsou navrhovateli známa a jeho námítky jsou tytéž. Obdobným způsobem postupují i soudy, kdy na již vypořádané námítky v jiných rozhodnutích odkazují. Dle rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 16. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe je tato námitka komplexně vypořádána v bodě 79 odůvodnění tak, že: „*K námitce retroaktivity aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona i na pochybení vzniklá při plnění ze smluv na veřejné zakázky podle předchozích právních předpisů uvádí předseda, že se zcela ztotožňuje s Úřadem v tom, že toto ustanovení se pochybení při plnění veřejných zakázek podle předchozích právních předpisů dotýká. O retroaktivní aplikaci právního předpisu by se jednalo tehdy, pokud by předpis upravoval práva a povinnosti v právních vztazích vzniklých před jeho vyhlášením. Otázka retroaktivity tedy souvisí s tím, na které právní vztahy aplikovaná norma dopadá. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona však ve zdejší případě podle § 273 odst. 1*

zákona nedopadá na zadávací řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), neboť ta mají být dokončena podle ZVZ. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) Úřad ve zdejším případě aplikoval na zadávací řízení zahájené podle zákona. O jakékoliv zpětné účinnosti aplikovaného práva tedy ve zdejším případě nelze hovořit.“ S těmito závěry je Úřad i jeho předseda stále v souladu, neboť k retroaktivitě v daném případě shodně s případy projednávanými v souvisejících rozhodnutích nedochází. Úřad navíc tuto námitku zmínil i v bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a proto nelze hovořit o nevypořádání této dílčí námitky. Postup Úřadu je tedy nezbytné považovat za správný, pokud se se zřetelem k výše uvedenému již dále nezabýval otázkou retroaktivního působení zákona ve smyslu, jak jej chápe navrhovatel. K otázce tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí v souvislosti s nevypořádáním této dílčí námitky dále v bodech 63 – 65 odůvodnění.

49. Odhlédneme-li od skutečnosti, že navrhovatel svým tvrzením v podstatě zjištěná pochybení při plnění jiných veřejných zakázek jinému veřejnému zadavateli přiznal, nelze samotnému tvrzení o retroaktivním působení předmětného ustanovení přisvědčit. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona zakotvuje podmínku časového omezení, v němž k danému pochybení musí dojít. Ze zákonného ustanovení plyne, že se závažných nebo dlouhodobých pochybení musí účastník dopustit v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení. Judikatura Soudního dvora je ovšem v této věci mnohem přísnější, neboť v rozsudku ze dne 24. 10. 2018 ve věci C-124/17 v řízení Vossloh Laeis GmbH proti Stadtwerke München GmbH uvádí v bodě 41 odůvodnění, že: *„doba vyloučení musí být proto počítána nikoli od účasti na kartelové dohodě, ale ode dne, kdy příslušný orgán zjistil, že jednání bylo protiprávní“*. Byť se tato teze vztahuje spíše k § 48 odst. 6 zákona, je možné ji analogicky vztáhnout i na v tomto případě použitý fakultativní důvod pro vyloučení vymezený pod § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
50. Je-li tedy v zákoně přímo zakotveno, že lze zohlednit určitá pochybení, pak je zcela nedůvodná námitka navrhovatele o retroaktivním působení zákona. Na základě zákona totiž nedochází k působení na veřejné zakázky, v nichž k pochybením došlo, tedy zpětně. Zadavatel a následně i Úřad pouze k zjištěným závažným pochybením pro potřeby posouzení naplnění důvodu pro vyloučení navrhovatele přihlídl. Pokud tedy zadavatel i Úřad přihlídl k pochybením, ke kterým došlo v posledních třech letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení, pak se jedná o postup zákonem aprobovaný a logicky s ním proto nemůže být v rozporu.
51. V nyní projednávaném případě tedy zadavatel posoudil způsobilost a předchozí plnění navrhovatele pro potřeby posouzení možného rizika při uzavření smlouvy na plnění právě s tímto konkrétním uchazečem. Jakákoliv dřívější zkušenost, ačkoliv jiného veřejného zadavatele, totiž může hrát významnou roli při zvolení správného uchazeče s bezproblémovým plněním, neboť dřívější plnění jsou jistým ukazatelem spolehlivosti a řádného plnění v souladu s ujednáním mezi stranami. Pojistkou, která předchází možnému zneužití předmětného ustanovení o vyloučení pro nezpůsobilost, je právě existence dalších poměrně striktních podmínek, které musí být spolu s dřívějšími pochybeními závažného nebo dlouhodobého charakteru kumulativně naplněny. Ani této dílčí námitce proto nelze přisvědčit. Námitka nezákonnosti vyloučení ze zadávacího řízení pro nesplnění podmínek je tedy nedůvodná.

52. K otázce vyloučení považuji za nezbytné opakovaně zdůraznit, že je to právě zadavatel, kdo rozhoduje o tom, zda bude konkrétní uchazeč ze zadávacího řízení vyloučen, neboť je to právě zadavatel, kdo shledává tohoto uchazeče nezpůsobilým, nikoliv Úřad či jeho předseda.

Ke konstatování závažnosti pochybení

53. Považuji za vhodné, s ohledem na námitky uplatňované navrhovatelem, se na tomto místě vyjádřit také k samotným pochybením, přičemž zároveň plně odkazuji na svá dřívější související rozhodnutí ve věci posouzení pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy I a Smlouvy II a dodávám následující.
54. Jestliže si jiný veřejný zadavatel spolu s navrhovatelem ve Smlouvě I stanovili, že má být zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 8, je nezbytné na tomto požadavku trvat, nedohodnou-li se strany smlouvy jinak. Jiný veřejný zadavatel totiž zcela logicky s ujednaným plněním určité kvality počítal. Není přípustné proto zaměnit materiál, ze kterého má být předmět plnění zhotoven. Na zadávání veřejných zakázek i na samotné zadávací řízení jsou kladeny přísné podmínky, je-li proto v zadávacích podmínkách stanoven určitý materiál, jenž musí být pro ujednané dílo použit, nelze jej následně, ani po dohodě, zaměňovat za jiný, pokud pro to nejsou splněny podmínky zákona. Pokud se navrhovatel odvolává na posudek soudního znalce doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc., pak musím konstatovat, že je s ohledem na výše uvedené zcela irelevantní zda má zaměněný materiál lepší vlastnosti, než ten požadovaný, neboť je nezbytné trvat na ujednané kvalitě plnění stanovené již v zadávacích podmínkách i později uzavřené smlouvě, a který se již následně nesmí měnit. Stejně tak je zcela irelevantní, že k záměně došlo omylem či dokonce vinou subdodavatele. Navrhovatel je při plnění veřejné zakázky za plnění svých poddodavatelů odpovědný, neboť je to právě on, kdo je stranou smlouvy uzavřené na plnění konkrétní veřejné zakázky, a po němž lze požadovat sankce stanovené za porušení smluvní povinnosti.
55. V případě pochybení při plnění Smlouvy II považuji za nutné pouze dodat, že navrhovatel měl povinnost dokončit dílo do stanoveného data, přičemž ani v prodloužené lhůtě dílo nedokončil. Další podmínkou ovšem kromě dokončení díla ke stanovenému datu byla povinnost dokončit dílo do doby, kdy je s ohledem na klimatické podmínky dokončení díla proveditelné. Správce stavby však poté, co nebylo dílo dokončeno ani v nejzazším termínu, byl nucen rozhodnout, aby navrhovatel nečinil již další práce, neboť jim nepřály klimatické podmínky a samotné provedení díla by mohlo být jejich vlivem ohroženo. K tvrzeným pochybením, jak vyplývá ze skutkových zjištění shrnutých v souvisejících rozhodnutích, na straně navrhovatele došlo.

K otázce obnovení způsobilosti navrhovatele a posouzení přijatých nápravných opatření

56. Dle § 76 odst. 1 zákona může účastník obnovit svoji způsobilost, ačkoliv naplnil důvody vymezené v § 48 odst. 5 nebo odst. 6, pro které může být vyloučen ze zadávacího řízení. Musí ovšem v průběhu zadávacího řízení zadavateli doložit, že přijal dostatečná nápravná opatření.
57. Povinností účastníka, který se snaží obnovit svoji způsobilost, je nejen tvrdit, že k přijetí nápravných opatření došlo, je nezbytné rovněž prokázat, k čemu konkrétně by tato opatření k nápravě měla vést a v neposlední řadě je nezbytné prokázat, že jsou přijatá nápravná

opatření dostatečná a adekvátní k dřívějším vzniklým pochybením při plnění jiné veřejné zakázky. V obdobném duchu se nese i judikatura Soudního dvora, příkladem uvádím rozsudek ze dne 24. 10. 2018 ve věci C-124/17 v řízení Vossloh Laeis GmbH proti Stadtwerke München GmbH, dle kterého hospodářský subjekt předloží také: „*důkazy umožňující prokázat, že opatření, kterých se dovolává, jsou skutečně vhodná k zabránění tomu, aby se vytýkané jednání opakovalo*“. Z předloženého dokladu o obnovení způsobilosti tedy musí plynout jistá garance skutečného obnovení způsobilosti účastníka v zadávacím řízení. V této věci je ovšem nutné podotknout, že je na posouzení zadavatele, jemuž byla přijatá opatření doložena, zda pro něj budou dostatečnou zárukou kvalitního plnění. Postupem při posouzení nápravných opatření jsem se již zabýval například v rozhodnutí ze dne 12. 2. 2018, č. j.: ÚOHS-R0211/2017/VZ-04363/2018/322/JSu, konkrétně v bodech 18 a 20 odůvodnění.

58. V projednávaném případě podal navrhovatel vůči rozhodnutí o vyloučení námítky, jež obsahovaly přijatá nápravná opatření k obnovení způsobilosti navrhovatele. V první řadě musí být v této věci posouzeno, zda bylo o navrhovatelem přijatých nápravných opatřeních rozhodnuto v souladu s požadavky kladenými na rozhodnutí o námitkách ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy jestli se zadavatel k námitkám a nápravným opatřením v nich uvedeným vyjádřil dostatečně podrobně a srozumitelně. Navrhovatel v rozkladu, shodně s návrhem na zahájení správního řízení, zadavateli totiž vytýká, že neposoudil dostatečným způsobem přijatá nápravná opatření.
59. Z rozhodnutí o námitkách ovšem vyplývá, že se zadavatel, konkrétně na straně 3 a 4, vyjádřil ke všem přijatým nápravným opatřením. Uvedl, z jakého důvodu považuje nápravná opatření za nedostatečná a v souhrnu poté sdělil, že navrhovatel vůbec neprokázal, že k přijatým opatřením skutečně došlo a zda takto přijatá opatření pomohou zamezit možným budoucím pochybením při plnění této veřejné zakázky. Blíže se k tomu vyjádřil Úřad již v napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí. K otázce posouzení nápravných opatření považují také za nezbytné uvést, že Úřadu přísluší posoudit pouze skutečnost, zda zadavatel zhodnotil přijatá nápravná opatření dostatečně podrobně a srozumitelně, způsobem, který se zjevně nepříčí právním předpisům. Úřadu proto nemůže být vytýkáno, že nepřijal k věci vlastní stanovisko a že nehodnotil přijatá nápravná opatření ve vzájemné souvislosti. Úřadu totiž samotné hodnocení přijatých nápravných opatření nepřísluší, jeho úkolem totiž není nahrazovat myšlenkové pochody zadavatele. Funkce Úřadu tedy v souvislosti s tímto institutem je kontrolní, kdy jeho činnost spočívá v posouzení zpětné přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, tedy aby postupem zadavatele nedošlo k újmě na právech uchazeče, který se snaží svoji způsobilost obnovit, v důsledku nedostatečného vypořádání doložených opatření. Úřad tedy nerozhoduje, zda jsou přijatá nápravná opatření dostatečná, nepřísluší mu totiž zásah do myšlenkových pochodů zadavatele. Úřad pouze posuzuje postup zadavatele a jeho soulad se zákonem.
60. Posouzení otázky obnovení způsobilosti konkrétního uchazeče je totiž v souladu s § 76 odst. 3 zákona zcela v rukou zadavatele. Konkrétní uchazeč má zákonem aprobovanou možnost obnovit svoji způsobilost, přičemž dostatečnost přijatých nápravných opatření musí posoudit právě zadavatel. Stojí-li tedy konkrétní uchazeč o uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, je zcela namístě, aby se snažil svoji způsobilost prokázat dostatečným způsobem tak, aby přesvědčil zadavatele o možné důvěře v jeho práci. Pokud zadavatel tedy odmítl podané námítky z důvodu jejich nedostatečnosti s odůvodněním, že navrhovatel

pouze konstatoval, jaká opatření přijal, aniž by prokázal, zda k jejich přijetí skutečně došlo či bez tvrzení toho, jak má dané opatření zamezit možnému dalšímu pochybení, rozhodl zadavatel v souladu se zákonem.

61. Nelze proto přisvědčit tvrzení navrhovatele o nedostatečném posouzení přijatých nápravných opatření, neboť jak je uvedeno výše zadavatel rozhodnutí o námitkách, jímž podané námitky odmítl, dostatečně jasně a srozumitelně odůvodnil, přičemž také uvedl, z jakého důvodu neshledává přijatá nápravná opatření dostatečná. Nelze tedy hovořit o pouhém vágním konstatování jejich nedostatečnosti. Tvrdil-li navrhovatel v námitkách přijetí nápravných opatření, aniž by jejich existenci prokázal či uvedl, čemu jejich přijetím chtěl přesně zamezit, pak nedostál povinnosti vymezené v § 76 odst. 1 zákona. K jinému posouzení věci by nevedlo ani hodnocení jednotlivých přijatých nápravných opatření ve vzájemné souvislosti, proto ani tato námitka nezvrátí již konstatované nesplnění povinnosti dle § 76 odst. 1 zákona, obdobně se k věci staví i přednesená judikatura Soudního dvora.
62. Po posouzení věci jsem dospěl k závěru, že zadavatel při svém postupu nepochybil, a proto ve zbytku odkazuji na body 84 – 94 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které vypořádávají jednotlivá nápravná opatření. Se zřetelem na absenci podkladů prokazujících existenci přijatých nápravných opatření a smyslu a účelu jejich doložení, nebylo možné tvrzená nápravná opatření hodnotit, proto Úřad v napadeném rozhodnutí dal zadavateli správně za pravdu zejména v tom, že navrhovatel přijetí nápravných opatření nijak neprokázal. Námitku týkající se nedostatečného posouzení přijatých nápravných opatření proto považuji za nedůvodnou.

K namítané nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

63. Navrhovatel v závěru svého rozkladu uvedl, že Úřad napadené rozhodnutí zatížil vadou nepřezkoumatelnosti, neboť se nevypořádal se všemi dílčími námitkami a rozhodl tendenčně a v rozporu se zákonem.
64. K otázce nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek důvodů uvádím, že se Úřad zabýval všemi relevantními námitkami uvedenými v návrhu navrhovatele, byť nevypořádal všechny dílčí námitky zvlášť, ale v kontextu daného rozhodnutí. Je ovšem nezbytné mít na paměti, že skutečnost, kdy se Úřad některými námitkami zabývá pouze stručně nebo je vypořádá v kontextu celého rozhodnutí, ještě nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. K tomuto také rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38, dle kterého: *„Přehlédnout pak nelze ani fakt, že správní orgány a soudy nemají povinnost vypořádat se s každou dílčí námitkou, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví právní názor, v jehož konkurenci námitky jako celek neobstojí; takový postup shledal ústavně konformním i Ústavní soud (srov. nález ze dne 12. 2. 2009, sp. zn. III. ÚS 989/08, a rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2015, čj. 9 As 221/2014-43).“*
65. Nelze proto přisvědčit tvrzení o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Úřad tak, jak se v odůvodnění napadeného rozhodnutí vypořádal s relevantními námitkami, zcela vyhověl požadavkům kladeným na odůvodnění rozhodnutí.

Shrnutí

66. S ohledem na vše výše uvedené a po přezkoumání rozhodnutí Úřadu, jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl správně, když zamítl návrh navrhovatele, neboť pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení byly naplněny zákonem požadované podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel svým rozhodnutím o námitkách rovněž dostal požadavkům kladeným na rozhodnutí ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, stejně tak se zadavatel po věcné stránce dostatečně vypořádal s přijatými nápravnými opatřeními. Zadavatel také správně shledal, že navrhovatel nedostal své povinnosti vymezené v § 76 odst. 1 zákona, když nedoložil existenci přijatých opatření, stejně tak neuvedl, jakým pochybením mají přijatá opatření zamezit, v důsledku čehož poté zadavatel nepřipustil eventuální obnovení způsobilosti navrhovatele. Na závěr sděluji, že se Úřad v napadeném rozhodnutí vyjádřil ke všem relevantním námitkám, proto nemohl zatížit své rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti.
67. Úřad tedy tak, jak rozhodl, rozhodl správně, a proto jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí.

VII. Závěr

68. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
69. Vzhledem k výše uvedenému, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5
2. Mgr. Filip Toul, advokát, sdružení Čech & Toul, sdružení advokátů Lannova tř. 16/13, 37001, České Budějovice

Vypraveno dne

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