

**Univerzita Karlova
Právnická fakulta**

**Vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu
jeho předchozích pochybení**

Studentská vědecká odborná činnost

Kategorie: magisterské

Autor: Aneta Hourová
2023
XVI. ročník

Navrhovaný specializační modul: Obchodní právo

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do *XVI.* ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval(a) samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK, včetně užití třetími osobami.

V Praze dne 19.4.2023

Aneta Hourová

Celkový rozsah vlastního textu práce (od úvodu po závěr), včetně mezer a poznámek pod čarou:

53 572 znaků

Obsah

Úvod.....	3
1. Proces zadávání veřejných zakázek.....	5
1.1. Vyloučení účastníka zadávacího řízení	6
2. Zákonné podmínky vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jejich rozbor.....	8
2.1. Smysl ustanovení, cíl ochrany.....	16
2.2. Relevantní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a soudů	17
Závěr.....	24
Seznam zkratk.....	25
Seznam použitých zdrojů.....	26

Úvod

Tato práce se věnuje velmi úzké právní problematice zadávání veřejných zakázek, konkrétně pak institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ZZVZ. Autorka zvolila předmětné téma s ohledem na nedávnou novelu ZZVZ, která zakotvila nové důvody umožňující zadavateli zúžit účast v zadávacím řízení o nezpůsobilé dodavatele. Neprobádanost některých nových fakultativních důvodů vyloučení pak dle autorky způsobuje určité výkladové potíže při jejich aplikaci, které se dosud nepodařilo odstranit ani pomocí rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže.

Cílem této práce je přiblížit právní úpravu veřejných zakázek s ohledem na institut vyloučení účastníka zadávacího řízení a primárně zanalyzovat úskalí a specifika fakultativního důvodu vyloučení uvedeného v § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, díky němuž může veřejný zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučit pro jeho předchozí pochybení při plnění veřejných zakázek. Tento unikátní důvod byl do ZZVZ vtělen pravděpodobně z důvodu, že by bylo proti účelu a smyslu zadávacího řízení, kterým je hospodárné a efektivní nakládání s veřejnými prostředky, aby zadavatel opětovně uzavíral s dodavatelem, se kterým má negativní zkušenost, smluvní vztah, a vystavoval se riziku, že plnění opět nebude poskytnuto řádně či včas. K tomuto faktu autorka v práci též poukazuje na principy 3E, které jsou s tímto důvodem vyloučení spjaté.

Dle autorky je nutné v této práci především zodpovědět otázku, jakým způsobem je úkon dle § 48 odst. 5. písm. d) ZZVZ v praxi proveditelný. Autorka proto v této práci upozorňuje na mantinely aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Přestože je hmotněprávní úprava institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení vtělena do jednoho právního předpisu, resp. do několika málo ustanovení ZZVZ, a není zde tak příliš velký prostor pro dvojí výklad, v praxi veřejných zadavatelům správný postup při vyloučení činí mnohdy nemalé obtíže. Dle aktuální rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je k úspěšnému využití fakultativního důvodu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nutné unést důkazní břemeno a prokázat pochybení nespolehlivého dodavatele. Mnohá vyloučení účastníků zadávacího řízení tak pro zadavatele skončila nebo končí neúspěšně řízením před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže z důvodů, které autorka rozebírá níže.

Cílem práce je tak především objasnit obecné podmínky a následný postup při vyloučení účastníka z fakultativního důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ de lege lata.

Autorka pro naplnění vytyčených cílů využívá především odborné komentářové literatury, české i zahraniční právní úpravy, judikatury soudů, rozhodnutí ÚOHS, odborných časopisů, internetových zdrojů, metodik a v neposlední řadě také z osobních zkušeností z praxe. Závěr práce je věnován svébytnému kritickému zhodnocení autorky, které by mělo čtenářům podat jasný pohled na řešenou problematiku.

1. Proces zadávání veřejných zakázek

Procesem zadání veřejné zakázky se velmi obecně rozumí zvláštní postup, který vede k uzavření smlouvy. V první řadě je nutné připomenout, že zajištění produktu, stavby nebo služby, hrazeného z rozpočtu veřejných financí není kontraktním procesem zcela běžným, nýbrž podstatně formalizovanějším. Ačkoliv zadavatel s dodavatelem uzavírá smluvní závazek dle soukromoprávního předpisu, konkrétně OZ, proces k tomuto kontraktu podléhá veřejnoprávní úpravě, jelikož se jedná o závazek, který je výstupem zadávacího řízení veřejné zakázky.

Dle bývalého předsedy ÚOHS, Ing. Petra Rataje, je „žádoucím stavem, aby zadavatel získal plnění, které vyhovuje jeho potřebám, aby ho získal za výhodných podmínek na základě smysluplného a efektivního zadávacího procesu a při plném respektování právní úpravy zadávání veřejných zakázek.“¹

Zadavatel je tak obecně povinen veřejnou zakázku zadat v některém z druhů zadávacích řízení, které vymezuje ZZVZ, a to od administrativně jednodušších až po ty poměrně náročné. Zadavatel je současně tím, kdo volí, v jakém druhu zadávacího řízení bude veřejná zakázka zadána.²

Pro praktickou představu a pochopení, jak poměrně složitý zadávací proces zadávání veřejné zakázky probíhá, si lze tento proces rozčlenit do dvou základních fází.

První fází, kterou lze označit jako přípravnou, je vymezení samotného předmětu veřejné zakázky a následné určení zadávacích podmínek veřejné zakázky, a to zejména s ohledem na předmět plnění, které zadavatel požaduje. Bude se tedy jednat zejména o stanovení kvalifikačních požadavků, stanovení hodnotících kritérií, přípravu vzorové smlouvy a dalších úkonů. Tato fáze by pak měla být zakončena zhmotněním všech těchto představ a požadavků zadavatele do dokumentu, jenž se souhrnně nazývá zadávací dokumentací³. Tato fáze probíhá, jak již bylo řečeno výše, zejména před samotným zahájením zadávacího řízení, ale fakticky trvá až do uplynutí lhůty pro podání nabídek, neboť až do tohoto okamžiku může zadavatel zadávací podmínky upravovat a měnit. Změna a úprava zadávacích podmínek je apriori přípustná a

¹ RAFAJ, PETR, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl. ILHS - Informační listy ÚOHS. 2019, ILHS, rok: 2019

² STRUČNÝ PRŮVODCE ZADAVATELE SVĚTEM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK 2. díl [online]. 5. 12. 2019 [cit. 2022-11-05]. Dostupné z:

https://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2019/Infolist_2019_03_pruvodceVZ_II.pdf

³ Tamtéž.

v mnohých případech nezbytná a žádoucí, avšak musí být provedena vždy za striktně určených pravidel ZZVZ.

*„Druhou fází lze označit za „zadávací řízení v užším slova smyslu“ a jedná se o realizaci vlastního zadávacího řízení.“*⁴ Tato fáze počíná okamžikem zahájení zadávacího řízení a trvá do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem, neboť tento okamžik se má za ukončení zadávacího řízení, případně do okamžiku, kdy se zadávací řízení zruší. V této etapě pak tedy chronologicky řazeno dochází především k podání nabídek či předběžných nabídek, žádostí o účast a jiných forem vyjádření zájmu na veřejné zakázce, k jednáním se zadavatelem tam, kde s institutem jednání ZZVZ počítá, dále k samotnému hodnocení a posuzování nabídek a neodmyslitelně pak také k samotnému výběru dodavatele a konečně uzavření smlouvy. V tomto procesu však může dojít k mnoha okolnostem, které zadávací řízení mohou odklonit od standardní linie průběhu. Může se jednat například o nutnost vyzvat účastníky zadávacího řízení k objasnění nabídek či mimořádně nízkých nabídkových cen. Dále se může zadavatel rozhodnout právě k úkonu vyloučení účastníka zadávacího řízení z některých zákonem předpokládaných důvodů.

1.1. Vyloučení účastníka zadávacího řízení

V návaznosti na výše uvedenou úvodní kapitolu je vhodné navázat a konstatovat, že proces zadávací veřejných zakázek je limitován přísnými mantinely, které velmi striktně určují nejen pravidla pro výběr dodavatele, ale také pro další mnohokrát souběžné úkony zadavatele.

Institut vyloučení účastníka zadávacího řízení po novele ZZVZ dle autorky představuje mimo jiné také „záchrannou brzdu“ před neefektivním a neekonomickým vynakládáním veřejných prostředků, které by jistě bylo proti smyslu samotného zadávacího řízení.

Dle názoru JUDr. Kamila Jelínka Ph.D. je vyloučení účastníka zadávacího řízení krokem zadavatele, který má významné dopady jak na zadávací řízení, neboť jistě může ovlivnit pořadí nabídek, a tedy mít významný vliv na výběr dodavatele a cenu poptávaného plnění, tak pochopitelně i na vyloučeného účastníka samotného, který přišel o možnost v zadávacím řízení uspět a veřejnou zakázku získat.⁵

⁴ STRUČNÝ PRŮVODCE ZADAVATELE SVĚTEM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK 2. díl [online]. 5. 12. 2019 [cit. 2022-11-05]. Dostupné z:

https://www.uohs.cz/download/Informacni_listy/2019/Infolist_2019_03_pruvodceVZ_II.pdf

⁵ DĚDEK, V., JELÍNEK, K., STAŇO, R., ŠLESINGER, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.

Právě proto ZZVZ stanoví pravidlo, že zadavatel může účastníka ze zadávacího řízení vyloučit pouze z důvodů stanovených ZZVZ (kdykoliv v průběhu zadávacího řízení), avšak není oprávněn formulovat vlastní důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení, ani důvody obsažené v zákoně nějakým způsobem rozšiřovat či modifikovat.⁶ Ačkoliv stěžejní ustanovení, které stanoví důvody pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, představuje právě § 48 ZZVZ, další důvody pro vyloučení zákon vymezuje i v jiných ustanoveních.

Ve většině případů ustanovení upravující vyloučení účastníka, tedy právě ustanovení § 48 ZZVZ, formuluje důvody vyloučení jako možné, nikoliv povinné.⁷

K institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle autorky nelze bezesporu přistupovat bez obezřetnosti a nutnosti dodržení základních principů, na kterých proces zadávací zadávání veřejných zakázek stojí.

Zadavatel je povinen obecně, a tedy i při rozhodování o vyloučení či nevyločení účastníka ze zadávacího řízení v těch případech, kdy je vyloučení na straně zadavatele fakultativní, dodržet základní zásady stanovené v § 6 ZZVZ, tedy zejména zásadu rovného zacházení a zákaz diskriminace. Tuto tezi obecně potvrzuje výrok v rozhodnutí Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25.4.2012, sp. zn. 15 Ca 89/2009, č. 2694/2012 Sb., ve kterém bylo konstatováno, že „*Zásada zákazu diskriminace společně s ostatními základními zásadami (transparentnosti, rovného zacházení) prochází skrze celou zákonnou úpravu a nutně se musí odrazit v každém vnějším výstupu zadavatele.*“

Institut vyloučení účastníka zadávacího řízení, ať už z fakultativního či obligatorního důvodu lze v praxi správně provést za dodržení několika zákonem stanovených podmínek.

Z procesního hlediska, je zadavatel především povinen bezodkladně odeslat vyloučenému účastníkovi oznámení o vyloučení, které musí být řádně odůvodněno. Odůvodnění by mělo především obsahovat odkaz, dle jakého konkrétního ustanovení ZZVZ účastníka zadávacího řízení zadavatel vylučuje a prokázat prostřednictvím konkrétních okolností a skutečností naplnění všech atributů a podmínek daného důvodu pro vyloučení.⁸

Nedostatečné odůvodnění vyloučení účastníka zadávacího řízení dle četné rozhodovací praxe ÚOHS zpravidla způsobí, že takovéto oznámení a de facto i úkon zadavatel kontrolní

⁶ DĚDEK, V., JELÍNEK, K., STAŇO, R., ŠLESINGER, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.

⁷ Masopust, K., Brychtová, R. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. Epravo.cz, 19. 2. 2016

⁸ (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVORÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 394.)

orgán nebude považovat za provedené v souladu se ZZVZ a základními zásadami zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti, což by s největší pravděpodobností mělo za následek zrušení úkonu zadavatele, spočívajícího v rozhodnutí o vyloučení a provedeném oznámení.

Na základě seznámení se s poměrně stálou, avšak nikoliv příliš četnou rozhodovací praxí ÚOHS, lze autorkou konstatovat, že právě ÚOHS striktně judikuje, že pokud chybí elementární aspekt oznámení o vyloučení, tedy řádné odůvodnění rozhodnutí zadavatele, nemůže zadavatel dále pokračovat v řízení a musí minimálně zrušit napadené rozhodnutí a učinit jej znovu v souladu s požadavky zákona.

2. Zákonné podmínky vyloučení účastníka zadávacího řízení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jejich podrobný rozbor

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.⁹

Relativně nedávno transponované výše interpretované ustanovení v sobě na první pohled zakotvuje hned několik podmínek, které v sobě zahrnují méně či více určité pojmy, které je nutné v zájmu zainteresovaných osob přesněji vymezit pro správnou interpretaci a aplikaci komentovaného ustanovení.

Výčet podmínek, který je pro docílení probíraného záměru nutné naplnit autorka pak podrobně rozebírá níže:

1. Časový aspekt
2. Intenzita pochybení
3. Kvalifikovaný následek
4. Subjekt smluvního vztahu
5. Prokazatelnost

1. Časový aspekt

⁹ (Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, § 48)

První podmínku lze vnímat za jakýsi adekvátní a přiměřený limit aplikace předmětného ustanovení tak, aby již nepostihlo dodavatele, které během určité doby svou reputaci obhájili v rámci dalšího provádění své podnikatelské činnosti.

Pochybení, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, tak muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení.¹⁰

V souvislosti s touto podmínkou může vyvstat otázka, od jakého momentu tří leté období počítat. Dle odborného článku s názvem VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ PRO NEZPŮSOBILOST DLE § 48 ODS. 5 S DŮRAZEM NA PÍSM. D) ZZVZ, jehož autoři jsou Martin Flaškár a Kristýna Trávníčková, je rozhodné to datum, kdy vzniklo dané pochybení, tzn. datum předání plnění. Pokud by tedy zadavatel např. až v záruční době zjistil a posléze vytkl vady předaného plnění, je okamžik samotného zjištění nepodstatný.¹¹ Dle dalšího zdroje, tedy dle komentářové literatury, lze pak vzít v úvahu až několik relevantních okamžiků, a to např. kdy dodavatel poskytl vadné plnění, nebo kdy zadavatel zjistil vadné plnění, kdy uplatnil u dodavatele nárok z vadného plnění, kdy se projevila škoda v důsledku vadného plnění, nebo kdy zadavatel odstoupil od smlouvy.¹²

Naproti tomu dle názoru kol. Šebesta, Novotný, Machurek a Dvořák platí varianta první, tedy okamžik, kdy bylo vadné plnění poskytnuto, jak bylo nakonec potvrzeno i samotným Úřadem.

Velmi názorně byla předmětná podmínka zkoumána v rozhodnutí Úřadu pod Č.j.: ÚOHS-S0301/2017/VZ-28139/2017/544/MPr ze dne 27. září 2017, jehož závěrem bylo, že *„není přípustné, aby zadavatel uměle prodlužoval zákonem stanovené 3leté období s odkazem na vady, které se projeví po převzetí díla či s odkazem na poskytnutou záruční dobu, jelikož tato v mnohých případech mnohonásobně překračuje období 3 let a není možné v zadávacím řízení nastavovat při aplikaci dotčeného ustanovení zákona podmínky přísnější, než zákon ukládá. Podstatné totiž je, že případného pochybení by se dodavatel dopustil nikoliv při uplatnění reklamaci v záruční době, ale již při samotném plnění předmětu veřejné zakázky“*.

¹⁰ FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-17]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.

¹¹ FLAŠKÁR, Martin a Kristýna TRÁVNÍČKOVÁ. VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ PRO NEZPŮSOBILOST DLE § 48 ODS. 5 S DŮRAZEM NA PÍSM. D) ZZVZ [online]. 4.6.2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

¹² (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 389.)

S důrazem na výše uvedené je tak vhodné zadavatelům doporučit, aby se předmětnou podmínkou zaobírali jako první v pořadí, neboť v případě jejího nenaplnění by již bylo zbytečné podrobně zkoumat podmínky následující.

2. Intenzita pochybení

Druhou, pravděpodobně nejvíce subjektivní a rozporuplnou podmínkou, je prokázání intenzity spáchaného pochybení. Dle ZZVZ je intenzivní takové pochybení, které bylo dlouhodobé a nebo závažné. Již z gramatického výkladu vyplývá, že pochybení musí naplňovat toliko jednu z vymezených charakteristik.

Pochybení lze pak definovat jako porušení povinností dodavatele vyplývajících pro něj z dřívějšího smluvního vztahu. Pojem „pochybení“ je autonomním pojmem práva veřejných zakázek a v praxi bude podstatnou část pochybení představovat např. prodlení dodavatele nebo poskytnutí vadného plnění ve smyslu soukromého práva.¹³

Samotný Úřad např. ve svém rozhodnutí pod č.j. ÚOHS-S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPi ze dne 11. června 2019 konstatoval, že klasifikace pochybení za závažná nebo dlouhodobá, představují neurčité právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován, což může způsobovat výkladové problémy. Současně v tomto rozhodnutí bylo konstatováno, že pokud zadavatel pochybení považuje za závažná nebo dlouhodobá, musí tento závěr odůvodnit, z čehož lze vyvodit, že to bude právně erudované a přesvědčivé odůvodnění, které spíše naplní podmínku intenzity než neurčitého konstatování o porušení povinností dodavatele.

Dle komentářové literatury se v souvislosti s touto podmínkou jedná o projev principu přiměřenosti, neboť by dodavatelé neměli být vylučováni ze soutěže z důvodu ojedinělých či méně závažných či krátkodobých pochybení.¹⁴ Z rozhodnutí Úřadu pod Č.j.: ÚOHS-S0301/2017/VZ-28139/2017/544/MPr ze dne 27. září 2017 vyplývá, že věcným vodítkem pro naplnění podmínky intenzity je také kvalifikovaný následek, který je též obsažen ve výčtu podmínek pro aplikaci vyloučení. Dle Úřadu platí, že: *„Za závažné či dlouhodobé pochybení je tak třeba považovat takové pochybení, v jehož důsledku došlo k odstoupení od smlouvy, vzniku škody přesahující očekávatelnou či obvyklou výši škody v obdobných smluvních vztazích či k uplatnění smluvních sankcí významně přesahujících s přihlédnutím k porušené smluvní povinnosti obvyklý rozsah.“*

¹³ Rozhodnutí ÚOHS, 19. 3. 2021, S0414/2020

¹⁴ Tamtéž, s. 389.

Příkladem lze pro bližší vysvětlení podmínky intenzity také opětovně citovat rozhodnutí Úřadu pod č.j. ÚOHS-S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPi ze dne 11. června 2019, jež upozorňuje na skutečnost, že pojmy používané v jednotlivých soukromoprávních předpisech nelze považovat za totožné: „...nastavení smluvních podmínek mezi smluvními stranami je pouze v jejich gesci, tzn. co je podstatnou vadou plnění v rámci smluvního vztahu mezi zadavatelem a dodavatelem, nemusí být podstatnou vadou plnění smlouvy s obdobným předmětem uzavřené mezi jiným zadavatelem a dodavatelem, přičemž je třeba současně akcentovat, že podstatné porušení smlouvy ve smyslu § 2002 občanského zákoníku nemusí být vždy ekvivalentem závažného (či dlouhodobého) pochybení ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek. Každou jednotlivou vadou plnění nelze bez dalšího automaticky považovat za závažné nebo dlouhodobé pochybení a je nezbytné jednoznačně uvést, na základě čeho, resp. proč zadavatel považuje konkrétní pochybení za pochybení dosahující takové intenzity, že je lze za závažné nebo dlouhodobé považovat.“

Výše analyzované pojmy s sebou žer nesou také otázku, zda se musí či nemusí jednat o pluralitu pochybení. ZZVZ a rovněž evropská zadávací směrnice 2014/24/EU používají ve vztahu k závažným nebo dlouhodobým pochybením právě množného čísla.

Dle kol. Dvořáka, Machurka, Novotného a Šebesty pro naplnění statusu nezpůsobilosti dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ není dostačující, pokud by se dodavatel při plnění dřívějšího smluvního vztahu dopustil pouze jednoho závažného nebo dlouhodobého pochybení. „Pro splnění podmínek tak bude zapotřebí minimálně dvě a více různých pochybení, která bude možné kvalifikovat jako pochybení závažná a dlouhodobá.“¹⁵ K tomuto odbornému názoru Úřad v rozhodnutí pod č.j. ÚOHS-41587/2020/510/MKo ze dne 22. 12. 2020 doplňuje, že komentované ustanovení pouze hovoří o podmínce závažných nebo dlouhodobých pochybeních, zákonodárce zde však již neuvádí podmínku více pochybení v rámci jednoho smluvního vztahu. Aby tedy mohlo dojít k aplikaci ustanovení § 48 odst. 5. písm. d) ZZVZ, z logiky věci musí být optikou předmětného rozhodnutí shledáno, že došlo k minimálně dvěma závažným nebo dlouhodobým pochybením a je již irelevantní, pokud zadavatel uplatňuje vůči dodavateli/navrhovateli např. dvě pochybení z jednoho závazku nebo dvě pochybení ze dvou závazků. Úřad v této věci upozornil, že argumenty o nutnosti existence alespoň dvou závažných/dlouhodobých pochybení z jednoho smluvního vztahu nemá oporu v ZZVZ, ani v důvodové zprávě k ZZVZ a ani v odborné literatuře či judikatuře správních soudů.

¹⁵ (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 305.)

Diametrálně odlišný názor pak zastává část odborné společnosti. Například Martin Flaškár a Kristýna Trávníčková z advokátní kanceláře ROWAN Legal, advokátní kancelář, s.r.o., zastávají názor, že logickým a teleologickým výkladem ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je nutno dospět k závěru, že již jediné závažné pochybení, pokud vyvolalo např. vznik škody nebo předčasné ukončení smluvního vztahu, musí být z hlediska možnosti uplatnit tento důvod pro vyloučení účastníka zadávacího řízení dostatečné, neboť v opačném případě by se předmětné ustanovení stalo de facto nepoužitelným.¹⁶ Přesto, že tomuto kontra názoru nejde příliš naproti ani rozhodovací praxe Úřadu ani odborná komentářová literatura, autorka se přimlouvá k výkladu méně striktnímu, optikou zadavatele možná výkladu pragmatickému, kdy je relevantní jediné intenzivní pochybení způsobilé vyvolat kvalifikovaný následek.

V neposlední řadě je k této podmínce vhodné podotknout, že není relevantní, zda předchozí pochybení účastníka souvisí s předmětem plnění, které je pořizováno v rámci konkrétní veřejné zakázky. Tomuto závěru opět přisvědčuje rozhodovací praxe Úřadu.¹⁷

Zadavatel tuto podmínku může prokázat relevantními způsoby a důkazy, jako například protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod.¹⁸

3. Kvalifikovaný následek

Pro řádnou aplikaci 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ mimo jiné musí zadavatel prokázat existenci kauzálního nexu mezi intenzitou pochybení a kvalifikovaným následkem. Kvalifikovaný následek je tedy onou, následující, ve výčtu třetí požadovanou podmínkou.

Jako kvalifikovaný následek můžeme označit takový následek, kde pochybení dodavatele vedlo ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím¹⁹, za které lze považovat například uplatnění práv z vadného plnění či práva na uhrazení smluvní pokuty. Dle odborného názoru kolektivu Flaškáře, Harnacha, Jakouška, Měkoty, Podešvy, Sommer, a Votrubce se jedná o výčet demonstrativní²⁰, když autoři komentáře k ZZVZ Krč a Vaneček tvrdí opak: „*Zákon však uvádí taxativně důsledky, jež*

¹⁶ FLAŠKÁR, Martin a KRISTÝNA TRÁVNÍČKOVÁ. VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ PRO NEZPŮSOBILOST DLE § 48 Odst. 5 S DŮRAZEM NA PÍSM. D) ZZVZ [online]. 4.6.2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

¹⁷ Rozhodnutí ÚOHS, 16. 11. 2020, S0253/2020

¹⁸ Profousová, Z. Vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost z důvodů dřívějších pochybení nastalých v době pandemie COVID-19. Epravo.cz, 29. 4. 2020

¹⁹ (Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, § 48)

²⁰ FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-19]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.

musí být daným pochybením způsobeny.“²¹ Logickým výkladem však lze dle autorky dojít k závěru, že ZZVZ opravdu předvídá konkrétní následky v příčinné souvislosti s pochybeními, které jsou taxativně vyčtené, avšak pod samotné následky lze podřadit mnoho způsobů jejich naplnění. Např. velmi častým případem předčasného ukončení smluvního vztahu z důvodu pochybení na straně dodavatele bude odstoupení zadavatele od smlouvy, což nemusí nutně znamenat, že nelze k ukončení smluvního vztahu častokrát dojít např. i dohodou smluvních stran.

Pod sankcí si lze nejčastěji představit institut smluvní pokuty. Zde je ale nutné upozornit, že nelze všechny sankce, resp. smluvní pokuty považovat za způsobilé naplnit předmětnou dílčí podmínku, neboť musí dosáhnout určité intenzity, která by měla významně přesahovat s přihlédnutím k porušené smluvní povinnosti obvyklý rozsah.²² Dále platí, že je irelevantní, zda k uplatnění sankcí v dřívějším smluvním vztahu došlo na základě ujednání mezi smluvními stranami veřejné zakázky anebo na základě zákona.²³

Závěrem nelze opomenout, že dokumenty zachycující ukončení smluvních vztahů, písemné výtky, znalecké posudky o vzniklých škodách či písemné výpovědi jsou oněmi relevantními důkazy, kterými lze objektivně prokázat nezpůsobilost dodavatele, a při případném přezkumu zadavatel bez těchto písemností jen těžko obstojí. S tímto ostatně sekunduje samotný Úřad, když v rozhodnutí pod sp. zn. R0093/2019 ze dne 25. 7. 2019 konstatoval, že: *„Zadavatel tedy obecně vzato postupuje při prokazování důvodů vyloučení dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, pokud v rozhodnutí o vyloučení uvede relevantní informace v takových podrobnostech, aby bylo z rozhodnutí o vyloučení, případně z dokumentů, na které rozhodnutí o vyloučení přímo odkazuje, zřejmé, že byly naplněny podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a aby se mohl dodavatel proti tvrzenému splnění podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona kvalifikovaně bránit, případně aby mohl Úřad tuto skutečnost kvalifikovaně posoudit. Zároveň platí, že uvedené skutečnosti musí vyplývat z obsahu uvedených dokumentů, přičemž není nezbytné, aby ona pochybení byla formálně označena jako závažná či dlouhodobá apod., ale aby z nich tyto skutečnosti vyplývaly.“*

²¹ (KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 285, marg. č. 20.)

²² FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-20]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.

²³ DOLEČEK, Marek. Důvody vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. BusinessInfo.cz [online]. 29.08.202 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://www.businessinfo.cz/navody/duvody-vyloucení-ucastníka-ze-zadavaciho-řízení-ppbi/#h-vylou-en-uchaze-e-ve-smyslu-z-kona-o-ve-ejn-ch-zak-zk-ch>

4. Subjekt smluvního vztahu

Čtvrtá podmínka zakotvuje relevanci jen takových pochybení, které nastaly při plnění povinností ze smluvního vztahu mezi dodavatelem a zadavatelem. Ze samotného gramatického výkladu plyne, že se může jednat o zadavatele v zadávacím řízení, ze kterého je dodavatel vylučován, anebo o vztah s jiným veřejným zadavatelem, kdy je ale zadavatel omezen na ty smluvní vztahy jiných zadavatelů, kteří jsou veřejnými zadavateli ve smyslu § 4 odst. 1 ZZVZ. Jedná se o reakci zákonodárce na úpravu evropských zadávacích směrnic, když přistoupil k omezení subjektů, vůči nimž se lze dopustit kvalifikovaných pochybení, zakládajících možnost vyloučení, právě pouze na veřejné zadavatele.

Úřad současně deklaroval, že je možné přistupovat k vyloučení i na základě „zprostředkovaných“ zkušeností, neboť v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ se podmínka přednostního uplatnění vlastních zkušeností před zkušenostmi jiného veřejného zadavatele nevyskytuje.²⁴

V souvislosti s možností uplatnit jako důkaz nespolehlivosti dodavatele zkušenost jiného veřejného zadavatele vyvstává otázka, jakým způsobem si zadavatelé tyto informace vzájemně sdělí. Odborná společnost na tuto problematiku po novele zakotvující tento vylučovací důvod nahlížela poměrně skepticky, když sice dle některých odborných názorů zadavatelé mají nástroj, jak si poradit s nečestnými, nespolehlivými nebo nekvalitními partnery, avšak s předpokladem, že si zadavatelé tyto pochybení budou evidovat a vzájemně sdílet.²⁵

Minimální součinnost při shromažďování podkladů vyloučení tak, aby zadavatel zadávané zakázky unesl důkazní břemeno, bude tak více než nezbytná.²⁶

5. Prokazatelnost

Ačkoliv podmínka prokazatelnosti není v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ explicitně vyjádřena, z pohledu autorky tato implicitně provádí všechny dílčí předpoklady analyzovaného vylučovacího důvodu.

Pokud totiž dojde zadavatel k závěru, že naplňuje všechny podstatné dílčí podmínky pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, musí je v rámci svého rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení prokázat.

²⁴ Rozhodnutí ÚOHS, S0376/2019

²⁵ Zakázkový blacklist končí, k vyloučení z tendru postačí špatné zkušenosti. ProfiTender [online]. [cit. 2022-11-19]. Dostupné z: <https://www.profitender.cz/novy-zakon/183-zakazkovy-blacklist-konci-k-vylouceni-z-tendru-postaci-spatne-zkusenosti>

²⁶ BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. Epravo.cz [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyloucení-úcastníka-zadávacího-řízení-pro-nezpusobilost-105964.html>

Autorka si dovoluje intuitivně rozdělit podmínku prokazatelnosti do dvou kategorií – objektivní a subjektivní.

Objektivně lze prokázat pochybení dodavatele doložením soudního či správního rozhodnutí, kde tato skutečnost byla potvrzena, avšak Úřad velmi konstantně potvrzuje závěr, že zadavatel při prokázání pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není vázán podmínkou existence soudního či jiného rozhodnutí této věci.²⁷ Tento názor Úřadu plyne jednak z faktu, že takováto podmínka by výše uvedené ustanovení učinila v podstatě neaplikovatelným, zároveň však vysoká úroveň odůvodnění vyloučení zadavatele představuje dle Úřadu dostatečnou pojistku ve spojení se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, která zabrání zneužívání tohoto důvodu pro vyloučení v situacích, kdy nejsou naplněny podmínky pro jeho použití.²⁸

V případě, že by zadavatel takovýmto rozhodnutím disponoval, je zcela legitimní ve svém rozhodnutí o vyloučení účastníka na konkrétní rozhodnutí odkázat bez dalšího.

Tento závěr opět spolehlivě potvrdila rozhodovací praxe Úřadu. V rozhodnutí ze dne 17. 3. 2020 pod sp. zn. S0376/2019 bylo kladně přezkoumáno, 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 (.....), 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. Nedochází tím ani k jakékoli újmě na právech navrhovatele, neboť ten je – coby účastník všech relevantních správních řízení – se závěry předmětných rozhodnutí rovněž velmi dobře obeznámen.“* Zadavatel se tak jistě díky této objektivní variantě legitimně zbaví velké procesní a administrativní náročnosti úkonu vyloučení.

Ve většině případů se však zadavatel musí při vyloučení obejít bez takového rozhodnutí a řádně prokázat pochybení dodavatele na základě vlastní relevantní důkazní matérie. Tehdy mluvíme o prokazatelnosti subjektivního charakteru.

²⁷ (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 404.)

²⁸ Rozhodnutí ÚOHS, 24. 7. 2018, S0198/2018

2.1. Smysl ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a cíl ochrany

Smysl vylučovacího důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ lze dle autorky v první řadě vnímat jako určité přiblížení zadávacího řízení klasickému soukromoprávnímu smluvnímu vztahu, kde způsobilost, kvalita plnění a obchodní pověst dodavatele hraje při výběru smluvního partnera významnou, mnohdy až stěžejní roli.²⁹ Ze soukromoprávního hlediska by bylo téměř nemyslitelné až absurdní, kdyby byl subjekt smluvního vztahu opakovaně nucen přistoupit k pořízení komodit od takového dodavatele, který by byť jednou, tomu samému subjektu plnil v určité míře intenzity vadně či nekvalitně. Nekvalitní plnění s sebou přináší mnoho neblahých důsledků, kterým se zadavatelé až doposud nemohli vyhnout. Demonstrativně lze například uvést administrativní náročnost celého procesu reklamace, složitost uplatnění náhrad škod, proces ukončování smluvního vztahu, zajištění právních služeb a poradenství, pořízení náhradního plnění, popř. samotný ušlý zisk.

Je tedy k podivu, že předchozí právní úprava veřejných zakázek nedala zadavatelům skoro žádnou možnost, jak na takovou situaci reagovat. Jistým způsobem bylo možné nespolehlivého dodavatele dle ZVZ „potrestat“ nevydáním osvědčení objednatel o řádném plnění, kdy následně ale nebylo příliš velkou těžkostí v rámci prokázání kvalifikace doložit jiné referenční zakázky jiné.³⁰

ZZVZ tak konečně zakotvil novou žádoucí právní úpravu, která umožňuje zadavatelům reflektovat situaci, kdy se do zadávacího řízení přihlásí takový účastník, se kterým má daný, či jiný zadavatel z minulosti negativní zkušenosti při plnění předchozích smluvních vztahů.³¹

Kromě praktického aspektu předmětného vylučovacího důvodu, je zde dle autorky nepominutelný aspekt ekonomický.

Hospodárné a efektivní vynakládání veřejných prostředků je bezpochyby jeden z cílů úpravy veřejného zadávání. Bylo by tak zcela proti smyslu právní úpravy, kdyby zadavatelé tyto veřejné finance vynakládali na dodavatele, kteří nejsou řádně kvalifikováni pro plnění veřejných zakázek.

²⁹ FLAŠKÁR, Martin a Kristýna TRÁVNIČKOVÁ. VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ PRO NEZPŮSOBILOST DLE § 48 Odst. 5 S DŮRAZEM NA PÍSM. D) ZZVZ [online]. 4.6.2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

³⁰ JAN HLAVSA, Jan a Karel KOŠTÁL. Bude moci zadavatel potrestat uchazeče vyloučením ze zadávacího řízení za předchozí špatné zkušenosti s tímto uchazečem?. Epravo.cz [online]. 9. 10. 2015 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/bude-moci-zadavatel-potrestat-uchazece-vyloucenim-ze-zadavaciho-rizeni-za-predchozi-spatne-zkusenosti-s-timto-uchazecem-99176.html>

³¹ (ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. § 48 [Vyloučení účastníka zadávacího řízení]. In: ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 389.)

Autorka k tomuto považuje za vhodné citovat přílehlavou judikaturu NSS: „Nejvyšší správní soud se několikrát vyjádřil k účelu a povaze zákona o veřejných zakázkách. V rozsudku ze dne 9. 7. 2009, č. j. 9 Afs 87/2008 – 81, zdejší soud dovodil, že účelem zadávacího řízení je zabezpečit transparentní a regulérní hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázky, a tím také dosáhnout hospodárného nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů, neboť zadavatelé většinou nehopodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně. Při zadávání veřejných zakázek je tedy nutno zajistit, aby veřejné rozpočty byly spotřebovávány řádně a efektivně, na základě seriózního hodnocení nabídek a bez jakéhokoliv druhu zvýhodňování nebo protihodnoty finanční nebo politické.“

Na vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je tedy nutné nazírat jako vysoce formalizované smluvní partnerství, i když mají tito partneři částečně odlišné cíle. Stěžejní je, že zadavatel musí získat nejlepší plnění z hlediska efektivního vynakládání veřejných prostředků.³²

Z pohledu autorky tak předmětné ustanovení dává zadavateli zcela korektní a nutnou možnost chránit veřejné prostředky před jejich neúčelným vynakládáním, a v neposlední řadě poskytuje ochranu i těm, kteří za veřejnoprávní instituce jednají, neboť právě tyto osoby budou v případě dotačních či jiných finančních kontrol odpovědny za své kroky vedoucí k (ne)odpovědnému a (ne)hospodárnému veřejnému zadávání.

2.2. Relevantní rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a soudů

Nesporně stěžejním pramenem práva, je ve vztahu k předmětné problematice rozhodovací praxe soudů a především Úřadu. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zcela neskrytě potvrdil, že vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je v praxi veřejných zakázek institutem relativně novým, kdy bohužel neexistuje příliš rozvinuté rozhodovací praxe, která by problematiku sjednotila a vyjasnila, avšak přesto poskytuje zadavatelům jakási minimální vodítka, na základě, kterých úkon vyloučení lze provést tak, aby obstál v testu zákonnosti. Pro účely a naplnění vytyčených cílů této práce autorka níže odkazuje na relevantní rozhodovací praxi Úřadu a předkládá několik stěžejních rozhodnutí Úřadu v souvislosti s řešenou problematikou, především pak z procesněprávního hlediska.

³² LARIONOVA, Alena. Vliv na výběr dodavatele neboli skryté 3E v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Epravo.cz [online]. 14. 11. 2018 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vliv-na-vyber-dodavatele-neboli-skryte-3e-v-zakone-o-zadavani-verejnych-zakazek-108377.html>

Níže uvedená rozhodnutí lze dle autorky principiálně rozdělit do dvou kategorií, v první řadě kategorie, kdy Úřad potvrdil správnost postupu zadavatele a v druhé, kdy tak důvodně neučinil.

Právě na základě těchto rozhodnutí lze dojít k závěru, co je stěžejními procesními aspekty správného vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jakým základním pochybením se vyvarovat. Autorka pak stručně rekapituluje, že rozhodovací praxi Úřadu ve vztahu k hmotněprávním podmínkám probíraného vylučovacího důvodu se věnuje především v rámci předchozích kapitol, kdy tato se věnuje především procesněprávním aspektům úkonu zadavatele směřujícímu k vyloučení účastníka zadávacího řízení.

Na úvod autorka odkazuje na rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S0108/2019/VZ-24785/2019/523/DFi ze dne 6.9.2019, které obecně upozorňuje, jaké vlastnosti musí mít rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení ve vztahu k zákonným podmínkám: *„Je tedy nezbytné, aby zadavatelé při využití důvodu nezpůsobilosti dle tohoto ustanovení kladli patřičný důraz na řádné, jednoznačné a srozumitelné uvedení konkrétních skutečností a odůvodnění toho, že jsou naplněny všechny vzájemně související zákonné podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel obecně vzato postupuje při prokazování důvodu nezpůsobilosti dodavatele dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona v souladu se zákonem, pokud v rozhodnutí o dalším nevyzývání dodavatele uvede relevantní informace v takových podrobnostech, aby z rozhodnutí o nevyzývání, případně z dokumentů, na které rozhodnutí o nevyzývání přímo a konkrétně odkazuje, bylo zřejmé, že byly naplněny podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona, a aby se mohl dodavatel proti tvrzenému splnění podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona kvalifikovaně bránit, případně aby mohl Úřad tuto skutečnost kvalifikovaně posoudit. Zároveň platí, že není nezbytné, aby pochybení byla formálně označena jako závažná či dlouhodobá apod., ale tyto skutečnosti musí z uvedených dokumentů vyplývat.“* Úřad tedy obecně považuje za stěžejní opírat se o relevantní dokumenty, prokazující pochybení dodavatele, ze kterých tyto skutečnosti nesporně vyplývají, neboť není důležité, jaké označení daný následek či důkazní matérie (dokument) nese, neboť se vždy bude zkoumat jejich obsah, nikoliv název. Spoléhat se tedy pouze na fonetický ráz určitých proklamací v rámci odůvodnění vyloučení dle autorky není vhodné, neboť i na první pohled závažně pojmenovaný následek nemusí být následkem kvalifikovaným, pokud nebude z obsahu předložených tvrzení zcela zřejmá intenzita a závažnost pochybení, a tedy naplnění podmínky ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Autorka k výše uvedenému sděluje, že z předmětného rozhodnutí vnímá jakýsi apel

odůvodnění vyloučení účastníka co nejvíce „zdetailnit“, neboť stručné odůvodnění už samo o sobě může vzbudit určité pochybnosti.

Právě ve zmíněném rozhodnutí bylo odůvodnění řádné a dostatečné, neboť „*dle posouzení provedeného předsedou Úřadu v rozhodnutí o rozkladu jsou výše uvedená pochybení identifikována v dostatečné míře tak, že navrhovatel mohl kvalifikovaně namítat nenaplnění podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a Úřad rovněž může naplnění podmínek přezkoumat.*“ Po následném přezkoumání Úřad potvrdil, že postup zadavatele byl správný, když došlo k naplnění všech podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona a zadavatel současně uvedl v oznámení o vyloučení veškeré potřebné detaily.

Předmětné rozhodnutí v neposlední řadě potvrdilo pro zadavatele příznivý výklad možné důkazní matérie, že splnění podmínek nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení může zadavatel prokázat různými relevantními způsoby a důkazy, jako například platným odstoupením od smlouvy z důvodu pochybení zakládajícího důvod pro takové odstoupení, dokladem o uplatnění a úhradě platně nárokované smluvní sankce z důvodu pochybení účastníka majícího za následek porušení smluvní povinnosti a také „*protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a z jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod.*“

Další relevantní rozhodnutí Úřadu pod č.j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. prosince 2019, které potvrdilo správnost a legitimitu rozhodnutí zadavatele o vyloučení se zaměřuje na objektivní prokazatelnost předchozích pochybení, které již byly v minulosti Úřadem potvrzeny. Úřad v tomto případě potvrdil princip presumpce správnosti správních rozhodnutí, přičemž konstatoval a rozhodl tak, 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.*“ Logicky lze tak odvodit, že pokud by po zadavateli bylo i tak vyžadováno posuzování naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d), popřel by se tím výše zmíněný princip presumpce správnosti vlastních rozhodnutí Úřad, jak v předmětném

rozhodnutí zmínil a potvrdil samotný Úřad „*bez jakéhokoliv smyslu by na zadavatele kladl formalisticky nepřiměřenou zátěž, neboť zadavatel by byl nucen získat veškeré dokumenty a podklady (vč. protokolů a závěrů technických zkoušek) a tyto následně posoudit, ačkoliv toto posouzení již provedlo ŘSD, jeho postup prošel opakovaným přezkoumáním Úřadu a oprávněnost tohoto postupu byla opakovaně pravomocně potvrzena v rozhodnutích Úřadu (viz k tomu bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí).*“

Další případ oprávněného a důvodného vyloučení účastníka zadávacího řízení byl potvrzen v rozhodnutí Úřadu pod č.j. ÚOHS-04235/2020/522/KČe ze dne 6. února 2020. Pro kontext a jako příklad dobré praxe autorka uvádí, jaké relevantní skutečnosti ve svém rozhodnutí, potažmo oznámení zadavatel uvedl. Zadavatel v první řadě v rozhodnutí o vyloučení označil dva dříve uzavřené smluvní vztahy, při jejichž plnění se navrhovatel dopustil pochybení, která vedla k jejich předčasnému ukončení, a to Smlouvu Praha a Smlouvu Ostrava. Součástí, resp. přílohami rozhodnutí o vyloučení i opravného oznámení o vyloučení, byly přehledné přílohy pojmenované 1A a 1B (ve vztahu k plnění ze Smlouvy Praha) a přílohy 2A a 2B (ve vztahu k plnění ze Smlouvy Ostrava). Obsah uvedených příloh pak tvořil konkrétní chronologický a systematický popis jednotlivých pochybení, kterých se v rámci plnění uvedených smluvních vztahů navrhovatel dopustil, včetně vlastního posouzení jejich intenzity (tj. závažnosti a dlouhodobosti) a z nich vyplývajících důsledků, a dále i jednotlivé reklamace (výtky), které zadavatel navrhovateli zaslal. Zadavatel tak v rozhodnutí o vyloučení navrhovateli vyčerpávajícím způsobem sdělil, z jakých důvodů je zadavatelem považován za nezpůsobilého ve smyslu § 48 odst. 5 písm. d) zákona. Tyto důvody následně Úřad řádně přezkoumal (časový aspekt, intenzita pochybení, kvalifikovaný následek, subjekt smluvního vztahu a prokazatelnost). Ze zjištěných skutečností, které předmětné rozhodnutí rozebírá, bylo pak Úřadu zřejmé, že v průběhu plnění Smlouvy Praha a Smlouvy Ostrava docházelo ze strany navrhovatele opakovaně k pochybením, na které zadavatel reagoval opakovanými písemnými reklamacemi, kdy minimálně ve třech případech přistoupil i k uložení smluvní pokuty, kdy následně situace gradovala natolik, že zadavatele vedla až k odstoupení od předmětných smluv. Na základě těchto skutečností Úřad konstatoval, že mezi vytýkanými pochybeními, uložení sankcí a v závěru odstoupením od Smlouvy Praha ze strany zadavatele spatřil zřejmou příčinnou souvislost, přičemž jak uložení sankce, tak i předčasné ukončení smluvního vztahu nepochybně spadá do kategorií, které zákon přímo označuje jako kvalifikovaný následek. Úřad současně sdělil, že byly naplněny i všechny ostatní výše vyčtené podmínky, a rozhodl, že postup zadavatele byl správný.

Po podrobnější analýze předmětného rozhodnutí lze dojít k závěru, že velmi podstatným aspektem bylo nadměru podrobné uvedení skutečností, které vedly k onomu vyloučení. Zadavatel např. v rozhodnutí, potažmo oznámení uvedl a citoval texty reklamací zadavatele podaných vůči způsobu provádění úklidových prací dodavatelem, ze kterých bylo nesporně zřejmé, v jakém rozsahu a četnosti se dodavatel dopouštěl vad v plnění. Lze tedy kladně vyzdvihnout, že se zadavatel neomezil na neurčité konstatování údajného pochybení dodavatele, ale právě velmi akurátně uvedl snad veškeré relevantní skutečnosti, které odůvodnily jeho Úřadem potvrzený legitimní postup v zadávacím řízení.

Závěrem autorka odkazuje a cituje část rozhodnutí Úřadu pod č.j. R0167/2019/VZ-32866/2019/321/EDO ze dne 28. listopadu 2019, ve kterém Úřad potvrdil správnost a oprávněnost postupu zadavatele, když „...zadavatel dostal podmínkám podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona, pochybení v souladu s tímto ustanovením nejen deklaroval, ale i prokázal v podobě doložených rozsáhlých výtek a stížností, které rozhodně nebyly ojedinělé. Úřad vzal tyto skutečnosti správně při svém posuzování zákonnosti postupu zadavatele v potaz a za daných skutkových zjištění aproboval i fakt, že se jednalo o pochybení závažné intenzity. S tím souvisí také, že Úřad v obou případech zohlednil uplatnění kvalifikovaného právního následku v podobě předčasného ukončení smluvního vztahu a smluvních pokut. Úřad se doložením intenzity pochybení 1 a 3 v podobě řady explicitních špatných zkušeností frekventantů školení, jež našly svůj odraz v sankčních následcích od zadavatele vůči navrhovateli, prokazatelně věcně zabýval a rovněž je i správně právně posoudil, když dal zadavateli za pravdu, že při pochybení 1 a 3 byly naplněny podmínky pro aplikaci důvodu výpovědi navrhovatele z DNS podle § 140 odst. 3 ve spojení s § 48 odst. 5 písm. d) zákona a že zadavatel naplnění těchto podmínek dostatečně prokázal i demonstroval vyvozením adekvátních následků.“

V kontrastu výše uvedené rozhodovací praxe Úřadu zde stojí řada potvrzujících rozhodnutí o nezákonnosti úkonů na straně zadavatelů, kteří svá rozhodnutí o vyloučení účastníků zadávacího řízení před přezkumným orgánem neobhájili. Úřad v několika relevantních rozhodnutích konstatoval, že v souladu se zásadou transparentnosti je pouze takové rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, které je zpětně objektivně přezkoumatelné, a které vylučovanému dodavateli poskytne jednoznačnou informaci o důvodech jeho vyloučení, přičemž skutečnosti v rozhodnutí uvedené musí být „konkrétní, úplné, určité, jednoznačné a objektivně ověřitelné“.³³

³³ rozhodnutí Úřadu pod č.j. S0103/2019/VZ-11886/2019/522/JKR ze dne 26. dubna 2019, bod 61.

V rozhodnutí pod č.j. R0085/2019/VZ-19700/2019/322/LKA ze dne 18. července 2019 Úřad např. konstatoval, že prosté odkazy na jednotlivé úkony, resp. dokumenty, v rámci oznámení o vyloučení by považoval za souladné se zákonem (transparentní) toliko v případě, že by navrhovateli (jakož i zadavateli) byl jednoznačně znám jejich obsah a především, pokud by z obsahu těchto jiných dokumentů a z obsahu rozhodnutí o vyloučení bylo zřejmé naplnění jednotlivých zákonných podmínek vyloučení. Vzhledem k nedostatkům, spočívajících v obecnosti popisu porušení dodavatele, Úřad několikrát v mnoha rozhodnutích potvrdil, že zadavatelé nepopsali a neodůvodnili dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazovali důvody vyloučení účastníka řízení.

Autorka tedy v návaznosti na výše uvedené shrnuje, že rozhodnutí, ve kterých Úřad potvrdil vadný postup zadavatele v souvislosti s vyloučením účastníka zadávacího řízení, se často opakují především z důvodu, že zadavatel pochybení dodavatele zcela nedostatečně popsal, nekonkretizoval a neučil rozhodnutí o vyloučení účastníka objektivně přezkoumatelné, které by současně vylučovanému dodavateli poskytlo jednoznačnou informaci o důvodech jeho vyloučení.

Autorka by proto doporučila zadavatelům zaměřit se při vyhotovení rozhodnutí, resp. oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení na co nejvíce systematické a podrobné odůvodnění daného rozhodnutí, počínaje detailním popisem skutkového stavu, tedy primárně uvedením, jakých smluvních vztahů se dřívější pochybení dodavatele týkalo, a následně svébytné „obhajobě“ každé podmínky (časový aspekt, intenzita pochybení, kvalifikovaný následek, subjekt smluvního vztahu a prokazatelnost) ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, a to v takovém rozsahu, aby každá podmínka byla odůvodněna v alespoň přezkoumatelném rozsahu. Svá tvrzení by pak měl zadavatel podpořit co největším počtem relevantních důkazů, které pochybení dodavatele prokazuje. Jako adekvátní a velmi přínosným prvkem odůvodnění se dle ustálené rozhodovací praxe Úřadu jeví odkaz či předložení podkladů, ze kterých nesporně vyplývá průběh upozornění a řešení vad plnění, jejich reklamací, včetně výzev, popř. dokumentů zaznamenávající uplatnění smluvních či zákonných sankcí. Lze přisvědčit tomu, že v těch případech, kdy své rozhodnutí zadavatel podrobil detailnímu rozboru, Úřad neměl tendence úkon zadavatele zneplatnit, nýbrž potvrdil řádnost postupu zadavatele, který musí vést především k transparentnímu informování odůvodnění úkonu dotčeného dodavatele. Zadavatelé by tak měli vzít v potaz, že pokud se již rozhodnou fakultativní důvod vyloučení aplikovat, musí své rozhodnutí učinit s velkou precizností, pečlivostí a vypracovat takový výstupní dokument, který obstojí ve světle zákona i v případě přezkumu Úřadem.

Závěr

Předkládaná práce se zabývala právní úpravou institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení a byla zaměřena na rozbor úskalí a reálné aplikovatelnosti fakultativního důvodu vyloučení uvedeného v § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. V této práci byla především demonstrována komplikovanost předmětného ustanovení, které v mnohých případech způsobuje nejen veřejným zadavatelům výkladové potíže.

Cíl této diplomové práce byl dle skromného přesvědčení autorky naplněn, neboť závěrem této práce mělo být kritické zhodnocení předmětného institutu a doporučení pro zadavatele, jakým způsobem se s vylučovacím důvodem § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vypořádat, aby i v praxi mělo smysl a naplňovalo jeho zákonný účel.

Následně se autorka podrobně věnovala jednotlivým podmínkám pro aplikaci § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ z hmotněprávního hlediska.

Snahou autorky pak bylo též předloženou rešerší rozhodovací praxe Úřadu nejen zadavatelům osvětlit správný procesní postup při vylučování účastníků zadávacího řízení ale také alespoň částečně odstranit interpretační potíže, které ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ přináší.

Práce je tak kombinací teoretického rozboru, následné kritiky a praktického rozřešení řešené problematiky právní úpravy vyloučení účastníka zadávacího řízení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Ačkoli platnou a účinnou právní úpravu nelze ve vztahu k výše řešené oblasti práva hodnotit výslovně negativně, je zřejmé, že její konstrukce je složitá a obtížně uchopitelná na to, že cílem a záměrem je ochrana významného veřejného zájmu. Na zadavatele jsou kladeny v souvislosti s úkonem vyloučení účastníka poměrně vysoké nároky, přičemž nevyhovění jednotlivých příkazů, sankcionuje Úřad pro ochranu hospodářské soutěže velmi přísně.

Přesto, že za tento neduh nelze vinit samotnou konstrukci právní úpravy, bylo by vhodné, do budoucna přijít s rozumným kompromisem úpravy, která by dle přesvědčení autorky přinesla nejen formální, ale též kvalitativní přínos v oblasti řešené právní úpravy.

Seznam zkratk

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže – Úřad/ ÚOHS

zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek – ZZVZ/zákon

zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách – ZVZ

zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník – OZ

směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání

veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES – evropská směrnice

účastník zadávacího řízení – účastník

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

- JURČÍK, Radek. In: JURČÍK, Radek. Veřejné zakázky a koncese. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- FLAŠKÁR, M., HARNACH, J., JANOUŠEK, M., MĚKOTA, J., PODEŠVA, V., SOMMER, L., VOTRUBEC, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář. Wolters Kluwer. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.
- ŠEBESTA, Milan, NOVOTNÝ, Petr, MACHUREK, Tomáš, DVOŘÁK, David a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, ISBN 978-80-7400-856-6.
- KRČ, Robert, VANĚČEK, Jan. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, ISBN 978-80-7400-834-4.
- DVOŘÁK, David. Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny. V Praze: C.H. Beck, 2014. Právní praxe. ISBN 978-80-7400-518-3.
- DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017
- DĚDEK, V., JELÍNEK, K., STAŇO, R., ŠLESINGER, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz. ISSN 2336-517X.
- OCHRANA, František. Veřejné výdajové programy, veřejné projekty a zakázky: jejich tvorba, hodnocení a kontrola. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011. ISBN 978-80-7357-644-8
- BERGEROVÁ, Eva. Veřejné zakázky v České republice. Praha: Eurolex Bohemia, 2005. ISBN 80-86861-84-8., strana

2. Seznam použitých internetových zdrojů

Masopust, K., Brychtová, R. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. Epravo.cz, 19. 2. 2016

BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. 2017. Epravo.cz.

FLAŠKÁR, Martin a Kristýna TRÁVNIČKOVÁ. VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ PRO NEZPŮSOBILOST DLE § 48 ODS. 5 S DŮRAZEM NA PÍSM. D) ZZVZ [online]. 4.6.2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

DOLEČEK, Marek. Důvody vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. BusinessInfo.cz [online]. 29.08.202 Dostupné z: <https://www.businessinfo.cz/navody/duvody-vyloucen-ucastnika-ze-zadavaciho-rizeni-ppbi/#h-vylou-en-uchaze-e-ve-smyslu-z-kona-o-ve-ejn-ch-zak-zk-ch>

Profousová, Z. Vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost z důvodů dřívějších pochybení nastalých v době pandemie COVID-19. Epravo.cz, 29. 4. 2020

JAN HLAVSA, Jan a Karel KOŠTÁL. Bude moci zadavatel potrestat uchazeče vyloučením ze zadávacího řízení za předchozí špatné zkušenosti s tímto uchazečem?. Epravo.cz [online]. 9. 10. 2015 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/bude-moci-zadavatel-potrestat-uchazece-vyloucenim-ze-zadavaciho-rizeni-za-predchozi-spatne-zkusenosti-s-timto-uchazecem-99176.html>

LARIONOVA, Alena. Vliv na výběr dodavatele neboli skryté 3E v zákoně o zadávání veřejných zakázek. Epravo.cz [online]. 14. 11. 2018 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vliv-na-vyber-dodavatele-neboli-skryte-3e-v-zakone-o-zadavani-verejnych-zakazek-108377.html>

Zakázkový blacklist končí, k vyloučení z tendru postačí špatné zkušenosti. ProfiTender [online]. [cit. 2022-11-19]. Dostupné z: <https://www.profitender.cz/novy-zakon/183-zakazkovy-blacklist-konci-k-vylouceni-z-tendru-postaci-spatne-zkusenosti>

3. Seznam použitých právních předpisů

Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek

Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

Zákon č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím

4. Seznam použité judikatury

Rozhodnutí ÚOHS, 19. 3. 2021, S0414/2020,

Rozhodnutí ÚOHS, 16. 11. 2020, S0253/2020,

Rozhodnutí ÚOHS, 24. 7. 2018, S0198/2018,

Rozhodnutí ÚOHS, 12. 12. 2019, S0376/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 6.9.2019, S0108/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 16. 3. 2020, R0234/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 6.2.2020, S0434/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 28.11.2019, R0167/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 26.4.2019, S0103/2019,

Rozhodnutí ÚOHS, 18.7.2019, R0085/2019

5. Seznam ostatních zdrojů

RAFAJ, PETR, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl. ILHS - Informační listy ÚOHS. 2019, ILHS, rok: 2019
STRUČNÝ PRŮVODCE ZADAVATELE SVĚTEM VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK 2. díl [online]. 5. 12. 2019

Metodika veřejného nakupování: Naplňování principů 3E v praxi veřejného nakupování.