

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Aneta Hourová

**Specifika některých důvodů vyloučení účastníka
zadávacího řízení**

Rigorózní práce

Tematický okruh: Obchodní právo

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 25. 8. 2023

Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 205 194 znaků včetně mezer.

.....

Aneta Hourová

V Praze dne 26. 03. 2024

Obsah

Úvod	1
1. Pojem veřejné zakázky a právo veřejných zakázek	3
1.1. Zadavatel.....	4
1.2. Účastník zadávacího řízení	6
2. Proces zadávání veřejných zakázek	9
2.1. Vyloučení účastníka zadávacího řízení.....	10
2.1.1. Obligatorní důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení.....	14
2.1.2. Fakultativní důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení.....	17
2.2. Porovnání aktuální a předchozí právní úpravy zadávání veřejných zakázek se zaměřením na institut vyloučení účastníka zadávacího řízení.....	25
3. Zákonné podmínky vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jejich podrobný rozbor	30
3.1. Smysl ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a cíl ochrany	39
3.2. Princip 3E a hospodaření s veřejnými prostředky	41
3.3. Relevantní rozhodovací praxe ÚOHS pro ochranu hospodářské soutěže a soudů	42
3.4. Možný střet s právní úpravou nekalé soutěže	51
4. Analýza skutečného využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.....	56
4.1. Statistika aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ v praxi.....	58
4.2. Reálná proveditelnost vyloučení účastníka pohledem zadavatelů.....	61
5. Rozbor nástrojů pro využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ	64
5.1. Evidence nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek	64
5.2. „Blacklist“ vedený Ministerstvem pro místní rozvoj	68
5.3. Shrnutí pozitivních a negativních dopadů využití nástrojů z hlediska nekalosoutěžního jednání v kontrastu s veřejným zájmem na řádném vynakládání veřejných prostředků	71
6. Zamyšlení se de lege ferenda	74
Závěr.....	80
Seznam zkratk.....	82

Seznam použitých zdrojů.....	83
Abstrakt	92
Abstract.....	93

Úvod

Tato rigorózní práce se věnuje velmi úzké právní problematice zadávání veřejných zakázek, konkrétně pak institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení a specifikům některých důvodů vyloučení dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen jako „ZZVZ“). Autorka zvolila předmětné téma s ohledem na novelu právního předpisu upravující zadávání veřejných zakázek z roku 2016, která zakotvila nové důvody umožňující zadavateli zúžit účast v zadávacím řízení o nezpůsobilé dodavatele. Neprobádanost některých nových fakultativních důvodů pak dle autorky způsobuje určité výkladové potíže při jejich aplikaci, které se dosud nepodařilo odstranit ani pomocí rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „ÚOHS“), soudů či metodických pomůcek.

Cílem této práce je přiblížit právní úpravu veřejných zakázek s ohledem na institut vyloučení účastníka zadávacího řízení, popsat a učinit rozbor jednotlivých fakultativních důvodů pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, ale také primárně analyzovat úskalí a specifika fakultativního důvodu vyloučení uvedeného v ustanovení § 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 dle autorky 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 autorka v práci též poukazuje na principy 3E, které jsou s tímto důvodem vyloučení spjaté.

Autorka pro komplexní chápání problematiky práci systematicky dělí na část teoretickou, která má čtenáři přiblížit základní právní rámec zadávacího procesu a současně přehledně čtenáře poučit o taxativně vymezených důvodech vyloučení účastníka zadávacího řízení, včetně jejich rozboru, a část praktickou, která se již konkrétně věnuje podrobnému analytickému a kritickému posouzení ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a související rozhodovací praxi ÚOHS pro ochranu hospodářské soutěže. Pro bližší pochopení rozebírané problematiky autorka porovnává současnou a minulou právní úpravu zadávání veřejných zakázek, a to s ohledem na neexistenci komplexní úpravy vyloučení účastníka ze zadávacího řízení (v jistých aspektech) ve staré úpravě a pohledu možné proveditelnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení v praxi dle úpravy aktuální.

Dle autorky je vhodné v této práci také zodpovědět otázku, jakým způsobem je úkon zadavatele dle ustanovení § 48 odst. 5. písm. d) ZZVZ v praxi proveditelný, když naráží v

praktické rovině na střet úpravy (a zásad) ZZVZ a na ustanovení o kvalitativní ochraně soutěže (nekalá soutěž). Autorka proto v této práci upozorňuje na mantinely aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Současně autorka upozorňuje, že 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 veřejným zadavatelům správný postup při vyloučení činí mnohdy nemalé obtíže. Dle aktuální rozhodovací praxe ÚOHS je k úspěšnému využití fakultativního důvodu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nutné unést důkazní břemeno a prokázat pochybení vylučovaného dodavatele. Mnohá vyloučení účastníků zadávacího řízení tak pro zadavatele skončila neúspěšně v řízení před ÚOHS z důvodů, které autorka rozebírá níže.

Cílem práce je tedy objasnit obecné podmínky a následný postup při vyloučení účastníka z fakultativního důvodu dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ de lege lata se zamyšlením nad přístupem de lege ferenda, a autorka tak v neposlední řadě nastiňuje i možnosti změn, které by dle jejího názoru mohly vést k více bezproblémové interpretaci a aplikaci komentovaného ustanovení ZZVZ.

Praktická část rigorózní práce je pak také věnována rozboru a představení některých praktických nástrojů, které zákon předpokládá pro reálné využití institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. ZZVZ. Od účinnosti ZZVZ se napříč internetovým prostředím objevilo několik poskytovatelů služeb, jakožto provozovatelů nástrojů, které měly pravděpodobně za cíl sjednotit evidence pochybení nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek a propojit tak veřejné zadavatele za účelem poskytovat si vzájemně součinnost při předávání informací o těchto nespolehlivých subjektech. V návaznosti na představení těchto nástrojů autorka analyzuje, jaká pozitiva a negativa s sebou může takovýto nástroj nést, zejména se zájmem na řádném vynakládání veřejných prostředků, přičemž se autorka zamýšlí nad rámec tématu i o možných dopadech na hospodářskou soutěž. Tyto nástroje jsou pak nazývány též jako registry či blacklisty.

Autorka pro naplnění vytyčených cílů využívá především odborné komentářové literatury, české i zahraniční právní úpravy, judikatury, rozhodnutí ÚOHS, odborných časopisů, internetových zdrojů, metodik, dotazníkového šetření a v neposlední řadě také z osobní zkušenosti. Autorka pro svou práci zvolila jako metody práce především literární rešerši, analýzu, deskripci a komparaci. Závěr práce je věnován kritickému zhodnocení autorky, které by mělo podat jasný pohled na řešenou problematiku.

1. Pojem veřejné zakázky a právo veřejných zakázek

Základním pojmem, se kterým je třeba se pro účely této práce seznámit, je pojem veřejná zakázka. Na vymezení pojmu veřejná zakázka lze pohlížet ze dvou poměrně odlišných, přesto propojených hledisek. Veřejnou zakázku lze nejobecněji v rovině právní charakterizovat jako zakázku zpravidla financovanou z veřejných zdrojů, realizovanou na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo provedení stavebních prací.¹ V rovině ekonomické veřejné zakázky představují významný alokační institut veřejných zdrojů.²

Vymezení zakázky jako veřejné zakázky má význam především v souvislosti se zákonnou povinností zadavatele zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení.³

Při zadávání veřejné zakázky v zadávacím řízení tak můžeme hovořit o zvláštním kontraktačním procesu, upraveném ZZVZ, a to mezi subjektem, který naplňuje zákonnou definici zadavatele, a subjektem, který plnění poskytuje, tedy dodavatelem. Pojem veřejné zakázky tedy nelze ztotožňovat s regulérní smlouvou či běžným obchodním případem.⁴

Oproti předchozí právní úpravě v zákoně č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“), který legální definici veřejné zakázky obsahoval, v ZZVZ nalezneme pouze definici odvozenou, a to v ustanovení § 2 ZZVZ: „Zadáním veřejné zakázky se pro účely tohoto zákona rozumí uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, z níž vyplývá povinnost dodavatele poskytnout dodávky, služby nebo stavební práce.“⁵ Konání veřejné zakázky se současně musí uskutečňovat za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Přesto, že tento účel není v zákoně o zadávání veřejných zakázek výslovně vyjádřen, je dovozován judikaturou.⁶

ZZVZ nám současně vymezuje, co veřejnou zakázkou není. „Za zadání veřejné zakázky se nepovažuje uzavření smlouvy, kterou se zakládá pracovněprávní nebo jiný obdobný vztah, nebo smlouvy upravující spolupráci zadavatele při zadávání veřejné zakázky podle § 7 až 12, § 155, 156, 189 a 190.“⁷

¹ PLÍVA, Stanislav. Veřejná zakázka. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právníký slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

² OCHRANA, František. *Zadávací řízení, hodnocení a kontrola veřejných zakázek: (ekonomická analýza)*. Praha: Ekopress, 2008, s. 7.

³ SECHTEROVÁ, Jaroslava. *Průvodce zákonem o veřejných zakázkách*. Praha: Bova Polygon, 2005, s. 19.

⁴ JURČÍK, Radek. *Zadávací řízení veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 43.

⁵ § 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁶ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, sp. zn. 5 Afs 43/2012.

⁷ § 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

Právo veřejných zakázek bylo historicky řazeno do práva finančního, respektive rozpočtového, neboť úprava veřejného investování byla a stále je jeho markantním cílem. Právo veřejných zakázek je pak nepochybně spjaté s právem občanským, nejvíce pak se zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen jako „OZ“), který upravuje obecný postup k uzavírání smluv, ale který je však ve vztahu k ZZVZ v poměru subsidiarity. Subsidiární použití OZ lze dovolit z ustanovení § 9 odst. 2 OZ, které stanoví, že soukromá práva a povinnosti majetkové povahy se řídí OZ v tom rozsahu, v jakém je neupravují jiné právní předpisy.⁸ Rovněž je možné pojmout právo veřejných zakázek jako oblast správního práva, a to s ohledem na správní přezkum postupu zadavatele.

Konkrétní podmínky kontraktace pak upravuje ZZVZ, který můžeme řadit do práva obchodního. S tímto pak také úzce souvisí právo hospodářské soutěže, jež upravuje některé zásady veřejného zadávání.⁹ V neposlední řadě právo veřejných zakázek souvisí s právem Evropské unie, které v této oblasti sjednocuje vnitřní trh, pomocí evropských směrnic.¹⁰

Lze tak shrnout, že právo veřejných zakázek je regulováno nejen předpisy veřejného práva, ale práva soukromého, které je současně dotvářeno právem evropským.

1.1. Zadavatel

Zadavatele lze považovat bezesporu za klíčovou postavu celého procesu zadávání veřejné zakázky, neboť je to právě osoba zadavatele, která iniciuje její konání.

Koho za zadavatele považovat, nám pak v podobě podrobného výčtu sděluje jedno z úvodních ustanovení ZZVZ. Toto ustanovení § 4 ZZVZ vymezuje osobní působnost, a tedy stanovuje okruh osob, resp. zadavatelů, na které se ZZVZ vztahuje při postupu zadávání veřejné zakázky. „*Správné a jednoznačné určení okruhu osob spadajících pod pojem zadavatele, tedy osob, které jsou povinny se zákonem řídit a na něž dopadají jednotlivá práva a povinnosti předmětné právní úpravy, je fundamentální.*“¹¹ Jinak řečeno, pokud osoba definici zadavatele dle ustanovení § 4 nenaplnuje, pak se na takovou osobu ZZVZ neuplatní a nelze ho za zadavatele ve smyslu ZZVZ ani označit.

⁸ TICHÁ, Monika. Dvořák, D. Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. *Bulletin advokacie* [online]. 11. 10. 2015 [cit. 2023-08-16]. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/smluvni-vztahy-ve-verejnych-zakazkach>

⁹ JURČÍK, Radek. Správněprávní, finančněprávní, obchodněprávní a evropské aspekty právní úpravy veřejných zakázek. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 57.

¹⁰ BUREŠOVÁ, Kateřina: Principy veřejného zadávání v EU. *Obchodní právo*. 2017, roč. 26, č. 4, s. 132–133.

¹¹ ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 4 [Zadavatel]. In: ŠEBESTA Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 27.

Konkrétně pak jako nejširší skupinu ZZVZ rozeznává zadavatele veřejného (ustanovení § 4, odst. 1 ZZVZ) jehož definice se díky velké novele ZZVZ účinné od 16. 7. 2023 (dále jako „velká novela“) změnila, kdy jsou organizační složky státu nově z hlediska legální definice v rámci ZZVZ při zadávání veřejných zakázek provozními jednotkami s funkční samostatností. Změna má dle názoru autorky směřovat mimo jiné k podpoře možné vertikální spolupráce. Dále ZZVZ rozeznává zadavatele dotovaného (ustanovení § 4, odst. 2 ZZVZ doplněné o odstavec 6 předmětného ustanovení, které nově po velké novele zužuje definici dotovaného zadavatele), sektorového (ustanovení § 4, odst. 3 ZZVZ) a nakonec dobrovolného zadavatele, tedy osobu, jež zahájila zadávací řízení dle ZZVZ, i když k tomu nebyla povinna (ustanovení § 4 odst. 5 ZZVZ).¹²

Zadavatel tak může být optikou zmíněného právního předpisu jakákoli fyzická nebo právnická osoba, která naplňuje definici zadavatele, resp. je podřaditelná pod některou z kategorií zadavatelů vymezených ve výčtu ustanovení § 4 ZZVZ výše uvedeného, jež je současně výčtem taxativním.¹³

Pro větší praktickou představu, kdo je zadavatelem, lze poukázat na odborný příspěvek v informačním listu ÚOHS s názvem „Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, díl 1.“, bývalého předsedy ÚOHS Petra Rafaje, který úvodem zmiňuje, že základní rozdíl mezi zadavatelem a „nezadavatelem“ spočívá zejména v tom, že zatímco „nezadavatel“ své potřeby zajišťuje s využitím vlastních soukromých finančních zdrojů, zadavatel naopak na tyto potřeby vynakládá prostředky veřejné. Dle bývalého předsedy právě tato skutečnost ze zadavatele logicky činí specifický subjekt, který právě s ohledem na to, že nakládá s veřejnými prostředky, nemůže při kontraktačních procesech jednat zcela podle své libovůle. Dle Petra Rafaje je tomu tak logicky zejména proto, že: *„zatímco ten, kdo „utrácí“ své vlastní prostředky, je k jejich hospodárnému vynakládání motivován již tímto samotným faktem (nikdo nechce ochuzovat sám sebe), při vynakládání veřejných prostředků již taková motivace přinejmenším není automatická.“*¹⁴

Lze tedy vyvodit závěr, že právní řád zadavatele svazuje a omezuje v tom smyslu, aby se veřejné prostředky vynakládaly v zásadě pouze na základě veřejné soutěže (largo sensu), ve které je ideálně pluralita dodavatelů nabízející svá plnění, a tato plnění veřejný zadavatel pořizuje za ekonomicky nejvýhodnějších podmínek.

¹² HORKÝ, Michal. *Možnosti efektivního zadávání veřejných zakázek z hlediska právní regulace v České republice*. Praha, 2017. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a finanční vědy. Vedoucí práce Radim Boháč.

¹³ Tamtéž, s. 27.

¹⁴ RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019, s. 4.

1.2. Účastník zadávacího řízení

Druhou ústřední postavou v procesu zadávání veřejné zakázky na druhé straně spektra je právě dodavatel, resp. účastník zadávacího řízení, pro kterého představuje trh veřejných zakázek šanci k ekonomické realizaci.¹⁵ V rámci problematiky řešené touto prací je nutné vymezit pojem účastníka zadávacího řízení v takové rovině, aby čtenář plně chápal a porozuměl, v jakém časovém okamžiku se jím dodavatel stává a v jakém momentu jím být přestává.

Dodavatel je totiž pojem obecnější než účastník zadávacího řízení, a proto platí, že účastníkem zadávacího řízení je vždy dodavatel, ne však naopak.¹⁶

Výstižnou definici nám nabízí komentářová literatura od kol. Šebesta, Novotný, Machurek a Dvořák: „*Účastník zadávacího řízení je pojem odvozený od pojmu dodavatel a může se jím stát pouze dodavatel. Dodavatelem se dle § 5 ZZVZ rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací.*“¹⁷ Za účastníka zadávacího řízení můžeme tedy označit osobu, která participuje na zadávacím řízení a jeho účast vzniká v zákonem specificky určeném okamžiku.

Z dikce ustanovení § 47 odst. 1 písm. a), b) a c) ZZVZ vyplývá, že je taxativně stanoven okamžik, kdy se dodavatel stává účastníkem zadávacího řízení. Nejčastěji se tak stane, když účastník zadávacího řízení projeví svůj zájem na veřejné zakázce podáním žádosti o účast či nabídky, ale také v případě, kdy účastník zadávacího řízení zahájí jednání se zadavatelem, a to v případech, kdy ZZVZ s jednáním počítá a je přípustné, a nakonec v případě vyjádření předběžného zájmu okamžikem doručení vyjádření předběžného zájmu dodavatele zadavateli.

Kladně lze vyzdvihnout, že oproti předchozí úpravě již ZZVZ nerozlišuje mezi uchazečem a zájemcem, naopak užívá jednotný termín „účastník zadávacího řízení“.¹⁸

Právě s ohledem na téma této rigorózní práce je stěžejní vymezit taktéž i časový okamžik, kdy účast účastníkovi v zadávacím řízení zaniká.

Právní úprava také enumerativně stanoví, v jakých případech zaniká účastníkovi účast v zadávacím řízení. Tyto případy lze rozdělit do tří kategorií. První kategorie zániku

¹⁵ JURČÍK, Radek. *Zadávací řízení veřejných zakázek v praxi*. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 56.

¹⁶ JURČÍK, Radek. Kapitola VI [Dodavatel, uchazeč a zájemce o veřejnou zakázku (čl. 1–11)]. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 323.

¹⁷ ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 47 [Účastník 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. 370.

¹⁸ KRČ, Robert – VANĚČEK Jan. § 47 [Účastník zadávacího řízení]. In: KRČ, Robert – VANĚČEK Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 275, marg. č. 1.

účastenství v zadávacím řízení je z důvodu aktivního jednání zadavatele, typicky vyloučením. Druhá kategorie zániku účastenství je v důsledku uplynutí lhůty k podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, pokud žádost o účast, předběžná nabídka nebo nabídka nebyla účastníkem ve lhůtě podána, a třetí kategorie zániku účastenství je ve volní dispozici dodavatele, tedy například, když účastník odstoupí ze zadávacího řízení za podmínek, které autorka rozebírá dále.

V případě první kategorie zaniká účast v zadávacím řízení v okamžiku, kdy účastníkovi marně uplynula lhůta pro podání námitek proti vyloučení, nebo se účastník práva podat námitky vzdal.¹⁹ K institutu námitek lze stručně sdělit, že se jedná o zákonem předvídaný způsob obrany účastníka proti nesprávnému postupu zadavatele.²⁰ V případě, že účastník zadávacího řízení, proti úkonu zadavatele spočívajícím ve vyloučení námitky podá, váže se zánik jeho účasti na běh, resp. uplynutí lhůt, které s jeho podáním souvisí. Jedná se o situaci, kdy zadavatel po přezkoumání námitek dojde k závěru, že námitky stěžovatele nejsou důvodné, či nesplňují procesní náležitosti dle ustanovení § 244 ZZVZ, a v souladu s ustanovením § 245 odst. 2 nebo 3 ZZVZ tyto námitky odmítne, zaniká účastníkovi účast v zadávacím řízení po uplynutí 10denní lhůty ode dne obdržení rozhodnutí zadavatele o odmítnutí námitek. To ale platí pouze v případě, že účastník nepodá dále návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. V praxi současně může nastat situace, kdy zadavatel o námitkách účastníka zadávacího řízení nerozhodne ve lhůtě předepsané zákonem (do 15 dnů od doručení námitek), pak účastníkovi účast v zadávacím řízení zaniká po uplynutí 25denní lhůty ode dne odeslání jeho námitek zadavateli, a to v případě, že účastník nepodá návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Pokud by ovšem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele na základě návrhu vyloučeného účastníka zadávacího řízení bylo zahájeno podle ustanovení § 251 odst. 1 ZZVZ, zaniká účast v zadávacím řízení danému účastníkovi, resp. navrhovateli až po nabytí právní moci rozhodnutí ÚOHS o zastavení správního řízení nebo zamítnutí návrhu.²¹

Druhá kategorie zániku účastenství je vázána na běh lhůt k podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, kdy zaniká účast účastníkům zadávacího řízení, kteří žádost o účast, předběžnou nabídku nebo nabídku nepodali. Marným uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžné nabídky nebo nabídky může určité osobě zaniknout účast v zadávacím řízení jen v takovém případě, že v zadávacím řízení této osobě dříve účastenství

¹⁹ POREMSKÁ, Michaela. *Veřejné zakázky: právní minimum při jejich zadávání*. Olomouc: ANAG, 2014, s. 35.

²⁰ ČIHULA, Tomáš – FORÝTEK Michal. *Veřejné zakázky: aktuální vývoj v otázce běhu lhůt pro podání námitek proti úkonům zadavatele*. *Bulletin advokacie*, 2010, č. 7–8, s. 52–53.

²¹ DVOŘÁK, David – MACHUREK Tomáš – NOVOTNÝ Petr – ŠEBESTA Milan a kol. § 47 [Účastník 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. 290.

platně vzniklo, tedy například v zadávacím řízení, které bylo zahájeno předběžným oznámením, neboť u těchto řízení vzniká účast v zadávacím řízení okamžikem vyjádření předběžného zájmu.²²

Třetí kategorie zániku účastenství je v dispozici účastníka. Jedná se o případy, kdy účastník z vlastní vůle odstoupí ze zadávacího řízení. V této souvislosti je ale nutné rozlišovat ta zadávací řízení, kde zadavatel nevyužil své zákonné možnosti stanovit zadávací lhůtu, neboť v těchto případech je odstoupení účastníka přípustné. V opačném případě, tedy pokud v zadávacím řízení byla stanovena zadávací lhůta, tedy lhůta, po kterou nelze ze zadávacího řízení odstoupit, jednalo by se ze strany účastníka o jednání neplatné dle ustanovení § 580 odst. 1 OZ.²³ Jinými slovy, pokud zadavatel v zadávacím řízení zadávací lhůtu stanovil, platí, že žádný z účastníků zadávacího řízení není po dobu jejího běhu oprávněn ze zadávacího řízení odstoupit.

Autorka nad rámec výše uvedených případů zániku účastenství též bere z povahy věci v potaz okamžik ukončení zadávacího řízení. Přestože tento případ není v zákoně explicitně uveden jako důvod zániku účastenství, je zcela přirozeným důsledkem ukončení zadávacího řízení.

V neposlední řadě je vhodné zmínit, že postavení účastníka zadávacího řízení dodavateli především rozšiřuje možnosti jeho obrany proti postupu zadavatele, neboť mu zákon poskytuje obranné nástroje (například právě v podobě námitek), kterými může brojit proti úkonům zadavatele bez větší limitace. Současně má zadavatel vůči účastníkům přísnou informační povinnost a je jeho odpovědnost, aby byli v rámci zadávacího řízení plně seznámeni s jeho průběhem a výsledky. Lze tedy shrnout, že institut účastenství tak obecně výrazně posiluje pozici dodavatele v konkrétním zadávacím řízení.²⁴

²² ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 47 [Účastník 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. 373.

²³ Tamtéž, s. 372.

²⁴ DĚDEK, Vojtěch – JELÍNEK Kamil – STAŇO Richard – ŠLESINGER Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.

2. Proces zadávání veřejných zakázek

Procesem zadání veřejné zakázky se obecně rozumí zvláštní postup, který vede k uzavření smlouvy. V první řadě je opět nutné připomenout, že zajištění dodávky, stavby nebo služby, hrazených z veřejných financí není kontraktačním procesem zcela běžným, nýbrž podstatně formalizovanějším. Ačkoliv zadavatel s dodavatelem uzavírá smluvní závazek dle soukromoprávního předpisu, proces k tomuto kontraktu podléhá veřejnoprávní úpravě.

Dle bývalého předsedy ÚOHS, Ing. Petra Rafaje 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.*“²⁵

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 administrativně náročné. Zadavatel je současně tím, kdo volí, v jakém druhu zadávacího řízení bude veřejná zakázka zadána.²⁶

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, volba druhu zadávacího řízení a následné určení zadávacích podmínek veřejné zakázky, a to zejména s ohledem na předmět plnění, které zadavatel pořizuje. Bude se tedy jednat zejména o stanovení kvalifikačních požadavků, stanovení hodnotících kritérií, přípravu smlouvy a další. Tato fáze by pak měla být zakončena zhmotněním všech těchto představ a požadavků zadavatele do dokumentů, jež se souhrnně nazývají zadávací dokumentací.²⁷ Tato fáze probíhá, jak již bylo uvedeno výše, před samotným zahájením zadávacího řízení, ale fakticky trvá až do uplynutí lhůty pro podání nabídek, neboť až do tohoto okamžiku může zadavatel se zákonnou limitací zadávací podmínky upravovat a měnit. Změna a úprava zadávacích podmínek je apriori přípustná a v mnohých případech nezbytná a žádoucí, avšak musí být provedena vždy podle striktně určených pravidel ZZVZ.

²⁵ RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019, s. 2.

²⁶ RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 2. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019, s. 3.

²⁷ Tamtéž.

„Druhou fází lze označit za „zadávací řízení v užším slova smyslu“ a jedná se o realizaci vlastního zadávacího řízení.“²⁸ 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, 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.

Závěrem je nutno podotknout, že všechny fáze zadávacího řízení, včetně veškerých úkonů zadavatele, musí být v souladu s čtveřicí základních zásad, které představují generální klauzule, na kterých stojí právní úprava zadávání veřejných zakázek, a to konkrétně se zásadou transparentnosti, rovného zacházení, přiměřenosti a zákazu diskriminace.²⁹ V potaz je nově nutné brát i zásady sociálně odpovědného zadávání, environmentálně odpovědného zadávání a inovací.

2.1. Vyloučení účastníka zadávacího řízení

V návaznosti na úvodní kapitolu, je vhodné konstatovat, že proces zadávání veřejných zakázek je limitován přísnými procesními mantinely.

Institut vyloučení účastníka zadávacího řízení po přijetí ZZVZ a jeho následujících novel dle autorky představuje mimo jiné také „záchrannou brzdu“ před neefektivním a nevhodným vynakládáním veřejných prostředků, což by zcela jistě bylo proti smyslu samotného zadávacího řízení.

Dle názoru Kamila Jelínka je vyloučení účastníka zadávacího řízení krokem zadavatele, což 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

²⁸ RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019, s. 8.

²⁹ DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 19.

pochopitelně i na vyloučeného účastníka samotného, který přišel o možnost v zadávacím řízení uspět a veřejnou zakázku získat.³⁰

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.³¹ Ačkoliv stěžejní ustanovení, které stanoví důvody pro vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, představuje ustanovení § 48 ZZVZ, další důvody pro vyloučení zákon vymezuje i v jiných ustanoveních, což působí nekoncepčně.

Ve většině případů ustanovení upravující vyloučení účastníka, tedy právě ustanovení § 48 ZZVZ, formuluje důvody vyloučení jako možné, nikoliv povinné.³² Jak již bylo konstatováno výše, možnost, resp. povinnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení zadavatele je upravena i v dalších ustanoveních ZZVZ. Například v rozhodnutí ÚOHS pod sp. zn. S0218/2018 ze dne 25. 7. 2018 bylo konstatováno, že výčet důvodů k vyloučení v ustanovení § 48 ZZVZ není úplný, neboť ZZVZ upravuje možnost vyloučení účastníka zadávacího řízení i na jiných místech, a přehledně uvádí výčet těchto dalších důvodů: „V § 48 odst. 8 a 9 zákon stanoví povinné důvody pro vyloučení u vybraného dodavatele. Další povinné důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení jsou zakotveny v ustanoveních § 58 odst. 3 § 61 odst. 5, § 68 odst. 4, § 72 odst. 4, § 88 odst. 2, § 107 odst. 5, § 112 odst. 4, § 113 odst. 6, § 121 odst. 1 písm. b), § 122 odst. 4, § 139 odst. 6, § 146 odst. 4, § 163 odst. 1 a § 180 odst. 3. Tyto další důvody však jsou stanoveny v dalších částech zákona, a proto se využijí jen pro ty postupy, se kterými souvisejí.“

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

Zadavatel je povinen obecně, a tedy i při rozhodování o vyloučení či nevyloučení účastníka ze zadávacího řízení v těch případech, kdy je vyloučení na straně zadavatele fakultativní, dodržet základní zásady stanovené v ustanovení § 6 ZZVZ, tedy zejména zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tuto tezi obecně potvrzuje výrok v rozhodnutí

³⁰ DĚDEK Vojtěch – JELÍNEK Kamil – STAŇO Richard – ŠLESINGER Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.

³¹ Tamtéž.

³² MASOPUST, Karel – BRYCHTOVÁ Renata. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. *Epravo.cz* [online]. 19. 2. 2016 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/kratke-zamysleni-nad-duvody-vedoucimi-k-vyloucení-ucastníka-ze-zadavaciho-řízení-dle-noveho-zákona-100518.html>

Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25. 4. 2012, sp. zn. 15 Ca 89/2009, 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 při dodržení několika zákonem stanovených podmínek. Konkrétním podmínkám vyloučení účastníka zadávacího řízení, včetně jednotlivých důvodů, se autorka z hlediska hmotného práva věnuje níže.

Z procesněprávního hlediska je zadavatel především povinen bezodkladně po učinění svého rozhodnutí odeslat prostřednictvím elektronického nástroje 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 důvodu vyloučení.³³

Nedostatečné odůvodnění vyloučení účastníka zadávacího řízení dle četné rozhodovací praxe ÚOHS zpravidla způsobí, že takovýto úkon zadavatele ÚOHS nebude považovat za úkon provedený v souladu se ZZVZ, a základními zásadami zadávacího řízení, a to 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 konstatovat, že právě ÚOHS striktně rozhoduje, 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 o vyloučení a učinit jej znovu v souladu s požadavky ZZVZ.

Konkrétně lze odkázat např. na rozhodnutí ÚOHS sp. zn. R0150/2019 ze dne 11. 11. 2019, ze kterého vyplývá, že z odůvodnění musí vyloučený účastník rozpoznat, jakého pochybení se dopustil, tzn. zadavatel musí podrobně v rozhodnutí uvést všechny skutečnosti a argumenty, které ho vedly k rozhodnutí účastníka vyloučit. Odůvodnění má být jasné, srozumitelné a konkrétní, a musí být z něj patrné, na základě čeho k tomuto rozhodnutí dospěl a na základě čeho jej uskutečnil. Pokud by zadavatel v oznámení pouze stručně a bez

³³ 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. 394.

specifikace a jasných konkrétních důvodů konstatoval vyloučení účastníka, ÚOHS by takové rozhodnutí zrušil, jak například učinil v rozhodnutí pod sp. zn. S0503/2018 ze dne 8. 2. 2019.

Dále je nutné zdůraznit, že porušení povinnosti zadavatele v podobě nezákonného vyloučení účastníka zadávacího řízení nelze následně zhojit vysvětlením zadavatele v rozhodnutí o námitkách, jak vyplývá např. z rozhodnutí ÚOHS pod sp. zn. S0425/2017 ze dne 5. 12. 2017. V předmětném rozhodnutí předseda ÚOHS vyjádřil své stanovisko k uvedené problematice a mimo jiné odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen jako „NSS“) č. j. 2 Afs 23/2013 – 39 ze dne 20. 5. 2014 (ačkoliv se závěry uvedené v citovaném rozsudku vztahují k dnes již neúčinnému ZVZ, lze je bezpochyby vztáhnout i k nyní účinné právní úpravě): *„Rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení, jakkoli při jeho vydání nevystupuje zadavatel vůči uchazeči ve vrchnostenském postavení, musí dostát požadavkům uvedeným v § 76 odst. 6 ZVZ, tedy musí obsahovat důvody vyloučení a musí být vylučovanému uchazeči písemně oznámeno. Tyto povinnosti úzce souvisí s právem uchazeče bránit se proti svému vyloučení námitkami (§ 110 an. ZVZ) a posléze, nevyhoví-li zadavatel, také návrhem na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele u stěžovatele (§ 114 ZVZ). (...) Aby tak mohl učinit, musí uchazeč znát v dostatečně podrobné míře důvody, pro které zadavatel postupoval zvoleným způsobem. Je potom logické, že nelze připustit, aby zadavatel absentující důvody dodatečně prezentoval teprve v rozhodnutí o námitkách proti svému úkonu. (...) Požadavek § 76 odst. 6 ZVZ, aby byl vyloučený uchazeč seznámen s důvody svého vyloučení, má proto vliv na podobu jeho dalších procesních kroků, a to jednak na obsah námitek proti rozhodnutí o vyloučení, jednak na obsah následného návrhu na zahájení správního řízení o přezkumu úkonů zadavatele.“*

Lze tak závěrem konstatovat, že je zadavatel povinen v oznámení o vyloučení uvést konkrétní zákonný důvod či důvody, pro které účastníka ze zadávacího řízení vylučuje, a naplnění tohoto důvodu jasně, srozumitelně, jednoznačně a určitě pro účastníka zadávacího řízení, potažmo orgán dozoru, odůvodnit.

V odůvodnění pak musí být uvedeny konkrétní skutečnosti, které má zadavatel v okamžiku rozhodnutí o vyloučení postavené najisto a u kterých má zadavatel naplnění podmínek pro vyloučení účastníka za prokázané.³⁴

³⁴ DĚDEK, Vojtěch – JELÍNEK Kamil – STAŇO Richard – ŠLESINGER Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12].

2.1.1. Obligatorní důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení

Obligatorní důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení jsou takové důvody, kdy při jejich naplnění zadavatel není pouze oprávněn, ale přímo povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit.

Jedná se o tyto případy:

1. neprokázání složení požadované jistoty nebo nezajištění jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty (ustanovení § 48 odst. 3 ZZVZ se po velké novele stalo fakultativním a obligatorním pouze v případě vybraného dodavatele dle § 48 odst. 3 písm. b) ZZVZ),
2. povinné důvody pro vyloučení u vybraného dodavatele (ustanovení § 48 odst. 8 a 9 ZZVZ),
3. vyloučení účastníků při neprokázání kvalifikace při užším řízení (ustanovení § 58 odst. 3 ZZVZ),
4. vyloučení účastníků při neprokázání kvalifikace nebo nevybraných účastníků v jednacím řízení s uveřejněním (ustanovení § 61 odst. 5 ZZVZ),
5. vyloučení účastníků při neprokázání kvalifikace nebo nevybraných účastníků v jednacím řízení s uveřejněním (ustanovení § 68 odst. 4 ZZVZ),
6. vyloučení při nesplnění zadávacích podmínek nebo při snížení počtu účastníků při řízení o inovačním partnerství (ustanovení § 72 odst. 4 ZZVZ),
7. negativní změna kvalifikace (podrobnosti viz ustanovení § 88 odst. 2 ZZVZ),
8. podání více nabídek (ustanovení § 107 odst. 5 ZZVZ),
9. vyloučení účastníků, jejichž předběžné nabídky nebo řešení nebyly vybrány (ustanovení § 112 odst. 4 ZZVZ),
10. prokázaná mimořádně nízká nabídková cena dle ustanovení § 113 odst. 6 (§ 48 odst. 4 ZZVZ),
11. elektronická aukce (ustanovení § 121 odst. 1 písm. b) ZZVZ),
12. nepředložení dokladů dle zadávacích podmínek nebo negativní výsledek zkoušek u vybraného dodavatele (ustanovení § 122 odst. 7 ZZVZ),
13. vyloučení při nesplnění podmínek zadávacího řízení v dynamickém nákupním systému (ustanovení § 139 odst. 6 ZZVZ),
14. vyloučení při nesplnění soutěžních podmínek a při snížení počtu účastníků soutěže o návrh (ustanovení § 146 odst. 4 ZZVZ),

15. snížení počtu účastníků u sektorových veřejných zakázek (ustanovení § 163 odst. 1 ZZVZ), a

16. snížení počtu účastníků nebo počtu předběžných nabídek v koncesním řízení (ustanovení § 180 odst. 3. ZZVZ).³⁵

Prvně zmíněný důvod (ustanovení § 48 odst. 3 ZZVZ), který autorka pro zajímavost blíže rozebírá, se týká neprokázání či nezajištění jistoty. Tento důvod prošel po velké novele podstatnou změnou.

Smyslem požadavku jistoty je zajistit vázanost účastníka zadávacího řízení nabídkou a jeho součinnost při uzavírání smlouvy.³⁶ Bylo proto dle názoru autorky logické, že před účinností velké novely její neprokázání či nezajištění po celou dobu trvání zadávací lhůty mělo za následek vyloučení daného (nejen vybraného) účastníka ze zadávacího řízení, neboť by v soutěži vznikla flagrantní nerovnost mezi účastníky, kteří jistotu, mnohokrát v nemalých finančních hodnotách, složili a svou vázanost v řízení tímto prokázali, a těmi účastníky, kteří takto neučinili.

V souvislosti s touto problematikou dříve vyvstávala otázka (a dle autorky je stále aktuální), zda bylo možné doklad či informaci o složení jistoty prostřednictvím výzvy dle ustanovení § 46 ZZVZ nechat od účastníka dodatečně doplnit.³⁷ Komentářová literatura ohledně této problematiky docházela k rozdílným názorům. Dle Šebesty, Novotného, Machurka, Dvořáka a kol. informace nebo doklad o složení jistoty musela být vždy součástí nabídky, a to v okamžiku podání nabídky. Zadavatel tak nemohl dle názoru tohoto odborného kolektivu v případě chybějícího dokladu či údaje k prokázání složení jistoty v nabídce využít možnosti dané ustanovením § 46 ZZVZ a požádat účastníka o doplnění tohoto dokladu. Naopak dle názorů Lašáře, Harnacha, Janouška, Měkoty, Podešvy, Sommera a Votrubce ustanovení § 46 ZZVZ ani žádné jiné ustanovení ZZVZ nevyklučovalo, aby zadavatel, pokud účastník nepředložil doklad prokazující složení jistoty dle ustanovení § 41 odst. 4 ZZVZ, před vyloučením takového účastníka nejprve nevyzval k předložení dokladu prokazujícího složení jistoty postupem dle ustanovení § 46 ZZVZ. Dle tohoto odborného kolektivu nešlo též usuzovat, že by dokladem doplněným na základě výzvy dle ustanovení § 46 ZZVZ

³⁵ 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. 280, marg. č. 3.

³⁶ ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 41 [Jistota]. In: ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 308.

³⁷ DERKOVÁ, Romana – VAŇOVÁ Mária. Méně formalistických vyloučení – rozšířená možnost objasnění a doplnění nabídky v novém ZZVZ. *Epravo.cz* [online]. 18. 12. 2015 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/mene-formalisticky-vylouceni-rozsirena-moznost-objasneni-a-doplneni-nabidky-v-novem-zzvz-99928.html>.

prokazujícím složení jistoty mohlo docházet přímo či nepřímo ke změně nebo doplnění nabídky v rozsahu relevantním z hlediska hodnocení nabídek.

Autorka se ohledně této problematiky přiklání k názoru prvně zmíněného kolektivu, neboť se opírá o v aktuální rozhodovací praxi ÚOHS, která liberálnější výklad nepodpořila, a na možnost případné aplikace žádosti o doložení dle ustanovení § 46 nahlíží spíše kriticky.

Zadavatel byl současně povinen ověřovat složení jistoty vůči všem účastníkům zadávacího řízení, a nikoliv jen vůči vybranému dodavateli, a to po celou dobu trvání zadávací lhůty.³⁸ Právě tato skutečnost se po velké novele změnila. Dle aktuálního znění ustanovení § 48 odst. 3 ZZVZ je zadavatel oprávněn (nikoliv povinen) vyloučit účastníka zadávacího řízení, který neprokázal poskytnutí jistoty, nebo nezajistil poskytnutí jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty. Tato skutečnost znamená, že nyní zadavatel není povinen ověřovat složení jistoty vůči všem účastníkům zadávacího řízení, a proto nesplnění této povinnosti po velké novele již nebude mít za následek povinnost zadavatele daného účastníka vyloučit, pokud se nebude jednat o vybraného dodavatele, u kterého je tato povinnost zachována ve vztahu k porušení povinnosti zajistit poskytnutí jistoty po celou dobu trvání zadávací lhůty. Dle názoru autorky je cílem této nové úpravy zadavatele administrativně nezatěžovat tam, kde to není nutné, proto autorka věří, že se jedná o úpravu zadavateli vítanou.

Co se týče dalších důvodů k vyloučení, v praxi jsou pravděpodobně nejčastější důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení, resp. vybraného dodavatele založeny na nezpůsobilosti vybraného dodavatele a určitých nedostatcích nabídky, které případně vybraný dodavatel neodstranil ani na základě výzvy dle ustanovení § 46 ZZVZ. „Zadavatel má totiž povinnost postavit najisto, zda nabídka vybraného dodavatele plně odpovídá zadávacím podmínkám či nikoliv“, jak stojí v rozhodnutí ÚOHS pod sp. zn. S0409/2020 ze dne 31. prosince 2020.³⁹ Jedná se o případy, které jsou konkrétně uvedeny v ustanovení § 48 odst. 2 a odst. 5 písm. a) až c) ZZVZ a obligatorními se stávají pouze v případě vybraného dodavatele:

- „údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,

³⁸ 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. 383.

³⁹ Tamtéž.

- *údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46,*
- *údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení,*
- *zadavatel prokáže, že plnění nabízené dodavatelem by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky,*
- *zadavatel prokáže, že došlo ke střetu zájmů a jiné opatření k nápravě, kromě zrušení zadávacího řízení, není možné,*
- *zadavatel prokáže, že došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účasti účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení, jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo.*⁴⁰

Obligatoriamente je zadavatel také povinen vyloučit vybraného dodavatele, pokud u něj dojde k naplnění důvodů pro vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 7 ZZVZ (přítomnost jiných než zaknihovaných akcií). V neposlední řadě je také vhodné zmínit důvod vyloučení dle ustanovení § 113 odst. 6 ZZVZ vztahující se k mimořádně nízké nabídkové ceně a vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 122 odst. 2 ZZVZ z důvodu neposkytnutí součinnosti při uzavírání smlouvy.

2.1.2. Fakultativní důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení

Jak již bylo řečeno výše, ustanovení § 48 ZZVZ ve většině případů, jak napovídá název podkapitoly, formuluje vyloučení jako možnost zadavatele, a nikoli jako jeho povinnost. V návaznosti na tuto skutečnost je v první řadě dle autorky nutné, aby zadavatelé při rozhodování o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, dodržel základní zásady stanovené v ustanovení § 6 ZZVZ, tedy zejména zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace a velmi obezřetně zvažil unesení důkazního břemene a logickou strukturu své argumentaci při přípravě rozhodnutí o vyloučení. Právě v souvislosti se zásadou rovného zacházení je nutné si uvědomit, že pokud dobrovolně zadavatel vylučuje jednoho účastníka

⁴⁰ 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. 394.

zadávacího řízení, například z důvodu nedostatků v nabídce, je pak nutné k ostatním účastníkům přistupovat rovně. Na tomto místě je vhodné zrekapitulovat, že v prvním odstavci ustanovení § 48 ZZVZ zakotvuje zásadu, podle které může zadavatel fakultativně vyloučit účastníka ze zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených ZZVZ, a jedná se tak o výčet taxativní.

Pokud bychom v komentovaném ustanovení postupovali chronologicky, narazili bychom na první fakultativní důvod v ustanovení § 48 odst. 2 ZZVZ. Oproti výše komentovanému obligatornímu důvodu vyloučení vybraného dodavatele dle ustanovení § 48 odst. 8 ZZVZ, se důvod uvedený v ustanovení § 48 odst. 2 ZZVZ vztahuje na všechny účastníky zadávacího řízení. Jedná se opět o důvody vztahující se k nedostatkům v údajích, dokladech, vzorcích nebo modelech předložených účastníkem zadávacího řízení v jeho nabídce.

Optikou komentářové literatury předmětný důvod vyloučení, resp. jeho fakultativnost souvisí s obecnou možností předsunutého hodnocení, tj. s možností zadavatele provést v rámci zadávacího řízení nejdříve hodnocení nabídek a teprve následně posouzení splnění zadávacích podmínek pouze u nabídky dodavatele, který se v hodnocení umístil jako první, tedy s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou. Z toho vyplývá, že díky této zákonné konstrukci nemusí zadavatel podrobně posuzovat nabídky všech účastníků zadávacího řízení, ale tomuto detailnímu zkoumání podrobí pouze nabídku vybraného dodavatele, což vede k jednoznačnému snížení administrativní náročnosti celého zadávacího procesu. V rámci takto zjednodušeného procesu pak zadavatel ani mnohdy nedojde ke zjištění, že jiný než nejlépe hodnocený účastník či účastníci zadávacího řízení pochybili v rámci přípravy svých nabídek. Avšak pokud by zadavatel k tomuto zjištění došel, má ze zákona právě shora zmíněnou možnost takového účastníka či účastníky vyloučit, a to okamžitě, či po neúspěšné výzvě k doplnění či objasnění dle ustanovení § 46 ZZVZ.⁴¹

Neméně důležitým důvodem pro vyloučení je mimořádně nízká nabídková cena, kdy tento důvod v obecné rovině upravuje ustanovení § 48 odst. 4 ZZVZ, a podrobněji v ustanovení § 113 ZZVZ. *„Hlavním smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je chránit zadavatele před situací, kdy uchazeč ve své nabídce uvede cenu, u níž vznikají silné důvodné pochybnosti o řádném plnění veřejné zakázky. Zmíněný fakt by v průběhu realizace předmětu plnění veřejné zakázky mohl vést ke zvýšenému riziku kupříkladu nedokončení*

⁴¹ 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. 381.

veřejné zakázky, nebo k jejímu nekvalitnímu splnění, případně k intenzivní snaze o navyšování původní nabídkové ceny uchazeče, a tedy zbytečnému mrhání veřejnými penězi.⁴² Lze tedy vyvodit, že přezkum mimořádně nízké nabídkové ceny má význam i z hlediska ochrany ostatních účastníků v řízení, kteří svou cenovou nabídku řádně nastavili v souladu se skutečným stavem, nikoliv pouze účelově, aby jejich nabídka byla v hodnocení nejlevnější.

Vzhledem k tomu, že doslovné znění ustanovení § 48 odst. 4 ZZVZ v sobě zahrnuje podmínku, že mimořádně nízká nabídková cena musí být účastníkem nezdůvodněná, nelze k vyloučení přistoupit bezprostředně, nýbrž musí ze strany zadavatele, pokud se již rozhodl nabídkovou cenu zkoumat (nejčastěji ve srovnání s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky a nabídkovými cenami ostatních uchazečů), dojít k výzvě ke zdůvodnění takovéto ceny, pokud zdůvodnění již nebylo součástí nabídky. Posléze má zadavatel možnost dojít k rozhodnutí, zda k fakultativnímu vyloučení účastníka zadávacího řízení přistoupí. Dle komentářové literatury tedy zadavatel nemusí účastníka nuceně vyloučit, i kdyby účastník svou mimořádně nízkou nabídkovou cenu nezdůvodnil, avšak musí potvrdit, že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu a současně, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky.⁴³

Dle autorky má předmětný důvod k vyloučení ryze ochranný charakter, neboť dává zadavateli legitimní nástroj, jak se vyhnout dodavateli, který své plnění za nabízenou cenu pravděpodobně odvede nekvalitně, či donutí zadavatele postupem času vynaložit na plnění větší objem financí.

Dalším, velmi obsáhlým katalogem důvodů pro vyloučení účastníka je ustanovení § 48 odst. 5 ZZVZ. Jedná se o výčet případů, které lze označit jako negativní vymezení způsobilosti účastníka, tedy skutečnosti, které činí účastníka nezpůsobilým k plnění dané veřejné zakázky.⁴⁴ V těchto případech nelze opomenout, že naplnění důvodů pro vyloučení podle komentovaného odstavce musí striktně prokázat zadavatel.⁴⁵

⁴² KOLMAN, Petr. Vybrané aspekty problematiky mimořádně nízkých nabídkových cen u veřejných zakázek. *Právní rozhledy*. 2014, č. 21, s. 753–755.

⁴³ 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. 384.

⁴⁴ KRUTÁK, Tomáš. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k...* Olomouc: ANAG, 2016-, s. 203.

⁴⁵ BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyloucení-ucastníka-zadavacího-řízení-pro-nezpusobilost-105964.html>.

„Důvody nezpůsobilosti účastníka zadávacího řízení *de facto* rozšiřují okruh kvalifikace. Na rozdíl od kvalifikace však způsobilost, resp. neexistenci nezpůsobilosti nemusí účastníci zadávacího řízení prokazovat; naopak, fakt, že určitý účastník je dle komentovaného odstavce 5 nezpůsobilý, je věci prokazování (dokazování) zadavatele.“⁴⁶

Dle důvodové zprávy k ZZVZ směřuje tato skupina důvodů vyloučení ke skutečnostem vztahujícím se k osobě účastníka zadávacího řízení, resp. k jeho pochybením. V kontrastu k této nové a dle autorky vítané úpravě oproti ZVZ je zde poměrně nesnadná pozice zadavatele, který musí ohledně tvrzených pochybení účastníka unést důkazní břemeno, a tím tedy i nést odpovědnost za případná chybná rozhodnutí. Ostatně proto je dle důvodové zprávy k ZZVZ kladen důraz na fakultativnost vyloučení. Je totiž zřejmé, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby vyloučil účastníka řízení, pokud je důkazní situace nejasná.⁴⁷

V návaznosti na výše uvedené je vhodné zmínit, že pokud se zadavatel rozhodne a přistoupí k vyloučení účastníka řízení pro nezpůsobilost, nemusí to pro dodavatele znamenat definitivní konec v zadávacím řízení. Ustanovení § 76 ZZVZ totiž umožňuje účastníkovi obnovení způsobilosti – tzv. self-cleaning.⁴⁸

V případě, že zadavatel prokáže důvody a skutečnosti dále uvedené, je oprávněn vyloučit účastníka v těchto případech:

- a) *plnění, které nabízí dodavatel, vede k nedodržení povinnosti vyplývajících z právních předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahující se k předmětu veřejné zakázky;*⁴⁹

Pod výše citovanou částí ustanovení si můžeme představit například situaci, kdy účastník nabízí své služby, a dílčí položky nabídkové ceny vztahující se k odměnám pracovníků jsou natolik nízké, že bude zřejmé, že nemohou být dodržena ustanovení o minimální mzdě.⁵⁰ Je ale opět na zadavateli, aby unesl důkazní břemeno, že chováním účastníka v budoucnu opravdu dojde k porušení právních předpisů.

⁴⁶ 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. 385.

⁴⁷ MASOPUST, Karel – BRYCHTOVÁ Renata. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. *Epravo.cz* [online]. 19. 2. 2016 [cit. 2023-08-12].

⁴⁸ BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02].

⁴⁹ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁵⁰ BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02].

b) *došlo-li ke střetu zájmu a není možné přijmout jiné opatření než zrušení veřejné zakázky;*⁵¹

Pro přesné a úplné chápání tohoto vylučovacího důvodu je nutné vykládat pojem „střet zájmu“ v duchu ustanovení § 44 ZZVZ. Ten stanoví, že ve střetu zájmu je ta osoba, která se podílí na průběhu zadávacího řízení, a její zájmy by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení, ohrožují jeho nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením. *„Ke střetu zájmu může dojít například tehdy, pokud si zadavatel přizve pro své rozhodnutí odborníka (§ 42 ZZVZ) nebo ustanoví za člena hodnotící komise osobu, jež má vztah k některému účastníkovi zadávacího řízení.“*⁵²

Vhodná opatření by tak měl zadavatel podniknout již v době přípravy veřejné zakázky, pokud si je vědom, že k tvorbě např. zadávacích podmínek přispěly takové osoby, jež by mohli potenciálně mít finanční či jiný zájem na výsledku zadávacího řízení. Zadavatel by měl těmto osobám zamezit účast v celém zadávacím procesu.

Pokud dojde i přes prevenční snahy v zadávacím řízení ke střetu zájmu dle ustanovení § 44 ZZVZ, musí zadavatel přijmout opatření k nápravě. Konkrétně můžeme hovořit o zhojení zrušením předchozích úkonů, nahrazením či vyloučením dotčených osob či opětovným provedením úkonu zadavatele. Pokud by se ani uvedenými nástroji střet zájmu nezhojil, resp. nabízelo by se pouze zrušení zadávacího řízení, byl by zadavatel oprávněn takového účastníka zadávacího řízení vyloučit.⁵³

c) *došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí dodavatele při přípravě zadávacího řízení a neexistuje jiné nápravné opatření než vyloučení účastníka. Zároveň účastník na výzvu zadavatele neprokázal, že k takovému narušení hospodářské soutěže nedošlo;*⁵⁴

Dále je zadavatel oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud prokáže, že došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení a zároveň účastník zadávacího řízení tuto skutečnost (na základě výzvy) prokazatelně nevyvrátí. Stejně jako v předchozím případě, i zde se jedná pouze o situaci, kterou nemůže zadavatel zhojit jiným způsobem. V rozhodnutí ÚOHS ze dne 17.6.2021 pod sp. zn. S0161/2021 bylo potvrzeno, že samotný podíl na přípravě zadávacích podmínek není relevantní a není důvodem k vyloučení, pokud jeho účast mohla či měla vliv

⁵¹ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁵² BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02].

⁵³ 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. 284, marg. č. 18.

⁵⁴ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

na výsledek zadávacího řízení. Vyloučení je přitom až krajní možností, pokud nejde ochrany hospodářské soutěže dosáhnout jinak.

*d) účastník zadávacího řízení 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 k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím;*⁵⁵

Důvod vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ má za cíl zamezit účasti v zadávacím řízení takovým dodavatelům, kteří nejsou způsobilí plnit veřejnou zakázku z důvodu jejich předchozích pochybení.

Je však třeba upozornit, že ne každé předchozí nekvalitní plnění dodavatele představuje důvod pro využití předmětného ustanovení, a k jeho aplikaci je nutné mít k dispozici přesvědčivou důkazní materii. Při určení, zda vůbec k pochybení došlo, je v souvislosti se zásadou právní jistoty nutné konstatovat, že jako ne zcela vždy vhodné by se jevily ty případy, kde o pochybení ještě neexistuje pravomocné rozhodnutí soudu, uzavřené smíry apod.⁵⁶ Nelze současně opomenout, že účastník může obnovit svou způsobilost prostřednictvím institutu v ustanovení § 76 ZZVZ, a to například doložením obecně uznávaných certifikátů systému řízení kvality či přijetím důsledných personálních opatření.⁵⁷

Tomuto důvodu vyloučení se autorka podrobně věnuje v kapitolách níže, a to počínaje rozborem cílů této nové úpravy po vytyčení podmínek její aplikace, až po zamyšlení se lege ferenda.

*e) účastník zadávacího řízení se pokusil neoprávněně ovlivnit rozhodnutí zadavatele v zadávacím řízení nebo se neoprávněně pokusil o získání neveřejných informací, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení;*⁵⁸

Předmětné ustanovení dle autorky cílí na základní principy konání veřejných zakázek, a to tedy na *fair play* podmínky soutěže a její ničím a nikým neovlivněný průběh. Zadavatel je tedy proto oprávněn vyloučit takového účastníka zadávacího řízení, který se neoprávněně pokusil ovlivnit různé fáze zadávacího řízení, jako například změnu a doplnění zadávacích podmínek dle ustanovení § 99 ZZVZ, nebo hodnocení či posouzení nabídek. Současně pro naplnění důvodu k vyloučení postačí, že se o takovéto jednání účastník alespoň pokusil a že

⁵⁵ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁵⁶ MACEK, Ivo. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2017, s. 183.

⁵⁷ KRUTÁK, Tomáš. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k...* Olomouc: ANAG, 2016-, s. 205.

⁵⁸ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

toto zadavatel prokáže. Obdobně je takto zadavatel oprávněn, pokud se účastník zadávacího řízení neoprávněně pokusil o získání neveřejných informací, ovšem pouze těch, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení.⁵⁹

f) účastník zadávacího řízení se dopustil v posledních 3 letech před zahájením zadávacího řízení nebo po zahájení zadávacího řízení závažného profesního pochybení, které zpochybňuje jeho důvěryhodnost, včetně pochybení, za která byl disciplinárně potrestán, nebo mu bylo uloženo kárné opatření podle jiných právních předpisů;⁶⁰

Jak již ze samotného gramatického výkladu vyplývá, výše uvedený zákonný text se váže na postup u takových účastníků, jejichž činnost se váže k nějaké zákonem zřízené profesní komoře či organizaci. „*Předpokladem uplatnění je skutečnost, že předmět veřejné zakázky souvisí s danou profesí (tj. kárně obviněný advokát by neměl být vyloučen z veřejné zakázky na dodávky např. nějakého zboží, pokud vedle advokacie provozuje i obchodní činnost).*“⁶¹ ZZVZ současně za závažná profesní pochybení konkrétně uvádí ta, za která byl účastník disciplinárně potrestán nebo mu bylo uloženo kárné opatření podle jiných právních předpisů. Těmito předpisy se rozumí například zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, ve znění pozdějších předpisů, či zákon č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů.⁶²

Z Usnesení ESD ze dne 14. 12. 2016, Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden, Welzijn en Sport, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV, Zorgvervoercentrale Nederland BV, C-171/15 však vyplývá, že nelze předmětné ustanovení aplikovat bez limitace. Ustanovení Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004, zejména ustanovení čl. 2 a bodu 17 její přílohy VII A, ve spojení se zásadou rovného zacházení a s povinností transparentnosti, které z nich plynou, musejí být vykládána v tom smyslu, že brání tomu, aby veřejný zadavatel rozhodl o zadání veřejné zakázky uchazeči, který se dopustil vážného profesního pochybení, protože vyloučení tohoto uchazeče ze zadávacího řízení by bylo v rozporu se zásadou proporcionality, ačkoliv podle podmínek zadávacího řízení této zakázky měl být uchazeč, který se dopustil

⁵⁹ DĚDEK, Vojtěch – JELÍNEK Kamil – STAŇO Richard – ŠLESINGER Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12].

⁶⁰ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁶¹ 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. 391.

⁶² BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02].

vážného profesního pochybení, automaticky vyloučen bez ohledu na to, zda je taková sankce přiměřená.⁶³

Závěrem lze tedy k celému komentovanému ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ konstatovat, že v případech, kdy zadavatel nebude schopen nezpůsobilost daného účastníka prokázat, nemůže vyloučení účastníka dle komentovaného ustanovení řádně uplatnit. Současně autorka smysl ustanovení považuje za jakousi poslední intervenci (ultima ratio postupu) zadavatele, pokud nelze nastalou situaci zhojit jiným, mírnějším způsobem, a to například výzvou dle ustanovení § 46 ZZVZ. Účelem a důsledkem předmětné právní úpravy dle názoru autorky pak není ani napřímo povinnost zadavatele k prošetření každého jednotlivého podnětu na možné pochybení účastníka, ale jeho obecná opatrnost a obezřetný přístup k potenciálně budoucím smluvním partnerům.

Velkou novelu došlo mimo jiné také ke změně, resp. rozšíření ustanovení § 48 odst. 6 ZZVZ. Dle předmětného ustanovení zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost také, pokud na základě věrohodných informací získá důvodné podezření, že účastník zadávacího řízení uzavřel s jinými osobami zakázanou dohodu podle zákona o ochraně hospodářské soutěže v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou, a nově také, pokud části nabídek, které mají být hodnoceny podle kritérií hodnocení, připravoval ve vzájemné shodě s jiným účastníkem téhož zadávacího řízení, s nímž je spojenou osobou podle zákona o daních z příjmů, a na písemnou výzvu zadavatele účastník zadávacího řízení nevysvětlil, že k takové vzájemné shodě při přípravě nabídky nedošlo. Tento nový, resp. rozšířený vylučovací důvod je založen na judikatuře Soudního dvora Evropské unie, konkrétně na základě rozsudků C-144/17 ze dne 8. února 2018 a C531/16 17. května 2018, podle kterých se umožňuje vyloučit ze zadávacího řízení i spojené osoby, pokud se prokáže podstatná koordinace přípravy jejich nabídek, a to i v případě, že mezi nimi nebyla uzavřena zakázaná dohoda podle soutěžního práva.

Předposlední důvod vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 7 ZZVZ se týká situace, kdy zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, který je akciovou společností nebo má právní formu obdobnou akciové společnosti a nemá vydány výlučně zaknihované akcie.

Poslední obecný, avšak velmi důležitý důvod dle ustanovení § 48 ZZVZ dávající zadavateli oprávnění vyloučit účastníka zadávacího řízení je, že se zadavatel dozví, že v rámci jeho zadávacího řízení dochází k tzv. bid riggingu. Bid rigging je jakási forma tvrdého kartelu uskutečňující se v rámci výběrových řízení, kde dochází k systematické koordinaci mezi

⁶³ 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. 291.

účastníky, která vede k narušení výsledku konkrétního výběrového řízení.⁶⁴ „Na základě tohoto ustanovení stačí zadavateli tedy důvodné podezření, zákon nevyžaduje pravomocné rozhodnutí ve věci nebo aby zadavatel dohodu dodavatelů prokázal. Důvodová zpráva uvádí, že jako podklad pro důvodné podezření na zakázané dohody může sloužit například neodůvodněně stejná formulace nabídek či stejné chyby v nabídkách.“⁶⁵ Souhrnně tak lze hovořit o zakázaných dohodách soutěžitelů, které jsou v rozporu s právními předpisy upravujícími ochranu hospodářské soutěže.⁶⁶

2.2. Porovnání aktuální a předchozí právní úpravy zadávání veřejných zakázek se zaměřením na institut vyloučení účastníka zadávacího řízení

Autorka se v této kapitole věnuje komparaci právní úpravy institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ZVZ a dle ZZVZ.

Úvodem lze konstatovat a pozitivně vyzdvihnout, že současná právní úprava většinu důvodů pro vyloučení účastníka zadávacího řízení pojímá do jednoho ustanovení, a to do ustanovení § 48 ZZVZ.

Předchozí právní úprava totiž na první pohled institut vyloučení upravovala velmi nejednotně a nová právní úprava se tak jistě snaží o lepší systematickosti předmětné problematiky, již předchozí úprava v podstatě postrádala.⁶⁷

Jak již bylo řečeno výše, výčet důvodů obsažený v souhrnném ustanovení § 48 ZZVZ však není konečný a úplný. I přes přijetí ZZVZ a snahu o koncentraci důvodů do jednoho ustanovení, tak bohužel další důvody zůstaly obsaženy v dalších částech ZZVZ.⁶⁸

Předchozí právní úpravě lze vytknout, že kromě souhrnného výčtu důvodů pro vyloučení účastníků absentovala i jednotná obecná úprava pro samotný postup vyloučení.⁶⁹

⁶⁴ MLSNA, Petr. *Hospodářská soutěž a veřejné zakázky: synergie a průsečíky*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2022, s. 21–22.

⁶⁵ Tamtéž, s. 286, marg. č. 23.

⁶⁶ BALÝOVÁ, Lucie. Kapitola 5. [Zadávací řízení]. In: BALÝOVÁ, Lucie. *Veřejné zakázky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 54.

⁶⁷ POREMSKÁ, Michaela. *Veřejné zakázky stručně a prakticky*. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

⁶⁸ FLAŠKÁR, Martin – TRÁVNÍČKOVÁ Kristýna. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 s důrazem na písm. d) ZZVZ. *Rowan legal* [online]. 4. 6. 2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

⁶⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, č. 134/2016 Dz.

„Vyloučení účastníka je přitom jedním z nejzásadnějších úkonů zadavatele, který má významný dopad jak na samotného účastníka zadávacího řízení, tak i na celkový výsledek zadávacího řízení.“⁷⁰

ZVZ si zvolil cestu, kdy procesní náležitosti vyloučení vymezil v rámci každého konkrétního důvodu, přičemž tyto důvody byly velmi stručné, a navíc roztržštěny ZVZ. Jako příklad lze uvést ustanovení § 60 ZVZ, které stanoví, že zadavatel vyloučí účastníka zadávacího řízení z důvodu nesplnění kvalifikace a současně stanoví, že zadavatel bezodkladně písemně oznámí dodavateli své rozhodnutí o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení s uvedením důvodu. Jedná se tak o ustanovení, které obsahuje jak hmotněprávní, tak procesněprávní náležitosti, které je nutné dodržet při jeho aplikaci.⁷¹ Komentářová literatura k ZVZ pak také pouze stručně doplňuje procesní zásady, když zdůrazňuje, že je zadavatel povinen písemně oznámit uchazeči vyloučení s podrobným zdůvodněním svého rozhodnutí, a to bezodkladně, přičemž pojem „bezodkladně“ *„je nutné vykládat tak, že oznámení vyloučení či odmítnutí musí následovat bezprostředně (ihned) po vyhodnocení kvalifikace.“⁷²*

Za poměrně markantní opomenutí by se dala označit absence úpravy vyloučení účastníka zadávacího řízení při nesložení či neprokázání jistoty. Výše již bylo zmíněno, že právě vyloučení účastníka zadávacího řízení při nesložení či neprokázání jistoty má zabránit nespravedlivé a nerovné soutěži, kdy by jeden z účastníků byl zvýhodněn oproti ostatním, kteří své povinnosti splnili. Za účinnosti ZVZ tak neexistovala žádná sankce za nesložení jistoty, ani prostředek, jak zabránit nerovnému zacházení s uchazeči. ZVZ již tento nedostatek vzal na vědomí a současně tak stanovil jeden z obligatorních důvodů vyloučení účastníka zadávacího řízení.

Kladně lze naopak hodnotit, že i samotný ZVZ během doby své účinnosti prošel několika novelizacemi. ZVZ tak po určité době například vyňal povinnost zadavatele vyřadit nabídku a vyloučit uchazeče ze zadávacího řízení v případě, kdy do zadávacího řízení byla podána pouze jedna nabídka.⁷³

⁷⁰ 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. 297.

⁷¹ KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon: s komentářem*. 2., podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2008, s. 349.

⁷² JURČÍK, Radek. § 60 [Nesplnění kvalifikace]. In: JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, s. 629.

⁷³ DOLEČEK, Marek. Důvody vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. *BusinessInfo* [online]. 29. 8. 2020 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://www.businessinfo.cz/navody/duvody-vyloucení-ucastníka-ze-zadávacího-řízení-ppbi/#h-vylou-en-uchaze-e-ve-smyslu-z-kona-o-ve-ejn-ch-zak-zk-ch>

Samotná důvodová zpráva k ZZVZ na většinu nedostatků analyzovaných výše reagovala, a proto přišla s novou, jednotnou úpravou postupu při vyloučení účastníka, která má za cíl zvýšení transparentnosti institucionálního prostředí a zajištění řádné soutěže.

Flagrantní změnou, kterou zaznamenala právní úprava zadávání veřejných zakázek, je dozajista rozšíření vylučovacích důvodů, které byly transponovány na základě Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen jako „evropská směrnice“).⁷⁴ Tyto důvody se vztahují primárně k nespolehlivosti dodavatele. Dle evropské směrnice by měl mít zadavatel oprávnění účastníky, kteří se například dopustili, resp. by se i nadále dopouštěli porušení např. environmentálních nebo sociálních povinností, vyloučit ze zadávacího řízení. Tyto důvody pak ale ZZVZ, jak již bylo mnohokrát upozorněno v předchozích kapitolách, stanovil jako ryze fakultativní, a je proto na zadavateli, zda se rozhodne převzít odpovědnost za své rozhodnutí, ke kterému mu dal ZZVZ možnost, nikoliv povinnost. Tyto fakultativní důvody autorka též v podrobnostech popsala výše, v předchozí kapitole.

Nelze opomenout, že tato novela s sebou přinesla významné zjednodušení zadávacího procesu z hlediska nejen administrativní náročnosti. Z obsahu nového ustanovení § 48 ZZVZ optikou komentářové literatury zcela jasně vyplývá záměr zákonodárce ustoupit od dříve často příliš formalisticky stanoveného nastavení podmínek pro vyloučení účastníků ze zadávacího řízení. S tímto souvisí možnost zadavatele se u určitých druhů zadávacího řízení rozhodnout, zda bude provádět posouzení splnění podmínek před hodnocením, či až po něm (blíže ustanovení § 39 odst. 4 ZZVZ). To v praxi znamená, že pokud bude hodnocení provedeno jako první, bude následovat posouzení pouze uchazeče s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou. V opačném případě zadavatel posuzuje veškeré nabídky, což logicky může vést ke zjištění, že nabídky neodpovídají zadávacím podmínkám a potenciálně tak dojde k naplnění některého z vylučovacích důvodů. ZZVZ pro tuto situaci výslovně zmocňuje zadavatele pouhou možností, a nikoliv povinností vyloučit tyto ostatní účastníky zadávacího řízení. Autorka tuto úpravu považuje za velmi pragmatickou a užitečnou, pokud vezmeme v potaz časovou náročnost samotného úkonu vyloučení účastníka zadávacího řízení.

⁷⁴ MASOPUST, Karel – BRYCHTOVÁ Renata. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. *Epravo.cz* [online]. 19. 2. 2016 [cit. 2023-08-12].

Díky ZZVZ tak dochází k pozitivnímu zmírnění dříve striktně nastaveného způsobu rozhodování zadavatele o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. Zadavatel má nyní již větší prostor pro uvážlivé rozhodnutí.⁷⁵

Pozitivně na tuto novelu pohlíží i odborná společnost, když bere v úvahu skutečnost, že u každého veřejného zadavatele v čase nastala situace, kdy byl nucen vyloučit účastníka zadávacího řízení pro marginální pochybení, což je zcela proti smyslu samotného zadávacího řízení, neboť takový postup je neefektivní a zcela nevhodný.⁷⁶

Zadavatelé v souvislosti s touto novelou nesmí opomenout nutnost dodržet při vylučování základní zásady stanovené v ustanovení § 6 ZZVZ, tedy zejména zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Dle dosavadních znalostí a praxe autorky, a současně i dle veřejného odborného mínění lze konstatovat, že po účinnosti ZZVZ se vyloučení účastníka stalo v drtivé většině případů dobrovolnou záležitostí, nikoliv povinnou. Primárně to je totiž zadavatel, kdo je nucen prokázat pochybení či nezpůsobilost dodavatelů. Naopak je vhodné zmínit, že u vyloučení vybraného dodavatele právní úprava zůstává rigidní a příliš nezměnná.

Velmi vítanou novinkou, jak již bylo zmíněno výše, jsou důvody k vyloučení pro nezpůsobilost dodavatele.

Jedná se právě například o možnost reagovat na skutečnost, že se do zadávacího řízení přihlásil uchazeč, který předchozí zakázku neplnil kvalitně. Právě na tento důvod vyloučení se autorka plně ve své práci zaměřuje.

Nemožnost reflektovat tuto skutečnost by jistě vedlo k zcela zásadnímu narušení účelu a principů ZZVZ a principů 3E. Je totiž v zájmu nejen zadavatele, aby se veřejné finanční prostředky vynakládaly na plnění poskytované spolehlivými a způsobilými dodavateli. Právě proto bylo do ZZVZ vtěleno ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, jež obsahuje možnost vyloučení takového účastníka, u něhož zadavatel prokáže, že se dopustil v posledních třech letech závažného profesního pochybení nebo závažných a dlouhodobých pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu, a dané pochybení vedlo ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu či k jiným srovnatelným sankcím.⁷⁷

⁷⁵ 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. 297.

⁷⁶ MASOPUST, Karel – BRYCHTOVÁ Renata. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. *Epravo.cz* [online]. 19. 2. 2016 [cit. 2023-08-12].

⁷⁷ 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. 399.

Podrobnou rešerší lze v souvislosti s problematikou důvodu k vyloučení v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ dojít k závěru, že je zde mnoho odborníků z praxe práva veřejných zakázek a akademiků, kteří jsou ohledně komentovaného důvodu velmi skeptičtí a usuzují, že by zadavatelé měli aplikovat ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ s krajní zdrženlivostí, vyjma případů, kdy skutkové okolnosti budou zcela nepochybně nasvědčovat existenci jednoznačných důvodů pro vyloučení ze zadávacího řízení. Například dle Tomáše Grulichy, se aplikací předmětného ustanovení zadavatelé „vystavují riziku vlekých a nákladných soudních sporů s problematicky vyloučenými účastníky zadávacího řízení domáhajícími se náhrady škod a jiných obdobných nároků pramenících z neoprávněného odeřření přístupu k veřejným zakázkám.“⁷⁸

Určitém vodítkem pro správnou aplikaci uvedeného ustanovení je správné naplnění zákonných podmínek, které byly, dá se říci, v relevantním rozsahu postupně konkretizovány a následně shrnuty v rozhodovací praxi ÚOHS.⁷⁹

S ohledem na téma, které autorka zvolila pro vypracování této rigorózní práce, se detailnímu rozboru ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ věnuje níže.

⁷⁸ GRULICH, Tomáš. Vybrané problémy nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek. *Právní rozhledy*. 2016, č. 20, s. 705–713.

⁷⁹ 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.

3. Zákonné podmínky vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 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 ke vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.⁸⁰

Relativně nedávno transponované výše uvedené ustanovení v sobě na první pohled zakotvuje hned několik podmínek, které v sobě zahrnují méně či více definované 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. Jedná se o:

1. Časový aspekt
2. Intenzita pochybení
3. Kvalifikovaný následek
4. Subjekt smluvního vztahu
5. Průkaznost tvrzení zadavatele

Ad 1. Časový aspekt

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

Pochybení, na jehož základě lze přistoupit k vyloučení, muselo nastat při plnění smluvních vztahů v období 3 let předcházejících zahájení příslušného zadávacího řízení.⁸¹

V souvislosti s touto podmínkou může vyvstat otázka, od jakého momentu 3leté období počítat. Dle odborného článku s názvem „Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 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

⁸⁰ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁸¹ FLAŠKÁR, Martin – HARNACH Jiří – JANOUŠEK Martin – MĚKOTA Jan – PODEŠVA Vilém – SOMMER Lukáš – VOTRUBEC Jiří. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-17]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.

předání plnění. Pokud by tedy zadavatel např. až v záruční době zjistil a posléze vytkl vady předaného plnění, je okamžik samotného zjištění nepodstatný.⁸² Dle dalšího zdroje, tedy dle komentářové literatury, lze pak vzít v úvahu až několik relevantních okamžiků, a to například 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.⁸³

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 ÚOHS.

Velmi názorně byla předmětná podmínka zkoumána v rozhodnutí ÚOHS 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“*.

Analýza časové podmínky byla mimo jiné také předmětem rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0108/2019/VZ-24785/2019/523/DFi ze dne 6. 9. 2019, které se týkalo případu, kdy se vyloučení účastníka uskutečnilo v rámci veřejné zakázky, která byla zadána v rámci dynamického nákupního systému, pro který je nutné pravidla pro vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ dle ÚOHS vykládat mírně odlišně, jak je dále v rozhodnutí vysvětleno: *„Důvod pro nevyzývání dodavatele k podávání nabídek v zavedeném dynamickém nákupním systému je tedy dán tehdy, dopustil-li se dodavatel při plnění dřívějšího smluvního vztahu závažných nebo dlouhodobých pochybení a je-li kumulativně splněno několik podmínek. Jedná se o podmínku časovou v tom smyslu, že relevantní je pochybení, kterého se dodavatel dopustil v období maximálně 3 roky nazpět.“* ÚOHS upozorňuje, že je nutné časovou podmínku vykládat se zřetelem k tomu, že postup zadavatele v rámci zavedeného dynamického nákupního systému není postupem klasickým jako v zadávacím řízení. *„V případě dynamického nákupního systému je třeba dále akcentovat, že se jedná o institut*

⁸² FLAŠKÁR, Martin – TRÁVNÍČKOVÁ Kristýna. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 s důrazem na písm. d) ZZVZ. *Rowan legal* [online]. 4. 6. 2019 [cit. 2022-11-17].

⁸³ 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.

vyznačující se především svojí otevřeností a dlouhodobostí. V tomto kontextu není dle názoru Úřadu možno aplikovat ust. § 48 odst. 5 písm. d) z hlediska časové podmínky toliko dle jeho jazykového výkladu, kdy podmínka „v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení“ by znamenala „v posledních třech letech od okamžiku zahájení zadávacího řízení, v němž byl dynamický nákupní systém zaveden“. Taková aplikace by vedla k nepřiměřenému až absurdnímu výsledku, kdy by relevantním důvodem pro nevyzývání k podání nabídek mohly např. po osmi letech trvání dynamického nákupního systému být pochybení, kterých se dodavatel dopustil před deseti lety, přičemž celých osm let plnil zakázky zadané v rámci dynamického nákupního systému bezchybně.“ S ohledem na výše citované lze dojít k závěru, že v případě nezohlednění správného výkladu časové podmínky by mohlo s ohledem na dlouhodobost trvání dynamického nákupního systému dojít k umělému prodloužení relevantní lhůty a tím k nerovnému zacházení mezi účastníky oproti klasickému zadávacímu řízení. To ostatně též potvrdil v předmětném rozhodnutí samotný ÚOHS: „Mohlo by tak docházet k šikanóznímu jednání zadavatelů a ovlivňování výběru dodavatele na základě již nerelevantních skutečností, kdy by již nebyl naplňován účel institutu nezpůsobilosti podle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.“ ÚOHS proto zastává názor a vyvozuje, že relevantní jsou v rámci dynamického nákupu ta pochybení, kterých se dodavatel dopustil v posledních třech letech od okamžiku, kdy zadavatel z tohoto důvodu rozhodl, že jej nebude nadále vyzývat k podávání nabídek.

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

Ad 2. Intenzita pochybení

Druhou, pravděpodobně nejvíce rozporuplnou podmínkou, je prokázání intenzity 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 vyplývajícího pro něj ze 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.⁸⁴

⁸⁴ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 3. 2021, sp. zn. S0414/2020.

Samotný ÚOHS například ve svém rozhodnutí pod č. j. ÚOHS-S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPi ze dne 11. června 2019 konstatoval, že klasifikace pochybení jako závažná nebo dlouhodobá, představují neurčité právní pojmy, jejichž obsah není zcela jasně a jednoznačně definován, což může způsobovat problémy při výkladu a aplikaci. Současně v tomto rozhodnutí bylo potvrzeno, že pokud zadavatel pochybení považuje za závažná nebo dlouhodobá, musí tento závěr patřičně a přezkoumatelně odůvodnit, ideálně vč. předložení důkazů podporujících výrok o vyloučení.

Dle komentářové literatury se v souvislosti s touto podmínkou jedná o projev principu přiměřenosti, neboť by dodavatelé neměli být vylučováni z účasti v zadávacím řízení z důvodu ojedinělých či méně závažných či krátkodobých pochybení.⁸⁵ Z rozhodnutí ÚOHS 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 ÚOHS 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.“* Pokud by zde takový následek chyběl, není možné naplnit a prokázat podmínku intenzity pochybení a v důsledku ani podmínku kvalifikovaného následku, a lze tak vyloučit přípustnost aplikace komentovaného ustanovení. K tomuto více v kapitole třetí.

Příkladně lze pro bližší vysvětlení podmínky intenzity také opětovně citovat rozhodnutí 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 vadu plnění nelze bez dalšího automaticky považovat za závažné nebo dlouhodobé pochybení a je nezbytné jednoznačně uvést, na základě čeho,*

⁸⁵ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 3. 2021, sp. zn. S0414/2020, s. 389.

resp. proč zadavatel považuje konkrétní pochybení za pochybení dosahující takové intenzity, že je lze za závažné nebo dlouhodobé považovat.“

Dalším návodným rozhodnutím je také rozsudek SD EU Forposta SA a spol. proti Poczta Polska SA pod sp. zn. C-465/11 ze dne 13. prosince 2012, ve kterém se uvádí, že *„pojem vážné pochybení je však třeba chápat tak, že se obvykle vztahuje k jednání daného hospodářského subjektu, které z jeho strany svědčí o zlém úmyslu nebo nedbalosti určité závažnosti. Jakékoliv nesprávné či nepřesné provedení nebo neprovedení smlouvy nebo její části tímto subjektem může případně svědčit o omezené odborné způsobilosti dotčeného hospodářského subjektu, nerovná se však automaticky vážnému pochybení. Kromě toho konstatování existence vážného pochybení v zásadě vyžaduje, aby bylo provedeno konkrétní a individuální posouzení chování dotčeného hospodářského subjektu.“*

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

Dle kol. Dvořáka, Machurka, Novotného a Šebesty pro naplnění statusu nezpůsobilosti dodavatele dle ustanovení § 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.“*⁸⁶ K tomuto odbornému názoru ÚOHS 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, zda zadavatel uplatňuje vůči dodavateli např. dvě pochybení z jednoho závazku nebo dvě pochybení ze dvou závazků. ÚOHS 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.⁸⁷

⁸⁶ 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.

⁸⁷ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rozhodnutí ze dne 22. 12. 2020, č. j. ÚOHS-41587/2020/510/MKo.

Diametrálně odlišný názor pak zastává část odborné veřejnosti. 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.⁸⁸ Přesto, že tomuto kontranázoru nejde příliš naproti ani rozhodovací praxe ÚOHS ani odborná komentářová literatura, autorka se kloní 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 ÚOHS.⁸⁹

Současně je také z ustálené rozhodovací praxe ÚOHS dovozeno a potvrzeno, že zadavatel při prokazování závažného či dlouhodobého pochybení dodavatele při plnění dřívějšího smluvního vztahu není vázán podmínkou existence soudního či jiného rozhodnutí této věci, které by pochybení dodavatele deklarovalo. *„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.“*⁹⁰ Nejvyšší soud České republiky kupříkladu v usnesení sp. zn. 20 Cdo 1280/2003 ze dne 27. 5. 2004 uvedl, že správní akty jsou *„považovány za bezvadné, tedy mající právní účinky, dokud nejsou stanoveným postupem opraveny nebo zrušeny.“*

Zadavatel tak tuto podmínku může prokázat i jinými relevantními způsoby a důkazy, například protokoly, smlouvami, záznamy z kontrol a jednání, zápisy ze stavebních deníků, fotografiemi, znaleckými a jinými odbornými posudky apod.⁹¹

⁸⁸ FLAŠKÁR, Martin – TRÁVNÍČKOVÁ Kristýna. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 s důrazem na písm. d) ZZVZ. *Rowan legal* [online]. 4. 6. 2019 [cit. 2022-11-17].

⁸⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 11. 2020, sp. zn. S0253/2020.

⁹⁰ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 7. 2018, sp. zn. S0198/2018.

⁹¹ PROFOUSOVÁ, Zuzana. Vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost z důvodů dřívějších pochybení nastalých v době pandemie COVID-19. *Epravo.cz* [online]. 29. 4. 2020 [cit. 2023-08-02]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyloucení-dodavatele-ze-zadávacího-řízení-pro-nezpůsobilost-z-důvodu-dřívějších-pochybení-nastalých-v-době-pandemie-covid-19-111009.html>

Ad 3. Kvalifikovaný následek

Pro řádnou aplikaci 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ mimo jiné musí zadavatel prokázat existenci kauzálního nexu mezi pochybením 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 k jiným srovnatelným sankcím⁹², 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, Sommera a Votrubce se jedná o výčet demonstrativní⁹³, ačkoliv autoři komentáře k ZZVZ Krč a Vaněček tvrdí opak: „*Zákon však uvádí taxativně důsledky, jež musí být daným pochybením způsobeny.*“⁹⁴ Logickým výkladem však lze dle autorky dojít k závěru, že ZZVZ opravdu předvídá konkrétní následky v příčinné souvislosti s pochybeními, která jsou taxativně vymezená, 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 uplatnění 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.⁹⁵ Dále platí, že je irelevantní, zda k uplatnění sankcí v dřívějším smluvním vztahu došlo na základě explicitního porušení smluvních podmínek nebo na základě porušení zákona.

Závěrem nelze opomenout, že dokumenty zachycující ukončení smluvních vztahů, výtky, znalecké posudky o vzniklých škodách či výpovědi jsou těmi relevantními důkazy, kterými lze zejména objektivně prokázat nezpůsobilost dodavatele.

Při případném přezkumu, by zadavatel bez těchto písemností jen těžko obstál. Tento závěr potvrdil samotný ÚOHS, když v rozhodnutí pod sp. zn. R0093/2019 ze dne 25. 7. 2019

⁹² § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

⁹³ FLAŠKÁR, Martin – HARNACH Jiří – JANOUŠEK Martin – MĚKOTA Jan – PODEŠVA Vilém – SOMMER Lukáš – VOTRUBEC Jiří. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-17].

⁹⁴ 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.

⁹⁵ FLAŠKÁR, Martin – HARNACH Jiří – JANOUŠEK Martin – MĚKOTA Jan – PODEŠVA Vilém – SOMMER Lukáš – VOTRUBEC Jiří. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-17].

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.“

Ad 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 rámci konkrétního zadávacího řízení, ze kterého je dodavatel vylučován, anebo o jiného veřejného zadavatele, kdy je ale zadavatel omezen na ty smluvní vztahy jiných zadavatelů, kteří jsou veřejnými zadavateli ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 ZZVZ. Předmětné omezení je reakce zákonodárce na úpravu evropských zadávacích směrnic.⁹⁶ Jinými slovy, na závazkové vztahy, kde alespoň jednou ze smluvních stran není veřejný zadavatel, se tento důvod vyloučení nemůže uplatnit.

ÚOHS současně deklaroval, že je možné přistupovat k vyloučení i na základě tzv. „zprostředkovaných“ zkušeností, neboť v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ se podmínka přednostního uplatnění vlastních zkušeností před zkušenostmi jiného veřejného zadavatele nevyskytuje.⁹⁷

V souvislosti s možností uplatnit jako důkaz nespolehlivosti dodavatele zkušenost jiného veřejného zadavatele vyvstává otázka, jakým způsobem si zadavatelé tyto informace vzájemně sdělí. Odborná veřejnost na tuto problematiku po novele zakotvující tento důvod vyloučení 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 tato pochybení budou evidovat a vzájemně sdílet.⁹⁸

⁹⁶ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES Text s významem pro EHP, 32014L0024.

⁹⁷ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 3. 2020, sp. zn. S0376/2019.

⁹⁸ ProfiTender. *Zakázkový blacklist končí, k vyloučení z tendru postačí špatné zkušenosti* [online]. [cit. 2022-11-19]. Dostupné z: <https://www.profitender.cz/novy-zakon/183-zakazkovy-blacklist-konci-k-vylouceni-z-tendru-postaci-spatne-zkusenosti>

Minimální součinnost při shromažďování podkladů vyloučení tak, aby zadavatel zadávané zakázky unesl důkazní břemeno, bude tak více než nezbytná.⁹⁹

Ad 5. Prokazatelnost tvrzení zadavatele

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 ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, musí je v rámci svého rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení prokázat.

Jak již bylo řečeno výše, objektivně lze prokázat pochybení dodavatele doložením soudního či správního rozhodnutí, kde tato skutečnost byla potvrzena. ÚOHS konstantně potvrzuje závěr, že zadavatel při prokázání pochybení při plnění dřívějšího smluvního vztahu není vázán podmínkou existence soudního či jiného rozhodnutí této věci.¹⁰⁰ Tento názor ÚOHS plyne jednak z faktu, že takováto podmínka by výše uvedené ustanovení učinila v podstatě neaplikovatelným, zároveň však vysoká úroveň odůvodnění vyloučení zadavatele představuje dle ÚOHS 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.¹⁰¹

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 ÚOHS. 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*

⁹⁹ BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02].

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 7. 2018, sp. zn. S0198/2018.

„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 na základě vlastního uvážení. Metodice řádného prokazování pochybení se autorka podrobně věnuje v následující teoretické části práce.

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

Smysl důvodu k vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ lze dle autorky v prvé 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.¹⁰² 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 třeba jen v určité míře intenzity vadně či nekvalitně. Nekvalitní plnění s sebou přináší mnoho neblahých důsledků, kterým se zadavatelé až do ZZVZ nemohli vyhnout. Demonstrativně lze například uvést administrativní náročnost celého procesu reklamace vad, vymáhání smluvních pokut, složitost uplatnění náhrad vzniklých 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 „potrestat“ nevydáním osvědčení objednatel o řádném plnění, kdy následně ale nebylo příliš velkým problémem v rámci prokázání kvalifikace doložit referenční zakázky jiné.¹⁰³

ZZVZ tak konečně zakotvil novou žádoucí právní úpravu, která umožňuje zadavatelům reflektovat situaci, kdy se do zadávacího řízení přihlásí takový účastník,

¹⁰² FLAŠKÁR, Martin – TRÁVNÍČKOVÁ Kristýna. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 s důrazem na písm. d) ZZVZ. *Rowan legal* [online]. 4. 6. 2019 [cit. 2022-11-17].

¹⁰³ HLAVSA, Jan – KOŠTÁL Karel. 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-řízení-za-predchozi-spatne-zkusenosti-s-timto-uchazecem-99176.html>

se kterým má daný či jiný zadavatel z minulosti negativní zkušenosti při plnění předchozích smluvních vztahů.¹⁰⁴

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.

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 ne hospodaří 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.*“¹⁰⁵

Na vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je nutné nazírat jako na vysoce formalizované smluvní partnerství, i když mají tito partneři částečně odlišné cíle. Stěžejní je, že zadavatel musí získat nejkvalitnější plnění z hlediska efektivního vynakládání veřejných prostředků.¹⁰⁶

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 jednájí, neboť právě tyto osoby budou v případě dotačních či jiných kontrol odpovědny za své kroky vedoucí k (ne)odpovědnému a (ne)hospodárnému veřejnému zadávání.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28.

¹⁰⁶ 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>

3.2. Princip 3E a hospodaření s veřejnými prostředky

V návaznosti na předchozí podkapitolu by mělo zaznít, že aktuální obsah ZZVZ nutnost uplatnit postupy související s dodržováním principů 3E při realizaci veřejných zakázek v podstatě opomíjí. Ve skutečnosti je však zadavatel subjektem, který je povinen¹⁰⁷ sledovat ekonomickou stránku vynakládání veřejných zdrojů v souvislosti se zadáváním veřejných zakázek.¹⁰⁸

Principy 3E v sobě zahrnují postupy pro hospodárnost, efektivnost a účelnost, kterými by se mělo řídit komplexní hospodaření s veřejnými financemi. Tyto zásady jsou nejkompaktněji upraveny v zákoně č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole.¹⁰⁹

Hospodárnost, nebo také úspornost znamená co nejvýhodnější vynaložení prostředků při současném zajištění potřebné kvality a množství definované v návaznosti na účel, pro který jsou zboží či služba pořizovány.¹¹⁰

Princip efektivity, nebo také účinnosti je dodržen, pokud bylo realizací veřejné zakázky dosaženo nejen požadovaných výsledků, ale kterým se dosáhlo nejvýše možného rozsahu, kvality a přínosu ve srovnání s objemem prostředků vynaložených na jejich plnění, a došlo tedy k optimalizaci všech využitých zdrojů.¹¹¹

Zásada účelnosti má pak zajistit optimální míru dosažení cílů při plnění stanovených úkolů.¹¹²

Každý zadavatel by měl v souladu s těmito zásadami své potřeby optimalizovat a pořizovat za nejekonomičtější cenu.¹¹³ V praxi veřejného investování se tedy primárně jedná o to, jestli je poptávaná věc (zboží či služba) získána za co nejvýhodnějších podmínek pro zadavatele. Nakládání s veřejnými prostředky je hospodárné pouze tehdy, když jsou splněny všechny definované podmínky zároveň, tedy že je poptávané zboží či služba k dispozici v požadovanou dobu, v požadovaném množství, v kvalitě odpovídající účelu, ke kterému má zboží či služba sloužit, a za co nejvýhodnější cenu dosažitelnou při dané poptávané kvalitě. V této souvislosti lze pro ilustraci poukázat kupříkladu na přílohu a citaci A2 dokumentu s názvem „Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech

¹⁰⁷ Tuto povinnost mu stanovuje např. zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole.

¹⁰⁸ OCHRANA, František. *Veřejné výdajové programy, veřejné projekty a zakázky: jejich tvorba, hodnocení a kontrola*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011, s. 69.

¹⁰⁹ Tamtéž.

¹¹⁰ *Metodika veřejného nakupování: Naplňování principů 3E v praxi veřejného nakupování*. Centrální harmonizační jednotka Ministerstvo financí ČR, 2016.

¹¹¹ JURČÍK, Radek. 3.4 [Další zásady zadávání veřejných zakázek]. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 124.

¹¹² Tamtéž, s. 124.

¹¹³ BERGEROVÁ, Eva. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005, s. 7.

zadávání veřejných zakázek“ vydaný pod záštitou Ministerstva pro místní rozvoj: „Vedle zákona o finanční kontrole má v činnosti zadavatele veřejných zakázek významnou roli i zákon o majetku ČR. Ten v § 14 odst. 1 ukládá, že ‚majetek musí být využíván účelně a hospodárně k plnění funkcí státu a k výkonu stanovených činností.‘ Toto ustanovení zákona o majetku staví před zadavatele veřejné zakázky základní povinnost, jak nakládat s investicemi, které vznikají na základě veřejného zadávání. Zároveň má zadavatel v kontextu zákona o finanční kontrole (§ 27) provádět průběžnou a následnou kontrolu nakládání s majetkem, přičemž zákon o finanční kontrole ukládá, že součástí této kontroly musí být audit výkonu, tedy zkoumání hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti (§ 28 odst. 45 písm. c).“¹¹⁴Z uvedeného je patrné, že zkoumání skutečné podstaty nakládání s veřejným majetkem a financemi mimo jiné z hlediska účelnosti nespočívá v přezkumu jen z pohledu zákona (myšleno zákona č. 134/2016 Sb.), ale i z optiky jiných předpisů.

Zadavatel má tedy povinnost postupovat při zajišťování svých potřeb efektivně, účelně a hospodárně. Tyto tzv. 3E zásady je zadavatel povinen promítnout do nastavení takových podmínek zadávacího řízení, které zajistí efektivní hospodářskou soutěž o předmět plnění veřejné zakázky s důrazem na pořízení potřeb zadavatele při zohlednění poměru kvality a ceny předmětu plnění a také zohlednění dalších politik státu (např. podpora nezaměstnaných a zdravotně postižených osob, prosazování ekologických principů a dalších sociálních aspektů); tyto politiky státu sice vedou k vyšší ceně předmětu veřejné zakázky, na straně druhé tím stát získává přínos spočívající v řádné realizaci politiky státu (kupříkladu nižší emise CO₂ při uplatňování environmentálních politik).

Principy (účelnost, hospodárnost a efektivita) tedy vychází z oblasti řízení a kontroly veřejných financí a jejich smyslem je zajistit používání veřejných prostředků (tedy jakýchkoliv veřejných prostředků, nikoliv pouze k realizaci veřejných zakázek) v souladu se zásadou jejich řádného finančního řízení. Tyto principy míří dovnitř organizace směrem k jejímu vnitřnímu fungování a rozhodování.

3.3. Relevantní rozhodovací praxe ÚOHS pro ochranu hospodářské soutěže a soudů

Nesporně stěžejním, ač nezávazným formálním pramenem práva, je ve vztahu k předmětné problematice rozhodovací praxe soudů a především ÚOHS. ÚOHS pro ochranu hospodářské soutěže zcela jasně potvrdil, že vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu

¹¹⁴ *Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek* [online]. Praha, 2008 [cit. 2023-08-25]. Dostupné z: <https://docplayer.cz/...tml>

dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je v praxi veřejných zakázek institutem relativně novým, kdy bohužel neexistuje příliš rozvinutá rozhodovací praxe, která by problematiku sjednotila a vyjasnila, avšak přesto poskytuje zadavatelům jakási vodítka, na základě kterých úkon vyloučení lze provést tak, aby obstál v testu zákonnosti. Pro účely a naplnění vytyčených cílů této práce autorka v zásadě průřezem každé kapitoly odkazuje na relevantní rozhodovací praxi ÚOHS a níže předkládá několik dalších stěžejních rozhodnutí ÚOHS v souvislosti s řešenou problematikou, především pak z procesněprávního hlediska.

Níže uvedená rozhodnutí lze dle autorky principiálně rozdělit do dvou kategorií, v první řadě je to kategorie, kdy ÚOHS 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 ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jakým základním pochybením se vyvarovat. Autorka pak stručně rekapituluje, že se rozhodovací praxi ÚOHS ve vztahu k hmotněprávním podmínkám probíraného vylučovacího důvodu věnuje především v rámci předchozích kapitol. Tato se pak 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 na to, 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.“* ÚOHS tedy obecně považuje za stěžejní opírat se o relevantní dokumenty, prokazující pochybení dodavatele, ze kterých tyto skutečnosti 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 rozhodnutí o 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 ÚOHS odůvodnění vyloučení účastníka co nejvíce detailizovat, 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.“*¹¹⁵ Po následném přezkoumání ÚOHS potvrdil, že postup zadavatele byl správný, když došlo k naplnění všech podmínek ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ 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 s následkem 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 ÚOHS pod č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi ze dne 12. prosince 2019, které potvrdilo správnost a legitimnost rozhodnutí zadavatele o vyloučení, se zaměřuje na objektivní prokazatelnost předchozích pochybení, která již byla v minulosti ÚOHS potvrzena. ÚOHS 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,*

¹¹⁵ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2019, č. j. ÚOHS-S0108/2019/VZ-24785/2019/523/DFi.

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.“¹¹⁶ Logicky lze tak odvodit, že pokud by po zadavateli bylo i tak vyžadováno posuzování naplnění podmínek pro vyloučení navrhovatele ve smyslu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, popřel by se tím výše zmíněný princip presumpce správnosti vlastních rozhodnutí ÚOHS, jak v předmětném rozhodnutí zmínil a potvrdil samotný ÚOHS „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).“¹¹⁷

Obdobně pak ÚOHS pro ochranu hospodářské soutěže rozhodl v rámci rozhodnutí pod č. j. ÚOHS-08586/2020/323/MPe ze dne 16. března 2020. V tomto rozhodnutí dodavatel, resp. navrhovatel rozporoval skutečnost, že zadavatel, který přistoupil k jeho vyloučení údajně nezákonně, odkázal na jeho pochybení u jiného veřejného zadavatele, resp. odkázal na pochybení, která byla již potvrzena ÚOHS, a zadavatel na ně odkázal bez dalšího. V tomto případě ÚOHS pak jednoznačně potvrdil, že „Pokud tedy bylo souvisejícími rozhodnutími postaveno najisto, že jiný veřejný zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele v souladu se zákonem, je možné pro posouzení věci nyní projednávané vycházet minimálně ze skutkových zjištění Úřadu v těchto rozhodnutích. Zadavatel proto zcela správně vycházel ze souvisejících rozhodnutí, přičemž s ohledem na skutkový stav ani neměl jinou možnost než z těchto rozhodnutí vycházet. Nelze navíc přisvědčit tvrzení navrhovatele, že doposud nebylo postaveno najisto, zda k pochybením došlo. Jiný zadavatel prokázal, že se tak stalo a správnost při jeho postupu Úřad pravomocnými rozhodnutími aproboval. S ohledem na zásadu presumpce správních aktů je, jak uvádím výše, nezbytné považovat závěry souvisejících rozhodnutí za správná a právně závazná. Z důvodové zprávy k zákonu, konkrétně k § 48, jež upravuje institut vyloučení ze zadávacího řízení, navíc plyne, že: „není

¹¹⁶ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2019, č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi.

¹¹⁷ Tamtéž.

však nezbytné, aby bylo vydáno soudní rozhodnutí, které by konstatovalo závažné či dlouhodobé pochybení“. Pokud by se totiž čekalo až na rozhodnutí soudu, pak by předmětné ustanovení bylo zcela neaplikovatelné, neboť je možnost jeho užití časově omezena, a to dobou tři let. Na základě výše uvedeného proto nelze přisvědčit námitce navrhovatele o nesprávném postupu zadavatele a Úřadu, pokud jako podklad pro svá rozhodnutí vycházeli z dřívějších rozhodnutí, jejichž obsah byl navíc navrhovateli dobře znám. Konstatování závažnosti pochybení a následné vyloučení ze zadávacího řízení je navíc vždy v rukou konkrétního zadavatele, jak ostatně vyplývá i z rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 6. 2019 ve věci C-41/18 v řízení Meca Srl proti Comune di Napoli, kde je v bodě 28 uvedeno, že je to vždy zadavatel, kdo rozhoduje o tom, zda by měl být konkrétní hospodářský subjekt, přesněji dodavatel, vyloučen ze zadávacího řízení. Úřadu tedy nepřísluší hodnotit, zda měl být konkrétní dodavatel vyloučen, přezkoumává pouze postup zadavatele při tomto vyloučení a naplnění podmínek dle § 48 odst. 5 písm. d) zákona.“

Dle autorky tak výše uvedená rozhodnutí upevňují právní jistotu, že se na již dříve potvrzená pochybení bude pohlížet jako na pochybení nesporná, na která může zadavatel odkázat. Autorka na tomto místě pouze upozorňuje, že bude v každém případě ale nutné zkoumat existenci časové podmínky.¹¹⁸

V návaznosti na výše uvedené je pak opět vhodné zdůraznit, že k prokázání důvodů vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ existence pravomocného soudního či správního rozhodnutí není nezbytná, nýbrž se jedná pouze o možnost, jak pochybení objektivně prokázat.

Další případ oprávněného a důvodného vyloučení účastníka zadávacího řízení byl potvrzen v rozhodnutí ÚOHS 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 jeho předčasnému ukončení, a to smlouvu „Praha“ a smlouvu „Ostrava“ (dále jako „Smlouva Praha“ a „Smlouva Ostrava“). Součástí, respektive přílohami rozhodnutí o vyloučení i oprávněného 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

¹¹⁸ FLORIAN, Mojmír. *Vyloučení účastníka ze zadávacího řízení: Vybrané otázky*. 7. metodický den ÚOHS, 26. 4. 2022.

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 ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Tyto důvody následně ÚOHS řádně přezkoumal (časový aspekt, intenzita pochybení, kvalifikovaný následek, subjekt smluvního vztahu a prokazatelnost). Ze zjištěných skutečností, které předmětné rozhodnutí rozebírá, bylo pak ÚOHS zřejmé, že v průběhu plnění Smlouvy Praha a Smlouvy Ostrava docházelo ze strany navrhovatele opakovaně k pochybením, na která zadavatel reagoval opakovanými písemnými reklamacemi, kdy minimálně ve třech případech přistoupil i k uložení smluvní pokuty. Následně situace gradovala natolik, že zadavatele vedla až k odstoupení od předmětných smluv. Na základě těchto skutečností ÚOHS konstatoval, že mezi vytýkanými pochybeními, uložením 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. ÚOHS 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 například 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 přesně uvedl snad veškeré relevantní skutečnosti, které odůvodnily jeho ÚOHS potvrzený legitimní postup v zadávacím řízení.

Závěrem autorka odkazuje a cituje část rozhodnutí ÚOHS pod č. j. R0167/2019/VZ-32866/2019/321/EDO ze dne 28. listopadu 2019, ve kterém ÚOHS 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.“

Oproti výše uvedené rozhodovací praxi ÚOHS zde stojí řada potvrzujících rozhodnutí o nezákonnosti úkonů na straně zadavatelů, kteří svá rozhodnutí o vyloučení účastníků zadávacího řízení před přezkumným orgánem neobhájili. ÚOHS v několika relevantních rozhodnutích konstatoval, že v souladu se zásadou transparentnosti je nutné vyhotovit takové rozhodnutí, 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“.¹¹⁹

Například v rozhodnutí ÚOHS pod č. j. S0103/2019/VZ-11886/2019/522/JKR ze dne 26. dubna 2019, jehož meritem byl přezkum dle autorky zcela markantního porušení zásady transparentnosti zadavatelem v rámci úkonu vyloučení účastníka zadávacího řízení, se zadavatel omezil na velmi stručné a zcela objektivně nepřezkoumatelné odůvodnění rozhodnutí o vyloučení. Zadavatel ve svém odůvodnění pouze uvedl prostý odkaz na učinění jednotlivých úkonů vůči dodavateli, resp. navrhovateli, ze kterých ale údajná pochybení nebyla vůbec patrna. ÚOHS následně konstatoval, že: „Obdobně měl zadavatel v daném případě povinnost popsat, v čem konkrétně spatřoval nespolehlivost a nekvalitní výkon práce navrhovatele, pro který navrhovatele z účasti v zadávacím řízení vylučuje, z jakého důvodu považuje nespolehlivý a nekvalitní výkon práce navrhovatele za pochybení a proč toto pochybení hodnotí jako závažné (event. dlouhodobé). Současně měl zadavatel uvést a prokázat, že toto pochybení vedlo k předčasnému ukončení Smlouvy, ke vzniku škody, příp. k jiným srovnatelným sankcím. Zadavatel měl rovněž jednoznačně identifikovat úkon, kterým došlo k předčasnému ukončení Smlouvy v důsledku předmětného nebo předmětných pochybení.“¹²⁰

¹¹⁹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 4. 2019, č. j. S0103/2019/VZ-11886/2019/522/JKR, bod 61.

¹²⁰ Tamtéž, bod 81.

Zadavatel byl v první řadě v šetřeném případě s ohledem na zásadu transparentnosti zadávacího řízení s ohledem na závěry ÚOHS povinen identifikovat všechny smluvní vztahy s navrhovatelem, v rámci jejichž plnění se navrhovatel dopustil závažných nebo dlouhodobých pochybení. Dále měl zadavatel vyhodnotit, zda lze ona konkrétní jednání a opomenutí navrhovatele při plnění konkrétních smluvních vztahů považovat za pochybení závažná či dlouhodobá, a uzavřený výčet těchto pochybení uvést v dostatečných podrobnostech v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení. V neposlední řadě měl zadavatel jednoznačně, podrobně a srozumitelně popsat, proč vyhodnotil daná pochybení navrhovatele za závažná či dlouhodobá, tj. popsat, z jakých důvodů dosahují této intenzity.

S ohledem na výše uvedené ÚOHS uzavřel, že zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 ZZVZ, když v rozhodnutí o vyloučení nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení navrhovatele pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

ÚOHS v předmětném rozhodnutí současně stručně dodal, že uvedený závěr nikterak nevypovídá o tom, zda byly v tomto případě podmínky vyloučení pro nezpůsobilost dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ materiálně naplněny, neboť k tomuto závěru nešlo z důvodu nedostatečnosti a neodůvodněnosti samotného rozhodnutí, resp. oznámení o vyloučení ani fakticky dojít. Lze tak konstatovat, že v tomto konkrétním případě bylo stěžejním pochybením nedostatečná deskripce předchozího pochybení dodavatele, což zcela koresponduje se závěry těch rozhodnutí ÚOHS, ve kterých byl správný postup zadavatele potvrzen.

V navazujících rozhodnutích pod č. j. R0085/2019/VZ-19700/2019/322/LKA ze dne 18. července 2019 ÚOHS současně konstatoval, že samotné odkazy na jednotlivé úkony, resp. jiné dokumenty, 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, ÚOHS potvrdil, že zadavatel nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení účastníka řízení.

Závěrem lze též citovat část již v této práci zmíněného rozhodnutí ÚOHS pod č. j. S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPI ze dne 11. června 2019, ve kterém ÚOHS přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím

řízení obstálo v testu zákonnosti ve smyslu ustanovení § 6 odst. 1 ZZVZ, tedy zda zadavatel srozumitelně a podrobně popsal, odůvodnil a prokázal nezpůsobilost navrhovatele v souladu s ustanovením § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Dle vyjádření ÚOHS bylo zásadním pochybením zadavatele neurčité konstatování o tom, že zadavatel předčasně ukončil z důvodu řady blíže nespecifikovaných pochybení na straně navrhovatele „více“ smluvních vztahů, aniž by konkretizoval, o jaké smluvní vztahy se jednalo, a uvedl jednotlivá pochybení, kterých se měl navrhovatel dopustit při plnění smluvních vztahů. Zadavatel totiž pouze uvedl, že k předčasnému ukončení smluvních vztahů došlo minimálně v případě jedné smlouvy. ÚOHS následně i v tomto případě dospěl k závěru, že zadavatel v rozhodnutí o vyloučení nepopsal a neodůvodnil dostatečně, konkrétně a jednoznačně rozhodné skutečnosti, kterými prokazuje důvody vyloučení navrhovatele. Současně ÚOHS doplnil, že: „... *důvody vyloučení musí zadavatel dodavateli transparentně sdělit již v době vyloučení (tedy v rámci rozhodnutí o vyloučení), neboť jakékoliv pozdější či jiné odůvodnění, např. v rámci odůvodnění rozhodnutí o námitkách nebo až při přezkumu ve správním řízení, je právně irelevantní.*“¹²¹

Autorka tedy v návaznosti na výše uvedené shrnuje, že rozhodnutí, ve kterých ÚOHS 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 neučinil rozhodnutí o vyloučení účastníka objektivně přezkoumatelné, které by současně vylučovanému dodavateli poskytlo jednoznačnou informaci o důvodech jeho vyloučení.

Vzhledem k výše uvedenému by autorka doporučila zadavatelům zaměřit se při vyhotovení rozhodnutí, resp. oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení na co nejvíce systematické a podrobné odůvodnění daného rozhodnutí. Zadavatel by měl začít detailním popisem skutkového stavu, tedy primárně uvedením, jakých smluvních vztahů se dřívější pochybení dodavatele týkalo. Následně by se měl zadavatel věnovat svébytné „obhajobě“ každé podmínky (časový aspekt, intenzita pochybení, kvalifikovaný následek, subjekt smluvního vztahu a prokazatelnost) předmětného 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 adekvátním a velmi přínosným prvkem odůvodnění se dle ustálené rozhodovací praxe ÚOHS jeví odkaz či předložení podkladů,

¹²¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 6. 2019, č. j. S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPI.

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, ÚOHS neměl tendence úkon zadavatele zneplatnit, nýbrž potvrdil řádnost postupu zadavatele, který musí vést především k transparentnímu informování o důvodech 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 ÚOHS.

3.4. Možný střet s právní úpravou nekalé soutěže

Autorka si dovoluje uvést nad rámec pojetí své práce zamyšlení nad případným střetem aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ s normami upravujícím nekalou soutěž. Lze platně tvrdit, že každý dodavatel ve smyslu ZZVZ, je zároveň soutěžitelem.

Dle komentářové literatury je soutěžitel ten, kdo se účastní hospodářské soutěže.¹²² Dle stanoviska ÚOHS k fungování kolektivních systémů z pohledu hospodářské soutěže ze dne 14. 8. 2013 se soutěžitelem rozumí dle ustanovení § 2 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právnickými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.¹²³

Jedná se tedy o subjekty, které svojí aktivitou ovlivňují hospodářský trh, na kterém participují, a to jak v případě účasti na kontraktech se soukromými či veřejnými subjekty.

Za soutěžitele se též považuje taková osoba, která vstoupí na relevantní trh a má zájem na výsledku hospodářské soutěže, a to i přesto, že se nejedná o podnikatele.¹²⁴

„Kdo se účastní hospodářské soutěže (soutěžitel), nesmí při soutěžní činnosti, ani při sdružování k výkonu soutěžní činnosti, vlastní účast v hospodářské soutěži nekalou soutěží zneužívat, ani účast jiných v hospodářské soutěži omezovat.“¹²⁵

¹²² BOHÁČEK, Martin. Soutěžitel. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

¹²³ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. *Stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k fungování kolektivních systémů z pohledu hospodářské soutěže* [online]. Brno, 14. 8. 2013 [cit. 2022-11-05]. Dostupné z: <https://dfs.caoh.cz/p/datahistorie/article/stanovisko-Uohs-1.pdf>

¹²⁴ ONDREJOVÁ, Dana. § 2972 [Soutěžitel, zneužití a omezení účasti v hospodářské soutěži]. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1757, marg. č. 3.

¹²⁵ § 2972 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Dle komentářové literatury je nutné na jednání spočívající v omezení účasti jiných v hospodářské soutěži nazírat v nejširším slova smyslu, kdy se nejedná pouze o jednání v rámci zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ale také v širší oblasti veřejného soutěžního práva, a to právě v oblasti veřejných zakázek. V rámci hospodářské soutěže pak právě nekalá soutěž představuje kvalitativní ochranu tržního prostředí.¹²⁶

Je tedy nesporným faktem, že ochrana hospodářské soutěže a právo veřejných zakázek jsou oblasti, které jsou svou logickou návazností velmi silně provázány.

Meritem této podkapitoly však dle autorky nemá být rozsáhlé konstatování a obecný popis způsobů možného porušování nekalé soutěže, ale propojení řešené zakázkové problematiky s touto oblastí práva.

Úvodem je vhodné připomenout, že pokud účastník zadávacího řízení v rámci veřejné zakázky porušoval pravidla hospodářské soutěže, byl to paradoxně zákon o hospodářské soutěži, který na tuto situaci reagoval, nikoliv ZVZ, jakožto předchozí právní předpis upravující zadávání veřejných zakázek. Současná právní úprava zadávání veřejných zakázek tak z pohledu hospodářské soutěže nově reaguje na situace, kdy se zadavatel dozvěděl o zakázané dohodě uskutečňující se v rámci výběrového řízení, kde dochází ke koordinaci mezi účastníky, která vede k narušení výsledku konkrétního výběrového řízení, dále pokud došlo k narušení hospodářské soutěže o veřejnou zakázku předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení a v neposlední řadě, když se účastník zadávacího řízení pokusil neoprávněně ovlivnit rozhodnutí zadavatele v zadávacím řízení nebo se neoprávněně pokusil o získání neveřejných informací, které by mu mohly zajistit neoprávněné výhody v zadávacím řízení.

Současně, jak již bylo analyzováno v předchozích kapitolách, právní úprava veřejných zakázek dle ZVZ vůbec nepracovala s pojmem dobré či špatné pověsti dodavatele. Jinak řečeno, nezpůsobilost dodavatele pro jeho předchozí pochybení v rámci plnění veřejných zakázek nehrála v rámci zadávacího řízení téměř žádnou roli. Nový důvod k vyloučení uvedený v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, zmíněnou potřebu již reflektuje, když zadavatele zmocňuje k možnému zúžení zadávacího řízení o dodavatele, který nenaplnuje předpoklady pro řádné budoucí plnění veřejné zakázky, a tuto skutečnost zadavatel prokáže.

Je však na tomto místě nutné upozornit, že uvedené ustanovení při jeho aplikaci může narazit na střet s normami upravující nekalou soutěž, a to ve dvou rovinách.

¹²⁶ ONDREJOVÁ, Dana. 10 nejčastějších otázek z práva nekalé soutěže. *Právo21* [online]. [cit. 2023-08-21]. Dostupné z: <https://pravo21.cz/pravo/10-nejcastejsich-otazek-z-prava-nekale-souteze>

Autorka ve výše uvedené pasáži zmiňuje pojem „dobré“ a „špatné“ pověsti. Právě s ohledem na možné ovlivnění pověsti dodavatele je nutné brát v potaz velmi tenkou hranici mezi legitimním úkonem zadavatele a potenciálním nekalosoutěžním jednáním. Pro bližší pochopení této pasáže si autorka opětovně dovolí citovat ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ: „Zadavatel je oprávněn vyloučit účastníka zadávacího řízení, který 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 k vzniku škody, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným srovnatelným sankcím.“¹²⁷

V první rovině tak může existovat střet mezi samotným zadavatelem a vyloučeným účastníkem, kdy takovýto účastník může namítat, že skutečnost, že se objevil na nějakém seznamu či registru, který si vede zadavatel, může být v rozporu s právem nekalé soutěže. Tato rovina má ještě pod rovinu, a to sdílení informací mezi zadavateli z jejich seznamů navzájem.

Ve druhé rovině případů, kde se pak může jednat o střet s právem nekalé soutěže, by se mohlo jednat o spor mezi soutěžitelem a provozovatelem registru, jak je dále uvedeno v této práci.

Stručně k první rovině autorka sděluje, odborná veřejnost se od účinnosti novely nejednou zmínila o možném vedení si vlastních evidencí přímo samotnými zadavateli. Tato konstrukce jistě představuje účinnou možnost shromažďovat si data o nekvalitních a nespolehlivých dodavatelích, avšak naráží dle přesvědčení autorky na skutečnost, že se tak smí dít pouze na interní úrovni, jinak řečeno, zadavatel tuto evidenci nesmí bez dalšího uveřejnit či sdílet s třetími osobami. Dle autorky tomu tak je právě z důvodu potenciálu naplnit generální skutkovou podstatu nekalé soutěže.

Vychází-li autorka z teoretického pojetí nekalosoutěžní jednání, pak se vyznačuje jednáním osoby či více osob, které je v rozporu s dobrými mravy a je způsobilé na poli hospodářské soutěže přivodit újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.¹²⁸ Generální klauzule nekalé soutěže se nachází v ustanovení § 2976 odst. 1 OZ a zahrnuje v sobě tři podmínky, které musí být kumulativně splněny, aby byla naplněna skutková podstata nekalosoutěžního jednání.¹²⁹ Současně platí, že jsou-li naplněny podmínky generální klauzule,

¹²⁷ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

¹²⁸ HORNOCHOVÁ, Kateřina. Nekalá soutěž. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.

¹²⁹ ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 Základní ustanovení. In: ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 37, marg. č. 1.

jedná se o jednání nekalosoutěžní, přestože jednání nevykazuje znaky některé ze zvláštních skutkových podstat nekalé soutěže.¹³⁰

Pokud by si čtenář představil jednoduchou konstrukci, kdy zadavatel kupříkladu v rámci svého elektronického nástroje uveřejní informaci, ve které jsou obsaženy detaily ohledně pochybení dodavatele při plnění veřejné zakázky, včetně jeho identifikace, stává se tato informace zcela veřejná a působící *erga omnes*, a tedy i způsobilá přivodit újmu dodavateli (soutěžiteli). Ve své podstatě má totiž tato negativní reference potenciál ovlivnit každého, nejen jiného zadavatele, při rozhodování v rámci tržního procesu poptávky a nabídky a následného zajištění svých potřeb. Je proto nutné si uvědomit, že veřejné sdílení informací zadavatelem, byť v dobrém úmyslu, nemusí obstát v testu zákonnosti a zadavatelé by tak z důvodu právní jistoty měli využít jiné prostředky ke kýženému cíli, sice sdílet mezi sebou relevantní informace o nespolehlivých dodavatelích. Nicméně je nutné vnímat, že zde existuje potencionální rozpor mezi nekalou soutěží upravenou OZ na straně jedné a předpoklad zákona a vyjádření pouvoir ke sdílení informací o nespolehlivých dodavatelích v rovině ZZVZ na straně druhé. Současně se též hodí připomenou, že ZZVZ je k OZ *lex specialis*.

Autorka vyzdvihuje, že sdílení informací mezi zadavateli má potenciál maximalizovat účinnost ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ s ohledem na zmíněné principy.

V rámci první roviny se autorka zabývala i rešerší rozhodovací praxe, kdy však zjistila, že ke dni uzavření této práce neexistuje žádná relevantní rozhodovací praxe, která by se věnovala podnětu, resp. žaloby ze strany soutěžitele (dodavatele) oproti zadavateli, který jej uvedl ve svém seznamu nespolehlivých dodavatelů. Vzhledem k tomu, že dosud žádný zadavatel veřejně neposkytuje žádný seznam, je pouze teoretickou úvahou, zda by v seznamu uvedený dodavatel (soutěžitel) mohl vznést úspěšnou žalobu. Autorka se domnívá, že pokud se omezí zadavatel na publikaci informací, které by byly přístupné na základě zákona č. 106/1999 Sb., o poskytování svobodných informací, tedy informace, které je schopen si každý vyžádat u zadavatele jako povinného subjektu ve smyslu ustanovení § 2 a ustanovení § 2a uvedeného zákona, pak zákonný zájem vyjádřený ZZVZ společně s obligatorně veřejnou informací převáží nad zájmem ochrany v rámci nekalé soutěže. Autorka by chtěla poznamenat svůj poznatek z konference pořádané Asociací pro veřejné zakázky konané dne 21.6.2023 v Praze, kde měla možnost na toto téma vést rozpravu s několika kapacitami v oboru veřejných zakázek, kdy převážil názor, že z důvodu zákonného zmocnění a zákonnému apelu ke sdílení

¹³⁰ Tamtéž, s. 38.

informací vyjádřeném v ZZVZ, by v rámci rozhodovací praxe soudů měl tento princip převážet před ochranou soutěžitele, který provedl nekvalitní plnění.

Druhá rovina potencionálního střetu, a to soutěžitele (účastníka) a poskytovatele systému/blacklistu, který není zadavatelem, se však zdá od první roviny odlišná.

Z výše citovaného a komentovaného ustanovení § 48 odst. 5. písm. d) ZZVZ vyplývá, že ke sdílení informací o nezpůsobilých dodavatelích jsou dle ZZVZ zmocněni pouze veřejní zadavatelé. Z toho lze logicky vyvodit závěr, že předmětné evidence nesmí tvořit a plnit daty jiná osoba, než je zadavatel, nebo osoby jím pověřené.

Autorka má za to, že pokud existuje soukromá databáze, nebo rejstřík vedený jinou osobou než zadavatelem, a tato databáze, respektive zápis soutěžitele v ní a schopnost omezit působení soutěžitele je schopen naplnit generální klauzuli, resp. některou ze skutkových podstat nekalé soutěže, pak by se mohl tento poskytovatel dopustit porušení zákona. Nicméně současně autorka dodává, že dle jejího názoru by i přes případné porušení OZ poskytovatelem databáze ve vztahu k dodavateli toto nezpůsobilost neplatnost případného rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele z důvodu dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Pro autorku bude cílem i po odevzdání a obhájení této práce se tomuto tématu věnovat a provádět občasné rešerše ve vztahu k poskytování informací o nespolehlivých dodavatelích mezi zadavateli vč. poskytovateli těchto databází.

4. Analýza skutečného využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ

V reakci na četnost mnohdy teoretických úvah, které tuto práci provází, autorka v této kapitole přináší poněkud realistický pohled na řešenou problematiku.

Autorku k vypracování této práce vedla mimo jiné právě vlastní zkušenost z praxe, a to neznalost zadavatelů právní úpravy vylučovacího důvodu v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, ale především potíže při jeho vlastní aplikaci (vedoucí mnohdy až k jeho nesprávné aplikaci či jeho využití). Autorka tak nabyla dojmu, že jsou na straně veřejných zadavatelů určité důvody k nevyužití tohoto stále poměrně nového institutu, což bohužel vede k nenaplňování účelu a smyslu daného ustanovení. Aby tuto hypotézu autorka mohla spolehlivě ověřit a blíže vysvětlit, využila k tomuto hojně používanou kvantitativní metodu výzkumu, a to dotazníkové šetření.

Dotazníkové šetření bylo určeno výlučně veřejným zadavatelům, které autorka oslovila pomocí online dotazníku, vytvořeného na webové platformě survio.cz. Autorka se pro účely této práce a dotazníkového šetření obrátila na Asociaci pro veřejné zakázky, jejímiž členy je přes 100 veřejných zadavatelů napříč ČR, s prosbou, zda by se zmínění členové mohli účastnit dotazníkového šetření.

Dotazník byl koncipován velmi jednoduše, a to pěti stručnými dotazy a předem naformulovanými odpověďmi, jak je uvedeno níže. Všechny položené dotazy se týkaly znalosti vylučovacího důvodu dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, případně jeho aplikace.

Název dotazníku: Dotazník k diplomové práci na téma veřejných zakázek

1. *Jste obeznámeni o možnosti vyloučit účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho předchozích pochybení, tj. jeho nezpůsobilosti? (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ)*

Vyberte jednu odpověď:

ANO

NE

2. *Pokud jste institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) někdy využili, hodnotíte celý proces úkonu jako komplikovaný?*

Vyberte jednu odpověď:

ANO

NE

Tento vylučovací důvod neznáme či ho nevyužíváme, a proto nelze odpovědět.

3. *Institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) nevyužíváme, protože:*

Vyberte jednu odpověď:

Tento vylučovací důvod neznáme.

Tento vylučovací důvod známe, ale právní úprava je nejednoznačná a vyloučení by činilo zadavateli možné potíže.

Tento vylučovací důvod bereme v potaz, ale nevyužíváme ho z důvodu jeho nepotřebnosti.

Tento vylučovací důvod bereme v potaz a využíváme ho.

4. *Vedete si jakožto veřejný zadavatel svou interní evidenci nespolehlivých dodavatelů, kteří vadně plnili v rámci vámi v minulosti konaných veřejných zakázek?*

Vyberte jednu odpověď:

ANO

NE

5. *Pokud jste institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) někdy využili, bylo následně ze strany vyloučeného účastníka zahájeno správní řízení?*

Vyberte jednu odpověď:

ANO

NE

Tento vylučovací důvod neznáme či ho nevyužíváme, a proto nelze odpovědět.

Na závěr dotazníku bylo poděkováno respondentům za jejich čas stráveným nad dotazníkem.

První dotaz úvodem směřoval ke zjištění, zda mají veřejní zadavatelé vůbec obecnou znalost a povědomí o institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti, resp. z důvodu jeho předchozích pochybení, na který bylo možné velmi jednoduše odpovědět kladnou či zápornou odpovědí, tedy ANO či NE. Cílem tohoto dotazu je ověřit hypotézu, že důvodem nepřilíš hojného využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je neznalost tohoto zákonného ustanovení či jiný důvod, který je předmětem následující otázky.

V navazujícím dotazu autorka vznesla otázku, zda v případě předchozí kladné odpovědi tento úkon spojený s vyloučením účastníka veřejný zadavatel považoval, resp. považuje za komplikovaný. Tato poněkud přímočará otázka měla za cíl ověřit závěry práce autorky, že vylučovací úkon dle výše uvedeného zákonného ustanovení není komplexně

snadným a bezproblémově aplikovatelným postupem, neboť je tento mnohdy předmětem přezkumu ÚOHS z důvodu jeho nesprávného provedení.

Třetí dotaz následně zkoumal důvody (ne)využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Tyto důvody autorka opět předvídala na základě závěrů podložených touto prací, a proto respondentům byly dány na výběr čtyři možné odpovědi. První důvod (první možná odpověď) k nevyužití předmětného ustanovení bylo, resp. je absentující povědomí a znalost předmětného vylučovacího důvodu. Druhou možnou odpovědí mohl zadavatel vyjádřit své obavy z nejednoznačnosti případného vylučovacího postupu a budoucích aplikačních potíží, které ho tedy vedly či stále vedou k nevyužití předmětného institutu. Třetí možnost poté směřovala k případům, kdy tento vylučovací důvod veřejný zadavatel zná, ale nevyužívá ho z důvodu jeho nepotřebnosti. Poslední možná odpověď k výše uvedenému, v pořadí třetímu dotazu, směřovala k případům, kdy respondent v pozici veřejného zadavatele ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ znal, resp. zná a současně ho i využil či využívá.

V pořadí čtvrtý dotaz měl za cíl zjistit, zda si veřejní zadavatelé vedou svou vlastní interní evidenci nespolehlivých dodavatelů, kteří vadně plnili v rámci jimi v minulosti konaných veřejných zakázek. Na předmětný dotaz bylo opět možné odpovědět kladnou či zápornou odpovědí, tedy ANO či NE.

Poslední výzkumná otázka byla pak autorkou do dotazníkového šetření zakomponována z důvodu četnosti případů, kdy vyloučení účastníků zadávacího řízení pro zadavatele skončilo neúspěšným řízením před ÚOHS. Respondenti tedy odpovídali kladně či záporně na dotaz, zda bylo (alespoň v jednom případě) po aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ze strany vyloučeného účastníka zahájeno správní řízení.

4.1. Statistika aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ v praxi

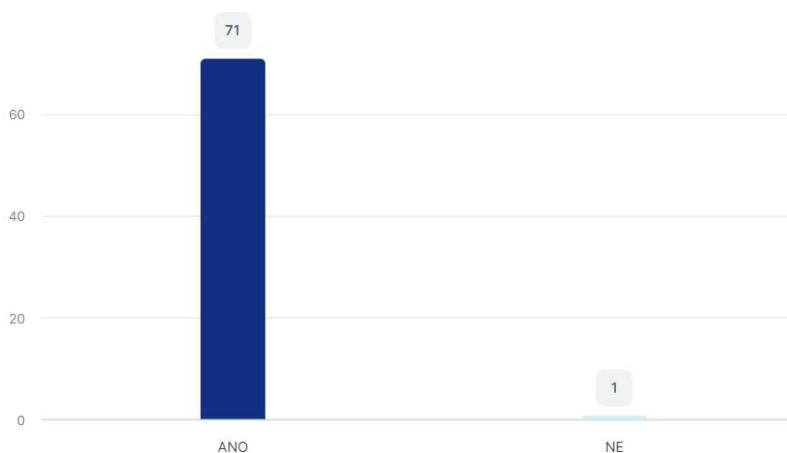
Dotazníkového šetření se zúčastnilo 72 respondentů. Nutné je zmínit skutečnost, že 70 respondentů z celkového počtu 72 poskytli zadavatelé, kteří jsou členy Asociace pro veřejné zakázky, jež byli autorkou osloveni. Autorka je na základě rešerší a komunikace s výkonným výborem zmíněné asociace obeznámena s faktem, že veřejní zadavatelé jsou pravidelně v rámci členských seminářů, konferencí a metodických dnů Asociací pro veřejné zakázky školeni na různá témata veřejného zadávání, jsou důkladně vzděláváni v rámci správných postupů a lze tak předpokládat jejich vyšší „kvalifikaci“ a určitou úroveň nabytých vědomostí. Autorka proto předpokládá, že právě jejich členství v rámci Asociace pro veřejné zakázky zvýšilo pravděpodobnost, že se o vylučovacím důvodu dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ mohli dozvědět v rámci působení v předmětném spolku.

Autorka následně pomocí internetové platformy Survio, kde byl výše uvedený dotazník vytvořen, provedla analýzu výsledků. Níže uvedené grafy jsou pak statistickým výsledkem dotazníkového šetření.

Podrobný komentář k níže uvedeným výsledkům je předmětem následující podkapitoly.

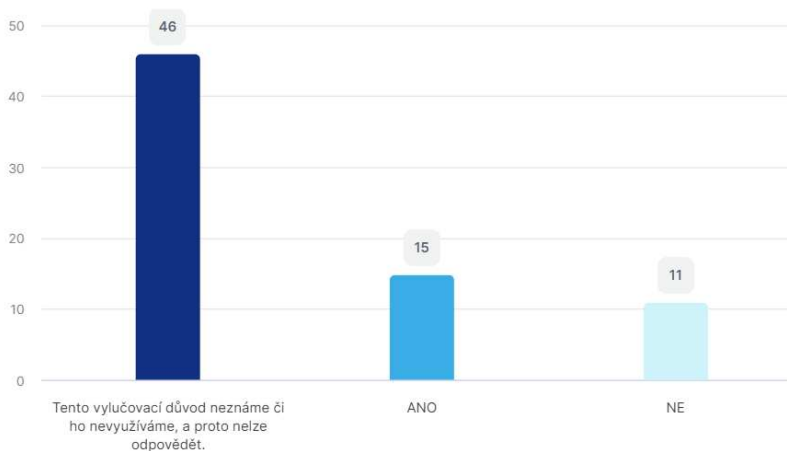
Graf č. 1: Obeznamenost o možnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení

1. Jste obeznámeni o možnosti vyloučit účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho předchozích pochybení, tj. jeho nezpůsobilosti? (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ)



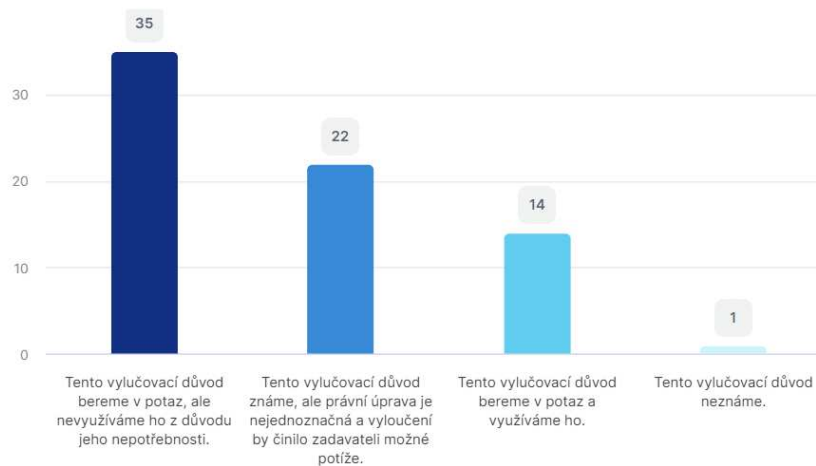
Graf č. 2: Hodnocení procesu vyloučení účastníka zadávacího řízení

2. Pokud jste institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) někdy využili, hodnotíte celý proces úkonu jako komplikovaný?



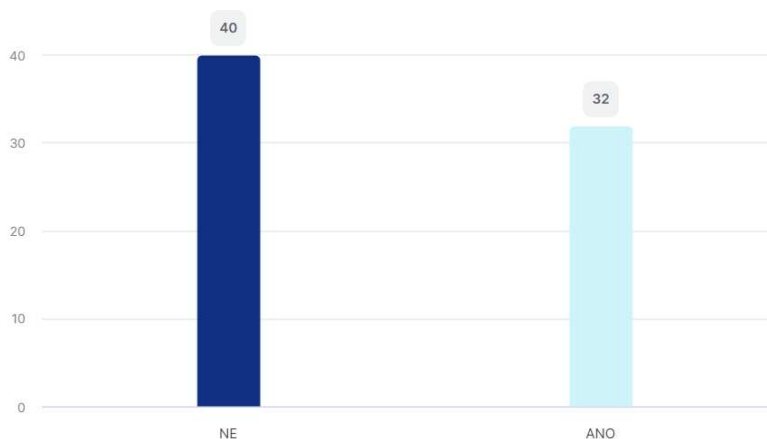
Graf č. 3: Nevyužití institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení

3. Institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilost (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) nevyužíváme, protože:



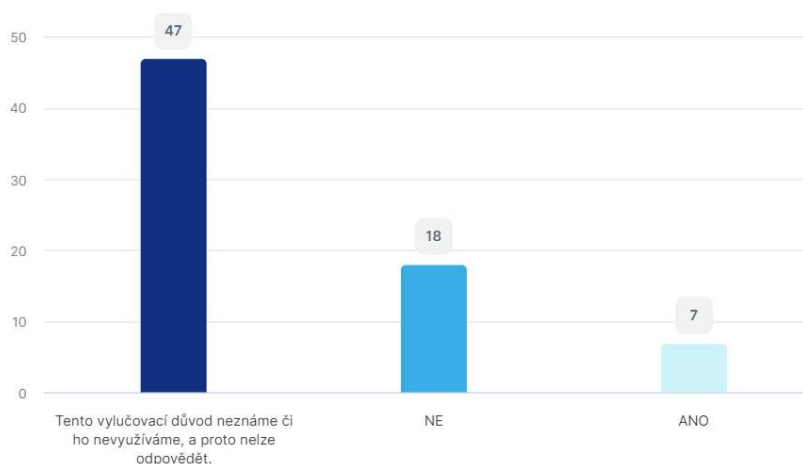
Graf č. 4: Vedení interní evidence nespolehlivých dodavatelů

4. Vedete si jakožto veřejný zadavatel svou interní evidenci nespolehlivých dodavatelů, kteří vadně plnili v rámci vámi v minulosti konaných veřejných zakázek?



Graf č. 5: Zahájení správního řízení při vyloučení účastníka zadávacího řízení

5. Pokud jste institut vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti (§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ) někdy využili, bylo následně ze strany vyloučeného účastníka zahájeno správní řízení?



4.2. Reálná proveditelnost vyloučení účastníka pohledem zadavatelů

Autorka díky výše uvedeným statistickým výsledkům došla k několika dílčím závěrům. V první řadě si autorka díky velmi osvědčené kvantitativní metodě ověřila teoretické závěry této práce, jak uvádí níže.

Graf č. 1 předkládá velmi jasný statistický výsledek o povědomí zadavatelů o institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu jeho nezpůsobilosti, neboť 71 ze 72 respondentů předmětný institut zná. Ačkoliv se jedná, jak už autorka zmínila výše, o odpovědi „kvalifikovaných“ zadavatelů z Asociace pro veřejné zakázky, autorka na základě tohoto výsledku může konstatovat, že důvodem nevyužívání předmětného důvodu k vyloučení pravděpodobně není absence jeho znalosti, proto je nutné hledat odpověď na otázku, co je důvodem nevyužití předmětného institutu v následujících statistických výsledcích.

Autorka může na základě výsledků uvedených v grafu č. 2 potvrdit svou hypotézu, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ není komplexně snadným a bezproblémově aplikovatelným postupem, neboť 15 z 72 respondentů, což činí celých 14 %, ho považuje za komplikovaný a 46 účastníků ho vůbec nevyužívá. Právě na základě faktu, se kterým byla autorka seznámena, tedy že zadavatelé, kteří jsou členy spolku Asociace pro veřejné zakázky jsou pravidelně školeni na mnohé postupy, včetně těch souvisejících s vylučováním účastníků zadávacího řízení, lze vyvodit, že i přes odborné vzdělávání zadavatelů není předmětný

institut považován za jednoznačný, a tak není hojně využíván, a to z důvodů, které nám přiblíží graf č. 3

Graf č. 3 sděluje, že důvodem pro nevyužití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ je z 48,6 % jeho nepotřebnost a z 30,6 % jeho nejednoznačná úprava a potenciální potíže spojené s takovýmto úkonem, v jednom případě jeho neznalost a u ostatních je pak tento důvod k vyloučení zadavatelů využíván. Poměrně pozitivní zprávou je, že se určitá část zadavatelů s nespolehlivými dodavateli neseškává a k vylučování tak dosud nebylo nutné přistoupit. Na druhé straně je pak ale poměrně vysoké procento případů (ve vztahu k četnosti, kdy při zadávacím řízení dochází k vylučování z důvodu nespolehlivosti), kdy zadavatelé považují úpravu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ za nejednoznačnou a tím i nejspíš riskantní k jejímu využití. Právě výsledek odpovídá závěrům této práce, že pokud již zadavatelé k tomuto procesním postupu přistoupili, byly jejich kroky při aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ zpochybněny, resp. dokonce zneplatněny ÚOHS v rámci přezkumu. Autorka tak předpokládá, že předmětné procento zadavatelů je s těmito rozhodnutími ÚOHS seznámeno a není odhodláno čelit obdobným komplikacím, popřípadě samo o sobě předmětné ustanovení považuje za příliš složité a bez jasných vodítek k aplikaci. Pokud by se předmětné číslo respondentů (30,6 %) převedlo do většího měřítka, je zcela nesporné, že výsledný počet zadavatelů, kteří předmětný institut nevyužívá z důvodu nedostatečné úpravy, by byl již alarmující a nutil by zákonodárce provést potřebné změny v ZZVZ. Autorka se na základě výše uvedeného výsledku domnívá, že by bylo velice přínosné učinit pomocí kompetentních veřejných institucí celoplošný průzkum u veřejných zadavatelů za účelem existence získání více vzorků, vedoucí k případným změnám v ZZVZ. Tyto změny by pak měly vést k vyjasnění pravidel aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Velice pozitivní a pro autorku poněkud překvapující informací se stal výsledek grafu č. 4. Více než polovina respondentů si vede svou vlastní interní evidenci nespolehlivých dodavatelů, kteří vadně plnili v rámci jimi v minulosti konaných veřejných zakázek. Jedná se tak o přímý důkaz toho, že veřejní zadavatelé mají zájem o vynakládání veřejných prostředků na spolehlivé dodavatele, a současně se snaží vyhnout se opakované spolupráci s problematickými smluvními stranami. Současně lze tento aspekt kladně hodnotit a považovat ho za základní atribut pro potenciální sdílení dat o nespolehlivých dodavatelích mezi veřejnými zadavateli vzájemně. Pokud by se do budoucna zákonodárcem uvažovalo o takovém zákonem upraveném sdílení dat, svébytné databázi zadavatelů a zkušenosti s jejich vedením, by bylo nesporně obrovskou výhodou pro reálnou aplikaci. O vedení si vlastních

evidenci autorka uvažuje právě v kapitole Zamyšlení de lege referenda, kde navrhuje případnou novelu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, která by spočívala ve vyjasnění podmínek pro spolupráci veřejných zadavatelů ohledně nakládání dat o nespolehlivých dodavatelích. Lze tak konstatovat, že veřejní zadavatelé institut ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ při nejmenším správně chápou, co do jeho smyslu a účelu, a lze vyzdvihnout jejich hospodárné uvažování a naplňování smyslu 3E.

Závěrem lze konstatovat, že statistický výsledek grafu č. 5 odpovídá závěrům práce autorky. Z 25 respondentů, kteří volili mezi odpovědi ANO/NE 7 respondentů odpovědělo kladně na dotaz, že bylo (alespoň v jednom případě) po aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ze strany vyloučeného účastníka, resp. ze strany ÚOHS na podnět účastníka zahájeno správní řízení. Autorka ve své práci na mnoha místech upozorňuje, že na rozdíl od ostatních důvodů k vyloučení je ten v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ v rámci postupů zadavatelů velmi často zpochybňován a přezkoumáván s negativním výsledkem pro zadavatele u ÚOHS. Zbylé odpovědi pak statisticky odpovídají předchozím odpovědím, ve kterých bylo potvrzeno, že 48,6 % respondentů předmětný institut vyloučení nevyužívá z důvodu jeho nepotřebnosti.

Autorka na základě dotazníkového šetření získala poměrně reálný obraz skutečnosti, jak je v rámci českého veřejného zadávání ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ využíván a aplikován. Díky spolupráci na dotazníku s Asociací pro veřejné zakázky lze mimo jiné pozitivně vyzdvihnout zájem veřejných zadavatelů o průběžné vzdělávání se v oblasti veřejných zakázek, jejich ekonomické smýšlení ve vztahu k evidenci nespolehlivých dodavatelů, ale současně i zájem a snahu důvod vyloučení, který je předmětem této práce, v rámci možností využívat. Faktem současně je, že ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ není z pohledu dodavatelů bezproblématická právní úprava a může do budoucna stále tvořit určité úskalí v jejich obraně před nekvalitními partnery. Výsledná statistika může například i samotné Asociaci pro veřejné zakázky poskytnout podnět k tomu, aby svým členům na toto téma uspořádala například školení či metodiku.

5. Rozbor nástrojů pro využití ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ

V předchozích kapitolách se autorka věnovala detailnímu rozboru podmínek pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, jeho reálné proveditelnosti optikou ÚOHS a zásadám, které je nutné při aplikaci předmětného ustanovení reflektovat. Tato kapitola je věnována analýze praktických nástrojů, které mohou zadavateli v souvislosti s využitím ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ dopomoci naplnit jeho účel.

Z ryze praktického hlediska zadavatelé před samotnou aplikací předmětného ustanovení stojí před otázkou, kde a jak mohou informace o nespolehlivých dodavatelích získat.

Odpověď na tuto otázku dosud hledá nejen odborná veřejnost na poli veřejných zakázek, ale především sami zadavatelé. S účinností ZZVZ a do něj transponovaného důvodu k vyloučení mnoho odborníků vyjádřilo svůj předpoklad, že nejspíš časem vznikne v interních postupech zadavatelů snaha o vedení si vlastních „blacklistů“ nespolehlivých dodavatelů.¹³¹ Například dle názoru Barbory Karo a Adély Havlové z advokátní kanceláře Havel & Partners s.r.o., advokátní kancelář se faktická proveditelnost vyloučení účastníka z předmětného důvodu ukáže až v praxi podle „*přístupu kontrolních orgánů a Úřadu, jakož i schopnosti zadavatelů vést si evidenci pochybení a tato v potřebné míře dokládat, popřípadě ochotě poskytovat si s ostatními zadavateli při dokládání pochybení součinnost.*“¹³²

Je zcela logické, že si na ověření spolehlivosti svých budoucích smluvních partnerů zadavatelé pravděpodobně nevystačí sami. Z praktického hlediska by bylo velmi obtížné a administrativně náročné samostatně zjišťovat, jaké veřejné zakázky v posledních třech letech účastník plnil a jak byli jejich zadavatelé s činností účastníka spokojeni.

V souvislosti s výše uvedeným se tak od účinnosti novely ZZVZ nepatrné množství subjektů pokusilo vytvořit databázi, resp. evidenci nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek, které autorka představí níže.

5.1. Evidence nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek

Možnost ověření si spolehlivosti dodavatelů, jakožto budoucích smluvních partnerů logicky nejlépe nabízí především internetový prostor, jakožto prostředí, v kterém se nachází

¹³¹ ProfiTender. *Zakázkový blacklist končí, k vyloučení z tendru postačí špatné zkušenosti* [online]. [cit. 2022-11-19].

¹³² HAVLOVÁ, Adéla – KARO Barbora. Neodpovídající informace v nabídkách – bude lhání beztrestné? *Epravo.cz* [online]. 1. 7. 2016 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/neodpovidajici-informace-v-nabidkach-bude-lhani-beztrestne-101428.html>

nespočet online platform a databází, které mohou uživatelé internetu volně navštěvovat a využívat.

Úvodem lze poukázat například na online evidenci společnosti Centrální registr referenčních listů a.s., která provozuje „Centrální registr referenčních listů“.¹³³ Přestože tento registr primárně cílí na referenční listy úspěšně ukončených veřejných zakázek, jeho součástí je i takzvaná černá listina, která dle vlastních slov provozovatele obsahuje seznam společností, které se v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení veřejných zakázek, dopustili závažných nebo dlouhodobých pochybení při plnění svého dřívějšího smluvního vztahu se zadavatelem veřejných zakázek, které vedly ke vzniku škod, předčasnému ukončení smluvního vztahu nebo jiným sankcím.

Provozovatel v rámci popisu jím vedeného „blacklistu“ na svých webových stránkách vyzývá zadavatele, aby svou participací pomohli „*odhalit nesolidní a pochybné společnosti, které neprovádějí dílo v souladu se smluvními požadavky*“.

Problematická je dle autorky především skutečnost, že zařazení firmy na tento blacklist může učiněním prostřednictvím přednastaveného formuláře prakticky jakákoliv osoba, nejen zadavatel, který je k tomu zákonem zmocněn¹³⁴. Pokud by záznam pocházel od osoby nenaplňující zákonný status zadavatele, nemohl by sloužit k provozovatelem předvídané aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Provozovatel na webové stránce uvádí, že se žádost zasílá právě prostřednictvím odkazovaného formuláře. Provozovatel vyzývá bližší neurčitý okruh osob, které budou mít formulář v úmyslu zaslat, aby pokud možno „*podrobně a adresně*“ popsali nestandardní chování účastníka zhotovení díla, kdy např. prostřednictvím přílohy mohou připojit fotografie nebo další dokumenty, prokazující pochybení dodavatele. Formulář, resp. žádost bude dle slov provozovatele následně objektivně ověřena a po potvrzení správnosti tvrzení zařazena do blacklistu.¹³⁵ Jakým způsobem provozovatel žádosti posoudí a dle jakých pravidel uvede záznamy na blacklist však zůstává utajeno. Netransparentní postup provozovatele v souvislosti s uveřejňováním záznamů tak autorka považuje za minimálně alarmující a potencionálně vedoucí k níže uvedeným důsledkům.

Neméně pochybným aspektem je pak střet s právními normami upravujícími nekalou soutěž. Autorka má v návaznosti na podkapitolu 3.4 za to, že tento registr by neobstál v testu proporcionality, když tuto evidenci provozuje subjekt odlišný od zadavatele, který by k

¹³³ Centrální registr referenčních listů [online]. [cit. 2023-08-16]. Dostupné z: <https://www.crrl.cz/index>

¹³⁴ Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

¹³⁵ Centrální registr referenčních listů [online]. [cit. 2023-08-16].

tomuto byl výjimkou ze zákona oprávněn. Evidence, která obsahuje negativní poznatky o dodavatelích a je navíc zcela veřejná, v rukou třetích osob (ať už provozovatele evidence či jiné osoby s přístupem ke konkrétním datům) potenciálně představuje protiprávní stav pro všechny soutěžitele (dodavatele), kteří se ocitli na předmětném seznamu.

Lze tak uzavřít, že subjekty odlišné od zadavatelů nemohou bez dalšího, ač v dobrém úmyslu, třetím osobám poskytovat z pozice podnikatele veřejné online databáze, které obsahují informace o jiných soutěžitelích, když nejsou brány v potaz zásady nekalé soutěže.

Dalším nástrojem, který nemá zatím příliš dlouhou existenci, je Registr nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek (dále jako „RNDVZ“).¹³⁶ Předmětný registr na rozdíl od prvně zmíněného portálu již velmi obstojně reaguje na potřebu, kterou zakotvují právní předpisy o pravidlech hospodářské soutěže a nekalé soutěži.

Cílem registru je dle jeho tvůrců napomoci vzájemné součinnosti mezi zadavateli, kteří by si přes zmíněnou platformu mohli sdílet informace o nespolehlivých dodavatelích. Sekundárním cílem je pak i *„přispět ke kultivaci obchodního prostředí a férovosti soutěže“*. Po bližším zkoumání RNDVZ je seznatelných několik základních principů, na kterých onen systém stojí.

System RNDVZ je dodáván pouze subjektům, které naplňují definici zadavatele dle ZZVZ. Registrace jiných subjektů není dle provozovatele přípustná. System RNDVZ funguje na automatizaci žádostí a odpovědí podle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím. Dle tvůrců systému tak dochází ke sdílení informací na základě zákonem předvídaného způsobu, resp. na základě zákona, který upravuje (a tím i dovoluje) způsob sdílení určitých informací mezi povinnými subjekty, kterými jsou i veřejní zadavatelé.¹³⁷ Automaticky přednastavené žádosti a odpovědi pak reflektují obsahové náležitosti dle zmíněného zákona.

System stojí na samostatných a oddělených evidencích každého zadavatele, do kterých má přístup a vlastnická práva pouze zadavatel, který si databázi vede. V těchto oddělených evidencích si zadavatelé shromažďují své vlastní zkušenosti s nespolehlivými dodavateli. Do evidencí nelze automaticky nahlížet bez dalšího. Pokud zadavatel hledá informace o konkrétním dodavateli, žádá tak v přednastaveném formátu ostatní registrované zadavatele právě žádostí dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, které systém vygeneruje a rozešle.

¹³⁶ Registr nespolehlivých dodavatelů účastnicích se veřejných zakázek [online]. Praha, 2023 [cit. 2023-08-16]. Dostupné z: <https://rndvz.cz/>

¹³⁷ § 2a zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím.

RNDVZ je neveřejný a přístup k jeho obsahu nemá ani samotný provozovatel. Tato skutečnost plyne z prohlášení provozovatele ve vyžádaných smluvních podmínkách k registraci v RNDVZ.

System současně dle tvůrců nenapomáhá jen při aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, ale současně může sloužit jako nástroj prevenční, díky kterému si zadavatelé ověří způsobilost svého budoucího smluvního partnera, nikoliv tedy pro potřeby vyloučení ze zadávacího řízení, nýbrž z důvodu opatrnosti a zvýšené obezřetnosti pro případ plnění konkrétním dodavatelem.

Provozovatel současně registrovaným zadavatelům neposkytuje žádný konkrétní návod k využití RNDVZ a nesděluje, jaké záznamy mají být v registru evidovány. Autorka se domnívá, že v opačném případě by se zadavatel dopustil nezákonného jednání. Jedinou připojenou metodikou jsou instrukce k ovládní systému.

Za zmínku stojí, že tento systém kladně zhodnotila nezisková protikorupční organizace Transparency International Česká republika (TI ČR), jak stojí na samotných webových stránkách RNDVZ. Jedná se tak pravděpodobně o první, bezrizikový nástroj, který by mohl v nejširším slova smyslu propojit veřejné zadavatele s cílem sdílet si vzájemně relevantní informace.

Jako další nástroj v širším slova smyslu autorka představuje monitorovací činnost společnosti CZECH MATE CZ s.r.o., která nabízí monitoring nespolehlivých partnerů veřejného sektoru. Dle dostupných informací zmíněná společnost informace o nespolehlivých partnerech získává z otevřených zdrojů. Zůstává však otázkou, jak je blíže monitoring prováděn a jakým způsobem a komu jsou poskytována předmětná data. Samotný webový portál totiž nenabízí žádné další dostupné informace o poskytované službě.

Lze tak shrnout, že i přes minimum dostupných praktických nástrojů pro zadavatele je možné identifikovat nedostatky těchto nástrojů, když nejsou s to naplnit základní zásady pro jejich legitimní využití. Autorka za nejvíce dominantní pochybení považuje veřejnou dostupnost informací o dodavatelích, které jsou způsobilé přivodit jim újmu v rámci trhu. V neposlední řadě zmíněné evidence nikdy nemohou být dogmatické, když nelze objektivně zaručit pravdivost uvedených informací o nespolehlivých dodavatelích. Je tak tedy nutné, aby si zadavatel vždy sdílené informace ověřil.

Jako příklad neveřejné a striktně interní evidence je možné uvést evidenci sektorového zadavatele ČD Cargo a.s., která slouží pouze jeho vlastním potřebám. ČD Cargo a.s. si tak zavedlo svůj vlastní interní blacklist a každému, kdo se na něm ocitne, je podaná nabídka a priori odmítnuta. ČD Cargo a.s. tak správně selektuje z výběrových řízení ty dodavatele, se

kterými měl v minulosti špatné zkušenosti.¹³⁸ Autorka nahlíží na tento dogmatický přístup značně rezervovaně, a to zejména v souvislosti s rozhodovací praxí Úřadu, neboť nelze dle přesvědčení autorky platně vyloučit dodavatele bez dalšího zkoumání podmínek vyloučení a odkázat na pouhou existenci zápisu.

Obdobně pak Výstaviště Praha a.s., Vodní záchranná služba ČČK, z.s., České vysoké učení technické v Praze si též vede svůj interní seznam dodavatelů, kteří poskytli nekvalitní plnění na základě implementované metodiky ohledně evidence nespolehlivých dodavatelů předchozích plnění.

5.2. „Blacklist“ vedený Ministerstvem pro místní rozvoj

V rámci provedené podrobné rešerše zkoumající existenci evidencí nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek autorka narazila mimo jiné na dnes již neúčinný Rejstřík osob se zákazem plnění veřejných zakázek vedený Ministerstvem pro místní rozvoj, který svým názvem implikuje podobnost či souvislost s autorkou hledanými evidencemi. Autorka proto níže předkládá stručný rozbor Rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek za pomoci dohledaných zdrojů, s cílem analyzovat, jaký smysl a účel tento rejstřík měl, zda má podobnost se stávajícími „rejstříky“, resp. evidencemi nespolehlivých dodavatelů, a jaké bylo reálné využití Rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek vedeného Ministerstvem pro místní rozvoj.

§ 144

Vedení rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek

(1) Do rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek (dále jen „rejstřík“) jsou zapisovány právnické nebo podnikající fyzické osoby, kterým byl podle § 120a odst. 2 uložen zákaz plnění veřejných zakázek. Rejstřík vede ministerstvo a je součástí informačního systému.

(2) Úřad uvědomí bezodkladně ministerstvo o nabytí právní moci rozhodnutí, kterým byl podle § 120a odst. 2 uložen zákaz plnění veřejných zakázek, sdělí identifikační údaje právnické nebo podnikající fyzické osoby, která má být na základě tohoto rozhodnutí do rejstříku zapsána, a uvede den, od kterého výkon zakazu plnění veřejných zakázek začíná, a den, kdy končí. Ministerstvo nejpozději do 5 pracovních dnů od sdělení Úřadu zapíše tyto údaje do rejstříku.

¹³⁸ FLAM, Jirí. Interní black list jako dobrá metoda selekce nedůvěryhodných obchodních partnerů. *Ekonomický deník* [online]. 20. 4. 2020 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://ekonomickydenik.cz/blog/interni-black-list-jako-dobra-metoda-selekce-neduveryhodnych-obchodnich-partneru/>

(3) Úřad uvědomí ministerstvo o případném zrušení rozhodnutí, kterým byl podle § 120a odst. 2 uložen zákaz plnění veřejných zakázek. Ministerstvo zapsanou osobu nejpozději do 5 pracovních dnů ode dne sdělení Úřadu údaje podle odstavce 2 z rejstříku vymaže.

(4) Rejstřík je veřejně přístupný, a to rovněž způsobem umožňujícím dálkový přístup.¹³⁹

Na základě zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony v souvislosti s přijetím trestního zákoníku, kterou byl novelizován ZVZ, byl 1. ledna 2010 zaveden Rejstřík osob se zákazem plnění veřejných zakázek. Dle názorů odborné společnosti měl tento rejstřík za cíl umožnit zadavatelům veřejných zakázek více konsekventní kontrolu dodavatelů.¹⁴⁰

Komentovaný rejstřík osob se zákazem plnění veřejných zakázek vedlo v době jeho účinnosti Ministerstvo pro místní rozvoj, přičemž o zápisu se rozhodovalo na základě pravomocného rozhodnutí ÚOHS.¹⁴¹

S touto novelou pak bylo povinností dodavatele při účasti v zadávacím řízení doložit, že není v tomto rejstříku veden, což souviselo se skutečností, že tento předpoklad byl pak jedním ze základních aspektů kvalifikace dle ustanovení § 53 ZVZ.

Zadavatel si s ohledem na veřejnost a dostupnost tohoto rejstříku tuto skutečnost mohl za doby jeho účinnosti kdykoliv prověřit. Údaje z Rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek byly přístupné v Informačním systému o veřejných zakázkách, a to na internetové adrese www.isvz.cz.¹⁴²

Jelikož již nelze do předmětného rejstříku dnes nahlížet, lze pouze na základě relevantních internetových článků sdělit, že informace o zapsaných osobách byly v rejstříku řazeny chronologicky a zároveň bylo údajně možné jejich vyhledání podle identifikačního čísla nebo obchodního názvu. Dle dostupných informací směl do předmětného rejstříku nahlédnout kdokoliv bez nutnosti registrace.¹⁴³

Je vhodné pak také podotknout, že byl v návaznosti na výše uvedené zároveň dodavatelům zapsaným v Seznamu kvalifikovaných dodavatelů od 1. 1. 2010 na základě

¹³⁹ § 144 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

¹⁴⁰ Svaz měst a obcí České republiky. „Black list“ osob se zákazem plnění veřejných zakázek spuštěn od 1. ledna 2010 [online]. 11. 1. 2010 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://www.smocr.cz/cs/cinnost/sprava-obce/a/black-list-osob-se-zakazem-plneni-verejnych-zakazek-spusten-od-1-ledna-2010>

¹⁴¹ Ministerstvo pro místní rozvoj. Startující Black list umožní kontrolu dodavatelů veřejných zakázek [online]. Praha, 5. 1. 2010 [cit. 2023-08-08]. Dostupné také z: <https://www.mmr.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/2010/startujici-black-list-umozni-kontrolu-dodavatelu-v>

¹⁴² Tamtéž.

¹⁴³ Svaz měst a obcí České republiky. „Black list“ osob se zákazem plnění veřejných zakázek spuštěn od 1. ledna 2010 [online]. 11. 1. 2010 [cit. 2022-12-11].

žádosti vydáván výpis, který dokládá základní kvalifikační předpoklady v souladu s novelou ZVZ, a jeho součástí tedy bylo i potvrzení, že nejsou v rejstříku vedeni.

Z ustanovení § 120a ZVZ pak vyplývá, že dodavatel mohl být postižen zákazem plnění veřejných zakázek na dobu tří let, pokud předložil k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídaly skutečnosti a tyto měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení. To stejné platilo i tehdy, když dodavatelé předložili při prokazování splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídaly skutečnosti a konečně měly nebo mohly mít vliv na rozhodnutí o zápisu do Seznamu kvalifikovaných dodavatelů či Seznamu systémů certifikovaných dodavatelů, či nepodalí žádost o změnu zápisu do Seznamu kvalifikovaných dodavatelů nebo Seznamu systémů certifikovaných dodavatelů.

ZZVZ však výše uvedený institut správního deliktu již neobsahuje. Dále navíc platí, že byl-li takový zákaz plnění pravomocně uložen podle dřívějších předpisů (ZVZ či zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení) pak se takový zákaz nevztahuje na veřejné zakázky, jejichž zadávání bylo zahájeno po nabytí účinnosti ZZVZ. „*MMR se na základě vyhodnocení požadavků zadavatelů rozhodlo ukončit k 1. březnu 2017 vydávání potvrzení o tom, že dodavatel není veden v rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek, a to vzhledem k tomu, že uběhlo téměř půl roku od nabytí účinnosti ZZVZ.*“¹⁴⁴

Lze tak učinit závěr, že Rejstřík osob se zákazem plnění veřejných zakázek se netýkal nezpůsobilosti dodavatele, ale jeho podvodného či jiného neakceptovatelného chování, které mělo za důsledek jeho dočasné vyřazení z participace na konání veřejných zakázek. O podobnosti k nyní existujícím evidencím nelze dle autorky hovořit, neboť zásadním rozdílem se stává subjekt, který daný rejstřík vedl a spravoval. Ačkoliv Rejstřík osob se zákazem plnění veřejných zakázek neměl příliš dlouhého trvání, vedení a správa Ministerstvem pro místní rozvoj dodávala rejstříku přinejmenším legitimní charakter a posilňoval právní jistotu správnosti zápisu do tohoto rejstříku.

Jeho reálné využití se však žel nestalo skutečností, na rejstříku se za jeho účinnosti totiž objevilo pouze 7 podnikatelských subjektů.¹⁴⁵ Konec rejstříku nakonec nejspíš zapříčinilo přijetí nového ZZVZ, jak přitakalo několik odborníků na poli veřejných zakázek:

¹⁴⁴ Obecní portál. *Ukončení vydávání potvrzení o nevedení dodavatele v rejstříku osob se zákazem plnění VZ* [online]. 2. 3. 2017 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: https://www.obecniportal.cz/33/ukonceni-vydavani-potvrzeni-o-nevedeni-dodavatele-v-rejstriku-osob-se-zakazem-plneni-vz-uniqueidgOkE4NvrWuOKaQDKuox_Z8TsuPCsHtONnZAGfpGfOwo/

¹⁴⁵ MAZANCOVÁ, Hana. *Přežije blacklist veřejných zakázek? Šlechtová navrhuje konec seznamu.* *Lidovky.cz* [online]. 14. 9. 2015 [cit. 2023-03-12]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/domov/prezije-blacklist-verejnych-zakazek-slechtova-navrhuje-konec-seznamu.A150911_150543_ln_domov_hm

„Mechanismy v novém zákoně považujeme za dostatečné. Současná podoba rejstříku odporuje novým evropským zadávacím směrnicím, které ukládají zavést proces obnovy způsobilosti, který umožňuje dodavatelům doložit, že přijali dostatečná opatření k nápravě předchozích provinění,“¹⁴⁶ Důvodnosti konce předmětného rejstříku nakonec přizvukoval i ÚOHS, který o zapsání subjektu na „blacklist“ rozhodoval. Podle něj se jednalo o institut, který nepožadovaly žádné evropské směrnice, když novela ZZVZ vznikala právě pro zapracování evropské legislativy do národních předpisů.¹⁴⁷

V kontrastu s výše uvedeným stanoviskem ÚOHS pak zaujal odlišný postoj ředitel Transparency International Česká republika, Radim Bureš. Zmíněný poradce rady vlády se k rejstříku vyjádřil tak, že ho považuje za významný, neboť „*má působit jako veřejně zdvižený prst pro zadavatele, ať si na dané subjekty dají pozor*“ a současně, že „*Má svůj smysl. Umožňuje postihnout firmy, které uvedly v žádosti o zakázku nepravdivou informaci. Pokud například tvrdily, že dosáhly určitého obratu, ale ve skutečnosti tomu tak nebylo, je to závažné pochybení.*“

Jak již bylo zmíněno výše, rejstřík již není několik let účinný a můžeme se domnívat, že náhradou za daný institut je mechanismus uvedený právě v ustanovení § 48 odst. 5 ZZVZ, který má za cíl vyřadit z veřejných soutěží takové dodavatele, kteří jsou nespolehliví.

5.3. Shrnutí pozitivních a negativních dopadů využití nástrojů z hlediska nekalosoutěžního jednání v kontrastu s veřejným zájmem na řádném vynakládání veřejných prostředků

Ačkoliv má autorka za to, že výsledek analýzy pozitivních a negativních dopadů využití nástrojů (evidencí nespolehlivých dodavatelů) z hlediska nekalosoutěžního jednání v kontrastu s veřejným zájmem na řádném vynakládání veřejných prostředků může být čtenáři znám již přečtením předchozích kapitol a podkapitol, předkládá autorka stručnou rekapitulaci závěrů, ke kterým došla vypracováním této práce.

Nesporně pozitivním dopadem využití, resp. existencí nástrojů je dle autorky zvýšení reálné aplikace důvodu k vyloučení uvedeného v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, který svým charakterem pak přispívá k ochraně a podpoře veřejného zájmu na řádném vynakládání veřejných prostředků, když zabrání účasti potenciálním nezpůsobilým dodavatelům v budoucích zadávacích řízeních.

¹⁴⁶ Tamtéž.

¹⁴⁷ Tamtéž.

S tímto pak zajisté souvisí následná redukce administrativního a ekonomického zatížení zadavatele spojeného s řešením nekvalitního plnění nespolehlivého dodavatele, především nákladů na právní poradenství, v konečném důsledku i nákladů možného soudního sporu, řešení reklamací, jak již bylo blíže rozebráno v předchozí podkapitole.

Autorka jako kladný aspekt využití nástrojů vnímá i ve vztahu ke kultivaci obchodního prostředí, neboť evidence nespolehlivých dodavatelů mohou sloužit jako jakýsi prevenční apel, který dodavatele přiměje k opatrnosti a obezřetnosti při výkonu jejich podnikatelské činnosti. S tímto pak též souvisí odvíjející se zvýšení férovosti soutěže, neboť prostor ke své realizaci dostanou ti dodavatelé, kteří své řemeslo vykonávají spolehlivě a kvalitně.

Jistým úskalím mezi pozitivními a negativními dopady těchto užitečných nástrojů je forma jejich provozování. Jak již bylo vysvětleno v předchozích podkapitolách, největší problémem dostupných evidencí je jejich veřejnost, která má potenciál narazit na rozpor se zákonem. Je nesporné, že zadavatelé ani jiné subjekty nemají legitimaci k tomu neoprávněně, resp. nezákonným způsobem omezovat působení podnikatelů na ekonomickém trhu. ZZVZ proto, ač ne příliš šťastně, zmocňuje veřejné zadavatele v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ k podmíněné regulaci zadávacího řízení o nezpůsobilé účastníky, a to i prostřednictvím „vypůjčené“ negativní reference od jiného veřejného zadavatele. To, co tedy v soukromoprávní rovině je určitým standardním aspektem poptávky na trhu, je v rámci sektoru veřejných zakázek určitou výjimkou. Jinak řečeno – dobrá pověst, která hraje v rámci soukromého trhu stěžejní roli, je ve veřejném sektoru paradoxně ukazatelem sekundárním, ke kterému lze přihlížet právě skrze předmětné zákonné ustanovení.

Negativním důsledkem se pak tedy potenciálně stává právě oné poškození pověsti dodavatele prostřednictvím zveřejněných informací ve veřejných evidencích nespolehlivých dodavatelů veřejných zakázek.

Otázkou zůstává, jak moc si jsou svého nekalosoutěžního jednání provozovatelé evidencí vědomi. Lze dovodit, že záměrem těchto subjektů není apriori poškození soutěžitelů, nýbrž snaha dopomoci zadavatelům zajistit bezproblémové potřebné smluvní plnění. Nicméně nezbyvá než dodat, že pro tyto subjekty bez výjimky platí zásada *ignorantia juris non excusat*, kdy se i přes jejich nevědomost vystavují odpovědnosti za své protiprávní chování.

Závěrem tedy lze shrnout, že v případě, že evidence nespolehlivých dodavatelů budou provozované legitimní formou, mohou mít velmi pozitivní důsledek pro docílení záměru vynakládat veřejné prostředky efektivně a hospodárně. Právě z těchto důvodů se autorka v následující kapitole zaměřuje na úvahy vedoucí k úpravě současného znění ustanovení

§ 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, které by potenciálně mohlo zpřesnit formu vedení evidencí nespolehlivých dodavatelů.

Autorka je však závěrem přesvědčena, že na straně veřejných zadavatelů stojí natolik legitimní a významný zájem, tedy zájem na hospodárném vynakládání veřejných prostředků a jejich ochraně, že nelze aspekt dobré pověsti při konání veřejných zakázek opomíjet a ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ by zadavatelé měli více zohledňovat.

6. Zamyšlení se de lege ferenda

Tato rigorózní práce měla za cíl v přechozích kapitolách nejen teoreticky, ale i prakticky a přehledně nastínit, jak aplikovat ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ de lege lata v souladu s aktuální rozhodovací praxí ÚOHS. I přes veškerou snahu autorky zjistit a podat pomocí výkladu právě zmíněné rozhodovací praxe ÚOHS ve spojení s odbornými vyjádřeními, metodikami a jinými relevantními prameny práva ucelený „návod“ k interpretaci a aplikaci probíraného ustanovení ZZVZ, dochází autorka k závěru, že by analyzované ustanovení mohlo, resp. mělo být předmětem budoucího zpřesnění zákona ze strany zákonodárce. Tento závěr lze podpořit i samotnými výsledky dotazníkového šetření uvedenými ve čtvrté kapitole této práce.

Obecně lze tvrdit, že tam, kde vzniká mezera v zákoně, lze použít několik metod, jak danou diskrepanci zhojit, tedy např. analogií či soudcovským dotvořením práva.¹⁴⁸ Vzhledem ke specifčnosti celého ZZVZ nelze o analogii hovořit, a proto přichází v úvahu právě dotvoření právní normy pomocí rozhodovací praxe soudů či ÚOHS. Autorka na tomto místě sděluje, že dle jejího názoru rozhodovací praxe ÚOHS přináší velmi přínosný a praktický výklad toho, jaké jsou procesněprávní aspekty a podmínky řádného vyloučení účastníka ze strany zadavatele. Toto však bohužel dle názoru autorky nemá možnost překonat například neurčitost některých pojmů uvedených v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nebo nedopracovanost předmětného ustanovení ve vztahu k formě poskytování zprostředkovaných negativních zkušeností veřejných zadavatelů s konkrétními dodavateli.

Kromě neurčitosti pojmů „závažného“ a „dlouhodobého“ pochybení autorka tak shledává, jak již zmínila v předchozím odstavci, problematickou neurčitou formu sdělování si informací o nespolehlivosti dodavatele mezi veřejnými dodavateli, která není upravena žádnou předepsanou normou.

Ačkoliv si je autorka plně vědoma obtížnosti a náročnosti normotvorného procesu jako takového, musí konstatovat, že v určitých situacích se nedokonale (ač nezáměrně) vytvořená norma může stát pro zadavatele spíše obtíží než přínosem. Zákonodárce měl zajisté v úmyslu předmětným ustanovením dát zadavatelům do rukou nástroj, jak zamezit účasti nespolehlivým dodavatelům v rámci konané veřejné zakázky.¹⁴⁹ Tento nástroj žel není natolik jednoznačný, aby přinesl pouze kýžený výsledek v podobě očištění se od okruhu potenciálně nespolehlivých dodavatelů.

¹⁴⁸ Profipravo.cz. *K tzv. soudcovskému dotvoření práva* [online]. 10. 7. 2018 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: https://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=67&id_article=260754&csum=366643d7

¹⁴⁹ Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

Autorka se v níže uvedené pasáži věnuje několika teoretickým úvahám, které jsou koncipovány jako nástin potenciálně možných úprav zákonného ustanovení, které v jeho aktuálním znění pro potřeby této podkapitoly autorka doslovně cituje níže.

„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.“¹⁵⁰

V prvé řadě autorka svou pozornost a úvahu *de lege ferenda* zaměřila na pojmy, které způsobují interpretační nesnáze z důvodu jejich neurčitosti. Závažnost a dlouhodobost ve vztahu k pochybení již nejsou díky ÚOHS a jeho rozhodovací praxi pojmy zcela nejasnými.

Ve vztahu k podmínce intenzity pochybení se musí jednat o jejich pluralitu, což vyplývá již zesamotného gramatického výkladu výše citovaného ustanovení (*závažných nebo dlouhodobých pochybení*). ÚOHS posléze dovedl, že není nutná existence dvou a více pochybení v rámci minimálně dvou smluvních vztahů, nýbrž že postačí jej prokázat pouze v rámci jednoho smluvního závazku. Autorka k tomuto pak i přes tento příznivý výklad ÚOHS zaujímá poněkud skeptický postoj, když má za to, že i jediné pochybení v rámci jednoho vztahu může dosáhnout takové intenzity, které je způsobilé přivodit kvalifikovaný následek. Kvantifikace pochybení v rámci předmětného ustanovení je tedy z pohledu autorky nevhodná a nedůvodná, neboť i jediným závažným pochybením může dodavatel zadavateli způsobit zcela neakceptované následky, které by vedly k legitimní sankcionaci konkrétního dodavatele prostřednictvím institutu v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Tuto myšlenku autorka považuje za opodstatněnou i na základě rozhodovací praxe, kdy např. v rozhodnutí ÚOHS pod č. j. ÚOHS-S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPi ze dne 11. června 2019 bylo dovozeno, že *„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.“* Právě tato teze směřuje k závěru, že nakonec vždy záleží na svébytné argumentaci zadavatele, který podloží svá tvrzení o závažných a dlouhodobých pochybeních, a jedná se tedy vždy o individuální případy, jejichž relevanci je nutné prokázat. Autorka považuje právě vtělenou individualitu pochybení za aspekt, který by měl vést k benevolenci

¹⁵⁰ § 48 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

ve vztahu ke kvantifikaci pochybení. Velmi jednoduchou logikou lze totiž dojít k závěru, že v případě, ač jednoho, ale velmi závažného pochybení, lze bez dalšího dojít k naplnění intenzity pochybení, když v případě druhém k této intenzitě lze dojít např. kumulací několika méně závažných, ale relevantních pochybení. Závěrem této úvahy je tak podnět zákonodárci uvážit možnou změnu formulace předmětného ustanovení, konkrétně změnit textaci *závažných nebo dlouhodobých pochybení* na znění v singuláru. Předmětná změna by tak dle autorky vedla ke snazší a pro zadavatele dostupnější aplikaci analyzovaného vylučovacího důvodu, bez nutného snížení jeho přiměřenosti nebo spravedlivosti.

Co se týče již probírané závažnosti pochybení, lze opětovně přisvědčit, že je v rámci naplňování této podmínky ponechána jistá míra výkladové volnosti. V tento moment se pak zadavatelé ale mohou ocitnout v situaci, kdy nemají jistotu, zda jimi tvrzená pochybení opravdu závažná jsou. Jediným pevným vodítkem je totiž podmínka kvalifikovaného následku. Takovýto následek může být kupříkladu hojně využívaná smluvní pokuta, která však může být následkem velmi marginálního prohřešku, který by jistě v testu intenzity neobstál. Vyvstává tak otázka, zda by závažnost pochybení neměla být blíže specifikována, resp. ohraničena určitou objektivní skutečností.

Takovouto objektivní skutečností je myšlena limitní hodnota, která by určovala, co se za závažné pochybení považuje a opodstatňuje aplikaci daného ustanovení. Autorka se ve svých úvahách inspirovala např. trestněprávní úpravou vymezení škod. Aby byly naplněny skutkové podstaty určitých majetkových trestných činů, musí dojít ke škodě určitého rozsahu. Trestní zákoník pak kategorizuje škodu na nikoli malou, větší, značnou a velkého rozsahu a ke každé kategorii stanoví odpovídající finanční hodnotu škody. Analogicky by se tak v návaznosti na nutnou intenzitu pochybení v rámci aplikace ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vymezila určitá hodnota škody v důsledku daného pochybení. Tato úprava by ale nejspíš opětovně vedla k jistým obtížím, a to například při určení skutečné škody nebo jejího následného prokazování. Nepochybně by také touto striktní úpravou došlo k určité limitaci a vymezení případů, které by se pod ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ daly kategorizovat, ale současně by nedošlo ke kýženému zjednodušení aplikace a zvýšení využitelnosti předmětného vylučovacího institutu. Také by ale ani vzhledem k povaze a charakteru ZZVZ odkaz na trestněprávní úpravu nebyl pravděpodobně zcela vhodný, a proto lze předešlou úvahu zamítnout.

Příhodnější úpravou by tak mohl být ryze soukromoprávní předpis, konkrétně OZ, který v sobě zakotvuje institut podstatného porušení smlouvy dle ustanovení § 2002 OZ, jehož zákonná definice zní následovně: „*Podstatné je takové porušení povinnosti, o němž*

strana porušující smlouvu již při uzavření smlouvy věděla nebo musela vědět, že by druhá strana smlouvu neuzavřela, pokud by toto porušení předvídala; v ostatních případech se má za to, že porušení podstatné není.“ Ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ by pak mohlo hypoteticky nést textaci, ve které by intenzita pochybení byla nahrazena podmínkou existence podstatného porušení smlouvy v rámci minulého závazku. Technicky vzato by ale tato zákonná konstrukce velmi omezila aplikaci důvodu k vyloučení, neboť podstatné porušení smlouvy ve smyslu ustanovení § 2002 občanského zákoníku nemusí vždy odpovídat závažnému či dlouhodobému pochybení, čemuž přisvědčuje i opětovně citované rozhodnutí ÚOHS pod č. j. ÚOHS-S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPi ze dne 11. června 2019, jenž upozorňuje na skutečnost, že: „... 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.“ Závěrem lze tak vyvodit, že ani tento způsob bližší specifikace intenzity pochybení by nebyl vhodný a efektivní. Je tak nejspíš nutné přisvědčit závěrům ÚOHS, že je nutné pochybení vykládat optikou zadavatelů pomocí jejich přesvědčivé argumentace, které je nutné dát prostor, stejně jako brát v úvahu individuální povahu pochybení, které nelze vždy jednoduše kategorizovat. Využití neurčitých právních pojmů v rámci zákonných ustanovení sice není stavem ideálním, avšak je nejspíš nutné brát v potaz, že generalizace nebo naopak bližší specifikace konkrétní normy vždy nutně nepovede ke zjednodušení jejího výkladu či její aplikace.

Co by již ale autorka považovala za nesporně vhodné upravit, resp. dotvořit, je část ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, která opravňuje zadavatele vyloučit účastníka zadávacího řízení na základě zprostředkované negativní zkušenosti jiného veřejného zadavatele. Na analýzu problematičnosti tohoto aspektu v detailu autorka odkazuje na podkapitulu 3.4 této rigorózní práce a také na výsledky dotazníkového šetření, kterými bylo zjištěno, že veřejní zadavatelé mají zkušenost s vedením si vlastních interních evidencí nespolehlivých dodavatelů. Právě s ohledem na závěry, ke kterým autorka v této práci dospěla, lze mít za to, že v předmětném ustanovení absentuje určení formy sdílení si informací mezi zadavateli.

Autorka má za to, že tuto diskrepanci by bylo možné zhojit několika možnými způsoby, které níže představuje. V prvním případě by autorka zvažovala doplnění předmětného ustanovení o formulaci, která by směřovala ke stanovení formy sdílení si informací o nespolehlivých dodavatelích mezi veřejnými zadavateli. V úvahu vzala autorka dovětek, jehož znění navrhuje níže a následně ho podrobněji vysvětluje: „Zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že se účastník

zadávacího řízení dopustil v posledních 3 letech od zahájení zadávacího řízení závažného nebo dlouhodobého 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. Zadavatel je oprávněn si vést svou neveřejnou evidenci nespolehlivých dodavatelů ve smyslu tohoto ustanovení. Tuto evidenci, či dílčí informaci v této evidenci, je veřejný zadavatel povinen na žádost jiného veřejného dodavatele prostřednictvím elektronického nástroje poskytnout.“

Předmětné rozšíření právní normy by mělo za cíl stanovit adekvátní formu a také povinnost sdílení informací mezi veřejnými zadavateli k naplnění účelu citovaného ustanovení. Autorka se v první části dotvořené normy záměrně vyhýbá nepřiměřenému příkazu si evidenci nespolehlivých dodavatelů vést. Tato skutečnost by měla rozhodně fungovat na principu dobrovolnosti, avšak v případě, že by se zadavatel rozhodl tuto evidenci ve svých interních postupech zavést, považuje autorka ve vztahu k účelu daného ustanovení stěžejní zakotvit následnou povinnost tyto informace z předmětné evidence příslušným osobám na jejich žádost poskytnout. Autorka při této úvaze vzala v potaz i statistické výsledky získané z dotazníkového šetření, na základě, kterých potvrzuje již určitou zkušenost veřejných zadavatelů s vedením jejich interních evidencí. Dotvoření ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ by pak tuto skutečnost aprobovalo, a především zakotvilo povinnost vzájemného sdílení. Pokud by totiž existoval mechanismus, který by upravil formu cílené komunikace mezi zadavateli, pak by jistě došlo ke snížení potenciálních negativních dopadů využití nástrojů z hlediska nekalosoutěžního jednání. Kýženým výsledkem takovéto úpravy by dle autorky byla zvýšená motivace vyžít institut ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ ze stran zadavatelů a jeho snadnější aplikace.

V druhém případě autorka zvážila takovou úpravu, která by měla svou podstatou podobnost, k již neaktivnímu Rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek vedeného Ministerstvem pro místní rozvoj. Úvaha autorky by tedy na rozdíl od prvního zamyšlení vyžadovala zakotvení evidence společné a jednotné, která by sloužila všem veřejným zadavatelům bez nutnosti vést si své evidence interně. Současně by tato jednotná evidence byla vedena určitou veřejnou institucí. Tato varianta by dle autorky mohla též zadavatele motivovat k většímu důrazu své potenciální smluvní partnery prověřovat a tím chránit vynakládané veřejné prostředky. Předmětná úprava by spočívala v odkázání zadavatelů na konkrétní, právním předpisem zakotvený nástroj, resp. evidenci, ve které by zadavatelé legálně a odůvodněně sdíleli své poznatky o nezpůsobilých dodavatelích ve smyslu ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. Současně lze předpokládat, že tato evidence by mohla

být součástí konkrétního elektronického nástroje, jako například NEN Nipez, který je pod správou Ministerstva pro místní rozvoj.

Přínosem takovéto jednotné evidence by dozajisté bylo upevnění právní jistoty při aplikaci předemtného vylučovacího důvodu zadavatelem, snížení administrativní náročnosti při vyhledávání informací směřujících k prověření budoucího smluvního partnera, k zamezení neoprávněného narušení hospodářské soutěže a současně vyhnutí se střetu s nekalosoutěžními normami a konečně v souhrnném výsledku ke zvýšené ochraně vynakládaných veřejných financí.

Dle autorky by ale tato úprava mohla narazit na určitá problematická úskalí. Čtenář si nejspíš dle předchozí kapitoly bude pamatovat, že zápis do Rejstříku osob se zákazem plnění veřejných zakázek vedeného Ministerstvem pro místní rozvoj byl podmíněn pravomocným rozhodnutím ÚOHS. Pokud by tedy pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ byla zakotvena jednotná evidence vedená veřejnou institucí, vyvstala by otázka, jakým způsobem a na základě jakých pravidel by se do evidence záznamy o nespolehlivých dodavatelích vpisovaly, a kdo by nesl odpovědnost za jejich pravdivost. První úvaha autorky totiž počítá s tím, že pokud by si zadavatelé vedli své interní evidence, měli by současně i odpovědnost za jejich obsah a autonomii ve vztahu ke způsobu zápisu jejich vlastních záznamů. Přestože by tak druhá varianta poskytovala jednotné místo, kde relevantní skutečnosti o dodavatelích shromažďovat, musel by dle autorky ZZVZ projít mnohem obsáhlejší úpravou, které by možná následně postrádala svou jednoduchost a účel.

Pohledem autorky by tak přínosnou a skutečně potřebnou změnou ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ bylo zakotvení možnosti vést si svébytné interní evidence nespolehlivých dodavatelů (veřejnými zadavateli) a související vtělení povinnosti záznamy v ní vepsané veřejným zadavatelům na jejich žádost sdílet.

Autorka závěrem z opatrnosti dodává, že veškeré výše uvedené úvahy sama bere s potřebnou rezervou, neboť se jedná pouze o zamyšlení se de lege ferenda. Ve skutečnosti si je autorka samozřejmě vědoma, že normotvorný proces je významnou činností zákonodárského sboru a nelze ho považovat za činnost běžnou. Výše uvedené návrhy změny právní úpravy jistě nejsou akutní záležitostí, proto by tak mohla být předmětná změna ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ součástí budoucí komplexní aktualizace ZZVZ.

Závěr

Předkládaná rigorózní práce se zabývala právní úpravou institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení a byla zaměřena na rozbor úskalí a reálné aplikovatelnosti fakultativního důvodu vyloučení uvedeného v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ. V této práci byla především demonstrována komplikovanost předmětného ustanovení, které v určitých aspektech naráží na střet s jinými právními normami a v mnohých případech způsobuje výkladové potíže.

Cíl této rigorózní 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 důvodem k vyloučení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ vypořádat, aby i v praxi mělo smysl a naplňovalo jeho zákonný účel.

Teoretická část měla za úkol seznámit čtenáře s právní úpravou možnosti vyloučení účastníka zadávacího řízení dle aktuální úpravy, tedy dle ZZVZ. V této části byla vysvětlena terminologie zabývající se danou problematikou, dále byly vysvětleny jednotlivé pojmy a principy, které jsou pro komplexní pochopení meritů práce stěžejní. Součástí této úvodní části byla též komparace aktuální a předchozí právní úpravy zadávání veřejných zakázek se zaměřením na institut vyloučení účastníka zadávacího řízení, jejímž závěrem bylo představení pozitivních změn, které v souvislosti s řešenou problematikou ZZVZ přinesl.

Následně se autorka podrobně věnovala jednotlivým podmínkám pro aplikaci ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ z hmotněprávního i procesněprávního hlediska. Předmětný rozbor podmínek měl čtenářům osvětlit, koho lze považovat za nespolehlivého dodavatele ve smyslu analyzovaného ustanovení a usnadnit zadavatelům následnou kategorizaci nastalých pochybení.

Praktická část se pak detailně věnovala analýze představeného institutu z pohledu realistického, včetně vlastního výzkumu skrze dotazníkové šetření, jehož cílem bylo kritické zhodnocení nového důvodu k vyloučení z pohledu veřejných zadavatelů, a z hlediska jeho reálného využití v praxi.

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

Přidanou hodnotou této práce je přehledné představení a rozbor nástrojů, které mohou veřejné zadavatele motivovat k cílenému prověřování svých budoucích smluvních partnerů

a dopomoci k reálné aplikaci nového vylučovacího důvodu. Z pohledu zmíněného konfliktu právních norem, zejména pak pravidel týkajících se spravedlivé hospodářské soutěže, je stěžejní kapitola, která přináší možné rozřešení tohoto střetu zájmů.

Práce je tak kombinací teoretického rozboru, následné kritiky a praktického řešení problematiky právní úpravy vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 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 velmi významného veřejného zájmu. Na zadavatele jsou kladeny v souvislosti s úkonem vyloučení účastníka poměrně vysoké nároky, přičemž nevyhovění zákonných podmínek sankcionuje ÚOHS velmi přísně. To nakonec potvrdila samotná statistika uvedená v 5. kapitole, která prokázala obavy zadavatelů analyzovaný institut využívat.

Přesto, že za tento neduh nelze vinit samotnou konstrukci právní úpravy, bylo by vhodné, jak sama autorka uvedla ve svém zamyšlení *de lege ferenda*, do budoucna přijít s rozumným kompromisem úpravy, která by dle přesvědčení autorky přinesla nejen formální, ale též kvalitní přínos v oblasti řešené právní úpravy.

Seznam zkratek

Evropská směrnice	Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a zrušení směrnice 2004/18/ES
NSS	Nejvyšší správní soud
OZ	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
Účastník	Účastník zadávacího řízení
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ZVZ	Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách
ZZVZ	Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

- BALÝOVÁ, Lucie. Kapitola 5. [Zadávací řízení]. In: BALÝOVÁ, Lucie. *Veřejné zakázky*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020.
- BERGEROVÁ, Eva. *Veřejné zakázky v České republice*. Praha: Eurolex Bohemia, 2005.
- BOHÁČEK, Martin. Soutěžitel. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právníký slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.
- DĚDEK, Vojtěch – JELÍNEK, Kamil – STAŇO, Richard – ŠLESINGER, Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Praktický komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO134_p12016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.
- DVOŘÁK, David – MACHUREK Tomáš – NOVOTNÝ Petr – ŠEBESTA Milan a kol. § 47 [Účastník 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.
- 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.
- DVOŘÁK, David. *Smluvní závazkové vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny*. Praha: C. H. Beck, 2014.
- DVOŘÁK, Jan a kol. *Občanské právo hmotné 1 – Díl první: Obecná část. 2.*, aktualizované a doplněné vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2016.
- FLAŠKÁR, Martin – HARNACH Jiří – JANOUŠEK Martin – MĚKOTA Jan – PODEŠVA Vilém – SOMMER Lukáš – VOTRUBEC Jiří. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: Komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-17]. ASPI_ID KO134_2016CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.
- HORNOCHOVÁ, Kateřina. Nekalá soutěž. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právníký slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.
- JURČÍK, Radek. § 60 [Nesplnění kvalifikace]. In: JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015.

- JURČÍK, Radek. 3.4 [Další zásady zadávání veřejných zakázek]. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- JURČÍK, Radek. Kapitola VI [Dodavatel, uchazeč a zájemce o veřejnou zakázku (čl. 1–11)]. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- JURČÍK, Radek. Správněprávní, finančněprávní, obchodněprávní a evropské aspekty právní úpravy veřejných zakázek. In: JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- JURČÍK, Radek. *Veřejné zakázky a koncese*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- JURČÍK, Radek. *Zadávání veřejných zakázek a udělování koncesí v ČR a v EU*. Praha: C. H. Beck, 2007.
- JURČÍK, Radek. *Zadávání veřejných zakázek v praxi*. Praha: C. H. Beck, 2002.
- JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012.
- JURČÍK, Radek. *Zákon o veřejných zakázkách*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015.
- KRČ, Robert – DOVOLIL Petr. *Jak uspět při výběrovém řízení podle nového zákona o zadávání veřejných zakázek: praktická příručka nejen pro dodavatele*. Praha: Leges, 2017.
- KRČ, Robert – VANĚČEK Jan. § 47 [Účastník zadávacího řízení]. In: KRČ, Robert – VANĚČEK Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022.
- KRČ, Robert – VANĚČEK Jan. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022.
- 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.
- KRČ, Robert. *Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon: s komentářem*. 2., podstatně přeprac. a dopl. vyd. Praha: Linde, 2008.
- KRUTÁK, Tomáš. *Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k...* Olomouc: ANAG, 2016-.
- MACEK, Ivo. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: praktický komentář s judikaturou*. Praha: Leges, 2017.

- MLSNA, Petr. *Hospodářská soutěž a veřejné zakázky: synergie a průsečíky*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2022.
- OCHRANA, František. *Veřejné výdajové programy, veřejné projekty a zakázky: jejich tvorba, hodnocení a kontrola*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011.
- OCHRANA, František. *Zadávání, hodnocení a kontrola veřejných zakázek: (ekonomická analýza)*. Praha: Ekopress, 2008.
- ONDREJOVÁ, Dana. § 2972 [Soutěžitel, zneužití a omezení účasti v hospodářské soutěži]. In: HULMÁK, Milan a kol. *Občanský zákoník VI. Závazkové právo. Zvláštní část (§ 2055–3014)*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- ONDREJOVÁ, Dana. § 2976 Základní ustanovení. In: ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014.
- ONDREJOVÁ, Dana. *Nekalá soutěž v novém občanském zákoníku: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014.
- ORŠULOVÁ, Andrea – RAUS David. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže: Komentář*. [Systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2022-11-12]. ASPI_ID KO143_2001CZ. Dostupné z: www.aspi.cz.
- PLÍVA, Stanislav. Veřejná zakázka. In: HENDRYCH, Dušan a kol. *Právní slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.
- POREMSKÁ, Michaela. *Veřejné zakázky stručně a prakticky*. Praha: Wolters Kluwer, 2017.
- POREMSKÁ, Michaela. *Veřejné zakázky: právní minimum při jejich zadávání*. Olomouc: ANAG, 2014.
- SECHTEROVÁ, Jaroslava. *Průvodce zákonem o veřejných zakázkách*. Praha: Bova Polygon, 2005.
- ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 4 [Zadavatel]. In: ŠEBESTA Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022.
- ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 47 [Účastník 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.

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.

ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022.

ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. § 41 [Jistota]. In: ŠEBESTA, Milan – NOVOTNÝ Petr – MACHUREK Tomáš – DVOŘÁK David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022.

2. Seznam použitých odborných článků

BUREŠOVÁ, Kateřina: Principy veřejného zadávání v EU. *Obchodní právo*. 2017, roč. 26, č. 4, s. 132–133.

ČIHULA, Tomáš – FORÝTEK Michal. Veřejné zakázky: aktuální vývoj v otázce běhu lhůt pro podání námitek proti úkonům zadavatele. *Bulletin advokacie*, 2010, č. 7–8.

GRULICH, Tomáš. Vybrané problémy nové právní úpravy zadávání veřejných zakázek. *Právní rozhledy*. 2016, č. 20, s. 705–713.

KOLMAN, Petr. Vybrané aspekty problematiky mimořádně nízkých nabídkových cen u veřejných zakázek. *Právní rozhledy*. 2014, č. 21, s. 753–755.

KOLMAN, Petr. Zákon o zadávání veřejných zakázek pod mikroskopem – právní aspekty vyloučení účastníka zadávacího řízení. *Obchodněprávní revue*. 2017, roč. 9, č. 1, s. 321–327.

3. Seznam použitých internetových zdrojů

BARTOŇOVÁ, Lucie. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost. *Epravo.cz* [online]. 14. 6. 2017 [cit. 2023-08-02]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vyloucení-ucastníka-zadavacího-řízení-pro-nezpůsobilost-105964.html>

Centrální registr referenčních listů [online]. [cit. 2023-08-16]. Dostupné z: <https://www.crll.cz/index>

DERKOVÁ, Romana – VAŇOVÁ Mária. Méně formalistických vyloučení – rozšířená možnost objasnění a doplnění nabídky v novém ZZVZ. *Epravo.cz* [online]. 18. 12. 2015 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/mene-formalistických-vyloučení-rozsířena-možnost-objasnění-a-doplnění-nabídky-v-novém-zzvz-99928.html>

DOLEČEK, Marek. Důvody vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. *BusinessInfo* [online]. 29. 8. 2020 [cit. 2022-11-17]. 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>

FLAM, Jiří. Interní black list jako dobrá metoda selekce nedůvěryhodných obchodních partnerů. *Ekonomický deník* [online]. 20. 4. 2020 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://ekonomickydenik.cz/blog/interni-black-list-jako-dobra-metoda-selekce-neduveryhodnych-obchodnich-partneru/>

FLAŠKÁR, Martin – TRÁVNÍČKOVÁ Kristýna. Vyloučení účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost dle § 48 odst. 5 s důrazem na písm. d) ZZVZ. *Rowan legal* [online]. 4. 6. 2019 [cit. 2022-11-17]. Dostupné z: <https://rowan.legal/7661/>

HAVLOVÁ, Adéla – KARO Barbora. Neodpovídající informace v nabídkách – bude lhání beztrestné? *Epravo.cz* [online]. 1. 7. 2016 [cit. 2022-11-20]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/neodpovidajici-informace-v-nabidkach-bude-lhani-beztrestne-101428.html>

HLAVSA, Jan – KOŠTÁL Karel. 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>

MASOPUST, Karel – BRYCHTOVÁ Renata. Krátké zamyšlení nad důvody vedoucími k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení dle nového zákona. *Epravo.cz* [online]. 19. 2. 2016 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/kratke-zamysleni-nad-duvody-vedoucimi-k-vyloucen-ucastnika-ze-zadavaciho-rizeni-dle-noveho-zakona-100518.html>

MAZANCOVÁ, Hana. Přežije blacklist veřejných zakázek? Šlechtová navrhuje konec seznamu. *Lidovky.cz* [online]. 14. 9. 2015 [cit. 2023-03-12]. Dostupné z: https://www.lidovky.cz/domov/prezije-blacklist-verejnych-zakazek-slechtova-navrhuje-konec-seznamu.A150911_150543_in_domov_hm

Ministerstvo pro místní rozvoj. *Startující Black list umožní kontrolu dodavatelů veřejných zakázek* [online]. Praha, 5. 1. 2010 [cit. 2023-08-08]. Dostupné také z: <https://www.mmr.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/2010/startujici-black-list-umozni-kontrolu-dodavatelu-v>

Obecní portál. *Ukončení vydávání potvrzení o nevedení dodavatele v rejstříku osob se zákazem plnění VZ* [online]. 2. 3. 2017 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: https://www.obecniportal.cz/33/ukonceni-vydavani-potvrzeni-o-nevedeni-dodavatele-v-rejstriku-osob-se-zakazem-plneni-vz-uniqueidgOkE4NvrWuOKaQDKuox_Z8TsuPCsHtONnZAGfpGfOwo/

Profipravo.cz. *K tzv. soudcovskému dotvoření práva* [online]. 10. 7. 2018 [cit. 2023-08-12]. Dostupné z: https://www.profipravo.cz/index.php?page=article&id_category=67&id_article=260754&csum=366643d7

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

PROFOUSOVÁ, Zuzana. Vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost z důvodů dřívějších pochybení nastalých v době pandemie COVID-19. *Epravo.cz* [online]. 29. 4. 2020 [cit. 2023-08-02]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/vylouceni-dodavatele-ze-zadavaciho-rizeni-pro-nezpusobilost-z-duvodu-drivejsich-pochybeni-nastalych-v-dobe-pandemie-covid-19-111009.html>

Registr nespolehlivých dodavatelů účastnících se veřejných zakázek [online]. Praha, 2023 [cit. 2023-08-16]. Dostupné z: <https://rndvz.cz/>

Svaz měst a obcí České republiky. *„Black list“ osob se zákazem plnění veřejných zakázek spuštěn od 1. ledna 2010* [online]. 11. 1. 2010 [cit. 2022-12-11]. Dostupné z: <https://www.smocr.cz/cs/cinnost/sprava-obce/a/black-list-osob-se-zakazem-plneni-verejnych-zakazek-spusten-od-1-ledna-2010>

TICHÁ, Monika. Dvořák, D. Smluvní vztahy ve veřejných zakázkách a jejich změny. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, 263 s. *Bulletin advokacie* [online]. 11. 10. 2015 [cit.

2023-08-16]. Dostupné z: <http://www.bulletin-advokacie.cz/smluvni-vztahy-ve-verejnych-zakazkach>

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. *Stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k fungování kolektivních systémů z pohledu hospodářské soutěže* [online]. Brno, 14. 8. 2013 [cit. 2022-11-05]. Dostupné z: <https://dfs.caoh.cz/p/datahistorie/article/stanovisko-Uohs-1.pdf>

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-vyloucení-z-tendru-postaci-spatne-zkusenosti>

4. Seznam použitých právních předpisů

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

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. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

Zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole.

5. Seznam použité rozhodovací praxe ÚOHS

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 9. 2019, č. j. ÚOHS-S0108/2019/VZ-24785/2019/523/DFi.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 11. 2020, sp. zn. S0253/2020.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2019, č. j. ÚOHS-S0376/2019/VZ-34408/2019/522/NRi.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 3. 2020, sp. zn. S0376/2019.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 3. 2021, sp. zn. S0414/2020.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 4. 2019, č. j. S0103/2019/VZ-11886/2019/522/JKR.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 6. 2019, č. j. S0176/2019/VZ-16309/2019/521/OPI.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 7. 2018, sp. zn. S0198/2018.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 7. 2018, sp. zn. S0218/2018.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 11. 2019, sp. zn. R0150/2019.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5. 12. 2017, sp. zn. S0425/2017.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 2. 2019, sp. zn. S0503/2018.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31. 12. 2020, sp. zn. S0409/2020.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 17. 6. 2021, sp. zn. S0161/2021.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 9. 2017, sp. zn. S0301/2017.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 12. 2020, č. j. ÚOHS-41587/2020/510/MKo ze dne 22. 12. 2020.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 7. 2019, sp. zn. R0093/2019.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. března 2020, č. j. ÚOHS-08586/2020/323/MPe.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.2.2020, č. j. ÚOHS-04235/2020/522/KČe.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 11. 2019, č. j. R0167/2019/VZ-32866/2019/321/EDO.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 18. 7. 2019, č. j. R0085/2019/VZ-19700/2019/322/LKA.

6. Seznam použité judikatury

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. ledna 2013, sp. zn. 5 Afs 43/2012.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. ledna 2013, č. j. 9 Afs 78/2012-28.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu, ze dne 20. 5. 2014, č. j. 2 Afs 23/2013-39.

Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 27. 5. 2004, sp. zn. 20 Cdo 1280/2003.

Rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 25. 4. 2012, sp. zn. 15 Ca 89/2009.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 8. 2. 2018, sp. zn. C-144/17.

Rozsudek Soudního dvora Evropské unie, ze dne 17.5. 2018, sp. zn. C531/16.

7. Seznam ostatních použitých zdrojů

Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, č. 134/2016 Dz.

FLORIAN, Mojmir. *Vyloučení účastníka ze zadávacího řízení: Vybrané otázky*. 7. metodický den ÚOHS, 26. 4. 2022.

HORKÝ, Michal. *Možnosti efektivního zadávání veřejných zakázek z hlediska právní regulace v České republice*. Praha, 2017. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra finančního práva a finanční vědy. Vedoucí práce Radim Boháč.

Metodika veřejného nakupování: Naplňování principů 3E v praxi veřejného nakupování. Centrální harmonizační jednotka Ministerstvo financí ČR, 2016.

RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 1. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019.

RAFAJ, Petr. *Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek, 2. díl*. Brno: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2019.

Jak zohledňovat principy 3E (hospodárnost, efektivnost a účelnost) v postupech zadávání veřejných zakázek. Praha, 2008 [cit. 2023-08-25]. Dostupné z: <https://docplayer.cz/...tml>.

Abstrakt

Specifika některých důvodů vyloučení účastníka zadávacího řízení

Tato rigorózní práce je věnována problematice specifík některých důvodů vyloučení účastníka zadávacího řízení, a to se zaměřením na fakultativní důvod vyloučení, uvedený v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ.

Nad fakultativním důvodem vyloučení uvedeném v ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ, díky němuž může veřejný zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučit pro nezpůsobilost, vyvstává otázka, jakým způsobem je předmětný úkon v praxi nejlépe proveditelný, když naráží v praktické rovině na střet úpravy (a zásad) ZZVZ a na ustanovení o kvalitativní ochraně soutěže (nekalá soutěž). Tato práce upozorňuje na mantinely ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ a jeho aplikace, a je předmětem analytického a kritického posouzení.

Současně se dle aktuální rozhodovací praxe ÚOHS stává předmětný úkon též mnohdy neúspěšným z důvodu nejasného výkladu jeho správného využití. Dle ÚOHS je k úspěšnému využití fakultativního důvodu vyloučení účastníka zadávacího řízení dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ nutné unést důkazní břemeno a prokázat pochybení nespolehlivého dodavatele. Tato práce odpovídá na otázku, jaké jsou obecné podmínky a následný postup při vyloučení účastníka z fakultativního důvodu dle ustanovení § 48 odst. 5 písm. d) ZZVZ de lege lata s ohledem na rozhodovací praxi ÚOHS se zamyšlením nad přístupem de lege ferenda.

Rigorózní práce se též zabývá praktickou otázkou, jaké existují nástroje dopomáhající veřejným zadavatelům k úspěšnému vyloučení nespolehlivého dodavatele. Autorka se věnuje právnímu rozboru těchto nástrojů se zaměřením na jejich sílu obstát v testu zákonnosti a současně na jejich klady a zápory.

V neposlední řadě je v práci komparována právní úprava institutu vyloučení účastníka zadávacího řízení podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek a její kritické posouzení.

Klíčová slova: Veřejná zakázka, zadávací řízení, vyloučení účastníka zadávacího řízení

Abstract

Issues regarding selected conditions for participant exclusion in public procurement proceedings

This dissertation deals with issues surrounding specification of conditions for participant exclusion in public procurement proceedings with special focus on the condition contained in section 48(5)(d) of Act No. 134/2016 Coll., on public procurement procedure (“PPP”).

The issue presented by the condition for exclusion in section 48(5)(d) PPP, which states that the contracting authority may exclude a participant from the procedure on grounds of unsuitability, relates to how this is achieved in practice according to the rules and principles of the PPP and the regulation of the quality of competition (unfair competition). This dissertation draws attention to the limitations of section 48(5)(d) PPP and its application, and critically analyses and evaluates its subject.

According to the current jurisprudence of the Office, the exclusion of a participant can often be unsuccessful due to a confusing interpretation of the rules of its application. The Office for the protection of competition has stated that for a successful exclusion of a participant under section 48(5)(d) PPP, the contracting authority must satisfy an evidential burden and prove that a misconduct by a reliable supplier has occurred. This dissertation answers the questions of what general conditions must be met and how the subsequent procedure operates when excluding a participant under section 48(5)(d) PPP with regard to the jurisprudence of the Office and consideration of *de lege ferenda*.

The dissertation also explores the practical question of which instruments are available for contracting authorities to successfully exclude a participant from procurement proceedings. The author analyses these instruments with special focus on their ability to satisfy the legal test and their advantages and disadvantages.

Lastly, the dissertation focuses on the comparison of legal regulation relating to the exclusion of a public procurement participant under Act No. 137/2006 Coll., on public procurement, as amended, and under Act No. 134/2016 Coll., on public procurement procedure, and its critical analysis.

Keywords: Public procurement, procurement proceedings, exclusion of a procurement participant