



UOHSX00E9NIW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0415/2020/VZ

Brno 22.12.2020

Číslo jednací: ÚOHS-41577/2020/510/MKo

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 12. 10. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 10. 2020 JUDr. Danielem Volopichem, advokátem Advokátní kanceláře Volopich, Tomšíček & spol. s.r.o., IČO 02476649, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň - Severní Předměstí, ev. č. ČAK 07162,
- navrhovatel – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „III/0106 Jenštejn“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zahájeno dne 7. 7. 2020 na základě výzvy k podání nabídek (systémové číslo veřejné zakázky P20V00001009),

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – ze dne 12. 10. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5 – učiněných při zadávání veřejné zakázky

„III/0106 Jenštejn“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, které bylo zahájeno dne 7. 7. 2020 na základě výzvy k podání nabídek (systémové číslo veřejné zakázky P20V00001009), **se podle ustanovení § 265 písm. a) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 00066001, se sídlem Zborovská 81/11, Smíchov, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 9. 10. 2020 JUDr. Danielem Volopichem, advokátem Advokátní kanceláře Volopich, Tomšíček & spol. s.r.o., IČO 02476649, se sídlem Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň - Severní Předměstí, ev. č. ČAK 07162 (dále jen „zadavatel“), jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájil dne 7. 7. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek (dále jen „výzva“) na profilu zadavatele zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „III/0106 Jenštejn“ (dále jen „veřejná zakázka“). Veřejná zakázka byla uveřejněna na profilu zadavatele pod systémovým číslem P20V00001009.
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu 2. výzvy *»provedení stavebních prací a poskytnutí souvisejících dodávek a služeb spočívajících v provedení stavby „III/0106 Jenštejn“ (dále též jen „stavba“ nebo „dílo“). Předmětem plnění díla je oprava silnice č. III/0106 o výměře 9820,8 m² (délka úseku 1364 m, prům. šířka 7,2 m). Technologie opravy spočívá v odfrézování stávajícího živičného krytu v tl. 100 mm, odstranění nánosů z krajnic vč. odvozu, provedení očištění, výšková úprava povrchových znaků, pokládka ACL v tl. 50 mm a ACO v tl. 50 mm (vč. spojovacích postříků), frézování a zalití spár, zřízení krajnic a realizace VDZ. Součástí stavby je návrh, projednání a realizace DIO.«.*
3. Zadavatel stanovil ve shora jmenovaném článku výzvy předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 7 573 814 Kč bez DPH.
4. Zadavatel dne 3. 9. 2020 rozhodl o vyloučení dodavatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“) – a to s odkazem na ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona. „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení“ ze dne 3. 9. 2020 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení navrhovatele“) bylo navrhovateli doručeno téhož dne.

V odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel upřesnil, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění:

- **smlouvy o dílo ze dne 18. 7. 2017** uzavřené se zadavatelem – statutární město Plzeň, IČO 00075370, se sídlem nám. Republiky 1, 301 00 Plzeň (dále jen „zadavatel město Plzeň“), na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce vodovodu a kanalizace včetně odboček, Plzeň, vnitroblok Lábkova“ (dále jen „smlouva I“),
- **smlouvy o dílo ze dne 14. 7. 2017**, číslo smlouvy objednatele SDL/OREG/639/17, uzavřené mezi navrhovatelem (v dané době společnost ROBSTAV stavby k.s.,

se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, pozn. Úřadu) a zadavatelem – Jihočeský kraj, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice (dále jen „**zadavatel JK**“) na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modernizace komunikací II. třídy (P10) A – ČÁST A: Silnice II/122“ (dále jen „**smlouva II**“),

- **smlouvy o dílo ze dne 12. 7. 2017**, číslo smlouvy objednatele SOD/OREG/642/17, uzavřené mezi navrhovatelem (v dané době společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek, pozn. Úřadu) a zadavatelem JK na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B – ČÁST C: Silnice II/159“ (dále jen „**smlouva III**“),
- **smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016**, uzavřené se zadavatelem – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „**zadavatel ŘSD**“) na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s označením „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „**smlouva IV**“),
- **smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016**, uzavřené se zadavatelem ŘSD na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s označením „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „**smlouva V**“).

5. Dne 17. 9. 2020 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí o svém vyloučení (dále jen „námitky“). Rozhodnutím o námitkách signovaným dne 1. 10. 2020, které bylo navrhovateli doručeno dne 2. 10. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 12. 10. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 12. 10. 2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
8. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-32278/2020/523/JŠi ze dne 14. 10. 2020.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-32294/2020/523/JŠi ze dne 14. 10. 2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

11. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-37999/2020/500/JBě ze dne 26. 11. 2020 Úřad zadavateli nařídil z moci úřední podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-39253/2020/523/JŠi ze dne 4. 12. 2020 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel ani navrhovatel se ve stanovené lhůtě a ani později v rámci správního řízení nevyjádřili.

Obsah návrhu

13. Navrhovatel návrhem brojí proti rozhodnutí o svém vyloučení, potažmo proti rozhodnutí o námitkách, které považuje za netransparentní. Je přesvědčen o tom, že pro jeho vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona nebyly naplněny zákonné důvody, neboť zadavatel podle jeho názoru neprokázal pluralitu závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu, dovozuje závažnost pochybení kumulací více pochybení, přestože se těchto pochybení měl navrhovatel dopustit v době delší než 3 roky od zahájení zadávacího řízení, a dále neprokázal a přezkoumatelným způsobem neodůvodnil existenci závažných a dlouhodobých pochybení. Navrhovatel zastává názor, že odkaz na rozhodovací praxi nemůže obstát, když některá tvrzená pochybení řešená Úřadem nastala v době delší než tři roky přede dnem zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel v oznámení o vyloučení neoznačil objektivní důkazy k prokázání jím tvrzených důvodů vyloučení. Dále je navrhovatel přesvědčen o tom, že tvrzené důvody vyloučení pro pochybení u smlouvy I, smlouvy II a smlouvy III jsou nedostatečně zdůvodněné, rozporuplné, nekonkrétní. Navrhovatel dále uvádí, že při plnění smlouvy V nedošlo k tvrzeným pochybením a při plnění smlouvy IV nedošlo záměnou směsi k závažnému porušení smlouvy IV a že byla dodána kvalitnější směs, dále, že zde nebyla prokázána tvrzená nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v rozsahu tvrzeném zadavatelem ŘSD a dále, že navrhovatel nebyl v prodlení s odstraněním údajných vad a že záměna směsi byla provedena ze strany obalovny, u které směs objednal. Navrhovatel dále zastává názor, že zadavatel neprokázal naplnění podmínky, že údajná závažná nebo dlouhodobá pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím a dodává, že neplatné uplatnění smluvní pokuty nebo neplatné odstoupení od smlouvy není následkem dle ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
14. Navrhovatel uvádí, že prokazatelně obnovil svoji způsobilost a prokázal, že plní řádně, když přímo u zadavatele realizoval v poslední době několik zakázek, na základě nichž mu bylo zadavatelem vydáno osvědčení o řádném a odborném provedení a splnění termínů. Dále navrhovatel jmenuje další zakázky, které byly realizovány v letech 2018 a 2019 a které byly převzaty zadavatelem jakožto zástupcem objednatele. Obnovení způsobilosti navrhovatel rovněž dokládá skutečností, že zadavatel město Plzeň zrušil vyloučení navrhovatele právě z důvodu prokázání nápravných opatření. Podle názoru navrhovatele se s uvedenou argumentací (doložení kladných zkušeností zadavatele a jiných zadavatelů) zadavatel v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným způsobem nevypořádal.
15. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že je vyloučen účelově v řízení, které je zahájeno těsně před skončením tříleté doby dle dikce § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Podle jeho názoru je

zadavatel povinen při posuzování skutečnosti, zda nastaly podmínky pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona předně vycházet z vlastních zkušeností s účastníkem řízení, pokud je má, a teprve v případě, kdy nemá vlastní zkušenost, může posuzovat naplnění podmínek vyloučení při plnění dřívějšího smluvního vztahu pro jiného veřejného zadavatele. Navrhovatel dále uvádí, že považuje veškerá učiněná právní jednání mající charakter reklamace vad díla prováděného v rámci zakázky „Rekonstrukce komunikace III/00312 ul. Rooseveltova úsek Kolovratská – Kuříčko“ (dále jen „Kuříčko“) za neplatná. Obdobně účelově podle názoru navrhovatele zadavatel argumentuje ve vztahu k zakázce „II/113 Mukařov-Struhařov“ a „II/105 Netvořice“. Ve vztahu k uvedené argumentaci zadavatele považuje navrhovatel rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné. Ve vztahu k argumentaci zadavatele, podle níž řádnost provedení staveb nepodporují ani navrhovatelem předložené referenční listy ke stavbě „II/272 Bělá p. B – Březinka“ a ke stavbě „II/101 Říčany – Kolovratská“, navrhovatel uvádí, že se zde jedná o účelové, lživé a nepodložené tvrzení zadavatele, které má za následek nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách.

16. Navrhovatel dovozuje nezákonnost rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení též ze skutečnosti, že zadavatel JK nespátřuje v jednání navrhovatele při plnění smluv II a III závažná pochybení, která by byla důvodem pro jeho vylučování, neboť mezi navrhovatelem a zadavatelem JK byly od doby těchto údajných pochybení již uzavřeny nové smlouvy. Navrhovatel dále na podporu uvedeného závěru uvádí, že uzavřel smlouvy o dílo na realizaci veřejných zakázek rovněž se zadavatelem, jehož zřizovatelem je zadavatel JK. Dále navrhovatel upozorňuje, že od doby údajných pochybení byly mezi navrhovatelem a zadavatelem město Plzeň uzavřeny nové smlouvy na plnění veřejných zakázek, z čehož navrhovatel dovozuje, že zadavatel město Plzeň nespátřuje v jednání navrhovatele při plnění smlouvy I závažná pochybení, která by byla důvodem pro vylučování. Argumentaci zadavatele ve vztahu k uvedené námitce navrhovatele považuje navrhovatel za nepřezkoumatelnou.
17. Navrhovatel odkazuje na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie (sp. zn. C-465/11), podle níž se pojem „vážné pochybení“ obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti a dodává, že v případě pochybení navrhovatele nelze hovořit o zlém úmyslu.
18. Navrhovatel dále upozorňuje, že doložil dokument zadavatele ŘSD, podle něhož je možné pro údajná pochybení při plnění zakázek „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“ vyloučit navrhovatele pouze do 21. 3. 2019. Uvádí, že ve vztahu k uvedené námitce se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevyjádřil.
19. Navrhovatel je přesvědčen o tom, že pluralitu pochybení nelze dovozovat z pochybení v rámci více smluvních vztahů, ale pouze jednoho smluvního vztahu, což dovozuje z čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES. Vzhledem k tomu, že zadavatel dovozuje pluralitu závažných pochybení z vícero jednotlivých smluv, má uvedené podle názoru navrhovatele za následek nezákonné vyloučení navrhovatele.
20. V souvislosti s plněním smlouvy I se měl navrhovatel podle rozhodnutí o vyloučení navrhovatele dopustit pochybení tím, že osadil odlišné potrubí DN 600 mezi šachtami Š2 – Š3, kdy místo potrubí „trouba kameninová hrdlová, třída pevnosti 160“ bylo osazeno potrubí

„FN 57C, s třídou pevnosti 95“. Navrhovatel uvádí, že z odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele není zřejmé, zda zadavatel spatřuje v pochybení navrhovatele pochybení závažné nebo dlouhodobé, a proto považuje rozhodnutí o vyloučení za nepřezkoumatelné. Dodává, že s uvedenou námitkou se zadavatel nevypořádal ani v rozhodnutí o námitkách. Dále navrhovatel upozorňuje, že smlouva I nebyla ukončena z důvodu osazení odlišného potrubí, ale byla ukončena z důvodu porušení povinností zadavatelem město Plzeň, když uvedený zadavatel neposkytl navrhovateli nutnou součinnost k provedení víceprací. S ohledem na tuto skutečnost odstoupil navrhovatel od smlouvy I dopisem ze dne 13. 12. 2017. Dodává, že s odstoupením zadavatele město Plzeň od smlouvy I navrhovatel nesouhlasil a považuje ho za neplatné, což sdělil uvedenému zadavateli dopisem ze dne 8. 12. 2017. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, v čem spatřuje mnohost pochybení v rámci smlouvy I, čímž podle názoru navrhovatele nezákonně rozšířil důvody vyloučení a učinil tak rozhodnutí o vyloučení navrhovatele i rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelnými. Navrhovatel dodává, že zadavatel byl rovněž povinen se vypořádat s namítanou neplatností odstoupení zadavatele město Plzeň. Navrhovatel dodává, že zadavatel město Plzeň nestanovil navrhovateli přiměřenou lhůtu k odstranění nedostatků, což nemůže jít, podle jeho názoru, k tíži navrhovatele. Dodává, že i v případě, že by se přes stanovení nepřiměřené lhůty jednalo o pochybení navrhovatele, nenaplnilo by s ohledem na jednání navrhovatele ve snaze při zjednání nápravy intenzitu závažnosti nebo dlouhodobosti. Podle názoru navrhovatele zadavatel neprokázal, že by se navrhovatel při plnění smlouvy I dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení, která by vedla k předčasnému ukončení smlouvy I. Zadavatel podle názoru navrhovatele rezignoval na důkazní břemeno.

21. V souvislosti s plněním smlouvy II se měl navrhovatel dopustit závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením díla, přičemž ze strany zadavatele JK byla vyčíslena smluvní pokuta. Dále se měl navrhovatel dopustit pochybení při provádění díla spočívajícího ve zhotovení díla s nevyhovujícími parametry, v důsledku čehož měl jmenovaný zadavatel uplatnit slevu z ceny díla. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel neprokázal, že by se navrhovatel dopustil jakéhokoli prodlení s dokončením díla z důvodů na straně navrhovatele. Navrhovatel dále uvádí, že údajné prodlení nevedlo k zadavatelem tvrzené smluvní pokutě. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje na nepřezkoumatelnost rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a rozhodnutí o námitkách.
22. V případě smlouvy III se měl navrhovatel dopustit závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením díla a pochybení při provádění díla spočívajícího ve zhotovení díla s nevyhovujícími parametry. Uvedená pochybení jsou v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvedena podle názoru navrhovatele pouze v podobě tvrzení, z nichž není zřejmé, kdy se měl navrhovatel dostat do prodlení, kdy mělo skončit, a tedy se k uvedenému nemohl navrhovatel relevantně vyjádřit. Ve vztahu k vyloučení navrhovatele ve spojení s plněním smlouvy III uvádí zadavatel podle navrhovatele v rozhodnutí o námitkách některé zcela nové důvody vyloučení. Uvedené považuje navrhovatel za důvod pro zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, neboť navrhovatel neměl možnost proti novým argumentům zadavatele brojit námitkami.
23. Ve vztahu ke smlouvě II i ke smlouvě III navrhovatel uvádí, že dílo bylo užíváno a bylo tedy způsobilé k předání, z čehož dovozuje, že zadavateli JK nevznikl nárok na smluvní pokutu

a že navrhovatel nebyl v prodlení. Podle názoru navrhovatele byl zadavatel povinen řádně zdůvodnit, v čem lze přes užívání díla považovat dílo za nezpůsobilé k předání, a tedy prokázat závažnost tvrzeného pochybení. Ve vztahu k vadám díla, jejichž existenci v tvrzeném rozsahu navrhovatel sporuje, navrhovatel uvádí, že zadavatel JK uplatnil pouze práva z vadného plnění a jednání navrhovatele tak nevedlo k jiné srovnatelné sankci ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

24. Z výše uvedeného navrhovatel dovozuje, že podmínky pro jeho vyloučení nebyly ve vztahu ke smlouvám II a III naplněny.
25. V souvislosti se smlouvou IV je navrhovatel rovněž přesvědčen, že nenastaly zákonné důvody pro jeho vyloučení. Uvádí, že zadavatel řádně a přezkoumatelným způsobem neodůvodnil, v čem lze spatřovat závažnost uvedených pochybení (zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto požadovaného SMA 8, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky, nedostatečná pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky, neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě). S odkazem na rozhodovací praxi Úřadu navrhovatel uvádí, že uvedená pochybení nemohou být posouzena samostatně jako závažná. Dodává, že v novém rozhodnutí Úřad potvrdil, že pochybení týkající se vadného provedení díla v souvislosti se smlouvou IV nespĺňují časovou podmínku. Co se týče možné relevantnosti neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě, navrhovatel zastává názor, že se nejedná o závažné nebo dlouhodobé pochybení, a proto k uvedenému pochybení nelze podle názoru navrhovatele pro potřeby rozhodnutí o vyloučení navrhovatele přihlížet. Navrhovatel dále uvádí, že opakovaně poukázal na skutečnost, že nebylo prokázáno, že by uplatnění vad díla (reklamací) od zadavatele ŘSD řádně obdržel. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele rezignoval na svoji povinnost prokázat navrhovateli existenci pochybení a jejich závažnost nebo dlouhodobost. Navrhovatel rozporuje, že by byl jakkoliv v prodlení s odstraněním vad díla a že by ze strany zadavatele ŘSD bylo postupováno řádně a v souladu se smlouvou IV. Prokázání uvedeného je podle názoru navrhovatele věcí zadavatele. Navrhovatel dodává, že v předmětné věci není možné odkázat na rozhodnutí Úřadu, když toto neřeší uvedenou problematiku. V dané věci se zadavatel podle názoru navrhovatele nevypořádal s námitkami přezkoumatelným způsobem. Navrhovatel má za to, že zadavatel byl povinen prokázat, že stěžovatel nesplnil termín pro odstranění vad díla, resp. prokázat, že navrhovateli vznikla podle smlouvy IV povinnost tyto vady odstranit a že byla stanovena lhůta pro jejich odstranění v souladu se smlouvou IV, k čemuž nedošlo a důkazní břemeno tak leží na zadavateli. Navrhovatel dále k uvedenému pochybení uvádí, že termín pro odstranění údajných vad stanovený zadavatelem ŘSD nebylo možné splnit nejen z důvodu nepřiměřenosti stanovené doby, ale také z důvodu nezbytného zajištění DIO, uzavírek apod. Odstranění vad tak bylo podle názoru navrhovatele znemožněno z důvodů na straně zadavatele ŘSD. Navrhovatel dále upozorňuje na nepřezkoumatelnost rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z toho důvodu, že zadavatel zde neuvedl, v souvislosti s jakým pochybením zadavatel ŘSD požadoval smluvní pokutu a uhrazení nákladů. Dodává, že se jednalo o vadu neodstranitelnou (pro kterou lze požadovat nejvýše přiměřenou slevu z ceny díla), a že vznik nákladů za odstranění vady jiným subjektem není jinou srovnatelnou sankcí, nýbrž se jedná pouze o právo objednatele podle čl. 11.4. písm. a) Smluvních podmínek pro výstavbu. Navrhovatel upozorňuje, že ani s touto námitkou se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal. Navrhovatel dále popisuje chronologii korespondence mezi navrhovatelem a zadavatelem ŘSD v souvislosti s reklamací

plnění ze smlouvy IV. Navrhovatel dodává, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli ŘSD vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda, anebo že by bylo uplatněné právo na smluvní pokutu či nákladů oprávněné. Dále navrhovatel uvádí, že podle stanoviska soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017 byla realizovaná záměna asfaltové směsi ku prospěchu díla z důvodu požadavku zadavatele ŘSD provádět pokládku asfaltových směsí v zimním období. Navrhovatel uvádí, že se zadavatel rovněž nevypořádal s argumentací, že záměna směsi nebyla vadou, když se jednalo o lepší řešení. Podle názoru navrhovatele se zadavatel dostatečně nevypořádal v rozhodnutí o námitkách se skutečností, že výzva ze dne 13. 11. 2017 byla doručena až dne 24. 11. 2017 resp. 30. 11. 2017 s termínem odstranění 30. 11. 2017, tedy termínem nemožným. K prokázání skutečnosti, že záměna směsi neměla negativní dopad na užité vlastnosti předmětné obrusné vrstvy, navrhuje navrhovatel znalecký posudek znalce z oboru stavebnictví. Rovněž navrhuje ze strany znalce posoudit skutečnost, zda a v jakém rozsahu byla na díle realizovaném na základě smlouvy IV vada představující nedostatečnou tloušťku obrusné vrstvy vozovky a vada představující nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele, že by odmítal provést řádné a úplné odstranění vad. Podle názoru navrhovatele se zadavatel dostatečně nevypořádal v rozhodnutí o námitkách se skutečností, zda se jednalo o neodstranitelnou vadu či nikoli. Netransparentnost rozhodnutí o námitkách spatřuje navrhovatel rovněž v tom, že zadavatel nepravdivě uvádí, že se navrhovatel zaměřuje na okolnosti nápravy daného pochybení a zpochybnění oprávněnosti zadavatele ŘSD postupovat určitým způsobem k nápravě pochybení, a že současně nepopírá skutečnost, že k pochybení došlo.

26. Ve vztahu ke smlouvě V navrhovatel uvádí, že z jeho strany v dané věci nedošlo k závažným pochybením, že stavbu dokončil a předal podle pokynů zadavatele ŘSD a že odstoupení od smlouvy je neplatné. Dále navrhovatel chronologicky popisuje komunikaci se zadavatelem ŘSD, která předcházela odstoupení zadavatele ŘSD od smlouvy V a rovněž komunikaci následnou. Navrhovatel uvádí, že vzhledem k požadavku na technologické pauzy při provádění díla v rozsahu 36 dnů nebylo fakticky možné dílo dokončit v době uvedené ve smlouvě V. K prokázání této skutečnosti navrhovatel navrhuje znalecký posudek znalce v oboru stavebnictví. Navrhovatel je přesvědčen, že nejsou splněny podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro jeho vyloučení, případně, že nebyla naplněna pluralita závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění smlouvy V. Dodává, že důvody vyloučení uvedené v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele jsou nepřezkoumatelné, nelogické a rozporuplné. V rozhodnutí o námitkách pak podle názoru navrhovatele zadavatel rozšiřuje důvody vyloučení oproti obsahu rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, když nově uvádí, že mnohost pochybení spatřuje ve významném prodloužení se zhotovením plnění dle smlouvy a nezjednání nápravy ani učinění pokusu o ni. Navrhovatel považuje v dané části rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné, když podle jeho názoru není zřejmý důvod vyloučení navrhovatele a kdy se zadavatel nově snaží účelově dovozovat pluralitu pochybení u smlouvy V z neexistujících důvodů. Současně navrhovatel dodává, že nesouhlasí ani se závěry Úřadu, na které zadavatel odkazuje.
27. Navrhovatel dále uvádí seznam stavebních prací, které od roku 2015 do roku 2018 řádně a včas realizoval pro zadavatele ŘSD, na základě čehož dovozuje, že v případě uváděných pochybení navrhovatele ve vztahu ke smlouvě IV a smlouvě V nelze hovořit o dlouhodobosti.

Ve vztahu k uvedené argumentaci považuje navrhovatel vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné.

28. Podle názoru navrhovatele zadavatel pomíjí skutečnost, že možnost vyloučit účastníka řízení z tohoto zadávacího řízení pro nezpůsobilost podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona je dána až s účinností zákona. Domnívá se, že zadávací řízení na veřejné zakázky s názvem „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (smlouva IV) a „I/19 Plíškovice-Mirovice“ (smlouva V) byla zahájena před dnem 1. 10. 2016, a tedy vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zákona, kdy je nutné postupovat podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), je napadené rozhodnutí nezákonné, neboť se jedná o nepřipustnou retroaktivitu.
29. K zakázce „I/19 Plíškovice-Mirovice“ navrhovatel uvádí, že ačkoliv zadavatel určil navrhovateli termín zahájení prací na 04/2017, předal mu fakticky staveniště až dne 23. 8. 2017. Navrhovatel zmiňuje rovněž veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, kde rovněž zadavatel určil navrhovateli termín zahájení prací na 04/2017, avšak fakticky mu staveniště předal až dne 22. 6. 2017. Navrhovatel v případě obou jmenovaných veřejných zakázek obhajuje pozdější předání díla klimatickými podmínkami a neplánovanými vícepracemi.
30. Dále navrhovatel namítá, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by kterémukoli jinému zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda, anebo že by bylo jiným zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné. Podle názoru navrhovatele nelze za jinou srovnatelnou sankci považovat smluvní pokutu jako takovou bez dalšího, neboť je potřeba posoudit její oprávněnost a její dopad. Podle názoru navrhovatele byl zadavatel povinen odůvodnit, v čem lze spatřovat smluvní pokutu jako jinou srovnatelnou sankci, a proč tvrzené smluvní pokuty u zadavatelem namítaných smluvních vztahů naplňují podmínku jiné srovnatelné sankce, což neučinil. Uvedené má podle názoru navrhovatele za následek nepřezkoumatelnost rozhodnutí o námitkách.
31. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel nebyl oprávněn rezignovat na zkoumání, zda k závažným pochybením došlo či nikoliv, jakož i odkázat na rozhodnutí Úřadu v případě, že tato rozhodnutí již nedopadají na stávající skutkový stav.
32. Navrhovatel dále uvádí, že přijal opatření, která vedla k dalšímu kvalitativnímu zlepšení společnosti. Konkrétně přestal odebírat asfaltové směsi od cizích obaloven, zavedl násobnou kontrolu objednávaných stavebních materiálů pro plnění každé zakázky, dvojnásobnou kontrolu vážních lístků za materiál dodávaný z lomů a obaloven, před zahájením každé zakázky realizuje speciální poradu, na níž jsou všichni vedoucí pracovníci podrobně seznámeni s dokumentací, termíny a postupem prací a je určen koordinátor zakázky a nad rámec uvedeného se konají pravidelné schůzky všech stavbyvedoucích, výrobního ředitele, výkonného ředitele a technické skupiny přípravy staveb za účelem efektivního využívání personálních a technických kapacit k provádění zakázek tak, aby nedocházelo k prodlení. Dále uvádí, že zajistil další techniku, navýšil počet pracovníků, uzavřel rámcovou smlouvu o spolupráci se společností KOPESO s.r.o. pro případ náhlého zjištění nutnosti posílení pracovních kapacit, uzavírá smlouvy na plnění, ve kterých vystupuje jako zhotovitel s ohledem na své technické a personální možnosti, přijal výkonného ředitele za účelem zefektivnění provádění zakázek jak po stránce personální, tak technické, úspěšně obhajuje

ISO 9001 a rozšířil certifikaci o ISO 14001 a certifikát ISO 18001, rozvázal pracovní poměr s hlavním stavbyvedoucím, který měl na starost realizaci veřejných zakázek „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice-Mirovice“. Účinnost přijatých opatření podle názoru navrhovatele stvrzují referenční listy zadavatele Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje a jiných zadavatelů, zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele „zadavatelem město Plzeň“ a uzavření nových smluv dalšími zadavateli. Ve vztahu k uvedené argumentaci považuje navrhovatel rovněž vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné.

33. Z výše uvedených důvodů se navrhovatel domáhá zrušení rozhodnutí o námitkách a zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele.

Vyjádření zadavatele k návrhu

34. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 22. 10. 2020, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, zadavatel uvádí, že navrhovatel v návrhu pouze opakuje tvrzení, která již uváděl v námitkách a která zadavatel, dle jeho názoru, přesvědčivě odmítl v rámci rozhodnutí o námitkách. Argumentaci navrhovatele ohledně nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách považuje za účelovou. Zadavatel plně odkazuje na obsah rozhodnutí o námitkách a v daném vyjádření uvádí pouze reakce na tvrzení navrhovatele, která v návrhu reagují na argumentaci zadavatele uvedenou v rozhodnutí o námitkách.
35. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedenou argumentaci navrhovatele odmítá a uvádí, že již v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele podrobně specifikoval skutečnosti, které byly důvodem pro vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Zadavatel zastává názor, že z jazykového výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona nelze dovozovat, že mezi znaky skutkové podstaty tam uvedeného důvodu vyloučení patří předchozí zkušenost zadavatele s vylučovaným dodavatelem, ale že je přípustná alternativa v podobě zkušenosti jiného veřejného zadavatele. Zadavatel dále uvádí, že nepřezkoumatelnost rozhodnutí o vyloučení nemůže spočívat ani v tom, že zadavatel navrhovatele vyloučil až poté, co ze strany navrhovatele byla objasněna jeho nabídka a zdůvodněna nabídková cena, neboť žádné ustanovení zákona nestanoví, v jaké fázi zadávacího řízení je zadavatel povinen účastníka ze zadávacího řízení vyloučit. Zadavatel rovněž nepovažuje za rozhodné, v jaké době před zahájením zadávacího řízení došlo k pochybení na straně dodavatele, stalo-li se tak v rámci tříleté zákonné lhůty.
36. Ve vztahu k zakázce „Kuříčko“ zadavatel uvádí, že tato nebyla primárním důvodem pro vyloučení navrhovatele, přičemž zadavatel chtěl poukazem na tuto zakázku upozornit na nezpůsobilost navrhovatele k řádné realizaci veřejných zakázek. K uvedené zakázce zadavatel dodává, že na základě diagnostického průzkumu vozovky bylo v dubnu 2020 zjištěno, že práce realizované navrhovatelem neodpovídají požadavkům projektu. Dodává, že i jiní zadavatelé mají problémy s kvalitou prací prováděných navrhovatelem. Dále doplňuje, že od roku 2018 do současnosti vede s navrhovatelem reklamační řízení. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že není oprávněn jednat za Středočeský kraj a město Říčany a dodává, že toto ostatně nesouvisí s vyloučením navrhovatele ze zadávacího řízení a tato skutečnost nemůže být předmětem přezkumu Úřadu. V souvislosti s veřejnou zakázkou „II/105 Netvořice“ zadavatel uznává, že tvrzení o nedodání tzv. ZBV (změny během výstavby) nebyla přesná a že navrhovatel ji sice předložil, ale opožděně. Ve vztahu k zakázce „II/113

Mukařov – Struhařov“ zadavatel uvádí, že tato zakázka, jakož i další referenční zakázky se staly předmětem disputece pouze proto, že na ně navrhovatel sám odkazoval jako na úspěšné projekty, avšak podle zkušenosti zadavatele se o perfektně provedená stavební díla nejedná. Ve vztahu ke stavebním pracím „II/272 Bělá p. B – Březinka“ a „II/101 Říčany – Kolovratská“ zadavatel připouští, že některé stavební práce se navrhovateli podaří řádně dokončit, dodává však, že z uzavřených smluv, kterými navrhovatel dokládá svou úspěšnost, nelze dovozovat, že navrhovatel realizuje díla řádně a včas.

37. Pokud navrhovatel namítá nejednotnost postupu zadavatele v tom smyslu, že v případě negativních zkušeností s navrhovatelem zadavatel odkazuje na jiné zadavatele, avšak v případě obnovení způsobilosti tvrdí, že není jejich závěry vázán, zadavatel uvádí, že je pouze jeho odpovědností, jak tvrzené obnovení způsobilosti posoudí a pokud jiný veřejný zadavatel učiní odlišné rozhodnutí, je to pouze jeho rozhodnutí, jehož následky si rovněž nese sám.
38. Pokud navrhovatel namítá, že se zadavatel nevyjádřil k internímu dokumentu zadavatele ŘSD ze dne 18. 4. 2018, podle něhož lze v souvislosti s plněním smluv IV a V navrhovatele vyloučit pouze do 21. 3. 2019, zadavatel uvádí, že pro něj vnitřní předpis jiného veřejného zadavatele není jakkoliv závazný. Dodává, že v případě vyloučení navrhovatele se nejedná o projev vůle konkrétního člověka, jak se snaží tvrdit navrhovatel, nýbrž o objektivní a důkazně podložené skutečnosti, závažná pochybení navrhovatele, která vedou k nutnosti řešení reklamací, odstoupením od smlouvy, ohrožení ztráty dotací apod.
39. Ve vztahu k názoru navrhovatele o nutnosti plurality závažných a dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu a nikoliv při plnění více smluvních vztahů, zadavatel uvádí, že postup zadavatele koresponduje i se závěry Úřadu, a jako takový jej zadavatel považuje za věcně správný, tedy že pluralita pochybení musí být naplněna ve svém souhrnu, nikoliv v rámci jediného smluvního vztahu. Zadavatel dodává, že navrhovatel se v posledních třech letech dopustil několika závažných a časově dlouhodobých pochybení, a to jak ve vztahu k jednomu zadavateli, tak ve vztahu k více různým zadavatelům, a pokud zadavatelé v daných případech uplatňovali sankce v podobě smluvní pokuty, slevy z ceny díla či odstoupili od smlouvy, má zadavatel za to, že o závažnosti pochybení navrhovatele nelze pochybovat.
40. Zadavatel pro upřesnění ve vztahu k postupu navrhovatele při plnění smlouvy I uvádí, že tvrzení navrhovatele, že realizaci (výměně trubky) bránilo neposkytnutí součinnosti zadavatele města Plzeň, tj. neschválení víceprací, považuje za absurdní, neboť z postupu navrhovatele vyplývá, že neměl v úmyslu opravu vadně provedeného díla uskutečnit (ledaže by mu zadavatel město Plzeň uhradil vícepráce). O vícepráce se však nejednalo, neboť navrhovatel byl povinen provést opravu vytknuté vady a tím, že mu lhůta k provedení opravy uplynula, mu tato povinnost nezanikla.
41. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele týkající se obnovení jeho způsobilosti zadavatel uvádí, že podle jeho názoru komplex navrhovatelem uvedených nápravných opatření není dostatečně adekvátní z hlediska závažnosti pochybení a provinění, kterých se navrhovatel na realizovaných stavbách dopustil a dopouští. Dodává, že uvedená nápravná opatření nezamezí stavu, kdy se navrhovatel rozhodne změnit výrobní postupy a materiály oproti projektu, když toto pochybení pokládá zadavatel za nejzávažnější, neboť ohrožuje

bezpečnost a kvalitu stavebních prací a může vést ke korekci či ztrátě dotace, pokud dotačním orgánem bude dodatečně zjištěno, že stavební práce byly realizovány v rozporu se zadávacími podmínkami.

42. S ohledem na vše shora řečené zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

43. 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 a stanovisek předložených účastníky řízení, a rovněž s ohledem na předchozí rozhodovací praxi Úřadu konstatuje, že rozhodl dle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

44. 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.
45. Podle § 53 odst. 4 zákona může zadavatel použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim. Zadavatel může použít i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté; ustanovení § 81 až 85, § 87 a 88 zákona se použijí obdobně. Doklady o kvalifikaci předkládají dodavatelé v nabídkách v kopiích a mohou je nahradit čestným prohlášením nebo jednotným evropským osvědčením pro veřejné zakázky podle § 87 zákona. Zadavatel si může v průběhu zadávacího řízení vyžádat předložení originálů nebo úředně ověřených kopií dokladů o kvalifikaci. Doklady prokazující základní způsobilost podle § 74 zákona a profesní způsobilost podle § 77 odst. 1 zákona musí prokazovat splnění požadovaného kritéria způsobilosti nejpozději v době 3 měsíců přede dnem podání nabídky. Zadavatel není oprávněn provést snížení počtu účastníků zadávacího řízení podle § 111 zákona nebo snížení počtu předběžných nabídek podle § 112 zákona. Pro technické podmínky veřejné zakázky na stavební práce se § 92 zákona použije obdobně.
46. Podle § 76 odst. 1 zákona může účastník zadávacího řízení prokázat, že i přes nesplnění základní způsobilosti podle § 74 zákona nebo naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 a 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. To neplatí po dobu, na kterou byl účastník zadávacího řízení pravomocně odsouzen k zákazu plnění veřejných zakázek nebo účasti v koncesním řízení.
47. Podle § 76 odst. 3 zákona zadavatel posoudí, zda přijatá nápravná opatření účastníka zadávacího řízení považuje za dostatečná k obnovení způsobilosti dodavatele s ohledem na závažnost a konkrétní okolnosti trestného činu nebo jiného pochybení.
48. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

49. 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.
50. Podle § 2 odst. 4 správního řádu správní orgán dbá, aby přijaté řešení bylo v souladu s veřejným zájmem a aby odpovídalo okolnostem daného případu, jakož i na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

51. Z nadpisu zadávací dokumentace „*Výzva k podání nabídky a zadávací dokumentace ve smyslu ustanovení § 53 a § 36 zákona (...) pro veřejnou zakázku na stavební práce zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení dle ustanovení § 53 a násl. zákona (...)*“ je zřejmé, že zadavatel veřejnou zakázku zadává ve zjednodušeném podlimitním řízení.

Obsah rozhodnutí o vyloučení navrhovatele

52. V odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel uvádí, že ve vztahu k veřejné zakázce byly splněny podmínky pro vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku došlo ze strany navrhovatele k závažným pochybením při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jinými veřejnými zadavateli, když tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení vzájemných smluvních vztahů, a to např. odstoupením od smlouvy ze strany jiných veřejných zadavatelů nebo k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého navrhovatelem.
53. Zadavatel upřesňuje, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smlouvy I, smlouvy II, smlouvy III, smlouvy IV a smlouvy V.
54. **K naplnění podmínky existence opakovaných pochybení na straně navrhovatele** zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že identifikoval závažná nebo dlouhodobá pochybení, když:
- **v případě smlouvy I** navrhovatel v rámci plnění dané zakázky v rozporu s projektovou dokumentací osadil odlišné potrubí DN 600 mezi šachtami Š2-Š3, kdy místo potrubí „trouba kameninová hrdlová, třída pevnosti 160“ bylo navrhovatelem osazeno potrubí „FN 57C, s třídou pevnosti 95“. Neoprávněnou změnou díla nemohl být garantován soulad se stávajícím vodovodním řadem. Navrhovatel byl dopisem ze dne 10. 11. 2017 vyzván zadavatelem město Plzeň k nápravě tohoto závadného stavu (odstranění vady díla) a jeho uvedení do souladu s projektovou dokumentací, a to do 5 pracovních dní. Ze strany navrhovatele náprava sjednána nebyla. Zadavatel město Plzeň následně v souladu s čl. II. odst. 16 a čl. X odst. 4 smlouvy I dne 7. 12. 2017 odstoupil od smlouvy I pro podstatné porušení. Dále zadavatel uvádí, že navrhovatel proti odstoupení od smlouvy nevznesl připomínky, a že se navrhovatel dopustil závažného, jednoznačného a dlouhodobého pochybení, jehož následkem bylo ukončení smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem.

- **v případě smluv II a III** zadavatel uvádí, že „[p]ři plnění Smlouvy II. se společnost ROBSTAV k.s. dopustila závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II. Společnost ROBSTAV k.s. totiž byla povinna předat Zadavateli II. dokončené dílo do 50 dní ode dne převzetí staveniště. Staveniště bylo společností ROBSTAV k.s. převzato dne 11. 9. 2017, dokončené dílo tedy mělo být předáno Zadavateli II. nejpozději dne 31. 10.2017. K řádnému předání díla v uvedeném termínu ovšem nedošlo, a to z důvodu prodlení na straně společnosti ROBSTAV k.s. Zadavatelem II. proto byla v souladu s čl. XIII odst. 1 Smlouvy II. dne 25. 5. 2018 vyčíslena smluvní pokuta pro porušení povinností předat řádně dokončené dílo ve sjednaném termínu. Smluvní pokuta k datu výzvy činila celkem 4.287.864,45 Kč. Dílo bylo zhotovitelem Zadavateli II. předáno až dne 25. 6.2018, přičemž k tomuto datu Zadavatel II. doúčtoval smluvní pokutu za celkové prodlení s předáním díla, která ve svém součtu činila částku 4.927.847,67Kč.

Kromě povinnosti dokončit a předat dílo ve sjednaném termínu se společnost ROBSTAV k.s. v rámci plnění Smlouvy II. dopustila dalšího pochybení při provádění díla spočívající ve zhotovení díla s nevyhovujícími parametry. Ze strany Zadavatele II. byly při kontrole díla (SO 101 - SO 105) zjištěny nevyhovující parametry pro ložné vrstvy, v důsledku čehož Zadavatel II. uplatnil vůči společnosti ROBSTAV k.s. ve smyslu ustanovení § 2106 Občanského zákoníku nárok slevu z ceny díla pro podstatné vady díla, a to slevu v celkové výši 2.309.441,01 Kč bez DPH.

Totožná situace nastala i v případě plnění Smlouvy III., kdy taktéž došlo k významnému prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu, jakož i k vadám na díle, a i v tomto případě byl vůči Účastníkovi uplatněn nárok na zaplacení smluvní pokuty v celkové výši 3.604.271,51 Kč a také nárok na slevu z ceny díla ve výši 1.827.714,48 Kč bez DPH.“

- **v případě smlouvy IV** se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem ŘSD požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. V této souvislosti zadavatel odkazuje na závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv ze dne 17. 4. 2019, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 7. 2019, popř. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa ze dne 6. 5. 2019 (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr ze dne 26. 7. 2019 – pozn. Úřadu). Uvádí, že navrhovatel závažným způsobem porušil zadávací podmínky, když plnil jiným způsobem, než bylo stanoveno v zadání, přičemž současně v závěrečné zprávě předané zadavateli ŘSD navrhovatel uvedl, že při realizaci stavebních prací nebyly provedeny žádné změny odchylovající se od zadávacích podmínek a současně uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8, tj. dle smlouvy IV. Zadavatel ŘSD následně na základě zkoušek zkušební laboratoře identifikoval další závažná pochybení navrhovatele při realizaci plnění dle smlouvy IV, která spočívala v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Zadavatel ŘSD opakovaně vyzýval navrhovatele ke zjednání nápravy, a to nejdříve dne 21. 3. 2017 výzvou k odstranění části dosud

zjištěných vad, dále pak dne 18. 8. 2017 výzvou k odstranění všech zjištěných vad (kompletní výměna obrusné vrstvy) v termínu do 10. 9. 2017, ve svém komplexu pak nejpozději do 30. 11. 2017. Navrhovatel však v daném termínu vytýkané vady neodstranil. Dne 13. 11. 2017 byl právním zástupcem zadavatele ŘSD vznesen vůči navrhovateli nárok na úhradu smluvní pokuty za neodstranění vytýkaných vad v určeném termínu. Navrhovatel neuvedl předmět smlouvy IV do souladu se zadávací dokumentací, technickými normami a běžnými standardy a ke sjednání „náhrady“ byl zadavatel ŘSD nucen využít třetí subjekt. Zadavatel ŘSD následně po navrhovateli požadoval uhradit náklady, které mu vznikly odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč a smluvní pokutu ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu. Zadavatel shrnuje, že navrhovatel porušil svou povinnost vyplývající mj. z ustanovení § 2615 odst. 2 ve spojení s § 2106 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

- **v případě smlouvy V** se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy V. Ve vztahu k uvedenému pochybení navrhovatele zadavatel rovněž odkazuje na závěry rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv ze dne 17. 4. 2019, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 7. 2019, popř. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0389/2018/VZ-12635/2019/513/JHa ze dne 6. 5. 2019 (které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr ze dne 26. 7. 2019 – pozn. Úřadu). Původní doba pro dokončení díla byla stanovena do 31. 10. 2017, která byla následně prodloužena do 6. 11. 2017. Navrhovatel však v souladu se smlouvou V dílo do 6. 11. 2017 nedokončil. Zadavatel ŘSD navrhovatele opakovaně urgoval výzvami k nápravě s upozorněním, že jinak dle Pod-čl. 15.2 písm. a), b) nebo c) bod i VOP/ZOP zadavatel ŘSD odstoupí od smlouvy a vykáže navrhovatele ze staveniště s tím, že by vyzval jiného zhotovitele na provedení dokončení stavebních prací na dosud rozpracované I.-III. etapě. Navrhovatel nápravu nezjednal. Právní zástupce zadavatele ŘSD zaslal navrhovateli oznámení o odstoupení od smlouvy ze dne 27. 12. 2017, podle něhož zadavatel ŘSD odstoupil od části smlouvy V týkající se doposud neprovedeného plnění (IV. etapa) z důvodu soustavného a opakovaného porušování smluvních povinností (nedokončení díla v době pro dokončení, nedodržení doby pro uvedení díla do provozu a nepředložení aktualizovaného harmonogramu v termínech dle pokynů správce stavby) a dále zejména proto, že navrhovatel nepostupoval v souladu s opakovanými výzvami správce stavby k nápravě. V případě postupu navrhovatele se jednalo o zmaření dokončení díla v době, kdy toto dokončení umožňovaly klimatické podmínky. Zadavatel dále uvádí, že skutečnost, že prodlení s plněním díla je pro zadavatele ŘSD zásadním nedostatkem, lze usuzovat z toho, že toto porušení smlouvy V je uvedeno jako důvod pro odstoupení od smlouvy V (Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP). Odstoupení od smlouvy bylo účinné ke dni 5. 1. 2018. Zadavatel ŘSD požadoval po navrhovateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení s termínem plnění ve výši 1 652 000 Kč.

55. **K naplnění podmínky, že pochybení měla závažnou nebo dlouhodobou povahu**, zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že ze strany navrhovatele došlo v posledních 3 letech při plnění dřívějších smluvních vztahů s jinými veřejnými zadavateli k závažným pochybením, která měla závažnou a trvalou povahu, tzn. byly porušeny zadávací podmínky, časové harmonogramy apod. a odkazuje na podrobný popis pochybení. Dodává, že důsledkem těchto jednání navrhovatele bylo odstoupení od smlouvy ze strany zadavatelů nebo uplatnění sankcí.
56. **K naplnění podmínky, že se navrhovatel příslušného pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení**, zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že zadávací řízení na veřejnou zakázku bylo zahájeno dne 7. 7. 2020, a tedy rozhodné období ve vztahu k tříleté časové podmínce běží od 7. 7. 2017. Dále upřesňuje, že v případě smlouvy I došlo k jejímu uzavření dne 18. 7. 2017, v případě smlouvy II došlo k jejímu uzavření dne 14. 7. 2017 a v případě smlouvy III došlo k jejímu uzavření dne 12. 7. 2017, tedy k uzavření smluv I, II a III i k závažnému pochybení při jejich plnění došlo v rozhodném období. V případě smlouvy IV zadavatel uvádí, že k závažnému pochybení došlo nikoliv pouze v rámci plnění smlouvy IV jako takové, ale ve vztahu k rozhodnému období se jednalo zejména o sekundární porušení spočívající v neodstranění vad v termínu, tj. když navrhovatel nesplnil v termínu do 30. 11. 2017 (tedy v rozhodném období) svou povinnost. V případě smlouvy V. se navrhovatel dostal dne 7. 11. 2017 do prodlení (tedy v rozhodném období), které vedlo k odstoupení od smlouvy V a uplatnění jiných srovnatelných sankcí.
57. **K naplnění podmínky, že se navrhovatel příslušného pochybení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného s jiným veřejným zadavatelem**, zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele identifikuje veřejné zadavatele, kteří s navrhovatelem uzavřeli příslušné smluvní vztahy.
58. **K naplnění podmínky, že pochybení navrhovatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím**, zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že v případě smlouvy I předčasně zanikl smluvní vztah, a to z důvodu pochybení, které navrhovatel nezhojil. V případě smlouvy II a smlouvy III byly zadavatelem JK uplatněny nároky založené smluvními pokutami, a to v rámci institutu započtení oproti nárokům navrhovatele. V případě smlouvy IV zadavatel uvádí, že pochybení navrhovatele detailně popsána výše spočívala zejména v neoprávněných změnách zhotovovaného díla, v podstatných vadách díla a v neodstranění vad díla. V případě smlouvy V zadavatel uvádí, že pochybení navrhovatele vyústila v předčasné odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele ŘSD.
59. Závěrem rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel uvádí, že se navrhovatel dopustil ve vztahu k jiným veřejným zadavatelům závažných pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů. Pluralitu pochybení konstatuje nejen v mnohosti veřejných zadavatelů, ale rovněž v rámci dílčích smluvních vztahů. Dodává, že vzhledem k veškerým zmíněným zkušenostem veřejných zadavatelů s plněním poskytovaným navrhovatelem, má zadavatel obavy o schopnost navrhovatele řádně a včas plnit veřejnou zakázku.

Skutečnosti vyplývající z dalších doložených dokumentů a z obsahu předchozí rozhodovací praxe Úřadu

Ke smlouvě II

60. Ve smlouvě II je v následujících odstavcích čl. II „Předmět“ uvedeno:

- v odst. 1: *»Zhotovitel se na základě podmínek uvedených v zadání veřejné zakázky, podmínek sjednaných v této smlouvě a podle projektové dokumentace zpracované firmou Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, IČO: 70971641, zavazuje k provedení díla: „Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122“*

Objednatel se zavazuje dílo převzít a zaplatit zhotoviteli sjednanou cenu za podmínek dále touto smlouvou stanovených.«.

- v odst. 2: *„Předmětem smlouvy je zhotovení díla specifikovaného vč. II. odst. 1. této smlouvy. Zhotovením díla se rozumí úplné, funkční a bezvadné provedení všech stavebních a montážních prací a konstrukcí, včetně dodávek potřebných materiálů a zařízení nezbytných pro řádné dokončení celého díla, dále provedení všech činností souvisejících s dodávkou stavebních prací a konstrukcí, jejichž provedení je pro řádné dokončení díla nezbytné (např. zařízení staveniště, bezpečnostní opatření, zabezpečení obslužnosti přilehlých nemovitostí apod.) včetně koordináční a kompletační činnosti celé stavby a rovněž dokladů požadovaných speciálním stavebním úřadem pro vydání kolaudačního souhlasu, tak aby bylo dílo řádně, včas a kompletně dokončeno v souladu s obecně technickými požadavky na výstavbu a v souladu s touto smlouvou. Při provádění díla je zhotovitel povinen postupovat s potřebnou péčí.“*

- v odst. 4: *„Zhotovitel zhotoví předmět smlouvy formou komplexní dodávky a předá jej objednateli úplný, bez vad, nedodělků a nedostatků, zcela hotové, funkční a provozně bezpečné.“*

61. Ve smlouvě II je v následujících odstavcích čl. III „Doba plnění“ uvedeno:

- v odst. 1 písm. b): *„Doba plnění závazku této smlouvy je stanovena takto: Termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla: do 55 dnů ode dne předání a převzetí staveniště.(...).“*

- v odst. 3: *„Dílo předané takto zhotovitelem musí být způsobilé užívání tak, aby mohla být podána žádost o vydání kolaudačního souhlasu (např. inženýrské sítě a další stavební objekty budou protokolárně převzaté správcem, resp. vlastníkem apod.).“*

- v odst. 5: *„Zhotovitel předá objednateli dokončené dílo jako celek (podle čl. II.) samostatným předávacím protokolem.“*

62. Ve smlouvě II je v čl. IV „Cena za dílo“ odst. 1 uvedena cena díla uvedeného v čl. II smlouvy II ve výši 22 738 845,- Kč bez DPH.

63. Ve smlouvě II je v čl. VI „Způsob provádění díla“ odst. 25 uvedeno: *„Zhotovitel se zavazuje umožnit předčasné užívání stavby (podle § 123 stavebního zákona) a uzavřít s objednatelům dohodu, obsahující jeho souhlas, a sjednat podmínky předčasného užívání stavby.“*

64. Ve smlouvě II je v následujících odstavcích čl. VIII „Předání a převzetí díla, zkušební provoz, předčasné užívání stavby, kolaudace“ uvedeno:

- v odst. 1: *„Dílo bude předáno na místě samém, o tom se zavazují obě zúčastněné strany sepsat samostatný zápis o předání a převzetí, podepsaný oprávněným zástupcem zhotovitele, technickým dozorem a zástupcem objednatele, oprávněným jednat ve věci provádění stavby (...).“*

- v odst. 4: *„Objednatel nemá právo odmítnout převzetí díla pro ojedinělé drobné vady, které samy osobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani jeho užívání podstatným způsobem neomezují; při převzetí takového díla se strany zároveň dohodnou na lhůtách k jejich odstranění, lhůty k odstranění vad zpravidla nebudou delší než 60 kalendářních dní, umožní-li to klimatické podmínky, nebo pokud se strany nedohodnou jinak. Pokud klimatické podmínky nedovolují řádné odstranění předmětných vad, dohodne se objednatel se zhotovitelem písemnou formou na jiném, vhodném termínu nápravy. Dokončená stavba a celé dílo musí být způsobilé užívání; v souladu s ustanoveními článku III. této smlouvy.“*

65. Ve smlouvě II je v čl. XIII „Smluvní pokuty“ v odst. 1 uvedeno: *„Je-li zhotovitel v prodlení s předáním dokončeného díla [(čl. III.1.b)], zaplatí objednateli smluvní pokutu ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení. Tato smluvní pokuta může být započtena proti pohledávce zhotovitele jednostranným úkonem objednatele. Úhrada smluvní pokuty nezavazuje zhotovitele jeho povinnosti dílo dokončit a předat, ani jiných povinností vyplývajících ze smlouvy.“*

66. V přípisu právního zástupce navrhovatele (v dané době společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek) Jihočeskému kraji „Smlouva o dílo č. SDL/OREG/639/17 Žádost o schůzku“ ze dne 24. 10. 2018 (dále též jen „přípis navrhovatele ze dne 24. 10. 2018“), je mj. uvedeno následující: *„obracíme se na Vás v zastoupení našeho klienta, spol. ROBSTAV stavby k.s., ohledně Jihočeským krajem uplatněné slevy z ceny díla a smluvní pokuty, které jste uplatnili dopisem, který klient obdržel dne 28.05.2018.*

Náš klient dokončil v poslední době pro Jihočeský kraj další dvě poměrně velké zakázky a podle ohlasů od starostů obcí byly obě zakázky dokončeny řádně a včas a k jejich spokojenosti. Náš klient by rád narovnal i spory týkající se uplatněné slevy a její výše a dále smluvní pokuty, přesto, že náš klient nadále zastává níže uvedený názor, který uvádíme pro přehlednost zkráceně v jednotlivých bodech:

- *Jihočeský kraj, jako objednatel tvrdí, že dílo nebylo v souladu se smlouvou o dílo č. SDL/OREG/639/17 (dále jen jako „Smlouva“) dokončeno včas. Vzhledem k tomu, že smluvní pokuta sjednaná v ustanovení čl. XIII. odst. 1. Smlouvy (...v prodlení s předáním dokončeného díla...) je za případ, kdy zhotovitel dílo dokončí a objednateli nepředá, není požadována po klientovi oprávněně, neboť Vy požadujete pokutu za nedokončení díla, ale nedokončení díla včas není ve Smlouvě sankcionováno;*
- (...).“

Ke smlouvě III

67. Ve smlouvě III je v následujících odstavcích čl. II „Předmět“ uvedeno:

- v odst. 1: *»Zhotovitel se na základě podmínek uvedených v zadání veřejné zakázky, podmínek sjednaných v této smlouvě a podle projektové dokumentace zpracované firmou Správa a údržba silnic Jihočeského kraje, Nemanická 2133/10, 370 10 České Budějovice, IČO: 70971641, zavazuje k provedení díla: „Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159“*

Objednatel se zavazuje dílo převzít a zaplatit zhotoviteli sjednanou cenu za podmínek dále touto smlouvou stanovených.«.

- v odst. 2: *„Předmětem smlouvy je zhotovení díla specifikovaného vč. II. odst. 1. této smlouvy. Zhotovením díla se rozumí úplné, funkční a bezvadné provedení všech stavebních a montážních prací a konstrukcí, včetně dodávek potřebných materiálů a zařízení nezbytných pro řádné dokončení celého díla, dále provedení všech činností souvisejících s dodávkou stavebních prací a konstrukcí, jejichž provedení je pro řádné dokončení díla nezbytné (např. zařízení stavenišť, bezpečnostní opatření, zabezpečení obslužnosti přilehlých nemovitostí apod.) včetně koordinační a kompletační činnosti celé stavby a rovněž dokladů požadovaných speciálním stavebním úřadem pro vydání kolaudačního souhlasu, tak aby bylo dílo řádně, včas a kompletně dokončeno v souladu s obecně technickými požadavky na výstavbu a v souladu s touto smlouvou. Při provádění díla je zhotovitel povinen postupovat s potřebnou péčí.“*

- v odst. 4: *„Zhotovitel zhotoví předmět smlouvy formou komplexní dodávky a předá jej objednateli úplný, bez vad, nedodělků a nedostatků, zcela hotové, funkční a provozně bezpečné.“*

68. Ve smlouvě III je v následujících odstavcích čl. III „Doba plnění“ uvedeno:

- v odst. 1 písm. b): *„Doba plnění závazku této smlouvy je stanovena takto:*

Termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla: do 50 dnů ode dne předání a převzetí staveniště. Konec doby podle písm. b) připadá na den, který se pojmenováním shoduje se dnem, na který připadá skutečnost, od níž se doba počítá (tj. den předání a převzetí staveniště).“

- v odst. 3: *„Dílo předané takto zhotovitelem musí být způsobilé užívání tak, aby mohla být podána žádost o vydání kolaudačního souhlasu (např. inženýrské sítě a další stavební objekty budou protokolárně převzaté správcem, resp. vlastníkem apod.).“*

- v odst. 5: *„Zhotovitel předá objednateli dokončené dílo jako celek (podle čl. II.) samostatným předávacím protokolem.“*

69. Ve smlouvě III je v čl. IV „Cena za dílo“ odst. 1 uvedena cena díla uvedeného v čl. II smlouvy III ve výši 15 272 336,91 Kč bez DPH.

70. Ve smlouvě III je v čl. VI „Způsob provádění díla“ odst. 25 uvedeno: *„Zhotovitel se zavazuje umožnit předčasné užívání stavby (podle § 123 stavebního zákona) a uzavřít s objednatelům dohodu, obsahující jeho souhlas, a sjednat podmínky předčasného užívání stavby.“*

71. Ve smlouvě III je v následujících odstavcích čl. VIII „Předání a převzetí díla, zkušební provoz, předčasné užívání stavby, kolaudace“ uvedeno:

- v odst. 1: *„Dílo bude předáno na místě samém, o tom se zavazují obě zúčastněné strany sepsat samostatný zápis o předání a převzetí, podepsaný oprávněným zástupcem zhotovitele, technickým dozorem a zástupcem objednatele, oprávněným jednat ve věci provádění stavby. V zápise se uvede zejména soupis předaných dokladů, soupis zřejmých vad s termínem jejich odstranění, soupis dodatečně požadovaných prací s termínem a způsobem jejich zajištění, cena díla a konec záruční doby. Taktéž v něm bude uvedeno datum vyklizení staveniště. Nebudou-li vady odstraněny ve sjednaném termínu, je objednatel oprávněn jejich odstranění provést prostřednictvím třetí osoby, a to na náklady zhotovitele. Takto odstraněné vady budou považovány za odstraněné zhotovitelem a zhotovitel ponese dál záruku za celé dílo v plném rozsahu podle této smlouvy, včetně vad odstraněných třetí stranou. Tím nezaniká právo na náhradu škody, která objednateli v souvislosti s nečinností zhotovitele při odstraňování vad vznikla.“*

- v odst. 4: *„Objednatel nemá právo odmítnout převzetí díla pro ojedinělé drobné vady, které samy osobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani jeho užívání podstatným způsobem neomezují; při převzetí takového díla se strany zároveň dohodnou na lhůtách k jejich odstranění, lhůty k odstranění vad zpravidla nebudou delší než 60 kalendářních dní, umožní-li to klimatické podmínky, nebo pokud se strany nedohodnou jinak. Pokud klimatické podmínky nedovolují řádné odstranění předmětných vad, dohodne se objednatel se zhotovitelem písemnou formou na jiném, vhodném termínu nápravy. Dokončená stavba a celé dílo musí být způsobilé užívání; v souladu s ustanoveními článku III. této smlouvy.“*

72. Ve smlouvě III je v čl. XIII „Smluvní pokuty“ v odst. 1 uvedeno: *„Je-li zhotovitel v prodlení s předáním dokončeného díla [(čl. III.1.b)], zaplatí objednateli smluvní pokutu ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení. Tato smluvní pokuta může být započtena proti pohledávce zhotovitele jednostranným úkonem objednatele. Úhrada smluvní pokuty nezavazuje zhotovitele jeho povinnosti dílo dokončit a předat, ani jiných povinností vyplývajících ze smlouvy.“*

Další zjištěné skutečnosti ve vztahu ke smlouvě II a ke smlouvě III

73. V přípisu Jihočeského kraje navrhovateli (v dané době společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek) „Výzva k úhradě smluvních pokut a Oznámení o uplatnění nároku na přiměřenou slevu z ceny děl“ ze dne 25. 5. 2018, č. j.: KUJCK 71143/2018/OVZI (dále též jen „výzva zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018“), je mj. uvedeno následující:

»Jihočeský kraj jako objednatel (dále jen „objednatel“) ze Smlouvy o dílo č. SDL/OREG/639/17 Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122, uzavřené dne 14. 7. 2017 ve znění Dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 25. 1. 2018 a Smlouvy č. SOD/OREG/642/17 Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159, uzavřené dne 12. 7. 2017 vyzývá zhotovitele společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek, IČO: 274 30 774

- k úhradě smluvní pokuty dle čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SDL/OREG/639/17 ve znění Dodatku č. 1 ze dne 25. 1. 2018 ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení, tj. ode dne 6. 11. 2017 do dne 25. 5. 2018 (datum odeslání výzvy) z částky 21.332.673,86 Kč, tj. smluvní pokutu v celkové výši 4.287.867,45 Kč bez DPH

- k úhradě smluvní pokuty dle čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SOD/OREG/642/17 ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení, tj. ode dne 1. 11. 2017 do dne 25. 5. 2018 (datum odeslání výzvy) z částky 15.272.336,91 Kč, tj. smluvní pokutu v celkové výši 3.146.101,40 Kč bez DPH.

(...)

Dle ustanovení čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SDL/OREG/639/17, uzavřené dne 14. 7. 2017 objednatelem s Vaší společností, jako zhotovitelem, ve znění Dodatku č. 1 ze dne 25. 1. 2018, ve které jste se zavázali k provedení díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122 a Smlouvy č. SOD/OREG/642/17, uzavřené dne 12. 7. 2017 objednatelem s Vaší společností, jako zhotovitelem, ve které jste se zavázali k provedení díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159, je-li zhotovitel v prodlení s předáním dokončeného díla (viz čl. III odst. 1 písm. b citovaných smluv), zaplatí objednateli smluvní pokutu ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení.

Dle čl. III odst. 1 písm. b) Smlouvy o dílo č. SOD/OREG/642/17 činí termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, 50 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo objednatelem předáno a Vámi převzato dne 11. 9. 2017. Dílo dle výše citovaného ustanovení smlouvy tak mělo být Vámi předáno a objednatelem převzato dne 31. 10. 2017. Vzhledem k tomu, že k tomuto dni nedošlo k řádnému předání a převzetí díla z důvodů na straně zhotovitele (bez zavinění objednatele), jste povinni uhradit objednateli shora vyčíslenou smluvní pokutu, neboť ode dne 1. 11. 2017 jste v prodlení s předáním řádně dokončeného díla. Smluvní pokuta tak byla objednatelem vyčíslena ode dne 1. 11. 2017 do dne 25. 5. 2018 (datum odeslání výzvy), tj. celkem 206 dnů prodlení z částky ceny díla 15.272.336,91 Kč. Ode dne 26. 5. 2018 do dne předání a převzetí předmětného díla bude smluvní pokuta, vypočtená objednatelem dle výše uvedeného ustanovení smlouvy o dílo, započtena se zadržovanými pozastávkami z došlých faktur.

Dle čl. III odst. 1 písm. b) Smlouvy č. SDL/OREG/639/17 ve znění Dodatku č. 1 smlouvy o dílo činí termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, 55 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo objednatelem předáno a Vámi převzato dne 11. 9. 2017. Dílo dle výše uvedeného citovaného ustanovení smlouvy tak mělo být předáno a převzato dne 5. 11. 2017. Vzhledem k tomu, že k tomuto dni nedošlo k řádnému předání a převzetí díla z důvodů na straně zhotovitele (bez zavinění objednatele), je zhotovitel povinen uhradit objednateli shora vyčíslenou smluvní pokutu, neboť je ode dne 6. 11. 2017 v prodlení s předáním řádně dokončeného díla. Smluvní pokuta tak byla objednatelem vyčíslena ode dne 6. 11. 2017 do dne 25. 5. 2018 (datum odeslání výzvy), tj. celkem 201 dnů prodlení z částky ceny díla 21.332.673,86 Kč. Ode dne 26. 5. 2018 do dne předání a převzetí předmětného díla bude smluvní pokuta, vypočtená objednatelem dle výše uvedeného ustanovení smlouvy o dílo, započtena se zadržovanými pozastávkami z došlých faktur.

(...)

Současně Vám tímto objednatel oznamuje, že dle ustanovení § 2106 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, uplatňuje nárok na přiměřenou slevu z ceny díla pro podstatné vady děl, a to konkrétně:

- slevu v celkové výši 2.309.441,02 Kč bez DPH (Smlouva č. SDL/OREG/639/17 ve znění Dodatku č. 1 - Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122)

Dle kvalifikovaného odhadu Jihočeského kraje provedené dílo na části silnice II/122 vykazuje podstatné vady, které jsou popsány níže.

- SO 101 - výměra cca 2 324 m² - provedeny 4 vývrtů - u 1 vývrtu je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 25%,*
- SO 102 - výměra 8 018 m² - provedeno 6 vývrtů - u 3 vývrtů je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 50%,*
- SO 103 - výměra cca 10 217 m² - provedeno 5 vývrtů - není splněna četnost vývrtů pro ložnou vrstvu dle TKP - u 5 vývrtů jsou tři alespoň s jedním nevyhovujícím parametrem pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 60%,*
- SO 104 - výměra cca 14 522 m² - provedeno 6 vývrtů - není splněna četnost vývrtů pro ložnou vrstvu dle TKP , u 1 vývrtu je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 16,66%,*
- SO 105 - výměra cca 3 040 m² - provedeno 5 vývrtů - u 3 vývrtů je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 60%. U 1 vývrtu (z 5 provedených) je alespoň jeden nevyhovující parametr pro podkladní vrstvu - navrhovaná sleva z podkladní vrstvy ve výši 20%.*

Výše uvedená částka přiměřené slevy z ceny díla Vám bude objednatelem započtena proti pohledávce, uplatněné Vámi vůči objednateli fakturou č. 20180375 ze dne 9. 5. 2018.

- slevu v celkové výši 1.823.717,48 Kč bez DPH (Smlouva č. SOD/OREG/642/17 - Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159)

Dle kvalifikovaného odhadu Jihočeského kraje provedené dílo na části silnice II/159 vykazuje podstatné vady, které jsou popsány níže.

- SO 101 - výměra cca 7300 m² - provedeno 5 vývrtů - u 2 vývrtů je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 40%,*
- SO 103 - výměra cca 6 313 m² - provedeno 6 vývrtů - u 1 vývrtu je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 16,66%,*
- SO 104 - výměra cca 5 982 m² - provedeno 6 vývrtů - u 4 vývrtů je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 66,66%,*

- SO 105 - výměra cca 6 489 m² - provedeno 5 vývrtů - u 1 vývrtu je alespoň jeden nevyhovující parametr pro ložnou vrstvu - navrhovaná sleva z ložné vrstvy ve výši 20%.

Výše uvedená částka přiměřené slevy z ceny díla Vám bude objednatelem započtena proti pohledávce, uplatněné Vámi vůči objednateli fakturou č. 20180378 ze dne 9. 5. 2018.«.

74. V přípisu Jihočeského kraje navrhovateli (v dané době společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské Předměstí, 397 01 Písek) „Výzva k úhradě smluvních pokut“ ze dne 1. 10. 2018, č. j.: KUJCK 120891/2018/OVZI (dále též jen „výzva zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018“), který byl dle doručky datové zprávy doručen navrhovateli dne 2. 10. 2018, je mj. uvedeno následující:

»Jihočeský kraj jako objednatel (dále jen „objednatel“) ze Smlouvy o dílo č. SDL/OREG/639/17 Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122, uzavřené dne 14. 7. 2017 ve znění Dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 25. 1. 2018 a Smlouvy č. SOD/OREG/642/17 Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159, uzavřené dne 12. 7. 2017 vyzývá zhotovitele společnost ROBSTAV stavby k.s., se sídlem Na Stínadlech 495, 397 01 Písek, IČO: 274 30 774

- k úhradě smluvní pokuty dle čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SDL/OREG/639/17 ve znění Dodatku č. 1 ze dne 25. 1. 2018 ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení, tj. ode dne 26. 5. 2018 do dne 25. 6. 2018 (datum předání a převzetí díla) z částky 21.332.673,86 Kč, tj. smluvní pokutu v celkové výši 639.980,22 Kč bez DPH

- k úhradě smluvní pokuty dle čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SOD/OREG/642/17 ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení, tj. ode dne 26. 5. 2018 do dne 25. 6. 2018 (datum předání a převzetí díla) z částky 15.272.336,91 Kč, tj. smluvní pokutu v celkové výši 458.170,11 Kč bez DPH.

(...)

Dle ustanovení čl. XIII odst. 1 Smlouvy č. SDL/OREG/639/17, uzavřené dne 14. 7. 2017 objednatelem s Vaší společností, jako zhotovitelem, ve znění Dodatku č. 1 ze dne 25. 1. 2018, ve které jste se zavázali k provedení díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122 a Smlouvy č. SOD/OREG/642/17, uzavřené dne 12. 7. 2017 objednatelem s Vaší společností, jako zhotovitelem, ve které jste se zavázali k provedení díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159, je-li zhotovitel v prodlení s předáním dokončeného díla (viz čl. III odst. 1 písm. b citovaných smluv), zaplatí objednateli smluvní pokutu ve výši 0,1 % z ceny díla bez DPH za každý kalendářní den prodlení.

Dle čl. III odst. 1 písm. b) Smlouvy o dílo č. SOD/OREG/642/17 činí termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, 50 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo objednatelem předáno a Vámi převzato dne 11. 9. 2017. Dílo dle výše citovaného ustanovení smlouvy tak mělo být Vámi předáno a objednatelem převzato dne 31. 10. 2017. Výzvou k úhradě smluvních pokut a Oznámením o uplatnění nároku na přiměřenou slevu z ceny děl č. j. KUJCK 71143/2018/OVZI ze dne 25. 5. 2018, doručenou Vám dne 28. 5. 2018, Vás objednatel vyzval k úhradě smluvní pokuty ve výši 3.146.101,40 Kč bez DPH za období

od 1. 11. 2017 do 25. 5. 2018. Dne 30. 5. 2018 Vám byla doručena penalizační faktura č. 000111 ze dne 29. 5. 2018 k úhradě této částky. Vzhledem k tomu, že jste smluvní pokutu ve stanovené lhůtě neuhradili, objednatel započítal výši smluvní pokuty a rovněž slevu z ceny díla ve výši 1.823.717,48 Kč bez DPH proti pohledávce ve výši 15.164.884,12 Kč, uplatněné Vámi fakturou č. 20180378 ze dne 9. 5. 2018. Objednatelem tak byla zhotoviteli uhrazena z předmětné faktury po odečtení 10 % pozastávek ke dni 8. 6. 2018 částka 8.678.576,83 Kč.

Vzhledem k tomu, že k předání a převzetí díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B - část C: Silnice II/159 došlo z důvodů na straně zhotovitele (bez zavinění objednatele) dne 25. 6. 2018, tj. do tohoto dne jste byli v prodlení s předáním řádně dokončeného díla, jste povinni uhradit objednateli smluvní pokutu ve výši 458.170,11 Kč bez DPH. Smluvní pokuta v této výši byla objednatelem vyčíslena ode dne 26. 5. 2018 do dne 25. 6. 2018 (datum předání a převzetí předmětného díla včetně), celkem tedy 30 dnů prodlení z částky ceny díla 15.272.336,91 Kč.

Dle čl. III odst. 1 písm. b) Smlouvy č. SDL/OREG/639/17 ve znění Dodatku č. 1 smlouvy o dílo činí termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, 55 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo objednatelem předáno a Vámi převzato dne 11. 9. 2017. Dílo dle výše uvedeného citovaného ustanovení smlouvy tak mělo být předáno a převzato dne 5. 11. 2017. Výzvou k úhradě smluvních pokut a Oznámením o uplatnění nároku na přiměřenou slevu z ceny děl č. j. KUJCK 71143/2018/OVZI ze dne 25. 5. 2018, doručenou Vám dne 28. 5. 2018, Vás objednatel vyzval k úhradě smluvní pokuty ve výši 4.287.867,45 Kč bez DPH za období od 6. 11. 2017 do 25. 5. 2018. Dne 30. 5. 2018 Vám byla doručena penalizační faktura č. 000110 ze dne 29. 5. 2018 k úhradě této částky. Vzhledem k tomu, že jste smluvní pokutu ve stanovené lhůtě neuhradili, objednatel započítal výši smluvní pokuty a rovněž slevu z ceny díla ve výši 2.309.441,02 Kč bez DPH proti pohledávce ve výši 18.491.732,42 Kč uplatněné Vámi fakturou č. 20180375 ze dne 9. 5. 2018. Objednatelem tak byla zhotoviteli uhrazena z předmětné faktury po odečtení 10 % pozastávek ke dni 21. 6. 2018 částka 10.045.250,71 Kč.

Vzhledem k tomu, že k předání a převzetí díla Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A - část A: Silnice II/122 došlo z důvodů na straně zhotovitele (bez zavinění objednatele) dne 25. 6. 2018, tj. do tohoto dne jste byli v prodlení s předáním řádně dokončeného díla, jste povinni uhradit objednateli smluvní pokutu ve výši 639.980,22 Kč bez DPH. Smluvní pokuta v této výši byla objednatelem vyčíslena ode dne 26. 5. 2018 do dne 25. 6. 2018 (datum předání a převzetí předmětného díla včetně), celkem tedy 30 dnů prodlení z částky ceny díla 21.332.673,86 Kč.«.

Ke smlouvě V

75. V příloze smlouvy V „PŘÍLOHA k NABÍDCE“ je odkazováno mj. na Pod-článek 1.1.3.3 (Doba pro dokončení Díla) VOP/ZOP, k němuž je uveden údaj: „2 měsíce“. Na shodný údaj je odkazováno u Pod-článku 1.1.3.10 (Doba pro uvedení do provozu) VOP/ZOP.
76. Přílohu smlouvy V tvoří rovněž „Časový harmonogram stavby I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 19. 9. 2016 podepsaný navrhovatelem, z něhož vyplývá, že navrhovatel počítal s rozvržením prací pro realizaci stavby na 2 měsíce.

77. V „Pokyn[u] správce stavby“ ze dne 20. 10. 2016 zpracovaného zadavatelem ŘSD je mj. uvedeno: „*Správce stavby (...) vydává Zhotoviteli stavby **POKYN SPRÁVCE STAVBY Č. 01 K ZAHÁJENÍ PRACÍ** Z důvodu klimatických podmínek a technologii provádění prací recyklací za studena uděluje Správce stavby Zhotoviteli pokyn k zahájení prací v období 04/2017. Délka lhůty pro dokončení prací se nemění. Termín zahájení prací bude upřesněn při předání staveniště, ke kterému bude Zhotovitel vyzván Správcem stavby.*“.
78. Z obsahu dokumentu „Pozvánka na předání staveniště I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 15. 8. 2017 vyplývá, že datum pro předání a převzetí staveniště zhotoviteli stavby (navrhovateli – pozn. Úřadu) bylo stanoveno na 23. 8. 2017.
79. V rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0077/2019/VZ (na které v rozhodnutí o vyloučení zadavatel mj. v souvislosti se smlouvou V odkazuje) je ke smlouvě V mj. uvedeno následující:
- ,72. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 je mj. patrné: »Zhotovitel dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.2 [Doba pro dokončení] „musí dokončit celé Dílo a každou Sekci (je-li nějaká) během doby pro dokončení Díla a Sekce (...)*
- Doba pro dokončení byla na základě smlouvy původně stanovena ke dni 31. 10. 2017.*
- Dopisem (...) 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 (...) vyzývá Zhotovitele k nápravě a požaduje, aby Zhotovitel nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy:**
- (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho;**
- (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a**
- (iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram.**
- Správce stavby Zhotovitele upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven postupovat dle VOP/ZOP Pod-čl. 15.2 písm. (a), (b) anebo (c) bod (i) [Odstoupení objednatel], tedy odstoupit od smlouvy (...)**«.
- 73. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017 je mj. zřejmé: „Ke dni 6. 11. 2017, tedy nově stanovené Době pro dokončení (...) nebyla stavba stále dokončena.*
- Dopisem (...) k nápravě ze dne 10. 11. 2017 Správce stavby vyzval Zhotovitele, aby do dvou dnů od doručení tohoto dopisu dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, aby neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce a předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram dle VOP/ZOP Pod-čl. 8.3 [Harmonogram].*
- Ke dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správcem stavby stanovených požadavků.*

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

(i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupit a v co nejkratším čase urychleně dokončil I.-III. etapu stavby; a

(ii) nezačínat s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodloužením s prováděním stavebních prací ze strany Zhotovitele.

Správce stavby Zhotovitele opětovně upozorňuje, že pokud Zhotovitel této výzvě nevyhoví, Objednatel je následně připraven (...) odstoupit od smlouvy (...). Následně Správce stavby vyzve jiného zhotovitele na provedení dokončení nedodělaných stavebních prací na I.-III. etapě.“

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

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 (...) odstoupit od Smlouvy (...).

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;

(...)

Na základě výše uvedených skutečností tímto (...) 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.(...)

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

Právní posouzení

80. Předmětem správního řízení je posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, konkrétně pak to, zda byl zadavatel oprávněn navrhovatele vyloučit dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, resp. to, zda k tvrzeným pochybením došlo a zda se jedná o pochybení závažná a/nebo dlouhodobá. Mezi účastníky správního řízení je rovněž sporné, zda jsou nápravná opatření přijatá navrhovatelem dostatečná pro obnovení způsobilosti navrhovatele.
81. Úřad úvodem poznamenává, že v rámci své rozhodovací praxe již rozhodoval ve skutkově totožných případech [posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona pro závažné pochybení při plnění smlouvy V (nedokončení díla v požadovaném termínu)], přičemž opakovaně dospěl k závěru, že byl navrhovatel ve vztahu k předmětnému závažnému pochybení při plnění smlouvy V vyloučen oprávněně¹. Úřad v této souvislosti upozorňuje na ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu, podle něhož je povinen ve skutkově shodných případech rozhodovat stejně.

K vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení

82. Z rozhodnutí o vyloučení navrhovatele vyplývá, že zadavatel navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku došlo ze strany navrhovatele k závažným pochybením při plnění dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem, a to při plnění smlouvy I, smlouvy II, smlouvy III, smlouvy IV a smlouvy V.
83. Úřad ve vztahu k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v obecné rovině uvádí, že důvod vyloučení dle tohoto písmene lze vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení kontraktačnímu procesu v odběratelsko-dodavatelských vztazích, jelikož zde zpravidla při výběru smluvního partnera hraje významnou roli zkušenost odběratele s plněním dodavatele v minulosti, popřípadě obchodní pověst dodavatele. Úřad zde zdůrazňuje, že pokud se zadavatel rozhodne účastníka zadávacího řízení vyloučit na základě ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, důkazní břemeno ohledně prokázání naplnění výše uvedených podmínek leží na zadavateli. Zadavatel tedy musí naplnění všech vzájemně souvisejících zákonných podmínek vyplývajících z předmětného ustanovení zákona prokázat a odůvodnit. Zadavatel tedy musí prokázat, že se účastník dopustil více než jednoho pochybení, že k uvedeným pochybením došlo při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem

¹ rozhodnutí S0389/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0095/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 26. 7. 2019),
rozhodnutí S0397/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0094/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 26. 7. 2019),
rozhodnutí S0077/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0083/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 16. 7. 2019),
rozhodnutí S0115/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0088/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 18. 7. 2019) a
rozhodnutí S0376/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0234/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 17. 3. 2020).
rozhodnutí S0186/2020/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím R0144/2020/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyly právní moci dne 29. 9. 2020).

zadávané veřejné zakázky nebo při plnění dřívějšího smluvního vztahu s jiným veřejným zadavatelem, že se uvedených pochybení účastník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, že se jednalo o pochybení závažná nebo dlouhodobá a že tato pochybení vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím. Se zřetelem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení, zda v šetřeném případě zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad na tomto místě poznamenává, že pro naplnění podmínky „mnohosti“ pochybení je dostačující, pokud zadavatel prokáže, že se dodavatel v posledních třech letech před zahájením zadávacího řízení dopustil alespoň 2 závažných nebo dlouhodobých pochybení. Proto se Úřad při posouzení zákonnosti vyloučení navrhovatele nezabýval v podrobnostech všemi pochybeními navrhovatele, na základě nichž zadavatel navrhovatele vyloučil, neboť s ohledem na procesní ekonomii nepovažoval takový postup za nezbytný. Úřad tedy podrobněji přezkoumal zákonnost vyloučení navrhovatele ve vztahu ke smlouvám II, III a V (podrobněji viz níže), přičemž již okolnosti těchto smluvních vztahů jsou způsobilé k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení ze zadavatelem zvoleného důvodu.

84. Na tomto místě se Úřad vyjadřuje rovněž k názoru navrhovatele, že pluralitu pochybení nelze dovozovat z pochybení v rámci více smluvních vztahů, ale pouze jednoho smluvního vztahu. Z jazykového výkladu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona je zřejmé, že dané ustanovení hovoří o závažných nebo dlouhodobých pochybeních, zákonodárce zde však již neuvádí podmínku více pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu. Tudiž aby mohlo dojít k vyloučení účastníka zadávacího řízení na základě tohoto ustanovení, z logiky věci musí být shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným nebo dlouhodobým pochybením a je již irelevantní, pokud zadavatel uplatňuje vůči dodavateli/navrhovateli např. dvě pochybení z jedné smlouvy nebo dvě pochybení ze dvou smluv. Úřad upozorňuje, že argumentace navrhovatele o nutnosti existence alespoň dvou závažných/dlouhodobých pochybení vyplývajících pouze z jednoho smluvního vztahu nemá oporu v zákoně, v důvodové zprávě k zákonu, v odborné literatuře a ani v judikatuře správních soudů. Pokud by měl zákonodárce v úmyslu požadovat dvě a více pochybení z jednoho smluvního vztahu, jistě by takovým způsobem formuloval ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž na uvedený závěr nemůže mít vliv ani znění čl. 57 odst. 4 písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 [„*Veřejní zadavatelé mohou z účasti v zadávacím řízení vyloučit nebo po nich mohou členské státy požadovat, aby vyloučili hospodářský subjekt, (...) pokud se hospodářský subjekt v rámci dřívější veřejné zakázky, dřívějšího smluvního vztahu s veřejným zadavatelem nebo dřívější koncesní smlouvy dopustil závažných nebo trvalých pochybení při plnění zásadního požadavku, jež vedly k předčasnému ukončení této dřívější veřejné zakázky, náhradě škody nebo jiným srovnatelným sankcím*“], neboť jak již bylo řečeno výše, ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona podmínku více pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu neobsahuje. V této souvislosti Úřad odkazuje na závěry předsedy Úřadu uvedené v rozhodnutí sp. zn. R0144/2020/VZ ze dne 25. 9. 2020. Z pohledu Úřadu se jeví logickým výklad, proč zákonodárce formuloval předmětné ustanovení v tom smyslu, že zadavatel může přistoupit k vyloučení dodavatele v případě, že shledá závažná nebo dlouhodobá pochybení na základě jednoho smluvního vztahu, a to, že tomu je tak s ohledem na skutečnost, že pokud by předmětné ustanovení bylo formulováno, pokud se týká sousloví „smluvní vztah“, v plurálu, založilo by toto slovní spojení nepřiměřeně přísné očekávání,

že k závažným nebo dlouhodobým pochybením nemůže dojít v jednom smluvním vztahu. Tzn. v takovém případě by nepostačovala zásadní negativní zkušenost (závažná či dlouhodobá pochybení) z jednoho smluvního vztahu, ale zadavatel by byl de facto nucen, i po získání velmi nekvalitního plnění, plnění dodaného s prodlením, plnění nedodaného vůbec či po porušení jiných smluvních ujednání, navázat opětovně smluvní vztah s tímž dodavatelem i po takových negativních zkušenostech. Úřad je tedy přesvědčen, že i s ohledem na zásadu *ad minori ad maius* lze uzavřít, že pakliže může být dodavatel vyloučen dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona na základě závažných/dlouhodobých pochybení vyplývajících z jednoho smluvního vztahu, tak o to spíše může k vyloučení dodavatele zadavatel v zadávacím řízení přistoupit, pokud pochybení dotyčného dodavatele nastala nikoliv v jednom, ale ve více smluvních vztazích, které nasvědčují o to více tomu, že dodavatel neplní řádně své závazky z uzavřených smluvních vztahů, nadto i vůči různým zadavatelům.

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 II a smlouvy III a následně ve vztahu k údajnému pochybení navrhovatele při plnění smlouvy V.

Ke smlouvě II

86. Z odůvodnění uvedeného v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele vyplývá, že zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele mj. z důvodu, že se navrhovatel dopustil při plnění smlouvy II závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění, tedy v prodlení s dokončením díla ve stanoveném termínu, resp. s předáním dokončeného díla, a v jeho zhotovení s nevyhovujícími parametry pro ložné vrstvy. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele popisuje, že závažného pochybení se měl navrhovatel dopustit při plnění veřejné zakázky s názvem „Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A – část A: Silnice II/122“ pro jiného veřejného zadavatele, a to zadavatele JK. Dle zadavatele mělo být dokončené dílo předáno do 50 dní od převzetí staveniště, tedy do 31. 10. 2017 (zadavatel uvedený údaj zaměnil se smlouvou III – dokončené dílo mělo být předáno do 55 dnů od převzetí staveniště, tedy do 5. 11. 2017; dle Úřadu se jedná o chybu v psaní, která nemá vliv na zadavatelem tvrzená pochybení navrhovatele ani na posouzení případu Úřadem). Protože k řádnému předání dokončeného díla ve sjednaném termínu nedošlo, nárokoval zadavatel JK na navrhovatele v souladu se smlouvou II smluvní pokutu, která ke dni 25. 5. 2018 činila celkem 4 287 864,45 Kč. Ke dni 25. 6. 2018, kdy bylo dílo předáno, doúčtoval zadavatel JK navrhovateli smluvní pokutu za celkové prodlení s předáním díla, která byla v součtu ve výši 4 927 847,67 Kč. Zadavatel v oznámení o vyloučení navrhovatele dále poukazuje na skutečnost, že se navrhovatel dopustil při plnění smlouvy II dalšího pochybení spočívajícího ve zhotovení díla s nevyhovujícími parametry pro ložné vrstvy, proto uplatnil zadavatel JK nárok na slevu z ceny díla ve výši 2 309 441,01 Kč bez DPH pro podstatné vady díla. Veškeré nároky započítal zadavatel JK proti nárokům navrhovatele plynoucím ze smlouvy II.

Ke smlouvě III

87. Z odůvodnění uvedeného v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele se dále podává, že zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele mj. z důvodu, že se navrhovatel dopustil

závažného pochybení při plnění smlouvy III, tj. při plnění veřejné zakázky s názvem „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B - ČÁST C: Silnice II/159“, přičemž v této souvislosti zadavatel uvádí, že „[t]otožná situace² nastala i v případě plnění Smlouvy III., kdy taktéž došlo k významnému prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu, jakož i k vadám na díle, a i v tomto případě byl vůči Účastníkovi uplatněn nárok na zaplacení smluvní pokuty v celkové výši 3.604.271,51 Kč a také nárok na slevu z ceny díla ve výši 1.827.714,48 Kč bez DPH.“

88. Relevantní obsah rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, smlouvy III, výzev zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a ze dne 1. 10. 2018 a přípisu navrhovatele ze dne 24. 10. 2018 je uveden v bodech 56- 59 a 67-74 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Na tomto místě Úřad uvádí pouze stručné shrnutí.
89. Ve výzvě zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 se uvádí, že termín dokončení stavebních prací a zároveň termín předání a převzetí řádně dokončeného díla byl v čl. III odst. 1 písm. b) smlouvy III stanoven do 50 dnů ode dne předání a převzetí staveniště, tedy ode dne 11. 9. 2017. Vzhledem k tomu, že řádně dokončené dílo nebylo z důvodu na straně navrhovatele zadavateli JK řádně předáno do 31. 10. 2017, vyčíslil zadavatel JK navrhovateli smluvní pokutu ve výši 3 146 101,40 Kč za prodlení s předáním řádně dokončeného díla od 1. 11. 2017 do 25. 5. 2018 (tj. za celkem 206 dnů). V téže výzvě zadavatel JK sdělil navrhovateli, že provedené dílo na části silnice II/159 vykazuje podstatné vady, které ve výzvě specifikoval, a uplatnil vůči němu nárok na přiměřenou slevu z ceny díla ve výši 1 823 717,48 Kč pro podstatné vady díla.
90. Z výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 se pak podává, že výzva zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 byla navrhovateli doručena dne 28. 5. 2018. Zadavatel JK ve výzvě ze dne 1. 10. 2018 navrhovatele informoval, že obě nárokové částky (smluvní pokutu i slevu z ceny díla) započítal proti jeho pohledávce, neboť je ve stanovené lhůtě neuhradil. Vzhledem k tomu, že navrhovatel předal dokončené dílo zadavateli JK z důvodu na straně navrhovatele až dne 25. 6. 2018, nárokoval zadavatel JK na navrhovateli ještě smluvní pokutu ve výši 458 170,11 Kč za období ode dne 26. 5. 2018 do dne předání díla, tj. do 25. 6. 2018 (za celkem 30 dnů).

Ke smlouvám II a III

91. Vzhledem ke značné podobnosti průběhu obou smluvních vztahů posoudil Úřad smlouvu II a smlouvu III společně. Ke skutečnostem tvrzeným zadavatelem v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele k pochybením navrhovatele při plnění uvedených smluv doložil zadavatel v dokumentaci o zadávacím řízení smlouvu II, smlouvu III, výzvu zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a výzvu zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018.
92. Úřad prošetřil, zda jsou v případě obou smluv naplněny a odůvodněny podmínky stanovené § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
93. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smluv II a III je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť obě smlouvy

² uvedený text přímo následuje po popisu pochybení u smlouvy II

byly uzavřeny mezi jiným veřejným zadavatelem (zadavatelem JK) a navrhovatelem, přičemž smlouva II byla uzavřena dne 14. 7. 2017 a smlouva III dne 12. 7. 2017. Tato skutečnost není ze strany navrhovatele rozporována. Jak je zřejmé z čl. 1, bodu 3., zákona č. 347/1997 Sb., o vytvoření vyšších územních samosprávných celků a o změně ústavního zákona České národní rady č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů, zadavatel JK, tj. Jihočeský kraj, je vyšším územním samosprávným celkem. Z uvedeného tak vyplývá, že zadavatel JK je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona.

94. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že šetřené zadávací řízení bylo zahájeno uveřejněním nedatované výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele³ pod systémovým číslem P20V00001009 dne 7. 7. 2020. Vzhledem k tomu, že smlouva II byla mezi zadavatelem JK a navrhovatelem uzavřena dne 14. 7. 2017, resp. smlouva III dne 12. 7. 2017 (navrhovatel ani zadavatel tuto skutečnost nerozporují), tedy necelé 3 roky před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, je zřejmé, že pochybení navrhovatele v rámci obou smluvních vztahů nastalo v období 3 let předcházejících zahájení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a tudíž lze uvést, že i tato podmínka byla v obou případech splněna.
95. Úřad dále posoudil naplnění podmínky kvalifikovaného následku vytýkaných pochybení. V této souvislosti Úřad konstatuje, že z dokumentace, resp. z podkladů, které zadavatel Úřadu doložil, konkrétně z výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018, je zřejmé, že k řádnému předání dokončeného díla v obou případech nedošlo ve sjednaném termínu, načež zadavatel JK uplatnil vůči navrhovateli podle článků XIII odst. 1 smlouvy II a smlouvy III smluvní pokuty ke dni 25. 5. 2018 (za prodlení s řádným předáním dokončeného díla od 6. 11. 2017 do 25. 5. 2018, tj. celkem 201 dnů u smlouvy II a za prodlení s řádným předáním dokončeného díla od 1. 11. 2017 do 25. 5. 2018, tj. celkem 206 dnů u smlouvy III) a následně pak smluvní pokuty ke dni předání dokončených děl, tj. ke dni 25. 6. 2018 (za prodlení s řádným předáním dokončených děl od 26. 5. 2018 do 25. 6. 2018, tj. celkem 30 dnů), což plyne z výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 (viz body 73 a 74 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak vyplývá z obsahu výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018, zadavatel JK sdělil navrhovateli, že obě provedená díla vykazují podstatné vady a uplatnil vůči němu také nárok na přiměřenou slevu z ceny díla pro podstatné vady.
96. Na základě těchto skutečností Úřad konstatuje, že uložení sankce nepochybně spadá do kategorií, které zákon přímo označuje jako kvalifikovaný následek. Byť tedy uvedená pochybení (tj. prodlevy s předáním díla v případě obou předmětných smluv) nevedla ke vzniku škody či k předčasnému ukončení smluvního vztahu, vedla k jiným srovnatelným sankcím. Za srovnatelné sankce je pak třeba považovat takové právní prostředky, které právní řád či ujednání stran zadavateli poskytuje k tomu, aby následky pochybení dodavatele zhojil či aby jej za ně sankcionoval. Typicky se bude jednat o právo na smluvní pokutu.⁴ Úřad tak má v tomto případě za prokázané, že uplatněním smluvních pokut byla naplněna

³ dostupný na https://zakazky.kr-stredocesky.cz/profile_display_46.html

⁴ V tomto smyslu se vyjádřil předseda Úřadu například v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0093/2019/VZ-20435/2019/321/OMa ze dne 25. 7. 2019.

i podmínka kvalifikovaného následku vytýkaného pochybení (tedy prodlení s předáním dokončeného díla).

97. Jako poslední Úřad posoudil podmínku závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů. Z článků III. „Doba plnění“ odst. 1 písm. b) obou smluv vyplývá, že k dokončení stavebních prací a předání a převzetí řádně dokončeného předmětu plnění mělo dojít u smlouvy II do 55 dnů, resp. u smlouvy III do 50 dnů, ode dne předání a převzetí staveniště. Ve výzvě zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 je uvedeno, že staveniště bylo v obou případech zadavatelem JK předáno a navrhovatelem převzato dne 11. 9. 2017 a předmětné dílo mělo být dle smlouvy II řádně dokončeno a předáno zadavateli JK nejpozději dne 5. 11. 2017, resp. dne 31. 10. 2017 v případě smlouvy III. Z téže výzvy je patrné, že k předání dokončených děl do 25. 5. 2018 vůbec nedošlo. Dle výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 byla obě díla navrhovatelem předána a zadavatelem JK převzata z důvodů na straně navrhovatele až dne 25. 6. 2018, tedy 231 dnů po nejzazším termínu sjednaném ve smlouvě II a 236 dnů po nejzazším termínu sjednaném ve smlouvě III pro předání a převzetí řádně dokončeného díla.
98. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že dle smlouvy II je jejím předmětem zhotovení díla „Modernizace komunikací II. třídy (P 10) A – část A: Silnice II/122“ a předmětem smlouvy III je zhotovení díla „Modernizace komunikací II. třídy (P 10) B – část C: Silnice II/159“, přičemž zhotovením díla se dle uvedených smluv rozumí úplné, funkční a bezvadné provedení všech stavebních a montážních prací a konstrukcí (viz bod 60 a 67 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a dodavatel měl předmět smlouvy dle jejich článků II odst. 4 předat zadavateli JK úplný, bez vad, nedodělků a nedostatků, zcela hotové, funkční a provozně bezpečné (viz bod 60 a 67 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo, neboť obě díla řádně nedokončil a nepředal ve lhůtě pro dokončení, předání a převzetí, tedy do 5. 11. 2017 (u smlouvy II), resp. do 31. 10. 2017 (u smlouvy III). Navrhovatel dokončená díla předal zadavateli JK až dne 25. 6. 2018, tedy až po obdržení výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018.
99. Podle obou smluv [čl. III odst. 1 písm. b)] měl navrhovatel řádně dokončená díla, tj. díla úplná, bez vad, nedodělků a nedostatků, předat zadavateli JK do 55 dnů (dle smlouvy II), resp. do 50 dnů (dle smlouvy III) ode dne převzetí staveniště, tj. ode dne 11. 9. 2017. Předal-li navrhovatel dokončená díla zadavateli JK až dne 25. 6. 2018, předal je zadavateli JK až 286 dnů ode dne převzetí staveniště (55 dnů, resp. 50 dnů pro dokončení díla v termínu dle smlouvy + 201 dnů, resp. 206 dnů prodlení s řádným předáním dokončeného díla od 6. 11. 2017, resp. od 1. 11. 2017 do 25. 5. 2018 + 30 dnů prodlení s řádným předáním dokončeného díla od 26. 5. 2018 do 25. 6. 2018). Navrhovatel tak ve skutečnosti maximální dobu, kterou měl dle smluv k dispozici na řádné dokončení předmětných děl a jejich předání zadavateli JK nejen nedodržel, ale několikanásobně překročil. Navrhovatel díla dokončil a předal za více než pětinašobek doby, než ke které se ve smlouvách zavázal. Vzhledem k délce prodlení s předáním dokončených děl lze tato pochybení navrhovatele označit za dlouhodobá.
100. Prezentuje-li navrhovatel názor, že nemohl být v prodlení se zhotovením díla z důvodu, že datum převzetí díla zadavatelem dne 25. 6. 2018 je nesprávné, když dílo bylo řádně užíváno již dříve, protože bylo uvedeno do provozu v roce 2017, přičemž užívání díla dokládá,

že dílo nemělo vady bránící jeho užívání a zadavatel JK nebyl dle smlouvy II oprávněn odmítnout převzít dílo pro vady, které nebrání jeho užívání, uvádí k tomu Úřad následující.

101. Ze smluv II a III plyne mj., že k protokolárnímu předání a převzetí řádně dokončeného díla (tj. k dokončení stavebních prací a následnému předání a převzetí díla) mělo dojít do 55, resp. 50 dnů ode dne předání a převzetí staveniště [čl. III odst. 1 písm. b) smluv II a III]. V čl. III odst. 5 smluv II a III je stanoveno, že zhotovitel předá objednateli „dokončené“ dílo jako celek (podle čl. II.) samostatným předávacím protokolem a v čl. II odst. 4 smluv II a III je dále stanoveno, že zhotovitel zhotoví předmět smlouvy formou komplexní dodávky a předá jej objednateli úplný, bez vad, nedodělků a nedostatků, zcela hotové, funkční a provozně bezpečné.
102. Z výzev zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a 1. 10. 2018 plyne, že k předání a převzetí řádně dokončeného díla mělo dojít do 5. 11. 2017, resp. 31. 10. 2017, ale k předání a převzetí díla došlo až dne 25. 6. 2018. Z dostupných dokumentů neplyne, že by došlo k protokolárnímu předání dokončeného díla dříve než 25. 6. 2018 a žádný z účastníků správního řízení ani netvrdí, že by tato skutečnost nastala dříve.
103. V čl. VIII odst. 4 smluv II a III je sice stanoveno, že objednatel nemá právo odmítnout převzetí díla pro ojedinělé drobné vady, které samy osobě ani ve spojení s jinými nebrání užívání stavby funkčně nebo esteticky, ani jeho užívání podstatným způsobem neomezují, nicméně z dostupných dokumentů neplyne a žádný z účastníků správního řízení ani netvrdí, že zadavatel JK odmítl před 25. 6. 2018 převzít dílo připravené k předání, ani že by navrhovatel před 25. 6. 2018 učinil pokus o předání řádně dokončeného díla – oznámil zadavateli JK, že dílo je připraveno k předání a převzetí nebo vyzval zadavatele JK k předání a převzetí díla.
104. I pokud by dílo, resp. díla byla uvedena do provozu v roce 2017 (což navrhovatel tvrdí, ale nikterak nedokládá), nicméně k jejich předání a převzetí v souladu se smlouvou došlo až 25. 6. 2018, potom by uvedené dle Úřadu svědčilo toliko o tom, že plnění nepochybně po uvedení do provozu trpělo vadami, byť by tyto vady zcela neznemožňovaly užívání předmětných komunikací. Nadto by uvedené svědčilo rovněž o tom, že navrhovatel odstraňoval tyto vady od blíže nespecifikovaného dne uvedení do provozu v roce 2017 do dne samotného protokolárního předání díla, tj. po dobu (minimálně) půl roku.
105. Pakliže měl navrhovatel celé dílo zhotovit nejdéle do 55, resp. 50 dnů od převzetí staveniště a k dokončení a předání celého díla potřeboval o více než 4 krát delší dobu (tj. o 231, resp. 236 dnů více než na celé zhotovení díla v termínu dle smlouvy), svědčí to do značné míry spíše o laxním přístupu navrhovatele a takového dodavatele lze poté jen stěží označit za spolehlivého. Vzhledem k výraznému prodlení s předáním řádně dokončeného díla, když navrhovatel dílo řádně předal zadavateli JK až po uplynutí doby pětinasobně delší než činila maximální doba pro zhotovení celého díla (tj. po uplynutí 286 dnů od převzetí staveniště), lze takovéto pochybení navrhovatele považovat nejenom za dlouhodobé, ale v kontextu výše uvedeného i za závažné.
106. Závažnost takového pochybení lze spatřovat i v tom, že s narůstající délkou prodlení s předáním dokončeného díla a pozdějším zahájením jeho trvalého a neomezeného užívání v plném rozsahu mohou být spojeny i narůstající negativní ekonomické nebo organizační dopady na zadavatele, koncové uživatele díla a případně i další zainteresované subjekty.

Potřebuje-li dodavatel k dokončení díla několikanásobně delší dobu, než ve které měl dílo původně podle smlouvy dokončit, vytváří potom takovéto prodlení (byť by bylo způsobeno i nijak zásadním nedodělkem či vadou díla) důvodnou pochybnost o kompetentnosti dodavatele.

107. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele poukazuje též na pochybení navrhovatele spočívající ve zhotovení obou děl s nevyhovujícími parametry pro ložné vrstvy, které byly zadavatelem JK zjištěny při kontrole díla, v důsledku čehož zadavatel JK uplatnil vůči navrhovateli slevu z ceny díla. Z výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 je evidentní, že „*uplatňuje nárok na přiměřenou slevu z ceny díla pro podstatné vady děl*“, jež „*dle kvalifikovaného odhadu*“ zadavatele JK každé z děl vykazuje a které v předmětné výzvě specifikoval (viz bod 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí) včetně výše celkové požadované slevy v Kč bez DPH. Úřad nemá možnost posoudit naplnění intenzity tvrzených pochybení z popisu obsaženého v rozhodnutí o vyloučení, ani z předložených dokladů. Úřad na tomto místě konstatuje, že ze zadavatelem předloženého dokladu (tj. toliko z výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018, neboť další doklady vztahující se k vadám díla nebyly zadavatelem předloženy) nelze v souvislosti s tvrzenými vadami díla (nevyhovujícími parametry pro ložné vrstvy) posoudit naplnění podmínek pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť z něj toliko plyne, že dílo určité vady vykazovalo. K posouzení dlouhodobosti či závažnosti vytýkaných vad, tj. posouzení otázky naplnění intenzity tvrzených pochybení (neboť ne každé pochybení dodavatele se automaticky rovná závažnému pochybení – viz k tomu např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0085/2019/VZ-19700/2019/322/LKa ze dne 18. 7. 2019) však již předložený doklad (resp. ani v kontextu s popisem uvedeným v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele) nedostačuje, neboť z něj nelze dovodit případný dopad vad díla na jeho provozuschopnost, tj. uvedení do provozu či samotný provoz, např. zda předmětné vady zcela či částečně (a v jakém konkrétním rozsahu) znemožnily užívání předmětných komunikací, příp. po jak dlouhou dobu takové omezení trvalo, ani to, zda předmětné vady navrhovatel odstranil (jak uvádí v návrhu). Úřad proto uzavírá, že důvody týkající se vytýkaných vad díla při plnění smluv II a III, jak je zadavatel popsal v rozhodnutí o vyloučení a následně doložil Úřadu v předmětném správním řízení, nesvědčí pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, resp. zadavatel v tomto smyslu tyto důvody pro vyloučení neprokázal.

K argumentaci navrhovatele v souvislosti se smlouvami II a III

108. Navrhovatel je názoru, že smluvní pokutu zadavatel JK uplatnil neoprávněně, neboť smluvní pokuta byla dle názoru navrhovatele sjednána pouze pro případ, kdy zhotovitel dílo dokončí a objednateli nepředá, zadavatel však dle navrhovatele uplatnil smluvní pokutu za nedokončení díla. Pro případ nedokončení díla včas není dle navrhovatele smluvní pokuta sjednána.
109. Dle Úřadu se jedná o účelově formalistické tvrzení, které neodpovídá smluvním ujednáním ani postupu zadavatele JK. K tomu Úřad v první řadě uvádí, že v čl. XIII odst. 1 smlouvy II a III je stanoveno, že smluvní pokuta je sjednána pro případ, že je zhotovitel „*v prodlení s předáním dokončeného díla [(čl. III.1.b)]*“.
110. Ze čl. III odst. 5 smlouvy II a III poté plyne povinnost zhotovitele předat „*dokončené dílo jako celek (podle čl. II.)*“, přičemž dle čl. III odst. 1 písm. b) smlouvy II a III, na který odkazuje

ujednání o smluvní pokutě, je termín plnění závazku ze smlouvy stanoven současně pro „dokončení stavebních prací“ a pro „předání a převzetí díla“, tj. pro „protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla“.

111. Z uvedených smluvních ujednání je zřejmé, že zhotovitel měl povinnost ve sjednaném termínu dílo dokončit a rovněž předat, resp. předat dokončené dílo, přičemž smluvní pokutou je v tomto případě zajišťováno právě splnění termínu dokončení díla včetně jeho předání objednateli (předání dokončeného díla), nikoli pouze předání díla, jak se domnívá navrhovatel. Zhotovitel je tak pod pokutou zavázán dokončit a také předat dokončené dílo ve sjednaném termínu.
112. Smluvní pokutu je dle Úřadu nutné vztáhnout na dokončení díla (tj. nejen na jeho následné předání objednateli) i z důvodu, že dokončení díla dle smlouvy je cílem realizace smluvního vztahu, resp. plnění závazků vyplývajících ze smlouvy. Zajišťovat smluvní pokutou toliko předání díla (nikoli jeho dokončení) proto ani téměř nedává smysl, resp. nevede k naplnění hospodářského účelu smlouvy. Pakliže je zhotovitel povinen předat v určitém termínu dokončené dílo, je jasné, že jej musí v daném termínu také dokončit a že smluvní pokutou sjednanou pro nepředání dokončeného díla v termínu je v takovém případě zajišťováno současně dokončení předání díla v termínu pro předání díla.
113. Každé právní jednání musí být vykládáno především s ohledem na úmysl jednajících [§ 556 odst. 1 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů]; Úřad považuje v zásadě (i s ohledem na shora uvedené) za vyloučené, že by smluvní strany předmětné ujednání o smluvní pokutě mohly myslet tak, jak jeho výklad nyní předestírá navrhovatel, tj. že by smluvní pokuta utvrzovala pouze povinnost předat (již dokončené) dílo, zatímco nedokončení díla (tj. porušení smlouvy nepochybně z povahy věci závažnější) by se vůbec netýkalo.

K argumentaci navrhovatele v souvislosti se smlouvou III

114. Navrhovatel v návrhu upozorňuje na to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí některé zcela nové důvody vyloučení ve vztahu ke smlouvě III. Navrhovatel má za to, že se jedná o opožděné doplnění důvodů pro vyloučení, které je důvodem pro zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a oznámení o vyloučení. Navrhovatel neměl možnost proti těmto novým důvodům vyloučení brojit námitkami. K tomu Úřad předně uvádí, že navrhovatel nekonkretizuje, o jaké zcela nové důvody vyloučení ve vztahu ke smlouvě III se dle jeho názoru jedná.
115. V rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že spatřuje mnohost pochybení v rámci smluvního vztahu vyplývajícího ze smlouvy III zejména ve „významném prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu dle smlouvy III“ a v „dalších vadách zhotoveného díla spočívajících v provedení díla s nevyhovující ložní či podkladní vrstvou“ s odkazem na výzvu zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018. Zadavatel dále konkretizoval, o jaké vady se jedná.
116. Podle Úřadu tímto zadavatel neuvádí nové důvody pro vyloučení nad rámec důvodů, které uvedl v rozhodnutí o námitkách, když „významné prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu“ a existenci „vad na díle“ výslovně zmínil již v rozhodnutí o vyloučení. Podrobnosti minimálně o prodlení s řádným plněním díla přitom dále plynou ze souvisejících podkladů (smlouva II a výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a 1. 10. 2018), na základě

kterých zadavatel dospěl k závěru o nezpůsobilosti navrhovatele, které zadavatel měl k dispozici a předložil je navrhovateli jako přílohu rozhodnutí o námitkách a Úřadu v rámci dokumentace o zadávacím řízení, a které musí být navrhovateli coby smluvní straně a adresátovi těchto úkonů zadavatele JK známy.

117. Úřad obecně uvádí, že důvody pro vyloučení uvedené v rozhodnutí o námitkách nemohou nahrazovat ani doplňovat důvody, které zadavatel uplatnil v rozhodnutí o vyloučení. Vzhledem k uvedenému nemají důvody uvedené v rozhodnutí o námitkách vliv na posouzení oprávněnosti vyloučení a ani nejsou předmětem posouzení ze strany Úřadu. Úřad vychází při posouzení oprávněnosti vyloučení navrhovatele pouze z těch důvodů, které zadavatel uvedl v rozhodnutí o vyloučení ve spojení s relevantními podrobnosti obsaženými v pokladech pro vyloučení, ze kterých vycházel zadavatel a které současně učinil součástí dokumentace o zadávacím řízení.
118. Navrhovatel dále namítá, že v případě údajných pochybení navrhovatele při plnění smlouvy III byla tato pochybení v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele pouze „*v podobě tvrzení, a to takových, že z nich nebylo zřejmé ani to, kdy se měl dostat stěžovatel do prodlení, kdy mělo skončit atd., tudíž se k tomu nemohl stěžovatel relevantně vyjádřit.*“ K tomu Úřad uvádí následující.
119. Smlouva III je v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele jednoznačně identifikována jako „Smlouva o dílo č. SOD/OREG/642/17 Modernizace komunikace II. třídy (P10) B- část C: Silnice II/159 ze dne 12. 7. 2017“, uzavřená na základě zadávacího řízení na zadání veřejné zakázky s názvem „Modernizace komunikací II. třídy (P10) B - ČÁST C: Silnice II/159“. Rovněž je zde identifikována druhá smluvní strana této smlouvy - zadavatel JK jako „Jihočeský kraj, IČO: 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 76 České Budějovice“.
120. V samotném rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je zadavatelem uplatněné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy III a související sankce vymezena sice stručně a obecně, nicméně pro navrhovatele jako smluvní stranu smlouvy II (obeznámenou rovněž s obsahem smlouvy III a výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018) dostatečně jasně, určitě a jednoznačně pro to, aby navrhovatel přinejmenším ve vztahu k významnému prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu zejména věděl (z rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a dále díky podrobnostem obsaženým v uvedených dokumentech), o jaké pochybení se má jednat (prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu), v jakém smluvním vztahu a kdy k němu mělo dojít a jaká sankce za něj byla uplatněna.⁵ Rámcový popis obdobné situace (její vývoj a podstata) při plnění smlouvy je navíc podrobněji popsán v témže bodě „B) Modernizace komunikací II. třídy (P10) A - ČÁST A:

⁵ V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0093/2019/VZ-20435/2019/321/OMa ze dne 25. 7. 2019, ve kterém je mj. uvedeno: „*Na tomto místě je nutné upozornit na skutečnost, že zadavatel musí mít postaveno najisto, že byly podmínky § 48 odst. 5 písm. d) zákona naplněny. V případě, že druhé straně byly všechny relevantní skutečnosti známy, tedy byla s nimi řádně seznámena, pak zadavatel nemusí všechny skutečnosti podrobně rozvádět již v rozhodnutí o vyloučení, kde je však zcela jistě musí dostatečně identifikovat (jak již bylo uvedeno, například tak nemusí přikládat přílohy s dokumentem potvrzujícím ukončení dřívějšího smluvního vztahu, tyto by však měly být v rozhodnutí o vyloučení identifikovány), musí však mít tyto podklady k dispozici. Uvedené podklady pak následně slouží k prokázání relevantních skutečností v případném námitkovém řízení, či v případě následného podání návrhu v návrhovém řízení. Zadavatel tak musí být schopen jím tvrzené skutečnosti podrobně prokázat, a vhodné podklady, na základě kterých dospěl k závěru, že vyloučí dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, musí být součástí dokumentace o veřejné zakázce.*“

Silnice II/122“ rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v bezprostředně předcházející pasáži, ve které zadavatel popisuje důvod pro vyloučení navrhovatele spočívající v závažném pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II.

121. Podrobnosti týkající se mj. pochybení navrhovatele (včetně těch, jejichž absenci v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele namítá navrhovatel) vyplývají tedy ze smlouvy III a z výzev zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 a ze dne 1. 10. 2018. Tyto dokumenty zadavatel doložil vůči navrhovateli jako přílohu rozhodnutí o námitkách a následně Úřadu v dokumentaci o zadávacím řízení. Navrhovatel nerozporuje, že měl k dispozici obsah smlouvy III, ostatně je smluvní stranou této smlouvy, tuto smlouvu přiložil i k námitkám a rovněž na její obsah odkazoval v námitkách.
122. Na výzvu zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 zadavatel odkazuje v pasáži týkající se pochybení při plnění smlouvy II. Ačkoli tedy tato výzva byla výslovně zmíněna v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v souvislosti s uplatněním smluvní pokuty za pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II, lze tento odkaz materiálně vztáhnout i na pasáž týkající se pochybení navrhovatele při plnění smlouvy III, neboť výzva zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 se (stejně jako výzva zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018) vztahuje současně k plnění ze smlouvy II a III, resp. k pochybením navrhovatele při plnění těchto smluv a k nárokům uplatňovaným v této souvislosti zadavatelem JK, a jsou z ní tedy mj. pro zadavatele a navrhovatele patrné i skutečnosti týkající se pochybení navrhovatele při plnění smlouvy III (že se tak děje prostřednictvím odkazu v pasáži týkající se pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II na tom nic nemění).
123. Skutečnost, že navrhovatel měl k dispozici obsah výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018, lze dovodit z obsahu přípisu navrhovatele ze dne 24. 10. 2018 zadavateli JK, kde navrhovatel mj. uvádí, že se na zadavatele JK obrací ohledně *„uplatněné slevy z ceny díla a smluvní pokuty, které jste uplatnili dopisem, který klient obdržel dne 28. 05. 2018.“* Přípis se sice týká (dle čísla smlouvy) smlouvy II, nicméně výzva zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018, na kterou navrhovatel ve svém přípisu odkazuje a reaguje, se (jak Úřad již uvedl shora) vztahuje současně k plnění ze smlouvy II a III, resp. k pochybením navrhovatele při plnění těchto smluv a k nárokům uplatňovaným v této souvislosti zadavatelem JK. Datum doručení výzvy zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 navrhovateli dne 28. 5. 2018 ostatně potvrzuje zadavatel JK ve výzvě JK ze dne 1. 10. 2018.
124. Skutečnost, že navrhovatel měl k dispozici obsah výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 je zřejmá z doručanky datové zprávy, ze které plyne, že datová zpráva zadavatele JK s uvedením věci *„Výzva k úhradě smluvních pokut II. – ROBSTAV“* byla doručena do datové schránky navrhovatele dne 2. 10. 2018. Tuto doručenkou měl k dispozici i zadavatel, neboť ji přiložil s výzvou zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 k rozhodnutí o námitkách.

Ke smlouvě V

125. Podle odůvodnění uvedeného v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele rovněž z důvodu, že se navrhovatel dopustil při plnění smlouvy V závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy V. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel mj. upřesnil, že plnění ze smlouvy V mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě 6. 11. 2017, avšak navrhovatel tak neučinil a dílo dle smlouvy V jako

celek ani po opakovaných urgencích ze strany zadavatele ŘSD nedokončil. Zadavatel v souvislosti s popisem pochybení navrhovatele ve vztahu k naplnění podmínek podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona odkázal např. na závěry uvedené v pravomocném rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0077/2019/VZ. Úřad na tomto místě upozorňuje, že již ve svém rozhodnutí sp. zn. S0376/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím sp. zn. R0234/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 17. 3. 2020) konstatoval, že za situace, kdy je o závažnosti či dlouhodobosti pochybení dodavatele pravomocně rozhodnuto ve správním řízení a zadavatel z takového rozhodnutí vychází, již není třeba, aby v rozhodnutí o vyloučení „opisoval“ kompletní odůvodnění takového rozhodnutí, pokud na příslušné rozhodnutí Úřadu odkáže (což v tomto prověřovaném případě zadavatel učinil – pozn. Úřadu). Úřad tedy z výše uvedených důvodů považuje i pouhý odkaz na pravomocné rozhodnutí Úřadu ve skutkově obdobné věci za dostačující pro odůvodnění vyloučení, neboť takovým postupem nedochází k jakékoli újmě na právech navrhovatele, který je – coby účastník správního řízení – se závěry předmětného rozhodnutí rovněž obeznámen.

126. Ve vztahu k pochybení navrhovatele v souvislosti s realizací plnění dle smlouvy V Úřad v souladu s ustanovením § 2 odst. 4 správního řádu odkazuje na své závěry učiněné při posouzení skutkově shodného případu, tj. v rámci zadavatelem jmenovaného rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0077/2019/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R0083/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 16. 7. 2019), z něhož cituje:

»122. K naplnění podmínky v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy II⁶ je zřejmé, že k naplnění předmětné podmínky došlo, neboť smlouva II byla dne 3. 10. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem, přičemž tato skutečnost není ze strany navrhovatele ani zadavatele rozporována. (...)

124. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující. (...)

126. Z přípisu „Výzva Správce stavby k nápravě I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 10. 11. 2017 mj. vyplývá, že zadavatel, resp. správce stavby vyzval navrhovatele/zhotovitele, aby nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živých vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a (iii) předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Dále Úřad odkazuje na přípis „Výzva Správce stavby k nápravě č. 2 I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 21. 11. 2017, ve kterém je mj. uvedeno, že navrhovatel ke dni 15. 11. 2017 na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze stanovených požadavků. Současně správce stavby citovanou výzvou ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby, a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodloužením s prováděním stavebních prací ze strany navrhovatele. K dokončení I. až III. etapy stavby

⁶ Jedná se o smlouvu, která je v tomto rozhodnutí označována jako smlouva V – pozn. Úřadu

došlo dle vyjádření navrhovatele v návrhu až dne 13. 12. 2017, přičemž následně dne 27. 12. 2017 zadavatel přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 odstoupil od části smlouvy II. Úřad rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 4. 3. 2019, ve kterém je uvedeno: „Předmětem smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.“

127. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že zadavatel vymezil předmět smlouvy II jako opravu krytu a obnovu souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný, Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo již na základě skutečnosti, že nedokončil dílo v dodatečné lhůtě pro dokončení díla, tedy do 6. 11. 2017. Navrhovatel, jak uvádí zadavatel ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017, ke dni 15. 11. 2017 nereagoval na výzvu ze dne 10. 11. 2017 a dílo nedokončil, přičemž byl v předmětné výzvě ze dne 10. 11. 2017 upozorněn, že pokud tak neučiní je zadavatel připraven od smlouvy II odstoupit. K dokončení stavebních prací na I. – III. etapě stavby, tedy nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, avšak v dané době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby. (...) Úřad (...) konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění smlouvy II k prodlení, které lze definovat jako závažné pochybení, neboť navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tzn. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak navrhovatel dílo v uvedené lhůtě nedokončil. Navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění díla, resp. IV. etapy díla, se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel zcela ignoroval předmět smlouvy II, neboť, jak vyplývá ze zadavatelem vymezeného předmětu smlouvy II (viz výše), měl dokončit dílo v takové době, aby nedošlo k narušení provozu na předmětných komunikacích nad rámec nezbytně nutný. Úřad tak uzavírá, že takové prodlení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.

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

- (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho;
- (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce; a
- (iii) předložil Správci stavby aktualizovaný harmonogram;

Ad (i) a (ii)

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

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

Ad (iii)

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

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

b) správce stavby vydal pokyn k nezahájení 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 živichých vrstev definované Technickou specifikací.“

129. Úřad k dané reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 uvádí, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 (...) měl navrhovatel splnit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel tak dle správce stavby neučinil, neboť, jak bylo konstatováno ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017: „(k)e dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze tří Správcem stavby stanovených požadavků.“ Dále se Úřad zabýval tvrzením navrhovatele, že nebylo v jeho silách sestavit aktualizovaný harmonogram stavby. Úřad tak k tomuto uvádí, že není pravdou, že by správce stavby vydal pokyn k nezahájení prací na IV. etapě stavby, jak uvádí navrhovatel. Tento pokyn byl vydán správcem stavby, až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, tedy v pořadí až druhé výzvy správce stavby (pozdější výzvy správce stavby), a z toho vyplývá, že navrhovateli nemohla daná skutečnost bránit v sestavení aktualizovaného harmonogramu. Úřad rovněž nemůže přisvědčit argumentaci navrhovatele ohledně skutečnosti, že sestavení harmonogramu je závislé na klimatických podmínkách, jejichž ovládní a předvídání není v silách navrhovatele. V dané situaci by tak dodavatelé nemohli nikdy, ani při tvorbě nabídky, sestavit harmonogram, neboť ani v jejich silách není ovládní a předvídání klimatických podmínek. Příkladem lze uvést dlouhodobější stavební práce (např. 2 roky), jejichž plnění nemůže probíhat v zimních obdobích, a v případě, kdy navrhovatel tvrdí, že sestavení harmonogramu nelze učinit, neboť v silách navrhovatele není ovládní a předvídání klimatických podmínek, tak by dodavatelé při tvorbě nabídky týkající se těchto dlouhodobějších stavebních prací, které nemůžou probíhat za určitých klimatických

podmínek, nemohli nikdy sestavit harmonogram. Navrhovatel se dále ohrazuje, že „dne 5. 12. 2017 oznámil správci stavby, že řádné dokončení I.-III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované technickou specifikací. Tím stěžovatel požadavky zadavatele obsažené v bodě (iii) ve výzvě ze dne 10. 11. 2017 zcela splnil.“ Úřad k tvrzení navrhovatele opětovně uvádí, že v předmětné výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 bylo stanoveno, že veškeré požadavky má navrhovatel učinit nejpozději do 2 dnů od doručení předmětné výzvy, avšak navrhovatel splnění požadavku obsaženého v bodě (iii) přisuzuje odeslání svého dopisu ze dne 5. 12. 2017. Z uvedeného je tak zřejmé, že daný požadavek ze strany navrhovatele nebyl splněn dle požadavků správce stavby. Úřad navíc dodává, že datum 5. 12. 2017 je období již po druhé výzvě správce stavby, tedy výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017.

130. Navrhovatel dále tvrdí, že v dané věci nedošlo z jeho strany k závažným pochybením, neboť tuto stavbu dokončil a předal zadavateli dle pokynů. Úřad k tomuto uvádí, že z výše uvedeného vyplývá, že navrhovatel jednak nedokončil dílo ani v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017, ale navíc následně ani nesplnil požadavky na dokončení díla uvedené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017, tudíž nepostupoval podle pokynů správce stavby vymezených v této výzvě a stavbu na základě této výzvy nedokončil. Navrhovatel postupoval podle pokynů správce stavby až na základě výzvy správce stavby ze dne 21. 11. 2017, avšak v této době již mělo být dílo dokončeno na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017. Tím, že navrhovatel jednak nedokončil dílo v prodlouženém termínu do 6. 11. 2017 a následně ani nesplnil výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017, se dostal do takového prodlení, kterým způsobil, že již práce na IV. etapě stavby z důvodů klimatických podmínek nemohly být realizovány a ignoroval tak předmět plnění smlouvy II.

(...)

133. V návaznosti na výše uvedené má Úřad za to, že ze strany navrhovatele došlo v rámci plnění smlouvy II k závažnému pochybení, tudíž i podmínka závažnosti či dlouhodobosti pochybení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byla v posuzovaném případě naplněna.

134. Další podmínkou pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. K tomu Úřad uvádí následující.

135. V daném případě zadavatel využil práva v Pod-čl. 15.2 písm. a) smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve znění zvláštních podmínek (VOP/ZOP) a přípisem „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 od části smlouvy II týkající se neprovedeného plnění odstoupil (...). Argumentaci navrhovatele ohledně té skutečnosti, že dané odstoupení není možné považovat za platné, považuje Úřad za irelevantní, neboť odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání, které je třeba považovat za platné (o to více za situace, kdy byla možnost odstoupení z uvedeného důvodu přímo sjednána ve všeobecných obchodních podmínkách, které byly modifikovány zvláštními obchodními podmínkami, (...)) až do chvíle, kdy o jeho případné neplatnosti rozhodne kompetentní orgán, kterým je soud. Navrhovatel ve správním řízení, ani předtím zadavateli nesdělil, že by se soudně bránil důvodům ukončení smlouvy II ze strany zadavatele, resp. v takovém případě navrhovatel výše uvedený postup zadavatele svým jednáním akceptoval, tudíž neexistuje

důvodná pochybnost o oprávněnosti postupu zadavatele při ukončení smlouvy II s navrhovatelem. Vzhledem ke skutečnosti, že daným odstoupením od části smlouvy II došlo zjevně k předčasnému ukončení smluvního vztahu, jelikož v důsledku závažného pochybení navrhovatele nedošlo z jeho strany k dokončení kompletního díla (stavby), lze uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna. Úřad uvádí, že o tom, že došlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu v důsledku pochybení navrhovatele zadavatelem popsaného v rozhodnutí o vyloučení (...), nepadají s ohledem na obsah přípisu „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem podle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.«.

127. K upozornění navrhovatele, že zadavatel ŘSD předal navrhovateli staveniště opožděně, Úřad uvádí následující. Z dokumentu „Pozvánka na předání staveniště I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 15. 8. 2017 vyplývá, že datum pro předání a převzetí staveniště navrhovateli bylo stanoveno na 23. 8. 2017 (viz bod 78 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ačkoliv z „Pokyn[u] správce stavby“ ze dne 20. 10. 2016 (viz bod 77 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že zadavatel dal navrhovateli pokyn k zahájení prací v období „04/2017“, je nutné upozornit rovněž na skutečnost, že v uvedeném dokumentu je poznamenáno, že termín zahájení prací bude upřesněn při předání staveniště. Úřad upozorňuje, že délka lhůty pro dokončení prací byla ve smlouvě stanovena na 2 měsíce (viz bod 75 odůvodnění tohoto rozhodnutí) bez vazby na konkrétní data. Je tedy zřejmé, že pokud termín pro dokončení prací byl stanoven na 31. 10. 2017 (tento konkrétní termín vyplývá z výzvy k nápravě ze dne 10. 11. 2017 – viz bod 79 odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž navrhovatel uvedený termín nerozporuje) a následně byl prodloužen na žádost navrhovatele do 6. 11. 2017, je zřejmé, že předání staveniště v termínu 23. 8. 2017 nebylo opožděné, neboť stanovená dvouměsíční lhůta pro dokončení prací by ode dne předání staveniště končila dne 23. 10. 2017, a tedy termín 31. 10. 2017, potažmo následně stanovený termín 6. 11. 2017 nepochybně odpovídal termínu pro dokončení prací stanovenému ve smlouvě.
128. Pokud navrhovatel odkazuje na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž tvrdí, že plnění této veřejné zakázky mělo vliv na plnění smlouvy V, Úřad uvádí, že taková argumentace navrhovatele je irelevantní, neboť zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodů závažných pochybení, kterých se měl dopustit v rámci plnění smluv I až V, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“. Dále Úřad pro úplnost uvádí, že situace, kdy se při plnění jiného navrhovatelova závazku vyskytnou potíže, nijak neodůvodňuje skutečnost, že v rámci smlouvy V neplnil navrhovatel své závazky včas. Je to právě navrhovatel, který musí znát své kapacity a tomu tak své závazky přizpůsobit. Navíc pokud došlo k určitým nastalým situacím, které nemohl předem očekávat, mohl si nárokovat prodloužení lhůty pro dokončení díla, což ostatně v případě plnění smlouvy V učinil. Úřad však k tomu doplňuje, že ačkoliv si navrhovatel u zadavatele ŘSD nárokoval prodloužení doby pro dokončení díla do 6. 11. 2017, ani v této dodatečné lhůtě pro dokončení, tedy ke dni 6. 11. 2017, stavbu nedokončil.
129. Pokud navrhovatel upozorňuje na skutečnost, že důvody vyloučení ve vztahu ke smlouvě V, které zadavatel uvedl v rozhodnutí o vyloučení, jsou nepřezkoumatelné, nelogické a rozporuplné, kdy zadavatel „argumentuje dokončením v době, kdy to umožňovaly

klimatické podmínky, aniž by zdůvodnil, co tím míní, jakož i doložil existenci vhodných klimatických podmínek“, Úřad k tomuto uvádí následující. V rozhodnutí o vyloučení zadavatel mj. uvedl: *„Dílo dle Smlouvy V. mělo být společností ROBSTAV k.s. jako celek (všechny IV etapy) dokončeno v době, kdy klimatické podmínky dokončení díla nebránily. Společnost ROBSTAV k.s. však do 6. 11. 2017 v souladu se Smlouvou V. předmětné dílo nedokončila.“*, přičemž ve vztahu k pochybení navrhovatele při plnění smlouvy V zadavatel v rozhodnutí o vyloučení odkázal mj. na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0077/2020/VZ, kde Úřad konstatoval, že: *„(...) navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby.“* Pokud tedy zadavatel při odůvodnění vyloučení navrhovatele z důvodu pochybení při plnění smlouvy V vycházel z obsahu výše uvedeného rozhodnutí Úřadu, lze navrhovatelem rozporované tvrzení ohledně termínu pro dokončení stavby za vhodných klimatických podmínek dovodit z obsahu výše citovaného závěru Úřadu, z něhož je zřejmé, že klimatické podmínky nebyly příznivé pro dokončení stavby ode dne 21. 11. 2017. S ohledem na tuto skutečnost Úřad nepovažuje výše uvedenou část odůvodnění rozhodnutí o vyloučení za nepřezkoumatelnou či nelogickou, neboť je zřejmé, že zadavatel při odůvodnění pracoval s fakty, která jsou uvedena v rozhodnutí Úřadu, na něž zadavatel odkázal.

130. K návrhu navrhovatele na provedení důkazu znaleckým posudkem k prokázání skutečnosti, že vzhledem k požadavku na technologické pauzy nebylo fakticky možné dílo dokončit v době uvedené ve smlouvě V, Úřad upozorňuje, že přílohu smlouvy V tvoří rovněž „Časový harmonogram stavby I/19 Plíškovice – Mirovice“ ze dne 19.9.2016 podepsaný navrhovatelem, z něhož vyplývá, že navrhovatel počítal s rozvržením prací pro realizaci stavby na 2 měsíce (viz bod 76 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného důvodu považuje Úřad argumentaci navrhovatele o nemožnosti realizace prací v době uvedené ve smlouvě za nepřipadnou, a proto k provedení důkazu znaleckým posudkem dle návrhu navrhovatele nepřistoupil.
131. K názoru navrhovatele, že odstoupení zadavatele ŘSD od smlouvy V nebylo oprávněné, Úřad ve vztahu k uvedené problematice pro úplnost plně odkazuje na svou předchozí rozhodovací praxi, konkrétně na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0207/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R0134/2018/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 21. 10. 2018), kde je mimo jiné uvedeno:

„44. V dalším se Úřad vyjádří k argumentaci navrhovatele týkající se údajné neplatnosti odstoupení od Smlouvy⁷ ze strany zadavatele. (...) Co se týká problematiky odstoupení od smlouvy, Úřad podotýká, že ZVZ ani zákon neupravují komplexně problematiku odstoupení od smlouvy. Ve vztahu k ZVZ lze zmínit, že tato právní norma upravovala pouze situaci popsanou v ustanovení § 82 odst. 8 ZVZ, přičemž citované ustanovení dopadá na situaci, kdy dodavatel uvedl v nabídce informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení. Ve vztahu k zákonu je možno podotknout, že zákon do určité míry reguluje ukončení závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku v ustanovení § 223 zákona. V dalším se však na odstoupení od smlouvy vztahují jiné

⁷ Jedná se o smlouvu, která je v tomto rozhodnutí označována jako smlouva V – pozn. Úřadu

právní předpisy, typicky občanský zákoník. Ostatně z ustanovení § 223 odst. 3 zákona vyplývá, že zadavatel má právo ukončit závazek ze smlouvy i na základě jiných právních předpisů. Následné spory o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od Smlouvy ze strany zadavatele však nemají na právo zadavatele zahájit další zadávací řízení žádný vliv, zákon danou problematiku ostatně ani neřeší, nestanovuje pro takovou situaci žádná pravidla. Uvedené však nic nemění na tom, že s takovým jednáním zadavatele jsou spojeny i případné důsledky, a to zejména za situace, není-li od smlouvy odstoupeno řádně; zákon (stejně tak rozhodovací pravomoc Úřadu) však na tuto situaci nedopadá. Úřad konstatuje, že případný spor mezi stranami o platnosti nebo neplatnosti odstoupení od uzavřené Smlouvy mezi zadavatelem a navrhovatelem je soukromoprávní povahy. V tomto lze odkázat na ustanovení § 1 odst. 1 a § 12 občanského zákoníku, kdy práva a povinnosti osob jsou právem soukromým, přičemž kdo se cítí být na právech zkrácen, může se domáhat ochrany; pokud není občanským zákoníkem stanoveno jinak, je tímto orgánem soud (k tomu dále viz následující odstavce odůvodnění tohoto rozhodnutí).

45. Z výše uvedených důvodů se tedy Úřad blíže nezabýval skutečnostmi uváděnými v návrhu, jež se týkají důvodů pro odstoupení zadavatele od Smlouvy, ani neposuzoval, zda zadavatel při odstoupení od Smlouvy postupoval v souladu se stanovenými smluvními podmínkami, neboť toto Úřadu ani v rámci jeho kompetencí nepřísluší. Toto dovodil i Krajský soud[] v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013, z něhož obecně vyplývá, že otázku platnosti, neplatnosti či vymahatelnosti soukromoprávních podmínek řeší soudy, nikoliv Úřad, který by měl ve správním řízení posuzovat výhradně postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek. Pro úplnost Úřad upozorňuje na skutečnost, že rovněž i v samotné Smlouvě je uvedeno, že „Případné spory mezi stranami projedná a rozhodne příslušný obecný soud České republiky v souladu s obecně závaznými předpisy České republiky.“ Úřad dodává, že odstoupení od smlouvy je jednostranné právní jednání. Obecně z ustanovení § 574 občanského zákoníku plyne, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Rozhodnutí o tom, zda odstoupení od Smlouvy v daném případě bylo ze strany zadavatele učiněno správně, jak již Úřad uvedl výše, není oprávněn činit Úřad, nýbrž případně příslušný soud, pakliže by se navrhovatel nezákonnosti zadavatelem učiněného úkonu dovolával.“

132. K časové podmínce ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona stanovující, že pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení, Úřad uvádí, že pochybení navrhovatele v rámci smlouvy V nastalo dnem prodlení s plněním díla, tj. dnem 7. 11. 2017. S ohledem na skutečnost, že rozhodným datem pro splnění časové podmínky ve vztahu k nyní prověřovanému zadávacímu řízení je den 7. 7. 2017 (zadávací řízení bylo zahájeno dne 7. 7. 2020, tzn., že k pochybení dodavatele, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona mohlo dojít nejdříve dne 7. 7. 2017), lze konstatovat, že i tato podmínka byla splněna.
133. K argumentu navrhovatele o nepřipustné retroaktivitě, když zadávací řízení na veřejné zakázky, na jejichž plnění byly uzavřeny smlouvy IV a V, byla zahájena podle ZVZ a domněnce, že vzhledem k přechodnému ustanovení § 273 zákona je tedy napadené rozhodnutí o vyloučení navrhovatele nezákonné, Úřad odkazuje na znění ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona, z jehož jazykového výkladu vyplývá, že není rozhodné, za účinnosti jaké

právní úpravy byla zahájena zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění mělo dojít k závažným pochybením. Jedinou časovou podmínkou vyplývající z daného ustanovení je, že se těchto závažných pochybení účastník zadávacího řízení musí dopustit v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, tedy zcela jasně bez ohledu na skutečnost, zda byla zadávací řízení na veřejné zakázky, při jejichž plnění došlo k závažným pochybením, zahájena na základě ZVZ či na základě zákona. Není tak na místě ani odkaz navrhovatele na ustanovení § 273 odst. 1 zákona, neboť toto ustanovení se vztahuje k zadávání veřejných zakázek v zadávacích řízeních zahájených podle ZVZ, avšak v šetřeném případě bylo zadávací řízení, zahájeno již za účinnosti zákona, a proto není možné v dané situaci aplikovat § 273 odst. 1 zákona. K námitce navrhovatele týkající se nepřipustné retroaktivity ve vztahu k aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona ve vztahu k pochybením navrhovatele, jichž se dopustil mj. v případě smlouvy V, uvedl Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 29 Af 63/2019-77 ze dne 1. 7. 2020 mj. následující: *„Krajský soud (...) tuto námitku neshledává důvodnou, neboť v nyní projednávané věci se nejedná o retroaktivitu, která je v případě tzv. pravé retroaktivity z hlediska právní jistoty nežádoucí, jelikož právní vztah, založený vyloučením žalobců z účasti ve veřejné zakázce, vznikl až po zahájení veřejné zakázky, a tedy až po účinnosti ZZVZ. Žalobci nesprávně vztahují účinnost ZZVZ k právním vztahům, které mají souvislost s tvrzenými pochybeními žalobců, které však vznikly v rámci realizace dřívější veřejné zakázky zúčastněné na řízení žalobci, nikoliv té, která je předmětem v nyní projednávané věci.“*

134. Navrhovatel rovněž v návrhu upozorňuje, že v případě výtek týkajících se postupu navrhovatele při plnění smlouvy V (a smlouvy IV) se jednalo o ojedinělé nedostatky na přelomu roku 2017 a 2018, které byly z větší části způsobeny zadavatelem ŘSD, a že za období předešlé a následující spolupráce lze konstatovat, že probíhala standardně, tudíž nelze hovořit o „dlouhodobosti“. Úřad ve vztahu k uvedenému tvrzení navrhovatele odkazuje na slovní spojení obsažené v ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona – „závažných nebo dlouhodobých pochybení“ – a upozorňuje, že spojka „nebo“ v citovaném ustanovení zákona vyjadřuje volbu mezi dvěma eventualitami, které jsou v tomto případě zaměnitelné a je jedno, která z nich bude platit; musí však být naplněna alespoň jedna z nich. Zadavatel tedy pro naplnění nezpůsobilosti dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona musí prokázat, že se jednalo buď o závažná, nebo o dlouhodobá pochybení, přičemž v daném případě, jak Úřad vyvodil výše, zadavatel prokázal a odůvodnil, že se navrhovatel při plnění smlouvy V závažného pochybení dopustil. Úřad dále dodává, že není relevantní, zda se jednalo o pochybení ojedinělé či zda předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele ŘSD plnil, 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 skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení zákona, mezi které mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení. Dle přesvědčení Úřadu ke konstatování závěru, že se jedná o závažné pochybení ve smyslu citovaného ustanovení zákona, je lhostejno, zda tak navrhovatel jednal úmyslně, či nikoliv. Rozhodné pro posouzení věci je, že v rámci předchozího smluvního vztahu nebylo plněno řádně, přičemž toho, že je navrhovatel v prodlení, si musel být plně vědom.
135. K názoru navrhovatele, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání stěžovatele škoda anebo že by bylo zadavatelem ŘSD uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné, Úřad uvádí, že z gramatického výkladu

ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona rozhodně nevyplývá, že by jeho aplikace vyžadovala i existenci rozhodnutí soudu popř. jiného orgánu, které by mělo takovou skutečnost potvrzovat. O jakémkoliv rozhodnutí soudu či jiného orgánu zkrátka v daném ustanovení není ani zmínka. Z uvedeného tak vyplývá, že pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona není nutné podložit splnění příslušných zákonných podmínek pro vyloučení rozhodnutím soudu, a proto nepovažuje předmětnou argumentaci navrhovatele za relevantní. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by s sebou fakticky přinesla nemožnost aplikace tohoto ustanovení, a nijak by tedy zákon nechránil ty zadavatele, pro něž je podstatné, zda dodavatel v předchozích smluvních vztazích při realizaci plnění zásadním způsobem chyboval.

136. Navrhovatel ve svém návrhu rovněž argumentuje tím, že zadavatelé obecně mají při posuzování zkušenosti s dodavateli vycházet (předně) z vlastních zkušeností a teprve v případě neexistence vlastní zkušenosti mají reflektovat zkušenosti jiných veřejných zadavatelů. K tomu Úřad uvádí, že v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona se podmínka přednostního uplatnění vlastní zkušenosti před zkušenostmi jiného veřejného zadavatele nevyskytuje. Předmětné ustanovení tak zadavateli umožňuje vyloučení dodavatele na základě „zprostředkované zkušenosti“ i za situace, kdy sám zadavatel žádnou negativní zkušenost s plněním ze strany dodavatele nemá.
137. Na základě výše uvedených skutečností **Úřad uzavírá, že navrhovatel byl v šetřeném případě zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku z důvodů uvedených v § 48 odst. 5 písm. d) zákona oprávněně, neboť došlo k naplnění všech podmínek pro aplikaci citovaného ustanovení zákona.**

K obnovení způsobilosti navrhovatele

138. Úřad dále přistoupil k posouzení otázky možného obnovení způsobilosti navrhovatele k účasti v zadávacím řízení.
139. Úřad předesílá, že možnost účastníka zadávacího řízení prokázat obnovení své způsobilosti je novým institutem zavedeným zákonem, který je systematicky řazen v části čtvrté zákona, která obsahuje úpravu zadávání veřejných zakázek v nadlimitním režimu. Dle ustanovení § 76 odst. 1 zákona může účastník zadávacího řízení mj. prokázat, že i přes naplnění důvodu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 či 6 zákona obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení, pokud v průběhu zadávacího řízení zadavateli doloží, že přijal dostatečná nápravná opatření. Zákon tedy umožňuje dodavateli, který je v postavení účastníka zadávacího řízení, tj. o jehož vyloučení pro nezpůsobilost není dosud „nevratně“ rozhodnuto, v průběhu zadávacího řízení předložit zadavateli důkazy o tom, že se „napravil“, a je tedy opět způsobilý plnit veřejnou zakázku, a že tedy odpadl důvod pro jeho vyloučení. Účastník zadávacího řízení však musí obnovení své způsobilosti prokázat, tj. doložit, že nápravná opatření, kterými odůvodňuje zánik své nezpůsobilosti, přijal a že tato jsou dostatečná. Dostatečnost přijatých nápravných opatření pak na základě předložených dokladů posoudí zadavatel. Ten tedy posuzuje a vyhodnocuje, zda jsou přijatá nápravná opatření adekvátní z hlediska závažnosti pochybení či provinění a okolností, za kterých k němu došlo, a zda je tedy předloženými doklady skutečně garantováno obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení.

140. V šetřeném případě, a to i s ohledem na způsob zahájení zadávacího řízení a obsah zadávací dokumentace (viz body 1 a 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je zjevné, že pro zadání posuzované veřejné zakázky zadavatel zvolil zjednodušené podlimitní řízení a postupoval tedy při zadávání podle části třetí zákona upravující podlimitní režim. Podle § 53 odst. 4 zákona platí, že zadavatel může použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim. Z žádné části zadávací dokumentace pak nevyplývá, že by zadavatel do zde posuzované veřejné zakázky zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení „vtáhl“ pravidlo týkající se obnovení způsobilosti účastníka zadávacího řízení (tzn. pravidlo obsažené v § 76 zákona). Za takového stavu věci je zřejmé, že předmětný postup nebyl zadavatelem určen k aplikaci v posuzovaném zadávacím řízení. S ohledem na tuto skutečnost zadavatel mohl předmětnou argumentaci navrhovatele odmítnout jako argumentaci, kterou v posuzovaném případě nelze uplatnit, neboť se nejedná o takovou zadávací podmínku, která se pro zvolený zadávací postup uplatní. Nicméně v důsledku skutečnosti, že zadavatel věcně reagoval na tvrzení navrhovatele týkajících se přijetí nápravných opatření, když se zabýval důvody, na základě kterých mělo dojít k obnovení způsobilosti navrhovatele, Úřad se, ačkoliv, jak uvedl shora, předmětný institut považuje za postup, který se *prima facie* nestal součástí zadávacích podmínek v době uveřejnění zadávací dokumentace, přesto rozhodl přistoupit k přezkumu navrhovatelem předkládaných tvrzení a důkazů, které měly prokázat jím přijatá nápravná opatření, a zohlednil protiargumentaci zadavatele, tj. posoudil navrhovatelem tvrzené obnovení jeho způsobilosti plnit šetřenou veřejnou zakázku.
141. V šetřeném případě navrhovatel podal námitky proti svému vyloučení z účasti v zadávacím řízení (tj. stále v postavení účastníka zadávacího řízení), ve kterých mj. uvedl následující nápravná opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti:
- změna obalovny (navrhovatel přestal odebírat asfaltové směsi od cizích obaloven),
 - zavedení násobné kontroly objednávaných stavebních materiálů pro plnění každé zakázky, dvojnásobné kontroly vážních lístků za materiál dodávaný z lomů a obaloven,
 - zavedení speciálních porad před začátkem provádění každé zakázky, na níž jsou všichni vedoucí pracovníci podrobně seznámeni s dokumentací, termíny a postupem prací a je určen koordinátor zakázky, pravidelné schůzky všech stavbyvedoucích, výrobního ředitele, výkonného ředitele a technické skupiny přípravy staveb,
 - přijetí nového výkonného ředitele pro zefektivnění provádění zakázek,
 - pořízení nové techniky,
 - navýšení počtu pracovníků,
 - rozšíření certifikace o ISO 14001 a 18001,
 - uzavření rámcové smlouvy se společností KOPESO s.r.o. pro případ náhlého zjištění nutnosti posílení pracovních kapacit,
 - ukončení pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím, který měl na starosti realizaci veřejných zakázek, na jejichž plnění byla uzavřena smlouva IV a V.

142. Za účelem prokázání obnovení způsobilosti k účasti v zadávacím řízení navrhovatel předložil zadavateli k přijatým nápravným opatřením (jako přílohy podaných námitek proti svému vyloučení z účasti v zadávacím řízení) následující dokumenty:

- a. přípis zadavatele ŘSD ze dne 23. 7. 2019 adresovaný společnosti Kovia s.r.o., IČO 04060954, se sídlem Libocká 258/22, Liboc, 162 00 Praha 6 (od 23. 7. 2019 podnikající pod obchodní firmou ROBSTAV Kovia s.r.o.) (dále jen „Kovia s.r.o.“ nebo „ROBSTAV Kovia s.r.o.“) obsahující souhlas s využitím obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby zadavatele ŘSD; souhlas je udělen ode dne 22. 7. 2019 po dobu platnosti certifikátu reg. číslo 95100, tj. do 16. 6. 2022,
- b. certifikáty společnosti Kovia s.r.o. – Certifikát systému managementu kvality reg. č. 95100 vydaný dne 17. 6. 2019 a Certifikát systému řízení výroby č. 254/C6/2019/9210001 vydaný dne 17. 6. 2019,
- c. osvědčení o shodě řízení výroby pro stavební výrobek asfaltové směsi pro hutněné asfaltové vrstvy pozemních komunikací uvedený na trh výrobcem Kovia s.r.o. ze dne 13. 6. 2018,
- d. nedatované čestné prohlášení společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o., mj. že je na základě smluvního vztahu s navrhovatelem výhradním dodavatelem asfaltové směsi pro navrhovatele, že dodává a bude dodávat výlučně pro navrhovatele asfaltové směsi pro potřeby realizace stavebních prací touto společností a pouze v případě nevytíženosti je oprávněna vyrábět asfaltovou směs i pro jiné osoby, že má v areálu obalovny umístěnou laboratoř SQZ pro kontrolu výroby asfaltových směsí, že disponuje osvědčením od zadavatele ŘSD opravňující ji k dodávkám asfaltových směsí pro zadavatele ŘSD, že disponuje ISO 9001 na výrobu asfaltových směsí, že disponuje certifikací obalovny, že v případě, že bude ze strany zadavatele uzavřena s navrhovatelem smlouva o dílo, je schopna vyrobit a dodat navrhovateli asfaltovou směs pro plnění takové smlouvy o dílo, že dodávala pro navrhovatele asfaltové směsi na realizaci jmenovitě uvedených zakázek,
- e. čestné prohlášení šesti zaměstnanců navrhovatele (ředitel společnosti, hlavní stavbyvedoucí, dva stavbyvedoucí, vedoucí výroby a vedoucí OTU) ze dne 7. 4. 2020, že po zkušenostech s prováděním veřejné zakázky, na jejíž plnění byla uzavřena smlouva V, navrhovatel zavedl minimálně za účasti podepsaných osob pravidelné každotýdenní porady, na kterých podepsané osoby komunikují a přijímají na další týdny opatření stran plánování stavebních prací, řádného plnění smluvních termínů či dalších povinností jako např. odstraňování záručních vad, to vše s ohledem na strojní a personální kapacity, nutnost případného posílení strojní a personální kapacity, objednávky a dodávky stavebního materiálu v dostatečném předstihu, zajištění nutných povolení a souhlasů dotčených správních orgánů či třetích osob, neprodlené odstraňování případných nedostatků co do provádění stavebních prací či smluvních termínů, další skutečnosti za účelem řádného plnění všech smluvních a zákonných povinností,
- f. čestné prohlášení společnosti KOPESO s.r.o. ze dne 7. 4. 2020, že v roce 2018 uzavřela dohodu „o vzájemné strojí a personální výpomoci“,

- g. rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Rekonstrukce ulice Na Rychtě“ zadavatelem město Plzeň ze dne 9. 4. 2020,
- h. referenční list od zadavatele město Plzeň na realizaci stavby „Parkovací stání při ulici U Borského Parku, Plzeň“ ze dne 9. 10. 2018,
- i. referenční listy o provedení stavebních prací vystavené navrhovateli různými objednateli (zadavateli) v letech 2018 a 2019,
- j. certifikáty navrhovatele o zavedení a udržování systému managementu splňující:
 - i. požadavky normy ČSN EN ISO 9001:2016 v oboru provádění silničních prací v oboru pozemních komunikací (ze dne 6. 5. 2019),
 - ii. požadavky normy ČSN EN ISO 14001:2016 v oboru provádění bytových, občanských a průmyslových staveb a jejich rekonstrukcí, provádění silničních prací v oboru pozemních komunikací, frézování komunikací (ze dne 6. 5. 2019),
 - iii. požadavky normy ČSN OHSAS ISO 18001:2008 (ze dne 6. 5. 2019) v oboru provádění bytových, občanských a průmyslových staveb a jejich rekonstrukcí, provádění silničních prací v oboru pozemních komunikací, frézování komunikací (ze dne 6. 5. 2019).
- k. rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 28. 8. 2020, oznámení o výběru dodavatele ze dne 28. 8. 2020, kterým navrhovatel dokládá, že nabídka navrhovatele na plnění veřejné zakázky „Oprava silnice II/173 Blatná“ byla vybrána jako nejvýhodnější,
- l. potvrzení o převzetí díla – stavby „ I/3 Dolní Dvořiště - státní hranice“ (sekce – Vozovka, část sekce – 05PU-001662) ze dne 22. 10. 2018,
- m. potvrzení o převzetí díla – stavby „I/19 Věšín, oprava vozovky“ ze dne 17. 7. 2018 a
- n. potvrzení o převzetí díla – stavby „I/16 Ješín - Velvary, oprava povrchu“ (část stavby – Sil. I/16 km cca 31,2 – 33,6 Středočeský kraj, okr. Kladno) bez datace (přejímací řízení ukončeno dne 30. 4. 2018).

143. Z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá, že by navrhovatel doložil zadavateli v průběhu zadávacího řízení další dokumenty, jimiž by prokazoval přijetí tvrzených nápravných opatření.

Ke změně obalovny

144. Uvedené nápravné opatření, tj. spolupráci s jinou obalovnou, než se kterou navrhovatel spolupracoval při plnění smlouvy V, navrhovatel zadavateli dokládá nedatovaným čestným prohlášením společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o., že je na základě smluvního vztahu s navrhovatelem výhradním dodavatelem asfaltové směsi pro navrhovatele, že dodává a bude dodávat výlučně pro navrhovatele asfaltové směsi pro potřeby realizace stavebních prací touto společností a pouze v případě nevytíženosti je oprávněna vyrábět asfaltovou směs i pro jiné osoby. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nedoložil žádným způsobem deklarovaný smluvní vztah, přičemž z čestného prohlášení společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. podmínky předmětné smlouvy nejsou známy, Úřad neshledal uvedené čestné prohlášení

za relevantní doklad k prokázání obnovení způsobilosti navrhovatele ve vztahu k pochybením, jichž se navrhovatel dopustil při plnění smluv.

145. Z dokladů doložených navrhovatelem vyplývá, že společnost Kovia s.r.o. (ROBSTAV Kovia s.r.o.) disponuje certifikáty systému managementu kvality a systému řízení výroby, a že pro vyráběné asfaltové směsi disponuje tato společnost osvědčením o shodě. Úřad konstatuje, že s ohledem na nedoložení smlouvy na dodávky asfaltových směsí uzavřené mezi společnostmi ROBSTAV Kovia s.r.o. a navrhovatelem, nelze tedy ani doklady, jež se týkají certifikace společnosti Kovia s.r.o. (ROBSTAV Kovia s.r.o.), provozních možností obalovny Kařez či osvědčení o shodě řízení výroby pro stavební výrobek asfaltové směsi pro hutněné asfaltové vrstvy pozemních komunikací uvedený na trh výrobcem Kovia s.r.o., považovat za dostatečné doklady prokazující obnovení způsobilosti navrhovatele.
146. Nad rámec uvedeného Úřad doplňuje, že toliko spolupráce s jinou obalovnou (pokud by byla prokázána a řádně doložena) sama o sobě nemůže zajistit, že opětovně nedojde k dodání asfaltového koberce v rozporu s požadavkem objednatele, např. právě z důvodu chyby na straně obalovny. Pro nápravu pochybení spočívajícího v záměně obrusné vrstvy je tak nezbytné mimo změny obalovny zavést současně dostatečná kontrolní opatření či mechanismy, a to přímo na straně navrhovatele.

K zavedení násobné kontroly objednávaných stavebních materiálů pro plnění každé zakázky, dvojnásobné kontroly vážních lístků za materiál dodávaný z lomů a obaloven

147. Uvedené nápravné opatření navrhovatel toliko tvrdí, ale zavedení kontrolních mechanismů zadavateli nijak nedokládá (např. interním předpisem, kterým by byla stanovena povinnost příslušným pracovníkům navrhovatele a se kterým by byli příslušní pracovníci navrhovatele prokazatelně seznámeni). Není tedy zřejmé, jakým konkrétním způsobem bude kontrolní systém objednávky stavebních materiálů a jejich následné dodávky fungovat, tudíž nelze konstatovat ani to, zda by bylo možno tyto kontrolní mechanismy navrhovatele (pokud by jejich existence a rozsah byly prokázány) považovat za dostatečné.
148. Úřad nicméně i ve vztahu k tomuto nápravnému opatření dodává, že s ohledem na skutečnost, že ohledně oprávněnosti důvodů vedoucích k vyloučení navrhovatele pohlíží Úřad pouze na smlouvy II, III a V, tzn. Úřad neposuzuje zadavatelem tvrzené vyloučení navrhovatele z důvodu pochybení týkajícího se záměny směsí na výrobu obrusné vrstvy vozovky při plnění smlouvy IV, považuje za bezpředmětné se blíže zabývat účinností tohoto nápravného opatření.

K zavedení speciálních porad před začátkem provádění každé zakázky, na níž jsou všichni vedoucí pracovníci podrobně seznámeni s dokumentací, termíny a postupem prací a je určen koordinátor zakázky a k zavedení pravidelných schůzek všech stavbyvedoucích, výrobního ředitele, výkonného ředitele a technické skupiny přípravy staveb

149. Navrhovatel doložil čestné prohlášení zaměstnanců navrhovatele, že se účastní pravidelných každotýdenních porad, na nichž příslušné osoby komunikují a přijímají opatření stran plánování stavebních prací, řádného plnění smluvních termínů či dalších povinností jako např. odstraňování záručních vad, s ohledem na strojní a personální kapacity, nutnost případného posílení strojní a personální kapacity za účelem řádného plnění stavebních prací, smluvních termínů či dalších povinností jako např. odstraňování záručních vad, objednávky

a dodávky stavebního materiálu v dostatečném předstihu, zajištění nutných povolení a souhlasů dotčených správních orgánů či třetích osob, neprodlené odstraňování případných nedostatků co do provádění stavebních prací či smluvních termínů apod. K uvedenému Úřad podotýká, že čestné prohlášení o tom, že se na pravidelných poradách probírají určitá témata, nelze považovat za nápravné opatření, které by prokázalo obnovení způsobilosti navrhovatele. Ačkoliv totiž z uvedeného dokumentu vyplývá program pravidelných porad, nelze již s určitostí na základě skutečností uvedených v předmětném čestném prohlášení dovodit, jaká opatření jsou pro naplnění uvedených cílů přijímána, neboť kromě uvedeného čestného prohlášení navrhovatel již nedoložil např. zápisy z konaných porad, z nichž by bylo možné zjistit více podrobností a skutečností potřebných pro posouzení, zda na základě uvedeného nápravného opatření navrhovatel obnovil svou způsobilost k účasti v zadávacím řízení. Ačkoliv je tedy např. v předmětném čestném prohlášení uvedeno, že jsou přijímána opatření stran řádného plnění smluvních termínů či odstraňování záručních vad, není zřejmé, zda přijímaná opatření jsou v souladu se smluvními podmínkami, k nimž se navrhovatel zavázal, tedy zda je v návaznosti na uvedené porady zajištěno, aby odstraňování záručních vad bylo prováděno v souladu s pokyny správce stavby v požadovaném termínu a rozsahu. Co se týče navrhovatelem uváděných speciálních porad před realizací jednotlivých veřejných zakázek, uvedené nápravné opatření navrhovatel nijak nedokládá, a tedy nelze posoudit, zda realizace takových porad a určení koordinátora zakázky (pokud by bylo prokázáno) může zajistit, že se závažná pochybení, ke kterým došlo při plnění smlouvy II, III a V, nebudou opakovat. Není např. zřejmé, jaké konkrétní kompetence a odpovědnost má koordinátor zakázky ve vztahu ke kontrole používaných materiálů, příp. technologií, jak často je povinen tyto kontroly provádět (tj. zda je rozsah kontrol dostačující), zda může ovlivnit rozvržení pracovních sil a vybavení navrhovatele a jak se postupuje v případě, že kolidují pokyny dvou koordinátorů při současné realizaci dvou staveb apod.

K přijetí nového výkonného ředitele pro zefektivnění provádění zakázek

150. K uvedenému nápravnému opatření, které navrhovatel nijak nedokládá, Úřad uvádí, že nelze nijak ověřit, zda navrhovatel přijal konkrétního pracovníka do nové funkce, která má dle tvrzení navrhovatele zajistit kontrolu vedoucích podřízených pracovníků a který má řešit např. kontrolu nápravy zjištěných problémů při realizaci zakázky, a vybavil jej dostatečnými pravomocemi a dostatečnými personálními kapacitami a pokyny k součinnosti ze strany ostatních zaměstnanců. Rovněž není zřejmé, zda kontrolní činností, kterou má výkonný ředitel zajišťovat, bude pokryto veškeré plnění, které navrhovatel dodává nebo se bude jednat pouze např. o kontroly u vybraných zakázek. Úřad konstatuje, že toliko personální doplnění o jedno konkrétní funkční místo samo o sobě není dostatečným nápravným opatřením, neboť je třeba rovněž přiměřeným způsobem zajistit, aby nově přijatý pracovník měl dostatečné kompetence, a je vhodné též např. ověřit, zda tento disponuje dostatečnými zkušenostmi s typem provozu navrhovatele, přičemž nic z těchto relevantních okolností navrhovatel ve svém tvrzení neuvedl. Pouhé tvrzení navrhovatele o tom, že dotyčný pracovník byl jmenován do příslušné funkce, a stručný, ničím nedoložený popis zřízené funkce, proto nelze považovat za dostatečně osvědčující obnovení způsobilosti navrhovatele s ohledem na závažnost předchozích pochybení.

K pořízení nové techniky

151. Navrhovatel uvádí, že pro svoji činnost zajistil větší množství nové techniky. Mezi doklady, které navrhovatel doložil spolu s podáním námitek zadavateli, nicméně nefiguruje žádný dokument, který by doložení této skutečnosti osvědčoval. Úřad k uvedenému tvrzení uvádí, že tedy není ani zřejmé, zda došlo k zakoupení navrhovatelem popisovaných strojů, popř. zda termínem zajištění je myšleno např. zapůjčení na základě nájemní smlouvy a pokud ano, za jakých podmínek k tomuto zapůjčení má docházet. Tvrzenou skutečnost navrhovatel nijak blíže neobjasnil ani žádnými konkrétními doklady nedoložil. Z pohledu Úřadu tedy navrhovatel dostatečně neprokázal, že si v současné době pronajímá větší množství techniky, jak v návrhu, potažmo v námitkách, uvádí.

K navýšení počtu pracovníků

152. Navrhovatel uvádí, že navýšil počet pracovníků z 95 osob na 128 pracovníků, přičemž mělo dojít k rozšíření technické skupiny přípravy staveb o 8 pracovníků, ostatní pracovníci měli být v dělnických, strojnických a řidičských profesích. Navrhovatel s podanými námitkami žádné bližší údaje a dokumenty ke svému tvrzení nedoložil. Z pohledu Úřadu tedy navrhovatel dostatečně neprokázal, že disponuje větším počtem pracovníků, kteří by nad to měli být těmi, s jejichž pomocí bude zadavatel schopen zasmluvněná plnění realizovat včas.

K rozšíření certifikace o ISO 14001 a ISO 18001

153. Uvedeným nápravným opatřením navrhovatel prokazuje, že má certifikován systém environmentálního managementu a systém managementu v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Úřadu však není zřejmé, a ani sám navrhovatel toto neuvádí, jakým způsobem mohou uvedené systémy zajistit či se podílet na tom, aby v budoucnu nedocházelo k vytykaným závažným pochybením, pro která byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení.

K uzavření rámcové smlouvy se společností KOPESO s.r.o. pro případ náhlého zjištění nutnosti posílení pracovních kapacit

154. Navrhovatel uvádí, že smlouva se společností KOPESO s.r.o. byla uzavřena pro případ posílení pracovních kapacit. Uzavřenou smlouvu však navrhovatel zadavateli nedoložil (doložil pouze čestné prohlášení společnosti KOPESO s.r.o. ze dne 7. 4. 2020, že v roce 2018 uzavřela s navrhovatelem dohodu „o vzájemné strojí a personální pomoci“). Z uvedeného tudíž není zřejmé, jaké jsou podmínky spolupráce mezi společnostmi a zda je zajištěn dostatečný počet „záložních“ pracovníků. Nelze tak konstatovat, zda je touto smlouvou skutečně zajištěno, aby nedocházelo např. k nesplnění termínu plnění díla z důvodu nedostatečných kapacit navrhovatele. V návaznosti na obsah uvedeného čestného prohlášení nelze ani mít postaveno najisto, na jaké období je předmětná smlouva o spolupráci uzavřena, a zda tedy navrhovatel může avizované pomoci ze strany společnosti KOPESO s.r.o. v současné době stále využívat.

K ukončení pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím, který měl na starosti plnění smlouvy IV a smlouvy V

155. Předně je v souvislosti s tímto nápravným opatřením třeba konstatovat, že navrhovatel své tvrzení zadavateli nijak nedoložil. Dále Úřad upozorňuje, že pouhá personální obměna na konkrétním funkčním místě (zde na místě stavbyvedoucího) sama o sobě není

dostatečným nápravným opatřením, neboť je třeba rovněž přiměřeným systémovým způsobem zajistit, aby nově přijatý pracovník při své činnosti nemohl opakovat pochybení svého předchůdce.

156. K názoru navrhovatele, že účinnost výše uvedených přijatých opatření dokládají referenční listy vystavené zadavatelem a jinými veřejnými zadavateli a potvrzení o převzetí stavby, kterými navrhovatel dokládá předání řádné a včasné plnění u čtyř staveb bez vad, Úřad uvádí, že ačkoliv z obsahu předložených referenčních listů vyplývá, že navrhovatel provedl stavební práce řádně a odborně v požadovaných termínech, nelze s ohledem na výše popsanou nedostatečnost dokladů doložených navrhovatelem ve vztahu k přijatým nápravným opatřením pouze na základě uvedených referencí garantovat, že navrhovatel již nebude opakovat svá pochybení při plnění smluv II, III a V, a že svou nezpůsobilost k účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku obnovil. Stejně tak nepovažuje Úřad pro posouzení šetřeného případu za relevantní skutečnost, že jiný veřejný zadavatel vyhověl námitkám navrhovatele a po předložení tvrzení týkajících se přijetí nápravných opatření zrušil své rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, jelikož se jedná o postup jiného veřejného zadavatele, který není pro posuzovaný případ závazný a určující. S ohledem na skutečnost, že zadavatelé nejsou povinni postup dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona uplatnit, když se nejedná o obligatorní důvod k vyloučení dodavatele, a to ani u vybraného dodavatele, jak vyplývá z ustanovení § 48 odst. 8 zákona, ale je ponecháno na úvaze konkrétního zadavatele, nakolik jsou pro něj významná pochybení, jichž se dotčený dodavatel měl dopustit, a nakolik je pro něj zásadní vyloučit možnost, že dodavatel nebude plnit poptávané plnění dle smluvních ujednání bezvadně, není možné považovat postup zadavatele, který zadává veřejnou zakázku jako subjekt na jiném veřejném zadavateli zcela nezávislý, za určující pro postup veřejného zadavatele jiného. Není totiž možné nahlédnout na pohnutky příslušného zadavatele, kterými mohl být při svém rozhodování veden. Každý ze zadavatelů vychází ze svých zkušeností a nabytých znalostí, které může uplatnit při zvažování, zda zvolí postup dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona a v souvislosti s tím má i právo uvážit všechny okolnosti vztahující se k tvrzení o obnovení způsobilosti vyloučeného dodavatele (včetně průkaznosti předložených dokladů), a to případně i odlišným způsobem než tomu může být u jiného zadavatele.
157. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že vzhledem k absenci či nedostatečnosti podkladů prokazujících přijetí nápravných opatření zadavatel neměl možnost relevantně posoudit, zda vůbec byla tvrzená opatření přijata (příp. v jakém rozsahu), tudíž neměl možnost ani vyhodnotit, zda lze nápravná opatření navrhovatele považovat za dostatečná k obnovení jeho způsobilosti. Úřad proto uzavírá, že navrhovatel zadavateli neprokázal přijetí takových nápravných opatření, kterými by obnovil svoji způsobilost k účasti v zadávacím řízení. Úřad doplňuje, že pokud měl navrhovatel zájem prokázat obnovení způsobilosti pro účast v zadávacím řízení, měl přijatá opatření k nápravě především srozumitelně a prokazatelně prezentovat. Na základě způsobu prokazování obnovení způsobilosti, který v tomto případě navrhovatel zvolil, však lze pouze konstatovat, že navrhovatel nevyvinul dostatečné úsilí či snahu pro zajištění obnovy své způsobilosti. Úřad pro úplnost podotýká, že ve vztahu k nápravným opatřením uváděným navrhovatelem ve vztahu k obnovení způsobilosti dospěl Úřad k obdobným závěrům např. již v rámci rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0186/2020/VZ-20274/2020/533/HKu ze dne 2. 7. 2020, které bylo potvrzeno rozhodnutím

č. j. ÚOHS-R0144/2020/VZ-30139/2020/323/MBr ze dne 5. 9. 2020 (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 29. 9. 2020).

K přezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele ze dne 1. 10. 2020 o námitkách navrhovatele

158. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel v rámci podaného návrhu mimo jiné uvádí, že rozhodnutí zadavatele o námitkách je nepřezkoumatelné a dále, že se zadavatel s některými námitkami vůbec nevypořádal, zabýval se Úřad nejprve otázkou, zda rozhodnutí o námitkách dostojí požadavkům stanoveným v § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda součástí citovaného rozhodnutí je odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádřil ke skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.
159. Úřad nejprve v obecné rovině k problematice institutu námitek uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Tato povinnost zadavatele odvoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek je pak v ustanovení § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
160. Při posouzení dostatečnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách lze přihlídnout i k rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 70/2008 - 13 ze dne 30. 4. 2009, v němž Nejvyšší správní soud konstatoval, že: *„přestože je třeba na povinnosti dostatečného odůvodnění rozhodnutí z hlediska ústavních principů důsledně trvat, nemůže být chápána zcela dogmaticky. Rozsah této povinnosti se totiž může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého jednotlivého případu. Zároveň tento závazek nemůže být chápán tak, že vyžaduje za všech okolností podrobnou odpověď na každý jednotlivý argument účastníka (srovnej např. rozsudek ve věci Van de Hurk v. The Netherlands, ze dne 19. 4. 1994, Series No. A 288). To by mohlo vést zejména u velmi obsáhlých podání až k absurdním a kontraproduktivním důsledkům jsoucím v rozporu se zásadou efektivity a hospodárnosti řízení.“* Obdobně také náleží Ústavního soudu ze dne 30. 5. 2006, sp. zn. I. ÚS 116/05, dle kterého: *„z odůvodnění soudního rozhodnutí musí totiž vždy dostatečným způsobem vyplývat vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů a právními závěry soudu, i když není samozřejmě nutno každé rozhodnutí odůvodňovat natolik obsáhle, že by bylo třeba vyžadovat podrobnou odpověď na každý argument účastníků řízení.“*
161. Přestože se ve výše uvedené judikatuře jedná o odůvodnění rozsudku soudů, nikoliv o odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách, je možné závěry Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu vztáhnout i na tato rozhodnutí. Možnost aplikace lze ostatně dovodit za použití *argumentum a maiori ad minus*, tj. argumentu právní logiky „od většího k menšímu“. Jinými slovy, je-li vypořádání základních námitek, aniž by se soud vyjadřoval ke všem jednotlivým dílčím námitkám a rozsáhle odůvodňoval rozhodnutí o nich, v souladu se zákonem, konstantní judikaturou Nejvyššího správního soudu potvrzenou Ústavním soudem a zároveň v souladu se stanovenými kvalitativními požadavky na odůvodnění rozhodnutí soudu, pak lze dovodit, že je obdobně možné odůvodnit i rozhodnutí zadavatele

o námitkách. Úřad konstatuje, že rozhodnutí zadavatele nedosahuje takové závažnosti jako rozhodnutí soudu, a proto na něj nemohou být kladeny přísnější požadavky. Uvedený závěr vyplývá rovněž z rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R0212/2018/VZ-04264/2019/322/PJe ze dne 12. 2. 2019, kde je konstatováno, že nelze vykládat ustanovení § 245 odst. 1 zákona tak, aby byly na zadavatele kladeny mnohem vyšší nároky, než na soudy.

162. Povinnost zadavatele vypořádat podstatu námitek ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, aniž by bylo nezbytně nutné zároveň vypořádat každé jednotlivé tvrzení, které samo o sobě nemusí mít vůbec podstatu námitek, vyplývá rovněž ze závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně č.j. 31 Af 55/2018-63, kde je uvedeno: *„Soud samozřejmě rozumí tomu, že povinnost vyčerpát námitky je zde proto, aby byla daná možnost zadavateli samostatně napravit případné pochybení bez sankčního zásahu žalovaného. Nicméně žalovaný oproti tomu musí v přestupkovém řízení o přestupku zadavatele dle § 268 odst. 1 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek postupovat tak, aby na prvním místě hleděl na zachování podstaty námitek, namísto toho, aby zkoumal, zda je vypořádané každé jednotlivé tvrzení, které samo o sobě nemusí mít vůbec podstatu námitek, ale může se jednat o právní argumentaci, na kterou může bezpochyby reagovat zadavatel tak, že proti ní postaví vlastní obdobně obsahově hodnotnou právní argumentaci.“*
163. Na základě závěrů citovaných rozsudků Úřad konstatuje, že pokud navrhovatel uvádí v námitkách konkrétní argumenty, je nezbytné, aby zadavatel na tyto argumenty adekvátně reagoval. Úřad však zároveň doplňuje, že pro splnění požadavku na srozumitelnost a dostatečné odůvodnění stanoviska zadavatele v rozhodnutí o námitkách není nutné, aby se zadavatel vypořádal s každým dílčím aspektem argumentace stěžovatele do nejmenších myslitelných podrobností; rozhodující je, zda zadavatel v rozhodnutí o námitkách poskytuje navrhovateli srozumitelné a dostatečně podrobné stanovisko k podstatě namítaných skutečností, tj. k podstatě argumentace navrhovatele. Je tedy nutné, aby odůvodnění podaných námitek postihlo gros podaných námitek, aniž by ovšem bylo ze strany zadavatele nutné vypořádat každé jednotlivé tvrzení uvedené v námitkách.
164. Úřad následně posuzoval, zda lze v šetřeném případě odůvodnění rozhodnutí o námitkách považovat za dostatečné, přičemž uvádí, že úkolem Úřadu ovšem není hodnotit faktickou správnost argumentů zadavatele, tedy samotnou míru přesvědčivosti úvah zadavatele, ale toliko posoudit, zda zadavatel se podanými námitkami zabýval a uvedl v rámci rozhodnutí o námitkách příslušnou argumentaci k namítaným skutečnostem. V této souvislosti Úřad dále uvádí, že posuzoval primárně argumentaci zadavatele ve vztahu ke smlouvám, na základě kterých Úřad dovedl oprávněnost postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, neboť již tato pochybení (kterých se navrhovatel dopustil při plnění smluv II, III a V) byla způsobilá k naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Podle názoru Úřadu je tedy s ohledem na uvedené, a to i s přihlédnutím k právům navrhovatele a smyslu námitkového řízení, které předchází zde vedenému řízení u Úřadu dostačující nyní posoudit, zda se zadavatel vypořádal řádně s námitkami podanými ve vztahu k těmto smlouvám. Úřad tedy ověřil, zda navrhovatel obdržel od zadavatele minimálně ve vztahu k námitkám vztahujícím se ke smlouvám II, III a V relevantní argumentaci o tom, na základě čeho zadavatel shledal důvody k jeho vyloučení.

165. V úvodu rozhodnutí o námitkách se zadavatel nejprve vyjádřil k námitce navrhovatele týkající se neprokázání plurality závažných nebo dlouhodobých pochybení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž odkázal na příslušné části rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, podrobně specifikoval jednotlivá předmětná pochybení navrhovatele a uvedl, v čem spatřuje jejich pluralitu. Současně v této části rozhodnutí o námitkách zadavatel reagoval na námitky navrhovatele směřující proti odůvodnění rozhodnutí o vyloučení ve vztahu k pochybením navrhovatele v rámci plnění smluv I - V. V dalších částech rozhodnutí o námitkách se zadavatel blíže vyjádřil k námitkám navrhovatele, které směřují zejména proti zadavatelem tvrzené závažnosti pochybení navrhovatele, proti nedostatečnosti odůvodnění existence závažných a dlouhodobých pochybení a rovněž k argumentaci navrhovatele, podle níž tvrzená pochybení nebyla pochybeními navrhovatele. Dále se zadavatel vyjádřil k námitce navrhovatele, podle níž zadavatel neprokázal, že pochybení vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Zadavatel se v citovaném rozhodnutí o námitkách rovněž podrobně vyjádřil k jednotlivým skutečnostem, na jejichž základě měla být dle tvrzení navrhovatele v předmětných námitkách obnovena způsobilost navrhovatele ve smyslu § 76 zákona, přičemž uvedl, z jakých důvodů považuje navrhovatelem popsané skutečnosti za nedostatečné pro obnovení způsobilosti ve smyslu citovaného ustanovení zákona. Zadavatel dále reagoval na argumentaci navrhovatele uvedenou v námitkách, podle níž je zadavatel při posuzování naplnění podmínek pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, povinen vycházet z vlastních zkušeností, dále se zadavatel vyjádřil k názoru navrhovatele, podle něhož se závažnost pochybení posuzuje podle zlého úmyslu a konečně zadavatel vypořádal námitku navrhovatele upozorňující na účelovost postupu zadavatele.
166. Jak již Úřad předestřel výše, Úřad se podrobně zabýval relevantním obsahem těch námitek navrhovatele, které jsou rozhodné pro právní posouzení projednávané věci, tedy oprávněnými důvody vyloučení navrhovatele souvisejícími s předchozím plněním smlouvy II, smlouvy III a smlouvy V navrhovatelem, a následně je konfrontoval s příslušnými částmi rozhodnutí o námitkách, které se k předmětným námitkám vztahují. K uvedenému Úřad uvádí následující.

K vypořádání námitek týkajících se pochybení navrhovatele při plnění smlouvy II a smlouvy III

167. Navrhovatel v rámci předmětných námitek namítal absenci plurality pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu. Zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách specifikoval, že mnohost pochybení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 zákona při plnění smlouvy II spatřuje zejména ve významném prodlení se zhotovením plnění a ve zhotovení díla s nevyhovujícími parametry, přičemž uvedená pochybení dále podrobně specifikuje. Pluralitní pochybení navrhovatele ve smyslu citovaného ustanovení zákona při plnění smlouvy III spatřuje zadavatel dle citovaného rozhodnutí o námitkách zejména ve významném prodlení s řádným plněním díla ve sjednaném termínu dle smlouvy III a v dalších vadách zhotoveného díla, přičemž uvedená pochybení dále podrobně specifikuje.
168. Navrhovatel v rámci předmětných námitek uvedl, že odmítá, že by dílo, které bylo předmětem smlouvy II, nebylo dokončeno řádně a včas, když bylo uvedeno do provozu v roce 2017, bylo řádně užíváno, a proto zadavateli JK nevznikla žádná škoda. Dle navrhovatele sleva z ceny díla nemůže být považována za škodu nebo sankci ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

169. Zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách uvedl, že dílo je dle čl. III odst. 1, písm. b) smlouvy II i smlouvy III považováno za dokončené okamžikem jeho protokolárního předání, přičemž předčasné užívání komunikace nelze dle zadavatele považovat za řádné provedení a dokončení díla. Zadavatel s odkazem na čl. III. odst. 1 písm. b) smlouvy II uvedl, že termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, činil 55 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo dle zadavatele předáno a navrhovatelem převzato dne 11. 9. 2017, dílo tedy mělo být dle zadavatele předáno a převzato nejpozději dne 5. 11. 2017. V případě smlouvy III je dle zadavatele situace obdobná, kdy dle čl. III odst. 1 písm. b) smlouvy III činil termín dokončení stavebních prací a termín předání a převzetí díla, tj. protokolární předání a převzetí řádně dokončeného díla, 50 dní ode dne předání a převzetí staveniště. Staveniště bylo dle zadavatele předáno a navrhovatelem převzato dne 11. 9. 2017, dílo tak mělo být dle zadavatele předáno a převzato nejpozději dne 31. 10. 2017. Zadavatel s odkazem na výzvu zadavatele JK ze dne 25. 5. 2018 uvedl, že pro smlouvy II a III odeslal navrhovatel výzvu k převzetí díla zadavateli JK až dne 25. 5. 2018, přičemž z výzvy zadavatele JK ze dne 1. 10. 2018 je zřejmé, že k předání a převzetí díla došlo až dne 25. 6. 2018.
170. Zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách dále uvedl, že je z citovaných dokumentů zřejmé, že byl navrhovatel v prodlení s řádným plněním děl dle smlouvy II i smlouvy III, v důsledku čehož byla navrhovateli ze strany zadavatele JK vyměřena smluvní pokuta ve výši 639 980,22 Kč v případě smlouvy II, v případě smlouvy III pak ve výši 458 170,11 Kč. K oprávněnosti vyúčtování smluvní pokuty zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že podle citovaných smluv II a III bylo povinností navrhovatele dokončit a protokolárně předat dílo do 55 dnů u smlouvy II, resp. do 50 dnů v případě smlouvy III, ode dne předání a převzetí staveniště, přičemž k předání je způsobilé pouze dílo dokončené. Smluvní pokuty za prodlení se zhotovením smlouvy II a smlouvy III považuje zadavatel za jiné srovnatelné sankce ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž v uvedeném odkazuje na závěry odborné literatury (PROFOUSOVÁ, Z. *Vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost z důvodů dřívějších pochybení nastalých v době pandemie COVID-19*. Epravo.cz. 29. 4. 2020). Zadavatel je současně přesvědčen, že také sleva z ceny díla jako následek pochybení je jinou srovnatelnou sankcí ve smyslu ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť i uvedený institut může vést k zhojení následků pochybení dodavatele nebo k sankcionování uvedených pochybení. Dodává, že pro naplnění skutkové podstaty předmětného důvodu vyloučení je klíčové, že došlo k závažným pochybením, přičemž zákon nepředpokládá mnohost sankčních následků v rámci jediného smluvního vztahu. Jako nepodstatnou shledává zadavatel skutečnost, že se navrhovatel se zadavatelem JK následně dohodl na prodloužení záruky za dílo.
171. K tvrzení navrhovatele, že se zadavatel omezuje na pouhá tvrzení a rezignuje na svoje důkazní břemeno, zadavatel uvedl, že argumenty a skutečnosti, na kterých zadavatel postavil a zdůvodnil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, vychází z objektivních faktů, doložených listinnými důkazy, což je dle zadavatele zcela dostačující. Zadavatel má za to, že v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele definoval, jakých pochybení se navrhovatel dopustil v rámci plnění smlouvy II a smlouvy III a uvedl, v čem závažnost pochybení navrhovatele spočívala, přičemž svá tvrzení dostatečně zdůvodnil a označil důkazy pro svá tvrzení.

172. K tvrzení navrhovatele v předmětných námitkách, že již není pro zadavatele JK nezpůsobilým pro plnění veřejných zakázek, když s ním následně uzavřel další smlouvy o dílo na realizaci veřejných zakázek, zadavatel uvedl, že je odpovědností a otázkou posouzení každého zadavatele, zda a jak vyhodnotí naplnění důvodů pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. V tomto smyslu jsou dle zadavatele jednání a konečné závěry jiných zadavatelů v jiných veřejných zakázkách irelevantní a zadavateli nepřísluší jednání jiných veřejných zadavatelů hodnotit.
173. Zadavatel ve vztahu k této části námitek uzavřel, že je nepochybné, že i ve vztahu ke smlouvám II a III byly podmínky pro vyloučení navrhovatele bez dalšího naplněny, přičemž by dle názoru zadavatele uvedené dva případy pochybení navrhovatele samy o sobě ke skutkovému naplnění důvodu k vyloučení navrhovatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona byly dostatečné.

K vypořádání námitek týkajících se pochybení navrhovatele při plnění smlouvy V

174. K navrhovatelem namítané absenci plurality pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že mnohost pochybení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona při plnění smlouvy V spatřuje zejména ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením plnění) a v nezjednání nápravy, ani učinění pokusu o ni, přičemž uvedená pochybení zadavatel blíže specifikuje. Zadavatel dále uvedl, že pluralitu závažných pochybení konstatoval Úřad již na základě rozhodnutí č. j. S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. 12. 2019, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-08586/2020/323/MPe ze dne 16. 3. 2020. K samotným pochybením navrhovatele při plnění smlouvy V odkázal zadavatel na příslušnou část rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, kterou v rozhodnutí o námitkách cituje. V citované části rozhodnutí o vyloučení jsou pak jednoznačně popsána pochybení navrhovatele při plnění smlouvy V, včetně specifikace podkladů, ze kterých mají uvedená pochybení zadavatele vyplývat.
175. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách upřesnil, že v případě smlouvy V došlo k závažnému pochybení, přičemž zadavatel odkázal na příslušnou část rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel dále k navrhovatelem napadané závažnosti a dlouhodobosti pochybení navrhovatele při plnění smlouvy V uvedl, že se navrhovatel při plnění smlouvy V dopustil závažného pochybení spočívajícím v nedodržení termínu zhotovení díla, které mělo být dokončeno dne 31. 10. 2017, když následně byla doba splnění závazku na žádost navrhovatele prodloužena do 6. 11. 2017. Navrhovatel však dle tvrzení zadavatele dílo ani v prodlouženém termínu nedokončil. Dnem následujícím po sjednaném termínu, tj. dne 7. 11. 2017, tedy v rozhodném období, se tak navrhovatel dle zadavatele dostal do prodlení, které ze strany zadavatele ŘSD vedlo k odstoupení od smlouvy V a uplatnění jiných srovnatelných sankcí (smluvní pokuta). Zadavatel tak má za to, že i v případě smlouvy V došlo k dlouhodobému závažnému pochybení navrhovatele, které trvalo minimálně do 27. 12. 2017, resp. do 5. 1. 2018, kdy se odstoupení od smlouvy s navrhovatelem stalo účinným. Zadavatel uzavřel, že i v případě smlouvy V došlo k závažnému a dlouhodobému pochybení v rozhodném období.
176. Zadavatel dále upřesnil, že po odstoupení od smlouvy V zadavatel ŘSD uplatnil vůči navrhovateli své nároky na zaplacení smluvní pokuty za prodlení s dokončením prací

a nedodržení doby uvedení díla do provozu. Porušení povinnosti navrhovatele tak dle zadavatele vedlo k sankcím ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel uzavřel, že veškeré podmínky stanovené v předmětném ustanovení pro vyloučení navrhovatele byly v případě smlouvy V naplněny, a to včetně časového testu.

177. K dílčím namítaným skutečnostem týkajícím se plnění smlouvy V zadavatel odkázal především na rozhodnutí Úřadu č. j. S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv ze dne 17. 4. 2019 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe ze dne 16. 7. 2019, ve kterých je dle zadavatele většina argumentů zadavatele již vypořádána a ve kterých bylo dle zadavatele o relevanci předmětných argumentů navrhovatele již rozhodnuto. Zadavatel rovněž uvedl, že prověřování námitek ve vztahu k tomu, jestli navrhovatel v rámci smlouvy V nepochybil, zadavateli nepřisluší, přičemž zadavatel v tomto vychází ze sdělení zadavatele ŘSD, resp. z pravomocných rozhodnutí Úřadu, která jsou na daný případ v rámci zjištěných skutkových okolností aplikovatelná. Na konkrétní relevantní části rozhodnutí Úřadu č. j. S0077/2019/VZ-11152/2019/512/TDv ze dne 17. 4. 2019 potom zadavatel k jednotlivým námitkám navrhovatele odkazuje a uvádí příslušné citace závěrů Úřadu.
178. K navrhovatelem namítané nepřipustné retroaktivitě, kdy veřejná zakázka na předmět plnění smlouvy V byla zadávána v režimu ZVZ, zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že pro posouzení, zda je možné aplikovat § 48 odst. 5, písm. d) zákona je rozhodující, že zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo zahájeno za účinnosti zákona.
179. Ve vztahu k námitce týkající se pozdního předání staveniště a s tím související problematiky rezervovaných kapacit a časové náročnosti na paralelně realizované zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“ zadavatel uvedl, že uvedený argument považuje za zcela irelevantní, neboť na předmětnou zakázku nebylo v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odkazováno. Dodal, že je zcela na vůli navrhovatele, zda a jakého zadávacího řízení se zúčastní, a je potom jeho povinností dodržet veškeré smluvní podmínky.
180. K navrhovatelem zpochybnované platnosti odstoupení od smlouvy V, když dle navrhovatele nedošlo k závažným pochybením při plnění smlouvy V, zadavatel opakuje důvody odstoupení od smlouvy V uvedené v rozhodnutí o vyloučení spočívající v prodlení navrhovatele se zhotovením díla. Dále se zadavatel detailně vyjadřuje k navrhovatelem zmiňovaným výzvám ze dne 10. 11. 2017 a ze dne 21. 11. 2017. Navrhovatel dle zadavatele na výzvu ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nereagoval a nesplnil žádný ze tří požadavků, které byly na navrhovatele kladeny, přičemž následující výzva ze dne 21. 11. 2017, na jejímž základě navrhovatel nezapočal s realizací etapy č. IV v rámci plnění smlouvy V, byla až druhá v pořadí. Dle zadavatele nebylo odstoupení od smlouvy V zpochybněno ani na základě výše uvedených pravomocných rozhodnutí Úřadu. Zadavatel uvedl, že zadavatel ŘSD byl dle podmínek smlouvy V, pokud navrhovatel nepostupoval v souladu s výzvou k nápravě, oprávněn od smlouvy odstoupit. Subjektivní pochybnosti navrhovatele o platnosti odstoupení od smlouvy tak dle zadavatele nemohou být důvodem pro neaplikovatelnost § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Zadavatel dále uvedl, že k aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona není dle názoru zadavatele vyžadováno rozhodnutí soudu nebo jiného orgánu potvrzující závažné nebo dlouhodobé pochybení.

181. K tvrzení navrhovatele v rámci námitek, že zadavatel nesprávně dovozuje závažnost pochybení kumulací více pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit v době delší než 3 roky od zahájení předmětného zadávacího řízení, zadavatel opakovaně odkazuje na rozhodnutí Úřadu S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. 12. 2019, podle něhož je pro naplnění skutkové podstaty vyloučení z účasti v zadávacím řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona třeba pluralita pochybení v rámci (několika) smluvních vztahů. Dále uvádí, že pluralita pochybení musí být splněna ve svém souhrnu, nikoliv v rámci jediného smluvního vztahu. Zadavatel upřesnil, že nelze napadat nesprávnost postupu zadavatele s odkazem na dovození závažnosti pochybení kumulací více pochybení, neboť tato pochybení již za závažná nebo dlouhodobá uznal Úřad. Dodal, že tak neobstojí ani argument navrhovatele, podle něhož se měl těchto pochybení dopustit v době delší než 3 roky od zahájení zadávacího řízení, tj. v rozporu s časovou podmínkou, přičemž pro přehlednost uvádí časové údaje pro závažná nebo dlouhodobá pochybení identifikovaná při plnění smluv I až V navrhovatelem.
182. Na základě uvedeného zadavatel v rozhodnutí o námitkách konstatoval, že v souvislosti s plněním smlouvy V byly všechny podmínky pro vyloučení navrhovatele stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to včetně časového testu, naplněny.

Dílčí závěr

183. Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách navrhovateli objasnil, z jakých důvodů považoval pochybení navrhovatele za závažná, včetně následků, které z uvedených pochybení pro navrhovatele vyplývaly. Na základě celkového zhodnocení obsahu vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách ke skutečnostem, které uvedl navrhovatel v námitkách, Úřad konstatuje, že zadavatel svým rozhodnutím poskytl ucelenou reakci na podstatu navrhovatelem uváděných skutečností v takovém rozsahu a v takové míře podrobnosti a srozumitelnosti, že rozhodnutí o námitkách plní svůj účel, kdy poskytuje navrhovateli možnost dostatečně se seznámit se stanoviskem zadavatele a s jeho odůvodněním, a následně se v případném návrhu k argumentaci zadavatele vyjádřit. Úřad konstatuje, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele představuje ucelený pohled zadavatele na pochybení navrhovatele v předešlých zadávacích řízeních, což zadavatel vyhodnotil jako legitimní důvod pro vyloučení navrhovatele ze šetřeného zadávacího řízení.
184. Na základě výše uvedených skutečností učinil Úřad dílčí závěr, že nepovažuje rozhodnutí o námitkách (minimálně co do obsahu těch námitek navrhovatele, které jsou rozhodné pro právní posouzení projednávané věci, tedy oprávněných důvodů vyloučení navrhovatele souvisejících s předchozím plněním smlouvy II, smlouvy III a smlouvy V navrhovatelem, přičemž již samotná pochybení při plnění smluv II, III a V jsou důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, jak je zřejmé z odůvodnění tohoto rozhodnutí) za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů. Úřad proto neshledal důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách.

Shrnutí

185. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že po přezkoumání všech rozhodných skutečností neshledal, že by se zadavatel při vyloučení navrhovatele a při posouzení nápravných opatření přijatých navrhovatelem k obnovení způsobilosti či v souvislosti s přezkoumatelností

rozhodnutí o námitkách dopustil porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. JUDr. Daniel Volopich, advokát Advokátní kanceláře Volopich, Tomšíček & spol. s.r.o., Vlastina 602/23, 323 00 Plzeň - Severní Předměstí
2. ROBSTAV k.s., Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4

Vypraveno dne

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