



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Viktora Kučery a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobkyně: **ROBSTAV k. s.**, se sídlem Mezi vodami 205/29, Praha, zast. Mgr. Filipem Toulem, advokátem se sídlem Otakarova 1427/41, České Budějovice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, **za účasti:** Ředitelství silnic a dálnic, se sídlem Na Pankráci 546/56, Praha, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021, č. j. 29 Af 79/2020-57,

t a k t o:

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalovanému **s e** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **n e p ř i z n á v á .**
- III. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í:

I. Vymezení věci

[1] Kasační stížností se žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) domáhala zrušení v záhlaví označeného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta její žaloba proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 25. 9. 2020, č. j. ÚOHS-30139/2020/323/MBR; tímto rozhodnutím předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatelky a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 2. 7. 2020,

č. j. ÚOHS-20274/2020/533/HKu. Posledně uvedeným rozhodnutím žalovaný zamítl návrh stěžovatelky na přezkoumání úkonu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic (osoby zúčastněné na řízení); konkrétně se jednalo o vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení na zakázku „D5 Oprava odpočívky Svojkovice“, neboť stěžovatelka se dopustila 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 [§ 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“)].

[2] Zadavatel zahájil dne 20. 1. 2020 zadávací řízení na podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce; předpokládaná hodnota zakázky činila 46 mil. Kč bez DPH. Zadavatel dne 29. 3. 2020 rozhodl o vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení, neboť stěžovatelka se v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení (tj. v období od 20. 1. 2017 do 20. 1. 2020) dopustila závažných pochybení u následujících veřejných zakázek:

- a. zakázka „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ (dále jen „smlouva I“) – u této zakázky stěžovatelka zaměnila druh asfaltové směsi, položená obrusná vrstva vozovky měla nedostatečnou tloušťku, pevnost spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky bylo nedostatečné; k těmto pochybením však došlo v roce 2016, k vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení proto vedlo až následné neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě – stavba byla předána zadavateli dne 19. 12. 2016, zadavatel následně dílo reklamoval dne 21. 3. 2017, přičemž stěžovatelka ani ve lhůtě k nápravě, která byla stanovena do 30. 11. 2017, vady díla neodstranila; tato pochybení vedla k dalším nákladům (ve výši 3 181 794,06 Kč) na opravu díla prostřednictvím třetí osoby a uplatnění smluvní pokuty za neodstranění vad díla v termínu (242 000 Kč).
- b. zakázka „I/19 Plíškovice – Mirovice“ (dále jen „smlouva II“) – u této zakázky došlo k významnému prodlení se zhotovením díla (téměř 2 měsíce), což vedlo k odstoupení zadavatele od smlouvy a následnému uplatnění smluvní pokuty ve výši 1 652 000 Kč.

[3] Na základě výše uvedených pochybení (neodstranění vad díla v termínu a významné prodlení), rozhodl zadavatel podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ o vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení na zakázku D5 Oprava odpočívky Svojkovice. Proti rozhodnutí zadavatele podala stěžovatelka námitky, které zadavatel rozhodnutím ze dne 29. 4. 2020, č. j. 7367/20-12600, odmítl. Stěžovatelka se následně obrátila na žalovaného s návrhem na přezkum úkonu zadavatele, tento návrh žalovaný zamítl, přičemž předseda žalovaného zamítl také následně podaný rozklad (viz výše).

II. Rozhodnutí krajského soudu

[4] Stěžovatelka napadla žalobou podanou u krajského soudu rozhodnutí předsedy žalovaného, tuto žalobu krajský soud podle § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítl.

[5] Krajský soud s ohledem na námitky stěžovatelky obsažené v žalobě uvedl, že § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ umožňuje zadavateli reflektovat určité negativní zkušenosti

pokračování

s konkrétním účastníkem zadávacího řízení. Rozhodně však nejde o retroaktivní působení právní úpravy. Právní norma sice skutečnosti nastalé v minulosti (dřívější pochybení) zohledňuje a spojuje s nimi dříve nepředvídaný následek nastupující v budoucnu, nicméně tento následek se týká zcela jiného právního vztahu. V aplikaci § 48 odst. 5 písm. b) ZZVZ tak nelze shledat žádný náznak retroaktivity. K vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení vedla její předchozí pochybení, ke kterým došlo v předchozích 3 letech, a to zcela v souladu s právními předpisy.

[6] Ve vztahu k namítaným pochybením krajský soud konstatoval, že obě pochybení, tj. jak neodstranění vad v termínu, tak prodlení s plněním, lze charakterizovat jako závažná. Krajský soud zdůraznil, že pro tento závěr není nutná existence pravomocného rozhodnutí civilního soudu, kterým by bylo deklarováno porušení smluvních podmínek. Postačuje naopak, pokud zadavatel v rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení spolehlivě prokáže, že se měl takový účastník dopustit pochybení, se kterými zákon spojuje možnost jeho vyloučení. Přestože u smlouvy I nebylo možné hodnotit jako závažné pochybení záměnu asfaltové směsi, neboť k té došlo již v roce 2016, následné neodstranění způsobených vad závažné porušení smlouvy bezpochyby představuje. Stěžovatelka odmítala odstranit vady zhotoveného díla, což vedlo k dalším nákladům na opravu u třetího subjektu a uplatnění smluvní pokuty. Rovněž prodlení u smlouvy II bylo závažným pochybením, které vedlo k následnému odstoupení od smlouvy a uplatnění smluvní pokuty. V obou případech se tak stěžovatelka dopustila závažných pochybení, se kterými byl spojen kvalifikovaný následek, jež § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ předpokládá – v obou případech totiž zadavatel nárokoval smluvní pokutu, kterou lze považovat za *jinou srovnatelnou sankci* ve smyslu citovaného ustanovení. Krajský soud také uzavřel, že byla splněna podmínka mnohosti pochybení, neboť stěžovatelka se prokazatelně dopustila nejméně dvou pochybení, přičemž mnohost pochybení nemusí být nutně vztažena pouze k jednomu závazkovému vztahu.

III. Kasační stížnost a vyjádření žalovaného

[7] Proti rozsudku krajského soudu podala stěžovatelka kasační stížnost, ve které rozvedla dříve uplatněné námitky a odkázala na § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s. Úvodem zdůraznila, že rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný, neboť krajský soud se nevyjádřil ke všem námitkám stěžovatelky.

[8] Stěžovatelka vyjádřila přesvědčení, že aplikací § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ na situace vzniklé před účinností tohoto zákona byla zákonu přiznána retroaktivní působnost, která je nepřípustná. Jednání, která v minulosti neměla žádné právní účinky (dřívější pochybení), má nyní účinky možnosti vyloučení ze zadávacího řízení, v čemž stěžovatelka spatřuje tzv. pravou retroaktivitu. Stěžovatelka nemohla v době uzavření smlouvy I a II předvídat, jaké budou mít z těchto smluv vzniklé následky účinky do budoucna. Na podporu svých tvrzení odkázala na nálezy Ústavního soudu ze dne 4. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 15/19.

[9] K pochybením týkajícím se smlouvy I stěžovatelka uvedla, že dosud nebyla vyřešena otázka, zda tato pochybení (záměna asfaltové směsi) byla vadou odstranitelnou či neodstranitelnou. Stěžovatelka zastává názor, že šlo o vadu neodstranitelnou, neboť odstranění asfaltového krytu by bylo neekonomické. V takovém případě ale zadavatel

nemohl požadovat opravu věci, naopak mohl pouze odstoupit od smlouvy, případně se domáhat přiměřené slevy z ceny. Bez posouzení povahy vady (zda šlo o vadu odstranitelnou či neodstranitelnou) však nemohl být učiněn závěr o prodlení s odstraněním vady. Žalovaný i krajský soud tak nesprávně posoudili pochybení stěžovatelky ve vztahu ke smlouvě I.

[10] K pochybením týkajícím se smlouvy II stěžovatelka uvedla, že krajský soud ani žalovaný nezohlednili, že prodlení bylo způsobeno jednáním zadavatele. Ten dal stěžovatelce pokyn, aby nezačínala práce na IV. etapě stavby, což byla stěžovatelka nucena v souladu se smlouvou o dílo akceptovat; následně zadavatel od smlouvy odstoupil. Toto odstoupení od smlouvy bylo neplatné, s čímž se krajský soud dostatečně nevypořádal. Pokud bylo provádění díla přerušeno, nemohla být stěžovatelka v prodlení, a tudíž ani smluvní pokuta nebyla účtována oprávněně. Žalovaný sice tvrdil, že prodlení stěžovatelky bylo dlouhodobé, nijak však tuto dlouhodobost nespecifikoval, přičemž krajský soud tento závěr bez dalšího přejal.

[11] Stěžovatelka také uvedla, že krajský soud neřešil absenci mnohosti závažných pochybení. Vyjádřila přesvědčení, že zadavatel musí prokázat, že k tzv. kvalifikovanému následku (vzniku škody, ukončení smluvního vztahu či jiné srovnatelné sankci) došlo po právu, tedy aby oprávněnost požadavku na náhradu škody či smluvní pokuty byla rozhodnuta soudem, neboť *„není-li rozhodnutí soudu, jedná se pouze o tvrzení zadavatele“*. Závěrem pak stěžovatelka zopakovala, že následek předvídaný § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nebyl dostatečně prokázán.

[12] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že námitky stěžovatelky se shodují s obsahem námitek vyjádřených v rozkladu. Zopakoval tedy, že k retroaktivnímu působení ZZVZ nedochází. Pochybením při plnění smlouvy I a II nejsou přiznávány nové účinky, jak tvrdí stěžovatelka; tato pochybení existují sama o sobě bez ohledu na účinnost ZZVZ. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nemodifikuje dříve nastalé právní vztahy, nýbrž zohledňuje dříve nastalé skutečnosti, a to pro účely posouzení jiného právního vztahu do budoucna. Odkaz stěžovatelky na nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 15/19 je zcela nepřiléhavý, neboť Ústavní soud v něm řešil ústavnost přechodného ustanovení zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Podle přesvědčení žalovaného není podstatné, zda šlo v případě předchozích pochybení o odstranitelné či neodstranitelné vady, samotná povaha vad nutně nekoreluje s jejich závažností. Závažností předchozích pochybení i jejich mnohostí se krajský soud zabýval dostatečně, žalovaný proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud podanou kasační stížnost zamítl.

[13] Osoba zúčastněná na řízení (zadavatel) se ke kasační stížnosti stěžovatelky nevyjádřila.

IV. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[14] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a shledal, že kasační stížnost byla podána včas, směřuje proti rozhodnutí, proti němuž je podání kasační stížnosti přípustné, a stěžovatelka je řádně zastoupena. Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných

pokračování

důvodů, ověřil při tom, zda netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k následujícímu závěru.

[15] Kasační stížnost není důvodná.

[16] Před věcným posouzením námitek uvedených v kasační stížnosti Nejvyšší správní soud v návaznosti na odkaz stěžovatelky na § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. uvádí, že rozsudek krajského soudu netrpí nepřezkoumatelností. Z jeho odůvodnění je zcela zřejmé, jak krajský soud rozhodl, co jej k výroku o zamítnutí podané žaloby vedlo, přičemž jeho výrok zcela odpovídá odůvodnění napadeného rozsudku, které je srozumitelné a jasné (k tomu srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75, č. 133/2004 Sb. NSS; ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003-52).

[17] Rozsudek krajského soudu rovněž není nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů (k tomu srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73, č. 787/2006 Sb. NSS; ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005-44, č. 689/2005 Sb. NSS.; či ze dne 25. 5. 2006, č. j. 2 Afs 154/2005-245). Krajský soud v napadeném rozsudku vyjádřil zcela zřejmý názor, že byla splněna podmínka mnohosti pochybení, obě pochybení (neodstranění vad v termínu a prodlení s plněním) byla dle krajského soudu závažná a u obou dřívějších zakázek došlo ke kvalifikovanému následku, který předvídá § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

[18] Podle tohoto ustanovení *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.*

[19] Právní úprava obsažená v § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ umožňuje zadavatelům reagovat na situace, kdy se do zadávacího řízení přihlásí dodavatel, se kterým má zadavatel z minulosti negativní zkušenosti při plnění předchozích smluvních vztahů, jak již uvedl krajský soud. K tomu, aby zadavatel mohl účastníka zadávacího řízení vyloučit, však musí být splněny následující podmínky, jež je povinen prokázat zadavatel.

[20] Předně se musí jednat o pochybení, ke kterým došlo (i) v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení (časová podmínka). Současně se musí jednat o minimálně dvě pochybení – zákon totiž možnost vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení váže na (ii) podmínku opakovanosti, tj. plurality pochybení. Tato pochybení pak musí dosahovat (iii) určité intenzity; tuto intenzitu zákon vyjadřuje slovy *závažná* nebo *dlouhodobá* pochybení. Pro účely aplikace § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ jsou přitom relevantní pouze pochybení (iv) při plnění povinností ze smluvního vztahu se zadavatelem v zadávacím řízení, ze kterého je dodavatel vylučován, anebo ze vztahu s jiným veřejným zadavatelem, přičemž musí jít o taková pochybení, která vedla (v) ke vzniku škody, k předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím, tj. musí se jednat o taková pochybení, u kterých nastal již zmiňovaný kvalifikovaný následek.

[21] Stěžovatelka v projednávané věci namítala, že k uplatnění § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vůbec nemohlo dojít, neboť toto ustanovení působí retroaktivně, což je nepřípustné. Uvedla, že v době uzavření smlouvy I a II nemohla předvídat, jaké budou mít z těchto smluv vzniklé následky účinky do budoucna.

[22] Ve vztahu k této námitce Nejvyšší správní soud odkazuje na svá dřívější rozhodnutí ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51; ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 36/2021-56 a ze dne 9. 1. 2023, č. j. 3 As 51/2021-47, v nichž se zabýval totožnou námitkou stěžovatelky při vyloučení ze zadávacího řízení. Ve všech citovaných rozhodnutích přitom Nejvyšší správní soud uvedl, že dané ustanovení působí retrospektivně, nikoli retroaktivně. Skutečnost, že k pochybením došlo před účinností ZZVZ a že k nim bylo pro účely posouzení splnění podmínek pro vyloučení uchazeče podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ přihlédnuto, neznamená, že zákon v tomto případě působí retroaktivně. Nedochází k tomu, že by pozdější právní norma modifikovala právní vztahy do minulosti, resp. právní vztahy vzniklé před účinností ZZVZ. Skutečnosti, ke kterým došlo v minulosti, umožňuje právní úprava zohlednit i v souvislosti s právními vztahy do budoucnosti. Jinak řečeno, skutečnost, že právní úprava přiznává význam i právním skutečnostem, které vznikly před její účinností, není projevem retroaktivity, jedná se o tzv. retrospektivu zákona.

[23] K retrospektivě se vyjádřil Ústavní soud v nálezu ze dne 20. 2. 2018, sp. zn. Pl. ÚS 6/17, v němž uvedl, že „[r]ozdíl 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 tím 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 skutečnost 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.“ Krajský soud proto zcela správně uzavřel, že k retroaktivnímu působení zákona nedošlo.

[24] Pokud jde o odkaz stěžovatelky na nálezy Ústavního soudu ze dne 4. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 15/19, k tomu Nejvyšší správní soud poznamenává, že závěry Ústavního soudu obsažené v citovaném nálezu nejsou v rozporu se závěry výše uvedenými. Nadto je odkaz stěžovatelky na tento nálezy nepřiléhavý, neboť v citovaném nálezu se Ústavní soud zabýval ústavností § 112 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tj. otázkou, která je odlišná od předmětu nyní posuzované věci.

[25] Dalšími námitkami uvedenými v kasační stížnosti se stěžovatelka snažila rozporovat podmínku existence závažného nebo dlouhodobého pochybení a tzv. kvalifikovaného následku jako podmínky pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Stěžovatelka totiž namítala, že bez zodpovězení otázky, zda šlo o vadu odstranitelnou či neodstranitelnou, nebylo možné posoudit, zda zadavatel dospěl k závěru o prodlení s odstraněním vad oprávněně. Stejně tak namítala, že prodlení s plněním smlouvy II bylo způsobeno jednáním zadavatele.

pokračování

[26] Pokud jde o pochybení týkající se smlouvy I, Nejvyšší správní soud připomíná, že zadavatel hodnotil jako závažná pochybení neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě – tomuto pochybení předcházela záměna asfaltové směsi, nedostatečná tloušťka ohrubné vrstvy vozovky a nedostatečná pevnost spojení ohrubné a ložní vrstvy vozovky. Jak již Nejvyšší správní soud uvedl v citovaných rozsudcích, pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele, resp. žalovaného není podstatné, zda byly vady odstranitelné nebo neodstranitelné. Nárok na náhradu škody totiž není vyloučen u odstranitelné ani u neodstranitelné vady (k tomu viz bod [20] rozsudku NSS ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 36/2021-56). Správní orgán má v daném případě povinnost prokázat závažnost či dlouhodobost pochybení, jakož i kvalifikovaný následek, tj. jestli mělo tato pochybení předvídaný následek, tedy vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo nástup podobné sankce. Věcnou oprávněnost takové sankce (tj. zda byla náhrada škody či smluvní pokuta požadována oprávněně) správní orgán neprokazuje; závazné posouzení těchto otázek spadá do pravomoci soudů rozhodujících v civilním soudním řízení (viz také rozsudek NSS ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51).

[27] Krajský soud přitom zcela správně potvrdil závěr žalovaného, že smluvní vztah mezi zadavatelem a stěžovatelkou nekončí prostým předáním zhotoveného díla (dokončením stavebních prací); pod pojem „plnění smluvního vztahu“ spadá nejen samotná realizace požadovaného plnění, ale rovněž případné řešení reklamací a odpovědnost za vady díla. Nejvyšší správní soud přitom ve shodě s krajským soudem nemá pochyb o tom, že neodstranění vad díla v termínu, které vedlo k nutnosti zajistit opravy prostřednictvím třetího subjektu, představuje závažné pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. S tímto pochybením byl rovněž spojen tzv. kvalifikovaný následek, který v daném případě žalovaný shledal v uplatňované smluvní pokutě ve výši 242 000 Kč.

[28] Stejně tak v případě pochybení týkající se smlouvy II krajský soud uzavřel, že cca dvouměsíční prodlení představuje závažné pochybení, které vyústilo v uplatnění smluvní pokuty ve výši 1 652 000 Kč. Ve vztahu ke smlouvě II přitom Nejvyšší správní soud již v rozsudku č. j. 7 As 223/2020-51 konstatoval, 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“*.

[29] V daném případě tak existovala závažná pochybení, která opravňovala zadavatele k vyloučení stěžovatelky ze zadávacího řízení, přičemž byla splněna rovněž podmínka mnohosti pochybení, jak krajský soud vyložil v bodě 29 napadeného rozsudku (k tomu srov. také bod [25] rozsudku NSS ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 36/2021-56). Ani námitka, že se krajský soud s absencí mnohosti pochybení nevypořádal, tak není důvodná.

[30] Pokud jde o tvrzení, že prodlení bylo způsobeno jednáním zadavatele, k tomu Nejvyšší správní soud uvádí, že žalovaný v napadeném rozhodnutí popsal, jakým způsobem komunikace mezi zadavatelem a stěžovatelkou při plnění smlouvy II probíhala. Žalovaný zejm. uvedl, že pokyn žalovaného k dokončení III. etapy díla a neprovádění prací na IV. etapě dal zadavatel stěžovatelce až poté, co byla stěžovatelka v prodlení s dokončením díla. Není tedy pravdou, že by k prodlení s realizací díla došlo v důsledku pokynů zadavatele, jak tvrdila stěžovatelka v podané kasační stížnosti. Současně není

pravdou, že by pochybení týkající se smlouvy II krajský soud označil za dlouhodobé, aniž by tuto dlouhodobost specifikoval. Žalovaný i krajský soud hodnotili pochybení stěžovatelky při splnění smlouvy II (prodlení) jako závažné (nikoli dlouhodobé) pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, což také přezkoumatelným způsobem odůvodnili.

[31] Poslední námitka stěžovatelky se týkala absence rozhodnutí soudu v soukromoprávní věci o existenci tzv. kvalifikovaného následku. Stěžovatelka namítala, že oprávněnost požadavku na náhradu škody či smluvní pokuty musí být nejdříve posouzena soudem, protože „*bez rozhodnutí soudu se jedná pouze o tvrzení zadavatele*“. Tato námitka však byla poprvé uplatněna teprve v řízení o kasační stížnosti. S ohledem na skutečnost, že stěžovatelka tuto námitku neuplatnila v podané žalobě, ačkoli tak učinit mohla, jde o nepřipustnou námitku ve smyslu § 104 odst. 4 s. ř. s. Nadto krajský soud v odůvodnění napadeného rozsudku i bez výslovné námítky stěžovatelky (bod 32) vyložil, že předpokladem aplikace § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ není pravomocné rozhodnutí civilního soudu, kterým by bylo deklarováno porušení smluvních povinností a přiznány soukromoprávní nároky. Toto ustanovení váže možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na shora vymezených 5 podmínek, přičemž všechny tyto podmínky byly v nyní projednávané věci splněny.

V. Závěr a náklady řízení

[32] Nejvyšší správní soud neshledal kasační stížnost důvodnou, proto ji podle § 110 odst. 1 s. ř. s. poslední věty zamítl.

[33] O náhradě nákladů řízení rozhodl soud podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka nebyla v řízení o kasační stížnosti úspěšná, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Procesně úspěšnému žalovanému žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly, proto mu náhradu nákladů řízení Nejvyšší správní soud nepřiznal.

[34] Osobě zúčastněné na řízení nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jí vznikly náklady. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (srov. § 60 odst. 5 ve spojení s § 120 s. ř. s.).

Poučení:

Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 6. března 2023

JUDr. Viktor Kučera
předseda senátu