



UOHSX00C8NVE

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe

Brno: 24. dubna 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 15. 3. 2019, 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 – „Společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5“, jež tvoří subjekty
  - SAFEROAD Czech Republic s.r.o., IČO 25229761, se sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně, a
  - ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4,

které uzavřely dne 25. 1. 2019 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 3. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, IČO 72015250, členem sdružení Čech - Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 - 56“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 10. 2018 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 25. 10. 2018, pod ev. č. Z2018-037074, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 11. 2018, dne 26. 11. 2018, dne 17. 12. 2018 a dne 31. 12. 2018,

**rozhodl takto:**

**Návrh** navrhovatele – „Společnosti SAFEROAD – ROBSTAV D5“, jež tvoří subjekty SAFEROAD Czech Republic s.r.o., IČO 25229761, se sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně, a ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4, které uzavřely dne 25. 1. 2019 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky – ze dne 15. 3. 2019 **se** podle § 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“) – uveřejnil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-037074 oznámení o zahájení zadávacího řízení podlimitní veřejné zakázky „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 - 56“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 10. 2018 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. Z bodu II.1.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž v bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky je *„výměna svodidel ve středním dělicím pásu (SDP), optimalizace přejezdů SDP a sadové úpravy v SDP. Zakázka bude realizována za nepřerušného provozu na dálnici D5. (...)“*.
3. Zadavatel stanovil v bodu II.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 142 000 000,- Kč bez DPH.
4. Zadavatel v bodu III.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž v bodu III.3.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil lhůtu pro podání nabídek, a to do 28. 11. 2018. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem následně opakovaně změněna tak, že konečná lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 28. 1. 2019 v 10:00 hod.
5. Základním kritériem hodnocení nabídek pro zadání veřejné zakázky stanoveným v bodu III.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení byla nejnižší nabídková cena.
6. Z „Protokolu o otevírání nabídek v elektronické podobě“<sup>1</sup> vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem šest nabídek na plnění šetřené veřejné zakázky.
7. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 11. 2. 2019 vyloučil podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona dodavatele – „Společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5“, jež tvoří subjekty SAFEROAD Czech Republic s.r.o., IČO 25229761, se sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně, a ROBSTAV k.s.<sup>2</sup>, IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 (dále též „ROBSTAV k.s.“),

<sup>1</sup> Předmětný protokol není zadavatelem datován.

<sup>2</sup> V době, kdy byla založena údajná nezpůsobilost navrhovatele, se jednalo o totožnou společnost působící pod obchodním názvem „ROBSTAV stavby k.s.“

kteřé uzavřely dne 25. 1. 2019 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 12. 3. 2019 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. číslo ČAK 12749, IČO 72015250, členem sdružení Čech - Toul, sdružení advokátů, se sídlem Lannova 16/13, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“) – z účasti v zadávacím řízení. Rozhodnutí o svém vyloučení obdržel navrhovatel dne 12. 2. 2019.

8. Proti svému vyloučení podal navrhovatel námitky ze dne 22. 2. 2019, jež byly zadavateli doručeny téhož dne.
9. Zadavatel rozhodnutím ze dne 7. 3. 2019, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), podané námitky odmítl.
10. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 15. 3. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

## II. OBSAH NÁVRHU

11. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že směřuje proti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze dne 11. 2. 2019. Důvodem pro vyloučení ze zadávacího řízení byla nezpůsobilost společníka navrhovatele – společnosti ROBSTAV k.s. dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Konkrétně navrhovatel uvádí, že podle zadavatele se ROBSTAV k.s. 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 závažné pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále také „Smlouva I“) spočívalo v té skutečnosti, že ROBSTAV k.s. 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 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 „Smlouva II“) tkvělo podle zadavatele ve významném prodlení se zhotovením díla.
12. Navrhovatel úvodem poukazuje na skutečnost, že není dána pravomoc zadavatele vyloučit navrhovatele pro nezpůsobilost ze zadávacího řízení. Zadavatel pomíjí skutečnost, že možnost vyloučit účastníka zadávacího řízení je dána až s nabytím účinnosti zákona, tj. ode 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 (dále též „ZVZ“), byl účinný do 30. 9. 2016 a byl zrušen zákonem č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek,

ve znění pozdějších předpisů, tj. zákonem. Podle navrhovatele je tak pravomoc zadavatele vyloučit účastníka 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 ustanovení § 273 zákona je nutné postupovat podle ZVZ, tzn. napadené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele je nezákonné, kdy podle navrhovatele se jedná o nepřípustnou retroaktivitu.

13. K výše uvedenému navrhovatel doplňuje, že se ROBSTAV k.s. zadávacích řízení na veřejné zakázky „I/19 Jordán - MÚK s D3“, „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ účastnil za účinnosti ZVZ, v němž nebyla dána možnost zadavatele vyloučit příslušného dodavatele ze zadávacího řízení z důvodů předvídaných v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Smlouvu o dílo na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“ uzavřel se zadavatelem dne 3. 10. 2016, přičemž následoval pokyn správce stavby ze dne 20. 10. 2016, jímž tento určil termín zahájení prací na díle v dubnu 2017, ale reálně zadavatel předal společnosti ROBSTAV k.s. staveniště až dne 23. 8. 2017, tj. primárně to byl zadavatel, který se dostal do prodlení, a to o 4 měsíce. Vzhledem k dataci pokynu správce stavby měl ROBSTAV k.s. rezervované kapacity, aby započal práce na díle v dubnu 2017, ale zadavatel mu předal staveniště o 4 měsíce později, přesto se snažil, aby dílo 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 3 veřejné zakázky byly zahájeny a zadány dle ZVZ, přičemž pokud by věděl, jak zadavatel bude postupovat, tzn. že nebude respektovat pokyny k zahájení prací, a že navrhovateli v případě nesplnění původních termínů dokončení děl hrozí následné vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, nikdy by se zadávacích řízení na dané veřejné zakázky neúčastnil. Navrhovatel je současně 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 přechodná ustanovení uvedená v § 273 zákona, a tudíž je v rozporu s požadavkem legitimního očekávání a právní jistoty navrhovatele.
14. Navrhovatel se v rámci svého návrhu dále vyjadřuje k údajnému závažnému pochybení při plnění Smlouvy I, kdy tvrdí, že v dané věci nedošlo ze strany společnosti ROBSTAV k.s. 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 společnosti ROBSTAV k.s. vady díla, z nichž některé ROBSTAV k.s. souhlasil odstranit, avšak 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, nadto výzva k odstranění vad byla společnosti ROBSTAV k.s. doručena dne 24. 11. 2017 poštou a dne 30. 11. 2017 datovou schránkou, přičemž v této výzvě bylo uvedeno datum k odstranění vad do 30. 11. 2017. Za zbylé vady ROBSTAV k.s. nabídl zadavateli adekvátní slevu z ceny díla. Ohledně údajných vad a práva na smluvní pokutu navrhovatel odkazuje na komunikaci mezi zadavatelem a společností ROBSTAV k.s.

15. Navrhovatel v dalším 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 níž ROBSTAV k.s. objednal asfaltovou směs, přičemž ROBSTAV k.s. o této záměně nevěděl, tzn. dle jeho názoru se nejednalo o zlý úmysl. K tomu navrhovatel zdůrazňuje, že do současné doby neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by jednáním společnosti ROBSTAV k.s. vznikla zadavateli škoda, popř. že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné.
16. Dále navrhovatel odkazuje na odborné vyjádření TPA ČR s.r.o., a 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 ROBSTAV k.s. nabízel zadavateli slevu z ceny díla v rozsahu rozdílu ceny směsi SMA 8 a SMA 11. Nadto pokud zadavatel nechá tuto vrstvu odstranit, a i kdyby byl v tomto v právu, což navrhovatel odmítá, nejsou náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi škodou, ale slevou z ceny díla. Navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že podle judikatury (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 33 Odo 154/2003) je neodstranitelnou vadou taková vada, která je sice odstranitelná, avšak náklady na opravu jsou neúměrné ceně věci – oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem v poměru k ceně, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou. Pokud se jedná o ostatní vady, tyto chtěl ROBSTAV k.s. odstranit, avšak zadavatel, který požadoval odstranění celé vrstvy, to neumožnil.
17. Dále navrhovatel dodává, že podle rozsudku Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 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 společnosti ROBSTAV k.s., neboť zadavatel mu k tomu neposkytl dostatečnou součinnost za situace, kdy na vyřízení dopravně – inženýrských opatření je potřeba nejméně 1 měsíc a ROBSTAV k.s. nebyl jako nevlastník komunikace oprávněn o tato opatření požádat. Navrhovatel je přesvědčen, že k závažnému pochybení při plnění Smlouvy I nedošlo, a tudíž nejsou ani naplněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
18. K plnění Smlouvy II navrhovatel uvádí, že prostřednictvím svého právního zástupce obdržel ROBSTAV k.s. dne 5. 1. 2018 odstoupení zadavatele od předmětné smlouvy, ve kterém je jako důvod odstoupení uvedeno, že ROBSTAV k.s. 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 jeho 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. Podle tvrzení ROBSTAV k.s. oběma výzvám zadavatele vyhověl a navrhovatel dále uvádí, že k dokončení I. – III. etapy stavby došlo dne 13. 12. 2017 a že ROBSTAV k.s. nezačal s pracemi na IV. etapě, jak požadoval zadavatel. Navrhovatel dále poznamenává, že realizace díla byla přerušena ze strany zadavatele 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 společnosti ROBSTAV k.s. 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).“.*

19. Navrhovatel dále konstatuje, že „[p]od-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 Objednatel od smlouvy;*

*Z výše uvedeného je tak zřejmé, že důvody Odstoupení dány nejsou a nebyly a stěžovatel tak Odstoupení považuje za neplatné.“.*

20. Závěrem k tomuto bodu navrhovatel sděluje, že vzhledem k požadavku na technologické pauzy při provádění díla nebylo fakticky možné dílo dokončit v době uvedené ve Smlouvě II. I s ohledem na tuto skutečnost nedošlo k závažnému pochybení ze strany společnosti ROBSTAV k.s.
21. Navrhovatel rovněž odkazuje na již zmíněný rozsudek Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11, podle kterého je „vážné pochybení“ třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, jež 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, avšak nerovná se automaticky vážnému pochybení. Podle navrhovatele zadavatel neprokázal, že by se ROBSTAV k.s. dopustil dlouhodobých či závažných pochybení; obě pochybení společnosti ROBSTAV k.s. postrádají „dlouhodobost“, jednalo se o ojedinělá pochybení, za něž nadto ROBSTAV k.s. neodpovídá. Navrhovatel současně tvrdí, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvádí, že mu vznikla „újma“, ovšem tuto „újmu“ nijak nespécifikuje, stejně tak zadavatel nespécifikuje údajně významné prodlení při plnění Smlouvy II. Pokud zadavatel tvrdí, že pochybení společnosti ROBSTAV k.s. vedlo k ohrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích, toto své tvrzení nijak nekonkretizuje, a proto je nepřezkoumatelné.
22. Podle navrhovatele zadavatel svá tvrzení o tom, že mu vznikla škoda, popř. že by uplatněné právo na zaplacení smluvní pokuty bylo opodstatněné, nijak neprokazuje. K tomu navrhovatel podotýká, že o tom, zda zadavateli skutečně vznikla škoda, či 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 neviny). Na navrhovatele je proto třeba pohlížet jako na „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, dokud nebude na základě pravomocného rozsudku soudu prokázán opak. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel musí hodnověrně prokázat, že navrhovatele vyloučil oprávněně v důsledku naplnění podmínek stanovených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, v opačném případě by docházelo ke zneužití této pravomoci zadavateli. Jelikož neexistuje rozhodnutí soudu o tom, že se ROBSTAV k.s. skutečně dopustil závažných nebo dlouhodobých pochybení, jež by vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, je nutno na navrhovatele pohlížet jako na způsobilého.

23. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel se nijak nevyjádřil k jeho tvrzení, že zpoždění při plnění Smlouvy I způsobil sám zadavatel tím, že společnosti ROBSTAV k.s. předal staveniště později, v rozporu se svými předešlými pokyny, když pouze uvedl, že staveniště bylo předáno řádně a včas, což je však podle navrhovatele v rozporu s jím předloženými důkazy.
24. Navrhovatel rovněž podotýká, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě, a proto je předmětné rozhodnutí nepřezkoumatelné.
25. Navrhovatel má tudíž s ohledem na vše výše popsané za to, že jej zadavatel vyloučil podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku neoprávněně, čímž se dopustil porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek, a proto navrhuje, aby bylo rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 2. 2019 o vyloučení navrhovatele Úřadem zrušeno. Navrhovatel současně navrhuje vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku zadavateli.

### III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

26. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 15. 3. 2019, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 15. 3. 2019.
27. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-07895/2019/531/VNe ze dne 19. 3. 2019.
29. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-08367/2019/531/VNe ze dne 22. 3. 2019 zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření podle § 61 odst. 1 správního řádu, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
30. Usnesením č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-10727/2019/531/VNe ze dne 15. 4. 2019 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Žádný z účastníků řízení se ve lhůtě stanovené citovaným usnesením k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 25. 3. 2019**

31. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 25. 3. 2019, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
32. Zadavatel předně odkazuje na své argumenty, jež jsou obsaženy v rozhodnutí o námitkách, na nichž nadále trvá.
33. Zadavatel uvádí, že shledal existenci důvodů nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona u dodavatele ROBSTAV k.s., který je jedním ze společníků „Společnosti SAFEROAD – ROBSTAV D5“, tj. navrhovatele, čímž je dán důvod k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, když s ohledem na společnou účast dodavatelů spojených dle smlouvy o společnosti musí podmínky účasti splnit každý z nich.
34. Zadavatel dále sděluje, že pokud jde o námitku nepřípustné retroaktivity, pak zadavatel může vyloučit navrhovatele pro neplnění povinností z dřívějšího smluvního vztahu, který byl sjednán mezi ním a navrhovatelem, popř. mezi navrhovatelem a jiným veřejným zadavatelem, přičemž není rozhodné, zda dřívější smluvní vztah byl sjednán dle zákona nebo dle ZVZ. Není totiž rozhodné, za účinnosti jakého zákona byla zahájena zadávací řízení, na základě nichž byly uzavřeny Smlouva I a Smlouva II, nýbrž to, kdy bylo zahájeno zadávací řízení veřejné zakázky, z něhož je navrhovatel vyloučen. Odkaz navrhovatele na přechodné ustanovení § 273 zákona je tak irelevantní, neboť upravuje pouze to, jakou právní úpravou se řídí zadávací řízení nedokončená v době nabytí účinnosti „nového“ zákona. Zadavatel tedy danou věc shrnuje tak, že vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nepředstavuje nepřípustnou retroaktivitu, jelikož se primárně týká zadávacího řízení zahájeného dle zákona a nikoliv dle ZVZ. Nadto zadavatel poznamenává, že jeho argumentace byla dostatečně podrobná již v rozhodnutí o námitkách, ačkoliv se ji navrhovatel pokouší zjednodušit. Naopak argumentaci navrhovatele v části III bodu 10 jeho návrhu o odporovatelnosti právního úkonu považuje zadavatel za nejasnou. Časové podmínky a podmínky vztahující se k předchozímu smluvnímu vztahu vymezené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro uplatnění nezpůsobilosti navrhovatele jsou tak podle zadavatele naplněny. Dle slov zadavatele se navrhovatel zavázal poskytovat plnění v souladu se Smlouvou I a Smlouvou II. Pakliže tak reálně neučinil, je na něm, aby se vypořádal s důsledky porušení svých závazků.
35. Zadavatel se rovněž ohrazuje proti tvrzením navrhovatele o nerespektování svých vlastních pokynů a předání staveniště ve vztahu ke Smlouvě II o 4 měsíce později, v důsledku čehož měly být průtahy ze strany společnosti ROBSTAV k.s. zapříčiněny neplněním závazků zadavatele. K tomu zadavatel podotýká, že postupoval vždy v souladu se Smlouvou I i Smlouvou II a též staveniště byla předána řádně a včas, přičemž ROBSTAV k.s. neměl k předání staveniště žádné výhrady.
36. V další části vyjádření zadavatel rozebírá pochybení společnosti ROBSTAV k.s. při plnění Smlouvy I a Smlouvy II. Podle zadavatele ROBSTAV k.s. opakovaně zadavateli poskytoval vadné plnění, přičemž vady alespoň v základním rozsahu uznal, ale odmítl je napravit v souladu s požadavky zadavatele. Zadavatel předesílá, že plnění v rámci dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem vypovídají o neodbornosti a hrubé neprofesionalitě společnosti ROBSTAV k.s. a naplňují podmínky nezpůsobilosti vymezené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.



Plnění poskytnutá na základě Smlouvy I a Smlouvy II byla učiněna v rozporu s těmito smlouvami a neodpovídala pokynům a požadavkům zadavatele.

37. Zadavatel se dále vyjadřuje k plnění Smlouvy I, kdy tvrdí, že pochybení společnosti ROBSTAV k.s. spočívalo ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, což dle zadavatele znamená, že ROBSTAV k.s. postupoval v rozporu s požadavky zadavatele vymezenými v předmětné smlouvě, když bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky a tuto pak vyhotovil v nedostatečné tloušťce a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Současně zadavatel uvádí, že ROBSTAV k.s. v rozporu se skutečným stavem uvedl v souhrnné závěrečné zprávě, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace nenastaly a že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8. Podle zadavatele na tom nic nemění ani ta skutečnost, kdy navrhovatel tvrdí, že ROBSTAV k.s. o této záměně nevěděl, jelikož záměna asfaltových směsí vznikla na straně obalovny, u které tuto asfaltovou směs objednal, neboť za plnění poskytnuté zadavateli plně odpovídá ROBSTAV k.s., když současně odpovídá i za plnění poskytované jeho poddodavateli. Na tuto skutečnost rovněž nemá vliv ani fakt, že zadavatel zjistil vady díla až po jeho převzetí a reklamoval je až následně. Zadavatel 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. Jednalo se o závažná pochybení společnosti ROBSTAV k.s., jež vedla zadavatele k uplatnění požadavku na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a uhrazení smluvní pokuty.
38. Zadavatel v dalším konstatuje, že soudní znalec doc. Ing. František Luxemburk, CSc. jednoznačně neuvádí, že by záměna asfaltových směsí neměla mít vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, jak tvrdí navrhovatel, ale pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění dané smlouvy, tzn. pouze vyjadřuje své subjektivní dojmy, což neodpovídá obecným vlastnostem znaleckého posudku. Podle zadavatele je taktéž lichá argumentace navrhovatele, že neposkytl společnosti ROBSTAV k.s. dostatečnou součinnost k nápravě jeho pochybení s tím, že ROBSTAV k.s. měl dostatek prostoru k nápravě, přičemž tato skutečnost vyplývá z korespondence mezi zadavatelem a společností ROBSTAV k.s. podrobně popsané v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 11. 2. 2019. Jak vyplývá z předmětné korespondence, navrhovatel závěry zadavatele v souvislosti s jeho pochybeními a vadami vozovky rozporuje, zejména pokud jde o nápravu těchto pochybení, avšak nerozporuje skutečnost, že ROBSTAV k.s. poskytl zadavateli plnění v rozporu se Smlouvou I, byť se snaží význam tohoto vadného plnění bagatelizovat.
39. Dále pak k plnění Smlouvy II zadavatel sděluje, 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 pozemní komunikaci, když tato nebyla zprovozněna řádně a včas v souladu se Smlouvou II. (...)*

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

40. Zadavatel považuje za mylné úvahy navrhovatele, že vzhledem k prodlení zadavatele s úhradou části plnění se ROBSTAV k.s. nemohl dostat do prodlení s plněním Smlouvy II. Zadavatel konstatuje, že všem svým závazkům dostal a fakturace, které navrhovatel zmiňuje, nebyl vzhledem ke znění smluvních podmínek FIDIC (Pod-čl. 15.4 písm. b)) povinen uhradit, neboť je po účinnosti odstoupení od smlouvy oprávněn zdržet platby do zjištění souvisejících nákladů. Zadavatel upozorňuje, že navrhovatel nerozporuje, že došlo ze strany společnosti ROBSTAV k.s. k pochybení s termínem plnění při realizaci I. až III. etapy, když rozporuje pouze prodlení ve IV. etapě výstavby. Důvod k odstoupení od Smlouvy II byl dle přesvědčení zadavatele jednoznačně dán, neboť ROBSTAV k.s. nastoupil k dokončení prací na I. až III. etapě po několikaměsíčním prodlení, tj. v době, kdy mělo být dokončeno již celé dílo, a to na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, která byla již 2. výzvou k nápravě.
41. 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. Zadavatel není povinen čekat, až budou pochybení společnosti ROBSTAV k.s. pravomocně potvrzena soudem, jak se domnívá navrhovatel, stačí jejich prokázání zadavatelem, což zadavatel dokládá citací z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. 4. 2018. Jestliže by tomu tak nemělo být, bylo by výše citované ustanovení zákona de facto neaplikovatelné. Odstoupení od Smlouvy II bylo bezvadné jak po stránce materiální (naplněny důvody pro odstoupení), tak po stránce formální (způsob odstoupení byl v souladu se Smlouvou II a zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů).
42. 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 v Námitkách). 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).“*
43. Pro zadavatele není přijatelná situace, kdy by měl navzdory negativní zkušenosti s plněním Smlouvy I a Smlouvy II společností ROBSTAV k.s. vstoupit do smluvního vztahu s navrhovatelem, který odmítá uznat pochybení při plnění těchto smluv a snaží se je přenášet na zadavatele.
44. Jestliže navrhovatel argumentuje veřejnou zakázkou s označením „I/19 Jordán – MÚK s D3“, je tato skutečnost irelevantní, neboť důvodem pro vyloučení navrhovatele není jmenovaná veřejná zakázka, a tedy ani okolnosti související s jejím plněním nejsou pro posouzení věci rozhodné. Existence závazků z jiných smluv a veřejných zakázek nemá a nemůže mít žádný dopad na povinnost dodavatele plnit řádně a včas.
45. Podle zadavatele vady plnění v rámci Smlouvy I a Smlouvy II představují pochybení, jež měla závažnou povahu a vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy a jiným

srovnatelným sankcím a současně se jednalo o dvě různá závažná pochybení. Skutečnost, že pochybení společnosti ROBSTAV k.s. nebyla „zlým úmyslem“, nemá pro naplnění podmínek nezpůsobilosti v daném případě vliv. V jednání společnosti ROBSTAV k.s., zejména v jeho dalším postupu v okamžiku zjištění jeho pochybení, lze zcela bez pochyb spatřovat hrubou nedbalost.

46. Ve vztahu ke Smlouvě I zadavatel uvádí, že došlo k významnému porušení smluvních podmínek, s nimiž 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 konstatuje, že nedodržování harmonogramu plnění dle předmětné smlouvy představovalo pochybení společnosti ROBSTAV k.s., které zmařilo samotný účel Smlouvy II a vedlo k újmě zadavatele. Z výše uvedeného je podle zadavatele zřejmé, že pochybení společnosti ROBSTAV k.s. ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II naplňují intenzitu závažnosti požadovanou zákonem.
47. Dále zadavatel specifikuje, že pochybení se ROBSTAV k.s. 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 na šetřenou veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 24. 10. 2018).
48. Pochybení společnosti ROBSTAV k.s. vyvolala podle zadavatele kvalifikované a zákonem předvídané následky – pochybení společnosti ROBSTAV k.s. 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 ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k odstoupení od Smlouvy II a k uplatnění smluvní pokuty. Smluvní pokuta nepochybně splňuje povahu „jiné srovnatelné sankce“ ve smyslu zákona, kterou je rovněž i uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých zadavateli při odstraňování vad vozovky třetím subjektem.
49. Zadavatel se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele, že „*záměnou asfaltových směsí nevznikla žádná škoda. Jednalo se o neodstranitelnou vadu (...).*“, neboť zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele konstatoval, že ROBSTAV k.s. poskytl vadné plnění na základě Smlouvy I; náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi nejsou škodou, jedná se o důsledek vadného plnění. Co se týče neodstranitelnosti vady, zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal proces vyzývání společnosti ROBSTAV k.s. k odstranění vad, odmítnutí společnosti ROBSTAV k.s. předmětné vady odstranit, odmítnutí zadavatele přijmout slevu z ceny díla, jež nebyla přiměřená a vedla by pouze k částečné nápravě vadného plnění a současně by byla podstatnou změnou smlouvy, z čehož je zřejmé, že se jednalo o vady odstranitelné, jež byly následně odstraněny. Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 33 Odo 154/2003 není dle zadavatele na zde projednávanou věc přílehlavý. Zadavatel s ohledem na výše uvedené důvody nemohl přistoupit na navrhovatelem navržený způsob řešení vad. Zadavatel odmítá, že by požadování odstranění závadného stavu bylo šikanózním jednáním a že by pojmy užitá zadavatelem byly proklamativní a neurčité. Zadavatel opakuje, že skutečnost, že ROBSTAV k.s. neakceptoval celý rozsah jemu vytýkaných pochybení a nepřistoupil k jejich nápravě, nemá na naplnění kritérií nezpůsobilosti žádný dopad, neboť zadavatel není povinen čekat, až budou daná pochybení potvrzena soudem.

50. Zadavatel ve vztahu k argumentaci navrhovatele ohledně dlouhodobosti pochybení konstatuje, že jelikož zadavatel prokázal, že pochybení byla závažná, není třeba, aby byla naplněna podmínka dlouhodobosti. Jestliže se společnost ROBSTAV k.s. dopustila při plnění Smlouvy I a Smlouvy II nedostatků, jež nadto odmítá uznat a napravit, nemůže zadavatel spoléhat na to, že se navrhovatel nebude těchto nedostatků dopouštět i v rámci realizace posuzované veřejné zakázky.
51. 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 společnosti ROBSTAV k.s., a ve svém důsledku tedy i navrhovatele ve smyslu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kdy má za to, že prokázal naplnění všech zákonných předpokladů pro vyloučení navrhovatele dle předmětného ustanovení zákona.
52. Zadavatel je přesvědčen, že rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je podrobně odůvodněno, stejně tak, že námitky navrhovatele byly z jeho strany v rozhodnutí o námitkách vyřízeny v souladu se zákonem, včetně řádného vypořádání všech argumentů navrhovatele. Pokud se zadavatel nevyjádřil ke každé jednotlivé větě, nepředstavuje tato skutečnost porušení zákona. V této souvislosti zadavatel cituje z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 a č. j. ÚOHS-R0220/2018/VZ-07050/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019, jež se týkala téže věci jako v nyní posuzovaném případě, a v nichž předseda Úřadu shledal, že zadavatel rozhodnutími o námitkách poskytl ucelenou reakci na podstatu namítaných skutečností v takovém rozsahu a v takové míře podrobnosti a srozumitelnosti, že rozhodnutí o námitkách plní svůj účel.
53. K návrhu navrhovatele na nařízení předběžného opatření zadavatel sděluje, že pro to neshledává objektivní a zákonné důvody.
54. Závěrem svého vyjádření tudíž zadavatel s ohledem na shora předestřené argumenty navrhuje, aby Úřad podle § 265 písm. a) zákona návrh zamítl.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

55. 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 konstatuje, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona, a proto rozhodl dle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

56. Podle § 4 odst. 1 zákona je veřejným zadavatelem
- a) Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele,
  - b) Česká národní banka,
  - c) státní příspěvková organizace,
  - d) územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace,

e) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.

57. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
58. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
59. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
60. 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.
61. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
62. 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**

63. V „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019 je mj. uvedeno, že „[v]e vztahu k Zakázce byly podmínky pro vyloučení Účastníka (tj. navrhovatele, pozn. Úřadu) dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení Zakázky došlo ze strany spolčnicka ROBSTAV k.s. (dále jen „Společník“), který je jedním ze spolčníků 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 Společníkem. (...) Zadavatel proto rozhodl o vyloučení Účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.“. Dále je v předmětném rozhodnutí uvedeno, že „[z]ávažných pochybení se Společník 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“, a že

„[v] souvislosti s plněním Smlouvy I se Společník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Společník 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. Společník 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.“. V dalším je pak v předmětném rozhodnutí uvedeno, že „[z]adavatel 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 Společníka 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).“, přičemž „[z]adavatel prostřednictvím technického dozoru stavebníka Ing. Michaela Šmucra zaslal Společníkovi Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH ze dne 21. 3. 2017 (příloha č. 2 rozhodnutí). V rámci tohoto uplatnění reklamace bylo po Společníkovi 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 Společníka k doplnění závěrečné zprávy o kvalitě obrusné vrstvy.“. V předmětném rozhodnutí je rovněž uvedeno, že „[d]ne 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).“. Z předmětného rozhodnutí v dalším plyne, že „[s]právce stavby zaslal Společníkovi „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 Společníkovi 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.“, přičemž „[j]ak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele, správce stavby a technického dozoru stavebníka, Společník realizoval plnění Smlouvy I v příkrém rozporu s požadavky zadavatele. Bez vědomí Zadavatele Společník 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 Společník Zadavateli poskytl jiné plnění, než které Zadavatel na základě jím identifikovaných potřeb popsal. Současně Společník poskytl jiné plnění, než které bylo řádně vysoutěžené v zadávacím řízení, na základě kterého byla uzavřena Smlouva I. Společník 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 Společníka).“. Dále je v předmětném rozhodnutí uvedeno, že „[s]polečník nejen že poskytl Zadavateli jiné plnění, než které Zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně. Společníkem 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 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.*
- *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 Společník 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).“.* Dále je v předmětném rozhodnutí uvedeno, že „[v] návaznosti na shora popsáná závažná pochybení požadoval Zadavatel po Společnickovi 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.“,*

*přičemž „[z]adavatel v této souvislosti upozorňuje, že na základě výše popsáného závažného profesního pochybení Společníka, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost a odbornou kvalifikaci (Společník 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.“, kdy „[s]polečník 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 (dále jen „Občanský zákoník“). Pokud tedy Společník 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 Společník*



jakožto profesionál, který se zavázal zpracovat plnění v souladu se Smlouvou I. Pokud se Společník snaží přičítat pochybení při změně obrusné vrstvy vozovky svému poddodavateli (subdodavateli), pak je tato argumentace navrhovatele rozporná s Občanským zákoníkem (§ 1935) i Smlouvou I, neboť Společník při plnění Smlouvy I odpovídá za plnění svých poddodavatelů (subdodavatelů), jako by plnil sám.“. Dále je v předmětném rozhodnutí uvedeno, že „[p]ři plnění Smlouvy II se Společník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II.“, kdy „[p]ůvodní doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Správce stavby v průběhu plnění díla uznal claim Společníka, 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 Společníkem jako celek (všechny IV. etapy) dokončeno v době, kdy klimatické podmínky dokončení díla nebránily. Společník do 6. 11. 2017 v souladu se Smlouvou II dílo nedokončil.“. Z toho důvodu „[s]právce stavby vyzval Společníka k nápravě prostřednictvím dopisu ze dne 10. 11. 2017 (příloha č. 15 rozhodnutí). Správce stavby požadoval, aby Společník 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 Společníka 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 Společníka ze staveniště se všemi právními důsledky s tím spojenými.“. Z předmětného rozhodnutí zadavatele dále vyplývá, že „[s]právce stavby dále vyzval Společníka 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 Společník 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 Společníka opakovaně k nápravě a požaduje, aby Společník 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 Společníka. Správce stavby současně Společníka 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 Společníka 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.“. Z „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019 současně vyplývá, že „[p]rávní zástupce Zadavatele (HKR advokátní kancelář, s.r.o.) zaslal Společníkovi 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 Společníkovi 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 Společníkem (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 Společník nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami

správce stavby k nápravě. Právní zástupce Zadavatele požádal Společníka 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 Společníka informoval, že Zadavatel přistoupí k uzavření smlouvy o dílo na provedení Společníkem neprovedených prací s náhradním dodavatelem a veškeré vícenáklady spojené s dokončením díla podle Pod-čl. 15.4 VOP/ZOP budou Společníkovi vyčísleny bezodkladně po uzavření smlouvy s náhradním dodavatelem, ty pak bude Zadavatel požadovat bezodkladně uhradit. Veškeré platby vůči Společníkovi budou do té doby podle Pod-čl. 15.4 písm. b) VOP/ZOP zadrženy.“. Dále je v tomto rozhodnutí zadavatele uvedeno, že „[j]ak jednoznačně vyplývá z výše uvedených výzev a vyjádření Zadavatele a správce stavby Společník nesplnil Smlouvu II v době vymezené v této smlouvě, tedy do 6. 11. 2017. Společník 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.“, a že „[s]kutečnost, že prodlení s plněním díla bude představovat závažné pochybení Společníka, 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.“, kdy „[v] návaznosti na toto závažné pochybení Společníka Zadavatel odstoupil od Smlouvy II (odstoupení účinné ke dni 5. 1. 2018). Zároveň Zadavatel v souladu se Smlouvou II požadoval po Společníkovi zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění ve výši 1 652 000 Kč.“.

64. V přípisu „Stanovení pevnosti spojení vrstev na vývrtech“ (protokol č. 10-17-15-015), jenž tvořil přílohu č. 3 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno následující:

„Staničení/Místo/Bod č.	Pevnost spojení vrstvy	Rozšířená nejistota $U^{1)}$	Jednotky	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.“.

65. V přípisu „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ ze dne 21. 3. 2017, který tvořil přílohu č. 2 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne

11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[v]e 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.“, neboť „[n]a úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení došlo ke tvorbě viditelných podélných trhlin v obrusné vrstvě vozovky (viz. příloha – fotodokumentace).“, a dále že „[p]ro zjištění příčiny poruchy požadujeme provést lokální diagnostický průzkum v inkriminovaném místě.“, přičemž „[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.“, a konečně, že „[d]ále požadujeme doplnění závěrečné zprávy o kvalitě, zejména doklady týkající se obrusné vrstvy, jako např. dodací listy, výsledky provedených zkoušek na této vrstvě apod.“.

66. V přípisu „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 15. 5. 2017, jenž tvořil přílohu č. 4 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[d]opisem 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.“, a dále že „[s] odpovědí – návrhem zhotovitele ze dne 5. 5. 2017, nesouhlasím.“, přičemž jako důvod bylo uvedeno 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 nesplňuje 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  $h_{\text{minimální}} = 0,8 \times 35 = 28 \text{ mm}$ .“.

Dále pak je v předmětném přípisu uvedeno, že „[n]a 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.“.

67. Z přípisu „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017 mj. vyplývá, že „[d]ne 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.“, přičemž „[b]yla zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev.“. Dále z předmětného přípisu vyplývá, že „[p]ochůzka 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.“, kdy „[p]omocí tzv. měřicího kolečka byla evidována jednotlivá staničení, ve kterých se výše uvedená porušení nacházela.“, a to konkrétně:

„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

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.“*

68. *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, který tvořil přílohu č. 8 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[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.“, přičemž „[p]rimární 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.“. Dále je v předmětném přípisu uvedeno, že „[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.“, a dále, že „[l]ze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchýlně od smluvního zadání – což vylučuje Vaší domněnku pro zaměnitelnost různých směsí.“. V předmětném přípisu je rovněž uvedeno, že „[v]ady 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.“, přičemž „[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 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28;*

*(ii) 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;*

*(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.“*

*V dalším je pak v předmětném přípisu uvedeno, že „[v]ady 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 – zpevnění podpovrchové úpravy (spojení mezi ložnou a obrusnou vrstvou) a položení nové bezvadné obrusné vrstvy v kvalitě a materiálu podle zadávací dokumentace.“*

69. *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, jež tvořil přílohu č. 9 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[p]rotože 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 Vaši společnost k úhradě této částky.“, a dále že „[k] odůvodnění této částky přikládáme protokol o výběru nejvhodnější nabídky, na jehož základě byla dne 10.1.2018 uzavřena 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.“*
70. *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, coby příloze č. 12 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[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.“, a dále že „[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.“, přičemž „[s]platnost 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.“*
71. *V přípisu „Reklamace opravy silnice I/23 Řípec – hranice kraje“ ze dne 14. 2. 2018, jež tvořil přílohu č. 10 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „(...) 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.“, a současně, že „(...) byl zhotovitel urgován k doplnění souhrnné závěrečné zprávy o kvalitě, jmenovitě o doklady jakosti k provedené obrusné vrstvě.“. Dále je v předmětném přípisu uvedeno, 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 předmětném přípisu je rovněž uvedeno, že „[v] (...) 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 stavebním 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 znepřístupněny či budou zakryty. To však zhotovitel nesplnil minimálně u spojovacího postřiku mezi ložnou a obrusnou vrstvou (i spojovací postřik 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.“*

72. V přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice - Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017, který tvořil přílohu č. 15 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[z]hotovitel 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 Přejímacích 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).*

*(...)“,*

*přičemž „[p]okud 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.“.*

*V dalším je v předmětném přípisu uvedeno, že „[s]právce 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.“.*

73. *V přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice - Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, coby příloze č. 16 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[k]e 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.“, a dále že „[d]opisem 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].“.* Dále je v předmětném přípisu uvedeno, že „[k]e 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 prodloužením 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.“*

74. V přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017, jenž tvořil přílohu č. 17 „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019, je mj. uvedeno, že „[p]rotože 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 Objednatelem), 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 k nápravě 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.“.*

#### **K postavení zadavatele**

75. Úřad primárně posoudil, zda je splněn předpoklad stanovený v § 4 zákona, tedy zda je vůbec dána osoba zadavatele veřejné zakázky. Ustanovení § 4 odst. 1 zákona taxativně vymezuje pět skupin subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona státní příspěvková organizace.
76. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 1 až 11 vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky. Dle § 1 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, je Ministerstvo dopravy ústřední orgán státní správy.
77. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic, jakožto státní příspěvková organizace, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tak v šetřeném případě bez nejmenších pochyb dána.

#### **K výroku tohoto rozhodnutí**

78. Úřad uvádí, že mezi účastníky správního řízení je sporu o oprávněnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Zatímco zadavatel je přesvědčen, že všechny předpoklady stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro vyloučení navrhovatele jsou naplněny, neboť se společnost ROBSTAV k.s., coby jeden ze společníků navrhovatele, dopustila závažných, resp. dlouhodobých pochybení při plnění Smlouvy I a Smlouvy II, navrhovatel zaujímá, z logiky věci, názor opačný.
79. Úřad ve vztahu k § 48 odst. 5 písm. d) zákona, na základě kterého zadavatel vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení „opřel“ (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto ustanovení zákona lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popř. obchodní pověst dodavatele. Předpokladem vyloučení je existence závažných nebo dlouhodobých pochybení, jichž 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 jež vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
80. Úřad předesílá, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona představuje v právu veřejných zakázek nový institut, který se v předchozí právní úpravě, tj. ZVZ, 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, a rozhodnutí Úřadu

č. j. ÚOHS-S0200/2018/VZ-20498/2018/541/PDz ze dne 12. 7. 2018) přistoupil k výkladu tohoto ustanovení zákona, na základě kterého bude následně posouzen skutkový stav v právě šetřeném případě.

81. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovuje důvod pro vyloučení účastníka zadávacího řízení zadavatelem pro nezpůsobilost, pokud zadavatel prokáže, že se účastník 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) ke vzniku škody, (2) předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo (3) jiným srovnatelným sankcím. Podstatné v rámci předmětného ustanovení zákona tedy je, aby zadavatel skutečně prokázal, že se příslušný účastník při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil závažných, popř. dlouhodobých pochybení. Tato pochybení musí zároveň vést, tzn. 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.
82. 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 jeho 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 při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil dlouhodobých pochybení, jež vedla k ukončení smluvního vztahu, aniž by bylo nutné prokázat, že tato pochybení byla závažná.
83. Úřad sděluje, 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 § 48 odst. 5 písm. d) zákona kladli patřičný důraz na odůvodnění toho, proč právě pochybení, za něž příslušného účastníka zadávacího řízení vylučují, splňují požadavky stanovené v citovaném ustanovení zákona. Úřad zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení vyloučit na základě předmětného ustanovení zákona, důkazní břemeno k prokázání naplnění výše specifikovaných podmínek leží na zadavateli. Zadavatel musí naplnění všech vzájemně souvisejících podmínek vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona prokázat a odůvodnit. Úřad v této souvislosti dále odkazuje na komentářovou literaturu<sup>3</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.*“.
84. Se zřetelem na shora uvedené tak Úřad přistoupil k posouzení toho, zda ve zde projednávané věci zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, tzn. zda toto rozhodnutí mj. obстоjí v testu transparentnosti, přičemž dle tvrzení zadavatele se měl navrhovatel, resp. společnost ROBSTAV k.s., pochybení ve výše uvedeném

<sup>3</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.

smyslu dopustit při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, tj. Smlouvy I, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, tj. Smlouvy II, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“. K tomu Úřad pro úplnost doplňuje, že ačkoliv se důvody pro vyloučení navrhovatele v rozhodnutí o vyloučení vztahují pouze ke společnosti ROBSTAV k.s. v souvislosti s plněním Smlouvy I a Smlouvy II, vyloučení ze zadávacího řízení pochopitelně dopadá na navrhovatele jako „celek“, tj. na „Společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5“, kdy i ve smlouvě o společnosti ze dne 25. 1. 2019 je v čl. 3. „Vedoucí společník“ mj. uvedeno, že „[v]šichni společníci, kteří podávají společnou nabídku, jsou vůči zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně (...)“. Pokud tedy Úřad bude hovořit o vyloučení navrhovatele, bude tímto popř. myšlena i společnost ROBSTAV k.s., resp. její jednání v souvislosti s plněním Smlouvy I a Smlouvy II.

85. 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 I, a poté ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění Smlouvy II. K tomu Úřad uvádí následující.

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

86. Zadavatel v „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 11. 2. 2019 (dále jen „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, 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 stanoveného 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 jeho požadavky vymezenými ve Smlouvě I. Zadavatel po zjištění uvedených vad požadoval po navrhovateli výměnu obrusné vrstvy vozovky 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 sdělil, že navrhovatele ještě několikrát vyzýval k výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu, tak, aby tato 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 podle Pod-čl. 11.4 a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstraněním 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, v němž v zastoupení zadavatele uplatnila podle Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení pokuty ve výši 242 000,- Kč.

87. Úřad tak přistoupil k tomu, zda jsou v případě Smlouvy I naplněny a odůvodněny všechny podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
88. K naplnění podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se účastník zadávacího řízení dopustil pochybení při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky, nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě Smlouvy I je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, jelikož Smlouva I byla uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, resp. společností ROBSTAV k.s., dne 17. 8. 2016, kdy tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.
89. Ve vztahu k časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení účastníka zadávacího řízení, na jehož základě lze přistoupit k jeho vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 24. 10. 2018. Vzhledem k tomu, že Smlouva I byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 17. 8. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), čili přibližně dva roky a dva měsíce před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je evidentní, že pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy I nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na posuzovanou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.
90. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona uvádí Úřad následující.
91. V případě plnění Smlouvy I z rozhodnutí o vyloučení předně vyplývá, že navrhovatel při plnění předmětné smlouvy zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Ve vztahu k tomu Úřad poznamenává, že z obsahu námitek navrhovatele, stejně tak i návrhu, vyplývá, že navrhovatel nepopírá, že k záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 skutečně došlo (viz např. bod 15. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
92. K argumentaci navrhovatele, že záměna těchto asfaltových směsí vznikla na straně obalovny, u níž si dodávku příslušné asfaltové směsi objednal, přičemž navrhovatel o této záměně nevěděl, sděluje Úřad následující. Úřad k tomuto uvádí, že v případě obalovny se zjevně jedná o poddodavatele navrhovatele, přičemž za řádné plnění veřejné zakázky primárně nese odpovědnost sám navrhovatel, jelikož on je tím subjektem (konkrétně ROBSTAV k.s.),

jenž uzavřel se zadavatelem Smlouvu I, a tudíž zadavateli z logiky věci zcela odpovídá i za plnění učiněná jeho poddodavatelem. Navrhovatel se tak nemůže z pohledu Úřadu této odpovědnosti zbavit odkazem na ať už skutečná či domnělá pochybení svého poddodavatele (obalovny), neboť za řádné plnění veřejné zakázky měl odpovědnost vůči zadavateli pouze navrhovatel, coby jedna ze stran Smlouvy I, a nikoliv jeho poddodavatel. Úřad v této souvislosti, tj. ve vztahu k tomu, že příslušný dodavatel zadavateli odpovídá i za plnění poskytnuté jeho poddodavatelem, odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu 33 Cdo 1866/2008 ze dne 17. 2. 2011. Byť si je Úřad vědom toho, že citovaný rozsudek se netýká oblasti zadávání veřejných zakázek, lze jej považovat za přílehlavý i na šetřený případ. Úřad má tedy na základě právě řečeného za to, že je nepochybné, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asphaltové směsi SMA 8 za asphaltovou směs SMA 11 došlo na straně navrhovatele, tj. dané pochybení je přičitatelné navrhovateli.

93. S ohledem na výše uvedené je tak možno shrnout, že k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asphaltové směsi SMA 8 za asphaltovou směs SMA 11 ze strany navrhovatele v rámci realizace Smlouvy I skutečně došlo.
94. Dále zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, s.r.o., identifikoval další pochybení navrhovatele, neboť navrhovatelem zhotovená obrusná vrstva vozovky z asphaltového 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 body 63. a 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
95. V souvislosti s výše uvedeným tvrzením, že obrusná vrstva vozovky z asphaltového koberce mastixového SMA 11 vykazovala nedostatečnou tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, odkazuje Úřad na konstataci zadavatele v rozhodnutí o vyloučení, že: *„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.
96. 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, jež tvořily přílohu č. 3 rozhodnutí o vyloučení. Z přípisu „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 předmětného přípisu plyne, 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 naměřený údaj v daném úseku dosahuje hodnoty 8,40, kdy minimální požadavek předepsaný jmenovanou normou na pevnost spojení vrstvy je 15,0 (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
97. 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 mj. 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 především na stav obrusné vrstvy. V rámci pochůzky byla zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. Jednalo se o celkem 26 porušení, jejichž výčet je uveden v předmětném přípisu (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

98. Úřad v této souvislosti 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, popř. ani z obsahu námitek či návrhu, není zřejmé, že by navrhovatel jakkoliv rozporoval, že by k těmto pochybením z jeho strany nedošlo (např. v rámci námitek a návrhu se o těchto pochybeních v podstatě vůbec nezmiňuje). Vzhledem k právě řečenému 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.
99. Úřad tudíž konstatuje, že v případě plnění Smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asphaltové směsi SMA 8 za asphaltovou směs SMA 11, ale i 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). K tomu Úřad poznamenává, že již ta skutečnost, kdy vybraný dodavatel provede plnění jinak, než jak bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, popř. 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, popř. se smlouvou o dílo, přičemž je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby toto co nejlépe odpovídalo jeho potřebám, a pokud dojde k záměně zadavatelem požadovaného plnění za jiné, nelze zcela vyloučit, že výsledné dílo již nebude splňovat všechny kvalitativní požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval. Úřad v dané souvislosti rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 25. 3. 2019, v němž 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 právě řečeného 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 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 91. až 93. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale navíc i takto poskytnuté plnění navrhovatelem vykazuje známky vad (viz opětovně bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí a body 94. až 98. odůvodnění tohoto rozhodnutí), došlo tím ke zmaření účelu Smlouvy I, a tudíž 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: *„Společník nejen že poskytl Zadavateli jiné plnění, než*



*kteřé 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.“, byla shledána dostatečná intenzita závažnosti.*

100. V návaznosti na shora popsané tak má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění Smlouvy I k závažnému pochybení, a proto i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla ve zde projednávané věci naplněna. Na právě učiněném závěru Úřadu nemůže ničeho změnit ani argumentace navrhovatele, jejímž obsahem je tvrzení, že ohledně pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11 nebyl v průběhu realizace Smlouvy I technickým dozorem investora, popř. správcem stavby, upozorňován na pochybení, a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí. Úřad k tomuto opětovně zdůrazňuje, že je to právě navrhovatel, kdo nese výlučnou odpovědnost za řádné, resp. bezvadné plnění veřejné zakázky, k němuž se uzavřením Smlouvy I zavázal, jelikož dle Smlouvy I má povinnost plnit veřejnou zakázku navrhovatel a nikoliv zadavatel. Navrhovatel se přitom této odpovědnosti nemůže zbavit ani poukazováním na ať už skutečná či domnělá pochybení zadavatele, resp. technického dozoru investora či správce stavby. Navíc tvrzení navrhovatele, že během realizace Smlouvy I nebyl ze strany technického dozoru investora, popř. správce stavby, upozorňován na pochybení, a že dané osoby si měly vyžádat vážní lístky asfaltových směsí, nemohou žádným způsobem zpochybnit, natož vyvrátit, fakt, 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 tom, že k pochybení, tzn. záměně materiálu (asfaltových směsí) navrhovatelem již zjevně došlo. Z povahy dané argumentace tak dle přesvědčení Úřadu vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k danému pochybení reálně došlo. Úřad přitom akcentuje, že k učinění závěru, že v rámci plnění Smlouvy I došlo ze strany navrhovatele k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a sice ty, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž bylo současně shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující pouze vůči okolnostem nápravy, a to ještě toliko jednoho pochybení navrhovatele, a to pochybení spočívajícího v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, čili 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 způsobilá jakkoliv 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.

101. 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 (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž jmenovaný soudní znalec ve svém stanovisku, jež navrhovatel učinil přílohou návrhu, závěrem uvedl: „[s] přihlédnutím ke skutečnosti, že z hlediska únosnosti jsou v konstrukci vozovky vrstvy SMA 8 a 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.“
102. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska vyplývá pouze ta skutečnost, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 nejspíše nemá vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, neboť v předmětném stanovisku bylo konstatováno, 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 prokazatelně nemá negativní vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, navíc se jedná pouze o stanovisko a nikoliv o znalecký posudek zpracovaný dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Úřad znovu předesílá, že ani tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit, natož pak vyvrátit, závěr Úřadu, že k závažnému pochybení ze strany navrhovatele při plnění Smlouvy I došlo, neboť navrhovatel opět řeší až nápravu svého pochybení, a to pouze pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, přičemž, jak již Úřad několikrát uvedl, stěžejní z hlediska posouzení závažnosti pochybení je, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I dopustil nejen pochybení spočívajícího v záměně asfaltových směsí, ale i pochybení spočívajícího 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, a proto ji Úřad nemůže přijmout.
103. Navrhovatel v dalším v souvislosti s pojmem „vážné pochybení“ v návrhu odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-465/11 ze dne 13. 12. 2012, v němž je dle navrhovatele uvedeno, že „pojem „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.“ (viz bod 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad s ohledem na shora uvedené skutečnosti konstatuje, že se v daném případě jednalo o závažnou nedbalost navrhovatele, resp. „vážné pochybení“ ze strany navrhovatele, neboť, jak bylo podrobně popsáno již v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí, navrhovatel zadavateli poskytl jiné plnění než to, které bylo stanoveno ve Smlouvě I, a nadto bylo toto jiné plnění poskytnuto ze strany navrhovatele vadně.

104. Navrhovatel v návrhu mj. uvedl, že asfaltové směsi SMA 11 a SMA 8 jsou „vzájemně zaměnitelné. Záměnu neodhalil ani zadavatel, ani jeho technický dozor a ani stěžovatel jednoduše proto, že jediný rozdíl mezi těmito směsi je ve velikosti zrna – rozdíl 3mm, kdy tato záměna z důvodu rozdílu pouze ve velikosti zrna byla zjištěna až laboratorně.“. Z výše uvedeného není Úřadu zcela zřejmé, kam navrhovatel předmětnou argumentací směřoval. Pokud tím však bylo případně myšleno, že záměnu asfaltových směsí nemohl na první pohled rozpoznat, a tím tedy nenese vinu, pak tento jeho výklad nemůže obstát, jelikož kontrolu asfaltové směsi mohl provést jiným způsobem, například vyžádáním si již výše zmíněných vážných lístků, přičemž Úřad opětovně připomíná, že za řádné plnění veřejné zakázky nese odpovědnost navrhovatel a nemůže se jí zprostit ani tvrzením, že si záměny údajně nemohl všimnout. Jak Úřad uvedl, k rozpoznání, že došlo k záměně asfaltových směsí, měl navrhovatel i jiné možnosti než pouze vizuální posouzení.
105. Navrhovatel dále v návrhu argumentuje tím, 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 24.11.2017 a v této výzvě byl uveden datum k odstranění do 30.11. 2017.“. Úřad ve vztahu k výše uvedenému konstatuje, že z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že zadavatel první reklamaci vad při plnění Smlouvy I oznámil navrhovateli již přípisem „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ ze dne 21. 3. 2017 (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Před danou výzvou ze dne 13. 11. 2017 přitom zadavatel navrhovatele opakovaně vyzýval k nápravě. Na základě právě řečeného je tak argumentace navrhovatele, že zadavatel navrhovateli neposkytl dostatečný časový prostor k odstranění vytknuté vady, irelevantní, 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.
106. Navrhovatel dále v rámci své argumentace týkající se záměny zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za směs SMA 11 uvedl mj. 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 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. (...) [j]jednalo se o neodstranitelnou vadu, která vznikla na straně obalovny, u které stěžovatel dodávku asfaltových směsí objednal a stěžovatel o této záměně nevěděl.“.
107. Úřad k výše uvedené argumentaci navrhovatele nemohl přihlídnout, jelikož 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“.

108. K další části argumentace navrhovatele, v rámci níž 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 že: *„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.“*, sděluje Úřad následující.
109. Z povahy dané argumentace dle Úřadu zjevně vyplývá, že v jejím rámci navrhovatel opět řeší pouze okolnosti nápravy daného pochybení a nepopírá tak, že k tomuto pochybení došlo. Úřad v této souvislosti opětovně upozorňuje, že k učinění závěru, že při plnění Smlouvy I došlo ze strany navrhovatele k závažnému pochybení, vedly Úřad stěžejní skutečnosti, a to konkrétně ty, že navrhovatel poskytl zadavateli plnění, jež nejenže neodpovídá smlouvě o dílo (zadávací dokumentaci), ale navíc takto poskytnuté plnění vykazuje známky vad (tedy vzájemná kombinace více pochybení), přičemž zadavatel závažnost pochybení rovněž shledává v kombinaci více pochybení navrhovatele, neboť v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že *„Společník 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.“*, a zároveň bylo shledáno, že k těmto pochybením došlo na straně navrhovatele. Ve světle všech výše uvedených závěrů Úřadu tak argumentace navrhovatele směřující toliko proti okolnostem nápravy, a to ještě jen jednoho pochybení navrhovatele, a sice 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 způsobilá jakkoliv zpochybnit či dokonce vyvrátit výše uvedené dílčí závěry Úřadu (viz souhrnně bod 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pro úplnost Úřad dodává, že je z hlediska posouzení závažnosti pochybení navrhovatele bezpředmětné zabývat se blíže tím, zda se jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, jelikož ať už by bylo konstatováno, že se v případě záměny asfaltových směsí jednalo o odstranitelnou či neodstranitelnou vadu, automaticky by to neznamenalo, že by dané pochybení nemohlo být shledáno závažným. I odstranitelná vada totiž může být dle přesvědčení Úřadu za určitých okolností shledána závažnou, tj. naplňující dikci § 48 odst. 5 písm. d) zákona, nadto sám navrhovatel uvádí, že se jednalo o vadu neodstranitelnou, která má dle Úřadu daleko větší potenciál být shledána závažnou. K tomu je možno doplnit, že v posuzovaném případě byla závažnost pochybení shledána na základě kombinace vícero pochybení navrhovatele, ostatně tuto skutečnost

stvrzuje i zadavatel (viz výše), tzn. nikoliv pouze na základě pochybení spočívajícího v záměně asfaltové směsi. I tuto argumentaci navrhovatele proto Úřad odmítá.

110. Konečně poslední 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.
111. 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 body 69. a 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy tyto přípisy byly přiloženy k rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel ke splnění předmětné podmínky v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že závažné pochybení navrhovatele v daném případě vedlo ke vzniku „jiných srovnatelných sankcí“.
112. Úřad k tomu uvádí, že pojem „jiná srovnatelná sankce“, užitý v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, je zjevně neurčitým právním pojmem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti každého jednotlivého případu, nicméně současně lze z pojmu „sankce“ nepochybně usuzovat, 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 vzniklým 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 dle názoru Úřadu konstatovat, že povinnost uhradit tyto nikterak zanedbatelné finanční částky musela pro navrhovatele představovat určitý nepříznivý následek, čili sankci. Úřad tak má 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 v podstatě stejný nepříznivý následek, jak tomu je v případě škody či předčasného ukončení smluvního vztahu, jelikož uspokojení těch potřeb zadavatele, k nimž mělo směřovat plnění předmětu veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, bylo v důsledku daného závažného pochybení navrhovatele zkomplikováno, resp. ohroženo, kdy zadavatel musel k řádnému dokončení této veřejné zakázky hledat jiné řešení. Lze tudíž shrnout, že i poslední podmínka stanovená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající v tom, že závažné, resp. závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v posuzovaném případě splněna.

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

113. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení popsal, že v souvislosti s plněním Smlouvy II se navrhovatel, resp. společnost ROBSTAV k.s., dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením 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 tak mělo být navrhovatelem dokončeno 6. 11. 2017, kdy dokončení díla nebránily klimatické podmínky, avšak navrhovatel tak neučinil a dílo nedokončil. Správce stavby tudíž vyzval navrhovatele k nápravě prostřednictvím výzvy ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 72. 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 73. 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 (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
114. Úřad tak přistoupil k posouzení toho, zda jsou v případě Smlouvy II naplněny a odůvodněny podmínky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
115. K naplnění podmínky dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona týkající se toho, 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, resp. společností ROBSTAV k.s., přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována.
116. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k jeho vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek dne 24. 10. 2018. Vzhledem k tomu, že Smlouva II byla mezi zadavatelem a navrhovatelem uzavřena dne 3. 10. 2016 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), čili přibližně dva roky před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci Smlouvy II nastalo evidentně v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla splněna.

117. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu sděluje Úřad následující.
118. V případě plnění Smlouvy II z rozhodnutí o vyloučení plyne, že plnění tvořící obsah předmětné smlouvy mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě do 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, a „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017, dále vyplývá následující.
119. 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 dané 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 (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále Úřad odkazuje na přípis „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice - Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, v němž 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 předmětnou 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 (viz bod 73. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K dokončení I. až III. etapy stavby došlo dle konstatace 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 (viz bod 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad současně odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 25. 3. 2019, ve kterém je uvedeno: *„[p]ředmětem 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.“*
120. Na základě shora uvedeného a s ohledem na fakt, 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 je zřejmé z výzvy 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, tzn. nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, nicméně v této době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž nerespektování dodatečné

doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 navrhovatelem vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, již nebylo dle zadavatele v důsledku 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 Společníka, neboť časové prodloužení 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.“ Úřad tak s ohledem na zadavatelem popsané skutečnosti v rozhodnutí o vyloučení a taktéž s ohledem na předmět Smlouvy II, který zadavatel uvedl ve vyjádření k návrhu ze dne 25. 3. 2019, konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění Smlouvy II k prodloužení, jež lze definovat (označit) jako závažné pochybení, jelikož navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tj. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak v uvedené lhůtě navrhovatel dílo prokazatelně 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 již nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel v podstatě 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 proto shrnuje, že takové prodloužení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.

121. Úřad dále přistoupil k vypořádání argumentace navrhovatele, jenž v návrhu uvedl jeho reakci na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017: „[s]právce 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 ovládnání a předvídání není v silách stěžovatele,



*b) správce stavby vydal pokyn k ne zahájení 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.“*

122. Úřad k předemtné reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 poznamenává, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 (viz bod 72. odůvodnění tohoto rozhodnutí) měl navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení dané 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 Správcem stavby stanovených požadavků.“. Dále se Úřad zabýval tvrzením navrhovatele, že nebylo v jeho silách sestavit aktualizovaný harmonogram stavby. Úřad k tomu uvádí, že není pravdou, že by správce stavby vydal pokyn k ne zahájení 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); navrhovateli tudíž nemohla daná skutečnost bránit v sestavení aktualizovaného harmonogramu. Úřad rovněž nemůže přisvědčit argumentaci navrhovatele stran toho, že sestavení harmonogramu je závislé na klimatických podmínkách, jejichž ovládní a předvídní není v silách navrhovatele. Pakliže by dané tvrzení mělo platit, pak by dodavatelé nemohli fakticky nikdy, ani při tvorbě nabídky, sestavit harmonogram, neboť ani v jejich silách není ovládní a předvídní klimatických podmínek. Jako příklad lze uvést dlouhodobější stavební práce (např. 2 roky), jejichž plnění nemůže probíhat v zimních obdobích, přičemž za situace, kdy navrhovatel tvrdí, že sestavení harmonogramu nelze učinit, neboť v silách navrhovatele není ovládní a předvídní klimatických podmínek, by dodavatelé při tvorbě nabídky týkající se těchto dlouhodobějších stavebních prací, které nemůžou probíhat za určitých klimatických podmínek, nemohli nikdy sestavit harmonogram. Navrhovatel dále namítá, že „[d]ne 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 tomuto tvrzení navrhovatele opětovně předesílá, že v předemtné výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 bylo stanoveno, že veškeré požadavky uložené touto výzvou má navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy, avšak navrhovatel splnění požadavku obsaženého v bodě (iii) přisuzuje odesláním 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 nadto dodává, že datum 5. 12. 2017 je období již po druhé výzvě správce stavby, tj. výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017.

123. Navrhovatel v dalším tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, jelikož stavbu dokončil a předal zadavateli dle pokynů. K tomu Úřad konstatuje, že z výše popsaného vyplývá, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale nadto 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, nicméně 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, jímž způsobil, že práce na IV. etapě stavby z důvodů klimatických podmínek již nemohly být realizovány a ignoroval tak předmět plnění Smlouvy II.
124. Navrhovatel v návrhu současně argumentuje tím, 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 zadavatel 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.“* Úřad k tomu uvádí, že dané tvrzení navrhovatele nikterak nevyvrací pro posouzení závažnosti daného pochybení navrhovatele stěžejní skutečnost, a sice tu, že navrhovatel jednak dílo nedokončil ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale nadto posléze 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. Předmětné tvrzení navrhovatele je tak pro posouzení věci z pohledu Úřadu zcela liché.
125. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění Smlouvy II k závažnému pochybení, a proto i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.
126. Poslední 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 konstatuje následující.
127. 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 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Argumentaci navrhovatele týkající se toho, 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 74. odůvodnění tohoto rozhodnutí) až do chvíle, kdy o jeho

případné neplatnosti rozhodne kompetentní orgán, kterým je soud. Úřad podotýká, že navrhovatel ve správním řízení, ani před tím zadavateli, nesdělil, že by se soudně bránil důvodům ukončení Smlouvy II ze strany zadavatele, tj. Úřad těmito informacemi nedisponuje, resp. v takovém případě navrhovatel výše uvedený postup zadavatele svým jednáním akceptoval, a tudíž neexistuje důvodná pochybnost o oprávněnosti postupu zadavatele při ukončení Smlouvy II s navrhovatelem. Vzhledem ke skutečnosti, že tímto 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 mít za to, že i poslední podmínka předvídaná 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 šetřeném případě evidentně 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 63. 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.

128. S odkazem na vše shora 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 citované ustanovení zákona 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 ve zde projednávané věci Úřadem dovozeno a postaveno najisto (k tomu v podrobnostech viz výše). Pro úplnost Úřad doplňuje, 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.
129. Na základě výše uvedených skutečností tak 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, jelikož došlo k naplnění všech podmínek pro možnou aplikaci citovaného ustanovení zákona.
130. Úřad dále přistoupil k vypořádání další argumentace navrhovatele. Navrhovatel namítá, že se v daném případě jedná ze strany zadavatele o nepřípustnou retroaktivitu, kdy 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.“*

131. Úřad v reakci na předmětné tvrzení navrhovatele odkazuje na § 48 odst. 5 písm. d) zákona, podle kterého: *„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 citovaného ustanovení zákona dle názoru Úřadu 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 zákona 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 ZVZ, či na základě zákona. 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 stěžejní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 - 56“, přičemž Úřad uvádí, že toto zadávací řízení bylo zahájeno dne 24. 10. 2018 odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek k uveřejnění, tedy již v době, kdy byl účinný zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016), a zadavatel tak byl oprávněn využít postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad nadto doplňuje, že lze přisvědčit názoru zadavatele, že pokud by měla platit shora předestřená argumentace navrhovatele, mohli by zadavatelé postup dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona aplikovat minimálně po dobu 3 let od nabytí účinnosti zákona ve velmi omezené míře. Úřad nemá za to, že bylo záměrem zákonodárce, aby se rozhodná doba 3 let ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona vztahovala až na zadávací řízení zahájená po nabytí účinnosti zákona, tj. po dni 1. 10. 2016, čímž by byla aplikovatelnost předmětného ustanovení zákona reálně na několik let vyloučena.
132. V daném případě není dle přesvědčení Úřadu namíste ani odkaz navrhovatele na ustanovení § 273 odst. 1 zákona, neboť již výše bylo deklarováno, že je relevantní, kdy bylo zahájeno zadávací řízení, v němž zadavatel vylučuje příslušného účastníka zadávacího řízení, a nikoliv okamžik zahájení zadávacích řízení, ve kterých došlo ze strany tohoto 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 za této situace aplikovat § 273 odst. 1 zákona.
133. Co se týče argumentace navrhovatele odkazem na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, pak Úřad předesílá, že předmětnou argumentaci navrhovatele vztahující se

ke jmenované veřejné zakázce pokládá za irelevantní, neboť zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku z důvodů závažných pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit v rámci plnění Smlouvy I na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a Smlouvy II na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice – Mirovice“, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“.

134. Navrhovatel taktéž namítá, že pro „*vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zák. č. 134/2016 Sb., je nutné, aby existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel 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 k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Až poté, co bude na základě pravomocného rozsudku postaveno najisto, že je uchazeč nezpůsobilý, je možné uplatnit právo zadavatele na vyloučení takového uchazeče.*“.
135. Úřad k tomuto primárně podotýká, 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, jež 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 není v citovaném ustanovení zákona ani zmínka. Z právě řečeného 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 něž vylučuje účastníka ze zadávacího řízení, splňují požadavky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, čemuž zadavatel v přezkoumávaném případě z pohledu Úřadu plně dostál. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by s sebou fakticky přinesla nemožnost aplikace tohoto ustanovení, tzn. zákon by nijak nechránil toho zadavatele, pro něhož je podstatné, zda dodavatel v předchozích smluvních vztazích realizoval plnění v rozsahu a kvalitě požadované v zadávací dokumentaci, popř. ve smlouvě o dílo, což je právě dle názoru Úřadu smyslem shora citovaného ustanovení zákona. Úřad doplňuje, že zatímco příslušný 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. Úřad poznamenává, že z ustanovení § 248 zákona zcela jednoznačně plyne, že v oblasti zadávání veřejných zakázek je Úřad příslušný k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky (nikoliv tedy pro zadání veřejné zakázky malého rozsahu, nejedná-li se o postup dle § 248 odst. 2 zákona, tj. zadání veřejné zakázky malého rozsahu při dobrovolné volbě přísnějšího režimu), včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, mezi které patří rámcové dohody, dynamický nákupní systém a soutěž o návrh. Úřad rovněž projednává přestupky dle zákona a ukládá pokuty za jejich spáchání. Je tedy evidentní, že dle zákona Úřad nemá kompetenci autoritativně rozhodovat o těch otázkách, jež náleží do kompetence soudů. Úřad ve správním řízení posuzuje výhradně postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek v rámci zákona, tj. zda

úkony zadavatele jsou v souladu se zákonem, včetně základních zásad zadávání veřejných zakázek vyjádřených v § 6 zákona. Úřad tudíž v tomto správním řízení přezkoumal, zda je v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele transparentním, a tím i přezkoumatelným, způsobem zachyceno, na základě jakých důvodů přistoupil zadavatel k vyloučení navrhovatele, a zda tyto důvody naplňují předpoklady stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž dospěl k závěru, že tomu tak je, tj. že zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení oprávněně.

136. Úřad nadto odkazuje rovněž na komentářovou literaturu<sup>4</sup>, ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona 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.*“. Danou argumentaci navrhovatele je tak z výše uvedených důvodů třeba odmítnout.
137. Navrhovatel dále argumentuje tím, že „*[z]adavatel svá tvrzení o tom, že mu vznikl nárok na smluvní pokutu (...) neprokazuje žádným pravomocným rozhodnutím, tudíž se o nárok nejedná, ale pouze o jím tvrzené právo, když o nárok se jedná až v případě, že by bylo tvrzené právo prokázáno soudně a soudně příznáno. 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, presumce nevinny), je nutno pohlížet na navrhovatele jako na „nevinného“, tedy že se závažného jednání vůči zadavateli nedopustil, než je prokázán opak.*“. K tomu Úřad 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, tj. že v rámci zadávacího řízení není možné aplikovat zásady trestního řízení, například zásadu „in dubio pro reo“ a presumci nevinny, které uvedl navrhovatel, neboť se zadávací řízení těmito zásadami neřídí. Zadávání veřejných zakázek je ovládáno zásadami definovanými v § 6 zákona.
138. Navrhovatel v návrhu dále namítá, 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.*“. Úřad ve vztahu k tomuto 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.*“. Z citovaného ustanovení zákona a především ze skutečnosti, že spojka „nebo“ je svou povahou spojkou vylučovací, vyplývá, že zadavatel pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí prokázat, že se jednalo buď o závažná, nebo o dlouhodobá

---

<sup>4</sup> DVORÁK, 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.

pochybení, přičemž v posuzovaném případě, jak Úřad zevrubně popsal a dovedl výše, zadavatel prokázal a odůvodnil, že se navrhovatel při plnění Smlouvy I a Smlouvy II dopustil **závažných pochybení**. Úřad poznamenává, že není relevantní, zda se jednalo o ojedinělá pochybení a předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele realizoval, byly údajně úspěšně dokončeny, 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 ta skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení zákona, mezi něž mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení, tj. veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, na niž byla uzavřena Smlouva I, a veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“, na jejíž plnění byla uzavřena Smlouva II.

139. Dále navrhovatel v návrhu tvrdí, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil v rozhodnutí o vyloučení neurčitě a dané rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné. Úřad k tomuto tvrzení ve stručnosti uvádí, že navrhovatel neodkazuje na konkrétní části rozhodnutí o vyloučení, ve vztahu k nimž 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, přičemž dospěl k závěru, že zadavatel důvody pro vyloučení navrhovatele vymezil podrobně, srozumitelně a určitě, čímž tedy dodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona.
140. Úřad konstatuje, že ačkoliv navrhovatel výslovně nebrojí proti nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, Úřad posoudil, zda předmětné rozhodnutí vyhovuje požadavkům zákona, tj. zda zadavatel při vyřízení námitek navrhovatele postupoval v souladu s § 245 odst. 1 zákona. V rámci tohoto posouzení přitom bral Úřad do úvahy i závěry vyjádřené v rozhodnutích předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0217/2018/VZ-07040/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019 a č. j. ÚOHS-R0220/2018/VZ-07050/2019/323/JKt ze dne 11. 3. 2019, v nichž byly řešeny po obsahové stránce obdobné případy, jako tomu je v rámci vedeného správního řízení, tj. oprávněnost vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, kdy se jednalo o identické osoby zadavatele i navrhovatele, přičemž předseda Úřadu v bodech 41. odůvodnění shora citovaných rozhodnutí konstatoval, že *„[n]a 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.“* S ohledem na výše popsané skutečnosti tak Úřad dospěl k závěru, že ve zde projednávané věci postupoval zadavatel při vyřízení námitek navrhovatele v souladu se zákonem, tj. rozhodnutí o námitkách nelze dle přesvědčení Úřadu považovat za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

141. Úřad na tomto místě konstatuje, že na základě výše uvedených skutečností byl v posuzovaném 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 zákona.
142. Ve světle všech shora uvedených skutečností a v souvislosti se všemi zjištěnými poznatky tudíž Úřad uzavírá, že v šetřeném případě neshledal u postupů zadavatele namítaných navrhovatelem důvody pro uložení nápravného opatření, a proto podle § 265 písm. a) zákona rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh navrhovatele zamítl.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu 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