

Analýza možností postupů, rizik a dopadů

Od: Mgr. Filip Nečas, advokát, Mgr. Barbora Fikáčková, Aneta Psychlová, Frank Bold Advokáti, s.r.o.
Pro: Městská část Praha 10
Datum: 16. 12. 2019

Zadání

Zadavatel, Městská část Praha 10, provádí zadávací řízení na dvě nadlimitní veřejné zakázky na služby, vždy rozdělené na tři části, s názvem „*Správa a údržba ploch veřejné zeleně na území MČ Praha 10*“ a „*Úklid chodníků a svoz odpadkových košů na území MČ Praha 10*“. K oběma veřejným zakázkám bylo zasláno několik nabídek, přičemž nabídky dvou dodavatelů obsahovaly téměř shodné položkové rozpočty a zároveň se v rámci jednotlivých jednotkových cen podstatně odlišovali od ostatních nabídek.

Účelem této analýzy je vyjádřit se z hlediska zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), k dalšímu postupu v případě:

1. povinnosti vyloučit vybraného dodavatele
2. povinnosti zrušit zadávací řízení
3. možností zadavatele v případě potřeby zrušit závazek z veřejné zakázky po uzavření smlouvy.

1. Vyloučení vybraného dodavatele

ZZVZ umožňuje zadavateli v taxativně vyjmenovaných případech vyloučit ze zadávacího řízení účastníka řízení, a to i v případě, že se jedná o vybraného dodavatele.

Důvody vyloučení účastníka zadávacího řízení

Dle § 48 odst. 1 ZZVZ může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených ZZVZ, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení. ZZVZ obsahuje důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení v různých částech zákonech. Tyto důvody jsme pečlivě vážili, přičemž podrobněji rozebíráme toliko tři relevantní z nich.

a) vyloučení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny

Dle § 48 odst. 4 ZZVZ může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nabídka účastníka zadávacího řízení obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, která nebyla účastníkem zadávacího řízení zdůvodněna.

Mimořádně nízkou nabídkovou cenou je ve smyslu § 28 odst. 1 písm. o) ZZVZ nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Pojem tak zahrnuje nejen nabídkovou cenu samotnou, ale i další náklady spojené s plněním veřejné zakázky.

Smyslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele před situací, kdy účastník nabídne cenu, u níž vznikají pochybnosti, že veřejná zakázka bude za daných podmínek řádně plněna v požadované kvalitě, popřípadě včas dokončena.¹

Mimořádně nízkou nabídkovou cenu lze indikovat porovnáním nabídkové ceny k předpokládané hodnotě veřejné zakázky anebo k nabídkovým cenám ostatních účastníků. Jedná se však pouze o podpůrnou indikaci možného výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny, a tedy vznik zvýšených požadavků na zadavatele, aby se možnou přítomností mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval.² Závěr o mimořádně nízké nabídkové ceně se však musí posuzovat ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.³

Za účelem zjištění mimořádně nízké nabídkové ceny si zadavatel od dodavatele vyžádá vysvětlení či doložení konkrétních podkladů a výpočtů, na jejichž základě je nabídková cena sestavena.⁴ Tento postup může zadavatel provést i opakovaně.⁵

V posuzovaném případě zadavatel opakovaně vyzval dodavatele k vysvětlení postupů při tvorbě nabídkové ceny a vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny spočívající v podstatně odlišných jednotkových cenách za plnění oproti nabídkám jiných uchazečů. Z podkladů od zadavatele přitom jednoznačně vyplývá, že vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny bylo nedostatečné a neumožňující zadavateli ověřit, že zakázka může být za dodavatelem tvrzených podmínek dokončena řádně a včas.⁶

Následný postup pak závisí do značné míry na vlastním rozhodnutí zadavatele. I v případě, že by mimořádně nízká nabídková cena nebyla dostatečně vysvětlena, je toliko na zadavateli, zda dodavatele vyloučí z další účasti v zadávacím řízení, vyžádá si další vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny anebo tak neučiní a převezme na sebe odpovědnost z rizika nikoliv řádně a včas provedených prací.⁷

Zadavatel má povinnost dodavatele vyloučit pouze v případě, že by dodavatel v rámci svého vysvětlení nepotvrdil, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i z pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, anebo nepotvrdí, že neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.⁸ Tato potvrzení však dodavatel v rámci vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny učinil.

b) vyloučení pro podezření za jednání ve shodě s cílem narušit hospodářskou soutěž

Dle § 48 odst. 6 ZZVZ může zadavatel 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 v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.

O zakázanou dohodu jde také v případě tzv. bid riggingu, tj. v případě koordinace činnosti konkurentů v zadávacím řízení za účelem dosažení pro členy dohody výhodnějších, reálně tržní situaci neodpovídajících podmínek. K narušení hospodářské soutěže pak dochází již samotnou koordinací mezi dodavateli v zadávacím řízení, a to bez ohledu na to, jaká je konkrétní výše nabídkové ceny (srov.

¹ [Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek](#)

² [Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 10. 2012 pod sp. zn. 1 Afs 42/2012](#)

³ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 5. 2010, S65/2010:

⁴ Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, 1. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, 2017

⁵ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 5. 2011, S104/2011

⁶ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 1. 2013, S383/2012:

⁷ Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, 1. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, 2017

⁸ Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, 1. vydání, Nakladatelství C. H. Beck, 2017

rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 10. 2018, č. j. S0412/2017/KD-28422/2018/852/PKš).

V rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže již byly shledány případy, kdy porovnáním položkových rozpočtů byla zjištěna podstatná shoda u většiny položek a bylo dospěno k závěru, že v takových případech muselo dojít ke koordinaci postupu jednotlivých dodavatelů ve formě zakázané dohody (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 5. 2018, č. j. S0412/2016/KD-15763/2018/852/LDu).

Mezi věrohodné informace o vzniku důvodného podezření o existenci zakázané dohody lze zařadit samotné informace účastníků zadávacího řízení, respektive vedoucích společníků jednotlivých společností – BAU plus, a.s. a Michal Bohumel IRONEX (srov. srov. Podešva V., Sommer L., Votrubec J., Flaškár M., Harnach J., Měkota J., Janoušek M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 201). Ti předložili téměř totožné jednotkové ceny jednotlivých prací týkající se veřejné zakázky.

V rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže již byly shledány případy, kdy porovnáním položkových rozpočtů byla zjištěna podstatná shoda u většiny položek a bylo dospěno k závěru, že v takových případech muselo dojít ke koordinaci postupu jednotlivých dodavatelů ve formě zakázané dohody (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 5. 2018, č. j. S0412/2016/KD-15763/2018/852/LDu).

O možné koordinaci lze uvažovat také s ohledem na osoby spojené s jednotlivými orgány uvedených společností, jež jsou zjištěné z věrohodného zdroje – veřejného rejstříku. Společnost BAU plus, a.s. má za členy představenstva následující osoby – David Ekstein, Martin Moravec a Tomáš Kuchárik. Společnost Michal Bohumel IRONEX vstupuje do zadávacího řízení ve sdružení se společností CEBU service, s.r.o., která sídlí na stejné adrese jako společnost BAU plus, a.s., jejímiž jednateli jsou David Ekstein a Martin Moravec a která je vlastněna společností UNITED HOLDING, a.s., u níž výkon statutárního orgánu zajišťují osoby David Ekstein, Martin Moravec a Tomáš Kuchárik.

V případě vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení podle ustanovení § 48 odst. 6 ZZVZ postačuje důvodné podezření z uzavření zakázané dohody, a nikoliv prokázání její existence. Na důvodné podezření lze uvažovat například pro zahájení trestního stíhání uvedených osob pro porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže anebo zahájení řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z téhož důvodu. Důvodné podezření mohou samozřejmě založit i jiné věrohodné informace či jejich kombinace. Máme za to, že z výše uvedených informací vyplývá důvodné podezření z uzavření zakázané dohody, rozhodnout však v tomto ohledu může v rámci svého správního uvážení jedině Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. V tomto ohledu navrhuje vyčkat jeho rozhodnutí o podaném podnětu k podezření z uzavření takové zakázané dohody, je-li zde časový prostor z hlediska trvání zadávací lhůty.

c) vyloučení po prokázání nedodržování povinností

Dle § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ může zadavatel vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud 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.

Aplikace tohoto ustanovení přichází v úvahu teprve v případě, že je zadavatel s to takové nedodržování povinností prokázat (srov. Podešva V., Sommer L., Votrubec J., Flaškár M., Harnach J., Měkota J., Janoušek M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 197).

Z předloženého vyúčtování vyplývá, že z hlediska pracovněprávních předpisů je vyplácena metařům hodinová mzda ve třech variantách, tj. 80 Kč, 85 Kč a 170 Kč. Dodavatel zatím nijak nevysvětlil, proč uvažuje o mzdách za stejnou práci v částce 80 Kč a 170 Kč, přitom nedůvodné rozdíly v odměňování by mohly být v rozporu se zákazem diskriminace. Stejně tak je třeba uvést, že uvedené částky sice pravděpodobně naplňují ve smyslu nařízení vlády č. 567/2006 Sb., o minimální mzdě, o nejnižších úrovních zaručené mzdy, o vymezení ztíženého pracovního prostředí a o výši příplatku ke mzdě za práci ve ztíženém pracovním prostředí, ve znění pozdějších předpisů, požadavky na zaručenou mzdu pro první skupinu prací (minimální zaručená hodinová mzda činí 79,80 Kč), avšak v době plnění veřejné zakázky, tj. v roce 2020, jakož i v dalších letech by již vyplácení takové mzdy vedlo k porušení pracovněprávních předpisů, neboť od 1. 1. 2020 se zaručená hodinová mzda pro první skupinu prací zvýší na 88,10 Kč, tj. o 10 %. Vybraný dodavatel podával nabídku v době, kdy nebylo jisté, zda takto minimální zaručená mzda vzroste, měl by však tedy vysvětlit, zda je schopen plnit veřejnou zakázku i v případě, že bude muset vyplácet mzdu ve výši nejméně 88,10 Kč za hodinu, jak se ostatně zavázal ve svém prohlášení.

Lze doporučit tedy vyzvat dodavatele k tomu, aby předložil nový výpočet jeho nabídkové ceny tak, aby z něj bylo patrné, že požadavky na minimální zaručenou mzdu naplní a že při výkonu práce nebude jednotlivé metaře nedůvodně diskriminovat (viz částky za stejnou práci lišící se téměř dvojnásobně). Nebude-li dodavatel s to takový výpočet jeho nabídkové ceny předložit, může takového dodavatele zadavatel vyloučit ze zadávacího řízení.

V případě, že se rozhodne zadavatel vyloučit následně dodavatele ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) ZZVZ, může takový dodavatel proti úkonu zadavatele podat námitky a v nich tvrdit a prokazovat, že k tvrzenému porušení povinnosti nedojde. Pokud se tak stane, zadavatel by měl rozhodnutí o vyloučení dodavatel zrušit a pokračovat v zadávacím řízení, neboť dodavatel je oprávněn obnovit svou způsobilost účastníka zadávacího řízení ve smyslu § 76 ZZVZ kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.

Postup po vyloučení vybraného dodavatele

Rozhodnutí o vyloučení dodavatele může učinit pouze samotný zadavatel, tato pravomoc nespadá pod možná oprávnění zástupce zadavatele ve smyslu § 43 odst. 2 ZZVZ. Rozhodnutí o vyloučení dodavatele je zadavatel povinen ve smyslu § 48 odst. 11 ZZVZ bezodkladně odeslat vyloučenému dodavateli včetně odůvodnění, ledaže si ve smyslu § 53 odst. 5 ZZVZ v zadávací dokumentaci vyhradil uveřejnění takového rozhodnutí na profilu zadavatele.

Následně může zadavatel zvolit dvě možnosti dalšího postupu:

- a) ve smyslu § 125 odst. 1 ZZVZ vyzvat dalšího účastníka zadávacího řízení k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a to v pořadí, které vyplývá z původního hodnocení nabídek nebo z výsledku nového hodnocení. Tento postup lze použít i opakovaně. V takovém případě zadavatel znovu posoudí nabídku nového vybraného dodavatele z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 113 ZZVZ a v případě pozitivního výsledku vydá rozhodnutí o výběru dodavatele a odešle bezodkladně oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení ve smyslu § 50 a § 123 odst. 1 ZZVZ, jehož součástí bude zpráva o hodnocení nabídek i výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Oznámení o výběru dodavatele musí být odesláno ve smyslu § 40 odst. 3 ZZVZ v průběhu běhu zadávací lhůty, jinak bude považováno zadávací řízení za ukončené a zadavateli vznikne povinnost dodavatelům uhradit náklady spojené s jejich účastí v zadávacím řízení. Vybranému dodavateli zadavatel také odešle výzvu k předložení dokumentů dle § 122 odst. 3 ZZVZ a zjistí údaje o jeho skutečném majiteli dle § 122 odst. 4 až 6 ZZVZ; nebo

- b) ve smyslu § 127 odst. 2 písm. b) ZZVZ zrušit zadávací řízení po skončení účasti vyloučenému účastníkovi v zadávacím řízení. Podle § 47 odst. 2 zanikne vyloučenému účastníkovi řízení účast v zadávacím řízení uplynutím lhůty pro podání námitek proti vyloučení, popřípadě uplynutím lhůty pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele anebo právní mocí rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o takovém návrhu. Do 3 pracovních dnů ode rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení pak zadavatel odešle písemné sdělení o zrušení zadávacího řízení všem účastníkům zadávacího řízení ve smyslu § 128 odst. 1 ZZVZ.

Do 30 dnů ode dne uzavření smlouvy s novým vybraným dodavatelem nebo ode dne zrušení zadávacího řízení pak zadavatel odešle oznámení o výsledku zadávacího řízení (§ 126 ZZVZ), respektive oznámení o zrušení zadávacího řízení (§ 128 odst. 2 ZZVZ) k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek a Úředního věstníku Evropské unie.

Zadávací řízení je považováno za ukončené dnem uzavření smlouvy s novým vybraným dodavatelem anebo v okamžiku dle § 51 odst. 2 ZZVZ. Do 30 pracovních dnů ode dne ukončení zadávacího řízení zpracuje a uveřejní zadavatel písemnou zprávu na profilu zadavatele ve smyslu § 217 odst. 5 ZZVZ. V případě uzavřené smlouvy pak zadavatel tuto zveřejní taktéž do 15 dnů ode dne jejího uzavření v registru smluv, popřípadě na profilu zadavatele ve smyslu § 219 ZZVZ.

2. Zrušení zadávacího řízení

Zahájené zadávací řízení může být ukončeno pouze zákonem aprobovaným způsobem, kterým je dle § 51 odst. 1 ZZVZ buď uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, nebo zrušení zadávacího řízení – tedy ukončení zadávacího řízení bez uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.

Důvody zrušení zadávacího řízení

Zrušit zadávací řízení lze pouze způsobem stanoveným v ZZVZ. Důvody pro zrušení zadávacího řízení úplným výčtem vymezuje ustanovení § 127 ZZVZ, čímž je omezena autonomie vůle zadavatele veřejné zakázky. Cílem této regulace je podle odborné literatury zabránit zneužívání institutu zrušení zadávacího řízení směrem k deformaci hospodářské soutěže v těch případech, kdy by se rýsující výsledek zadávacího řízení neshodoval s představami zadavatele, a zároveň ochrana dodavatelů, kteří vynakládají nemalé finanční prostředky a čas na přípravu nabídek, před svévolným zrušením řízení zadavatelem.

Výjimky z omezení důvodů pro zrušení zadávacího řízení platí např. při uzavírání rámcové dohody s více dodavateli ve smyslu § 133 ZZVZ, v případě koncesního řízení dle § 184 odst. 2 ZZVZ, v případě zadávání tzv. sektorové zakázky (lze zrušit i bez naplnění důvodů podle § 127 ZZVZ) či v rámci soutěže o návrh, kdy si zadavatel může možnost zrušení soutěže vyhradit v soutěžních podmínkách. Tyto výjimky nedopadají na situaci klienta a klient coby veřejný zadavatel může zadávací řízení zrušit pouze tehdy, je-li proto dán zákonem stanovený důvod.

a) zrušení zadávacího řízení v případě, že neexistuje ani jeden účastník

V případě, že po uplynutí lhůty pro podání nabídek není žádný účastník zadávacího řízení, má zadavatel povinnost ve smyslu § 127 odst. 1 ZZVZ zadávací řízení zrušit. Tato situace však v posuzovaném případě nenastala.

b) zrušení zadávacího řízení bez uveřejnění při sdělení důvodu zrušení účastníkům

Specifický důvod pro zrušení zadávacího řízení obsahuje ustanovení § 127 odst. 3 ZZVZ, které umožňuje zadavateli zrušit jednací řízení bez uveřejnění. Důvody zrušení nejsou omezeny, zrušení

zadávacího řízení je toliko podmíněno oznámením účastníkům zadávacího řízení. V posuzovaném případě však veřejná zakázka není zadávána v jednacím řízení bez uveřejnění.

c) zrušení zadávacího řízení při poklesu počtu účastníků pod minimální počet

Počet účastníků zadávacího řízení může být v určitých fázích užšího řízení, jednacího řízení s uveřejněním nebo soutěžního dialogu stanoven jako minimální v zadávací dokumentaci. Pokud pak počet účastníků klesne pod stanovený počet je možné zadávací řízení zrušit ve smyslu § 127 odst. 2 písm. a) ZZVZ. V posuzovaném případě je však veřejná zakázka zadávána v otevřeném řízení.

d) zrušení zadávacího řízení při zániku účasti vybranému dodavateli

Vybraným dodavatelem se rozumí dle § 122 odst. 1 ZZVZ ten účastník, který se umístil první v pořadí dle výsledku hodnocení nabídek, případně jediný účastník v zadávacím řízení. Způsoby vyloučení vybraného dodavatele jsou podrobněji popsány v první části této analýzy.

V okamžiku, kdy je vybraný dodavatel vyloučen ze zadávacího řízení, může zadavatel v zadávání veřejné zakázky pokračovat a vyzvat k uzavření smlouvy účastníka dalšího v pořadí, anebo postupovat dle uvedeného ustanovení a zadávací řízení zrušit.

e) zrušení zadávacího řízení pro odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení

Zadavatel může zrušit zadávací řízení také v případě, že odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení, avšak musí se tak stát v důsledku podstatné změny okolností, která nastala po zahájení zadávacího řízení a kterou zadavatel jednající s řádnou péčí nemohl předvídat a ani ji sám nezpůsobil.

Změna okolností musí být objektivního charakteru, kterou zadavatel jednající s řádnou péčí nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, tj. musí být způsobena z objektivních příčin. Takovými příčinami může být např. přírodní katastrofa nebo zánik předmětu veřejné zakázky, na němž měly být provedeny zadávané stavební práce. Důležité je, že důvody pro pokračování v zadávacím řízení pak odpadávají právě kvůli nastalé podstatné změně okolností – teoreticky by mohlo být možné pokračovat v řízení, avšak nebylo by to efektivní a ekonomické.

V současné chvíli nemáme informace, že by taková situace nastala v posuzovaném případě veřejné zakázky.

f) zrušení zadávacího řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele

Podle § 127 odst. 2 ZZVZ může dojít ke zrušení zadávacího řízení také v případě, že se vyskytnou důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a to bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv.

Důvody hodné zvláštního zřetele jsou neurčitým právním pojmem a bude proto vždy záležet na konkrétní situaci a okolnostech. Může jít o důvody ekonomické povahy – např. nedostatek finančních prostředků na realizaci veřejné zakázky či ekonomické problémy zadavatele (konkurz na majetek zadavatele, vstup zadavatele do likvidace).

Ustanovení dopadá i na případy, kdy zadání veřejné zakázky je nevýhodné, protože nabídkové ceny účastníků jsou výrazně vyšší, než zadavatel předpokládal. Zřejmě pod toto ustanovení zadavatel podřadil výhradu zrušení jakékoliv části veřejné zakázky ve smyslu kapitoly 13 písm. b) zadávací dokumentace, ve které klient uvedl, že si „zejména výslovně vyhrazuje právo zrušit jakoukoliv část této veřejné zakázky, pokud by nabídková cena obsažená v nejméně výhodnější nabídce na danou část veřejné zakázky o více než 10 % přesáhla předpokládanou hodnotu příslušné části veřejné zakázky.“

Může jít i o důvody způsobené zadavatelem. Odborná literatura však není přesvědčena o tom, že pod tento důvod lze zahrnout jakékoliv subjektivní důvody zadavatele, ale mělo by jít o takové případy, které by byly stejně relevantní pro jakoukoliv osobu v obdobném postavení. I nadále by tak dle názoru

autorů komentáře neměl obstát například důvod spočívající ve „ztrátě důvěry ve vybraného dodavatele“ z důvodu existence sporu vybraného dodavatele se zadavatelem (jak bylo uvedeno v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009 sp. zn. 62 Ca 28/2008).

Není nám známo, že by v případě klienta došlo k výskytu takových důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které by bylo možné zadávací řízení zrušit.

g) zrušení zadávacího řízení v důsledku neobdržení dotace

Pokud je veřejná zakázka zadávána v zadávacím řízení financována prostřednictvím prostředků veřejné podpory, je možné takové zadávací řízení zrušit v případě, že zadavatel neobdrží takovou dotaci. Aplikaci tohoto důvodu pro zrušení veřejné zakázky přitom není závislá na objemu vlastních prostředků zadavatele.

Ze zadávací dokumentace však nevyplývá, že by posuzovaná veřejná zakázka měla být financována prostřednictvím dotace.

h) zrušení zadávacího řízení pro ekonomickou nepřijatelnost nabídky vybraného dodavatele

Pokud zadávací řízení zahrnuje soutěž o návrh, může zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit také v případě, že vybraný dodavatel předložil nabídku, která je pro zadavatele ekonomicky nepřijatelná.

V posuzovaném případě, však veřejná zakázka není zadávána způsobem zahrnujícím soutěž o návrh.

i) zrušení dobrovolného zadávacího řízení

Pokud zadavatel zahájí zadávací řízení podle § 4 odst. 4 ZZVZ, tj. v případě, že k takovému zadávání veřejné zakázky není povinen, může zadávací řízení zrušit. Může se jednat například o případy zadávacího řízení zahájeného pro zadání veřejné zakázky malého rozsahu, nebo zadávací řízení prováděné zadavatelem, který nemá povinnost veřejnou zakázku v zadávacím řízení zadávat.

V posuzovaném případě je zadavatelem veřejný zadavatel, který je povinen zadávat veřejné zakázky v zadávacím řízení dle ZZVZ, přičemž se na takového zadavatele nevztahuje žádná z výjimek uvedených v § 29 ZZVZ.

j) zrušení zadávacího řízení s jediným účastníkem

V případě, že v zadávacím řízení zůstal jediný účastník, může zadavatel vždy zadávací řízení zrušit. Musí tak však učinit nejpozději do doby odeslání oznámení o výběru vybraného dodavatele. Tato situace může nastat například v případě, že je do zadávacího řízení podána jediná nabídka, anebo v případě, že ostatní účastníci byli ze zadávacího řízení vyloučeni.

V posuzovaném případě však podmínky pro aplikaci tohoto důvodu zrušení zadávacího řízení nenastaly.

Postup po zrušení zadávacího řízení

O zrušení zadávacího řízení musí zadavatel rozhodnout, toto rozhodnutí odůvodnit a uvést zákonný důvod zrušení zadávacího řízení včetně odkazu na aplikované ustanovení ZZVZ.

Podle § 127 ZZVZ je zadavatel povinen zrušení zadávacího řízení adresně oznámit všem účastníkům zadávacího řízení a současně zrušení zadávacího řízení uveřejnit do 30 dnů ode dne zrušení zadávacího řízení dle § 128 odst. 2 ZZVZ ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku EU.

Zadavatel je také povinen zpracovat písemnou zprávu zadavatele ve smyslu § 217 ZZVZ a tuto uveřejnit na profilu zadavatele. Součástí písemné zprávy zadavatele je také sdělení o zrušení zadávacího řízení a důvodech takového postupu zadavatele.

Účastníci zadávacího řízení mohou proti zrušení zadávacího řízení podat námitky. V případě zamítavého vypořádání těchto námitek, anebo v případě nečinnosti zadavatele v tomto ohledu, mohou účastníci řízení podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Kdokoliv se pak může obrátit na Úřad pro ochranu hospodářské soutěže s podnětem k přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení.

Teprve poté, co je zadávací řízení ukončeno lze zahájit nové zadávací řízení na totožný, respektive obdobný předmět plnění. Výjimku tvoří postup dle § 51 odst. 4 ZZVZ. Máme však za to, že cílem je zadání veřejné zakázky na celou dobu trvání závazku, což by takový postup neumožnil. Zadávací řízení je pak ukončeno v okamžiku stanoveném dle § 51 odst. 2 ZZVZ, tj. po marném uplynutí lhůty pro podání námitek, popřípadě lhůty pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele a, je-li takový návrh podán, po právní moci rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o zastavení řízení či zamítnutí takového návrhu.

3. Ukončení smlouvy s vybraným dodavatelem

V případě uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem připadá v úvahu především cesta soukromoprávní.

ZZVZ upravuje jen některé způsoby ukončení smlouvy s vybraným dodavatelem. V obecné rovině pak lze smlouvu na plnění veřejné zakázky ukončit také všemi přípustnými způsoby dle jiných právních předpisů.

Ukončení smlouvy v režimu ZZVZ

Speciální důvody pro ukončení smlouvy, jejímž předmětem je realizace veřejné zakázky, obsahuje ustanovení § 223 ZZVZ. Veškeré z těchto důvodů ukončení smlouvy jsou stanoveny jako důvody fakultativní, tj. zadavatel nemusí k ukončení smlouvy přistoupit, i kdyby byly podmínky uvedeného ustanovení naplněny.

a) pro pokračování plnění vyžadována podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku

Jakákoliv podstatná změna smlouvy na veřejnou zakázku se ve smyslu § 222 odst. 1 ZZVZ zakazuje. Zákonodárce připouští toliko nepodstatné změny smlouvy na veřejnou zakázku, jejichž přehled je uveden v jednotlivých odstavcích ustanovení § 222 ZZVZ. Pokud by však pro pokračování plnění smlouvy bylo nutné provést podstatnou změnu smlouvy na veřejnou zakázku, kterou však zadavatel provést nemůže, vznikla by zadavateli možnost smlouvu dle svého uvážení vypovědět anebo od ní odstoupit.

Typicky se jedná o situace, kdy k dokončení veřejné zakázky je třeba provést změny v rozsahu, který již nespadá pod tzv. nepodstatné změny veřejné zakázky. Může se také jednat o změnu spočívající ve změně dodavatele z důvodu, že vybraný dodavatel již není schopen veřejnou zakázku plnit.

b) vybraný dodavatel měl být vyloučen z účasti v zadávacím řízení

Pokud zadavatel dodatečně zjistí, že vybraný dodavatel měl být vyloučen z účasti v zadávacím řízení, může smlouvu taktéž vypovědět anebo od ní odstoupit podle § 223 odst. 2 písm. a) ZZVZ. K důvodům vyloučení se věnovala úvodní část této analýzy.

Tato situace může nastat například v případě, že v průběhu řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže je zjištěno, že zadavatel postupoval nesprávně a měl vybraného dodavatele vyloučit ze zadávacího řízení. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže totiž může uložit toliko zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku anebo zákaz jejího plnění, nemůže však takovou smlouvu sám za zadavatele ukončit. Mimo jiné právě k řešení těchto situací slouží uvedené ustanovení.

c) vybraný dodavatel předložil nepravdivé údaje či dokumenty a mohly mít vliv na výběr dodavatele

Zadavatel může vypovědět nebo odstoupit od smlouvy na veřejnou zakázku také v případě, že se ukáže, že vybraným dodavatel předložil zadavateli údaje, dokumenty, vzorky nebo modely, které neodpovídaly skutečnosti. Podmínkou aplikace tohoto ukončovacího důvodu však je, že takové údaje, dokumenty, vzorky nebo modely mohly nebo měly vliv na výběr dodavatele.

Zavinění vybraného dodavatele může být ve formě úmyslu i nedbalosti. Je tedy lhostejné, zda vybraný dodavatel předložil nepravdivé údaje úmyslně či nevědomě. Za tyto nepravdivé údaje mohou být považovány jak údaje obsažené v samotné nabídce vybraného dodavatele, tak také údaje a dokumenty předloženy v dalším průběhu zadávacího řízení. Mohou za ně být tedy považovány také údaje a vysvětlení k mimořádně nízké nabídkové ceně.

Pokud by se tedy například dodatečně zjistilo, že způsob vyčíslení nákladů vybraného dodavatele na jednotlivé práce a materiál neodpovídaly skutečnosti, může v takovém případě zadavatel smlouvu vypovědět (případně i bez výpovědní doby) anebo od smlouvy odstoupit bezodkladně poté, co se takovou skutečnost dozví. To však pouze za podmínky, že by taková nesprávnost měla vliv na výběr dodavatele, tj. pouze v případě, že by správně uvedený údaj měl za následek závěr zadavatele, že nabídková cena tedy byla mimořádně nízká nebo by byl v takovém případě naplněn jiný důvod pro vyloučení dodavatele.

d) došlo k závažnému porušení povinnosti České republiky dle Smlouvy o fungování Evropské unie

Podmínkou aplikace tohoto ustanovení je skutečnost, že o porušení povinnosti zadavatele, potažmo České republiky rozhodl Soudní dvůr Evropské unie. Zároveň se musí jednat o závažné porušení takové povinnosti. Ustanovení je do ZZVZ vtěleno za tím účelem, aby mohl zadavatel napravit dodatečně případné porušení uvedené povinnosti, což za předchozí právní úpravy bylo jinak možné pouze dohodou smluvních stran. Může se jednat o jednání v přímém rozporu se zadávacími směrnicemi Evropské unie anebo jejich nesprávnou transpozici do českého právního řádu. Nemáme však žádných informací, že by taková situace nastala či měla nastat v budoucnu ve vztahu k posuzované veřejné zakázce.

Ukončení smlouvy v režimu občanského zákoníku

Podle § 223 odst. 3 ZZVZ platí, že právo ukončit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku podle jiných právních předpisů není výše uvedenými důvody ukončení závazku dle ZZVZ dotčen. Takovým jiným právním předpisem bude především občanský zákoník.

a) uplynutím doby trvání smlouvy

Podle bodu 2.3.1 zadávací dokumentace se smlouva uzavírá na dobu 48 měsíců ode dne její účinnosti. Uplynutím této doby smlouva zaniká. Účelem této analýzy je však prověřit možnosti předčasného ukončení smlouvy v případě, že by nastala taková potřeba.

b) uplynutím výpovědní doby

Jelikož je smlouva uzavírána na dobu určitou, nevzniká z hlediska občanského zákoníku zákonné právo smlouvu vypovědět. Takovou možnost si však mohou strany sjednat ve smlouvě.

Vypovědět smlouvu může zadavatel kdykoliv i bez udání důvodu na základě ustanovení odstavce 12.6 smlouvy. Smlouva však v takovém případě zanikne až uplynutím výpovědní doby trvající tři měsíce od prvního dne měsíce následujícího po měsíci, v němž byla výpověď doručena vybranému dodavateli.

Pokud by zadavatel chtěl smlouvu vypovědět bez výpovědní doby, musel by ve výpovědi uvést některý z důvodů výpovědi dle § 223 ZZVZ a zároveň uvést, že smlouva zaniká okamžikem doručení výpovědi vybranému dodavateli.

c) doručením odstoupení od smlouvy

Odstoupit od smlouvy může zadavatel v případech vyjmenovaných v odstavci 12.3 smlouvy a dále ve všech případech podstatného porušení smlouvy ve smyslu § 2002 občanského zákoníku. V takovém případě smlouva zaniká doručením odstoupení od smlouvy do dispozice vybraného dodavatele.

Postup po ukončení smlouvy

Lze předpokládat, že i v případě, že bude zadavatel muset v průběhu trvání smlouvy na realizaci veřejné zakázky smlouvu ukončit, potřeba provádění prací, které jsou předmětem veřejné zakázky u něj bude přetrvávat.

Ukončení smlouvy jinak než dohodu nelze považovat za smlouvu, její změnu ani její dodatek, tudíž takový úkon nepodléhá zveřejnění v registru smluv ani uveřejnění na profilu zadavatele ve smyslu § 219 odst. 1 ZZVZ. Tím však není dotčena povinnost zadavatele ve smyslu § 219 odst. 3 ZZVZ uveřejnit do 3 měsíců od ukončení smlouvy na profilu zadavatele výši skutečně uhrazené ceny za plnění smlouvy. Na profilu zadavatele bude potřeba v takovém případě změnit také údaj o stavu řízení z „*veřejná zakázka byla zadána*“ na „*ukončeno plnění smlouvy na základě veřejné zakázky*“.

Jelikož v zadávacím řízení na posuzovanou veřejnou zakázku nebyla obsažena vyhrazená změna dodavatele, musel by zadavatel provést nové zadávací řízení na dokončení předmětu veřejné zakázky.

Případné spory mezi vybraným dodavatelem a zadavatelem o platnosti či trvání smlouvy na realizaci veřejné zakázky nijak nebrání zadavateli vyhlásit nové výběrové řízení a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ani není oprávněn takový postup zadavatele přezkoumávat (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 16. 7. 2018, č. j. ÚOHS-S0207/2018/VZ-20874/2018/533/HKu). Naopak, zadavatel by mohl nové zadávací řízení na dokončení předmětu veřejné zakázky vyhlásit ještě za doby trvání smlouvy s vybraným dodavatelem, neboť ustanovení § 51 odst. 4 ZZVZ omezuje právo zadavatele na zahájení zadávacího řízení na obdobný předmět veřejné zakázky pouze pro případy, kdy ani původní zadávací řízení nebylo ukončeno.

Doporučení

Předně je třeba uvést, že z podkladů předložených zadavatelem vyplývá, že **zadávací lhůta končí dne 21. 1. 2020**. V této lhůtě je **nutné ukončit zadávací řízení nebo odeslat účastníkům zadávacího řízení oznámení o výběru dodavatele**. Pokud se zadavatele nedohodne se všemi účastníky zadávacího řízení jinak, marným uplynutím lhůty pro odeslání oznámení o výběru dodavatele **sice dojde k ukončení zadávacího řízení, ale zadavatel bude mít povinnost uhradit účastníkům řízení náklady** spojené s jejich účastí v zadávacím řízení.

Pokud by zadavatel chtěl předejít tomuto způsobu ukončení zadávacího řízení, a tedy negativním finančním dopadům s tím spojeným, nezbyvá mu patrně, než oznámení o výběru dodavatele ve lhůtě do 21. 1. 2020 odeslat, neboť **ukončení zadávacího řízení rozhodnutím o jeho zrušení, dle našeho názoru, nelze bezpečně v uvedené lhůtě provést**. Muselo by totiž v této lhůtě být rozhodnuto o vyloučení vybraného dodavatele, tomu by musela marně uplynout patnáctidenní lhůta pro podání námitek (a tedy účast v zadávacím řízení), následně by muselo být rozhodnuto zrušení zadávacího řízení, toto sděleno všem účastníkům zadávacího řízení a všem by musela marně uplynout další patnáctidenní lhůta pro podání námitek.

Oznámení o výběru dodavatele může obsahovat buď výběr stávajícího vybraného dodavatele, anebo v případě jeho vyloučení ze zadávacího řízení výběr nového vybraného dodavatele, tj. toho účastníka řízení, který se v pořadí hodnocení nabídek umístil na druhém místě (v takovém případě však musí být opět posouzeno, zda splňuje veškeré požadavky zákona na uzavření smlouvy, včetně případné mimořádně nízké nabídkové ceny).

V případě, že bude zadavatel zvažovat, zda existují důvody pro vyloučení stávajícího vybraného dodavatele, pak v dané věci navrhuje:

- 1. Vyzvat vybraného dodavatele k dalšímu vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny a k předložení podkladů, na jejichž základě provedl její případný výpočet tak, aby tvrzení uvedená vybraným dodavatelem byla ze strany zadavatele přezkoumatelná.**
- 2. V rámci výzvy vybranému dodavateli zároveň navrhuje, aby se vyjádřil k rozdílné výši odměňování metařů a k dodržení povinnosti na minimální zaručenou mzdu po dobu trvání plnění veřejné zakázky.**
- 3. Případně lze vyčkat do konce kalendářního roku, zda Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ne zahájí řízení o porušení právních předpisů na úseku hospodářské soutěže v důsledku podezření z uzavření zakázané dohody.**

V závislosti na tom, jak vybraný dodavatel či Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rámci výše uvedených bodů zareaguje, lze rozhodnout o vyloučení vybraného dodavatele a zároveň o výběru nového vybraného dodavatele (za předpokladu, že u něj nebudou dány důvody vyloučení a bude splňovat požadavky zadávacích podmínek), přičemž do 21. 1. 2020 je pak reálné odeslat účastníkům zadávacího řízení oznámení o výběru nového vybraného dodavatele. Zadávací řízení samozřejmě může i v takovém případě pokračovat řízením námitkovým či řízením o návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, neboť je možné, že se budou účastníci zadávacího řízení, pro které tento postup není vítaný, bránit prostředky, které jim ZZVZ k tomuto účelu poskytuje.

V případě uzavření smlouvy se stávajícím vybraným dodavatelem lze smlouvu ukončit mimo jiné v případě, že by bylo zjištěno dodatečně, že měl být tento vybraný dodavatel vyloučen, nebo že uvedl nepravdivé informace v zadávacím řízení, anebo bez udání důvodů prostou výpovědí. V případě porušení smlouvy je možné od smlouvy také odstoupit.