



UOHSX0070NVN

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1135/2014/VZ-10207/2015/512/MHr

Brno 27. dubna 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 12. 2014 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město České Budějovice, IČO 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 01 České Budějovice – České Budějovice 1,
- navrhovatel – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Zajištění správy, provozu, obnovy, údržby a oprav veřejného osvětlení na území města České Budějovice“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 6. 2014 a uveřejněno dne 27. 6. 2014 pod ev. č. 482320 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 1. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 123-219274,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 – se podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – statutární město České Budějovice, IČO 00244732, se sídlem nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 01 České Budějovice – České Budějovice 1 (dále jen „zadavatel“) – zahájil zadávací řízení nadlimitní veřejné zakázky „Zajištění správy, provozu, obnovy, údržby a oprav veřejného osvětlení na území města České Budějovice“ (dále jen „veřejná zakázka“) podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 6. 2014 a uveřejněno dne 27. 6. 2014 pod ev. č. 482320 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 1. 7. 2014 pod ev. č. 2014/S 123-219274.
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 4.2 zadávací dokumentace „*poskytování služeb spočívajících v činnostech souvisejících se správou, provozem, údržbou, opravami a obnovou souboru veřejného osvětlení na území statutárního města České Budějovice.*“
3. Předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci na 60 000 000,- Kč bez DPH. Základním hodnotícím kritériem je podle čl. 11 zadávací dokumentace nejnižší nabídková cena.
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami vyplývá, že v zadavatelem stanovené lhůtě pro podání nabídek (do 16. 9. 2014) podalo nabídku celkem 5 uchazečů.
5. Zadavatel rozhodnutím (č. j. ORVZ/3489/2014) ze dne 29. 10 2014 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. Jako nejvhodnější byla zadavatelem vybrána nabídka uchazeče – Dopravní podnik města České Budějovice, a.s., IČO 25166115, Novohradská 738/40, 370 33 České Budějovice (dále jen „vybraný uchazeč“).
6. Proti tomuto rozhodnutí zadavatele podal dne 13. 11. 2014 námitky, a poté dne 5. 12. 2014 i návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, uchazeč – ELTODO-CITELUM, s.r.o., IČO 25751018, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“).
7. Zadavatel následně dne 10. 12. 2014 rozhodl podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona o zrušení předmětného zadávacího řízení. Uvedené rozhodnutí zadavatele bylo navrhovateli doručeno dne 11. 12. 2014 ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 12. 2014 pod ev. č. 482320.
8. Námitky navrhovatele ze dne 15. 12. 2014 směřované proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení byly zadavateli doručeny dne 16. 12. 2014.
9. V rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 12. 2014 o podaných námitkách navrhovatele, které bylo navrhovateli doručeno dne 19. 12. 2014, se podaným námitkám nevyhovuje.
10. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za dostatečné a nadále se domníval, že došlo k porušení zákona, podal dne 23. 12. 2014 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. Obsah návrhu

11. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 23. 12. 2014 namítá, stejně jako v podaných námitkách, že nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a ani písm. e) zákona, neboť obě citovaná ustanovení „vyžadují, mimo jiné, absenci jakéhokoli přičinění zadavatele na vzniku okolností, které mají zrušení zadávacího řízení odůvodnit.“ Takovými okolnostmi nemohou být podle navrhovatele jak časová tíseň zadavatele způsobená podáním návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele některým z účastníků zadávacího řízení a ani rozhodnutí zadavatele o změně vlastní strategie.
12. Navrhovatel také upozorňuje na zjevnou časovou souvislost s mimořádným jednáním Rady města České Budějovice dne 10. 12. 2014 (tj. 5 dnů po obdržení stejnopisu návrhu na zahájení správního řízení, jenž Úřad vedl pod sp. zn. S1053/2014/MHr). Navrhovatel je tak „přesvědčen, že skutečným důvodem vydání [r]ozhodnutí o zrušení je úmysl [z]adavatele vyhnout se své povinnosti uzavření smlouvy na realizaci [z]akázky s [n]avrhovatelem namísto [z]adavatelem preferované obchodní společnosti Dopravní podnik města České Budějovice, a.s.“ Tato povinnost by podle navrhovatele vznikla poté, „co by byl Úřadem donucen dokončit zadávací řízení [z]akázky dle [z]ákona“, a proto považuje navrhovatel rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení za diskriminační.
13. S ohledem na výše uvedené považuje navrhovatel postup zadavatele v rozporu s ustanovením § 6 a § 84 zákona.
14. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad přezkoumal postup zadavatele v průběhu zadávacího řízení a zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení.

III. Průběh správního řízení

15. Úřad obdržel uvedený návrh dne 23. 12. 2014 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 23. 12. 2014.
16. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
17. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-27880/2014/512/MHr. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad dne 2. 1. 2015 usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-27882/2014/512/MHr, v němž určil navrhovateli lhůtu ke složení kauce v souladu s ustanovením § 115 odst. 1 zákona na účet Úřadu a k doplnění návrhu o doklad o složení kauce.
18. Úřad obdržel dne 6. 1. 2015 podání navrhovatele, jehož přílohou byl v usnesení požadovaný dokument.
19. Dne 7. 1. 2015 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-500/2015/MHr z téhož dne, ve kterém určil navrhovateli lhůtu k určení, ke kterému správnímu řízení vztahuje jím složenou kauci na účet Úřadu.

20. V reakci na vydané usnesení ze dne 7. 1. 2015 obdržel Úřad dne 12. 1. 2015 podání navrhovatele, ve kterém se uvádí, že předmětná kauce byla složena v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S1135/2014/VZ, tj. proti rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení.
21. Součástí podání navrhovatele ze dne 9. 1. 2015¹ je i žádost navrhovatele o spojení správních řízení vedených pod spisovými značkami S1053/2014/VZ a S1135/2014/VZ, neboť se navrhovatel domnívá, že se týkají týchž účastníků řízení a jejich předměty řízení spolu úzce souvisí.

IV. Vyjádření zadavatele k návrhu

22. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 9. 1. 2015, které bylo Úřadu doručeno dne 12. 1. 2015, nejprve poukazuje na nepravdivé tvrzení navrhovatele, že mu byla způsobena újma spočívající v nemožnosti realizovat zakázku jako vítěznému uchazeči, neboť se umístil jako druhý v pořadí.
23. Dále považuje zadavatel navrhovatelem namítané porušení zákona za spekulativní a účelové, jelikož důvodem pro zrušení předmětného zadávacího řízení bylo „*několik vzájemně na sebe navazujících objektivních skutečností, které zadavatel nezavinil*“ a „*jakkoli se na nich nepodílel*“. Zadavatele také odmítá tvrzení navrhovatele, že nebylo zadávací řízení zahájeno s dostatečným předstihem, neboť s ohledem na zákonné lhůty a dosavadní zkušenosti zadavatele bylo zadávací řízení zahájeno tak, aby mohla být předmětná zakázka plněna od 1. 1. 2015. Zadavatel tak počítal i s komplikacemi v rámci příprav zadávacího řízení a také s přiměřeným předstihem kvůli tomu, aby „*cenové nabídky odpovídaly skutečně cenové úrovni v daném místě a čase a zároveň, aby délka (předstih) zadávacího řízení nebyla pro potenciální dodavatele nepřiměřeně dlouhá*“.
24. Námitku navrhovatele, že si zadavatel časovou tíseň způsobil sám a že z ní čerpal určité výhody, zadavatel také odmítá a dodává, že právě časová tíseň mohla mít pro zadavatele fatální následky spočívající buď v nezajištění předmětné služby (a ohrožení zdraví a majetku dotčených osob), nebo nutnosti postupovat v rozporu se zákonem a čelit tak hrozbě vysoké pokuty.
25. K samotným objektivním důvodům zadavatel doplňuje, že se jednalo hlavně o změnu strategie zajišťování zmíněné služby a současně plánovaná změna strategie financování a rozvoje městských společností způsobená personální obměnou vedení zadavatele (v souvislosti s podzimními volbami do zastupitelstev obcí) a novou představou o strategii rozvoje a financování městských společností. Dalším důvodem byla skutečnost, že zadavatel neměl od 1. 1. 2015 dodavatele na zajištění předmětné služby.
26. Zadavatel také odmítá tvrzení navrhovatele, že primárním důvodem pro zrušení předmětného zadávacího řízení byl podaný návrh na zahájení správního řízení a zmiňovaný motiv zadavatele vyhnout se jakýmkoliv povinností. Zadavatel se tak v rámci vzniklé situace musel zabývat možností, že by od 1. 1. 2015 zadal zakázku dosavadnímu poskytovateli (navrhovateli) použitím jednacích řízení bez uveřejnění, avšak dospěl k závěru, že by tímto postupem porušil zákon a bylo by vyloučeno soutěžní prostředí. S tímto názorem souhlasí

¹ V textu dokumentu chybně uvedeno datum 9. 1. 2014.

i samotný navrhovatel, neboť v podaných námitkách proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení hovoří o nemožnosti postupovat podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.

27. K názoru navrhovatele, že bylo v možnostech zadavatele uzavřít s navrhovatelem dodatek smlouvy, zadavatel konstatuje, že neexistuje žádná smlouva, na kterou by šlo „dodatek“ navázat a navíc platí zákaz dle § 84 odst. 6 zákona, tedy že nelze zadat stejný nebo obdobný předmět veřejné zakázky v novém zadávacím řízení, aniž by bylo původní řízení zrušeno. Jediným legálním způsobem tak podle zadavatele byl postup podle ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) zákona, tj. „in-house“ zadání zakázky vybranému uchazeči. Podle názoru zadavatele je tak nepochybné, že *„že by smlouva byla uzavřena s tímto stejným dodavatelem i v budoucnu, což bylo důvodem, pro který odpadly důvody v pokračování v zadávacím řízení, proto zadavatele rozhodl tak, že zadávací řízení zrušil.“*
28. Závěrem zadavatel konstatuje, že nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že by se snažil kteréhokoliv potenciálního dodavatele zvýhodnit nebo naopak některého z dodavatelů poškodit.

Další postup ve správním řízení

29. Dne 13. 1. 2015 Úřad odeslal navrhovateli sdělení č. j. S1135/2014/VZ-1165/2015/MHr z téhož dne, ve kterém uvedl, že žádosti o spojení správních řízení navrhovatele ze dne 9. 1. 2015 nevyhověl.
30. Úřad dne 22. 1. 2015 obdržel doplnění vyjádření zadavatele k návrhu navrhovatele, v němž zadavatel upozorňuje na skutečnost, že dle § 114 odst. 3 zákona je navrhovatel ve svém návrhu povinen doložit doklad o doručení námitek a o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona, a proto zadavatel navrhuje, aby Úřad předmětné řízení zastavil.
31. K zajištění účelu správních řízení vydal Úřad dne 27. 1. 2015 usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-2530/2015/512/MHr, v němž určil navrhovateli lhůtu k doplnění návrhu o doklad o opětovném složení jistoty podle § 114 odst. 3 zákona v návaznosti na § 67 odst. 4 zákona.
32. V reakci na vydané usnesení ze dne 27. 1. 2015 Úřad obdržel dne 30. 1. 2015 podání navrhovatele, které obsahovalo kopii bankovní záruky, která byla zadavateli doručena dne 2. 2. 2015.

V. Doplnění vyjádření zadavatele k návrhu

33. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 16. 2. 2015 konstatuje, že navrhovatel v rámci podaných námitek ze dne 15. 12. 2014 uvedl, že zrušením předmětného zadávacího řízení mu byla způsobena újma spočívající v nemožnosti realizace veřejné zakázky. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení o hodnocení nabídek, umístila se nabídka navrhovatele jako druhá v pořadí, když hodnotícím kritériem byla nejnižší nabídková cena. Z uvedeného důvodu považuje zadavatel tvrzení navrhovatele o možné újmě za absurdní a nepravdivé, neboť by pak každý neúspěšný uchazeč mohl po zrušení zadávacího řízení dovodit újmu spočívající v nemožnosti realizovat veřejnou zakázku, byť by jeho nabídková cena převyšovala cenu vybraného uchazeče. Podle názoru zadavatele musí mít tvrzená újma reálné podklady a musí být odůvodněná, přičemž by se mělo jednat o *„upření možnosti realizovat veřejnou zakázku“*.

34. Nad rámec uvedeného zadavatel dodává, že pokud by Úřad shledal postup zadavatele při zrušení předmětného zadávacího řízení za nezákonný a zrušil by rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení, došlo by k tomu, že by byl zadavatel povinen podepsat smlouvu s vybraným uchazečem, což již postupem dle § 18 odst. 1 písm. e) zákona zadavatel učinil.
35. Závěrem zadavatel Úřad žádá, aby přezkoumal i navrhovatelem tvrzenou újmu.

Další postup ve správním řízení

36. Úřad dne 18. 2. 2015 vydal usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-4848/2015/512/MHr, ve kterém určil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
37. Následně vydal Úřad dne 20. 2. 2015 usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-5108/2015/MHr z téhož dne, ve kterém určil zadavateli lhůtu k označení důkazů na podporu jeho tvrzení uvedených v rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 12. 2014 o zrušení předmětného zadávacího řízení.
38. Dne 26. 2. 2015 Úřad obdržel vyjádření zadavatele ze dne 25. 2. 2015, kde je uvedeno, že označené důkazy budou Úřadu doručeny ve lhůtě stanovené usnesením ze dne 20. 2. 2015, tedy po lhůtě dle usnesení ze dne 18. 2. 2015.

Vyjádření zadavatele k označení důkazů

39. V podání doručeném Úřadu dne 2. 3. 2015 zadavatel nejprve uvádí, že povinnost zajistit službu veřejného osvětlení vyplývá zejména z ustanovení § 25 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích, podle kterého se osvětlují dálnice a silnice v zastavěném území obce. Dále také plyne předmětná povinnost ze zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, kde podle § 38 má obec povinnost svůj majetek hospodárně a účelně využívat. Veřejné osvětlení je tak podle zadavatele základním předpokladem k zajištění majetku obce i bezpečnosti a zdraví občanů obce včetně jejich majetku.
40. Dále zadavatel „v rámci změny strategie pořizování služeb, dodávek a stavebních prací, které lze realizovat vlastními silami a to v souvislosti se změnou strategie rozvoje a financování městských společností, odkazujeme na koaliční programové prohlášení (...), které uvádí, že městské společnosti budou řízeny s péčí řádného hospodáře a budou jim stanovovány cíle a úkoly za účelem zajištění potřeb města.“ Zadavatel doplňuje, že každá obec má povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře, a proto vykonává-li pro zadavatele danou službu městská společnost, dochází tak hned k dvojí úspoře (městská společnost má další příjmy pro svoji činnost, tudíž dochází ke snížení finanční závislosti na zřizovateli, a zároveň hradí zadavatel za poskytované plnění nižší cenu).
41. Závěrem zadavatel dodává, že k přijetí rozhodnutí ze dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení došlo jen několik dnů po ustanovujícím zasedání zastupitelstva zadavatele, které se konalo dne 21. 11. 2014.

Další postup ve správním řízení

42. Úřad vydal dne 5. 3. 2015 usnesení č. j. ÚOHS-S1135/2014/VZ-6078/2015/MHr ze dne 4. 3. 2015, ve kterém určil účastníkům správního řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

43. Na základě písemné žádosti ze dne 6. 3. 2015 umožnil Úřad dne 11. 3. 2015 zástupci navrhovatele nahlédnout do správního spisu

VI. Závěry Úřadu

44. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění rozhodl, že se návrh navrhovatele podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

45. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K náležitostem podaného návrhu (aktivní legitimaci)

46. S ohledem na vyjádření zadavatele ze dne 16. 2. 2015 (bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad nejprve posoudil, zda návrh navrhovatele ze dne 23. 12. 2014 obsahuje veškeré náležitosti dané zákonem. K tomu Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

47. Podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona se námitky podávají písemně. V námitkách musí stěžovatel uvést, kdo je podává, proti kterému úkonu zadavatele směřují a v čem je spatřováno porušení zákona. V námitkách podle odstavců 2, 3 a 5 musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla a čeho se stěžovatel domáhá. Jde-li o námitky podle odstavce 2, musí stěžovatel v námitkách uvést též skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. Námitky neobsahující náležitosti podle tohoto odstavce zadavatel odmítne a bezodkladně písemně uvědomí o této skutečnosti stěžovatele. Podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.

48. Podle ustanovení § 114 odst. 3 věta první zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání² obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá.

49. Navrhovatel v podaných námitkách ze dne 15. 12. 2014 mimo jiné uvedl, že „[v] důsledku výše uvedených pochybení [z]adavatele při vydání [r]ozhodnutí (o zrušení zadávacího řízení) hrozí stěžovateli újma spočívající v ušlém zisku z realizace [z]akázky, tzn. zisku, jehož by mohl stěžovatel dosáhnout v případě, že by při dodržení veškerých ustanovení [z]ákona [z]adavatel řádně ukončil zadávací řízení [z]akázky a uzavřel příslušnou smlouvu se stěžovatelem.“

50. Následně navrhovatel v podaném návrhu ze dne 23. 12. 2014 uvádí, že postupem zadavatele „došlo k závažným zásahům do práv [n]avrhovatele, neboť mu je upřena možnost, aby jeho nabídka byla v zadávacím řízení [z]akázky vybrána jako nejvhodnější a tedy aby s ním následně mohla být uzavřena smlouva a [n]avrhovatel tak mohl realizovat předmětnou veřejnou zakázku“.

51. Úřad předně uvádí, že zákonodárce sice v podaných námitkách a návrhu požaduje uvedení újmy, která stěžovateli (navrhovateli) v důsledku postupu zadavatele hrozí nebo vznikla, nicméně způsob či rozsah jejího uvedení již blíže nespecifikuje. Vždy je tak třeba vycházet

² Ustanovení § 37 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

pouze z toho, že je povinností stěžovatele (navrhovatele) v námitkách (a následně návrhu) újmu uvést, přičemž je až na Úřadu, aby dané tvrzení v rámci své přezkumné činnosti posoudil.

52. Úřad proto připouští, že v šetřeném případě navrhovatel v podaných námitkách ze dne 15. 12. 2014 proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ne zrovna vhodně formuloval hrozící újmu, nicméně z obsahu samotných námitek a především z návrhu ze dne 23. 12. 2014 Úřad dovedl obecné vymezení možných následků jednání zadavatele vůči navrhovateli (stěžovateli) a považuje předmětný návrh s ohledem na ustanovení § 110 odst. 7 a § 114 odst. 3 zákona za přípustný.
53. Pro úplnost Úřad dodává, že k obdobnému závěru dospěl i samotný zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 18. 12. 2014 o námitkách navrhovatele, když o předmětných námitkách rozhodl, resp. podané námity navrhovatele podle § 110 odst. 7 zákona neodmítl.
54. Úřad se dále zabýval důvodností návrhu.

VII. Ke zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 4. 7. 2013

55. Podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil.
56. Zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, pouze pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
57. Navrhovatel ve svém návrhu namítá, že nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a písm. e) zákona, neboť obě citovaná ustanovení vyžadují absenci příčinění zadavatele.
58. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel rozhodl dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona. Jako důvody v příslušném rozhodnutí uvedl, že *«[v]eřejné osvětlení je službou občanů města a zároveň zákonnou povinností zadavatele (města) tuto činnost zajistit. Zadavatel má tuto službu smluvně zajištěnou do 31. 12. 2014 a od 1. 1. 2015 měl službu zajišťovat dodavatel, který vzejde ze zadávacího řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel dne 5. 12. 2014 obdržel návrh... je zřejmé, že od 1. 1. 2015 nebude možné s vítězným uchazečem uzavřít smlouvu a tuto službu řádně zajistit... S ohledem na rozsah služby (mj. cca 12 000 ks světelných bodů) není možné zajišťovat tuto službu „krátkodobě“... Dalším důvodem hodným zvláštního zřetele... je předcházení možného tlaku vyplývajícího z nerovného postavení při možném vyjednávání o zajištění služby od 1. 1. 2015 s dosavadním dodavatelem, jelikož z důvodu vyloučeného soutěžního prostředí a časové tísně může být zadavatel nucen přistoupit na nevýhodné cenové podmínky, čímž by městu mohl způsobit škodu. Samotným rizikem je dále možné porušení § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ, kdy musí být v konkrétním případě splněny podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění, za což hrozí zadavateli vysoká sankce... Minimálně sporná je taktéž otázka možného porušení ustanovení § 84 odst. 6 ZVZ, kdy zadavatel není oprávněn zahájit zadávací řízení, kterému předcházelo zadávací řízení s obdobným předmětem plnění...»*

59. Zadavatel dále ve svém rozhodnutí o zrušení dodává, že s ohledem k podanému návrhu a správním lhůtám *„lze očekávat, že ke konečnému rozhodnutí (II. stupně) Úřad dospěje někdy v druhé polovině roku 2015, proto není ... možné, aby se svým rozhodnutím jak službu zajistí, setrval do rozhodnutí Úřadu. Dalším relevantním důvodem je změna strategie pořizování (outsourcing) dodávek, služeb a stavebních prací, které je možné zajistit prostřednictvím městských společností a to v souvislosti se změnou strategie jejich financování a plánovaným rozvojem.“* S ohledem na uvedené důvody *„přijal zadavatel rozhodnutí, že předmětnou službu zajistí prostřednictvím vlastní městské společnosti a to postupem dle ustanovení § 18 odst. 1 písm. e) zákona“*, přičemž má za prokázané, že v souladu s § 84 odst. 2 písm. d) zákona odpadly důvody pro pokračování v předmětném zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností a současně se dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v řízení pokračoval.
60. Úřad k problematice zrušení zadávacího řízení obecně konstatuje, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle ustanovení § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených v ustanovení § 84 odst. 2 až 5 zákona.
61. Rozhodne-li se zadavatel zrušit zadávací řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, je třeba současného kumulativního splnění tří podmínek. První podmínkou je, že nastala podstatná změna okolností, v jejímž důsledku nemůže pokračování v zadávacím řízení dospět k zamýšlenému výsledku. Druhou podmínkou je, že odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení, a třetí podmínkou je, že zadavatel danou skutečnost s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani sám nezpůsobil. Zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona také vyžaduje, aby důvody nastaly objektivně, tj. bez přímého zavinění zadavatele.
62. Pokud zadavatel ruší zadávací řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, musí dojít k naplnění dvou zákonných podmínek – tedy, musí se vyskytnout důvody hodné zvláštního zřetele, a pro tyto důvody nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Úřad tedy dále vyložil výše uvedené zákonné podmínky.
63. Jak vyplývá i z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74 (kasační stížnost proti citovanému rozsudku zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, citované rozsudky jsou dostupné online na www.nssoud.cz), důvody hodné zvláštního zřetele, pro které lze zadávací řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušit, lze definovat jako *„důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení zrušeno.“*
64. Pro úplnost Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009, v němž bylo konstatováno, že *„[d]ůvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba*

mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje.“

65. Ve věci zrušení zadávacího řízení konstatoval Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku, že „[j]akékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu...“
66. Úřad shrnuje, že důvod pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona musí být důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení zrušeno, přičemž Úřad musí tyto důvody posoudit vždy s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti projednávané veřejné zakázky a tyto důvody musí být vykládány restriktivně.
67. Úřad se tedy dále zabýval otázkou, zda byly v přezkoumávaném případě kumulativně naplněny zákonem vyžadované předpoklady pro možnost využití postupu podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, respektive splněny podmínky podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
68. Nejprve Úřad obecně uvádí, že cílem zákona o veřejných zakázkách je především hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků tak, aby byla dosažena jejich úspora a nebyly vynakládány nevhodně či zbytečně.
69. Aby bylo možné v šetřené věci rozlišit možnosti aplikace ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a písm. e) zákona, Úřad konstatuje, že je třeba se zabývat zejména rozdílností v možné předvídatelnosti a konání zadavatele v případě změny okolností, které vedly zadavatele k rozhodnutí zrušit zadávací řízení. Právě v případě odpadnutí důvodu v důsledku podstatné změny okolností (§ 84 odst. 2 písm. d) zákona), kterou zadavatel nemohl s přihlédnutím ke všem okolnostem předvídat, není rozhodné, zda ji skutečně předvídal, ale zda ji alespoň mohl a měl předvídat.
70. Naproti tomu za situace, kdy se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele (§ 84 odst. 2 písm. e) zákona), je třeba konstatovat, že se citované ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona odvolává na důvody objektivního rázu (toliko na vůli zadavatele nezávislé), na které citované ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona již svou dikcí nedopadá. Proto je pro posouzení oprávněnosti postupu zadavatele podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona rozhodné, aby předmětné důvody odpovídaly takové intenzitě, pro kterou není sporu o tom, že nelze požadovat po zadavateli, aby v započatém zadávacím řízení pokračoval, přičemž samotný prvek předvídatelnosti ze strany zadavatele není rozhodný.
71. Úřad právě zde spatřuje zásadní rozdíly při využití ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) a písm. e) zákona při zrušení zadávacího řízení zadavatelem, neboť pohlíží na předmětné ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona jako na doplnění důvodů podřaditelných pod § 84 odst. 2 písm. d) zákona, přičemž je důležitý zejména prvek předvídatelnosti a požadavek nepokračování zadávacího řízení. Úřad se proto bude nejprve zabývat pro zadavatele příznivější variantou, tj. postupem podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, která po zadavateli

nepožaduje, aby důvody, pro které hodlá zadávací řízení zrušit (nebo již zrušil), předvídal a nezpůsobil.

Argumentace zadavatele – časové hledisko

72. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
73. Při posouzení okolností, které zadavatel nemusel podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předvídat, je nejprve nutné zrekapitulovat časovou souslednost úkonů zadavatele provedených v rámci předmětného zadávacího řízení.
74. Úřad předně uvádí, že je povinností každého zadavatele zadávajícího veřejnou zakázku podle zákona, a při náležité péči, počítat v harmonogramu zadávání veřejné zakázky s možností uchazečů podat námitky a následně i návrh k přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu (obdobně např. v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R47/2013/VZ-21020/2013/310/DBa ze dne 30. 10. 2013).
75. V šetřeném případě zahájil zadavatel zadávací řízení formou otevřeného řízení odesláním oznámení do Věstníku veřejných zakázek dne 26. 6. 2014, přičemž k uveřejnění oznámení došlo dne 27. 6. 2014. Datum pro podání nabídek bylo stanoveno na 16. 9. 2014. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 29. 10. 2014. Návrh navrhovatele směřující proti výběru nejvhodnější nabídky Úřad (i zadavatel) obdržel dne 5. 12. 2014. Poté zadavatel svým rozhodnutím ze dne 10. 12. 2014 rozhodl o zrušení zadávacího řízení.
76. Po přezkoumání uvedených skutečností, především časové posloupnosti jednotlivých úkonů zadavatele, Úřad dospěl k názoru, že v jeho postupu neshledal důvody pro to, aby konstatoval, že zadavatel v šetřeném případě zahájil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku bez dostatečného časového předstihu. Odpovědnost včasného zadání veřejné zakázky leží vždy na zadavateli, a Úřad připomíná, že samotná okolnost, že postup zadavatele byl napaden u Úřadu postupem podle zákona, nemusí sama o sobě znamenat důvod pro zrušení zadávacího řízení. Úřad však posoudil skutečnost naplnění důvodu pro zrušení zadávacího řízení s ohledem na projednávaný skutkový stav a naznal, že samotné časové hledisko nemůže být posuzováno izolovaně a naopak musí být posuzováno v kontextu dalších okolností případu.
77. Úřad konstatuje, že zadavatel je podle ustanovení § 25 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích, povinen zajistit poskytování služby, která je předmětem veřejné zakázky. Pokud by zadavatel od 1. 1. 2015, od kdy měl předmět veřejné zakázky zajišťovat dodavatel vybraný na základě předmětného zadávacího řízení, službu nezajistil, způsobil by tím protiprávní stav.
78. Úřad proto dodává, že v okamžiku, kdy byl zadavatel veden legitimní potřebou zajistit poskytování služby právě od 1. 1. 2015, přičemž pokračování v zahájeném zadávacím řízení by tuto potřebu nebylo možno zajistit, nebylo s ohledem na časové souvislosti možno na zadavateli spravedlivě požadovat, aby v zadávání pokračoval.
79. Namítá-li navrhovatel ve svém návrhu ze dne 23. 12. 2014 časovou souvislost mezi obdržením stejnopisu návrhu ze dne 4. 12. 2014 na přezkoumání úkonů zadavatele (správní řízení vedené pod sp. zn. S1053/2014/VZ) a mimořádným jednáním Rady města České Budějovice (konané dne 10. 12. 2014), konstatuje Úřad, že v předmětné věci nespatriil

skutečnosti, které by bylo možné označit za rozporné se zákonem. Úřad považuje postup zadavatele za zcela legitimní, neboť je to právě zadavatel, který musí vědět, jakého cíle chce dosáhnout a jakých nástrojů k tomu využije. Úřad až následně v rámci své přezkumné činnosti (viz ustanovení §112 zákona) tyto úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek kontroluje a rozhoduje o jejich souladu se zákonem. Proto Úřad považuje tuto námitku zadavatele za lichou a dodává, že v situaci, kdy zadavatel stál dne 10. 12. 2014 před rozhodnutím, zda bude reálně schopen započít plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem či bude nucen hledat zákonnou cestu pro dočasné zadání zakázky současnému poskytovateli (navrhovateli), bylo pro zadavatele relevantní přemýšlet o zrušení předmětného zadávacího řízení.

80. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že v šetřeném případě neshledal ve vztahu k výše uvedeným závěrům v postupu zadavatele v zadávacím řízení na předmětnou zakázku porušení ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Jelikož zadavateli postačuje pouze jeden oprávněný důvod ke zrušení zadávacího řízení, a ten byl výše prokázán (časové hledisko), nevyjádřil se Úřad k dalším námitkám směřujícím proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení z obdobného důvodu.
81. Pro úplnost Úřad dodává, že si je v této souvislosti vědom názoru Nejvyššího správního soudu, jenž je uveden v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010 (bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí), avšak nepovažuje s ohledem na specifika nastalá v šetřeném případě, rozhodnutí zadavatele zrušit zadávací řízení za „libovůli“ zadavatele, jež by mohla vést k porušení některé ze zásad uvedených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, nebo dokonce vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu, neboť zadavatel následně využil zákonné možnosti podle § 18 odst. 1 písm. e) zákona a uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za situace, kdy zadavatel v řádném otevřeném zadávacím řízení dospěl dne 29. 10. 2014 k výběru nejvhodnější nabídky, jenž byl následně napaden podaným návrhem navrhovatele dne 5. 12. 2014 u Úřadu, a měl zákonnou povinnost (vyplývá z ustanovení § 25 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon o pozemních komunikacích) poskytovat rozsáhlý předmět plnění od 1. 1. 2015 (viz bod 76. bod odůvodnění tohoto rozhodnutí), představoval (s ohledem na závěr učiněný v bodě 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí) podle Úřadu souběh těchto událostí důvody, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v řízení pokračoval.
82. Vzhledem k tomu, že Úřad nahlíží na odůvodnění rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 12. 2014 o zrušení předmětného zadávacího řízení jako na celek, dospěl k závěru, že souběh výše uvedených skutečností, jež vedly zadavatele ke zrušení předmětného řízení, je možné podřadit pod ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Nelze však neopomenout, že by totožná argumentace, ať už dílčí či souhrnná, vztažená pouze ke zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona podmínky uvedené v zákoně nesplnila.
83. Dále k tvrzení navrhovatele, že se zadavatel úmyslně zrušením zadávacího řízení vyhnul povinnosti uzavřít smlouvu s navrhovatelem (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí, že jej musí odmítnout, neboť neexistují žádné důkazy, které by tomuto závěru nasvědčovaly.
84. S ohledem na výše uvedené tvrzení navrhovatele Úřad konstatuje, že ačkoliv nemá uchazeč (navrhovatel) žádné subjektivní veřejné právo na to, aby se stal vybraným uchazečem a ani aby s ním byla uzavřena smlouva, má právo na transparentní a nediskriminační postup

zadavatele v průběhu zadávacího řízení při respektování podmínek stanovených zákonem (blíže např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 As 50/2006 ze dne 29. 4. 2008, nově 5 Afs 5/2013 ze dne 17. 1. 2014).

85. Úřad proto uzavírá, že v šetřené věci dovedl, že zadavatel neuzavřením smlouvy v zadávacím řízení žádnou zákonnou povinnost neporušil, nelze tedy v jeho postupu spatřovat prvky netransparentnosti a porušení zásady nediskriminace, neboť rozhodnutí o zrušení předmětného zadávacího řízení učinil v souladu se zákonem (viz bod 80. a 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
86. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 10. 12. 2014 o zrušení zadávacího řízení nepostupoval v rozporu s ustanovením § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. statutární město České Budějovice, nám. Přemysla Otakara II. 1/1, 370 01 České Budějovice – České Budějovice 1
2. ELTODO-CITELUM, s.r.o., Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4

Vypraveno dne

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