



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Filipa Dienstbiera a soudců Tomáše Langáška a Viktora Kučery v právní věci žalobkyně: **ROBSTAV k. s.**, sídlem Mezi vodami 205/29, Praha 4, zastoupené Mgr. Filipem Toulem, advokátem, sídlem Otakarova 1427/41, České Budějovice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 16. 3. 2020, č. j. ÚOHS-08586/2020/323/MPe, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 1. 2022, č. j. 29 Af 30/2020-62,

t a k t o :

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

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje jako zadavatel veřejné zakázky vyloučila svým rozhodnutím ze dne 4. 9. 2019 podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, žalobkyni ze zadávacího řízení veřejné zakázky „II/272 Starý Vestec, přeložka silnice“. Důvodem vyloučení byla pochybení, kterých se žalobkyně dopustila při plnění dřívějších veřejných zakázek jiného veřejného zadavatele (Ředitelství silnic a dálnic ČR). Zadavatel uvedl, že se žalobkyně dopustila závažných pochybení při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 na provedení veřejné

zakázky „I/23 Řípec – hr. okr. JH“ a smlouvy o dílo ze dne 3. 10. 2016 na provedení veřejné zakázky „I/19 Plíškovice – Mirovice“.

[2] Žalobkyně podala k žalovanému návrh na uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Žalovaný návrh žalobkyně rozhodnutím ze dne 12. 12. 2019 dle § 265 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek zamítl.

[3] Rozhodnutím ze dne 16. 3. 2020 předseda žalovaného zamítl rozklad žalobkyně a potvrdil rozhodnutí žalovaného ze dne 12. 12. 2019.

[4] Rozhodnutí o rozkladu napadla žalobkyně žalobou u krajského soudu.

[5] Krajský soud uvedl, že o obdobných námitkách žalobkyně již bylo rozhodnuto v jiných řízeních (rozsudky Krajského soudu v Brně ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019-77, ze dne 15. 12. 2021, č. j. 29 Af 79/2020-57, ze dne 16. 12. 2020, č. j. 31 Af 67/2019-80), a z již vyslovených závěrů krajský soud vyšel i v nyní projednávané věci.

[6] Krajský soud zdůraznil, že předmětem posouzení je, zda pochybení, kterých se dle zadavatele žalobkyně dopustila, byla způsobila naplnit podmínky dle § 48 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek. Takové posouzení však neimplikuje možnost úspěchu v případném řízení o soukromoprávních nárocích. Ustanovení § 48 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek umožňuje reflektovat negativní zkušenosti s určitým účastníkem zadávacího řízení. Soud též zdůraznil, že je nutné věc vnímat optikou zásad dle § 6 zákona o zadávání veřejných zakázek, zejména zásady transparentnosti a zákazu diskriminace.

[7] Námitku, že § 48 odst. 5 zákona o zadávání veřejných zakázek neměl být aplikován, neboť k pochybením žalobkyně došlo před účinností zákona o zadávání veřejných zakázek, a aplikace zákona tak představuje nepřípustné retroaktivní působení, krajský soud neshledal důvodnou, neboť se nejedná o retroaktivitu, nýbrž o retrospektivu. K tomu odkázal na nálezy Ústavního soudu ze dne 20. 2. 2018, Pl. ÚS 6/17. Zároveň krajský soud neshledal, že by retrospektivní působení zákona o zadávání veřejných zakázek v projednávané věci nepřiměřeno zasáhlo do legitimního očekávání žalobkyně.

[8] Krajský soud nesouhlasil s námitkou žalobkyně, že pro možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku je nezbytné kumulativní naplnění vzniku škody a uplatnění sankce.

[9] Krajský soud dále uvedl, že mnohost pochybení nemusí být nutně vztažena k jednomu závazkovému vztahu. Shledaná pochybení musí dosahovat určité kvality – musí být závažná nebo dlouhodobá. Krajský soud shrnul, že pochybení se žalobkyně měla dopustit při plnění smlouvy o dílo ze dne 17. 8. 2016 (dále „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 „smlouva II“), uzavřené na základě zadávacího řízení veřejné zakázky s označením „I/19 Plíškovice - Mirovice“. Závažné pochybení ze smlouvy I spočívalo podle zadavatele 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 měla žalobkyně uvést, že k žádné změně nedošlo. Nadto bylo

pokračování

laboratorním zkoumáním zjištěno, že žalobkyně položená ohrusná vrstva nesplňovala ani minimální požadavky na tloušťku ohrusné vrstvy, stanovenou českými technickými normami (ČSN 73 6121), a nesplňovala ani minimální požadavky, stanovené těmito normami pro pevnost spojů ohrusné a ložní vrstvy vozovky. Druhým pochybením žalobkyně mělo být významné nedodržení harmonogramu.

[10] Krajský soud vyhodnotil, že v rámci plnění díla ze smlouvy I se žalobkyně dopustila pochybení závažného. Porušení smluvních povinností spočívalo v odchýlení se od charakteristiky díla ze smlouvy I bez předchozího povolení či konzultace, žalobkyně provedla dílo v rozporu s minimálními požadavky stanovenými technickými normami, protože dílo v podstatě nebylo způsobilé k plnění svého účelu, přičemž ani na opakované výzvy osoby zúčastněné na řízení vady díla nezhojila, čímž způsobila nutnost vyhlášení nového výběrového řízení na odstranění vad díla. Takové porušení smluvních povinností, a tedy pochybení žalobkyně, představovalo dle krajského soudu natolik závažné profesní pochybení, že i úroveň nedbalosti žalobkyně dosáhla hranice, při níž lze pochybení považovat za závažné pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Rovněž pochybení žalobkyně ze smlouvy II v podobě porušení smluvních povinností lze hodnotit jako pochybení (profesní pochybení), které dosáhlo vysokého stupně závažnosti, neboť vyvolává vážné pochybnosti o spolehlivosti žalobkyně (prodlení s dokončením díla, které nakonec vyústilo v odstoupení od smlouvy a dokončení díla jiným subjektem, vybraným v novém zadávacím řízení). I v případě tohoto pochybení krajský soud konstatoval podřaditelnost pod § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[11] Krajský soud shledal, že v rozhodnutí žalovaného, resp. rozhodnutí předsedy žalovaného byl dostatečně vyhodnoceny individuální okolnosti, jak vyžaduje judikatura Soudního dvora Evropské unie.

[12] K námitce nedostatečného posouzení nápravných opatření ze strany zadavatele krajský soud uvedl, že § 76 zákona o zadávání veřejných zakázek poskytuje účastníkovi zadávacího řízení příležitost k prokázání nápravy, ale nestanoví povinnost zadavatele nápravná opatření akceptovat jako dostatečná. Neexistuje objektivní hranice, při jejímž překročení by příslušný účastník vždy (tj. i přes nesouhlas zadavatele) prokázal svou nápravu. Určitá objektivní hranice je dána § 48 odst. 5 písm. d) zákona o veřejných zakázkách v časové podmínce, jelikož po uplynutí 3 let již starší pochybení nelze účastníkovi zadávacího řízení klást k tíži. Krajský soud dospěl k závěru, že soud nemůže rozhodovat o tom, zda přijatá (či deklarovaná) opatření dávají dostatečnou pravděpodobnost nápravy účastníka, ale pouze o tom, zda zadavatel jejich dostatečnost vyhodnotil, aniž by při tom narušil zásadu transparentnosti a zákazu diskriminace, přičemž krajský soud dospěl k závěru, že tomuto požadavku zadavatel dostál.

[13] Z výše uvedených důvodů krajský soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[14] Žalobkyně (dále jen „stěžovatelka“) napadla rozsudek krajského soudu kasační stížností z důvodů, které lze podřadit pod § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) soudního řádu správního (dále „s. ř. s.“).

[15] Stěžovatelka namítala, že krajský soud nesprávně posoudil právní otázku možnosti aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek nelze použít z důvodu pravé retroaktivity. Podle pozdější normy je totiž posouzeno jednání, které se uskutečnilo dříve, než právní norma nabyla účinnosti. Stěžovatelka namítala, že nelze vyloučit účastníka z účasti na veřejné zakázce z důvodu jeho pochybení, které se událo před účinností takového ustanovení. Stěžovatelka je přesvědčena, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek je aplikovatelný až na skutečnosti, které nastaly po nabytí účinnosti zákona o zadávání veřejných zakázek; opačný výklad je podle stěžovatelky protiústavní. Jednání, které za předchozí právní úpravy nemělo účinky, má nyní za následek možnost vyloučení za zadávacího řízení. Stěžovatelka nesouhlasila se závěrem krajského soudu, že nebyl způsoben nepřiměřený zásah do jejího legitimního očekávání. Stěžovatelka odkázala na náleze Ústavního soudu ze dne 4. 2. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 15/19.

[16] Dále stěžovatelka namítla, že nebyly naplněny podmínky pro použití § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Dle stěžovatelky je zásadní posouzení odstranitelnosti či neodstranitelnosti vad.

[17] K pochybením ze smlouvy I stěžovatelka uvedla, že vada byla vadou neodstranitelnou, zadavatel proto nemohl požadovat opravu věci, a stěžovatelka se nemohla dostat do prodlení s odstraněním neodstranitelné vady. Předseda žalovaného ani krajský soud neposoudili, zda se jedná o vadu odstranitelnou, či neodstranitelnou, nemohli tedy ani učinit závěr o tom, že se stěžovatelka dostala do prodlení s odstraněním vady. Krajský soud se touto námitkou nezabýval.

[18] Krajský soud dle stěžovatelky nesprávně posoudil existenci závažných pochybení a ani se nevypořádal s její námitkou, že nebyla prokázána závažnost či dlouhodobost každého z tvrzených pochybení. Nebyl ani prokázán vznik škody nebo „jiné sankce“, neboť se krajský soud nezabýval tím, jestli se jednalo o vady odstranitelné, nebo neodstranitelné. Dle stěžovatelky se jednalo o vady neodstranitelné, zadavateli tedy nemohlo vzniknout právo na zaplacení smluvní pokuty ani nákladů na odstranění vad. Stěžovatelka též upozornila, že řádně bylo reklamováno až v listopadu 2017, nikoli opakovaně, jak uvedl krajský soud.

[19] K pochybením ze smlouvy II stěžovatelka uvedla, že její prodlení nebylo závažné, provádění díla bylo zadavatelem přerušeno, od smlouvy nebylo odstoupeno po právu a smluvní pokuta nebyla uplatněna oprávněně. Žalovaný tvrdil, že stěžovatelčino prodlení bylo dlouhodobé, dlouhodobost však nijak nespécifikoval, krajský soud závěry o dlouhodobosti převzal. S neplatným odstoupením od smlouvy se krajský soud nevypořádal.

[20] Krajský soud nesprávně posoudil splnění podmínky § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Nebylo dostatečně prokázáno, že nastal některý z následků předvídaný § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[21] **Žalovaný** se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil s napadeným rozsudkem krajského soudu. Uvedl, že v případě § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek k nepřipustnému retroaktivnímu působení nedochází. Nesouhlasil ani s námitkou, že bylo zasaženo legitimní očekávání stěžovatelky. Stěžovatelkou zmíněný náleze Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 15/19 nelze aplikovat, neboť se týká řízení o přestupku.

pokračování

[22] Dále žalovaný uvedl, že argumentace stěžovatelky k pochybením ze smlouvy I je irelevantní. Pro účely posouzení naplnění podmínek vyloučení ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek bylo stěžejní zjistit, zda k pochybením v souvislosti s plněním jiné veřejné zakázky došlo a zda se jednalo o pochybení závažná. Nebylo však nezbytně nutné posuzovat, zda se v případě pochybení při plnění smlouvy I jednalo o vady odstranitelné či nikoliv. Odstranitelnost vady se pojí s právy plynoucími z vadného plnění, nikoliv se smluvní pokutou, což je jeden z následků předvídaný § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Smluvní pokutu lze chápat jako sankci za porušení smluvní povinnosti, jež je stanovena ujednáním ve smlouvě, kdežto stěžovatelkou zmiňované postupy – odstoupení od smlouvy, oprava věci, sleva z ceny – jsou práva z vadného plnění.

[23] Pro posouzení odpovědnosti z vadného plnění by jistě bylo stěžejní, zda dodavatel způsobil vadu odstranitelnou či nikoliv, uvedené by však posuzoval civilní soud, nikoliv Úřad pro ochranu hospodářské soutěže či soudy ve správním soudnictví. V tomto případě je samotným pochybením již záměna asfaltové směsi SMA 8 za SMA 11 a již tímto vznikl jinému veřejnému zadavateli nárok na úhradu smluvní pokuty, jelikož právě tímto byla porušena smlouva. Zda se jedná o odstranitelnou vadu a zda byla vada následně odstraněna, nemá na vznik tohoto nároku jiného veřejného zadavatele vliv.

[24] Žalovaný ve vyjádření shrnul, že k pochybením v souvislosti s plněním smlouvy I došlo, jednalo se o pochybení vážné, neboť stěžovatelka provedla dílo v rozporu s minimálními požadavky stanovenými technickými normami a takovou vadu nikterak nezhojila, postupovala tedy v rozporu s ujednáním smlouvy, v důsledku čehož vznikl zadavateli původní veřejné zakázky nárok na smluvní pokutu. Stěžovatelka nadto v rozkladu připustila, že například vada spočívající v nedostatečné tloušťce asfaltové vrstvy je lehkou odstranitelnou vadou. Obdobně k námitce vztahující se k pochybením ze smlouvy II žalovaný uvedl, že rozhodování o otázce oprávněnosti odstoupení od smlouvy náleží civilním soudům. Je nepochybné, že k prodlení s plněním došlo a že odstoupení od smlouvy je v příčinné souvislosti s tímto prodlením. Jsou tedy naplněny podmínky pro vyloučení dodavatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[25] Tvrzení stěžovatelky, že oprávněnost nároku na náhradu škody či nároku na smluvní pokutu ve vztahu k dřívějšímu smluvnímu vztahu musí být rozhodnuta soudem, aby zadavatel mohl tuto skutečnost při výběru dodavatele, je nesprávné.

III. Posouzení Nejvyšším správním soudem

[26] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a je tedy projednatelná.

[27] Poté přezkoumal napadený rozsudek městského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů, ověřil při tom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost **není důvodná**.

[28] Obdobné stížní námitky stěžovatelka uplatnila v jiných věcech, o nichž již bylo Nejvyšším správním soudem rozhodnuto (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu

ze dne 6. 3. 2023, č. j. 5 As 18/2022-43, ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 36/2021-56, a ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020 - 51). V nyní projednávané věci Nejvyšší správní soud neshledal důvod se od závěrů vyslovených v uvedených rozsudcích odchýlit.

[29] Nejprve se Nejvyšší správní soud zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu a rozhodnutí předsedy žalovaného.

[30] Z judikatury vyplývá, že nepřezkoumatelnost rozhodnutí musí být vykládána ve svém skutečném smyslu, jímž je nemožnost určité rozhodnutí přezkoumat (srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 2. 2008, č. j. 7 Afs 212/2006-74, č. 1566/2008 Sb. NSS). Nepřezkoumatelné ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. může být rozhodnutí pro nesrozumitelnost či pro nedostatek odůvodnění. Zrušení napadeného rozsudku pro nepřezkoumatelnost přichází v úvahu zejména tehdy, opomene-li správní soud na námitku účastníka zcela reagovat (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2013, č. j. 1 Afs 92/2012-45, či ze dne 29. 6. 2017, č. j. 2 As 337/2016-64). Rozhodující orgán však nemá povinnost vypořádat se s každým dílčím tvrzením či argumentem, pokud proti tvrzení účastníka řízení postaví ucelenou argumentaci, z níž vyplývá, že námitky jako celek neobstojí (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 2. 2019, č. j. 8 Afs 267/2017-38). Za situace, kdy se v postupně uplatňovaných prostředcích ochrany práv námitky opakují, není potřeba, aby orgán „další instance“, který se ztotožňuje s argumentací orgánu rozhodujícího v předchozím stupni či předchozím řízení, svoji argumentaci nad rámec již řečeného doplňoval a cizeloval, jestliže námitky jen opakují předešlá tvrzení (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 11. 2021, č. j. 6 As 31/2020-37).

[31] Nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu ani rozhodnutí předsedy žalovaného v uvedeném smyslu Nejvyšší správní soud neshledal. Krajský soud vypořádal všechny žalobní námitky a z odůvodnění rozsudku je seznatelné, na základě jakých úvah ke svým závěrům dospěl. Skutečnost, že se krajský soud výslovně nezabýval dílčí otázkou, zda vady vztahující se ke smlouvě I byly vadami odstranitelnými, či neodstranitelnými, či otázkou, zda jiný veřejný zadavatel odstoupil od smlouvy II po právu, rozsudek nepřezkoumatelným nečiní, neboť tato otázka nebyla pro posouzení, zda byly splněny podmínky pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, relevantní. Povahou pochybení z hledisek podstatných dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek a existencí uvedeným ustanovením předvídaných následků pochybení se krajský soud výslovně zabýval. Rozsudek krajského soudu nečiní nepřezkoumatelným ani skutečnost, že krajský soud do svého odůvodnění částečně převzal argumentaci žalovaného. Za situace, kdy se v postupně uplatňovaných prostředcích obrany námitky opakují, není nezbytné, aby orgán další „procesní instance“, který se ztotožňuje s argumentací orgánu rozhodujícího v předchozím stupni či předchozím řízení a dochází ke stejným závěrům, svoji argumentaci nad rámec již řečeného doplňoval. Stěžovatelka shledává nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu mj. ve skutečnosti, že krajský soud převzal závěr o dlouhodobosti jejích pochybení při plnění smlouvy s jiným veřejným zadavatelem. Závěr o dlouhodobosti pochybení stěžovatelky však krajský soud nevyjádřil. Dlouhodobost pochybení krajský soud uváděl pouze v obecné rovině při výkladu hypotézy právní normy obsažené v § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[32] Nejvyšší správní soud poté přistoupil k věcnému přezkumu.

pokračování

[33] Podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek *zadavatel 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.*

[34] K tomu, aby zadavatel mohl účastníka zadávacího řízení z důvodu dle citovaného ustanovení vyloučit, tedy musí být splněny následující podmínky, jež je povinen prokázat zadavatel. Musí jednat o pochybení, ke kterým došlo (i) v posledních třech letech od zahájení zadávacího řízení (časová podmínka). Současně se (ii) musí jednat o minimálně dvě pochybení (podmínka plurality pochybení). Tato pochybení (iii) musí dosahovat určité intenzity; tuto intenzitu zákon vyjadřuje slovy *závažná* nebo *dlouhodobá* pochybení. Pro účely aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek jsou 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 zmiňovaný kvalifikovaný následek.

[35] Stěžovatelka především namítala nepřipustnou retroaktivitu § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek na její případ. Již v rozsudku ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51, Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že toto ustanovení působí retrospektivně, nikoliv retroaktivně. Tento výklad Nejvyšší správní soud potvrdil i v rozsudcích ze dne 15. 12. 2022, č. j. 2 As 36/2021-56, ze dne 9. 1. 2023, č. j. 3 As 51/2021-47, a ze dne 6. 3. 2023, č. j. 5 As 18/2022-43.

[36] Vytýkaným pochybením, ke kterým došlo při plnění smlouvy I a II, nejsou přiznávány nové účinky, neboť tato pochybení existují bez ohledu na účinnost zákona o zadávání veřejných zakázek. Skutečnost, že k pochybením došlo před účinností zákona o zadávání veřejných zakázek a že k nim bylo pro účely posouzení splnění podmínek pro vyloučení uchazeče podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek přihlédnuto, neznamená, že by zákon v tomto případě působil retroaktivně. Uvedené ustanovení totiž nedopadá na právní vztahy vzniklé před účinností zákona o zadávání veřejných zakázek. 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 stěžovatelky poskytnout řádné plnění využil zákonem aprobovaného způsobu.

[37] Výše uvedený závěr vyplývá nejen z jazykového výkladu § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, 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 tak podstatná pouze tříletá doba, jakožto jedna ze zákonných podmínek, nikoliv účinnost právního předpisu.

[38] Ani odkaz stěžovatelky na nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 15/19 nic nemění na závěru, že § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek působí retrospektivně, nikoliv retroaktivně. V nálezu, jenž stěžovatelka v kasační stížnosti stručným odkazem zmínila, se Ústavní soud zabýval otázkou retroaktivity ustanovení upravujícího lhůty pro zánik odpovědnosti za přestupek, paralelu s úpravou v § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek tedy nelze spatřovat. Nadto i nálezy sp. zn. Pl. ÚS 15/19 potvrzují rozlišování retroaktivního a retrospektivního působení právní normy a jeho důsledky. Námitka, že krajský soud otázku retroaktivního působení § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek nesprávně posoudil, není důvodná.

[39] Stěžovatelka namítala také nepřiměřený zásah do legitimního očekávání. Tuto námitku stěžovatelka vznesla v návaznosti na námitku nepřipustné retroaktivity § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud neshledal uvedenou námitku důvodnou, neshledal v této souvislosti ani nepřiměřený zásah do legitimního očekávání.

[40] V další námitce týkající se pochybení ze smlouvy I má stěžovatelka za to, že je při aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek zásadní vyřešení právní otázky povahy vady, konkrétně zda se jednalo o vady odstranitelné, nebo neodstranitelné. Odkázala přitom na § 1923 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, podle nějž pokud je vada odstranitelná, *může se nabyvatel domáhat buď opravy nebo doplnění toho, co chybí, anebo přiměřené slevy z ceny. Nelze-li vadu odstranit a nelze-li pro ni předmět řádně užívat, může nabyvatel buď odstoupit od smlouvy, anebo se domáhat přiměřené slevy z ceny.*

[41] Z hlediska aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek však není podstatné, zda vady, které vedly k vyloučení stěžovatelky, byly vady odstranitelné, nebo neodstranitelné. Obecně totiž může být následkem obou typů vad vznik povinnosti zaplatit smluvní pokutu. Rovněž možnost odstoupit od smlouvy přichází v úvahu u obou typů vad (srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. 3. 2022, č. j. 60 Co 12/2022 – 258, který potvrzuje, že ani v případě vady odstranitelné není vyloučena možnost odstoupit od smlouvy, pokud se jedná o podstatné porušení smlouvy). Jak vyplývá z § 1925 občanského zákoníku, nárok na náhradu škody není vyloučen u odstranitelné ani u neodstranitelné vady. Jestliže stěžovatelka namítá nutnost určení povahy vady ve vztahu k posouzení možnosti vzniku smluvní pokuty, Nejvyšší správní soud připomíná, že správní soudy nejsou oprávněny posuzovat oprávněnost uplatnění smluvní pokuty za situace, kdy zadavatel dostatečně přesvědčivě prokázal existenci závažného nebo dlouhodobého pochybení, s nímž je tento kvalifikovaný následek spojen. Závazné posouzení těchto otázek spadá do pravomoci soudů rozhodujících v občanském soudním řízení. Správní orgán zjišťuje existenci závažných či dlouhodobých pochybení a existenci následku, tedy vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo nástup podobné sankce, jež § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek předpokládá. Oprávněnost takové sankce ale prokazovat nemusí. To se může stát

pokračování

předmětem občanského soudního řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 9. 1. 2023, č. j. 3 As 51/2021-47).

[42] Stěžovatelka také namítala, že krajský soud nesprávně posoudil existenci závažných pochybení. V případě plnění smlouvy I došlo k pochybení, které spočívalo v záměně asfaltové směsi a s tím související nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky. Uvedená pochybení i Nejvyšší správní soud shledal závažnými § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Stěžovatelka provedla dílo v rozporu s požadavky na plnění vymezenými ve smlouvě, přičemž v důsledku pochybení plnění nebylo v souladu ani s požadavky technické normy ČSN 73 6121, což činilo předmět plnění neupotřebitelným pro zamýšlený účel. Krajský soud na základě těchto skutečností správně dospěl k závěru o tom, že se stěžovatelka při plnění závazků závažných pochybení dopustila. Již v rozsudku ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51, ve vztahu ke stejným pochybením stěžovatelky z téhož smluvního vztahu, dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že zadavatel dostatečně přesvědčivě konstatoval a následně i prokázal existenci závažných pochybení, s nimiž zákon o zadávání veřejných zakázek spojuje možnost vyloučení uchazeče z účasti na zadávacím řízení.

[43] Pokud jde o námitky vztahující se k pochybením ze smlouvy II, již v rozsudích ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51, a ze dne 6. 3. 2023, č. j. 5 As 18/2022-43 (ve vztahu ke stejným pochybením stěžovatelky z téže smlouvy) dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že pochybení stěžovatelky spočívající v prodlení s dokončením díla, jež vyústilo v odstoupení od smlouvy a dokončení díla jiným subjektem vybraným v novém zadávacím řízení, bylo pochybením závažným ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek. Závěr krajského soudu, že pochybení vztahující se ke smlouvě II je podřaditelné pod § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek, tedy Nejvyšší správní soud i v nyní projednávané věci shledal správným.

[44] Stěžovatelka rovněž namítala, že se krajský soud nevypořádal s námitkou spočívající v tom, že „*nebylo prokázáno, že by každé z tvrzených pochybení splňovalo podmínku závažnosti či dlouhodobosti, že by vznikla škoda či jiné sankce, a to z důvodu, že se nezabýval otázkou, zda se jednalo o vady odstranitelné nebo neodstranitelné, nemohlo by zadavateli vzniknout právo na zaplacení smluvní pokuty ani nákladů na odstranění neodstranitelných vad.*“. Pro posouzení z hlediska aplikace § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek není podstatná kategorizace vad na vady odstranitelné a neodstranitelné. Krajský soud posuzoval splnění podmínky závažnosti či dlouhodobosti u pochybení vztahujících se ke smlouvě I i smlouvě II. Existenci následků pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu krajský soud v nyní projednávané věci výslovně nekonstatoval, nicméně existence následku předvídaného § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek byla konstatována již v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1. 7. 2020, č. j. 29 Af 63/2019-77, jenž byl aprobován rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020-51, a též v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 12. 2021, č. j. 29 Af 79/2020-57, jenž byl aprobován rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 3. 2023, č. j. 5 As 18/2022-43). Jak již bylo uvedeno, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ověřuje závažnost či dlouhodobost pochybení a skutečnost, zda taková pochybení měla předvídaný následek, tedy vznik škody, předčasné ukončení smluvního vztahu nebo nástup podobné sankce. Ani Úřad pro ochranu hospodářské

soutěže, ani soudy ve správním soudnictví však neprokazují oprávněnost sankce předvídané § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek.

[45] K námitce, že krajský soud nesprávně posoudil existenci vícero závažných či dlouhodobých pochybení, Nejvyšší správní soud uvádí, že pluralita pochybení vyžadovaná § 48 odst. 5 písm. d) zákona o zadávání veřejných zakázek byla naplněna, neboť zde existují minimálně dvě pochybení, a to při plnění smlouvy I a II. Krajský soud správně uvedl, že mnohost pochybení nemusí být nutně vztažena k jednomu závazkovému vztahu, nýbrž se může týkat i dvou různých závazkových vztahů. I tento výklad byl již dříve Nejvyšším správním soudem potvrzen (např. v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 8. 2022, č. j. 7 As 223/2020 - 51, nebo ze dne 9. 1. 2023, č. j. 3 As 51/2021-47).

IV. Závěr a náklady řízení

[46] Nejvyšší správní soud na základě výše uvedeného uzavírá, že kasační stížnost není důvodná, proto ji v souladu s § 110 odst. 1 větou druhou s. ř. s. zamítl.

[47] O náhradě nákladů řízení rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 a 7 ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalobkyně jako stěžovatelka neměla ve věci úspěch, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný sice měl ve věci plný úspěch, nevznikly mu však žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti, pročež mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 12. dubna 2023

JUDr. Filip Dienstbier, Ph.D. v. r.
předseda senátu