



UOHSX00DIH48

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0186/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-20274/2020/533/HKu

Brno: 2. července 2020

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 7. 5. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha,
- navrhovatel – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 5. 2020 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice,

ve věci veřejné zakázky „D5 Oprava odpočívky Svojkovice“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-002366,

**rozhodl takto:**

### I.

**Návrh navrhovatele** – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4 – ze dne 7. 5. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha –

učiněných při zadávání veřejné zakázky „D5 Oprava odpočívky Svojkovice“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-002366, **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. Odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „zadavatel“) zahájil jako veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 20. 1. 2020 otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „D5 Oprava odpočívky Svojkovice“. „Oznámení o zahájení podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 1. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-002366 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu II.1.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž podle bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení je předmět definován následovně: *„Nově bude zřízen CB kryt vozovky u stání pro kamiony a BUS, těmto plochám se pak přizpůsobuje parkování pro OA, propojovací komunikace a zelené plochy. Důvodem rekonstrukce je nevyhovující stav povrchů na odpočívce a vjezdových a výjezdových parametrů. Nedostatečný počet stání pro těžká nákladní vozidla.“* Zadavatel stanovil v bodu II.2.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 46 000 000 Kč bez DPH.
3. Zadavatel dne 29. 3. 2020 rozhodl o vyloučení dodavatele – ROBSTAV k.s., IČO 27430774, se sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 6. 5. 2020 Mgr. Filipem Toulem, advokátem, ev. č. ČAK 12749, se sídlem Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice (dále jen „navrhovatel“) – a to s odkazem na ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona. „Rozhodnutí a oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ signované dne 29. 3. 2020 (dále jen „rozhodnutí o vyloučení navrhovatele“) bylo navrhovateli doručeno dne 30. 3. 2020.
4. Dne 14. 4. 2020 doručil navrhovatel zadavateli námitky proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele (dále jen „námitky“). Rozhodnutím o námitkách signovaným dne 29. 4. 2020, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), zadavatel námitky navrhovatele odmítl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 7. 5. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Součástí návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele byl i návrh na nařízení předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

## II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. 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 7. 5. 2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
7. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-14018/2020/533/LHI ze dne 12. 5. 2020.
9. Usnesením č.j. ÚOHS-14856/2020/533/LHI ze dne 22. 5. 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.
10. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-15668/2020/533/LHI ze dne 27. 5. 2020 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření dle § 61 odst. 1 správního řádu, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-17846/2020/533/HKu ze dne 15. 6. 2020 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
12. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-19120/2020/533/LHI ze dne 23. 6. 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.

### Obsah návrhu

13. Navrhovatel v čl. I. návrhu nejprve podrobně shrnuje obsah podaných námitek, kterými brojil proti svému vyloučení ze zadávacího řízení. Uvádí, že 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“ a „I/19 Plíškovice-Mirovice“ 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 nepřípustnou retroaktivitu.
14. 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 obhájí pozdější předání díla klimatickými podmínkami a neplánovanými vícepracemi.

15. 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 poradou, 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 přijal výkonného ředitele za účelem zefektivnění provádění zakázek, pořídil další techniku, navýšil počet pracovníků, obhajuje ISO 9001 a rozšířil certifikaci o ISO 14001 a certifikát ISO 18001, uzavřel rámcovou smlouvu o spolupráci se společností KOPESO s.r.o. pro případ náhlého zjištění nutnosti posílení pracovních kapacit, 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 stvrzuje referenční list zadavatele Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje ze dne 28. 5. 2019.
16. Navrhovatel je toho názoru, že pokud se měl dopustit pochybení v případě záměny asfaltové směsi a v případě nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky u veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, stalo se tak v době její realizace v roce 2016 a nikoliv v listopadu 2017. K předání díla došlo 19. 12. 2016, z čehož dovozuje, že zde s ohledem na zahájení nyní prověřovaného zadávacího řízení dne 20. 1. 2020 není splněna podmínka 3 let. Nyní zadavatel podle názoru navrhovatele přidává účelově jako závažné pochybení neodstranění reklamované vady. Navrhovatel dodává, že z jeho strany v rámci plnění předmětné veřejné zakázky („I/23 Řípec – hr. okr. JH“) nedošlo k závažným pochybením. Navrhovatel připouští, že zadavatel u něj reklamoval vady díla, kdy u některých i on sám souhlasil s jejich odstraněním, avšak ze strany zadavatele mu k tomu nebyla poskytnuta dostatečná součinnost. K tomu navrhovatel dodává, že dosud neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu o tom, že by zadavateli vznikla v důsledku jednání navrhovatele škoda anebo že by bylo zadavatelem uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné. S odkazem na stanovisko soudního znalce ze dne 8. 6. 2017 navrhovatel uvádí, že realizovaná záměna asfaltové směsi SMA 11 za SMA 8S byla ku prospěchu díla z důvodu požadavku zadavatele provádět pokládku asfaltových směsí v zimním období. Navrhovatel dále uvádí, že v případě dané zakázky předal dokončené dílo zadavateli, který až následně zjistil záměnu směsi obrusné vrstvy. V tomto ohledu navrhovatel vysvětluje, že o této záměně nevěděl (záměna nebyla provedena úmyslně), a že tuto skutečnost nepoznal ani zadavatel, ani technický dozor. Dále navrhovatel poznamenává, že se v daném případě nemohlo jednat o škodu, která vznikla zadavateli, neboť se jedná o neodstranitelnou vadu, která neměla negativní vliv na funkci díla, a zadavatel tak mohl podle názoru navrhovatele požadovat maximálně přiměřenou slevu z ceny díla.
17. Navrhovatel má rovněž za to, že právo zadavatele na vyloučení navrhovatele je možné uplatnit jedině v případě, že by existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel skutečně dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu (tedy v jednom smluvním vztahu více závažných pochybení), která vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení

smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím. Navrhovatel uvádí, že byl ochoten zadavatelem uplatněné vady díla „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ odstranit (kromě neodstranitelné vady způsobené záměnou směsí), ale navržený způsob byl pro zadavatele neakceptovatelný. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel záměrně přehlíží dosavadní judikaturu, podle níž je neodstranitelnou vadou taková vada, která je sice odstranitelná, avšak náklady na opravu jsou neúměrné ceně věci (rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 33 Odo 154/2003). Uvádí, že zadavatel požadoval odstranit celou vrstvu a odstranění ostatních vad navrhovateli neumožnil. Navrhovatel dodává, že chtěl část uplatněných vad odstranit a ohledně zbylé části vad navrhoval slevu z ceny díla. Doplnil, že ke škodě zadavatele nedošlo, neboť ten jak náklady na odstranění vad, tak smluvní pokutu započítal proti jeho povinnosti na úhradu ceny díla. Navrhovatel uvádí, že pokud zadavatel požaduje úhradu nákladů na odstranění a znovupoložení obrusné vrstvy na díle „I/23 Řípec – hr. okr. JH“, je navrhovatel přesvědčen, že se nejedná o škodu, ale o slevu z ceny díla a podmínka § 48 odst. 5 písm. d) zákona tak není splněna. Navíc je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel nemá na slevu v uplatněné výši právo, přičemž o tvrzení zadavatele o jeho právu na slevu by rozhodl až rozsudkem soud.

18. K údajnému závažnému pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení zakázky „I/19 Plíškovice-Mirovice“ navrhovatel uvádí, že z jeho strany nedošlo k závažným pochybením. Uvádí, že stavbu dokončil a předal zadavateli dle jeho pokynů. Navrhovatel popisuje, že byl správcem stavby vyzýván k nápravě, a že postupoval v souladu s předmětnými výzvami. Doplňuje, že nebylo v jeho silách sestavit požadovaný harmonogram postupu prací, jelikož objektivně není možné předvídat vývoj klimatických podmínek umožňující realizaci prací v souladu s požadavky správce stavby, potažmo v souladu s technickou specifikací. Uvádí, že dalším důvodem pro nezpracování harmonogramu prací byla neznalost data, kdy bude zadavatelem dán navrhovateli pokyn k zahájení prací na „IV. etapě díla“. Navrhovatel dále konstatuje, že prodloužení doby pro zprovoznění, počítané od 13. 12. 2017 nemůže být přičítáno na vrub stěžovatele, neboť realizace díla byla na základě požadavku zadavatele ke dni 13. 12. 2017 přerušena. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel pomíjí fakt, že dal navrhovateli pokyn, aby na 4. etapě díla nepokračoval. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel údajné významné prodlení blíže nespecifikuje a podotýká, že dosud není postaveno najisto, že by odstoupení zadavatele bylo oprávněné. Navrhovatel je rovněž toho názoru, že závažná újma tvrzená zadavatelem není nijak specifikována, a proto považuje uvedené tvrzení zadavatele za nepřezkoumatelné. Navrhovatel upozorňuje, že zadavatel se k pokynu nezačínat práce na IV. etapě vyjádřil v tom smyslu, že uvedený pokyn vydal kvůli klimatickým podmínkám. Navrhovatel má za to, že zadavatel neuvádí, o jaké klimatické podmínky se mělo jednat a z jakého důvodu nebylo možné na IV. etapě pracovat. Doplňuje, že vzhledem k požadavku na technologické pauzy při provádění díla v rozsahu 36 dnů, nebylo fakticky možné dílo dokončit v době uvedené ve smlouvě. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že práce na díle „I/19 Jordán – MÚK s D3“ nejsou pro vyloučení navrhovatele rozhodné, neboť práce na uvedeném díle úzce souvisí s dobou realizace akce „I/19 Plíškovice-Mirovice“, kdy zadavatel zahájení prací na obou zakázkách zpozdil opožděným předáním stavenišť. Navrhovatel podotýká, že k uvedenému argumentu navrhovatele se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nijak nevyjadřuje a pouze uvádí, že staveniště byla předána včas, což je podle názoru navrhovatele v rozporu s předloženými důkazy. Navrhovatel je přesvědčen, že důvody pro odstoupení

zadavatele od smlouvy nebyly dány, a proto považuje odstoupení od smlouvy za neplatné. K tvrzení zadavatele, že jakékoliv právní jednání je platné (ve vztahu k odstoupení od smlouvy), pokud není prokázán opak, navrhovatel uvádí, že s tímto nesouhlasí a uvádí, že „to je mimo zákonnou právní úpravu“.

19. Podle názoru navrhovatele nedošlo k závažným nebo dlouhodobým pochybením při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem, což odůvodňuje tím, že v letech 2015 až 2018 provedl pro zadavatele řádně a včas několik děl, jejichž výčet navrhovatel uvádí a z tohoto přehledu dovozuje, že v případě výtek zadavatele ve vztahu k výše jmenovaným dvěma veřejným zakázkám se jednalo o ojedinělé nedostatky, které byly navrhovateli vytknuty v období přelomu roku 2017 a 2018, a které byly podle názoru navrhovatele z větší části způsobeny zadavatelem. Ve vztahu k pojmu „vážné pochybení“ navrhovatel odkazuje na závěry rozsudku Soudního dvora EU sp. zn. C-465/11 a dodává, že v případě vážného pochybení se musí jednat o pochybení, které je přičitatelné navrhovateli, což podle jeho názoru není záměna asfaltové směsi, kde došlo k pochybení obalovny a ani neodstranění reklamované vady, neboť zadavatel navrhovateli k tomuto odstranění neposkytl dostatečnou součinnost. Obě dle zadavatele vážná pochybení postrádají podle názoru navrhovatele „dlouhodobost“, neboť se jednalo o ojedinělá pochybení, za které navrhovatel nezodpovídal.
20. V čl. II. návrhu navrhovatel uvádí informace týkající se doručení a obsahu rozhodnutí zadavatele o podaných námitkách.
21. V čl. III. návrhu navrhovatel uvádí, že podle jeho názoru nejsou splněny podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a je toho názoru, že i zadavatel uznal, že provedená nápravná opatření jsou dostatečná, když uvedl, že nápravná opatření zavedená navrhovatelem mohou mít vliv na případné zkvalitnění provádění staveb. Dodává, že následný vztah se bude řídit vždy smluvními závazky, které by měly být dodržovány oběma stranami s tím, že v případě, že by dodržovány nebyly, má zadavatel mnoho nástrojů, jak jejich dodržování vymoci.
22. Navrhovatel současně vyjádřil názor, že zadavatel vymezil v rozhodnutí o vyloučení důvody vyloučení navrhovatele neurčitě, a je tedy nepřezkoumatelné.
23. Navrhovatel navrhuje provést důkazy stanoviskem soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017, smlouvami o dílo na předmětné veřejné zakázky („I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice-Mirovice“) a dalšími dokumenty, které přikládá v příloze návrhu (claimy navrhovatele a jejich vyřízení zadavatelem na zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a „I/19 Plíškovice-Mirovice“, korespondence účastníků ve věci předmětných veřejných zakázek, spisem zadavatele na předchozí zadávací řízení na předmětné veřejné zakázky, potvrzení o složení kauce, stavebními deníky na akci „I/19 Plíškovice-Mirovice“, předávací protokol na dílo dle smlouvy na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“).
24. Z výše uvedených důvodů se navrhovatel domáhá zrušení rozhodnutí zadavatele, kterým vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu**

25. Ve svém vyjádření k návrhu ze dne 18. 5. 2020, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, zadavatel uvádí, že je přesvědčen o správnosti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, rozhodnutí o námitkách a o tom, že návrh navrhovatele je nedůvodný. Podle jeho názoru byly důvody pro vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona jednoznačně

naplněny a zadavatel tyto v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele i v rozhodnutí o námitkách jasně a logicky popsal. Upozorňuje, že v případě vyloučení navrhovatele se jedná o minimálně třetí případ vyloučení na základě naplnění důvodů podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, přičemž důvody pro vyloučení zůstávají zachovány i ve vztahu k této veřejné zakázce. Zadavatel dodává, že jeho předchozí postup spočívající ve vyloučení navrhovatele ze dvou zadávacích řízení na veřejné zakázky zadavatele právě na základě stejných závažných pochybení, byl Úřadem potvrzen jako oprávněný.

26. Zadavatel v plném rozsahu odkazuje na rozhodnutí o námitkách a blíže se vyjadřuje k některým vybraným argumentům navrhovatele a vypořádává argumenty, které nebyly v námitkách uvedeny.
27. K námitce navrhovatele stran nepřipustné retroaktivity aplikovaného důvodu pro vyloučení podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona zadavatel uvádí, že v daném případě není rozhodné, zda dřívější smluvní vztah byl uzavřen na základě zákona nebo ZVZ, ale skutečnost, kdy došlo k zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, tedy že pro možnost využití důvodu pro vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení podle citovaného ustanovení zákona je rozhodující, zda zadávací řízení na veřejnou zakázku, z něhož je dodavatel vylučován, bylo zahájeno podle zákona a není rozhodné, podle jakého zákona probíhala zadávací řízení a byly uzavřeny smlouvy na veřejné zakázky, při jejichž plnění se dodavatel dopustil závažných porušení smluvního vztahu se zadavatelem. Zadavatel dodává, že zákon nepředepisuje, že by se muselo jednat o veřejné zakázky uzavřené v režimu zákona.
28. Podle zadavatele došlo i k naplnění časové podmínky nezpůsobilosti dodavatele, kdy v případě veřejné zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ se navrhovatel dopustil celé řady pochybení, přičemž neodstranění vad díla na opakovanou výzvu zadavatele a ve lhůtě několikrát zadavatelem prodloužené (až do 30. 11. 2017) vedl ke vzniku nároku zadavatele na náhradu škody a smluvní pokutu, a jež byl důvodem (v kombinaci s porušeními smlouvy na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice-Mirovice“) pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, „že účelově hledá důvody“ pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a uvádí, že neodstranění vad díla ze smlouvy na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ bylo jakožto závažné porušení smluvních povinností navrhovateli vytýkáno již v rámci vyloučení navrhovatele z veřejných zakázek zadavatele „I/20 Sedlec – úprava křižovatky včetně zabezpečení chodců“ a „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 – 56“. Zadavatel dodává, že povinnost navrhovatele k odstranění vad díla byla upravena jakožto samostatná povinnost ve smlouvě, a že nedodržení této povinnosti bylo možné dle smlouvy sankcionovat smluvní pokutou. Zadavatel je toho názoru, že z výše uvedených důvodů není relevantní zkoumání konkrétního časového úseku, v němž se navrhovatel dopustil záměny asfaltové směsi SMA 8 za SMA 11, nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky při plnění předmětné smlouvy.
29. K plnění smlouvy na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice-Mirovice“ zadavatel uvádí, že se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodloužení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy. Navrhovatel se dostal do prodloužení dnem 7. 11. 2017, tj. v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Zadavatel je toho názoru, že nedodržování harmonogramu plnění dle předmětné smlouvy

představovalo pochybení navrhovatele, které zmařilo samotný účel smlouvy a vedlo k újmě zadavatele.

30. Zadavatel uvádí, že závažná porušení smluvních povinností navrhovatele v rámci smluv na plnění výše uvedených veřejných zakázek vyvolala kvalifikované a zákonem předvídané následky – pochybení navrhovatele ve vztahu ke smlouvě na veřejnou zakázku „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ vedlo k požadavku zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění pochybení navrhovatele a vad vozovky třetím subjektem a k uplatnění smluvních pokut; pochybení ve vztahu ke smlouvě na veřejnou zakázku „I/19 Plíškovice-Mirovice“ vedlo k odstoupení od smlouvy a k uplatnění smluvní pokuty. Zadavatel uvádí, že smluvní pokuta nepochybně splňuje povahu „jiné srovnatelné sankce“ ve smyslu zákona, kterou je rovněž i uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých zadavateli při odstraňování vad třetím subjektem.
31. Ve vztahu k pochybnostem navrhovatele ohledně platnosti odstoupení od smlouvy zadavatel uvádí, že není povinen čekat, až budou pochybení navrhovatele pravomocně potvrzena soudem, a že stačí jejich prokázání zadavatelem. Tento závěr byl podle zadavatele potvrzen rovněž v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0064/2018/VZ-10346/2018/541/PDz ze dne 9. 4. 2018.
32. K argumentaci navrhovatele, že „*záměnou asfaltových směsí nevznikla žádná škoda. Jednalo se o neodstranitelnou vadu (...).*“ zadavatel uvádí, že náklady na odstranění a znovupoložení asfaltové směsi nejsou škodou, ale jedná se o důsledek vadného plnění, resp. neodstranění vytýkané vady plnění. K tvrzené neodstranitelnosti vady zadavatel uvádí, že již v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele popsal proces vyzývání navrhovatele k odstranění vad, odmítnutí navrhovatele předmětné vady odstranit, odmítnutí zadavatele přijmout slevu z ceny díla, jež nebyla přiměřená a vedla by pouze k částečné nápravě vadného plnění a současně by byla podstatnou změnou smlouvy. Zadavatel podotýká, že se jednalo o vady odstranitelné, jež byly následně odstraněny, a že rozsudek Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 33 Odo 154/2003 není na projednávanou věc přílehlavý.
33. K poukazu navrhovatele na stanovisko soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. k záměně asfaltových směsí zadavatel uvádí, že v dotčeném stanovisku není jednoznačně řečeno, že by záměna asfaltových směsí neměla mít vliv na užité vlastnosti obrusné vrstvy, nýbrž pouze neurčitě hodnotí možný dopad záměny asfaltových směsí na vlastnosti předmětu plnění dané smlouvy. Podle názoru zadavatele jsou zde vyjádřeny pouze subjektivní dojmy, což neodpovídá obecným vlastnostem znaleckého posudku.
34. Jako lichou shledává zadavatel argumentaci navrhovatele, že zadavatel neposkytl navrhovateli dostatečnou součinnost k nápravě jeho pochybení. Zadavatel uvádí, že navrhovatel měl dostatek prostoru k nápravě, což vyplývá z korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem podrobně popsané v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. Co se týče argumentace navrhovatele ve vztahu k veřejné zakázce „I/19 Jordán – MÚK s D3“, zadavatel považuje uvedenou argumentaci za irelevantní, neboť důvodem pro vyloučení navrhovatele není jmenovaná veřejná zakázka, a tedy okolnosti související s jejím plněním nejsou pro posouzení věci rozhodné. Zadavatel uvádí, že postupoval vždy v souladu s příslušnými smlouvami a též staveniště byla předána řádně a včas, přičemž navrhovatel neměl k předání staveniště žádné výhrady.



35. Zadavatel dále uvádí, že posoudil možný vliv přijatých nápravných opatření z hlediska toho, zda tato vedla k obnovení způsobilosti v souladu s § 76 zákona ve vztahu k pochybením, na jejichž základě byl navrhovatel vyloučen ze zadávacího řízení, a shledal nápravná opatření jako nedostatečná z hlediska znovunabytí způsobilosti navrhovatele. Zadavatel uvádí, že mu není z popsanych nápravných opatření zřejmé, jaký mohou mít v budoucnu vliv na to, jak si navrhovatel bude počínat v obchodních vztazích se zadavatelem, resp. jak se postaví ke svým smluvním povinnostem, a to včetně těch, které se netýkají bezprostředního provádění díla, ale např. jakým způsobem a zda vůbec navrhovatel odstraní případné vady díla. Zadavatel je přesvědčen, že nápravná opatření navrhovatele neposkytují zadavateli dostatečnou záruku toho, že veřejná zakázka bude plněna řádně, resp. nedojde k porušení povinností smluvních či povinností plynoucích přímo z právních předpisů, včetně vypořádání případných nároků zadavatele.
36. Zadavatel dodává, že společně s námitkami navrhovatel doložil řadu dokumentů, které měly prokázat přijetí tvrzených nápravných opatření. Zadavatel však po prostudování předložených dokumentů seznal, že navrhovatel nedoložil doklady k některým v námitkách označeným nápravným opatřením, jako je např. navýšení počtu pracovníků či rozvázání pracovního poměru s hlavním stavbyvedoucím.
37. Zadavatel je přesvědčen, že rozhodnutí o vyloučení je podrobně odůvodněno a stejně tak, že i námitky navrhovatele byly v rozhodnutí o námitkách vyřízeny v souladu se zákonem, včetně řádného vypořádání všech argumentů navrhovatele.
38. S ohledem na vše shora řečené zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl. K návrhu na nařízení předběžného opatření zadavatel sděluje, že pro něj neshledává objektivní a zákonné důvody.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 22. 6. 2020**

39. Ve svém vyjádření ze dne 22. 6. 2020, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, zadavatel uvádí shodnou argumentaci, jakou uvedl ve svém vyjádření k návrhu a navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť je přesvědčen, že k vyloučení navrhovatele přistoupil v souladu se zákonem.

#### **III. ZÁVĚRY ÚŘADU**

40. 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**

41. 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.

42. 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.
43. 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.
44. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
45. 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.
46. 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**

#### *Obsah rozhodnutí o vyloučení navrhovatele*

47. 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 dřívějších smluvních vztahů se zadavatelem, přičemž tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého navrhovatelem. *„Zadavatel proto rozhodl o vyloučení Účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.“*
48. Zadavatel upřesňuje, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení konkrétně při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s označením „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „smlouva I“), a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016, uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku s označením „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „smlouva II“).
49. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele podrobně popisuje postup navrhovatele při plnění výše uvedených smluv, konkrétně v případě smlouvy I uvádí, že se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího jednak ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky

z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, tak v neodstranění vytknutých vad v termínu požadovaném zadavatelem. Zadavatel upřesňuje, že navrhovatel postupoval v příkrém rozporu s požadavky zadavatele vymezenými ve smlouvě I a bez vědomí zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky, přičemž v souhrnné závěrečné zprávě zhotovitele předané zadavateli uvedl, že při realizaci stavebních prací žádné změny od zadávací dokumentace provedeny nebyly, a současně v příloze k této zprávě uvedl, že obrusná vrstva vozovky byla provedena ze směsi SMA 8. Zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří identifikoval další závažná pochybení navrhovatele při realizaci plnění dle smlouvy I spočívající v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky.

50. Zadavatel dále popisuje komunikaci s navrhovatelem ohledně uplatnění reklamace a žádosti o odstranění vady díla, a to následovně. Dne 21. 3. 2017 zadavatel zaslal navrhovateli reklamaci, v rámci níž požadoval odstranění vady díla spočívající v odstranění obrusné vrstvy a také doplnění souhrnné závěrečné zprávy zhotovitele. Současně vyzval navrhovatele k doplnění závěrečné zprávy o kvalitě obrusné vrstvy. Navrhovatel ve svém vyjádření k uplatněné reklamaci ze dne 5. 5. 2017 navrhl lokální opravu závady a současně zadavateli sdělil, že si nechá zpracovat posudek na možné použití SMA 11 místo SMA 8, a také na způsob opravy míst lokální závady. Technický dozor stavebníka ve svém vyjádření ze dne 15. 5. 2017 uvedl, že trvá na výměně obrusné vrstvy v celém rozsahu, neboť na stavbě I/23 Řípec – hr. okr. JH byla bez souhlasu zadavatele a TDI a autorského dozoru položena vrstva SMA 11, místo projektem požadované vrstvy SMA S8. Položená obrusná vrstva SMA 11 nenaplnuje požadavky minimální tloušťky zjištěné na základě výsledků zkoušek společnosti ESLAB, spol. s r.o. dne 31. 3. 2017, přičemž ve více jak v 25 případech není naplněna minimální tloušťka pro asfaltovou směs SMA 11S požadovaná ČSN 73 6121. Následně dne 21. 6. 2017 vyzval správce stavby navrhovatele k provedení prací („*provedení kompletní výměny obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu*“) a následně podáním ze dne 18. 8. 2017 upozornil navrhovatele na neplnění jeho smluvních závazků podle smlouvy I a vyzval jej k nápravě. Současně byl navrhovatel upozorněn, že při pokračování či opakování neplnění smluvních a zákonných závazků navrhovatele může zadavatel uplatňovat nápravné prostředky podle smlouvy I. Navrhovatel navrhl zadavateli ve vyjádření ze dne 26. 8. 2017 celoplošnou opravu odfrézováním obrusné vrstvy SMA 11S v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11S a totéž navrhl navrhovatel zadavateli ve stanovisku ze dne 12. 9. 2017. Správce stavby v podání ze dne 3. 10. 2017 navrhovatele upozornil na neplnění jeho smluvních závazků a vyzval ho k nápravě. Ve stanovisku ze dne 20. 10. 2017 navrhovatel odmítl požadavek zadavatele na kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu a opětovně navrhl lokální opravu vozovky v obou směrech v km 0,523 – 0,563 a pokládku nové vrstvy SMA 11S. Následně právní zástupce zadavatele zaslal navrhovateli dne 13. 11. 2017 „Reklamaci vady stavby I/23 Řípec – hr. okr. JH a opakovanou výzvu k jejich odstranění“ a „Výzvu k zaplacení smluvní pokuty ve výši 128 000 Kč za neodstranění vady v termínu“. Navrhovatel ve své reakci ze dne 30. 11. 2017 na uvedené podání právního zástupce zadavatele ze dne 13. 11. 2017 uvedl, že v požadovaném termínu není v jeho silách realizovat požadované práce, a to zejména s ohledem na předpokládané klimatické podmínky, a současně nesouhlasil s rozsahem reklamace definované v listině „Pochůzka po dokončené stavbě Řípec I/23“ ze dne 5. 9. 2017 a navrhl svolat jednání za účelem specifikace rozsahu případných vad. Následně bylo navrhovateli právním zástupcem zadavatele zasláno

„Oznámení claimu Objednatele podle Pod-čl. 2.5 VOP/ZOP – nárok na zaplacení vynaložených nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč“ ze dne 17. 1. 2018. Zadavatel popisuje další komunikaci s navrhovatelem, z níž vyplývá, že navrhovatel dále trval na svých předchozích vyjádřeních a odmítl výše uvedený claim zadavatele (nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstraněním vytýkané vady). Správce stavby následně určil, že zadavatel je po navrhovateli oprávněn požadovat nárok na zaplacení nákladů, které vznikly zadavateli odstraněním vady stavby, ve výši 3 181 794,06 Kč a nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 242 000 Kč za neodstranění vytknuté vady v požadovaném termínu.

51. K pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I zadavatel shrnuje, že navrhovatel realizoval plnění smlouvy I v příkrém rozporu s požadavky zadavatele, neboť poskytl jiné plnění, než které zadavatel na základě jím identifikovaných potřeb popsal. Toto jiné plnění bylo navíc poskytnuto vadně. Navrhovatel se dopustil také dalšího závažného pochybení, založeného na neodstranění způsobené vady díla, čímž porušil povinnost vyplývající z § 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 důsledku tohoto porušení navrhovatele došlo ke vzniku jiných srovnatelných sankcí (zadavatel požadoval uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady v termínu).
52. V případě smlouvy II zadavatel uvádí, že se navrhovatel dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy II. Upřesňuje, že původní doba pro dokončení díla na základě smlouvy II byla stanovena na 31. 10. 2017, přičemž v průběhu plnění díla správce stavby uznal claim navrhovatele, který požadoval prodloužení doby dokončení díla o 6 dní, tedy do 6. 11. 2017. V uvedeném termínu navrhovatel dílo nedokončil. Správce stavby dopisem ze dne 10. 11. 2017 vyzval navrhovatele, aby do 2 dnů od doručení daného dopisu neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a aby předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Současně navrhovatele upozornil, že je zadavatel připraven odstoupit od smlouvy, pokud navrhovatel uvedeným požadavkům nevyhoví. Následně správce stavby v dopisu ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele opakovaně k nápravě a vyzval jej k urychlenému dokončení I. – III. etapy stavby, a aby s ohledem na klimatické podmínky již nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby. Následně právní zástupce zadavatele zaslal navrhovateli „Oznámení o odstoupení od Smlouvy Objednatelem dle Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP“ ze dne 27. 12. 2017. Následně zadavatel požadoval v souladu se smlouvou II po navrhovateli zaplacení smluvní pokuty za prodlení při splnění termínu plnění ve výši 1 652 000 Kč.
53. Zadavatel závěrem rozhodnutí o vyloučení navrhovatele shrnuje naplnění všech zákonných předpokladů pro vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Uvádí, že na straně navrhovatele existují pochybení – v případě smlouvy I navrhovatel poskytl zadavateli jiné plnění, než které na základě smlouvy I požadoval, toto pochybení navrhovatel zamlčel a nadto bylo toto jiné plnění poskytnuto vadně, neuznal právo zadavatele z vadného plnění a vady díla v požadované lhůtě neodstranil; v případě smlouvy II navrhovatel nedodržel harmonogram provádění díla spočívající v podstatném prodlení navrhovatele, v jehož důsledku nedošlo k řádnému dokončení díla v termínu stanoveném ve smlouvě II.

54. Dále zadavatel uvádí, že předmětných pochybení se navrhovatel dopustil při plnění smluvního vztahu mezi ním a zadavatelem veřejné zakázky, že pochybení navrhovatele naplňují intenzitu závažnosti požadovanou zákonem, dále, že pochybení navrhovatele vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy nebo jiným srovnatelným sankcím, a že pochybení se navrhovatel dopustil v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení.
55. Zadavatel shrnuje, že pro něj není přijatelná situace, kdy navzdory značně negativní zkušenosti při provádění plnění na základě smlouvy I a smlouvy II znovu vstoupí do smluvního vztahu s navrhovatelem. Dodává, že takový postup zadavatele by znamenal nejen ohrožení plnění předmětu veřejné zakázky, ale současně by byl podle jeho názoru v rozporu s hospodárným a efektivním nakládáním s veřejnými prostředky.

### **Skutečnosti vyplývající z dokumentů týkajících se plnění smlouvy I a smlouvy II**

#### **a) Ke smlouvě I**

56. Ve smlouvě I uzavřené dne 17. 8. 2016 je mj. uvedeno: „Potvrzujeme, že následující dokumenty tvoří součást obsahu Smlouvy:
- (a) Smlouva o dílo
- (...)
- (c) Dopis nabídky, Příloha k nabídce
- (d) Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných zadavatelem – Obecné podmínky (díl 2, část 2 zadávací dokumentace) (...)
- (e) Smluvní podmínky pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných zadavatelem – Zvláštní podmínky (díl 2, část 3 zadávací dokumentace) (Pozn. Úřadu: (dále také jen „VOP/ZOP“)
- (...) Vzhledem k platbám, které má objednatel uhradit dodavateli/zhotoviteli, tak jak je zde uvedeno, se dodavatel/zhotovitel tímto zavazuje objednateli, že provede a dokončí stavbu a odstraní na ní všechny vady, v souladu s ustanoveními Smlouvy.“
57. V bodu 4.1 VOP/ZOP se mj. uvádí: „Zhotovitel musí Dílo vyprojektovat (v rozsahu specifikovaném ve Smlouvě), provést a dokončit v souladu se Smlouvou a pokyny Správce stavby a musí odstranit všechny vady díla.“
58. V bodu 7.5 VOP/ZOP se uvádí: „Jestliže se přezkoumáním, kontrolou, měřením nebo zkoušením zjistí u jakéhokoli Technologického zařízení, Materiálů nebo řemeslného zpracování vada nebo jiný nesoulad se Smlouvou, může Správce stavby Technologické zařízení, Materiály nebo řemeslné zpracování odmítnout tím, že dá Zhotoviteli oznámení s uvedením důvodů. Zhotovitel pak musí okamžitě vadu napravit a zajistit, aby byla odmítnutá položka v souladu se Smlouvou. (...)“
59. V bodu 7.6 VOP/ZOP je mj. uvedeno: „Bez ohledu na jakékoli předchozí zkoušky nebo potvrzení může dát Správce stavby Zhotoviteli pokyn, aby (...) (b) odstranil a znova provedl jakoukoli jinou práci, která není v souladu se Smlouvou (...) Zhotovitel musí splnit pokyn v přiměřené lhůtě, což je lhůta (je-li taková) specifikovaná v pokynu (...). Jestliže Zhotovitel pokyn nesplní, je Objednatel oprávněn zaměstnat a zaplatit jiné osoby, které práci vykonají. Mimo rozsah, ve kterém byl Zhotovitel k platbě za práci oprávněn, musí Zhotovitel podle Pod-

článek 2.5 [Claimy objednatele] zaplatit Objednateli všechny náklady, které vznikly kvůli tomu, že Zhotovitel pokyn nesplnil.“.

60. V bodu 11.1 VOP/ZOP se uvádí: „Zhotovitel je povinen Objednateli, nejrychleji jak je to možné po oznámení vady oznámit, jakým způsobem zamýšlí vadu Díla odstranit. Konkrétní způsob odstranění vady musí odsouhlasit Objednatel (...).“.
61. V bodu 11.4 VOP/ZOP je mj. uvedeno: „Jestliže Zhotovitel neodstraní vadu nebo poškození během přiměřené lhůty, může být Objednatel (nebo jeho jménem) určeno datum, kdy nebo do kdy mají být vada nebo poškození odstraněny. Zhotoviteli musí být o tomto datu podáno patřičné oznámení. Jestliže Zhotovitel neodstraní vadu nebo poškození do tohoto oznámeného data a tato nápravná práce měla být provedena na náklady Zhotovitele podle Pod-článku 11.2 [Náklady na odstraňování vad], může Objednatel (podle své volby): (a) vykonat práci, přiměřeným způsobem a na náklady Zhotovitele sám nebo někým jiným (...) a Zhotovitel musí Objednateli zaplatit podle Pod-článku 2.5 [Claimy objednatele] rozumně vynaložené náklady, které vznikly Objednateli odstraňováním vady nebo poškození. (...) Jestliže Zhotovitel do data oznámeného podle prvního odstavce tohoto Pod-článku vadu nebo poškození neodstraní, vzniká Objednateli nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši uvedené v Příloze k nabídce.“.
62. V bodu 15.1 „Výzva k nápravě“ VOP/ZOP je mj. uvedeno: „Jestliže Zhotovitel neplní nějaký závazek, který vyplývá ze Smlouvy, může Správce stavby oznámením po Zhotoviteli požadovat, aby dal toto neplnění do pořádku a napravil ho ve stanoveném přiměřeném čase.“.
63. V příloze smlouvy I „PŘÍLOHA K NABÍDCE“ je u Pod-článku „Povinnost Zhotovitele zaplatit Objednateli smluvní pokutu“ odkazováno mj. na článek 4.28 g) Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelem ve znění Zvláštních podmínek (dále také jen „VOP/ZOP“), k němuž je uveden údaj: „Za neodstranění vady v termínu dle Pod-článku 11.4 2000,- Kč za každý započatý den prodlení.“.
64. Z potvrzení zadavatele ze dne 19. 12. 2016 o převzetí stavby vyplývá, že stavba realizovaná na základě smlouvy I byla navrhovatelem předána zadavateli dne 19. 12. 2016. Z uvedeného dokumentu rovněž vyplývá, že téhož dne bylo zahájeno přejímací řízení. V kapitole „Záruční doba“ předmětného dokumentu je uvedeno:  
„Délka 60 měsíců  
Počátek 19. 12. 2016  
Konec 19. 12. 2021 (...).“.
65. V přípisu technického dozoru stavebníka „Uplatnění reklamace – I/23 Řípec – hr. okr. JH“ ze dne 21. 3. 2017 určeném navrhovateli se mj. uvádí: „Ve smyslu uzavřené smlouvy o dílo na dodávku stavebních prací ze dne 17. srpna 2016 uplatňujeme reklamaci a současně žádáme o odstranění závady na stavbě I/23 Řípec hr. okr. JH. Na úseku zhruba 0,550 km vpravo ve směru staničení došlo ke tvorbě viditelných podélných trhlin v obrusné vrstvě vozovky (viz. příloha – fotodokumentace). Pro zjištění příčiny poruchy požadujeme provést lokální diagnostický průzkum v inkriminovaném místě. (...).“.

66. V přípisu navrhovatele zadavateli ze dne 5. 5. 2017 je mj. uvedeno následující: „*Obrusná vrstva byla provedena ze směsi SMA 11S místo navržené směsi SMA 8S. Dle vyjádření TPA ČR s.r.o. lze využít tuto záměnu právě v daný moment méně vhodných klimatických podmínek (...) S ohledem na výsledky provedených zkoušek laboratořemi (ESLAB, SQZ) jsou dodrženy min. tloušťky pro SMA 11 dle ČSN 736121. Navrhujeme provedení lokální opravy i s ohledem na doporučení Doc. Luxemburka a to co nejdříve. Dále navrhujeme sledování obrusné vrstvy a vyhodnocení jejího stavu po cca 6 měsících.*“.
67. V přípisu technického dozoru stavby ze dne 15. 5. 2017 určeném zadavateli, je mj. uvedeno: „*Dopisem ze dne 21. 3. 2017, bylo u zhotovitele uplatněno odstranění vady díla (poruchy obrusné vrstvy) a dále také doplnění závěrečné zprávy o doklady týkající se obrusné vrstvy. S odpovědí – návrhem zhotovitele ze dne 5. 5. 2017, nesouhlasím (...).*“.
68. V přípisu zadavatele navrhovateli ze dne 21. 6. 2017 je mj. uvedeno následující: »*Správce stavby (...) vydává Zhotoviteli stavby **POŽADAVEK SPRÁVCE STAVBY č. 1 K PROVEDENÍ PRACÍ** (...) provedení kompletní výměny obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu. Důvodem je nedodržení zadávacích podmínek, kdy byla bez jakéhokoli souhlasu, Zhotovitelem položena obrusná vrstva z mastixového koberce SMA 11, na místo požadované vrstvy z mastixového koberce SMA 8 a to navíc v takové tloušťce vrstvy, která nevyhovuje platným TP (...).*«.
69. V přípisu zadavatele navrhovateli ze dne 18. 8. 2017 je mj. uvedeno následující: »*Správce stavby (...) zasílá Zhotoviteli následující výzvu k nápravě. **ODMÍTNUTÍ PRACÍ A OPĚTOVNÝ POKYN K PŘEDLOŽENÍ NÁVRHU NÁPRAVY (POD-ČL. 7.5, 7.6 A 15.1 VOP/ZOP)** Správce stavby upozorňuje Zhotovitele na neplnění jeho smluvních závazků a vyzývá jej k nápravě. Jmenovitě se jedná o povinnost Zhotovitele provést a dokončit Dílo v souladu se Smlouvou dle Pod-čl. 4.1 VOP/ZOP. Zhotovitel tuto povinnost porušil následujícím: 1. použitím mastixového koberce SMA 11 na obrusnou vrstvu místo mastixového koberce SMA 8. **Správce stavby tímto Zhotovitele opětovně upozorňuje na skutečnosti, že Zhotovitelem provedené práce nejsou v souladu se Smlouvou. Správce stavby v souladu s Pod-čl. 7.6 VOP/ZOP žádá Zhotovitele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu, a to v termínu do 10.9.2017.***«.
70. V přípisu technického dozoru stavebníka ze dne 5. 9. 2017 je mj. uvedeno následující: „*Dne 5. 9. 2017 proběhla pochůzka po stavbě (...). Samotná prohlídka byla orientována zejména na stav obrusné vrstvy na celém úseku stavby. Byla zjištěna četná segregovaná místa, místa s otevřenou povrchovou strukturou, lokální povrchové deformace či místa, kde není dosaženo spojení vrstev. (...).*“.
71. Ve stanovisku navrhovatele ze dne 12. 9. 2017 určeném zadavateli je mj. uvedeno následující: „*Opětovně jsem prošel výsledky zkoušek obrusné vrstvy SMA laboratoří ESLAB a SQZ. Znova opakují, že nevyhovující tloušťka vrstvy i při neúmyslné záměně směsi ze SMA S na SMA 11S je pouze v místě poruchy (...). V ostatních místech se tl. vrstvy (dle protokolu ESLAB) pohybuje od 30mm do 38mm tl. vrstvy. Průměrná tloušťka vrstvy (0,9h) se i při započítání nevyhovující tloušťky 25mm = 32 mm! Z protokolu SQZ je zřejmé, že tloušťka obrusné vrstvy v žádném ze čtyř vývrtů není pod 0,8h a průměrná tloušťka vychází také na 0,9h. Z tohoto důvodu navrhujeme opětovně (...) opravu poškozeného místa a dále také navrhujeme prodloužení záruční doby (...).*“.

72. V odpovědi zadavatele ze dne 3. 10. 2017 na stanovisko navrhovatele ze dne 12. 9. 2017 je mj. uvedeno následující: **»ODPOVĚĚ SPRÁVCE STAVBY NA DOPIS ZHOTOVITELE (POD-ČL. 7.5, 7.6 A 15.1 VOP/ZOP) Správce stavby trvá na svém požadavku, který byl sdělen Zhotoviteli dopisem (...) zasláný (...) dne 18.8.2017. Zhotovitel byl tímto Pokynem vyzván k nápravě v termínu do 10.9.2017. Správce stavby je nucen konstatovat, že Zhotovitel uvedený Pokyn nesplnil a jeho stanovisko obdržel Správce stavby až dopisem ze dne 12.09.2017. Správce stavby upozorňuje Zhotovitele na neplnění jeho smluvních závazků a vyzývá jej k nápravě. Jmenovitě se jedná o povinnost Zhotovitele provést a dokončit Dílo v souladu se Smlouvou dle Pod-čl. 4.1 VOP/ZOP. Zhotovitel tuto povinnost porušil následujícím: 1. použitím mastixového koberce SMA 11 na obrusnou vrstvu místo mastixového koberce SMA 8 a 2. tloušťka obrusné vrstvy neodpovídá platným TP. Správce stavby tímto Zhotovitele opětovně upozorňuje na skutečnosti, že Zhotovitelem provedené práce nejsou v souladu se Smlouvou. Správce stavby v souladu s Pod.-čl. 7.6 VOP/ZOP žádá Zhotovitele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu, a to v termínu do 25.10.2017. (...) Po tomto termínu bude Správce stavby nucen zadat uvedené práce jinému Zhotoviteli a vznese Claim Objednatele na vzniklé náklady v souladu s Pod.-čl. 7.6 VOP/ZOP. Správce stavby závěrem žádá Zhotovitele o neprodlenou nápravu výše uvedených pochybení. V případě pokračování či opakování neplnění smluvních a zákonných závazků Zhotovitele může Objednatel uplatňovat nápravné prostředky dle Smlouvy, a to včetně odepření potvrzení průběžné platby ve smyslu Pod-čl. 14.6 VOP/ZOP nebo odstoupení od Smlouvy ve smyslu Pod-čl. 15.2 VOP/ZOP.«.**

73. V přípisu právního zástupce zadavatele ze dne 13. 11. 2017 určeného navrhovateli je mj. uvedeno: „**V souladu s Pod-čl. 11.1, 11.2 a 11.4 Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatel (FIDIC) ve Znění zvláštních podmínek tímto Vaši společnost opakovaně vyzýváme k odstranění níže specifikovaných vad.**

*Primární vada díla spočívá v tom, že obrusná vrstva vozovky byla Vaší společností bez vědomí a souhlasu našeho klienta jako objednatel zhotovena z asfaltového koberce mastixového SMA 11, namísto z asfaltového koberce mastixového SMA 8 vyžadovaného v zadávací dokumentaci. (...) Dílo tak není provedeno v souladu se Smlouvou. Na této skutečnosti nemění nic ani to, že záměna byla podle následné komunikace Vaší společnosti učiněna nedopatřením. Pokud si náš klient druh a vlastnosti asfaltové směsi pro pokládku obrusné vrstvy vozovky ve Smlouvě výslovně vymínil, nelze akceptovat ani argument, že obě směsi jsou zaměnitelné, tím spíše, pokud Vaše společnost při převzetí stavby našeho klienta ujistila, že stavba je bez vad a tuto vadu (záměnu asfaltových směsí) zastřela i v Souhrnné zprávě zhotovitele o hodnocení jakosti stavebních prací. (...)*

*V průběhu záruční doby došlo na několika místech k narušení asfaltového povrchu díla (obrusné vrstvy vozovky) tak, jak je popsáno níže, jak bylo podrobně zdokumentováno v rámci komunikace mezi Vámi, fotografiemi včetně projednání na koordinačních schůzkách. Lze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchýlně od smluvního zadání – což vylučuje Vaší domněnku pro zaměnitelnost různých směsí. (...) Pozn. Úřadu: Na tomto místě přípisu jsou uvedeny skutečnosti zjištěné při pochůzce technického dozoru stavebníka po dokončené stavbě Řípec I/23 (viz odstavec 65 odůvodnění tohoto*



rozhodnutí). (...) Vady spočívající ve viditelných podélných trhlinách v obrusné vrstvě vozovky (...) byly u společnosti ROBSTAV stavby k.s. již uplatněny písemně dopisem ze dne 21.03.2017.

(...) Z výsledků provedených zkoušek zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o., (...) na stavbě dne 31.03.2017 byly dále zjištěny tyto vady vozovky: (i) tloušťka obrusné vrstvy vozovky ze směsi SMA 11 S v úseku 0,540 km (vývrt 2) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 25 nesplňuje minimální tloušťku předepsanou normou ČSN 73 6121, tab.14, a to 28; (ii) pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky v úseku 0,220 km v pravém jízdním pruhu ve směru staničení 8,40 (vývrt 1) nesplňuje minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15, a to 15,0; (iii) obrusná a ložní vrstva není v úseku 0,540 km (vývrt 2) a 1,218 km (vývrt 4) v pravém jízdním pruhu ve směru staničení vůbec spojena, přičemž minimální požadavek předepsaný normou ČSN 73 6121, tab.15 na pevnost spojení vrstev je 15,0.

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

Náš klient vyzval Vaši společnost dopisem ze dne 18.08.2017, aby kompletní výměnu obrusné vrstvy provedla v termínu do 10.09.2017. Protože do dnešního dne nebyla obrusná vrstva vozovky vyměněna, v zastoupení našeho klienta vyzýváme Vaši společnost v souladu s číslem Pod-článku 4.28 g) FIDIC k zaplacení smluvní pokuty ve výši 2.000,-Kč za každý den prodlení za neodstranění vad v termínu, tj. ke dni 10.11.2017 celkem ve výši 128.000,-Kč (...) Smluvní pokuta bude následně uplatněna až do okamžiku odstranění vady. **V případě, že nedojde k odstranění tímto oznámením vytknutých vad bezodkladně, nejpozději do 30.11.2017, bude náš klient v souladu s číslem Pod-článku 11.4 FIDIC uplatňovat nárok z titulu vad vyčíslený formou nákladů třetí strany na odstranění vad a případně další nároky v souladu s FIDIC a se zákonem, mimo jiné nárok na náhradu škody ve výši nákladů vynaložených na právní zastoupení a organizaci výběrového řízení (...).**

74. V přípisu právního zástupce zadavatele navrhovateli ze dne 17. 1. 2018 je mj. uvedeno: „**Protože nedošlo ze strany Vaší společnosti k odstranění vytknuté vady bezodkladně, nejpozději v dodatečně přiměřené lhůtě do 30.11.2017, uplatňujeme tímto v zastoupení našeho klienta v souladu s Pod-čl. 11.4 písm. a) VOP/ZOP nárok na zaplacení nákladů, které vznikly Objednateli odstraněním předmětné vady, a to ve výši 3.181.794,06Kč a vyzýváme Vaši společnost k úhradě této částky.**

K odůvodnění této částky přikládáme Protokol o výběru nejvhodnější nabídky, na jehož základě byla uzavřena dne 10.01.2018 (...) se zhotovitelem STRABAG a.s. na provedení opravy v rámci záruky za původního zhotovitele, Vaši společnost. Smluvní částka bez DPH činí 2.960.302,63Kč. Od této ceny je odečtena částka ve výši 330.720,76Kč za vodorovné dopravní značení, které nebylo Vaší společností provedeno ani fakturováno. Náklady, které vznikly Objednateli za odstranění vady, tak činí částku 2.629.581,87Kč bez DPH, tj. 3.181.794,06Kč včetně DPH.“

75. V přípisu technického dozoru stavebníka ze dne 14. 2. 2018 je mj. uvedeno: »dopisem ze dne 21. 3. 2017, byla u zhotovitele uplatněna reklamace dle smluvních podmínek k odstranění vzniklé vady – poruchy obrusné vrstvy ve staničení zhruba 0,500 km vpravo. Ve stejném dopise byl zhotovitel urgován k doplnění souhrnné závěrečné zprávy o kvalitě, jmenovitě

*o doklady jakosti k provedené obrusné vrstvě. Nutno konstatovat, že až do dnešního dne (14. 2. 2018) nebylo výše uvedené provedeno. Dne 8. 2. 2018 Ředitelství silnic a dálnic ČR obdrželo Konečné stanovisko k požadované výměně obrusné vrstvě. Oficiálně jsme jako TDS „Konečné stanovisko“ ze strany zhotovitele dosud neobdrželi i přesto, že dle titulní strany stanoviska, nám mělo být zasláno na vědomí. (...)».*

76. V přípisu právního zástupce zadavatele ze dne 16. 4. 2018 určeného navrhovateli je mj. uvedeno: *„Protože nedošlo ze strany Vaší společnosti coby Zhotovitele k odstranění vytknuté vady ani v dodatečně poskytnuté lhůtě do 30.11.2017, byl náš Klient nucen (...) vykonat stavební práce na náklady Vaší společnosti novým zhotovitelem. Náklady, které našemu Klientovi coby Objednateli s odstraněním předmětné vady vznikly, činí částku 3.181794,06Kč včetně DPH (...). Tyto náklady nebyly k dnešnímu dni našemu Klientovi uhrazeny. **V této souvislosti uplatňujeme tímto v zastoupení našeho Klienta v souladu s Pod-čl. 4.28 písm. g) VOP/ZOP nárok na zaplacení smluvní pokuty ve výši 2.000,-Kč (...), a to ve výši 242.000,-Kč celkem, k jejíž úhradě Vaší společnost tímto claimem vyzýváme.**“*

*b) Ke smlouvě II*

77. V příloze smlouvy II „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.
78. Přílohu smlouvy II 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.
79. V *„Pokyn[u] správce stavby“* ze dne 20. 10. 2016 zpracovaného zadavatelem 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.“*
80. Ze zápisu z předání staveniště I/19 Plíškovice – Mirovice ze dne 23. 8. 2017 vyplývá, že téhož dne bylo navrhovateli zadavatelem předáno staveniště k realizaci stavby I/19 Plíškovice – Mirovice. V předmětném zápise je v bodu 4. mj. uvedeno: *„Objednatel a Správce stavby podle Obchodních podmínek předává Zhotoviteli staveniště a Zhotovitel ho přijímá bez výhrad (s výhradami). Zhotovitel prohlašuje, že mu jsou známy podmínky jeho užívání a je si vědom všech důsledků vyplývajících z nedodržení stanovených podmínek pro realizaci stavby. Výhrady 1. (nevyplněno – pozn. Úřadu).“*
81. Ve výzvě k nápravě ze dne 10. 11. 2017 zadavatel navrhovateli mj. sdělil: *»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 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 živичných 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 (...) odstoupit od smlouvy (...).«.**

82. Ve výzvě k nápravě ze dne 21. 11. 2017 zadavateli navrhovateli mj. sdělil: „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 (...).

Ke dni 15. 11. 2017 však Zhotovitel na tuto výzvu žádným způsobem nezareagoval (...).

Na základě výše uvedeného a závěru kontrolního dne z 21. 11. 2017 Správce stavby (...) vyzývá opakovaně Zhotovitele k nápravě (...).

**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.“.**

83. V oznámení právního zástupce zadavatele o odstoupení od smlouvy ze dne 27. 12. 2017 určeném navrhovateli 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 Správce 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 vícenáklady spojené s dokončením díla podle 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**

84. Předmětem správního řízení je posouzení souladu úkonů zadavatele se zákonem. Mezi účastníky správního řízení je sporná zákonnost 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. Mezi účastníky správního řízení je rovněž sporné, zda jsou nápravná opatření přijatá navrhovatelem dostatečná pro obnovení způsobilosti navrhovatele.
85. 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 závažná pochybení při plnění smlouvy I (záměna zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, nedostatečná tloušťka obrusné vrstvy vozovky) a smlouvy II (nedokončení díla v požadovaném termínu)], přičemž opakovaně dospěl k závěru, že byl navrhovatel ve vztahu k předmětným závažným pochybením při plnění smlouvy I a smlouvy II vyloučen oprávněně<sup>1</sup>. 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*

86. 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 (konkrétně k záměně materiálu při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, kterou navíc zhotovil vadně a neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě) a při plnění smlouvy II (konkrétně významné prodlení se zhotovením plnění), kdy uvedená pochybení vedla v případě smlouvy I k uplatnění požadavku na uhrazení nákladů na odstranění vad třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty a v případě smlouvy II k odstoupení od smlouvy a k uplatnění smluvní pokuty.
87. 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

<sup>1</sup> rozhodnutí S0389/2018/VZ (konkrétně v bodech 215. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0095/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 26. 7. 2019), rozhodnutí S0397/2018/VZ (konkrétně v bodech 105. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0094/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 26. 7. 2019), rozhodnutí S0077/2019/VZ (konkrétně v bodech 87. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0083/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 16. 7. 2019), rozhodnutí S0115/2019/VZ (konkrétně v bodech 87. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0088/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 18. 7. 2019) a rozhodnutí S0376/2019/VZ (konkrétně v bodech 66. a násl. odůvodnění), které bylo potvrzeno rozhodnutím R0234/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 17. 3. 2020).

kontrakčnímu 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 k 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 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 toho, zda v šetřeném případě zadavatel dostatečně odůvodnil a prokázal naplnění všech zákonem stanovených podmínek k vyloučení navrhovatele podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona.

#### *Ke smlouvě I*

88. Podle odůvodnění uvedeného v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele mj. z důvodu, že se navrhovatel dopustil při plnění smlouvy I závažných pochybení tím, že zhotovil obrusnou vrstvu vozovky z jiného materiálu (záměna asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11), než požadoval zadavatel, přičemž uvedenou obrusnou vrstvu zhotovil vadně (vyhotovení koberce v nedostatečné tloušťce a nedostatečné pevnosti obrusné a ložní vrstvy vozovky) a dále tím, že neodstranil vady díla ve stanovené lhůtě.
89. S ohledem na termín plnění smlouvy I a i s přihlédnutím na upozornění navrhovatele, že v případě záměny asfaltové směsi a v případě nedostatečné tloušťky obrusné vrstvy vozovky a v nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky došlo k danému pochybení více než 3 roky před zahájením zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku, Úřad nejprve ověřil časovou podmínku vyplývající z § 48 odst. 5 písm. d) zákona, podle níž 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 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění dne 20. 1. 2020. Rozhodné datum pro splnění časové podmínky tří let podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona tedy je v daném případě den 20. 1. 2017. Z potvrzení o převzetí stavby ze dne 19. 12. 2016 (viz odstavec 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že stavba realizovaná na základě smlouvy I byla navrhovatelem předána zadavateli dne 19. 12. 2016. Z uvedeného dokumentu rovněž vyplývá, že záruční doba činí 60 měsíců, přičemž její počátek byl stanoven na 19. 12. 2016 a konec na 19. 12. 2021.
90. V návaznosti na uvedené zjištění Úřad konstatuje, že v případě pochybení navrhovatele, jichž se měl podle odůvodnění rozhodnutí o vyloučení navrhovatele dopustit při realizaci stavby v návaznosti na uzavřenou smlouvu I, a na která zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odkazuje (tj. záměna materiálu při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, kterou navrhovatel navíc zhotovil vadně) není naplněna časová podmínka tří let vyplývající z § 48 odst. 5 písm. d) zákona, neboť k předmětnému pochybení došlo při plnění vyplývajícím ze

smlouvy I, které bylo předáno zadavateli dne 19. 12. 2016. Úřad tedy za rozhodné datum kdy došlo k předání dokončeného díla (samotného plnění) považuje den 19. 12. 2016 (tj. den předání stavby zadavateli). Z uvedeného je tedy zjevné, že dílo bylo ze strany navrhovatele (tzn. i včetně vadného plnění) realizováno před více než třemi lety před zahájením zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku. Závažných pochybení, kterých se navrhovatel měl dopustit tím, že bez vědomí zadavatele zaměnil při realizaci díla požadovaný typ asfaltového koberce a tento asfaltový koberec vyhotovil v nedostatečné tloušťce a nedostatečné pevnosti obrusné a ložní vrstvy vozovky, tedy nelze v šetřeném případě použít jako relevantního argumentu při vyloučení navrhovatele podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona z účasti v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku, neboť šetřené zadávací řízení bylo zahájeno po více než 3 letech od daných pochybení navrhovatele. Vzhledem k uvedeným skutečnostem tedy Úřad již ve vztahu k výše uvedeným pochybením navrhovatele dále nezkoumal naplnění dalších podmínek vyplývajících z předmětného ustanovení zákona, neboť by takový přezkum nemohl mít vliv na učiněný závěr, podle něhož vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku v návaznosti na výše uvedená pochybení při realizaci stavby dle smlouvy I (záměna materiálu při zhotovení obrusné vrstvy vozovky, kterou navrhovatel zhotovil vadně), není oprávněné.

91. Co se týče splnění časové podmínky u dalšího pochybení, kterého se měl navrhovatel podle obsahu rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v souvislosti s plněním smlouvy I dopustit (tj. neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě), Úřad uvádí, že první výzva zadavatele k odstranění vady díla byla uplatněna (v záruční lhůtě) v rámci podané reklamace ze dne 21. 3. 2017 (viz odstavec 65 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy cca dva měsíce po rozhodném datu 20. 1. 2017 k uplatnění časové podmínky ve vztahu k zadávacímu řízení na prověřovanou veřejnou zakázku. Úřad dodává, že ačkoli v kontextu daného případu datum 21. 3. 2017 nelze považovat pro účely splnění časové podmínky podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona za okamžik pochybení navrhovatele při plnění smluvního vztahu (za ten je nutno považovat nikoli datum prvního uplatnění reklamace zadavatelem, nýbrž okamžik, kdy zhotovitel, tj. navrhovatel, nesplnil svou smluvní povinnost odstranit zjištěnou vadu) je zřejmé, že pro účely zjištění splnění časové podmínky vyplývající z ust. § 48 odst. 5 písm. d) zákona není třeba dále blíže zkoumat a dovozovat okamžik pochybení navrhovatele při plnění smluvního vztahu se zadavatelem, když není pochyb o tom, že tento okamžik teprve následuje po datu prvního uplatnění reklamace (21. 3. 2017). Lze tedy uzavřít, že časová podmínka tří let vyplývající z § 48 odst. 5 písm. d) zákona je v případě pochybení spočívajícím v neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě splněna.
92. V souvislosti s pochybením spočívajícím v neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě, kterého se měl navrhovatel dopustit při plnění smlouvy I, Úřad přistoupil k ověření dalších podmínek vyplývajících z § 48 odst. 5 písm. d) zákona.
93. K naplnění podmínky, že se pochybení účastník zadávacího řízení dopustil při plnění dřívějšího smluvního vztahu uzavřeného mezi ním a zadavatelem dané veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, Úřad konstatuje, že v případě plnění smlouvy I, již se zadavatelem vytýkané pochybení týká, je zřejmé, že k naplnění této podmínky došlo, neboť smlouva I byla dne 17. 8. 2016 uzavřena mezi zadavatelem a navrhovatelem.
94. V souvislosti s podmínkou existence závažného pochybení účastníka při plnění dřívějšího smluvního vztahu, Úřad uvádí následující.

95. Předně je třeba k uvedené podmínce uvést, že Úřad zastává názor, že pod pojem „plnění smluvního vztahu“ spadá nejen samotná realizace požadovaného plnění (do okamžiku předání díla zadavateli), ale rovněž případné řešení reklamací a odpovědnosti za vady díla. Datem předání díla zadavateli tak smluvní vztah nekončí, neboť podpisem smlouvy se dodavatel zavazuje mj. například k dodržování postupů při vyřízení reklamace dle smluvních podmínek. Je tudíž zřejmé, že pod pojem „plnění smluvního vztahu“ v kontextu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona dopadá i plnění smluvních podmínek po předání díla.
96. V rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel podrobně popsal svou komunikaci s navrhovatelem v souvislosti s reklamací díla provedeného navrhovatelem na základě smlouvy I a souhrnně pak předmětné pochybení definoval následovně: *„Nadto se Účastník dopustil dalších závažných pochybení, ani když na opakované výzvy Zadavatele [nejprve 21. 3. 2017 k odstranění části vad v rozsahu tehdy zjištěném; dne 18. 08. 2017 pak k odstranění všech zjištěných vad (...), přičemž posledním termínem určeným Zadavatelem k odstranění vad díla byl termín 30. 11. 2017] neodstranil Zadavatelem vytýkané podstatné vady díla. Dne 13. 11. 2017 byl pak právním zástupcem Zadavatele vznesen požadavek na úhradu smluvní pokuty za neodstranění vytknutých vad v požadovaném termínu. V návaznosti na shora popsaná závažná pochybení požadoval Zadavatel po Účastníkovi v souladu se Smlouvou I zaplacení smluvní pokuty a uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem (...).“*
97. Úřad upozorňuje, že povinnost odstranění vad díla (jejíž nesplnění zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele označil jako závažné pochybení při plnění smluvního vztahu) vyplývá ze smluvních podmínek, v souladu s nimiž byla uzavřena smlouva I, tj. ze „Smluvních podmínek pro výstavbu pozemních a inženýrských staveb projektovaných objednatelům ve znění Zvláštních podmínek“, které tvoří součást obsahu smlouvy I (viz odstavec 56 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Konkrétně bod 4.1 VOP/ZOP (viz odstavec 57 odůvodnění tohoto rozhodnutí) výslovně stanovuje povinnost zhotovitele odstranit všechny vady díla. Stejně tak bod 7.5 VOP/ZOP (viz odstavec 58 odůvodnění tohoto rozhodnutí) stanovuje, že v případě zjištění vady nebo nesouladu s uzavřenou smlouvou je zadavatel oprávněn takové plnění odmítnout a zhotovitel je povinen vadu okamžitě napravit a zajistit soulad odmítnutého plnění s uzavřenou smlouvou. Rovněž bod 7.6 VOP/ZOP (viz odstavec 59 odůvodnění tohoto rozhodnutí) určuje, že zadavatel může dát zhotoviteli pokyn odstranit a znovu provést práci, která není v souladu s uzavřenou smlouvou, a to v přiměřené lhůtě s tím, že pokud tak neučiní, je zadavatel oprávněn zajistit předmětné práce jinou osobou a nárokovat si od zhotovitele náklady za nesplnění předmětných prací. V souladu s bodem 11.1 VOP/ZOP (viz odstavec 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí) je pak zhotovitel povinen co nejrychleji zadavateli oznámit zamýšlený způsob odstranění vady díla, přičemž tento způsob musí zadavatel odsouhlasit. Bod 11.4 VOP/ZOP (viz odstavec 61 odůvodnění tohoto rozhodnutí) pak stanovuje, že pokud zhotovitel vadu v přiměřené lhůtě neodstraní, může zadavatel určit zhotoviteli termín, do něhož musí být vada odstraněna; a dále, že pokud zhotovitel vadu do tohoto termínu neodstraní, může zadavatel „vykonat práci, přiměřeným způsobem a na náklady Zhotovitele sám nebo někým jiným“, přičemž zhotovitel je povinen zadavateli uhradit náklady, které zadavateli odstraňováním vady vznikly; současně zadavateli vznikne nárok na zaplacení smluvní pokuty. Konečně i bod 15.1 VOP/ZOP (viz odstavec 62 odůvodnění tohoto rozhodnutí) stanovuje, že pokud zhotovitel neplní nějaký smluvní závazek, může po něm zadavatel požadovat nápravu ve stanoveném přiměřeném čase.

98. Jak vyplývá z výše uvedených smluvních podmínek, navrhovatel se podpisem smlouvy I zavázal mj. k tomu, že provede dílo v souladu se smlouvou I a pokyny zadavatele, a že odstraní všechny vady díla. V návaznosti na výše uvedené skutečnosti má Úřad za prokázané, že povinnost navrhovatele odstranit vady díla ve stanovené lhůtě jednoznačně vyplývá ze smluvních podmínek.
99. Pro posouzení skutečnosti, zda se dopustil navrhovatel závažného pochybení tím, že neodstranil vady díla v požadovaném termínu, Úřad na tomto místě považuje za nezbytné mít postaveno najisto, zda navrhovatel při plnění smlouvy I skutečně vady díla učinil, a tedy že následný postup zadavatele (uplatnění nároku na povinnost navrhovatele odstranit vady díla v termínu) byl souladný se smluvními podmínkami. Úřad s odkazem na již učiněné závěry v rámci své rozhodovací praxe (viz odstavec 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatuje, že navrhovatel při plnění smlouvy I pochybil tím, že při zhotovení obrusné vrstvy vozovky zaměnil materiál, a uvedenou obrusnou vrstvu vozovky zhotovil vadně (tzn., že při plnění smlouvy I navrhovatel realizoval dílo s vadami). K uvedenému závěru dospěl Úřad např. ve svém rozhodnutí ve věci sp. zn. S0397/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R0094/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 26. 7. 2019), kde mj. konstatoval: „119. Úřad tedy uvádí, že v případě plnění smlouvy I došlo ze strany navrhovatele nejen k pochybení spočívajícímu v záměně zadavatelem požadované asfaltové směsi SMA 8 za asfaltovou směs SMA 11, ale také k pochybením spočívajícím v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121). Úřad dále k danému konstatuje, že již ta skutečnost, kdy vybraný dodavatel provede plnění jinak, než bylo stanoveno v zadávací dokumentaci, případně ve smlouvě o dílo, může sama o sobě za určitých podmínek vykazovat určitou intenzitu závažnosti, neboť vybraný dodavatel postupuje zjevně v rozporu se zadávací dokumentací, případně se smlouvou o dílo, a je třeba mít za to, že zadavatel požadavky na plnění stanovuje tak, aby co nejlépe odpovídalo jeho potřebám a pokud dojde k záměně zadavatelem požadovaného plnění za jiné, je možné, že výsledné dílo již nebude splňovat všechny požadavky/potřeby zadavatele tak, jak předpokládal a prostřednictvím stanovených požadavků na plnění vyžadoval (...).“. V této souvislosti Úřad odkazuje rovněž na své závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0397/2018/VZ ve vztahu k argumentaci navrhovatele, v níž se odvolává na stanovisko zkušebního institutu TPA ČR s.r.o. a stanovisko soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017, která dle navrhovatele stvrzují vhodnost použití směsi SMA 11: „124. Úřad k tomu předně uvádí, že z daného stanoviska soudního znalce Doc. Ing. Františka Luxemburka, CSc. ze dne 8. 6. 2017 vyplývá, pouze ta skutečnost, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 nejspíše nemá vliv na užitné vlastnosti obrusné vrstvy, neboť soudní znalec v předmětném stanovisku konstatoval, že záměna směsi SMA 8 za směs SMA 11 by neměla mít negativní dopad na užitné vlastnosti posuzované obrusné vrstvy. Ze strany soudního znalce tedy ani není dáno najisto, že záměna směsi nemá negativní vliv na užitné vlastnosti obrusné vrstvy, navíc se jedná pouze o stanovisko a nikoli o znalecký posudek zpracovaný dle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů. Dále Úřad opětovně uvádí, že ani tyto skutečnosti nemohou žádným způsobem zpochybnit natož vyvrátit závěr Úřadu, že k závažnému pochybení ze strany navrhovatele při plnění smlouvy I došlo, (...).“.



100. Úřad v návaznosti na výše citované závěry z rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0397/2018/VZ konstatuje, že navrhovatel při plnění smlouvy I realizoval požadované dílo vadně, a tedy je zřejmé, že požadavek zadavatele na odstranění vad díla byl oprávněný, neboť ze strany navrhovatele nedošlo v případě plnění smlouvy I zejména ke splnění smluvní podmínky uvedené v bodu 4.1. VOP/ZOP, podle níž byl povinen dílo provést a dokončit v souladu se smlouvou a pokyny zadavatele a odstranit všechny vady díla.
101. Jak vyplývá ze zadavatelem doložené korespondence mezi zadavatelem (případně jeho právním zástupcem) a navrhovatelem (viz odstavce 65 až 76 odůvodnění tohoto rozhodnutí) v souvislosti s uplatněním reklamace díla (tj. díla provedeného v návaznosti na smlouvu I), zadavatel první reklamaci vad oznámil navrhovateli dopisem již ze dne 21. 3. 2017 (viz odstavec 65 odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž žádal o odstranění závady na stavbě. Navrhovatel následně dopisem ze dne 5. 5. 2017 navrhl provedení lokální opravy. Technický dozor stavby ve svém vyjádření ze dne 15. 5. 2017 však s návrhem řešení navrhovatele nesouhlasil. Zadavatel tedy navrhovatele dne 21. 6. 2017 vyzval k provedení kompletní výměny obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu. Následně přípisem ze dne 18. 8. 2017 zadavatel navrhovateli zaslal výzvu k nápravě, upozornil jej na neplnění smluvních závazků (povinnost zhotovitele provést a dokončit dílo v souladu se smlouvou) a požádal navrhovatele o kompletní výměnu obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu v termínu do 10. 9. 2017. Navrhovatel v přípisu ze dne 12. 9. 2017 zadavateli sdělil, že nevyhovující tloušťka obrusné vrstvy vozovky je jen v místě poruchy a navrhl opravu poškozeného místa a prodloužení záruční doby. Na uvedené stanovisko navrhovatele zadavatel odpověděl dne 3. 10. 2017, přičemž konstatoval, že navrhovatel nesplnil pokyn zadavatele, na základě něhož byl navrhovatel vyzván k provedení nápravy v termínu do 10. 9. 2017. Zadavatel v uvedeném přípisu opakovaně vyzval navrhovatele k provedení nápravy, a to kompletní výměnou obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu v termínu do 25. 10. 2017. Současně navrhovatele upozornil, že po tomto termínu bude zadavatel nucen zadat uvedené práce jinému zhotoviteli. Rovněž navrhovatele upozornil na možnost uplatnění nápravných prostředků dle smlouvy (odepření průběžné platby nebo odstoupení od smlouvy) v případě pokračování či opakování neplnění smluvních závazků navrhovatele. Přípisem ze dne 13. 11. 2017 právní zástupce zadavatele vyzval navrhovatele k zaplacení smluvní pokuty za neodstranění vady v termínu a opakovaně navrhovatele vyzval k odstranění vad díla v termínu do 30. 11. 2017. Současně byl navrhovatel upozorněn, že pokud nedojde k odstranění vad v tomto termínu, bude zadavatel uplatňovat mj. nárok z titulu vad vyčíslený formou nákladů třetí strany na odstranění vad. Z přípisu zadavatele ze dne 17. 1. 2018 (viz odstavec 74 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že navrhovatel v termínu do 30. 11. 2017 vady díla neodstranil, a proto zadavatel uplatnil nárok na zaplacení nákladů, které zadavateli vznikly odstraněním předmětné vady. Z přípisu zadavatele ze dne 16. 4. 2018 (viz odstavec 76 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že zadavatel uplatnil rovněž nárok na zaplacení smluvní pokuty za neodstranění vad v termínu.
102. Úřad k výše uvedenému uvádí, že ačkoliv byl navrhovatel zadavatelem (případně právním zástupcem zadavatele) vyzván k odstranění vad díla způsobem stanoveným zadavatelem („kompletní výměnou obrusné vrstvy v celém jejím rozsahu“ – viz odstavce 68, 69, 72 a 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí), navrhovatel odmítl uvedené práce učinit s tím, že navrhoval jiný způsob nápravy (lokální opravu) – viz odstavce 66 a 71 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel však trval na jím požadovaném způsobu nápravy (tj. na kompletní výměně obrusné

vrstvy v celém jejím rozsahu) a v souladu s příslušnými Pod-články VOP/ZOP (7.6, 11.4, 15.1) navrhovatel určil termín, v němž požadoval realizaci nápravy (odstranění vad díla) požadovaným způsobem. Z obsahu výše citované korespondence mezi zadavatelem a navrhovatelem je však zřejmé, že navrhovatel ani na základě opakovaných výzev a stanovování nových termínů požadovanou nápravu neučinil. Jak vyplývá z článků VOP/ZOP (viz odstavce 57 – 62 odůvodnění tohoto rozhodnutí), k jejichž dodržování se navrhovatel bezesporu podpisem smlouvy I zavázal, je zřejmé, že odstranit vadu díla (4.1 a 7.6. VOP/ZOP) způsobem, který musí být odsouhlasen zadavatelem (11.1 VOP/ZOP) ve stanovené lhůtě (11.4 VOP/ZOP) v návaznosti na výzvu zadavatele (15.1 VOP/ZOP), byl navrhovatel povinen dodržet, avšak uvedených povinností vyplývajících ze smluvních podmínek nedostál a vady díla ve stanoveném termínu neodstranil. Úřad uvedené pochybení navrhovatele považuje za závažné především z toho důvodu, že navrhovatel byl zcela v souladu se smluvními podmínkami vyzván k odstranění vady, avšak na uvedené výzvy zadavatele zcela rezignoval. Pokud navrhovatel argumentuje, že ze strany zadavatele nebyla navrhovateli poskytnuta dostatečná součinnost („*když časové požadavky na odstranění vad neodpovídaly skutečnosti*“) k odstranění vytknuté vady, považuje Úřad předmětnou argumentaci za lichou, neboť z komunikace mezi navrhovatelem a zadavatelem popsané mj. v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele je patrné, že navrhovatel obdržel opakované výzvy k nápravě pochybení, které však odmítal, přičemž první výzva k nápravě pochybení mu byla odeslána téměř tři čtvrtě roku před úplně poslední výzvou k nápravě.

103. Co se týče názoru navrhovatele, že se v daném případě jednalo o neodstranitelnou vadu, která neměla negativní vliv na funkci díla, a že zadavatel mohl maximálně požadovat přiměřenou slevu z ceny díla, Úřad v první řadě uvádí, že praktickou odstranitelnost vady jednoznačně dokládá skutečnost, že odstranění předmětné vady (tj. provedení stavebních prací „I/23 Řípec – hr. okr. JH – oprava v rámci záruky za původního zhotovitele“) zadavatel sjednal na základě smlouvy ze dne 10. 1. 2018 s dodavatelem STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, Jinonice, 158 00 Praha 5 (dále jen „STRABAG a.s.“). Navrhovatel ostatně skutečnost, že vada byla objektivně odstraněna, ani nerozpориje. K názoru navrhovatele, že na uvedený případ dopadají závěry rozsudku Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 33 Odo 154/2003, podle něhož je neodstranitelnou vadou vada, která je sice odstranitelná, avšak náklady na opravu jsou neúměrné ceně věci, Úřad uvádí následující. Citovaný rozsudek se týká situace, kdy se žalobce po odstoupení od kupní smlouvy vozidla domáhal úhrady kupní ceny a náhrady nákladů na opravu vady vozidla. Žalobce přitom argumentoval, že v daném případě se jedná o vadu právně neodstranitelnou, jelikož za vadu neodstranitelnou se považuje i vada odstranitelná se značnými ekonomicky neúčelnými náklady na opravu v poměru ke kupní ceně. Soud v rozsudku mj. konstatoval, že „*Za neupotřebitelnou je třeba považovat takovou věc, u níž (...) vyšla najevo (...) vada, která je sice odstranitelná, avšak náklady na opravu jsou neúměrné ceně věci - oprava by byla ekonomicky neúčelným nákladem v poměru ke kupní ceně, což způsobuje, že zjištěná vada je vadou neodstranitelnou.*“. Ve vztahu k danému případu pak soud uvedl, že „*vada motoru, pro níž původní žalobce odstoupil od kupní smlouvy, je sice z technického hlediska vadou odstranitelnou, ale náklady na odstranění této vady by mohly podle znaleckého posudku dosáhnout přibližně ceny, za níž byl automobil koupen, proto nelze uzavřít, že vada je vadou odstranitelnou.*“. Je tak zřejmé, že v navrhovatelem odkazovaném případě náklady na odstranění vady přibližně odpovídaly ceně koupené věci (tj. vozidla). Naproti tomu náklady

na odstranění vad v šetřeném případě činily 3 181 794,06 Kč včetně DPH, přičemž cena díla byla ve smlouvě I stanovena na 13 890 444 Kč včetně DPH. Náklady na odstranění vad tak činily necelých 23 % ceny díla, což zcela evidentně odlišuje právě řešený případ od situace řešené v citovaném rozsudku. Pro úplnost je třeba dodat, že občanský zákoník ve znění, na jaké navrhovatel odkazuje prostřednictvím citovaného rozsudku, již pozbyl platnosti. Pouze pro doplnění Úřad podotýká, že jen stěží lze plnohodnotně srovnávat neodstranitelnost vad osobního vozidla dle citovaného rozsudku a vozovky rychlostní komunikace, která je užívána podstatnou částí obyvatel České republiky a na jejíž bezpečnost a bezvadnost jsou bezpochyby (s ohledem na celorepublikový zájem) kladeny velmi vysoké nároky. Nehledě na skutečnost, že navrhovatel se nacházel v pozici zhotovitele, který zadavateli předal plnění, které neodpovídalo tomu, ke kterému se smluvně zavázal, kdežto v odkazovaném případě řešeném v citovaném rozsudku se jednalo o prodej ojetého vozidla. Co se týče tvrzení navrhovatele, že zadavatel mohl maximálně požadovat přiměřenou slevu z ceny díla, Úřad uvádí, že se s tímto závěrem neztotožňuje, neboť se jednalo o vadu odstranitelnou, přičemž navrhovatel uzavřením smlouvy I byl srozuměn s tím, že je to zadavatel, kdo určuje způsob likvidace vad (v podrobnostech viz znění smluvních podmínek). Současně z žádného podání navrhovatele ani nevyplývá, že by zadavateli poskytl slevu z ceny díla odpovídající částce, kterou zadavatel musel vynaložit na odstranění vady vozovky způsobené navrhovatelem. Naopak navrhovatel ve svém návrhu jednoznačně uvedl, že *„se jedná o neodstranitelnou vadu, za kterou nabízel zadavateli slevu z ceny díla v rozsahu rozdílu ceny směsi SMA 8 a SMA 11, tedy v řádu několika desítek tisíc korun.“* Nelze mít přitom za to, že by mohla být na místě sleva v nižší částce (tak, aby zadavateli nevznikla žádná škoda), neboť zadavatel prokazatelně vadu (prostřednictvím dodavatele STRABAG a.s.) odstranil, čímž se nespokojil s provedením díla ve (vadném) stavu, v jakém mu jej předal navrhovatel. Provedení opravy v příslušném rozsahu zadavatel evidentně považoval za nezbytné, což ostatně vyplývá i z přípisu právního zástupce zadavatele ze dne 13. 11. 2017 (viz odstavce 73 odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde vyjádřil domněnku, že v důsledku záměny asfaltové směsi již došlo k narušení obrusné vrstvy vozovky, když uvedl, že *„V průběhu záruční doby došlo na několika místech k narušení asfaltového povrchu díla (...), jak bylo podrobně zdokumentováno (...). Lze předpokládat, že tyto vady jsou právě projevem primární vady provedení díla odchylně od smluvního zadání – což vylučuje Vaší domněnku pro zaměnitelnost různých směsí.“* Je tak zcela zřejmý i negativní vliv předmětné vady na funkci díla, v důsledku čehož nelze souhlasit s navrhovatelem, že by tento negativní vliv v šetřeném případě nebyl dán.

104. Další z podmínek pro možnou aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona je podmínka stanovující, že uvedená pochybení dodavatele musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.
105. V případě smlouvy I požadoval zadavatel po navrhovateli uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a rovněž u navrhovatele uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady. Tyto skutečnosti vyplývají z přípisů zadavatele ze dne 17. 1. 2018 a ze dne 16. 4. 2018 (viz odstavce 74 a 76 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel ke splnění této podmínky v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvádí, že závažné pochybení navrhovatele v daném případě vedlo ke vzniku „jiných srovnatelných sankcí“.
106. Úřad k tomuto uvádí, že pojem „jiná srovnatelná sankce“ je zjevně neurčitý právní pojem, jehož obsah tedy musí být „naplňován“ individuálně s ohledem na skutkové okolnosti

každého jednotlivého případu, nicméně zároveň lze z pojmu „sankce“ nepochybně usoudit, že by „jiná srovnatelná sankce“ měla pro dodavatele představovat určitý nepříznivý následek srovnatelný se vznikem škody či předčasným ukončením smluvního vztahu. Jak ostatně vyplývá z komentáře k § 48 odst. 5 písm. d) zákona (viz JUDr. Vilém PODEŠVA, LL.M., Mgr. Lukáš SOMMER, JUDr. Jiří VOTRUBEC, JUDr. Martin FLAŠKÁR, Mgr. Jiří HARNACH, Mgr. Jan MĚKOTA, JUDr. Martin JANOUŠEK aj. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář [Systém ASPI]. Wolters Kluwer): *„Za závažné či dlouhodobé pochybení je tak třeba považovat takové pochybení, v jehož důsledku došlo k odstoupení od smlouvy, vzniku škody přesahující očekávatelnou či obvyklou výši škody v obdobných smluvních vztazích či k uplatnění smluvních sankcí významně přesahujících s přihlédnutím k porušené smluvní povinnosti obvyklý rozsah.“* V posuzovaném případě, kdy zadavatel po navrhovateli v souvislosti se závažným pochybením při plnění smlouvy I požadoval uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem ve výši 3 181 794,06 Kč a dále uplatňoval smluvní pokutu za neodstranění vytknuté vady v termínu ve výši 242 000 Kč, lze uvést, že povinnost uhradit dané poměrně nemalé finanční částky (a současně částky přesahující obvyklou výši škody v obdobných smluvních vztazích) muselo pro navrhovatele zcela zjevně představovat nepříznivý následek, tedy sankci. Úřad má tedy za to, že závažné pochybení navrhovatele při plnění smlouvy I vedlo k „jiným srovnatelným sankcím“, konkrétně k povinnosti uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem a následně uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad, neboť tyto skutečnosti pro zadavatele představují nepříznivý následek stejně, jak tomu je v případě škody či u předčasného ukončení smluvního vztahu. Lze tedy uvést, že i další podmínka uvedená v § 48 odst. 5 písm. d) zákona spočívající ve skutečnosti, že závažná pochybení účastníka zadávacího řízení musela vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, byla v daném případě naplněna.

#### *Ke smlouvě II*

107. Podle odůvodnění uvedeného v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele zadavatel přistoupil k vyloučení navrhovatele rovněž z důvodu, že se navrhovatel dopustil při plnění smlouvy II závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle smlouvy II.
108. Ve vztahu k uvedenému pochybení navrhovatele Úřad opakovaně odkazuje na své závěry učiněné v souvislosti s posouzením skutkově shodného případu např. v rámci rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0397/2018/VZ, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R0094/2019/VZ (obě uvedená rozhodnutí nabyla právní moci dne 26. 7. 2019), z něhož cituje a odkazuje na zde již vyřčené závěry:

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

(...)

140. K podmínce závažnosti nebo dlouhodobosti pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu Úřad uvádí následující.

141. V případě plnění smlouvy II, z rozhodnutí o vyloučení vyplývá, že předmětné plnění mělo být ze strany navrhovatele dokončeno dne 31. 10. 2017, resp. v dodatečné lhůtě 6. 11. 2017, avšak navrhovatel tak dle vyjádření správce stavby ve výzvě (...) ze dne 10. 11. 2017 neučinil. (...) z přípisů (...) ze dne 10. 11. 2017 (viz odstavec 81 odůvodnění tohoto rozhodnutí), (...) ze dne 21. 11. 2017 (viz odstavec 82 odůvodnění tohoto rozhodnutí), (...) ze dne 27. 12. 2017 (viz odstavec 83 odůvodnění tohoto rozhodnutí), dále vyplývá následující.

142. Z přípisu (...) ze dne 10. 11. 2017 mj. vyplývá, že zadavatel, resp. správce stavby vyzval navrhovatele/zhotovitele, aby nejpozději do 2 dnů od doručení této výzvy (i) dal výše uvedené neplnění do pořádku a napravil ho, (ii) neprodleně mobilizoval své výrobní kapacity pro pokládku živičných vrstev na hlavní trase a pro navazující dokončovací práce, a (iii) předložil správci stavby aktualizovaný harmonogram. Dále Úřad odkazuje na přípis (...) ze dne 21. 11. 2017, ve kterém je mj. uvedeno, že navrhovatel ke dni 15. 11. 2017 na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 žádným způsobem nezareagoval a nesplnil tak ani jeden ze stanovených požadavků. Současně správce stavby citovanou výzvou ze dne 21. 11. 2017 vyzval navrhovatele k nápravě a požadoval, aby navrhovatel (i) nejpozději do 3 dnů od doručení této výzvy nastoupil a v co nejkratším čase urychleně dokončil I. – III. etapu stavby, a (ii) nezačínal s pracemi na IV. etapě stavby, a to s ohledem na výše uvedené a nastalé klimatické podmínky způsobené prodlením s prováděním stavebních prací ze strany navrhovatele. K dokončení I. až III. etapy stavby došlo dle vyjádření navrhovatele v návrhu až dne 13. 12. 2017, přičemž následně dne 27. 12. 2017 zadavatel přípisem (...) ze dne 27. 12. 2017 odstoupil od části smlouvy II. Úřad rovněž odkazuje na vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 12. 10. 2018, ve kterém je uvedeno: „Předmětem smlouvy II je oprava krytu a obnova souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný.“

143. Na základě výše uvedeného a s ohledem na skutečnost, že zadavatel vymezil předmět smlouvy II jako opravu krytu a obnovu souvrství pomocí recyklace za studena v termínech stanovených zadavatelem tak, aby nedošlo k narušení provozu na dotčených komunikacích nad rámec nezbytně nutný, Úřad uvádí, že k pochybení navrhovatele zcela zjevně došlo již na základě skutečnosti, že nedokončil dílo v dodatečné lhůtě pro dokončení díla, tedy do 6. 11. 2017. Navrhovatel, jak uvádí zadavatel ve výzvě správce stavby ze dne 21. 11. 2017, ke dni 15. 11. 2017 nereagoval na výzvu ze dne 10. 11. 2017 a dílo nedokončil, přičemž byl v předmětné výzvě ze dne 10. 11. 2017 upozorněn, že pokud tak neučiní je zadavatel připraven od smlouvy II odstoupit. K dokončení stavebních prací na I. – III. etapě stavby, tedy nikoliv k dokončení celého díla, navrhovatel přistoupil až na základě výzvy ze dne 21. 11. 2017, avšak v dané době již mělo být dokončeno celé dílo, tedy i IV. etapa, přičemž navrhovatelovo nerespektování dodatečné doby pro dokončení díla a výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 vyvolalo takový stav, kdy v dané době, tedy dne 21. 11. 2017, nebylo již dle zadavatele z hlediska klimatických podmínek možné realizovat IV. etapu stavby. Podle zadavatele tak pochybení navrhovatele je závažným pochybením, neboť v dané souvislosti v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že „(v) návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodlení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým

*klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Zadavatele (odstoupení od Smlouvy II a uplatnění smluvní pokuty).“ Úřad tak s ohledem na zadavatelem popsané skutečnosti v rozhodnutí o vyloučení a rovněž s ohledem na předmět smlouvy II, který zadavatel uvedl ve vyjádření ze dne 12. 10. 2018, konstatuje, že v daném případě došlo ze strany navrhovatele při plnění smlouvy II k prodlení, které lze definovat jako závažné pochybení, neboť navrhovatel měl jednoznačně stanovenou lhůtu pro dokončení díla, tzn. dokončení I. – IV. etapy díla, do 31. 10. 2017, resp. do 6. 11. 2017, avšak navrhovatel dílo v uvedené lhůtě nedokončil. Navrhovatel nedokončil dílo ani na základě výzvy správce stavby ze dne 10. 11. 2017 a plnění díla, resp. IV. etapy díla, se protáhlo do doby, kdy už nemohlo být plněno, neboť to neumožňovaly klimatické podmínky. Tím tedy navrhovatel zcela ignoroval předmět smlouvy II, neboť, jak vyplývá ze zadavatelem vymezeného předmětu smlouvy II (viz výše), měl dokončit dílo v takové době, aby nedošlo k narušení provozu na předmětných komunikacích nad rámec nezbytně nutný. Úřad tak uzavírá, že takové prodlení s plněním díla, kdy dojde k samotnému zmaření předmětu smlouvy, lze označit jako závažné pochybení.*

*144. Dále Úřad přistoupil k vypořádání argumentace navrhovatele vztahující se k údajnému pochybení při plnění smlouvy II. (...) v silách stěžovatele nebylo sestavit harmonogram postupu prací, jelikož objektivně není možné předvídat vývoj klimatických podmínek umožňující realizaci prací v souladu s požadavky Správce stavby, respektive v souladu s Technickou specifikací. Další skutečností znemožňující zpracování harmonogramu prací byla neznalost data, kdy bude zadavatelem dán stěžovateli pokyn k zahájení prací IV. etapě díla. Na základě těchto skutečností stěžovatel skrze svůj dopis ze dne 5. 12. 2017 oznámil Správci stavby, že řádné dokončení I.-III. etapy je možné během 3 dní, při kterých budou splněny klimatické podmínky pro pokládku živičných vrstev definované Technickou specifikací.“*

*145. Úřad k dané reakci navrhovatele na výzvu správce stavby ze dne 10. 11. 2017 uvádí, že navrhovatel opomněl uvést, že veškeré požadavky stanovené ve výzvě správce stavby ze dne 10. 11. 2017 (...) 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 ovládání a předvídaní není v silách navrhovatele. V dané situaci by tak dodavatelé nemohli nikdy, ani při tvorbě nabídky, sestavit harmonogram, neboť ani v jejich silách není ovládání a předvídaní 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 ovládání a předvídaní klimatických podmínek, tak by dodavatelé při tvorbě nabídky týkající se těchto dlouhodobějších stavebních prací, které nemůžou probíhat za určitých klimatických*

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

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

(...)

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

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

151. V daném případě zadavatel využil práva v Pod-čl. 15.2 písm. a) (...) (VOP/ZOP) a přípisem (...) ze dne 27. 12. 2017 od části smlouvy II týkající se neprovedení 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 popsáno v rozhodnutí o vyloučení (...), nepanují s ohledem na obsah přípisu (...) ze dne 27. 12. 2017 pochybnosti.«.

109. K upozornění navrhovatele, že zadavatel předal navrhovateli staveniště opožděně, Úřad uvádí následující. Ze zápisu o předání staveniště ze dne 23. 8. 2017 (viz odstavec 80 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že navrhovatel převzal dne 23. 8. 2017 staveniště bez výhrad, tzn. ke dni předání staveniště nijak nerozporoval možnost realizace požadovaných prací v termínu. Ačkoliv z „Pokyn[u] správce stavby“ ze dne 20. 10. 2016 (viz odstavec 79 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 odstavec 77 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 odstavec 81 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.
110. Co se týče argumentace navrhovatele, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách s námitkou týkající se pozdního předání staveniště nevypořádal, Úřad uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách na příslušnou námitku reagoval s odkazem na svůj postup dle smluvních podmínek [„Zadavatel při plnění Smlouvy II vždy postupoval v souladu s touto smlouvou, a tedy také staveniště bylo předáno řádně a včas tak, jak odpovídalo Smlouvě II. (...) Skutečnost, že se Stěžovatel Smlouvou II zavázal plnit smluvní podmínky FIDIC a současně se podrobně neseznámil s jejich instituty (např. mechanismus předání staveniště), jak vyplývá z jeho Námitky o pozdním předání staveniště, není chybou Zadavatele a nemůže být argumentem vedoucím ke zproštění odpovědnosti Stěžovatele za řádné a včasné plnění Smlouvy II.“]. Úřad k uvedenému sděluje, že předmětnou reakci zadavatele nelze považovat za nepřezkoumatelnou či zcela chybnou, neboť zadavatel na podanou námitku reagoval a k dané argumentaci navrhovatele jednoznačně odkázal na smluvní podmínky. V tomto ohledu Úřad akcentuje, že se zadavatel vyjádřil k vlastní podstatě námitky navrhovatele, a proto Úřad předmětnou námitku navrhovatele považuje za vypořádanou. Z uvedeného důvodu Úřad neshledal důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 5 zákona.
111. Pokud navrhovatel odkazuje na veřejnou zakázku „I/19 Jordán – MÚK s D3“, přičemž tvrdí, že plnění této veřejné zakázky mělo vliv na plnění smlouvy II, 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 navrhovatel dopustit v rámci plnění smluv I a II, a nikoliv v rámci plnění veřejné zakázky „I/19 Jordán – MÚK s D3“. Dále Úřad pro úplnost uvádí, že situace, kdy se při plnění jiného navrhovatelova závazku vyskytnou potíže, nijak neodůvodňuje skutečnost, že v rámci smlouvy II neplnil navrhovatel včas. Je to právě navrhovatel, který musí znát své kapacity a tomu tak přizpůsobit své závazky. Navíc pokud došlo k určitým nastalým situacím, které nemohl předem očekávat, mohl si nárokovat prodloužení lhůty pro dokončení díla, což ostatně v případě plnění smlouvy II učinil. Úřad však k tomu doplňuje, že ačkoliv si navrhovatel u zadavatele 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.

112. 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 II 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 20. 1. 2017, lze konstatovat, že i tato podmínka byla splněna.

#### *Shrnutí ke smlouvám I a II*

113. Na základě výše uvedeného Úřad (shodně se svými předchozími rozhodnutími ve skutkově totožných případech – viz odstavec 85 odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatuje, že se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smluvních vztahů se zadavatelem, a to v rámci plnění smlouvy I tím, že v rozporu s body 4.1 a 7.6. VOP/ZOP neodstranil vady díla ve stanovené lhůtě, ani později, a v rámci plnění smlouvy II prodlením při plnění veřejné zakázky, přičemž uvedená pochybení měla závažnou povahu a vedla v případě smlouvy I k uplatnění požadavku na uhrazení nákladů na odstranění vad třetím subjektem a k uplatnění smluvní pokuty a v případě smlouvy II k odstoupení od smlouvy a k uplatnění smluvní pokuty.
114. Na základě uvedeného lze tedy zároveň konstatovat splnění poslední podmínky uvedené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a to podmínky plurality spáchaných závažných pochybení. Z jazykového výkladu je totiž zřejmé, že dané ustanovení hovoří o závažných pochybeních. Tudíž aby mohlo dojít k vyloučení účastníka zadávacího řízení na základě tohoto ustanovení, z logiky věci musí být shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným pochybením, což bylo v posuzovaném případě Úřadem vyvozeno.
115. K argumentu navrhovatele o nepřípustné retroaktivitě, když zadávací řízení na veřejné zakázky, na jejichž plnění byly uzavřeny smlouvy I a II, 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.

116. Navrhovatel rovněž v návrhu tvrdí, že *»údajná vážná pochybení postrádají onu „dlouhodobost“, kdy se jednalo o dobu na přelomu roku 2017 a 2018 a vzhledem k předchozím úspěšně dokončeným veřejným zakázkám pro ŘSD se jednalo o ojedinělá pochybení, za které ještě stěžovatel neodpovídal.«*. Úřad ve vztahu k 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 I a smlouvy II dopustil závažných pochybení. Úřad dále dodává, že není relevantní, zda se jednalo o ojedinělá pochybení či zda předchozí veřejné zakázky, které navrhovatel pro zadavatele plnil, byly údajně úspěšně dokončeny, jelikož pro posouzení, zda v daném případě došlo k vyloučení navrhovatele na základě § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, je relevantní pouze skutečnost, že bylo shledáno naplnění všech podmínek stanovených v citovaném ustanovení, mezi které mj. patří posuzování plnění pouze těch veřejných zakázek, u kterých bylo shledáno závažné pochybení.
117. K názoru navrhovatele, podle něhož právo zadavatele na vyloučení navrhovatele je možné uplatnit jedině v případě, že by existovalo rozhodnutí soudu o tom, že se navrhovatel skutečně dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu, 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 zadavatel nemusí pro prokázání závažného nebo dlouhodobého pochybení při plnění dřívějších smluvních vztahů disponovat soudním či jiným rozhodnutím v dané věci, zadavatel však musí patřičně odůvodnit, proč právě pochybení, za které vylučuje účastníka ze zadávacího řízení, splňují požadavky stanovené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Úřad nad rámec výše uvedeného doplňuje, že nutnost vyčkat na soudní rozhodnutí by 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. Pro podporu svého tvrzení Úřad odkazuje rovněž na komentářovou literaturu<sup>2</sup>, ve které je k ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona mj. uvedeno: „*Podmínkou*

---

<sup>2</sup> DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan, KOSMÁKOVÁ, Darja, KRUMBHOLC, Filip, MAREŠ, David, BOROŠOVÁ, Hana, GALÁŘ, Jan, GULDOVÁ, Denisa, JEŘÁBEK, Jakub, LÁTAL, Martin, LELITOVSKÁ, Lenka, MACHÁLKOVÁ, Michaela, MÜLLER, Veronika, PODOLOVÁ, Libuše. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 676. 978-80-7400-651-7

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

118. Obdobně 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 uplatněné právo na smluvní pokutu oprávněné, Úřad uvádí, 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.
119. Pokud navrhovatel zastává názor, že v případě odstoupení zadavatele od smlouvy II dosud není postaveno najisto, že by toto odstoupení zadavatele bylo oprávněné, Úřad ve vztahu k uvedené problematice 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 uvedené rozhodnutí nabyly 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 Smlouvy<sup>3</sup> 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, 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 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 odstavec 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,*

<sup>3</sup> Jedná se o smlouvu, která je v tomto rozhodnutí označována jako smlouva II – pozn. Úřadu

*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.“.*

120. K navrhovatelem namítané neurčitosti a nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele Úřad upozorňuje, že tuto argumentaci navrhovatel vznesl nově až v návrhu, neboť tato nebyla součástí podaných námitek. S ohledem na uvedené se tedy Úřad předmětnou argumentací navrhovatele nezabýval. Nelze však přehlédnout, že argumentace navrhovatele plně reaguje na důvody, pro něž byl ze zadávacího řízení předmětným rozhodnutím vyloučen.
121. 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**

122. Úřad se dále zabýval otázkou, zda navrhovatel prokázal obnovení své způsobilosti k účasti v zadávacím řízení.
123. Možnost účastníka zadávacího řízení prokázat obnovení své způsobilosti je novým institutem zavedeným zákonem. 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.

124. 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 I a II.

125. 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. certifikáty navrhovatele o zavedení a udržování systému managementu splňující:
  - i. požadavky normy ČSN EN ISO 9001:2016 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),
  - ii. požadavky normy ČSN EN ISO 9001:2016 v oboru provádění silničních prací v oboru pozemních komunikací (ze dne 6. 5. 2019),
  - iii. 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),
  - iv. 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),
- b. referenční list od zadavatele na realizaci stavby „I/19 Březnice průtah“ ze dne 30. 8. 2018,

- c. certifikáty společnosti Kovia s.r.o., IČ 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.“) – Certifikát systému managementu kvality vydaný dne 17. 6. 2019 a Certifikát systému řízení výroby vydaný dne 17. 6. 2019,
- d. 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,
- e. čestné prohlášení společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o., zastoupené jednatelem Mgr. Filipem Toulem ze dne 9. 4. 2020, že má s navrhovatelem uzavřenou rámcovou kupní smlouvu na dodávky asfaltových směsí,
- f. tři pracovní smlouvy o uzavření zaměstnaneckého poměru mezi zaměstnancem a navrhovatelem (zahájení pracovního poměru 1. 1. 2013 – stavbyvedoucí, zahájení pracovního poměru 1. 5. 2011 – přípravářka, zahájení pracovního poměru 3. 4. 2018 – stavbyvedoucí),
- g. čestné prohlášení společnosti KOPESO s.r.o. ze dne 7. 4. 2020, že v roce 2018 uzavřela dohodu „o vzájemné strojí a personální výpomoci“,
- h. 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 II, 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,
- i. referenční list od zadavatele na realizaci stavby „R4 oprava zpevněných krajnic“ ze dne 10. 10. 2018,
- j. přípis zadavatele ze dne 5. 10. 2015 adresovaný společnosti VIDA KO s.r.o. obsahující souhlas s využitím obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby zadavatele; souhlas je udělen ode dne 22. 9. 2015 po dobu platnosti certifikátu reg. číslo 253 – 03/15, tj. do 26. 5. 2018,
- k. přípis zadavatele ze dne 23. 7. 2019 adresovaný společnosti Kovia s.r.o. obsahující souhlas s využitím obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby zadavatele; souhlas je udělen ode dne 22. 7. 2019 po dobu platnosti certifikátu reg. číslo 95100, tj. do 16. 6. 2022,
- l. přípis společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o., zn. 17494/18400/2019, adresovaný zadavateli, ve kterém je konstatováno, že obalovna Kařez nemá problém provozovat

obalovnu i v nočních hodinách; vč. příloh (3x protokol SQZ a notářský zápis o rozhodnutí o změně obchodní firmy společnosti Kovia s.r.o. na ROBSTAV Kovia s.r.o.),

- m. referenční listy o provedení stavebních prací vystavené navrhovateli různými objednateli v letech 2018 a 2019,
- n. nájemní smlouva (včetně přílohy č. 1 datované dne 4. 1. 2016) uzavřená mezi navrhovatelem a společností REMVIKO k.s. (pronajímatel) ze dne 4. 1. 2016, uzavřená podle čl. IV. této smlouvy na dobu určitou do 31. 12. 2016, za účelem pronájmu strojů, mechanizace a nákladních vozidel včetně přívěsů uvedených v příloze smlouvy, přičemž pronajímatel je oprávněn předmět pronájmu obnovovat,
- o. dokument s názvem „PŘÍLOHA č. 1 k nájemní smlouvě – CENÍK 2020“ datovaný dne 31. 3. 2020,
- p. čestné prohlášení Ing. Lubora Šabackého ze dne 14. 4. 2020, že je v pracovněprávním vztahu s navrhovatelem od 1. 9. 2019 jako ředitel společnosti.

126. 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.

127. Úřad podotýká, že ačkoliv navrhovatel sdělil, jaká nápravná opatření přijal za účelem obnovení způsobilosti účastnit se zadávacího řízení, již blíže nespecifikoval, ke kterému pochybení se jednotlivá opatření vztahují. Při posouzení případné účinnosti přijatých nápravných opatření tak lze pouze logickou úvahou dovozovat, jakým postupům se chce navrhovatel přijetím jednotlivých nápravných opatření vyvarovat.

#### **Ke změně obalovny**

128. Uvedené nápravné opatření, tj. spolupráci s jinou obalovnou, než se kterou navrhovatel spolupracoval při plnění smlouvy I, příp. smlouvy II, navrhovatel zadavateli dokládá čestným prohlášením společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. ze dne 9. 4. 2020, že má s navrhovatelem od roku 2018 uzavřenou rámcovou kupní smlouvu na dodávky asfaltových směsí. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatel nedoložil předmětnou rámcovou smlouvu, přičemž z čestného prohlášení společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. ze dne 9. 4. 2020 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 smlouvy I a smlouvy II.

129. Dále navrhovatel předložil notářský zápis, který prokazuje změnu obchodní firmy Kovia s.r.o. na ROBSTAV Kovia s.r.o., který však nic nevypovídá o vztazích či vazbách této společnosti s navrhovatelem, resp. o případném závazku, že obalovna Kařez, která zřejmě patří společnosti (ROBSTAV) Kovia s.r.o., bude dodávat asfaltové směsi výhradně navrhovateli.

130. Z dokladů doložených navrhovatelem vyplývá, že společnost ROBSTAV Kovia s.r.o. má od zadavatele odsouhlaseno do 16. 6. 2022 využívat služby obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby zadavatele, která zaručuje i noční provoz, 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. V případě dopisu zadavatele adresovaného společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o. Úřad připouští, že tento souhlas byl udělen až do dne 16. 6. 2022, avšak s ohledem na nedoložení výše uvedené rámcové smlouvy na dodávky asfaltových směsí uzavřené mezi společností ROBSTAV Kovia s.r.o. a navrhovatelem, Úřad nepovažuje ani tento doklad za prokazující obnovení způsobilosti navrhovatele. Ze stejného důvodu tak nelze jako dostatečné doklady prokazující obnovení způsobilosti navrhovatele považovat ani další 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.

131. Co se týče dokladů, z nichž vyplývá, že zadavatel odsouhlasil využití obalovny Kařez pro výrobu asfaltových směsí na stavby zadavatele, Úřad poznamenává, že v případě dopisu zadavatele adresovaného společnosti VIDAKO s.r.o. se jedná o souhlas zadavatele, který byl časově omezen do 26. 5. 2018, přičemž z uvedeného dokumentu není zřejmé ani jakékoliv spojení či spolupráce společnosti VIDAKO s.r.o. a navrhovatele, potažmo společnosti ROBSTAV Kovia s.r.o.
132. 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.
133. Úřad k výše uvedenému poznamenává, že navrhovatel neupřesnil, k jakému pochybení, kterého se navrhovatel dopustil v minulosti, uvedené nápravné opatření směřuje. Z logiky věci však lze dovodit, že ke změně obalovny navrhovatel přistoupil v návaznosti na pochybení spočívající v záměně směsi k výrobě obrusné vrstvy vozovky při plnění smlouvy I. Úřad upozorňuje, že s ohledem na výše dovozenou neoprávněnost vyloučení navrhovatele v návaznosti na pochybení spočívající v záměně asfaltové směsi (z důvodu nesplnění časové podmínky), se jeví jako bezpředmětné přihlížet k uvedenému nápravnému opatření, neboť ve vztahu k pochybením týkajícím se neodstranění vad v termínu či prodlení s realizací stavby nemůže uvedené opatření (změna obalovny) zadavateli prokázat, že navrhovatel obnovil svou způsobilost dodavatele, tj. že již bude postupovat v souladu se smluvními podmínkami týkajícími se odstraňování vad nebo že dodrží časový harmonogram stavby (tj. že přijal taková preventivní opatření, kterými by zaručil, že se již nedopustí takových pochybení, pro která byl zadavatelem vyloučen).

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

134. 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.



135. Úřad nicméně i ve vztahu k tomuto nápravnému opatření dodává, že s ohledem na nesplnění časové podmínky pro vyloučení navrhovatele z důvodu pochybení týkajícího se záměny směsí na výrobu obrusné vrstvy vozovky při plnění smlouvy I 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**

136. 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 I a smlouvy II, 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**

137. K uvedenému nápravnému opatření, které navrhovatel dokládá čestným prohlášením příslušného zaměstnance, Úřad uvádí, že v návaznosti na uvedený doklad nelze dovodit, zda navrhovatel přijal nového pracovníka do stávající funkce, např. z důvodu toho, že původní

pracovník na uvedené funkci svojí činností zavinil či spoluzavinil vytýkaná závažná pochybení, či zda se jedná o nově zřízenou funkci, díky které má být (např. s ohledem na přidělené kompetence) zajištěno, aby se předmětná pochybení již neopakovala. Úřad konstatuje, že toliko personální obměna na konkrétním funkčním místě sama o sobě není dostatečným nápravným opatřením, neboť je třeba rovněž přiměřeným způsobem zajistit, aby nově přijatý pracovník při své činnosti neopakoval pochybení svého předchůdce. Doložení čestného prohlášení příslušného pracovníka o tom, že zastává příslušnou funkci, proto nelze považovat za dostatečný doklad osvědčující obnovení způsobilosti navrhovatele s ohledem na závažnost předchozích pochybení.

### **K pořízení nové techniky**

138. Navrhovatel uvádí, že pro svoji činnost pořídil větší množství nové techniky. Z dokladů, které navrhovatel doložil spolu s podáním námitek zadavateli vyplývá, že navrhovatel uzavřel dne 4. 1. 2016 nájemní smlouvu se společností REMVIKO k.s. na pronájem strojů, mechanizace, osobních a nákladních vozidel vč. přívěsů. Uvedená smlouva byla uzavřena na dobu určitou do 31. 12. 2016. Dále navrhovatel doložil dokument nazvaný „PŘÍLOHA č. 1 k nájemní smlouvě – CENÍK 2020“, kde je uveden seznam přístrojů, automobilů a zařízení s datem pořízení. Na uvedené příloze je datum 31. 3. 2020. Úřad k uvedenému uvádí, že k závažným pochybením navrhovatele při plnění smlouvy I a smlouvy II došlo v roce 2017. S ohledem na výše uvedené datum platnosti předmětné nájemní smlouvy je tedy zřejmé, že smlouva o pronájmu technického zařízení doložená navrhovatelem již není platná, přičemž její platnost vypršela dříve, než se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smluv I a II, pro která byl v nyní prověřovaném případě oprávněně vyloučen. Úřad upozorňuje, že neplatná smlouva, která byla vystavena a jejíž platnost vypršela před obdobím, kdy došlo k předmětným pochybením navrhovatele, nemůže v žádném případě dokládat, že navrhovatel provedl nápravné opatření spočívající v pořízení další techniky. Co se týče doloženého ceníku z roku 2020, Úřad upozorňuje, že z uvedeného dokumentu nelze dovodit, že by se vztahoval k doložené nájemní smlouvě, neboť tato již pozbyla platnosti a nelze tedy postavit najisto, zda navrhovatel uzavřel se společností REMVIKO k.s. novou nájemní smlouvu nebo dodatek ke smlouvě z roku 2016. Není tedy zřejmé, zda technická zařízení, která jsou uvedena v příloze z roku 2020, má navrhovatel zapůjčena, případně za jakých podmínek. Navrhovatel tedy dostatečně neprokázal, že si v současné době pronajímá větší množství techniky, jak v návrhu, potažmo v námitkách, uvádí.

### **K navýšení počtu pracovníků**

139. Navrhovatel uvádí, že navýšil počet pracovníků z 95 osob na 128 pracovníků. Navrhovatel společně s podanými námitkami doložil kopie 3 pracovních smluv o uzavření zaměstnaneckého poměru mezi zaměstnancem a navrhovatelem (zahájení pracovního poměru 1. 1. 2013 – stavbyvedoucí, zahájení pracovního poměru 1. 5. 2011 – příprava, zahájení pracovního poměru 3. 4. 2018 – stavbyvedoucí). Úřad upozorňuje, že doklady o přijetí pracovníků do pracovního poměru v letech 2011 a 2013 nelze považovat za doklad o provedení navrhovatelem tvrzeného nápravného opatření, neboť příslušní pracovníci byli podle doložených smluv v pracovním poměru u navrhovatele již v období, kdy se navrhovatel dopustil závažných pochybení při plnění smluvních vztahů se zadavatelem (tj. v roce 2017). K dokladu o zahájení pracovního poměru stavbyvedoucího v roce 2018 Úřad uvádí, že doklad

o přijetí jednoho pracovníka nemůže prokázat, že navrhovatel navýšil počet pracovníků o 33 osob.

#### **K rozšíření certifikace o ISO 14001 a ISO 18001**

140. 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**

141. 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 I a smlouvy II**

142. 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.

143. K názoru navrhovatele, že účinnost výše uvedených přijatých opatření dokládají referenční listy vystavené zadavatelem a jinými veřejnými zadavateli, Úřad uvádí, že referenční listy zadavatele ke smlouvám na plnění veřejných zakázek „I/19 Březnice průtah“ a „R4 oprava zpevněných krajnic“ byly sice vystaveny v roce 2018 (tedy v době po realizaci smlouvy I a smlouvy II), avšak z obsahu jmenovaných referenčních listů je zřejmé, že předmětné práce byly navrhovatelem realizovány v průběhu let 2015 a 2016. S ohledem na uvedenou skutečnost proto nelze považovat uvedené referenční listy jako doklady prokazující účinnost nápravných opatření, která navrhovatel přijal v letech následujících po roce 2017 (kdy se navrhovatel dopustil pochybení při plnění smlouvy I a smlouvy II).

144. Co se týče dalších referenčních listů vystavených jinými veřejnými zadavateli (např. referenční list o provedení stavby „II/272 Bělá p. B – Březinka“ vystavený zadavatelem – Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje) Úřad uvádí, že ačkoliv uvedené

referenční listy byly vystaveny až po roce 2017, a z jejich obsahu 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 smlouvy I a II, a že svou nezpůsobilost k účasti v zadávacím na veřejnou zakázku obnovil.

145. 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. Pokud totiž navrhovatel za výše uvedeným účelem předložil zadavateli dokumenty, z nichž není zcela zřejmé, k jakému nápravnému opatření směřují (tj. jakému pochybení se příslušným nápravným opatřením hodlá v budoucnu vyvarovat), kdy zadavatel (a potažmo Úřad) se mohou pouze domnívat, k jakému pochybení se nápravná opatření vztahují, případně se tyto dokumenty zcela časově míjejí s rozhodnými skutečnostmi, lze na základě takového způsobu prokazování obnovení způsobilosti pouze konstatovat, že navrhovatel nevyvinul dostatečné úsilí či snahu pro zajištění obnovy své způsobilosti.

#### **Shrnutí**

146. 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 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

JUDr. Eva Kubišová  
místopředsedkyně

**Obdrží**

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha
2. Mgr. Filip Toul, advokát, Otakarova 1427/41, 370 01 České Budějovice

**Vypraveno dne**

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