



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Davida Hipšra a soudců Lenky Krupičkové a Michala Bobka v právní věci žalobců: **a) ROBSTAV k. s.**, se sídlem Mezi vodami 205/29, Praha 4, **b) SAFEROAD Czech Republic s. r. o.**, se sídlem Plzeňská 666, Líně, oba zastoupeni Mgr. Filipem Toulem, advokátem se sídlem Otakarova 1427/41, České Budějovice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, **za účasti** osoby zúčastněné na řízení: **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, se sídlem Na Pankráci 546/56, Praha 4, v řízení o kasační stížnosti žalobců proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019 - 77,

t a k t o :

- I.** Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II.** Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III.** Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Rozhodnutím ze dne 18. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0088/2019/VZ-19698/2019/323/MBr, předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“) zamítl rozklad podaný žalobci a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 24. 4. 2019, č. j. ÚOHS-S0115/2019/VZ-11572/2019/531/VNe. Tímto rozhodnutím žalovaný konstatoval, že vyloučení žalobců (společně tvořících společnost SAFEROAD – ROBSTAV D5 podle smlouvy o společnosti za účelem podání společné nabídky), účastnících se veřejné zakázky „D5 Modernizace středových svodidel, km 28 – 56“ zadávané osobou zúčastněnou na řízení (dále též „zadavatel“) v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 10. 2018, ve Věstníku veřejných zakázek bylo uveřejněno dne 25. 10. 2018 pod ev. č. Z2018-037074, ve znění oprav ze dnů 19. 11. 2018, 26. 11. 2018, 17. 12. 2018 a 31. 12. 2018 (dále jen „veřejná zakázka“), z účasti na veřejné zakázce proto, že se v posledních 3 letech od zahájení zadávacího

řízení dopustili závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), bylo zadavatelem provedeno v souladu se zákonem.

II.

[2] Žalobci podali proti rozhodnutí předsedy ÚOHS žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který ji zamítl rozsudkem ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019 - 77.

[3] Krajský soud úvodem konstatoval, že žalobou napadené rozhodnutí je přezkoumatelné, neboť z jeho odůvodnění je jednoznačně zřejmé a seznatelné, na základě jakých důvodů dospěl předseda ÚOHS k závěru, že námitky žalobců uplatněné v rozkladu jsou nedůvodné a rozhodnutí žalovaného správné. Na rozdíl od žalobců je tak krajský soud toho názoru, že se předseda ÚOHS dostatečně a srozumitelně vypořádal se všemi jimi uplatněnými námitkami, a to v míře odpovídající jejich relevanci pro podstatu projednávané věci.

[4] Krajský soud dále uvedl, že pro možnost uplatnění postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ není závaznou podmínkou existence pravomocného rozhodnutí soudu, jímž bylo deklarováno porušení smluvních závazků a současně přiznány soukromoprávní nároky jedné ze stran smlouvy, uzavřené pro účely realizace veřejné zakázky. Pro uplatnění postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ postačí, pokud zadavatel v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení uvede a následně v případném řízení před žalovaným dostatečně spolehlivě prokáže, že se měl takový účastník řízení dopustit pochybení, která by byla způsobilá naplnit intenzitu a následky, s nimiž ZZVZ spojuje možnost vyloučení účastníka z účasti v zadávacím řízení.

[5] Krajský soud neshledal důvodnou ani námitku, že § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vůbec neměl být aplikován na případy zadavatelem tvrzených pochybení žalobce a), neboť k těmto pochybením mělo dojít před účinností ZZVZ, přičemž aplikace tohoto zákona na tato pochybení by představovala nepřípustné retroaktivní působení tohoto zákona. Podle názoru krajského soudu v nyní projednávané věci se nejedná o retroaktivitu, ale o tzv. retrospektivní působení právní normy, neboť s jednáním žalobců z minulosti spojen určitý následek v budoucnosti, po účinnosti ZZVZ. Krajský soud přitom neshledal, že by retrospektivní působení ZZVZ v nyní projednávané věci nepřiměřeně zasahovalo do legitimního očekávání žalobců.

[6] V případě tvrzeného pochybení žalobce a) při plnění Smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále jen „Smlouva I“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/23 Řípec - br. okr. JH“, krajský soud uvedl, že není pravdou, že by se pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ muselo vztahovat výlučně k osobě účastníka zadávacího řízení. Pokud totiž tento účastník vystupuje jako dodavatel při realizaci díla, pak nese plnou odpovědnost za řádné plnění díla a je jeho povinností vybrat si subdodavatele, kteří budou způsobilí poskytnout mu prostředky nezbytné k řádnému plnění díla. Podle krajského soudu je zjevné, že pokud žalobce a) položil v rámci plnění díla asfaltový koberec, který nesplňuje ve značeném rozsahu ani minimální podmínky pro tloušťku obrusné vrstvy a sílu spoju obrusné vrstvy, stanovené českými technickými normami, dílo není způsobilé k užívání. Krajský soud proto uzavřel, že v případě pochybení v rámci plnění díla ze Smlouvy I se žalobce a) dopustil pochybení vážného, neboť se ze strany žalobce a) sice jednalo o porušení smluvních povinností, nicméně uvedené porušení spočívalo v odchýlení se od charakteristiky díla ze Smlouvy I bez předchozího povolení či konzultace osoby zúčastněné na řízení, žalobce a) provedl dílo v rozporu

pokračování

s minimálními požadavky stanovenými technickými normami, protože dílo v podstatě nebylo způsobilé k plnění svého účelu, přičemž o tomto pochybení vůbec nevěděl, dokud o něm nebyl zpraven osobou zúčastněnou na řízení, a ani na opakované výzvy osoby zúčastněné na řízení vady díla nezhojil, čímž způsobil nutnost vyhlášení nového výběrového řízení na odstranění vad díla. Takové porušení smluvních povinností a tedy pochybení žalobce a) představovalo podle krajského soudu natolik závažné profesní pochybení, že i úroveň nedbalosti žalobce dosáhla hranice, při níž lze pochybení považovat za závažné pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

[7] Ve vztahu k pochybení žalobce a) při plnění Smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 (dále jen „Smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice - Mirovice“, spočívajícím ve významném prodlení s dokončením díla, vedoucím k odstoupení od smlouvy ze strany osoby zúčastněné na řízení, krajský soud uvedl, že žalobci v průběhu soudního či správního řízení neprokázali, že by předání staveniště osobou zúčastněnou na řízení v srpnu 2017 mělo jakýkoliv vliv na možnost dodržení termínu realizace díla ze strany žalobce a), nebo že by se osoba zúčastněná na řízení dopustila předáním staveniště v srpnu porušení svých smluvních povinností. To vyplývá i ze skutečnosti, že ze zápisu z předání staveniště ze dne 23. 8. 2017 je zjevné, že žalobce a) převzal staveniště od osoby zúčastněné na řízení bez výhrad. Podle krajského soudu tak tato skutečnost nemůže představovat okolnost snižující či přímo vylučující závažnost pochybení žalobce a) při realizaci díla ze Smlouvy II. Naopak lze i toto pochybení žalobce a) v podobě porušení smluvních povinností hodnotit jako pochybení (profesní pochybení), které dosáhlo vysokého stupně závažnosti z důvodu, že vyvolává vážné pochybnosti o spolehlivosti žalobců (téměř dvouměsíční prodlení s dokončením díla, které nakonec vyústilo v odstoupení od smlouvy a dokončení díla jiným subjektem, vybraným v novém zadávacím řízení), protože se jedná o pochybení, které naplňuje dostatečně vysokou míru nedbalosti žalobce a) při realizaci díla a je tedy možné konstatovat podřaditelnost tohoto pochybení pod § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

[8] Krajský soud nepřisvědčil ani námitce nesplnění poslední podmínky pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, tedy nutnosti toho, aby se závažným pochybením byl spojen vznik škody, předčasné ukončení smlouvy či jiná srovnatelná sankce. K tvrzení žalobců, že v případě pochybení ze Smlouvy II nebyly dány podmínky pro odstoupení od smlouvy, krajský soud uvedl, že nemá pravomoc posuzovat oprávněnost (zákonnost) odstoupení od smlouvy za situace, kdy zadavatel dostatečně přesvědčivě prokazuje existenci závažného či dlouhodobé pochybení, s nímž je tento následek spojen. Taková pravomoc náleží soudům v civilním soudnictví. Pro uplatnění postupu podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je podstatné pouze to, že s pochybením účastníka řízení je takový následek spojen, což je v nyní projednávané věci splněno.

[9] K tvrzení žalobců, že žalovaný se dopustil pochybení, pokud neposuzoval, zda smluvní pokuta je „jinou srovnatelnou sankcí“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ, krajský soud uvedl, že z citovaného ustanovení je zjevné, že se srovnatelnost sankce bude posuzovat podle následku v podobě předčasného ukončení smlouvy, nikoliv ve vztahu ke vzniku škody, neboť vznik škody není sankcí, stejně jako není sankcí její uplatnění. Jestliže se má ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ jednat o sankci, srovnatelnou s předčasným ukončením smlouvy, musí se podle krajského soudu jednat o sankci, vyplývající z uzavřené smlouvy mezi dodavatelem a veřejným zadavatelem. Předmětné ustanovení je pak potřeba vykládat tak, že za srovnatelnou sankci je potřeba považovat nikoliv sankci, která bude nutně povahou srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy, nýbrž která bude srovnatelná závažností své sankční povahy vůči dodavateli. V nyní projednávané věci uplatňovala osoba zúčastněná na řízení vůči žalobci a) v případě pochybení ze Smlouvy I smluvní pokutu ve výši 242 000 Kč, v případě pochybení ze Smlouvy II

pak dokonce 1 652 000 Kč. Vzhledem k výši uplatňovaných smluvních pokut je sankce uplatněná osobou zúčastněnou na řízení v důsledku pochybení žalobce a) při realizaci díla ze Smlouvy I a II srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy.

[10] Krajský soud se neztotožnil ani s tvrzením žalobců, že z gramatického výkladu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ vyplývá, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku musí vždy vzniknout škoda, k níž musí přistoupit předčasné ukončení smlouvy či jiná srovnatelná sankce.

III.

[11] Proti tomuto rozsudku podali žalobci (dále jen „stěžovatelé“) v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s.

[12] Stěžovatelé předně namítali, že krajský soud pochybil, když konstatoval, že žalobou napadené rozhodnutí je přezkoumatelné. Žalovaný, resp. jeho předseda podle stěžovatelů nezaujal k věci vlastní stanovisko, nýbrž se spokojil pouze s tvrzením zadavatele, které následně přejal. V žalobou napadeném rozhodnutí zcela absentovaly úvahy předsedy ÚOHS při hodnocení důkazů a nebyly jím vypořádány všechny námitky uvedené v rozkladu. Zejména se předseda ÚOHS nevypořádal s námitkou zmíněnou v bodě 17 odůvodnění jeho rozhodnutí, kterou stěžovatelé poukazovali na nekonkrétnost a tudíž nepřezkoumatelnost tvrzení zadavatele, že „*pochybení navrhovatele vedlo k obrožení života, zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích*“, kdy toto tvrzení mělo relevanci pro tvrzenou závažnost pochybení.

[13] Stěžovatelé dále namítali nezákonnost napadeného rozsudku spočívající v nesprávném posouzení právní otázky týkající se aplikovatelnosti § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, přičemž namítali i nesplnění všech zákonných podmínek stanovených předmětným ustanovením. K aplikovatelnosti předmětného ustanovení stěžovatelé uvedli, že není možné ve vztahu k pochybením, k nimž došlo za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, užít ustanovení zákona vzniklé až za účinnosti nové právní úpravy ZZVZ. Připuštěním této možnosti by došlo k modifikaci následků právních vztahů či skutečností vzniklých za účinnosti předchozí právní úpravy, a tedy by bylo umožněno retroaktivní působení zákona.

[14] K naplnění podmínek zákona pro vyloučení z důvodu nezpůsobilosti účastníka podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ stěžovatelé uvedli, že tyto podmínky nebyly naplněny. Podle stěžovatelů není doposud nijak prokázána míra závažnosti konstatovaných pochybení při plnění Smlouvy I a II. Za závažné pochybení při plnění Smlouvy I nelze považovat pouze záměnu směsi, přičemž tohoto pochybení se navíc dopustil subdodavatel a stěžovatelé o něm až do uvědomění ze strany zadavatele nevěděli, neboť jej nebylo při běžné kontrole možné poznat. Stěžovatelé jsou toliko odpovědní za výběr nesprávného dodavatele, nikoliv za pochybení jím způsobená. Odpovědnost za subdodavatele se aplikuje pouze v soukromoprávní rovině. Bez znaleckého posudku navíc nelze určit, zda byly splněny alespoň minimální standardy na tloušťku obrusné vrstvy vozovky, tudíž není rovněž prokázáno, že se jedná o závažné pochybení. K pochybení při plnění Smlouvy II stěžovatelé uvedli, že nemohli předvídat, jaké následky může mít převzetí opožděně předávaného staveniště od zadavatele bez výhrad, přičemž pokud by toto věděli, staveniště by nepřevzali. K prodlení a nedokončení díla podle smlouvy došlo z důvodů na straně zadavatele, neboť pozdním předáním staveniště nebyl dán prostor k dokončení díla podle smlouvy. Odstoupení od smlouvy tak bylo neplatné. Závěrem stěžovatelé konstatovali, že jim není známo, z čeho je dovozována zákonem požadovaná mnohost pochybení.

pokračování

[15] Podle názoru stěžovatelů nebylo rovněž dostatečně prokázáno, že nastal některý z následků předvídaný předmětným ustanovením, tedy vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiná srovnatelná sankce. V této souvislosti zdůraznili, že zadavatel musí doložit, že mu vznikla škoda, a dále že k předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiné srovnatelné sankci došlo po právu, tedy že byly splněny zákonné či smluvní podmínky pro takový postup. Stejně tak musí orgán dohledu a případně i soud následně ověřit, zda škoda, ukončení smlouvy nebo jiná sankce byla aplikována v souladu se smlouvou a zákonem. Nepostačí tedy, jak tvrdí krajský soud, že ze strany zadavatele byla smlouva ukončena, ale je třeba zkoumat, zda se tak stalo platně.

[16] Závěrem stěžovatelé namítli, že se krajský soud nezabýval jejich námitkou, že ani v případě Smlouvy I, ani v případě Smlouvy II nebylo doloženo, že by existovalo v každém případě více pochybení, kdy každé z těchto pochybení musí být pochybením závažným. Krajský soud tak nedostál své povinnosti vypořádat všechny žalobní námítky a zatížil tak napadený rozsudek vadou nepřezkoumatelnosti.

[17] V doplnění kasační stížnosti ze dne 7. 8. 2020 stěžovatelé uvedli, že nepřezkoumatelnost rozhodnutí předsedy ÚOHS i napadeného rozsudku je založena rovněž neuvedením toho, v čem je spatřována pluralita závažných či dlouhodobých pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Stěžovatelé jsou přesvědčeni, že pro naplnění podmínky vyloučení účastníka podle citovaného ustanovení se musí jednat o pluralitu pochybení v rámci plnění dřívějšího jednoho smluvního závazku, nikoliv vícero smluvních závazků. Pluralitu pochybení tedy nelze dovozovat z pochybení v rámci více smluvních vztahů, ale pouze jednoho smluvního vztahu. Existence plurality pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu tak nebyla správními orgány ani krajským soudem prokázána.

[18] Z uvedených důvodů stěžovatelé navrhli, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

IV.

[19] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti předně uvedl, že námítky stěžovatelů jsou v podstatě totožné s námitkami, které tito uplatnili již v rámci rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí či v žalobě proti rozkladovému rozhodnutí. Proto žalovaný odkázal na vypořádání námitek v odůvodnění těchto správních rozhodnutí a na odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu, s jehož závěry se plně ztotožňuje. V další části svého vyjádření pak žalovaný polemizoval s jednotlivými tvrzeními stěžovatelů obsaženými v kasační stížnosti, která jsou podle jeho názoru věcně i právně nedůvodná. Podle názoru žalovaného z odůvodnění napadeného rozsudku vyplývá, z jakého skutkového stavu krajský soud vycházel, jak vyhodnotil pro věc rozhodné skutkové okolnosti a jak je následně právně posoudil. Jednoznačně z něj tedy vyplývají důvody, pro které krajský soud zamítnul žalobu stěžovatelů. Napadený rozsudek proto nelze shledat nepřezkoumatelným. Proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl.

V.

[20] Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[21] Kasační stížnost není důvodná.

[22] Jelikož stěžovatelé napadají rozsudek krajského soudu také pro jeho nepřezkoumatelnost, zabýval se Nejvyšší správní soud nejprve touto stížní námitkou, protože by bylo předčasné, aby se zabýval právním posouzením věci samé, pokud by byl napadený rozsudek nepřezkoumatelný.

[23] Jak vyplývá z konstantní judikatury Ústavního soudu a Nejvyššího správního soudu, má-li být soudní rozhodnutí přezkoumatelné, musí z něj být patrné, jaký skutkový stav vzal soud za rozhodný, jakým způsobem postupoval při posuzování rozhodných skutečností, proč považuje právní závěry účastníků řízení za nesprávné a z jakých důvodů považuje argumentaci účastníků řízení za nedůvodnou (viz nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97 a ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 - 130, ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52, ze dne 1. 6. 2005, č. j. 2 Azs 391/2004 - 62, a ze dne 21. 8. 2008, č. j. 7 As 28/2008 - 75). Meritorní přezkum rozsudku je tak možný pouze za předpokladu, že se jedná o rozhodnutí srozumitelné, které je opřeno o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé, proč soud rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku. Tato kritéria napadený rozsudek splňuje, neboť je z jeho odůvodnění zcela zřejmé, jakými úvahami byl při posouzení věci v rozsahu žalobních bodů krajský soud veden a k jakému závěru na jejich základě dospěl. V této souvislosti je třeba ještě dodat, že povinnost soudu posoudit všechny žalobní námitky neznámá, že byl krajský soud povinen reagovat na každou dílčí argumentaci uplatněnou stěžovateli a tu obsáhle vyvrátit; jeho úkolem bylo uchopit obsah a smysl žalobní argumentace a vypořádat se s ní (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2009, č. j. 9 Afs 70/2008 - 130). Rovněž v tomto ohledu napadený rozsudek krajského soudu plně obstojí.

[24] Ke stěžovateli tvrzené nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí Nejvyšší správní soud předesílá, že v souladu s ustálenou judikaturou lze obecně považovat rozhodnutí správního orgánu za nepřezkoumatelné z důvodu jeho nesrozumitelnosti nebo za předpokladu, že v něm uvedené úvahy a závěry nemají oporu v provedeném dokazování, popř. dostatečně nereflektují námitky účastníka řízení nebo je bez dalšího označují za mylné či vyvrácené (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002 - 35, a ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44). K tomu je vhodné doplnit, že správní řízení tvoří dohromady jeden funkční celek, což znamená, že otázku přezkoumatelnosti je třeba vždy hodnotit v závislosti na vzájemné provázanosti prvostupňového a napadeného rozhodnutí (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2013, č. j. 4 As 10/2012 - 48). Nelze poté automaticky považovat rozhodnutí za nepřezkoumatelná jen z toho důvodu, že správní orgány striktně neodpovídají na každou dílčí námitku účastníka řízení, pakliže v rámci odůvodnění rozhodnutí předestřou dostatečně přesvědčivou a logicky provázanou argumentaci, která vypořádává stěžejní námitky účastníka řízení tím, že prezentuje odlišný názor na potřebnou míru zjišťování skutkového stavu a jeho právní kvalifikaci (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 9. 2017, č. j. 1 As 252/2016 - 48, nebo ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017 - 38).

[25] Jak vyplývá ze shora uvedené judikatury, za nepřezkoumatelné nelze považovat rozhodnutí, kdy se předseda ÚOHS zabýval všemi relevantními námitkami uvedenými v rozkladu, byť nevypořádal nutně každé dílčí tvrzení zvlášť, ale v kontextu daného rozhodnutí. Skutečnost, že se žalovaný či jeho předseda některými námitkami zabývá pouze stručně nebo je vypořádá v kontextu celého rozhodnutí, tedy nezpůsobuje nepřezkoumatelnost rozhodnutí. Předmětnou námitkou uvedenou v bodě 17 odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí stěžovatelé poukazovali na odůvodnění zadavatele, že „*pochybení navrhovatele vedlo k obrožení života,*

pokračování

zdraví a majetku účastníků provozu na pozemních komunikacích“ a považovali jej za nekonkrétní, a tudíž nepřezkoumatelné. Podle názoru zdejšího soudu byla tato námitka implicitně vypořádána v bodě 93 odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, podle kterého: „Navrhovatel v rozkladu uvedl celou řadu námitek, které nejsou v tomto správním řízení relevantní. Úřad i předseda Úřadu zkoumá v posuzované věci postup zadavatele v souladu se zákonem. Právní předpisy, které zásadně určují a stanovují rozsah pravomocí Úřadu a předsedy Úřadu, představuje zákon a správní řád. V posuzované věci tedy je přezkoumáván postup zadavatele při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. (...) Pro posouzení řádnosti tohoto postupu tak není argumentace ohledně povahy vad, reklamace vad, znaleckého posudku a klimatických podmínek vůbec relevantní“ Pokud se tedy předseda ÚOHS výslovně nevypořádal s námitkou uvedenou v bodě 17 odůvodnění žalobou napadeného rozhodnutí, avšak z kontextu napadeného rozhodnutí je patrný jeho názor, že mu nepřísluší přezkoumávat daná pochybení jako taková, lze ji považovat se zřetelem k výše uvedenému za vypořádanou. Nejvyšší správní soud proto ve shodě s krajským soudem konstatuje, že žalobou napadené rozhodnutí není nepřezkoumatelné, neboť předseda ÚOHS vypořádal všechny relevantní námitky stěžovatelů uplatněné v rozkladu.

[26] Stěžovatelé dále namítali nezákonnost napadeného rozsudku spočívající v nesprávném posouzení právní otázky týkající se aplikovatelnosti § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, tedy že není možné ve vztahu k pochybením, k nimž došlo před účinností ZZVZ, užít ustanovení zákona vzniklé až za účinnosti nové právní úpravy ZZVZ. Tato námitka není důvodná.

[27] Nejvyšší správní soud se shoduje s krajským soudem, že v daném případě k retroaktivnímu působení ZZVZ nedošlo. Konstatovaným pochybením při plnění Smlouvy I a II nejsou přiznávány nové účinky, neboť tato pochybení existují sama o sobě bez ohledu na účinnost nového zákona (ZZVZ). Skutečnost, že k pochybením došlo před účinností ZZVZ a že k těmto pochybením bylo pro účely posouzení splnění podmínek pro vyloučení uchazeče podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ přihlédnuto, neznamená, že by předmětný zákon měl v tomto případě působit retroaktivně. Předmětné ustanovení totiž nedopadá na právní vztahy vzniklé před účinností ZZVZ. Jak správně uvedl krajský soud, v daném případě se jedná o retrospektivní působení zákona, které nemodifikuje dříve vzniklé právní skutečnosti či právní vztahy, nýbrž zohledňuje dříve nastalé skutečnosti, a to pro účely posouzení jiného právního vztahu či jiné právní skutečnosti. Lze proto shrnout, že zadavatel vycházel při svém postupu z dikce právní normy a pro potřeby zjištění způsobilosti stěžovatelů plnit tak využil zákonem aprobovaného způsobu. Výše uvedený závěr vyplývá nejen ze samotného jazykového výkladu předmětného ustanovení, ale i výkladu teleologického, neboť smyslem a účelem daného ustanovení bylo nepochybně zakotvení možnosti vyloučení uchazeče, u něhož se vyskytuje riziko problematického plnění, přičemž pro posouzení způsobilosti dané ustanovení zakotvuje možnost zohlednit dřívější pochybení uchazeče v uplynulých 3 letech, jak tomu ostatně bylo i v projednávaném případě. Po zadavateli totiž nelze požadovat, aby dané riziko přijal, přestože by nabídka takového uchazeče byla skutečně ekonomicky nejvýhodnější. Proti možnému zneužívání tohoto institutu navíc zákonodárce stanovil přísné podmínky pro jeho uplatnění a rovněž určité časové ohraničení případného zohlednění pochybení uchazečů. Z časového hlediska je podle předmětného ustanovení zákona tak podstatná pouze tříletá doba, jakožto jedna ze zákonných podmínek, nikoliv účinnost právního předpisu. Pokud by se mělo předmětné ustanovení ZZVZ aplikovat způsobem, jenž stěžovatelé nastínili v kasační stížnosti, bylo by oprávnění zakotvené v § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ zadavateli odepráno do doby, než uplynou minimálně tři roky od účinnosti ZZVZ. Takový závěr nelze přijmout, neboť tento postup nepochybně nebyl úmyslem zákonodárce.

[28] K námitce stěžovatelů, že nebyla prokázána míra závažnosti konstatovaných pochybení při plnění Smlouvy I a II, Nejvyšší správní soud uvádí, že se s tímto tvrzením neztotožňuje.

V případě pochybení při plnění Smlouvy I je jednalo o záměnu asfaltové směsi a s tím související nesprávnou tloušťku obrusné vrstvy a nedostatečnou pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Uvedená pochybení lze považovat za závažná ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, neboť stěžovatel a) provedl dílo v rozporu se smlouvou, přičemž nesplňovalo ani požadavky stanovené technickými normami na tloušťku obrusné vrstvy a pevnost spoju obrusné a ložní vrstvy vozovky (ČSN 73 6121), což činilo předmět plnění neupotřebitelným pro zamýšlený účel. Navíc mělo dílo i další vady, které zadavatel popsal na str. 9 rozhodnutí o vyloučení (segregovaná místa, hloubkové deformace, trhliny a vady krajnic). Přes opakované reklamace ze strany zadavatele stěžovatel a) vady díla neodstranil, a proto byl zadavatel nucen vyhlásit nové výběrové řízení na odstranění vad díla. Tvzení stěžovatelů o nevědomosti záměny asfaltové směsi nelze přikládat žádnou relevanci, neboť stěžovatel a) byl podle uzavřené smlouvy na veřejnou zakázku dodavatelem díla, a proto nesl celkovou odpovědnost za řádné plnění díla v souladu s uzavřenou smlouvou. Pokud tedy některý ze subdodavatelů dodal vadnou část předmětu plnění, šlo toto pochybení k tíži odpovědné osoby, tedy stěžovatele a). Nelze připustit, aby se vybraný uchazeč, s nímž byla uzavřena smlouva o veřejné zakázce, liberoval pro účely § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ tím, že se předmětného pochybení dopustil jím vybraný subdodavatel, neboť tento není stranou smlouvy a v předmětném zadávacím řízení, ani ve správním řízení vedeném žalovaným není jeho účastníkem. Ohledně námitky týkající se nutnosti doložit znalecké posudky k prokázání existence pochybení zdejší soud uvádí, že stěžovatelé nerozporovali, že došlo k záměně asfaltové směsi, přičemž skutečnost, že položená obrusná vrstva nesplňovala minimální požadavky na její tloušťku, byla prokázána laboratorním zkoumáním. Zadavatel tedy dostatečně přesvědčivě konstatoval a následně i prokázal existenci závažných pochybení, s nimiž ZZVZ spojuje možnost vyloučení uchazeče z účasti na zadávacím řízení. Pokud stěžovatelé s jeho závěrem nesouhlasili, nic jim nebránilo předložit ve správním řízení vlastní znalecké posouzení, což však neučinili.

[29] K pochybení při plnění Smlouvy II Nejvyšší správní soud uvádí, že se ztotožňuje s názorem krajského soudu, že stěžovatelé ve správním i soudním řízení nijak neprokázali, že by předání staveniště zadavatelem stěžovateli a) v srpnu 2017 mělo nějaký konkrétní vliv na možnost dodržení termínu dokončení díla ze strany stěžovatele a), nebo že by se zadavatel při předání staveniště v srpnu 2017 dopustil porušení svých smluvních povinností. Pokud stěžovatel a) jako vybraný uchazeč převzal staveniště v srpnu 2017 bez výhrad, nelze se později tvrzeného pochybení zadavatele při předání staveniště v kontextu projednávané věci dovolávat, a to zejména s ohledem na obecně platný princip právní jistoty. Je možné tedy uzavřít, že téměř dvouměsíční prodlení s dokončením díla, které mělo za následek odstoupení od smlouvy ze strany zadavatele, kdy následně dílo dokončil jiný subjekt vybraný v novém zadávacím řízení, lze považovat nepochybně za závažné pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

[30] K namítané absenci plurality pochybení Nejvyšší správní soud uvádí, že tato byla nepochybně dána, neboť zde existují minimálně dvě pochybení, a to při plnění Smlouvy I a II, přičemž při plnění Smlouvy I se stěžovatel a) dopustil hned několika dílčích pochybení. Pokud jde o tvrzení stěžovatelů, že „*pluralitu pochybení tedy nelze dovozovat z pochybení v rámci více smluvních vztahů, tedy vztahů z více smluv, ale pouze jednobo smluvního vztahu, jedné smlouvy.*“, pak není zřejmé, z čeho uvedený závěr dovozují. Tato konstrukce nevyplývá ani ze zákonného znění předmětného ustanovení, dostupné judikatury či komentářové literatury a jde navíc proti smyslu a účelu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, jež má chránit primárně zadavatele před nezpůsobilými, potažmo nespolehlivými dodavateli. V této souvislosti stěžovatelé rovněž namítali, že se krajský soud uvedenou námitkou nezabýval. Je pravdou, že se krajský soud touto námitkou výslovně nezabýval. Z obsahu napadeného rozsudku je však nepochybně, že se krajský soud zabýval minimálně dvěma pochybeními. Proto lze uzavřít, že tato dílčí námitka byla vypořádána v kontextu rozhodnutí, resp. proti celému kontextu rozhodnutí neobstojí. Z uvedeného hlediska tedy nelze napadený rozsudek krajského soudu považovat za nepřezkoumatelný.

pokračování

[31] Nejvyšší správní soud nesouhlasí ani s námitkou stěžovatelů, že nebylo dostatečně prokázáno, že nastal některý z následků předvídaný předmětným ustanovením, tedy vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo jiná srovnatelná sankce. V tomto směru je třeba zdůraznit, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ musí pochybení vést ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo k jiným srovnatelným sankcím. Jak správně uvedl krajský soud i předseda ÚOHS v žalobou napadeném rozhodnutí, postačí naplnění toliko jednoho z předpokládaných následků, tedy alternativně a) vzniku škody, b) předčasného ukončení smluvního vztahu nebo c) jiných srovnatelných sankcí. V nyní posuzovaném případě uplatnil zadavatel vůči stěžovateli a) v případě pochybení ze Smlouvy I smluvní pokutu ve výši 242 000 Kč a v případě pochybení ze Smlouvy II smluvní pokutu ve výši 1 652 000 Kč. Smluvní pokutu je přitom možné považovat za „jinou srovnatelnou sankci“ s předčasným ukončením smluvního vztahu, a to zejména s ohledem na závažnost její sankční povahy vůči dodavateli. Navíc v případě pochybení při plnění Smlouvy II došlo ze strany zadavatele i k předčasnému ukončení smluvního vztahu. Je tedy zřejmé, že pochybení stěžovatele a) při plnění obou smluv o veřejných zakázkách objektivně vedla k zákonem předvídaným následkům. Pro úplnost Nejvyšší správní soud dodává, že souhlasí s krajským soudem i v tom, že správní soudy nejsou v daném případě oprávněny posuzovat oprávněnost (zákonnost) odstoupení od smlouvy či uložení smluvní pokuty za situace, kdy zadavatel dostatečně přesvědčivě prokázal existenci závažného či dlouhodobého pochybení, s nímž je tento kvalifikovaný následek spojen. Závazné posouzení těchto otázek spadá do pravomoci soudů rozhodujících v civilním soudním řízení.

[32] Souhrnně vzato se tak Nejvyšší správní soud v nyní projednávané věci plně ztotožnil s hodnocením a závěry krajského soudu v napadeném rozsudku, které považuje za správné a náležitě vyargumentované. To, že s nimi stěžovatelé nesouhlasí a mají jiný názor, přirozeně samo o sobě neznamená, že je napadený rozsudek nezákonný. S ohledem na poměrnou podrobnost a obsažnost odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu, stejně jako odůvodnění napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS a kdy nyní posuzované kasační námitky jsou ve značné míře opakováním či shrnutím námitek žalobních a rozkladových, Nejvyšší správní soud reagoval na stížní námitky koncentrovaněji, aby neopakoval již několikrát řečené.

[33] S poukazem na shora uvedené důvody Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

[34] Soud rozhodl o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatelé nebyli v řízení o kasační stížnosti úspěšní, proto nemají právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, protože mu v řízení o kasační stížnosti nevznikly žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti.

[35] Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady vznikly, a ani právo na náhradu řízení neuplatnila (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. srpna 2022

David Hipšr
předseda senátu