

ROBSTAV k.s.
Mezi vodami 205/29
143 00 Praha 4 - Modřany
IČO: 27430774
IDS: zpixxe9

ROZHODNUTÍ A OZNÁMENÍ O VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace, IČO 000 66 001, se sídlem Zborovská 81/11, 150 00 Praha 5, jakožto zadavatel (dále jen „**Zadavatel**“) v zadávacím řízení na veřejnou zakázku s názvem

„III/0311 a III/0312, rekonstrukce silnic“

ev. č. zadavatele VZ-199/20, ev. č. ve Věstníku veřejných zakázek Z2020-012135 (dále jen „**Zakázka**“), tímto rozhodl na základě ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), o

VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

ROBSTAV k.s., se sídlem **Mezi vodami 205/29, Modřany, 143 00 Praha 4 IČO: 27430774** (dále jen „**Účastník**“).

Účastníkovi je tímto současně uvedené rozhodnutí Zadavatele oznamováno včetně podrobného odůvodnění.

Odůvodnění rozhodnutí o vyloučení:

Dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud se 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 ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.

Ve vztahu k Zakázce byly podmínky pro vyloučení Účastníka dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ prokazatelně a nesporně splněny, neboť v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení Zakázky došlo ze strany Účastníka k **závažným pochybením** při plnění dřívějších smluvních vztahů s jiným veřejným zadavatelem, kterým je v tomto případě Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 - Nusle, (dále jen „**Jiný veřejný zadavatel**“). Tato pochybení současně vedla k předčasnému ukončení jejich vzájemných smluvních vztahů odstoupením ze strany Jiného veřejného zadavatele, k uplatnění smluvních sankcí a vymáhání nákladů na odstranění vad z plnění poskytnutého Účastníkem. Zadavatel proto rozhodl o vyloučení Účastníka z další účasti v tomto zadávacím řízení pro nezpůsobilost v souladu s § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Závažných pochybení se Účastník dopustil 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“, kdy v obou případech byl zadavatelem Jiný veřejný zadavatel.

Závažná pochybení Účastníka při plnění Smlouvy I a uplatnění sankcí

V souvislosti s plněním Smlouvy I se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Jiným veřejným zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8. Účastník při realizaci stavebních prací na základě Smlouvy I postupoval v příkrém rozporu s požadavky Jiného veřejného zadavatele vymezenými ve Smlouvě I a bez vědomí Jiného veřejného zadavatele změnil obrusnou vrstvu vozovky.

Jiný veřejný zadavatel na základě zkoušek provedených zkušební laboratoří ESLAB, spol. s r.o. (se sídlem Běluňská 2913/11, Horní Počernice, 193 00 Praha 9, IČO: 03598292) identifikoval další závažná pochybení Účastníka při realizaci plnění dle Smlouvy I spočívající v nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121) a nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121).

Účastník výše zmíněné vady díla neodstranil, a to ani na základě opakovaných výzev Jiného Zadavatele k jejich odstranění. V návaznosti na výzvy na odstranění vad zaslal Jiný veřejný zadavatel Účastníkovi i výzvy k zaplacení smluvní pokuty za neodstranění vady v termínu. Vady díla byly odstraněny až na základě smlouvy o dílo, kterou Jiný zadavatel uzavřel

s novým zhotovitelem dne 10. 1. 2018, tj. **pochybení Účastníka bylo dlouhodobé a trvalo minimálně až do 9. 1. 2018, resp. až do doby, než bylo pochybení Účastníka napraveno poskytnutím řádného plnění tímto novým zhotovitelem.** Jiný veřejný zadavatel přitom v návaznosti na uvedené kromě zaplacení smluvní pokuty uplatňuje taktéž nárok na zaplacení nákladů, které Jinému veřejnému zadavateli vznikly v souvislosti s odstranění vady díla.

Závažná pochybení Účastníka při plnění Smlouvy II a uplatnění sankcí

Při plnění Smlouvy II se Účastník dopustil závažného pochybení spočívajícího ve významném prodlení se zhotovením plnění (dokončením díla) dle Smlouvy II.

Původní doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II byla stanovena do 31. 10. 2017. Správce stavby v průběhu plnění díla uznal nárok (claim) Účastníka, který požadoval prodloužení doby dokončení díla o 6 dní. Doba pro dokončení díla na základě Smlouvy II tak byla stanovena do 6. 11. 2017. Dílo dle Smlouvy II mělo být Účastníkem jako celek (všechny IV. etapy) dokončeno v době, kdy klimatické podmínky dokončení díla nebránily. Účastník do 6. 11. 2017 v souladu se Smlouvou II dílo nedokončil. V návaznosti na tuto skutečnost Jiný veřejný zadavatel Účastníka opakovaně vyzýval k nápravě a dokončení díla, a to dopisem ze dne 10. 11. 2017 a 21. 11. 2017, přičemž současně Jiný veřejný zadavatel Účastníka upozornil, že pokud výzvam nevyhoví, je Jiný veřejný zadavatel oprávněn odstoupit od smlouvy a vyzvat jiného zhotovitele k dokončení nedodělaných prací. Účastník dílo nedokončil ani přes výše zmíněné výzvy Jiného veřejného zadavatele k neprodlené nápravě. Jiný zadavatel tedy dne 27. 12. 2017 od Smlouvy II odstoupil s tím, že účinnost odstoupení nastala 5. 1. 2018. **Trvajícím závažným pochybením Účastníka tedy trvalo minimálně do 27. 12. 2017, resp. do 5. 1. 2018, kdy se odstoupení od smlouvy s Účastníkem stalo účinným.** Po odstoupení od Smlouvy II Jiný veřejný zadavatel dále uplatnil vůči Účastníkovi své nároky na zaplacení smluvní pokuty za prodlení Účastníka s dokončením prací a nedodržení doby uvedení díla do provozu.

Všechna tato pochybení, jakožto jejich podrobný rozbor a odůvodnění, byla potvrzena i v pravomocných rozhodnutích Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), konkrétně např. v rozhodnutí č.j. R0095/2019/VZ-20564/2019/323/MBr, č.j. R0088/2019/VZ-19698/2019/323/MBr, č. j. R0083/2019/VZ-19427/2019/322/JSu/PJe a č.j. R0094/2019/VZ-20562/2019/323/MBr.

V této souvislosti Zadavatel považuje za vhodné zmínit zásadu presumpce správnosti správních aktů¹¹, a tedy odkazuje na pravomocná rozhodnutí ÚOHS, která byla vydána ve správních řízeních, ve kterých byl Účastník v postavení účastníka řízení. ÚOHS přitom k výše uvedenému v jednom ze svých rozhodnutí uvedl následující: „*Vzhledem k uvedenému tak nelze přisvědčit tvrzením navrhovatele, že není postaveno najisto, zda se v případě smlouvy I vůbec jedná o pochybení, příp. o jak závažné pochybení se jedná (jaký je její charakter), a že u smlouvy II se nejednalo o závažné ani dlouhodobé pochybení, neboť Úřad ve svých pravomocných rozhodnutích opakovaně dovodil a odůvodnil, proč se o závažná pochybení*

¹¹ Např. usnesení Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 20 Cdo 1280/2003 ze dne 27. 5. 2004 : „*správní akty jsou považovány za bezvadné, tedy mající právní účinky, dokud nejsou stanoveným postupem opraveny nebo zrušeny.*“

jedná. Úřad rovněž nesouhlasí s tím, že by zadavatel neuvedl, v čem spočívá tvrzená závažnost pochybení a z čeho ji dovozuje, když již v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele odkazoval na pravomocná rozhodnutí Úřadu, jejichž závěry musely být navrhovateli, jako účastníkovi těchto řízení, známy.

Lze tedy konstatovat, že zadavatel zcela legitimně považoval naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele vyplývajících z ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona (vyjma naplnění té podmínky, že se navrhovatel uvedených pochybení dopustil v posledních 3 letech od zahájení šetřeného zadávacího řízení) na základě předchozích pravomocných rozhodnutí Úřadu (S0397/2018/VZ, S0389/2018/VZ, S0077/2019/VZ, S0115/2019/VZ), která byla potvrzena rozhodnutími předsedy Úřadu, za prokázané. Úřad dodává, že za situace, kdy je o závažnosti či dlouhodobosti pochybení dodavatele pravomocně rozhodnuto ve správním řízení a zadavatel z takového rozhodnutí vychází, již není třeba, aby v rozhodnutí o vyloučení „opisoval“ kompletní odůvodnění takového rozhodnutí, pokud na příslušné rozhodnutí Úřadu přímo odkáže.“²

Zadavatel proto shrnuje, že jsou naplněny všechny zákonné předpoklady pro vyloučení Účastníka podle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, tj.

- i. existence dvou či více pochybení na straně Účastníka;
- ii. pochybení měla závažnou nebo dlouhodobou povahu;
- iii. pochybení Účastníka vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy nebo jiným srovnatelným sankcím;
- iv. pochybení se Účastník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, a to ve vztahu k zadavateli či k jinému veřejnému zadavateli.

i. Existence dvou či více pochybení na straně Účastníka

Pochybení Účastníka spočívají v **případě Smlouvy I** především v:

- záměně při zhotovení obrusné vrstvy vozovky z asfaltového koberce mastixového SMA 11 namísto Zadavatelem požadovaného asfaltového koberce mastixového SMA 8,
- nedostatečné tloušťce obrusné vrstvy vozovky (nesplnění minimální tloušťky předepsané normou ČSN 73 6121),
- nedostatečné pevnosti spojení obrusné a ložní vrstvy vozovky (nesplnění minimálního požadavku předepsaného normou ČSN 73 6121) a
- neodstranění vad díla ve stanovené lhůtě.

Účastník nejen že poskytl jiné plnění, než které Jiný veřejný zadavatel na základě Smlouvy I požadoval, ale navíc i toto jiné plnění bylo poskytnuto vadně.

² Bod 70 a 71 rozhodnutí ÚOHS č.j. S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. prosince 2019.

Pochybení Účastníka spočívají **v případě Smlouvy II** především ve významném nedodržení harmonogramu.

Zadavatel podotýká, že ZZVZ používá množného čísla při stanovení požadavku na pochybení, což je s ohledem na výše uvedené splněno. Účastník se dopustil závažného porušení obou uvedených Smluv I a II. Jednalo se tak nejméně o dvě různá závažná pochybení.

Zadavatel uvádí, že pro vyloučení Účastníka ze zadávacího je dostatečná pluralita pochybení v rámci několika smluvních vztahů, přitom tato pluralita byla potvrzena pravomocnými rozhodnutími ÚOHS, na která Zadavatel již v tomto rozhodnutí odkázal. Musí se tedy vždy posuzovat pluralita pochybení v souhrnu, a to bez ohledu na počet případných smluvních vztahů.

ii. Pochybení měla závažnou nebo dlouhodobou povahu

Vzhledem k předmětu Smlouvy I, významu obrusné vrstvy vozovky pro naplnění účelu Smlouvy I a skutečnosti, že Účastník i přes záměnu asfaltového koberce mastixového SMA 8 za asfaltový koberec mastixový SMA 11 předložil Jinému veřejnému zadavateli souhrnnou závěrečnou zprávu zhotovitele, ve které uvedl rozporné informace oproti skutečnému stavu jím provedeného plnění na stavbě I/23 Řípec, mají pochybení Účastníka závažnou povahu. V daném případě došlo k významnému porušení smluvních podmínek (nedovolená záměna předmětu plnění, zastírání této záměny a vady fakticky uskutečněného plnění), se kterými je spojena podstatná újma Jiného veřejného zadavatele.

V návaznosti na Smlouvu II představuje významné nedodržování harmonogramu plnění dle Smlouvy II závažné pochybení Účastníka, neboť časové prodloužení s plněním výstavby zmařilo samotný účel Smlouvy II, vzhledem k nastalým klimatickým podmínkám v době, kdy mělo být plnění již dávno uskutečněno, a vedlo k závažné újmě Jiného veřejného zadavatele.

Z výše uvedeného je zřejmé, že pochybení Účastníka ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II naplňují intenzitu závažnosti požadovanou ZZVZ.

Zadavatel ohledně povahy pochybení vychází zejména ze sdělení Jiného veřejného zadavatele, na které je v tomto směru odkázán, resp. z toho, že oprávněnost vyloučení Účastníka z důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ v souvislosti s plněním předmětných zakázek (tj. zakázek „I/23 Řípec – hr. Okr. JH“ a „I/19 Plíškovice – Mirovice“), a tedy i závažnost pochybení shledal rovněž ÚOHS v odkazovaných rozhodnutích.

iii. Pochybení Účastníka vedla ke vzniku škody, předčasnému ukončení smlouvy nebo jiným srovnatelným sankcím

Závažná pochybení Účastníka při plnění Smlouvy I a Smlouvy II vyvolala kvalifikované následky předvídané předmětným ustanovením ZZVZ.

Pochybení Účastníka ve vztahu ke Smlouvě I vedlo k požadavku Jiného veřejného zadavatele na uhrazení nákladů na odstranění vad vozovky třetím subjektem (a s tím souvisejícím nákladům na straně Jiného veřejného zadavatele vyvolaných výlučně v důsledku porušení povinností Účastníka) a k uplatnění smluvní pokuty, na jejichž zaplacení Jinému veřejnému

zadavateli vznikl nárok v souladu s VOP/ZOP. Smluvní pokuta je nepochybně „jinou srovnatelnou sankcí“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Stejně tak je jinou srovnatelnou sankcí ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ i uplatnění nároku na uhrazení nákladů vzniklých Jinému veřejnému zadavateli na odstranění vad vozovky třetím subjektem, resp. tyto náklady představují škodu vzniklou zadavateli v důsledku pochybení dodavatele při plnění jeho smluvních povinností. Tento nárok není nárokem na přiměřenou slevu z ceny vadného plnění závazku uplatněným jen dle obecných ustanovení Občanského zákoníku, jedná se o Smlouvou I výslovně definovaný důsledek vadného plnění, pokud Účastník jako zhotovitel tyto vady sám neodstraní.

Pochybení Účastníka ve vztahu ke Smlouvě II vedlo k odstoupení od Smlouvy II, které odpovídá předčasnému ukončení smluvního vztahu ve smyslu ZZVZ, a k uplatňování smluvní pokuty, na jejíž zaplacení Jinému veřejnému zadavateli vznikl nárok. Smluvní pokuta nepochybně splňuje povahu „jiné srovnatelné sankce“ ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

iv. Pochybení se Účastník dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení, a to ve vztahu k zadavateli či k jinému veřejnému zadavateli

Předmětné zadávací řízení bylo zadavatelem zahájeno dne **7. 4. 2020**.

Smlouva I byla mezi Účastníkem a Jiným veřejným zadavatelem uzavřena dne 17. 8. 2016 a Smlouva II byla mezi Účastníkem a Jiným veřejným zadavatelem uzavřena dne 3. 10. 2016. K samotnému závažnému pochybení Účastníka při plnění Smlouvy I a Smlouvy II však došlo mnohem později, přičemž tato pochybení měla trvalý charakter, a tedy je splněna podmínka 3 let před zahájením zadávacího řízení.

Tato závažná a dlouhodobá pochybení Účastníka při plnění Smlouvy I trvala minimálně až do **9. 1. 2018**. Do tohoto data Účastník neodstranil vytykané vady, a to i přesto, že byl Účastník ze strany Jiného veřejného zadavatele k jejich odstranění vyzván. Jiný veřejný zadavatel následně 10. 1. 2018 uzavřel smlouvu o dílo s novým zhotovitelem, který provedl odstranění vad způsobených Účastníkem. S ohledem na tento trvalý charakter pochybení Účastníka lze mít za to, že dobou, kdy se Účastník dopustil předmětného pochybení je minimálně okamžik, kdy toto pochybení bylo „ukončeno“ uzavřením smlouvy s novým dodavatelem, který pochybení Účastníka napravil, spíše však až okamžik, kdy trvalý pochybení Účastníka bylo „ukončeno“ jeho napravením novým dodavatelem. Doba 3 let před zahájením zadávacího řízení ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je tedy splněna.

Shodný princip ohledně okamžiku pochybení se pak uplatní i u závažné a dlouhodobé pochybení u Smlouvy II. Toto tak trvalo minimálně do **27. 12. 2017**, kdy Jiný veřejný zadavatel odstoupil od Smlouvy II, resp. zaslal Účastníkovi oznámení o odstoupení od Smlouvy II, a to z důvodu, že Účastník byl ve významném prodlení s dokončením díla, tj. nedokončil všechny etapy díla, a to ani přes výzvy Jiného veřejného zadavatele k neprodlenému dokončení díla. Účinnost odstoupení od Smlouvy II nastala 5. 1. 2018. Minimálně do této doby tak trvalo pochybení Účastníka, a tedy minimálně toto datum (spíše však až datu okamžiku nápravy pochybení Účastníka novým dodavatelem) je nutno považovat za rozhodné pro posouzení, zda se Účastník dopustil pochybení v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení.

Z výše uvedeného jednoznačně vyplývá, že **obě tyto pochybení nastala ve lhůtě 3 let před zahájením předmětného zadávacího řízení**. Zákonná podmínka 3 let je tedy splněna.

Na tomto místě Zadavatel pro upřesnění uvádí, že na aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nemá vliv skutečnost, že zadávací řízení, na základě kterých byly uzavřeny Smlouvy I a Smlouvy II, byla uskutečněna dle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění předchozích předpisů. Rozhodnutí Zadavatele, resp. využití jeho práva vyloučit Účastníka z důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nijak nezasahuje do právních vztahů, které dříve vznikly, nezasahuje do jejich platnosti ani nemění práva a povinnosti z těchto právních vztahů. V této souvislosti Zadavatel opětovně odkazuje na již pravomocná rozhodnutí ÚOHS, zejména na rozhodnutí ÚOHS č. j. S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. prosince 2019, potvrzené rozhodnutím předsedy ÚOHS sp. zn. R0234/2019/VZ ze dne 16. března 2020, ve kterém bylo **přímo potvrzeno, že se o nepřípustnou retroaktivitu nejedná**.

Naplněna pak je i podmínka, že se Účastník dopustil závažného pochybení při plnění smlouvy se zadavatelem, nebo s jiným veřejným zadavatelem, neboť z § 4 odst. 1 písm. c) ZZVZ jednoznačně vyplývá, že Ředitelství silnic a dálnic ČR je jakožto státní příspěvková organizace veřejným zadavatelem.

Zadavatel tak jednoznačně prokázal, že se Účastník se v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení Zakázky dopustil porušení povinností vyplývajících ze závazkového vztahu s Jiným veřejným zadavatelem. Porušení povinností ve vztahu ke Smlouvě I a Smlouvě II představují pochybení, které jsou vzhledem k jejich charakteru dlouhodobá a závažná.

Zadavatel s ohledem na výše uvedená četná závažná pochybení Účastníka považuje Účastníka za nezpůsobilého řádně plnit předmět Zakázky.

Nad rámec výše uvedeného uvádí, že v tomto rozhodnutí o vyloučení Účastníka vychází zejména ze zkušeností Jiného veřejného zadavatele, tak jak umožňuje předmětné ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Dále však Zadavatel konstatuje, že v současné době řeší s účastníkem další jeho pochybení, a to v u veřejné zakázky „*Rekonstrukce komunikace III/00312 ul. Rooseveltova úsek Kolovratská – Kuříčko*“, přičemž není bez významu, že v této věci bylo na účastníka podáno trestní oznámení. Přestože toto závažné pochybení prozatím nevedlo k předčasnému ukončení smluvního vztahu či jiné smluvní sankci, a tedy není zatím způsobilé být podkladem pro vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, je nepochybné, že ani vlastní zkušenost zadavatele s účastníkem nevypovídá o tom, že by plnil řádně a včas, resp. že by přijal dostatečná opatření k nápravě.

S ohledem na výše uvedené skutečnosti nemohl Zadavatel postupovat jinak, než Účastníka ze zadávacího řízení vyloučit, a to postupem dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Pro úplnost Zadavatel uvádí, že všechny shora uvedené skutečnosti mu byly doloženy Jiným veřejným zadavatelem a byly rovněž ověřeny a potvrzeny ve shora citovaných správních řízeních před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže.

Závěrem lze pro úplnost konstatovat, že vyloučení Účastníka ze zadávacího řízení k jiné veřejné zakázce, konkrétně k veřejné zakázce „*II/272 Starý Vestec, přeložka silnice*“, a to ze stejných důvodů bylo posouzeno jako zákonné pravomocným rozhodnutím ÚOHS č.j.

S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. prosince 2019, potvrzené rozhodnutím předsedy ÚOHS sp. zn. R0234/2019/VZ ze dne 16. března 2020.

V Říčanech dne

- 7. 12. 2020

Krajská správa a údržba silnic Středočeského kraje

Mgr. Zdeněk Dvořák MPA,
Ředitel Krajské správy a údržby silnic Středočeského kraje, příspěvková organizace