



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Zuzany Bystřické a soudců JUDr. Mariana Kokeše, Ph.D., a JUDr. Faisala Husseiného, Ph.D., ve věci

žalobců: a) **ROBSTAV k. s.**, IČO 27430774
 sídlem Mezi vodami 205/29, 143 00 Praha

 b) **SAFEROAD Czech Republic s. r. o.**, IČO 25229761
 sídlem Plzeňská 666, 330 21 Líně
 oba zastoupení advokátem Mgr. Filipem Toulem,
 sídlem Lannova tř. 16/13, 370 01 Brno

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
 sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

za účasti osoby
zúčastněné na řízení: **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390
 sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha

o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 7. 2019, č. j. ÚOHS-R0088/2019/VZ-19698/2016/323/MBr

takto:

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobci **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.

- III. Žalovanému se **nepřiznává** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci a průběh správního řízení

1. Žalobci se podanou žalobou domáhají zrušení v záhlaví citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda ÚOHS“), kterým 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 dle 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, v rozhodném znění (dále jen „ZZVZ“), bylo zadavatelem provedeno v souladu se zákonem.

II. Shrnutí argumentů obsažených v žalobě

2. Ve včas podané žalobě (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s. ř. s.“), splňující též ostatní podmínky řízení (§ 65, § 68 a § 70 s. ř. s.), žalobci navrhli krajskému soudu, aby rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušil.
3. Žalobci v první řadě namítají, že žalovaný vede v době podání žaloby nejméně 4 správní řízení s žalobcem, přičemž se žalobce neztotožňuje s argumentací předsedy ÚOHS, že tato rozhodnutí jsou v zásadě stejná. Žalobci přitom uvádí, že z povahy věci téměř nikdy nemůže jít o totožná řízení a totožné důvody, neboť v každém jednotlivém řízení jde o jiný případ, důvody vyloučení se liší v návaznosti na předmět zakázky. Žalobci tak tvrdí, že žalovaný nedostál své povinnosti, vypořádat se s veškerými námitkami a své rozhodnutí dostatečně odůvodnit tak, aby bylo přezkoumatelné.
4. Žalobci dále tvrdí, že časovou podmínku § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nelze aplikovat na případ žalobců, neboť k tvrzenému pochybení žalobce došlo před účinností ZZVZ, proto by se při aplikaci této časové podmínky jednalo retroaktivitu. Žalobci jsou přesvědčeni, že pokud zákon zavádí nový institut, bylo by v rozporu se zásadou legitimního očekávání, dobré víry a předvídatelnosti, aby tento institut nepůsobil zpětně. Žalobci jsou dále přesvědčeni, že předmětné ustanovení v jeho případě nelze použít ani s ohledem na přechodná ustanovení ZZVZ, dle kterých se na zadávací řízení, zahájená před účinností tohoto zákona, použijí ustanovení předchozí právní úpravy.
5. Žalobci následně věcně rozporují hodnocení jednotlivých pochybení žalobce a) ze strany předsedy ÚOHS, u nichž uvádí, že v první řadě tato pochybení nedosahují intenzity

závažného pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. V preambuli Směrnice 2014/24/EU jsou jako závažná pochybení výslovně zmíněny případy absence dodávky nebo výkonu, významné nedostatky dodaného výrobku nebo služby, které výrobek nebo službu činí neupotřebitelným pro zamýšlený účel, nebo pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu. S ohledem na skutkové okolnosti projednávaného případu, zejména z důvodu, že v případě prvního z pochybení žalobce a) bylo toto pochybení způsobeno poddodavatelem žalobce, a že vůbec není postaveno najisto, zda toto pochybení mělo faktický vliv na kvalitu plnění, a že v případě druhého pochybení vzniklo významné prodlení na straně žalobce z důvodu, že sám zadavatel veřejné zakázky byl v prodlení s předáním staveniště, žalobci dovozují, že jednání žalobce nenaplnilo podmínku vícenásobného závažného či dlouhodobého pochybení při realizaci veřejné zakázky takovým způsobem, jaký dovozuje i judikatura Soudního dvora EU.

6. Konečně žalobci trvají na své argumentaci, že z jazykového výkladu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ lze dovodit, že podmínkou pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení je vždy vznik škody, který je dále doplněn o podmínku předčasného ukončení smluvního vztahu nebo jiné srovnatelné sankce. To vyplývá ze skutečnosti, že následek v podobě vzniku škody je od zbylých dvou jmenovaných následků oddělen čárkou. Předseda ÚOHS se však vznikem škody zadavateli v důsledku jednání žalobce nijak nezabýval. Závěrem považují žalobci za nesmyslný a zmatečný výrok předsedy ÚOHS, že ačkoliv se zadávací proces zásadami trestního řízení neřídí, musí se jimi řídit průběh správního řízení před žalovaným.
7. Žalobci dále v doplnění žaloby nad rámec rozvíjení či opakování svých tvrzení, vyjádřených již v žalobě proti napadenému rozhodnutí, uvádí, že dle jeho názoru musí zadavatel pro možnost vyloučení účastníka řízení ze zadávacího řízení svá tvrzení o závažných pochybeních, vedoucích ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy či jiné srovnatelné sankci, nejprve úspěšně uplatnit u soudu, aby bylo zjevné, že tato tvrzení byla v souladu se zákonem. Konečně pokud hodlá zadavatel použít pro vyloučení ze zadávacího řízení podmínku, že pochybení účastníka zadávacího řízení při realizaci dřívější veřejné zakázky vedlo k „jiné srovnatelné sankci“ musí se zabývat onou srovnatelností sankce. V nyní projednávané věci se však žalovaný vůbec touto skutečností nezabýval, a nebylo tak postaveno najisto, zda je smluvní pokuta „jinou srovnatelnou sankcí“.

III. Vyjádření žalovaného k žalobě

8. Žalovaný ve vyjádření k žalobě v první řadě tvrdí, že nikde v napadeném rozhodnutí neuvádí, že se v případě žalobců rozhodovalo ve stejném správním řízení, ale že správní řízení mají stejný předmět, tedy vyloučení žalobců z účasti na veřejné zakázce. Ve všech předmětných zadávacích řízeních však byli žalobci vyloučeni z důvodu stejných pochybení, jako v nyní projednávané věci. Pokud tedy všechna rozhodnutí zadavatele mají stejný předmět, kterým je vyloučení žalobců z účasti na veřejné zakázce, a to ze stejných důvodů a na základě stejných skutkových okolností, je zřejmé, že předmětem přezkumu žalovaného budou obdobně odůvodněná rozhodnutí zadavatele veřejné zakázky.
9. Žalovaný dále nesouhlasí s námitkou žalobců o nepoužitelnosti § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ve vztahu k pochybením žalobce a), ke kterým došlo před účinností tohoto zákona, neboť se nejedná o retroaktivní působení zákona. Pokud by dle žalovaného měl zákonodárce

v úmyslu vyloučit uplatnění § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ na pochybení, která nastala před účinností tohoto zákona, pak by tak učinil v přechodných ustanoveních.

10. K jednotlivým pochybením, na základě kterých měli být žalobci z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku vyloučeni, pak předseda ÚOHS v první řadě uvádí, že žalobci se při realizaci veřejné zakázky nemohou odkazovat na pochybení svého subdodavatele, neboť jsou to žalobci, kdo jsou povinni realizovat veřejnou zakázku v souladu se zadávací dokumentací a uzavřenou smlouvou. V konečném důsledku to tak byl žalobce a), kdo použil k realizaci veřejné zakázky nesprávnou asfaltovací směs, a jenž navíc při asfaltování ani nedodržel minimální standardy požadované českými technickými normami na tloušťku obrusné vrstvy, ani na pevnost spojů obrusné vrstvy.
11. K otázce jazykového výkladu podmínek pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ žalovaný uvádí, že výklad žalobců není v souladu s pravidly českého pravopisu. V případě podmínky vzniku škody, předčasného ukončení smlouvy nebo jiné srovnatelné sankce, je totiž několikanásobným větným členem, konkrétně nepřímý předmět, navázaný na přísudek „vedla“, přičemž prvky mnohonásobného větného členu se oddělují čárkou. Spojka nebo pak vypovídá o jejich alternativní, nikoliv kumulativní relaci. Takový výklad pak odpovídá taktéž čl. 42 odst. 1 a 2 Legislativních pravidel vlády.
12. Konečně k námitce uplatnění zásad trestního řízení žalovaný opakuje, že v případě řízení s žalobcem se nejednalo o trestání, nýbrž o uzavírání smluv na veřejnou zakázku. Uplatnění zásad trestního řízení by bylo možno zvažovat pouze v řízení před žalovaným, a to ještě pouze v rámci řízení o přestupku.

IV. Právní posouzení věci soudem

13. Krajský soud, za splnění podmínek dle § 51 odst. 1 s. ř. s. bez nařízení jednání, přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) napadené rozhodnutí předsedy ÚOHS, jakož i předcházející rozhodnutí žalovaného, včetně řízení předcházejícího jejich vydání, a dospěl k závěru, že žaloba **není důvodná** (§ 78 odst. 7 s. ř. s.).
14. Krajský soud se předně zabýval námitkou žalobců ohledně nepřezkoumatelnosti žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS, neboť se jedná o tak závažnou vadu, že by se jí soud musel zabývat z úřední povinnosti i nad rámec uplatněných žalobních námitek (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2004, č. j. 5 A 157/2002-35, rozhodnutí správních soudů jsou rovněž dostupná na www.nssoud.cz). Je-li totiž rozhodnutí správního orgánu nepřezkoumatelné, lze jen stěží uvažovat o jeho přezkumu správním soudem, což ostatně vyplývá již z lingvistické stránky věci, kdy nepřezkoumatelné rozhodnutí prostě nelze věcně přezkoumat. Takové rozhodnutí by bylo nutno zrušit pro nepřezkoumatelnost, která může nastat buď pro nesrozumitelnost (nelze seznat určitý a jednoznačný výrok, jde o výrok s obsahem rozporuplným, nevykonatelným apod.), nebo pro nedostatek důvodů (odůvodnění je v rozporu s výrokem, popř. uvádí jiné důvody než ty, v nichž má mít dle zákona oporu, odůvodnění postrádá rozhodný důvod pro výrok či neobsahuje žádné hodnocení provedených důkazů a závěr z nich učiněný).
15. S touto námitkou se ovšem krajský soud neztotožňuje, neboť k tomu, aby rozhodnutí správního orgánu bylo považováno za přezkoumatelné, je mimo jiné nezbytné, aby z odůvodnění rozhodnutí správního orgánu jednoznačně vyplývalo, že se správní orgán

posuzovanou věcí zabýval a neopomenul žádné účastníkovy námitky. Stejně tak z odůvodnění musí plynout vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé, přičemž takto formulované právní závěry musí být srozumitelné, vnitřně bezrozporné a nacházející oporu právě ve skutkových zjištěních a provedených důkazech. V opačném případě by se jednalo skutečně o rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky vylučující libovůli v rozhodovací činnosti správce daně. O takový případ se však u žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS nejedná. Z odůvodnění rozhodnutí předsedy ÚOHS je totiž jednoznačně zřejmé a seznatelné, na základě jakých důvodů dospěl 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 jím uplatněnými námitkami, a to v míře odpovídající jejich relevanci pro podstatu projednávané věci, a není tak zatíženo vadou nepřezkoumatelnosti.

16. Pokud žalobci namítají, že žalovaný rozhodoval v řízeních, týkajících se žalobců na základě stejných dílčích závěrů, a rozhodnutí jsou v zásadě stejná, a že se žalovaný nevypořádal se všemi námitkami žalobců, k tomu krajský soud uvádí, že v první řadě žalobci nijak neprokazují tvrzenou shodnost rozhodnutí žalovaného, a neunáší tudíž důkazní břemeno ohledně svých tvrzení. Krajský soud jednoduše nemá dostatek důkazů k prověření tvrzení žalobců. Nadto však dle krajského soudu, za předpokladu, že se žalovaný zabýval stejným předmětem řízení, tedy vyloučením žalobců z účasti na veřejné zakázce, a to a základě stejných pochybení, je naopak s ohledem na zásadu předvídatelné správní praxe zcela logické, že se závěry žalovaného budou zakládat na stejných dílčích závěrech. K tvrzení nevypořádaných odvolacích námitek krajský soud odkazuje na předchozí odstavec, dle kterého pochybení žalovaného ani předsedy ÚOHS krajský soud neshledal. Jak ostatně vyplývá z judikatury Nejvyššího správního soudu, „[z]aujme-li krajský soud určitý právní názor, logicky jej opře o argumenty tento názor podporující. Rozsudek není nepřezkoumatelný pouze z toho důvodu, že jednotlivé argumenty, na nichž žalobní námitka stojí, výslovně nepopře. Stěžovatel tak fakticky brojí proti tomu, že jeho názoru krajský soud nepřisvědčil.“ (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2009, č. j. 2 Afs 54/2009-88, nebo ze dne 25. 3. 2010, č. j. 5 Afs 25/2009-98). Uvedené závěry lze dle krajského soudu analogicky použít i k hodnocení přezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů, a proto, je-li v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu obsažena dostatečně podrobná a přesvědčivá oponentura k tvrzení účastníka řízení, nelze dle krajského soudu považovat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pouze z důvodu, že se správní orgán nevyjádřil ke každému jednotlivému argumentu účastníka řízení. Nadto krajský soud uvádí, že žalobci v podané žalobě s argumenty předsedy ÚOHS, resp. žalovaného věcně polemizují; je tak zřejmé, že jejich úvahám porozuměli.
17. Podstatu meritorních žalobních námitek a tedy i podstatu nyní projednávané věci tvoří nesouhlasná polemika žalobců se závěry předsedy ÚOHS (a žalovaného) ohledně zákonnosti vyloučení žalobců z účasti na veřejné zakázce osoby zúčastněnou na řízení, coby zadavatele.
18. Podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ platí, že „[z]adavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění

dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem zadávané veřejné zakázky, nebo s jiným veřejným zadavatelem, která vedla k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.“

19. K námitce žalobců ohledně absence pravomocného soudního rozhodnutí závazně konstatujícího porušení jejich smluvních povinností krajský soud uvádí, že ačkoliv je pro posouzení míry závažnosti pochybení účastníka 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, nezbytné hodnotit důsledky vyplývající ze soukromoprávních jednání účastníků, v nyní projednávaném případě žalobců [resp. žalobce a), dříve ROBSTAV stavby, k.s.] v rámci realizace smlouvy o dílo, uzavřené na základě zadání dřívější veřejné zakázky s osobou zúčastněnou na řízení, z takového hodnocení nelze nijak závazně dovozovat, že se v daném případě skutečně jednalo o porušení smluvních závazků s důsledky v podobě povinnosti uhradit vzniklou škodu. Závazné posouzení těchto otázek spadá do pravomoci soudů rozhodujících v civilním soudním řízení. Stejně tak z uvedeného nelze dovozovat, že by krajský soud pro rozhodnutí o zákonnosti postupu zadavatele podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, či dokonce sám zadavatel pro postup v podobě vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost ve smyslu citovaného ustanovení nezbytně potřeboval pravomocné soudní rozhodnutí, v němž by bylo konstatováno porušení smluvních povinností u daného účastníka a stanovena mu povinnost náhrady škody.
20. Jak ostatně vyplývá z důvodové zprávy k § 48 odst. 5 ZZVZ, „[p]okud se účastník zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem veřejné zakázky nebo jiným veřejným zadavatelem, které vedly k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím, může zadavatel také tohoto účastníka vyloučit. Je nutné v tomto případě, aby došlo k předčasnému ukončení smlouvy ze závažných důvodů nebo nárokování náhrady škody. Není však nezbytné, aby bylo vydáno soudní rozhodnutí, které by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení.“ Stejný závěr pak vyplývá z rozsudku Soudního dvora EU ze dne 13. 12. 2012 ve věci C-465/11, *Forposta SA, ABC Direct Contact, sp. z o.o. proti Poczta Polska*, dle kterého „[č]lánek 45 odst. 2 první pododstavec písm. d) směrnice 2004/18 veřejné zadavatele totiž opravňuje konstatovat vážné profesní pochybení jakýmkoli prostředky. Kromě toho se na rozdíl od tohoto pododstavce písm. c) ke konstatování profesního pochybení ve smyslu ustanovení uvedeného v uvedeném pododstavci v písm. d) nevyžaduje pravomocný rozsudek.“
21. S ohledem na výše uvedené má krajský soud za to, že pro možnost uplatnění postupu dle § 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.
22. V nyní projednávané věci tak krajský soud bude pouze posuzovat to, zda pochybení, kterých se dle osoby zúčastněné na řízení dopustili žalobci, byla způsobilá naplnit

podmínky § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, aniž by však takové hodnocení jakkoliv implikovalo možnost úspěchu některého z účastníků v případném řízení o soukromoprávních nárocích.

23. Žalobci dále namítají, 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 nepřipustné retroaktivní působení tohoto zákona.
24. Krajský soud nicméně tuto námitku neshledává důvodnou, neboť v nyní projednávané věci se nejedná o retroaktivitu, která je v případě tzv. pravé retroaktivity z hlediska právní jistoty nežádoucí, jelikož právní vztah, založený vyloučením žalobců z účasti ve veřejné zakázce, vznikl až po zahájení veřejné zakázky, a tedy až po účinnosti ZZVZ. Žalobci nesprávně vztahují účinnost ZZVZ k právním vztahům, které mají souvislost s tvrzenými pochybeními žalobců, které však vznikly v rámci realizace dřívější veřejné zakázky osoby zúčastněné na řízení žalobci, nikoliv té, která je předmětem v nyní projednávané věci. V případě aplikace ZZVZ se jedná o tzv. retrospektivní působení právní normy. Jak uvedl Ústavní soud v nálezu ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 6/17 (dostupný na <https://nalus.usoud.cz>), „[p]ři posuzování tohoto návrhu je však třeba připomenout, že vedle pojmu retroaktivity, resp. retroaktivního působení zákona (právní normy), je třeba rozlišovat pojem retrospektivy. Retrospektivním působením zákona [na rozdíl od retrospektivního působení judikatury (k tomu viz nálezy sp. zn. III. ÚS 3221/11 ze dne 12. 12. 2013 či sp. zn. II. ÚS 1955/15 ze dne 8. 12. 2015)] se rozumí případy, kdy skutečnost, která se udála již v minulosti, se stane právní skutečností rozhodnou pro určité vztahy, které vzniknou až po účinnosti zákona (srov. GERLOCH, A. Teorie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001. s. 92.). Retrospektivně působící zákon nezpůsobuje vznik právních vztahů před jeho účinností za podmínek, které takový zákon teprve dodatečně stanovil, nebo změnu či zánik právních vztahů vzniklých podle staré právní úpravy, a to ještě před účinností nového zákona (pravá retroaktivita); nezpůsobuje ani modifikaci právních následků právních vztahů či skutečností, které vznikly nebo nastaly v době minulé, s účinky pro futuro (nepravá retroaktivita). Retrospektivně působící zákon „povyšuje minulou skutečnost za podmínku budoucího právního následku“. [srov. PROCHÁZKA, A. Retroaktivita zákonů. In: HÁCHA, E. (ed.). Slovník veřejného práva československého. Svazek III. Brno: Polygrafia, 1934, s. 800].
25. Rozdíl mezi retroaktivně působícím zákonem a retrospektivním zákonem je tedy v tom, že retroaktivní zákon se přímo dotýká určité minulé právní skutečnosti či právního vztahu, a s ní spojuje i následek, který nastává buď v minulosti (retroaktivita pravá) nebo v budoucnosti, avšak v podobě modifikace podmínek změny nebo zániku daného právního vztahu či právní skutečnosti (nepravá retroaktivita). Naproti tomu retrospektivní zákon minulou skutečností sice zohledňuje (představuje jako v případě retroaktivního zákona hypotézu právní normy), avšak následek s ní spojený nastává až *pro futuro*, tj. v budoucnosti, a ve vztahu k jiným skutečnostem. Minulá skutečnost tak představuje hypotézu nové právní normy. Takovou minulou skutečnost, která se povýšením na součást hypotézy právní normy stane skutečností právní, může představovat i existence právního vztahu. Retrospektivní zákon nepůsobí zpětně a ani minulé právní skutečnosti nebo vztahy nemodifikuje. Přesto však retrospektivní zákonodárství představuje z hlediska právní jistoty a ochrany obecně vzato problematickou kategorii, protože s minulými skutečnostmi spojuje právní následky, které dotčené subjekty nemohly předvídat. Jestliže

by dotčený subjekt věděl, že existence právního vztahu, jehož je účastníkem, bude v budoucnu představovat předpoklad nějakého nového (např. odpovědnostního) právního vztahu, zvažoval by, zda při vědomí takového nového právního vztahu a s ním spojených následků má zájem účastnit se právního vztahu dřívějšího.

26. O takový případ retrospektivního působení právní normy (ZZVZ) se jedná i v nyní projednávané věci, neboť, jak uvedli sami žalobci, je s jejich jednáním z minulosti spojen určitý následek v budoucnosti, po účinnosti ZZVZ. Krajský soud přitom neshledává, že by retrospektivní působení ZZVZ v nyní projednávané věci nepřiměřeně zasahovalo do legitimního očekávání žalobců.
27. Pokud jde o samotná pochybení žalobce a), pak ze správního spisu vyplývá, že se jich měl dopustit konkrétně při plnění Smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále jen „Smlouva I“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/23 Řípec - hr. okr. JH“, a Smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 (dále jen „Smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice - Mirovice“. Závažné pochybení ze Smlouvy I spočívalo podle osoby zúčastněné na řízení ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8, aniž by tato změna byla schválena, v závěrečné zprávě k zhotovenému dílu pak měl žalobce uvést, že k žádné změně nedošlo. Nadto bylo laboratorním zkoumáním zjištěno, že žalobcem položená obrusná vrstva nesplňovala ani minimální požadavky na tloušťku obrusné vrstvy, stanovenou českými technickými normami (ČSN 73 6121), stejně jako nesplňovala minimální požadavky, stanovené těmito normami pro pevnost spojů obrusné a ložní vrstvy vozovky. Osoba zúčastněná na řízení dále v rozhodnutí o vyloučení žalobců z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uvedla další vady, které mělo dílo zhotovené žalobcem a) mít, a to na straně 9 rozhodnutí o vyloučení (segregovaná místa, hloubkové deformace, trhliny, vady krajnic). Přes reklamaci kvality díla, realizovaného ze Smlouvy I, prostřednictvím přípisů osoby zúčastněné na řízení adresovaných žalobci a) ze dnů 21. 3. 2017, 15. 5. 2017, 21. 6. 2017, 18. 8. 2017 a 13. 11. 2017, nedošlo k požadované nápravě díla ze strany žalobce a) v podobě odfrézování nežádoucí vrstvy koberce SMA 11 a vyfrézování kobercem SMA 8, a proto přistoupila osoba zúčastněná na řízení k zadání veřejné zakázky na odstranění vad díla, náklady na nějž následně uplatnila vůči žalobci a). Druhým pochybením žalobce a) mělo být nedokončení díla ze Smlouvy II ve stanoveném termínu (6. 11. 2017), a to ani na základě opakovaných výzev k dokončení díla ze dnů 10. 11. 2017 a 21. 11. 2017, čímž se dostal do prodlení, v důsledku něhož osoba zúčastněná na řízení odstoupila od Smlouvy II, a to dne 5. 1. 2018, kdy prodlení žalobce a) s dokončením díla trvalo již 59 dní.
28. Z žalobní argumentace je dle krajského soudu zjevné, že v případě tvrzeného pochybení žalobce a) ze Smlouvy I žalobci nerozporují, že by se jednalo o závažné pochybení, pouze se toto pochybení snaží marginalizovat s poukazem na okolnosti jeho vzniku, zejména na skutečnost, že k záměně asfaltového koberce mastixového SMA 8 za SMA 11 došlo z důvodu pochybení na straně subdodavatele žalobce a), a také na skutečnost, že dle žalobců záměna typu asfaltového koberce neměla vliv na užívání díla. K tomu krajský soud uvádí, 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 jiného díla, pak dle krajského soudu nese plnou

odpovědnost za řádné plnění díla a je jeho povinností vybrat si subdodavatele, kteří budou způsobilí poskytnout takovému účastníkovi prostředky nezbytné k řádnému plnění díla. Krajskému soudu v této souvislosti není nijak zjevné, na základě jakého důvodu žalobci namítají rozpor hodnocení pochybení v rámci plnění díla ze Smlouvy I s čl. 101 preambule Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „Směrnice 2004/24/ES“).

29. Pokud žalobci uvádí, že takové tvrzení vyplývá „z logiky věci“, krajský soud rozhodně nepovažuje takový způsob odůvodnění námítky za dostačující, obzvláště za situace, kdy zde jakákoliv logická souvislost absentuje. V žalobci citovaném čl. 101 preambule Směrnice 2004/24/ES je totiž uvedeno, že závažným pochybením bude například *„závažná vada výrobku nebo služby, která je učiní nepoužitelnými pro stanovený účel nebo pochybení, jež vyvolává vážné pochybnosti ohledně spolehlivosti daného hospodářského subjektu.“* Je tak 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.
30. K tvrzení žalobců ohledně nejistoty škodlivých důsledků hodnocených pochybení krajský soud uvádí, že z žalobci předložených stanovisek vyplývá přinejlepším skutečnost, že záměna asfaltového koberce mastixového SMA 8 za SMA 11 nemá sama o sobě vliv na užité vlastnosti díla. Žalobci ovšem dané pochybení nevykládají v kontextu skutkového stavu, ze kterého je zjevné, že žalobce a) nejen, že zaměnil druh asfaltového koberce bez vědomí osoby zúčastněné na řízení (ostatně sám žalobce tuto záměnu ani neuvedl do závěrečné zprávy k předání díla), ale tato záměna se do užítosti daného díla nutně promítnout musela, neboť u asfaltového koberce SMA 11 jsou vyšší minimální požadavky na tloušťku obrusné vrstvy, než u typu SMA 8, přičemž žalobce ve své nevědomosti použil pro asfaltový koberec SMA 11 vrstvu o nižší tloušťce, odpovídající minimální tloušťce vhodné pouze pro typ SMA 8. V důsledku tohoto pochybení tak dle osoby zúčastněné na řízení předmětné dílo ve více než 25 případech testovaných vzorků nesplňovalo minimální požadavky českých technických norem na tloušťku obrusné vrstvy. Aniž by tedy závěry stanovisek krajský soud jakkoliv věcně hodnotil, je možno konstatovat, že ani tyto závěry nejsou jakkoliv způsobilé snížit míru závažnosti pochybení žalobce a), neboť se vztahují pouze k použitému druhu asfaltového koberce, nikoliv ke způsobu, jakým žalobce provedl dílo ze Smlouvy I jako celek.
31. Žalobci dále v žalobě vychází z již citovaného rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Poczta Polska SA*, přičemž však na citovanou část tohoto rozsudku nenavazují jakoukoliv žalobní argumentací, která by se k němu vztahovala. V citovaném rozsudku přitom Soudní dvůr EU uvádí, že *„pojem ‚profesní pochybení‘ zahrnuje jakékoli zaviněné jednání, které má dopad na profesní důvěryhodnost dotčeného subjektu, nikoli pouze porušení deontologických norem povolání, ke kterému tento subjekt patří, ve striktním významu, konstatované disciplinárním orgánem ustanoveným v rámci tohoto povolání nebo pravomocným soudním rozhodnutím. (...) Nesplnění smluvních povinností hospodářským subjektem se proto v zásadě může považovat za profesní pochybení. Pojem ‚vážné pochybení‘ je však třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení. Kromě*

toho konstatování existence „vážného pochybení“ v zásadě vyžaduje, aby bylo provedeno konkrétní a individuální posouzení chování dotyčného hospodářského subjektu.“

32. Krajský soud má za to, 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 s minimálními požadavky stanovenými technickými normami, přičemž 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 dle 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.
33. Ve vztahu k pochybení žalobce a) ze Smlouvy II, spočívajícím ve významném prodlení s dokončením díla, vedoucím k odstoupení od smlouvy ze strany osoby zúčastněné na řízení, pak žalobci namítají k samotné závažnosti tohoto pochybení pouze to, že prodlení žalobce bylo způsobeno zpožděním osoby zúčastněné na řízení s předáním staveniště o 4 měsíce, neboť dle původního pokynu osoby zúčastněné na řízení mělo dojít k předání staveniště v dubnu 2017, avšak došlo k němu až v srpnu téhož roku. V hodnocení této námítky, kterou žalobci uplatnili již v řízení před žalovaným, resp. předsedou ÚOHS, se krajský soud shoduje se závěry žalovaného. Žalobci v průběhu řízení před krajským soudem ani před správními orgány nikterak neprokazují, že by předání staveniště žalobci osobou zúčastněnou na řízení v srpnu 2017 mělo jakýkoliv vliv na možnost dodržení termínu realizace díla ze strany žalobce, 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, ev. č. 7603-17/32200/IV/VO, ze kterého je zjevné, že žalobce převzal staveniště od osoby zúčastněné na řízení bez výhrad. Dle krajského soudu tak tato skutečnost nemůže představovat okolnost snižující či přímo vylučující závažnost pochybení žalobce při realizaci díla ze Smlouvy II.
34. Naopak prizmatem citovaného rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Poczta Polska SA*, jakož i z čl. 101 preambule Směrnice 2014/24/EU, 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), přičemž 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.
35. Konečně žalobci namítají nesplnění poslední podmínky pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku, tedy nutnost toho, aby se závažným pochybením byl spojen vznik škody, předčasné ukončení smlouvy či jiná srovnatelná sankce. Žalobci v první řadě tvrdí, že v případě pochybení ze Smlouvy II nebyly dány podmínky pro

odstoupení od smlouvy. K tomu však krajský soud opakuje, že nemá dānu pravomoc posuzovat oprāvněnost (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 dle § 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.

36. Žalobci dále tvrdí, že žalovaný se dopustil pochybení, pokud neposuzoval, zda smluvní pokuta je „jinou srovnatelnou sankcí“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ *in fine*. V tomto ohledu krajský soud uvádí, že argumentace žalobců v podstatě implikuje závěr, že jestliže není postaveno najisto, že vznikla škoda, měl se žalovaný zabývat tím, zda je uplatnění smluvní pokuty srovnatelné s následkem předčasného ukončení smlouvy. K tomu krajský soud uvádí, že z citovaného ustanovení je zjevné, že se srovnatelnost sankce bude posuzovat dle 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 *in fine* jednat o sankci, srovnatelnou s předčasným ukončením smlouvy, musí se dle 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. Krajský soud si v tomto ohledu nedokáže představit vhodnější srovnatelnou sankci ve vztahu k předčasnému ukončení smlouvy, než je smluvní pokuta, která kromě sankčního má také satisfakční charakter, anebo reparační charakter, má-li představovat paušalizovanou náhradu škody. To však pouze za předpokladu, že smluvní pokuta dosáhne určité výše, odpovídající závažnosti pochybení dodavatele vůči veřejnému zadavateli, neboť stěží by bylo možno uplatnění smluvní pokuty v řádech stovek či tisíců korun možno považovat za sankci, srovnatelnou s odstoupením od smlouvy, uzavřené pro účely realizace veřejné zakázky. V nyní projednávané věci uplatňovala osoba zúčastněná na řízení vůči žalobci 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. Krajský soud uvádí, že vzhledem k výši uplatňovaných smluvních pokut, do nichž se promítá jak závažnost pochybení žalobce (výše pokuty za každý den prodlení), tak délka pochybení žalobce (délka prodlení, během něž smluvní pokuta vznikala), sankce, uplatněná osobou zúčastněnou na řízení v důsledku pochybení žalobce při realizaci díla ze Smlouvy I a II, je srovnatelná se sankcí předčasného ukončení smlouvy.
37. Krajský soud se neztotožňuje ani s tvrzením žalobců, že z gramatického výkladu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ *in fine* vyplývá, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku musí vždy vzniknout škoda, k níž musí přistoupit předčasné ukončení smlouvy či jiný srovnatelný sankce. Naopak krajský soud se zcela shoduje s názorem žalovaného, že v tomto případě se jedná o několikanásobný větný člen „vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím“, je nepřímým předmětem (není v akuzativu), navázaným na přísudek „vedla“ a podmět „pochybení“, přičemž poslední člen tohoto několikanásobného předmětu je od předposledního oddělen spojkou „nebo“. Ve verbální logice je spojka nebo vyjádřením disjunkce, přičemž ve výrokové logice tento operátor označuje situaci, kdy součet dvou

výroků nabývá hodnoty „pravda“ jestliže alespoň jeden z nich je pravda. Pokud by citovaný několikanásobný předmět měl představovat nezbytnost kumulativního naplnění vzniku škody a alternativně předčasného ukončení smluvního vztahu či jiné srovnatelné sankce, musel by předmět „vznik škody“ být od zbytku tohoto několikanásobného větného členu oddělen spojkou „a“, která je ve verbální logice vyjádřením konjunkce, kdy součet výroků nabývá hodnoty „pravda“ jestliže všechny konjugované výroky jsou pravda. Takový výklad je taktéž v souladu s čl. 42 Legislativních pravidel vlády. Námitka žalobce, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku je nezbytné kumulativní naplnění vzniku škody a uplatnění sankce, je tak nedůvodná.

38. Závěrem krajský soud k námitce žalobců ohledně zmatečnosti vyjádření žalovaného ve vztahu k nezbytnosti užití zásad trestního řízení v zadávacím řízení, odkazuje na argumentaci uvedenou v bodu 90 žalobou napadeného rozhodnutí předsedy ÚOHS, s níž se plně ztotožňuje. Žalobci totiž zjevně neberou v potaz, že je zcela zásadní rozdíl mezi zadávacím řízením a správním řízením. V zadávacím řízení, v němž veřejný zadavatel vystupuje v podstatě jako subjekt soukromého práva, byť limitovaný podmínkami ZZVZ, se nepoužijí jakékoliv zásady správního řízení, nikoliv pouze zásady správního řízení trestního. Zadávací řízení podle ZZVZ není řízení podléhající procesnímu režimu správního řádu. Zadavatel nevykonává veřejnou správu, jeho úkony (např. rozhodnutí o vyloučení uchazeče o veřejnou zakázku) jsou prováděny v souvislosti se zájmem na uzavření soukromoprávní smlouvy ve vztahu k předmětu veřejné zakázky (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 7. 2013, čj. 9 Afs 5/2013-32). Zadávací řízení jednoduše není správním řízením, což se také projevuje ve skutečnosti, že ZZVZ v § 6 upravuje vlastní zásady vedení zadávacího řízení. Ani ve správním řízení se vždy zásady trestního řízení nevyužijí, nemá-li toto řízení trestní charakter (typicky řízení o přestupku). V ostatních případech se před správními orgány zásady trestního řízení nepoužijí, a tím spíše pak není důvod tyto zásady používat v řízeních, které nejen, že nemají povahu řízení trestního, ale nadto nemají ani povahu řízení správního.

V. Závěr a náklady řízení

39. Krajský soud proto na základě výše uvedeného žalobu dle § 78 odst. 7 s. ř. s. zamítl, neboť není důvodná.
40. O náhradě nákladů řízení krajský soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Žalobci ve věci úspěch neměli (žaloba byla jako nedůvodná zamítnuta), a nemají proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému správnímu orgánu, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladů řízení příslušelo, náklady řízení nad rámec jeho běžné administrativní činnosti nevznikly, pročez mu soud náhradu nákladů řízení nepřiznal.
41. O náhradě nákladů osoby zúčastněné na řízení rozhodl krajský soud podle § 60 odst. 5 s. ř. s., podle něhož osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil. Vzhledem k tomu, že osobě zúčastněné na řízení soud plnění žádné povinnosti neuložil, krajský soud této osobě náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť jí v souvislosti s plněním povinnosti, uložené

soudem, žádné náklady nevznikly, a na náhradu jiných nákladů řízení ze zákona nárok nemá.

Poučení:

Proti tomuto rozsudku lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu. V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno 1. července 2020

JUDr. Zuzana Bystřická v.r.
předsedkyně senátu