



UOHSX00F4EW1

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0111/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-28410/2021/161/TMi

Brno 01.09.2021

V řízení o rozkladu ze dne 7. 7. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **FLAME System s.r.o.**, IČO 26846888, se sídlem Dr. Maye 468/3, Mariánské Hory, 709 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0149/2021/VZ, č. j. ÚOHS-20815/2021/510/MKo ze dne 22. 6. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 19. 4. 2021 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **město Hodonín**, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Odborné a bezbariérové vzdělávání v nových učebnách ZŠ Vančurova Hodonín – modernizace odborných učeben a dodávka vnitřního vybavení – Konektivita, IT**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 16. 9. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0149/2021/VZ, č. j. ÚOHS-20815/2021/510/MKo ze dne 22. 6. 2021

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“<sup>1</sup>) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 19. 4. 2021 návrh (dále jako „**návrh**“) navrhovatele – FLAME System s.r.o., IČO 26846888, se sídlem Dr. Maye 468/3, Mariánské Hory, 709 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno, zastoupení ověřeno na základě plné moci ze dne 11. 2. 2021 (dále jako „**navrhovatel**“) – ze dne 18. 4. 2021 na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Hodonín, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín (dále jako „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Odborné a bezbariérové vzdělávání v nových učebnách ZŠ Vančurova Hodonín – modernizace odborných učeben a dodávka vnitřního vybavení – Konektivita, IT“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 16. 9. 2020 uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 19. 4. 2021, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.

### **II. Napadené rozhodnutí**

3. Dne 22. 6. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0149/2021/VZ, č. j. ÚOHS-20815/2021/510/MKo (dále jako „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Návrh směřoval proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadávací řízení lze zrušit pouze tehdy, je-li pro to dán zákonný důvod, přičemž zákon tyto důvody taxativně vymezuje v ustanovení

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 53 odst. 1 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

§ 127. Současně platí, že pokud zadavatel přistoupí ke zrušení zadávacího řízení, je povinen postupovat také v souladu se základními zásadami zadávacího řízení, zejména se zásadou transparentnosti, což znamená, že v rozhodnutí, kterým zadávací řízení ruší, musí jasně a srozumitelně uvést konkrétní důvody, které k jeho rozhodnutí zrušit zadávací řízení vedly.

5. Úřad došel k závěru, že důvodem zrušení zadávacího řízení zadavatelem podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona může být i skutečnost, že vybranému dodavateli zaniklo účastenství v zadávacím řízení v důsledku jeho vyloučení podle § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona. Podle Úřadu je nepochybné, že vybraný dodavatel, tj. účastník, jehož nabídka byla vyhodnocena jako nejvýhodnější, byl vyloučen ze zadávacího řízení, a jelikož ten nepodal k Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 251 zákona, došlo v souladu s § 47 odst. 2 písm. b) zákona k zániku účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení. Úřad současně konstatoval, že oproti předchozí právní úpravě, která výslovně stanovovala, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podle § 127 zákona musí být učiněno bez zbytečného odkladu, aktuální zákon žádnou lhůtu nestanovuje, z čehož lze dovodit úmysl zákonodárce neomezovat zadavatele v možnosti zadávací řízení zrušit i později. Dle Úřadu tak nebylo podstatné, v jakém časovém odstupu od vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení zadavatel zrušil zadávací řízení. Na základě výše uvedeného Úřad konstatoval, že zrušení předmětného zadávacího řízení zadavatelem na základě ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona bylo důvodné a uvedený postup zadavatele byl v souladu se zákonem.
6. Úřad se rovněž zabýval námitkou navrhovatele ve vztahu k důvodu zrušení zadávacího řízení zadavatelem podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, přičemž uvedl, že věcné posouzení důvodu zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona se jeví jako neúčelné, poněvadž Úřad již konstatoval důvodnost zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona. Další šetření ve vztahu k důvodu zrušení zadávacího řízení zadavatelem podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona by nemohlo mít vliv na učiněný závěr, že zadavatel tím, že zadávací řízení zrušil podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona, zákon neporušil, a zadávací řízení tedy bylo v souladu se zákonem zrušeno. Úřad konstatuje, že takový postup je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale zejména v souladu se zásadou procesní ekonomie.
7. K námitce nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách Úřad uvedl, že se zadavatel dostatečně a srozumitelně vypořádal s námitkami navrhovatele, které se týkají zrušení zadávacího řízení z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona. K námitkám navrhovatele týkajícím se zrušení zadávacího řízení z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona Úřad uvedl, že se mu argumentace zadavatele k jednotlivým namítaným skutečnostem jeví jako nekonkrétní a nedostatečně odůvodněná. Uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách pro nepřezkoumatelnost však Úřad neposoudil jako účelné, neboť případné doplnění odůvodnění rozhodnutí o námitkách zadavatelem ve vztahu k námitkám směřujícím proti důvodu zrušení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona by nic nezměnilo na skutečnosti, že zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona bylo oprávněné.
8. Úřad proto uzavřel, že v šetřeném případě neshledal důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona nebo podle § 263 odst. 5 zákona.

### III. Rozklad navrhovatele

9. Dne 7. 7. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 22. 6. 2021. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

#### Námítky rozkladu

10. Navrhovatel v rozkladu konstatuje, že považuje napadené rozhodnutí za věcně nesprávné, nezákonné, odporující rozhodovací praxi Úřadu a rovněž částečně nepřezkoumatelné.
11. Nejprve navrhovatel namítá, že zadavatel by dle ustálené rozhodovací praxe Úřadu a soudní judikatury měl důvody pro vyloučení vykládat maximálně restriktivně, neboť výsledkem zadávacího řízení by zásadně mělo být uzavření smlouvy. Namísto toho Úřad dle navrhovatele upřednostnil jazykový výklad ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona před výkladem teleologickým, na základě něž by dle navrhovatele došel k závěru, že ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona lze využít pouze pro případ, že je vybraný dodavatel vyloučen v rámci postupu dle § 122 odst. 7 zákona nebo § 124 odst. 2 až 4 zákona, nikoli je-li vyloučen pro nesplnění zadávacích podmínek dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
12. Dle navrhovatele v daném případě nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení, neboť zadavatel sám způsobil, že se vybraným dodavatelem stal dodavatel, který nesplňoval zadávací podmínky, čímž si otevřel prostor pro zrušení zadávacího řízení bez potřeby jakéhokoli dalšího odůvodnění. Pro zvolený postup však musejí být dle navrhovatele naplněny nejen formální podmínky, ale také podmínky materiální, tj. zadavatel nesmí důvody pro zrušení zadávacího řízení sám zavinit. K tomu navrhovatel odkázal na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0501/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09402/2021/500/Alv ze dne 16. 3. 2021 týkající se podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona.
13. Navrhovatel v rozkladu rovněž namítá, že zadavatel postupoval v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení, konkrétně pak se zásadou přiměřenosti a zásadou transparentnosti. Nepřiměřenost postupu zadavatele spatřuje navrhovatel v tom, že zadavatel zrušil zadávací řízení až po uplynutí 68 dnů od zániku účasti vybraného dodavatele, přičemž do té doby nic nenasvědčovalo tomu, že zadavatel nechce v zadávacím řízení pokračovat. Jestliže zadavatel zamýšlel zadávací řízení zrušit, měl k tomu dle navrhovatele přistoupit v přiměřené lhůtě po vyloučení vybraného dodavatele, jinak nelze jeho postup považovat za transparentní a předvídatelný.
14. Dle navrhovatele se zadavatel zrušením zadávacího řízení snaží účelově vyhnout obhájení svého postupu v jiném řízení vedeném před Úřadem, zabývajícím se oprávněností vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Dopouští se tak zneužití práva, tedy vykonává své subjektivní právo k neodůvodněné újmě jiného. Pakliže zadavatel skutečně rušil zadávací řízení z důvodu, že ani s druhým účastníkem (navrhovatelem) nelze uzavřít smlouvu, měl vyčkat výsledku přezkumu vyloučení navrhovatele, v opačném případě považuje navrhovatel jednání zadavatele za nepředvídatelné a účelové, neboť se jedná pouze o reakci na zahájený přezkum vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.
15. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí spatřuje navrhovatel ve skutečnosti, že se Úřad věcně nezabýval druhým důvodem, který pro zrušení zadávacího řízení zadavatel uvedl, a sice důvodem podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona. Vzhledem k nesprávnému posouzení naplnění

důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona se jím však Úřad zabývat měl, a to včetně nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele.

#### **Závěr rozkladu**

16. Navrhovatel na základě výše uvedené argumentace navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému rozhodnutí, které by Úřad vydal po provedení komplexního přezkumu návrhu.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

17. Dne 26. 7. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k rozkladu navrhovatele.
18. Zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že navrhovatel v rozkladu opakuje stále stejnou argumentaci a nepřichází s žádnými novými tvrzeními ani důkazy, přičemž Úřad se s dosud uplatněnými tvrzeními a důkazy již řádně a přezkoumatelně vypořádal.
19. K navrhovatelem uvedeným odkazům na rozhodnutí týkající se právní úpravy jednacích řízení bez uveřejnění v rozkladu zadavatel konstatoval, že byt se v obecné rovině se závěry citovaných rozhodnutí ztotožňuje, neshledává v nich rozpor a ani věcnou souvislost s věcí, která je předmětem napadeného rozhodnutí.
20. Zadavatel nesouhlasí s námitkou navrhovatele týkající se upřednostnění jazykového výkladu před výkladem účelovým ze strany Úřadu. Podle zadavatele z odůvodnění napadeného rozhodnutí plyne, že se Úřad věcně vypořádal i s tím, že postup zadavatele odpovídá smyslu a účelu zákona, přičemž se Úřad řádně a přezkoumatelně vypořádal i s námitkou navrhovatele týkající se délky lhůty pro zrušení zadávacího řízení, když ani v této části námitek Úřad neshledal rozpor se zákonem a se zásadami zakotvenými v jeho § 6.
21. Konstrukci navrhovatele, podle které zadavatel v zadávacím řízení postupoval účelově, když cíleně vybral dodavatele, kterého následně vyloučil, a ponechal si tak možnost kdykoli zrušit zadávací řízení, přičemž již od počátku neměl zájem uzavřít smlouvu s některým z účastníků zadávacího řízení, považuje zadavatel za zcela absurdní, nelogickou a nepodloženou.
22. Zadavatel rovněž odkázal na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0173/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31312/2020/323/PMo ze dne 9. 11. 2020, v kontextu kterého lze naopak na jednání navrhovatele nahlížet jako na zneužití práva, poněvadž jeho jediným smyslem a účelem je dle zadavatele procesní protahování správního řízení.
23. S ohledem na výše uvedené tak zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele zamítl a potvrdil napadené rozhodnutí.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

**Stanovisko předsedy Úřadu**

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu navrhovatele.

**V. K námitkám rozkladu**

27. Navrhovatel v rozkladu namítá, že by Úřad měl důvody pro vyloučení účastníka zadávacího řízení vykládat maximálně restriktivně. Úřad podle navrhovatele upřednostnil jazykový výklad ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona před výkladem teleologickým, na základě něž by musel dojít k závěru, že ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona lze využít pouze pro případ, že je vybraný dodavatel vyloučen v rámci postupu dle § 122 odst. 7 zákona nebo § 124 odst. 2 až 4 zákona, nikoli je-li vyloučen pro nesplnění zadávacích podmínek dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
28. K této námitce je třeba předně uvést, že se s její podstatou Úřad vypořádal již v bodech 88–91 napadeného rozhodnutí. Navrhovatel na podporu svých závěrů opakovaně odkazuje na komentářovou literaturu, podle níž „[v] případě, kdy vybraný dodavatel neuzavře smlouvu se zadavatelem podle § 124 odst. 1 ZZVZ, může ho zadavatel vyloučit (§ 124 odst. 2 ZZVZ). Zadavatel rovněž vyloučí vybraného dodavatele podle § 122 odst. 7 ZZVZ, pokud nepředloží údaje, doklady nebo vzorky podle § 122 odst. 3 ZZVZ nebo výsledek zkoušek vzorků neodpovídá zadávacím podmínkám, a dále též v případě, kdy na základě informací obdržených podle § 122 odst. 4 nebo 5 ZZVZ zjistí, že je u dodavatele dán střet zájmů. Zadavatel má následně možnost zadávací řízení zrušit, a to v okamžiku, kdy vybranému dodavateli zanikne po jeho vyloučení účast v zadávacím řízení.“<sup>2</sup>
29. Jak Úřad správně konstatoval v napadeném rozhodnutí, závěr, který navrhovatel vyvozuje z citované literatury, je nesprávný. Podle navrhovatele totiž lze zrušit zadávací řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona pouze v případě, že je vybraný dodavatel vyloučen ze zadávacího řízení podle § 122 odst. 7 zákona či podle § 124 zákona. Z citované literatury lze jistě vyvodit, že v případě vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení podle § 124 odst. 2 zákona, § 122 odst. 7 zákona, § 122 odst. 4 zákona nebo § 122 odst. 5 zákona lze zrušit zadávací řízení. Neplatí z něj však, že by nebylo možné zadávací řízení zrušit při vyloučení vybraného dodavatele z jiného zákonného důvodu [např. podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 48 odst. 8 zákona]. Jinými slovy, citovaná literatura poskytuje vodítko, jak může zadavatel postupovat v případě vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení, avšak

<sup>2</sup> KRUTÁK, T., KRUTÁKOVÁ, L., GERYCH, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 9. 2020. Olomouc: Anag, 2020, s. 439–440.

neposkytuje výčet všech možných způsobů zániku účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení nutných pro jeho zrušení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona.

30. Nadto je třeba dodat, že ze samotné výše uvedené citace je zřejmé, že není správné tvrzení navrhovatele uvedené v rozkladu, podle něž „ust. § 127 odst. 2 písm. b) ZZVZ tedy v zásadě míří na situaci, kdy zadavatel vybral dodavatele, který splňuje v plném rozsahu zadávací podmínky, tedy podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku při splnění všech požadavků, ale následně vlivem jiných okolností dojde k tomu, že s tímto dodavatelem nelze uzavřít smlouvu“. Jedním z důvodů vyloučení vybraného dodavatele uvedených v citované literatuře, vedoucích k možnosti zrušit zadávací řízení, je totiž vyloučení vybraného dodavatele podle § 122 odst. 7 písm. c), tedy v případě, že výsledek zkoušek vzorků neodpovídá zadávacím podmínkám. Tato skutečnost odporuje navrhovatelově tezi, podle níž lze zadávací řízení zrušit podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona pouze v případě, kdy vyloučení vybraného dodavatele není následkem jeho nesplnění zadávacích podmínek.
31. K možnosti zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona lze plně odkázat na závěry Úřadu uvedené v bodě 90 napadeného rozhodnutí. Ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona podmiňuje možnost zrušení zadávacího řízení zadavatelem pouze tím, že vybranému dodavateli zanikla účast v zadávacím řízení v důsledku jeho vyloučení zadavatelem, aniž by jakkoli omezoval důvody, na jejichž základě k vyloučení vybraného dodavatele došlo; cílem zákonodárce je tedy prostřednictvím § 127 odst. 2 písm. b) zákona umožnit zadavateli rozhodnout se, zda v situaci, kdy dodavatel, který podal nejvýhodnější nabídku, byl ze zadávacího řízení vyloučen, a nelze s ním tedy uzavřít smlouvu, má zájem na pokračování v zadávacím řízení. Úřad § 127 odst. 2 písm. b) zákona hodnotil podle jeho smyslu a účelu, a nikoli pouze z hlediska jazykového, a správně dospěl k závěru, že důvodem zrušení zadávacího řízení zadavatelem podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona může být i skutečnost, že vybranému zadavateli zaniklo členství v zadávacím řízení v důsledku jeho vyloučení podle § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
32. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že v daném případě nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení, neboť zadavatel sám způsobil, že se vybraným dodavatelem stal dodavatel, který nesplňoval zadávací podmínky, čímž si otevřel prostor pro zrušení zadávacího řízení bez potřeby jakéhokoli dalšího odůvodnění. Aby mohl zadavatel zadávací řízení zrušit podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona, nesmí dle navrhovatele důvody pro zrušení zadávacího řízení sám zavinit. K tomu navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0501/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09402/2021/500/Alv ze dne 16. 3. 2021 týkající se podmínek pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 1 písm. a) zákona.
33. K této námitce je třeba uvést, že nutnost naplnění tzv. materiálních podmínek pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění není zakotvena v zákoně, nýbrž vychází z ustálené rozhodovací praxe Úřadu a soudní judikatury. Vzhledem k tomu, že v případě použití jednacímho řízení bez uveřejnění, které představuje nejuzavřenější druh zadávacího řízení, a je tedy z hlediska cílů a účelu zákona nejméně vhodné pro zadávání veřejných zakázek, se jedná o zcela odlišný právní institut, než je zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona. Nelze proto automaticky aplikovat závěry judikatury týkající se jednacímho řízení bez uveřejnění, které mají určitý vývoj podložený účelem a charakterem daného institutu, na postup zadavatele v jiné právní otázce.

34. Navíc nelze souhlasit se závěrem navrhovatele, že původně vybraný dodavatel se materiálně nikdy nemohl stát vybraným dodavatelem, pokud nespĺňoval zadávací podmínky. Jako vybraný dodavatel je zákonem označen takový dodavatel, jehož nabídka byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější (viz § 122 zákona). Po provedení výběru dodavatele pak zadavatel činí další kroky, na jejichž základě může dojít k vyloučení vybraného dodavatele, a to i z důvodů nespĺnění zadávacích podmínek, např. při shora citovaném postupu dle § 122 odst. 7 písm. c) zákona. S dodatečným vyloučením právě **vybraného** dodavatele navíc počítá i samo ustanovení § 48 odst. 8 zákona, které postup zadavatele při vyloučení dodavatele činí obligatorním právě proto, že se jedná o dodavatele vybraného. Je tedy zjevné, že pro výběr dodavatele nepočítá zákon s tím, že tento dodavatel musí bez dalšího splňovat veškeré zadávací podmínky již v okamžiku výběru, neboť takové zjištění mnohdy ani před hodnocením nabídek nelze učinit nebo by to bylo neekonomické. Původně vybraný dodavatel se tedy stal vybraným dodavatel ve smyslu § 122 zákona i pokud byl následně ze zadávacího řízení vyloučen pro nespĺnění podmínek.
35. Proti tvrzení navrhovatele, že to byl zadavatel, kdo zavinil, že vybraný dodavatel byl ze zadávacího řízení vyloučen, se lze rovněž ohradit. Je zjevné, že důvodem vyloučení vybraného dodavatele byla skutečnost, že jeho nabídka nespĺňovala zadávací podmínky. V takovém případě je zadavatel povinen vybraného dodavatele vyloučit ve smyslu § 48 odst. 8 zákona. Naopak pokud by se jednalo o nabídku dodavatele dosud nevybraného, zadavatel jej vyloučit toliko může, avšak nemusí (viz § 48 odst. 2 zákona). Již z této konstrukce úpravy vyloučení dodavatele pro nespĺnění zadávacích podmínek je zjevné, že tím, kdo takové vyloučení zaviní, je pouze dodavatel, který podá nabídku nespĺňující zadávací podmínky.
36. Podle navrhovatele Úřad dále nesprávně vyhodnotil postup zadavatele spočívající ve zrušení zadávacího řízení až po uplynutí 68 dnů od zániku účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení jako přiměřený a transparentní.
37. Lhůtou pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona se již Úřad zabýval v bodech 97–99 napadeného rozhodnutí, přičemž navrhovatel nepředkládá žádnou novou argumentaci. Lze zopakovat, že § 127 odst. 2 zákona nestanovuje žádnou lhůtu pro přijetí rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Oproti tomu předchozí právní úprava výslovně stanovovala, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení musí být učiněno bez zbytečného odkladu. Z toho, že současná právní úprava požadavek na zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu neobsahuje, Úřad dovodil úmysl zákonodárce neomezovat zadavatele v možnosti zadávacího řízení zrušit i později. Lze souhlasit s navrhovatelem, že i v tomto případě je nutné postupovat v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek podle § 6 zákona, a to zejména zásadami přiměřenosti a transparentnosti.
38. Pro posouzení přiměřenosti postupu zadavatele považuji za nutné shrnout jeho postup v zadávacím řízení. Zadavatel vybral dodavatele dne 21. 10. 2020. Po obdržení námitek jiného účastníka zadávacího řízení zrušil rozhodnutí o výběru a dne 30. 11. 2020 vyloučil vybraného dodavatele ze zadávacího řízení. Rozhodnutím ze dne 28. 12. 2020 zadavatel odmítl námitky vybraného dodavatele podané proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Vybraný dodavatel následně nepodal návrh k Úřadu, čímž po uplynutí zákonné lhůty k podání zanikla jeho účast v zadávacím řízení dle § 47 odst. 2 písm. b) zákona. Dne 30. 11. 2020 a dne 2. 12. 2020 zadavatel vyzval navrhovatele k doplnění nabídky, aby mohl posoudit splnění požadavků zadávací dokumentace. Dne 18. 12. 2020 zadavatel vyzval navrhovatele k objasnění nabídky,



k čemuž od navrhovatele obdržel dne 4. 1. 2021 odpověď. Dne 26. 1. 2021 zadavatel zjistil, že nabídka navrhovatele nesplňuje zadávací podmínky a dne 28. 1. 2021 jej vyloučil ze zadávacího řízení. Dne 26. 2. 2021 zadavatel odmítl námitky navrhovatele, jenž následně podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu. Dne 28. 1. 2021 a dne 24. 2. 2021 zadavatel vyzval třetího účastníka v pořadí k doplnění nabídky. Po posouzení jeho nabídky dne 24. 2. 2021 a po přijetí odpovědi třetího účastníka v pořadí na výše zmíněnou výzvu dne 5. 3. 2021 rozhodl zadavatel dne 17. 3. 2021 o zrušení zadávacího řízení.

39. Jak plyne z výše uvedeného, zadavatel vždy ihned po vyloučení účastníka zadávacího řízení začal posuzovat nabídku dalšího účastníka v pořadí. Zadavatel celkem vyhotovil 7 zápisů z posouzení a hodnocení nabídek, přičemž mezi jednotlivými kroky nečinil nepřiměřené prodlevy. Z postupu zadavatele je zřejmé, že zjevně měl zájem o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a po vyloučení vybraného dodavatele se nejprve snažil smlouvu uzavřít s navrhovatelem a po jeho vyloučení i s třetím účastníkem v pořadí. Teprve po zjištění, že ani třetí účastník zadávacího řízení zřejmě nesplňuje zadávací podmínky, přistoupil zadavatel ke zrušení zadávacího řízení. Ve shodě se závěrem Úřadu uvedeným v bodech 98 a 99 konstatují, že postup zadavatele lze z výše uvedených důvodů považovat za transparentní a přiměřený, neboť zadavatel bez větších prodlev usiloval o uzavření smlouvy postupně se třemi účastníky zadávacího řízení, přičemž po zjištění, že ani jeden z těchto účastníků nesplňuje zadávací podmínky, přistoupil zadavatel ke zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona a své rozhodnutí odůvodnil.
40. Na tomto místě je vhodné se vyjádřit i k požadavku navrhovatele na předvídatelnost postupu zadavatele, neboť navrhovatel ve svém rozkladu tvrdí, že postup zadavatele byl v daném případě nepředvídatelný, a tudíž i netransparentní. Předně je třeba uvést, že předvídatelnost postupu zadavatele nelze chápat tak, že dodavatelé budou vždy schopni přesně predikovat, jak zadavatel bude v zadávacím řízení postupovat, případně že zadavatel je povinen postupovat co „nejpravděpodobněji“. Zákon na mnoha místech dává zadavateli více možností pro postup v zadávacím řízení a zadavatel je oprávněn dle svého uvážení tyto možnosti volit (typicky např. postup dle § 46 zákona, nebo právě v případě zrušení zadávacího řízení dle § 127 odst. 2 zákona). Zásada transparentnosti je při volbě postupu zadavatele zachována tehdy, pokud zadavatel svůj postup dostatečně jasně a srozumitelně odůvodní (je-li to z povahy věci nutné; např. pokud se zadavatel rozhodne nevyzvat dodavatele k objasnění dle § 46 zákona, tento postup ani odůvodňovat nemusí). O případné nepředvídatelnosti postupu by bylo možno hovořit pouze tehdy, pokud by zadavatel např. přislíbil určitý procedurální postup, který jinak není povinný, a tento následně nedodržel (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2021, č. j. 4 As 144/2019-46), případně by z jiných skutkových okolností plynulo, že dodavatelé byli oprávněni určitý postup zadavatele (neuložený zákonem, neboť povinnosti uložené zákonem je nutno dodržet vždy) předpokládat. V posuzovaném případě však skutečnost, že zadavatel pokračoval v zadávacím řízení i po vyloučení vybraného dodavatele, neznamená, že by si možnost postupu dle § 127 odst. 2 písm. b) uzavřel, zvláště pokud byl i druhý uchazeč v pořadí ze zadávacího řízení vyloučen (byť tento se vůči svému vyloučení brání) a problematická se zadavateli jevila i nabídka uchazeče třetího v pořadí. Zadavatel byl totiž stále v situaci, kdy i po hodnocení a výběru dodavatele nemohl uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, tedy v situaci, na kterou § 127 odst. 2 písm. b) zákona cílí. Jeho

postup tak nelze označit za nepředvídatelný, byť se mohl navrhovatelé jevit s ohledem na okolnosti méně pravděpodobným.

41. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že se zadavatel zrušením zadávacího řízení snaží účelově vyhnout obhájení svého postupu v jiném řízení vedeném před Úřadem, zabývajícím se oprávněností vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, čímž se dopouští zneužití práva. Podle navrhovatele měl zadavatel vyčkat na výsledek přezkumu vyloučení navrhovatele, aby měl postaveno najisto, zda nabídka navrhovatele splňuje zadávací podmínky.
42. K této námitce je třeba uvést, že v souladu s výše uvedeným byl zadavatel oprávněn zadávací řízení zrušit již po zániku účasti vybraného dodavatele. Zadavatel však měl zjevně zájem o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a proto přistoupil k posouzení nabídky navrhovatele z hlediska splnění požadavků zadávací dokumentace. Když zadavatel shledal, že nabídka navrhovatele nesplňuje zadávací podmínky, rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, přičemž své rozhodnutí podrobně odůvodnil. Následně se v rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 26. 2. 2021 vypořádal i s následnými námitkami navrhovatele. Z přistoupení k posouzení nabídky třetího uchazeče v pořadí lze usoudit, že i přes vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení měl zadavatel stále zájem uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
43. Návrh k Úřadu na přezkoumání úkonů zadavatele týkajících se vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení byl zadavateli doručen dne 11. 3. 2021 Odpověď na výzvu k doplnění nabídky od třetího uchazeče v pořadí obdržel dne 5. 3. 2021. Vzhledem k tomu, že zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení dne 17. 3. 2021, tedy v přiměřené době poté, co nastaly obě výše uvedené skutečnosti, nelze akceptovat nepodložené tvrzení navrhovatele, že zadavatel zrušil zadávací řízení účelově s cílem vyhnout se přezkumu vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Skutečnost, že zadavatel projevoval zájem o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, v kombinaci s tím, že zadavatel zrušil zadávacího řízení kromě důvodu podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona též z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, vede k závěru, že zadavatel zrušil zadávací řízení nikoli s ohledem na správní řízení týkající se přezkumu úkonů zadavatele při vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, nýbrž s ohledem na vývoj zadávacího řízení. Na takovou situaci pak právě cílí § 127 odst. 2 písm. b) zákona. Skutečnost, že Úřad pro hospodárnost věcně neposuzoval naplnění podmínek ustanovení § 127 odst. 2 písm. d) zákona, neznamená, že tento důvod pro zrušení zadávacího řízení nebyl dán, a nic na tom nemění ani konstatování Úřadu, že odůvodnění zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 127 odst. 2 písm. d) zákona nebylo dostatečné.
44. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel měl vyčkat na výsledek přezkumu vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, odkazují na výše prezentovaný závěr, podle kterého po zániku účasti vybraného dodavatele byly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona, a bylo tak pouze na úvaze zadavatele, zda zadávací řízení zruší. Jestliže se zadavatel z důvodu zamezení dalších průtahů v zadávacím řízení v kombinaci s dalším důvodem pro zrušení rozhodl zadávací řízení zrušit, nebyl jeho postup rozporný se zákonem.
45. K námitce, podle které Úřad v napadeném rozhodnutí supljuje odůvodnění, které v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení absentuje, což napadené rozhodnutí zatěžuje vadou nepřezkoumatelnosti, uvádím následující. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že zadávací řízení ruší podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona a odůvodnil, čím jsou

podmínky tohoto ustanovení naplněny. Navrhovatel kromě naplnění podmínek ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona namítal rovněž nepřiměřenost postupu zadavatele plynoucí z doby uplynulé od výběru dodavatele do zrušení zadávacího řízení. Zásada přiměřenosti zadavateli ukládá, aby v zadávacím řízení postupoval přiměřeně, a nikoli aby u svých úkonů jejich přiměřenost zdůvodňoval. Jestliže následně navrhovatel ve správním řízení před Úřadem namítal nepřiměřenost postupu zadavatele, bylo na Úřadu, aby posoudil, zda zadavatel postupoval při zrušení zadávacího řízení přiměřeně. Za tímto účelem Úřad shrnul vývoj zadávacího řízení, přičemž vycházel z podkladů předložených účastníky správního řízení. Na základě nich Úřad dovodil, že vzhledem k průběhu zadávacího řízení nebyl postup zadavatele při zrušení zadávacího řízení nepřiměřený a tento svůj závěr řádně odůvodnil. Posouzení přiměřenosti postupu zadavatele v zadávacím řízení ze strany Úřadu tak nelze hodnotit jako suplování odůvodnění zrušení zadávacího řízení, a proto nezpůsobuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.

46. Považuji za nutné odmítnout i tvrzení navrhovatele, podle kterého si zadavatel sám výběrem dodavatele, jehož nabídka nesplňovala zadávací podmínky, účelově „*otevřel prostor pro zrušení zadávacího řízení bez potřeby jakéhokoliv dalšího odůvodnění*“, přičemž výklad ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona provedený Úřadem v napadeném rozhodnutí může obdobný prostor otevřít všem zadavatelům. Lze souhlasit s navrhovatelem, že zjevnému zneužití práva nelze poskytovat právní ochranu. Jednání zadavatele v posuzovaném případě lze však jen stěží označit za zneužití práva. Konstrukce, kdy zadavatel od počátku nemá zájem o uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, sestaví zadávací podmínky tak, aby následně vybral dodavatele, který zjevně tyto zadávací podmínky nesplňuje, a to pouze za tím účelem, aby ho následně vyloučil ze zadávacího řízení, a získal tak možnost zadávací řízení zrušit, je krajně komplikovaná a pro potenciálního nekalého zadavatele poměrně riskantní, neboť nemá záruku, že nejvýhodnější nabídku nepodá dodavatel, který perfektně splní zadávací podmínky, a zadavatel s ním následně bude muset uzavřít smlouvu. Kromě toho uvedená konstrukce odporuje primárnímu zájmu zadavatele, se kterým k zahájení zadávacího řízení přistupuje, a sice uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Lze uzavřít, že pokud by z postupu zadavatele v zadávacím řízení bylo zřejmé, že některé jeho úkony jsou účelové či zastírají jeho skutečný cíl, bylo by možné je posoudit jako zneužití práva a nepřiznat jim právní ochranu. V posuzovaném případě však nespátřuji v postupu zadavatele jednání naplňující charakteristiku zneužití práva.
47. Navrhovatel v rozkladu namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí způsobenou skutečností, že se Úřad věcně nezabýval naplněním důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona včetně nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele. Úřad v bodě 100 napadeného rozhodnutí uvedl, že se z důvodu procesní ekonomie věcně nezabýval posouzením důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, neboť vzhledem k závěru Úřadu o naplnění důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona by žádný závěr ohledně důvodu pro zrušení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona nemohl zvrátit výrok napadeného rozhodnutí. Takovýto postup je v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu, a tedy Úřad nepochybil. Vzhledem k tomu, že jsem neshledal rozkladové námitky vůči napadenému rozhodnutí důvodnými, potvrdil jsem napadené rozhodnutí a zamítl rozklad navrhovatele. Nadále tak platí, že zabývat se naplněním

důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) by bylo nevhodné a způsobilé by to zbytečné průtahy v řízení, neboť naplněním důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona byl dán dostatečný zákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení.

48. K námitce nepřezkoumatelnosti rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele dodávám, že se s ní Úřad plně vypořádal v bodě 104 napadeného rozhodnutí, když uvedl, že se zadavatel dostatečně a srozumitelně, tj. přezkoumatelně vypořádal s námitkami navrhovatele, které se týkají zrušení zadávacího řízení z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona. V souvislosti s námitkami navrhovatele, které se týkají zrušení zadávacího řízení z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, Úřad uvedl, že se argumentace zadavatele k jednotlivým namítaným skutečnostem jeví Úřadu jako nekonkrétní a nedostatečně odůvodněná, pročež zvažoval, zda je v dané situaci namísto uložit nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách pro nepřezkoumatelnost. Dospěl však k závěru, že nikoliv. Důvod pro zrušení rozhodnutí o námitkách by byl dle názoru Úřadu dán v případě, kdy by navrhovatel svým návrhem napadal pouze důvod zrušení předmětného zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, a kdy by tedy navrhovatel v důsledku nepřezkoumatelného rozhodnutí o námitkách nemohl s ohledem na neznalost věcných důvodů, jež zadavatele k jeho postupu vedly, řádně koncipovat svůj návrh. Poněvadž ale navrhovatel návrhem současně napadá zrušení zadávacího řízení i z důvodu podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona, ve vztahu k němuž rozhodnutí o námitkách splňovalo zákonné požadavky, a které současně Úřad ve správním řízení posoudil jako oprávněné, uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí o námitkách Úřad nepovažuje za účelné. Případné doplnění odůvodnění rozhodnutí o námitkách zadavatelem ve vztahu k námitkám směřujícím proti důvodu pro zrušení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona by totiž nic nezměnilo na skutečnosti, že zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. b) zákona bylo oprávněné. S výše uvedeným se plně ztotožňuji a doplňuji, že vzhledem k zamítnutí rozkladu navrhovatele a potvrzení napadeného rozhodnutí nadále platí i zmíněný závěr Úřadu.

## **VI. Závěr**

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění skutečností a důkazů uvedených účastníky řízení jsem na základě zjištění, že Úřad postupoval v případě napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
50. Lze shrnout, že Úřad tím, že zamítl návrh navrhovatele, postupoval správně a v souladu se zákonem. Zadavatel měl po zániku účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení možnost zrušit zadávací řízení dle § 127 odst. 2 písm. b) zákona. Zadavatel tuto možnost využil a po zjištění, že zadávací podmínky nesplňují ani další dva dodavatelé v pořadí, zrušil zadávací řízení, přičemž postupoval v souladu se zásadou přiměřenosti a transparentnosti. Jsem si vědom skutečnosti, že důvody pro zrušení zadávacího řízení je třeba vykládat restriktivně, nicméně v daném případě zadavateli svědčil zákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení, jehož podmínky byly naplněny. Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval smyslem a účelem ustanovení § 127 odst. 2 písm. b) zákona a shledal, že postup zadavatele v tomto individuálním případě naplňuje cíl zákonodárce, kterým je umožnit zadavateli rozhodnout se, zda v situaci, kdy dodavatel, který podal nejvýhodnější nabídku, byl ze zadávacího řízení

vyloučen a nelze s ním tedy uzavřít smlouvu, má zájem na pokračování v zadávacím řízení. Úřad rovněž postupoval v souladu se zákonem, když se s ohledem na procesní ekonomii věcně nezabýval naplněním důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona a toto své rozhodnutí řádně odůvodnil.

51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Město Hodonín, Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín
2. MT Legal s.r.o, advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno

### **Vypraveno dne:**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy