



UOHSX008IYJ7

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R340/2015/VZ-25377/2016/322/DRu

Brno 16. června 2016

V řízení o rozkladu ze dne 20. 10. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **MASTER IT Technologies, a.s.**, IČO 27851931, se sídlem Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0466/2015/VZ-32325/2015/513/IHI ze dne 7. 10. 2015 vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Statutární město Ostrava**, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 22. 6. 2015 advokátní kancelář MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Podpora veřejné dopravy**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 16. 9. 2014 a uveřejněno dne 17. 9. 2014 pod ev. č. zakázky 493190, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 11. 2014, 26. 11. 2014 a 26. 12. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 180-317155, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 11. 2014, 28. 11. 2014 a 30. 12. 2014, a jejíž zrušení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 9. 7. 2015 a uveřejněno dne 10. 7. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 134-247031,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0466/2015/VZ-32325/2015/513/IHI ze dne 7. 10. 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 16. 9. 2014 zahájil zadavatel – Statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 22. 6. 2015 advokátní kancelář MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) otevřené zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Podpora veřejné dopravy“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 16. 9. 2014 a uveřejněno dne 17. 9. 2014 pod ev. č. 493190, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 11. 2014, 26. 11. 2014 a 26. 12. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 9. 2014 pod ev. č. 2014/S 180-317155, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 11. 2014, 28. 11. 2014 a 30. 12. 2014, a jejíž zrušení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 9. 7. 2015 a uveřejněno dne 10. 7. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 15. 7. 2015 pod ev. č. 2015/S 134-247031 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky byla dodávka radičů světelné signalizace, vybudování dopravní ústředny a dopravního centra, poskytnutí SW pro modelování dopravy a poskytování servisních služeb.
3. Podle bodu 4.1. návrhu smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky (dále jen „**návrh smlouvy**“ nebo „**smlouva**“) požadoval zadavatel provedení díla nejpozději do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy. V případě, že by smlouva nabyla účinnosti až po 28. 2. 2015, pak dle návrhu smlouvy „*bere zhotovitel na vědomí, že dílo musí být provedeno (akceptováno bez výhrad) nejpozději do 31. 8. 2015 z důvodu dodržení termínu poskytovatele dotace*“. Pro případ nabytí účinnosti smlouvy po 28. 2. 2015 byl objednatel oprávněn od smlouvy odstoupit, pokud od zhotovitele neobdrží jednoznačnou garanci toho, že je schopen řádně provést dílo v hraničním termínu do 31. 8. 2015.

4. V průběhu zadávacího řízení navrhl navrhovatel zadavateli nové znění harmonogramu plnění, který počítal s realizací veřejné zakázky ve lhůtě 5 měsíců s termínem ukončení realizace do 30. 11. 2015 (dále jen „**návrh dodatku č. 1 smlouvy**“).
5. Dne 1. 7. 2015 zrušil zadavatel podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadávací řízení veřejné zakázky z důvodu nemožnosti realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015. Zadavatel dospěl k závěru, že ve lhůtě 2 měsíců (od 1. 7. 2015 do 31. 8. 2015) není objektivně možné předmět veřejné zakázky řádě splnit při zachování všech smluvních podmínek.
6. Dne 9. 7. 2015 zadavatel obdržel proti zrušení zadávacího řízení námítky navrhovatele – MASTER IT Technologies, a.s., IČO 27851931, se sídlem Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava (dále jen „**navrhovatel**“), kterým zadavatel nevyhověl.
7. Dne 30. 7. 2015 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek návrh navrhovatele na zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky a tímto dnem bylo zahájeno toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

8. Dne 7. 10. 2015 vydal Úřad po posouzení toho, co ve správním řízení vyšlo najevo, rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0466/2015/VZ-32325/2015/513/IHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

III. Námítky rozkladu

10. Dne 22. 10. 2015 podal navrhovatel Úřadu proti napadenému rozhodnutí rozklad ze dne 20. 10. 2015, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 7. 10. 2015. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
11. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že dne 29. 4. 2015 byl na jednání zastupitelstva schválen podpis smlouvy ode dne 1. 7. 2015 s termínem ukončení realizace do 31. 8. 2015, přičemž si zadavatel byl rozpětí těchto termínů vědom a i za těchto podmínek souhlasil s podpisem smlouvy. Dne 26. 5. 2015 zaslal zástupce zadavatele navrhovateli email, ve kterém ho připravuje na podpis smlouvy po uplynutí termínu 30. 6. 2015, nicméně dne 1. 7. 2015 stejné podmínky realizace smlouvy označil zadavatel za nemožné a rozhodl se zadávací řízení veřejné zakázky zrušit.
12. Navrhovatel namítá, že se nikdy od termínu realizace do 31. 8. 2015 nedistancoval a nikdy se nevyjádřil ve smyslu, že by v tomto termínu nestihl zakázku realizovat. Navrhovatel měl dostatečný počet alokovaných lidí k tomu, aby veřejnou zakázku stihl realizovat a k termínu

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona.

1. 7. 2015 byl v takové fázi připravenosti, blokace kapacit a naskladnění, že nebylo pochyb o tom, že by veřejnou zakázku stihl realizovat ve stanoveném termínu a kvalitě odpovídající zadávacím podmínkám a nabídce navrhovatele.

13. Navrhovatel dále namítá, že pokud by sjednaný termín nedodržel, dostal by se do prodlení s plněním zakázky. Kdyby však platil sankce uplatňované zadavatelem na základě takového prodlení, pak by respektoval všechny smluvní povinnosti. Riziko prodlení jakéhokoli zhotovitele na jakékoliv zakázce totiž existuje vždy a je prakticky či hypoteticky reálné. To však dle navrhovatele neznámá, že toto riziko může být zneužito jako protizákonný důvod pro zrušení zadávacího řízení.
14. Prohlášení navrhovatele, že je předmět veřejné zakázky možné realizovat za 5 měsíců, jak navrhl v návrhu dodatku č. 1 smlouvy, nelze ztotožňovat s prohlášením, že se jednalo o nejkratší možný termín, a že za 2 měsíce jej splnit nelze. Na nejkratší možný termín navrhovatel nebyl nikdy dotázán.
15. Navrhovatel brojí rovněž proti tomu, že Úřad odmítl znalecký posudek týkající se odborného posouzení možnosti či nemožnosti splnění veřejné zakázky ve stanoveném termínu s odůvodněním, že bylo jednoznačně prokázáno, že na provedení díla byla dostačující lhůta 5 až 6 měsíců. Navrhovatel nesouhlasí s postupem Úřadu, který z této premisy dovedl závěr, že uvedené prokazuje, že veřejnou zakázku nebylo možné realizovat ve lhůtě 2 měsíců.
16. Navrhovatel se domnívá, že mu dal Úřad částečně za pravdu, jelikož konstatoval pochybení zadavatele spočívající ve zvolení špatného zákonného důvodu pro zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky. Dle navrhovatele tak měl Úřad rozhodnout minimálně o uložení sankce zadavateli za procesně právně vadný postup v rámci úkonu zrušení zadávacího řízení a zároveň rozhodnout o vrácení kauce navrhovatelů.

Závěr rozkladu

17. Navrhovatel žádá, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že napadené rozhodnutí zruší a věc vrátí Úřadu k novému projednání v souladu s výše uvedenými skutečnostmi nebo plně vyhoví požadavkům rozkladu a návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele podle § 114 zákona, který předcházela napadenému rozhodnutí a napadené rozhodnutí změnil.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

20. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

21. Podle § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu předseda Úřadu přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, přičemž správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.
22. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad zamítl návrh navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Navrhovatel svůj návrh směřoval proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Podstata věci je tak založena na zodpovězení otázky, zda zákonné podmínky pro rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona dány byly či nebyly, přičemž je třeba uvést, že předmětem posouzení Úřadu mohou být pouze ty skutečnosti, které zadavatel uvedl jako důvody zrušení v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 3. 7. 2015.
23. V obecné rovině Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že zákon vedle obligatorního zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 1 zákona umožňuje zadavateli zrušit zadávací řízení dobrovolně, resp. nepovinně, a to v případech vymezených v § 84 odst. 2 až 5 zákona. Úřad dále konstatoval, že za situace, kdy zadavatel fakultativně ruší zadávací řízení, je nutné, aby takový postup odůvodňovaly předpoklady stanovené zákonem.
24. Zrušení zadávacího řízení s poukazem na § 84 odst. 2 písm. e) zákona přichází v úvahu za kumulativního splnění těchto podmínek: ke zrušení zadávacího řízení musí dojít bez zbytečného odkladu (poté, co se zadavatel dozví o existenci důvodu, o který se zrušení zadávacího řízení opírá) a zároveň pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

K podmínce zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu

25. Formulací „bez zbytečného odkladu“ zákonodárce přímo neurčuje, v jakém konkrétním časovém okamžiku je třeba povinnost plnit či jinak konat. Neurčitým právním pojmem „bez zbytečného odkladu“ je bezpochyby míněno bezodkladné, neprodlené, bezprostřední či okamžité jednání směřující ke splnění povinnosti či k učinění právního jednání či jiného projevu vůle. Dle odborné literatury (viz Podešva, V. Zákon o veřejných zakázkách: komentář. 2. vyd. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 372) „*Lhůtu „bez zbytečného odkladu“ je pak potřeba vždy posoudit dle konkrétních okolností daného případu. V některých případech se může jednat o dny, někdy se může jednat až o týdny či měsíce.*“
26. K naplnění podmínky bezodkladnosti dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona se vyjádřil i Krajský soud v Brně např. ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 28/2008-74 ze dne 18. 2. 2008, v němž vyložil, že „*jestliže se zadavatel o důvodu pro zrušení veřejné zakázky dozvěděl dne 22. 6. 2007, pak zrušení zadávacího řízení dne 9. 8. 2007, tedy s odstupem cca jednoho a půl měsíce, by bylo možno považovat za reakci uskutečněnou bez zbytečného odkladu, tato podmínka by tedy mohla být splněna*“. Tento závěr, že zadavatel jednal bez zbytečného odkladu,

když zrušil zadávací řízení až za jeden a půl měsíce od doby, kdy se dozvěděl o důvodu pro zrušení zadávacího řízení, potvrdil rovněž Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 – 109 ze dne 27. 1. 2010.

27. Jak bylo uvedeno, je třeba naplnění podmínky zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu posuzovat s ohledem na okolnosti konkrétního případu. Je třeba zkoumat, zda zadavatel činil nějaké konkrétní kroky vedoucí ke zrušení zadávacího řízení (např. provádí právní analýzu, zda jiný postup, než zrušení zadávacího řízení, je či není možný) a zda jsou dány objektivní okolnosti, které oddalují možnost zrušení zadávacího řízení, nebo zda jde o neopodstatněnou nečinnost zadavatele s přijetím dalšího postupu v zadávacím řízení.
28. Pro zadavatele není stanovena žádná zákonná povinnost vyčkat s pokračováním zadávacího řízení do ukončení správního řízení vedeného Úřadem zahájeného na návrh (v případě že není Úřadem nařízeno předběžné opatření). Na druhou stranu však v zákoně nenalezneme ani podporu pro to, aby byl zadavatel i přes vedení správního řízení Úřadem nucen v zadávacím řízení dále postupovat a vystavovat se tak riziku uložení nápravného opatření Úřadem v případě, že smlouvu na veřejnou zakázku neuzavře, anebo uložení (zpravidla finanční) sankce za spáchání správního deliktu za situace, že smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky uzavře, protože na pravomocné skončení správního řízení nevyčkal. Svobodná vůle zadavatele nepokračovat v zadávacím řízení po dobu vedení správního řízení před Úřadem nemůže jít k jeho tíži. V tomto případě však zadavatel ani dříve než 1. 7. 2015 smlouvu uzavřít nemohl, jelikož mu to neumožňoval zákon a to z následujícího důvodu.
29. Dne 16. 9. 2014 zahájil zadavatel zadávací řízení veřejné zakázky. V průběhu prosince 2014 až července 2015 vedl Úřad celkem tři správní řízení ve věci veřejné zakázky a to na základě návrhů jednoho z uchazečů o veřejnou zakázku – společnosti ELTODO, a.s., IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/4, 142 01 Praha 4, ve správních řízeních zastoupené na základě plné moci ze dne 26. 8. 2015 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „**společnost Eltodo**“), která byla zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučena. Blokační lhůta 45 dnů ode dne doručení námitek společnosti Eltodo, v níž zadavatel nesmí podle § 111 odst. 5 zákona uzavřít smlouvu, skončila uplynutím dne 29. 6. 2015. Den 30. 6. 2015 tak byl prvním možným dnem, kdy byl zadavatel oprávněn uzavřít smlouvu s navrhovatelem.
30. Dne 1. 7. 2015 zastupitelstvo zadavatele rozhodlo o zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona z důvodu nemožnosti realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015.
31. Z uvedeného časového přehledu jednoznačně vyplývá, že zadavatel zrušil zadávací řízení den následující po dni, v němž uplynula zákonná blokační lhůta podle § 111 odst. 5 zákona. Zadavatel tudíž bez zbytečného odkladu posoudil, zda je ještě účelné smlouvu s navrhovatelem uzavřít, či zda jsou dány zákonné důvody pro zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky (k těmto důvodům dále níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí). S ohledem na uvedené nemůže být pochyb, že zadavatel jednal bez zbytečného odkladu ve smyslu ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

K podmínce důvodů hodných zvláštního zřetele

32. Druhou podmínkou pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona je existence důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a které se vyskytly v průběhu zadávacího řízení.
33. „Důvody zvláštního zřetele hodné“ jsou rovněž neurčitým právním pojmem. Zákon sám takové důvody žádným způsobem explicitně nedefinuje, a proto je třeba tomuto pojmu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá smyslu a účelu zákona a současně konkrétním okolnostem stavu věci.
34. Takový způsob výkladu aproboval i rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74, který uvádí: *„Protože ZVZ [pozn. předsedy Úřadu: ZVZ zde užíváno pro zákon] ani jiný na něj případně navazující a s § 84 odst. 2 písm. e) související právní předpis nestanoví, co se rozumí důvody hodnými zvláštního zřetele podle uvedeného ustanovení, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, je třeba tuto podmínku vyložit ve světle účelu každého zadávacího řízení a ve světle konstrukce celého § 84 zákona. Účelem každého zadávacího řízení by měl být výběr nejvhodnějšího řešení, uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a její uskutečnění, a sice na základě výběru pro zadavatele nejvýhodnější nabídky (ať už na základě nejnižší ceny či celkově ekonomicky nejvýhodnější nabídky) při dodržení pravidel otevřené soutěže. Zákon totiž popisuje zvláštní způsob kontraktačního jednání, ke kterému dochází mezi zadavatelem na straně jedné a dodavateli jednotlivých plnění, která mají být hrazena z veřejných prostředků, na straně druhé. Hlavním účelem takové významně formalizované, jinak však stále soukromoprávní kontraktace, nad níž je uskutečňován dohled v režimu práva veřejného, je efektivnost vynakládání veřejných prostředků a jejich přímá či zprostředkovaná úspora a zajištění účinné konkurence. Ta může být výjimečně omezena na základě jednotlivých ustanovení zákona toliko tehdy, pokud její omezení samo o sobě vede k vyšší efektivnosti vynakládání veřejných prostředků.“*
35. Podle závěrů obsažených v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 18/2013 – 98 ze dne 8. 12. 2014 *„Mezi takové důvody pak lze řadit například přírodní katastrofu, nepřidělení přislíbené dotace, obdržení nabídek výrazně převyšujících předpokládanou cenu apod. a musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě (§ 111 odst. 6 ZVZ). Tyto důvody ke zrušení pak „musí být důvody objektivními, 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 ve srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení rušeno.“*
36. Stejně jako v případě § 84 odst. 2 písm. d) zákona tak rozhodovací praxe soudů dovodila, že i u každého uváděného „důvodu zvláštního zřetele hodného“ pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona je třeba zkoumat, zda má objektivní povahu, zda stojí vně zadavatele a zda se dotýká samotného smyslu dokončení zadávacího řízení.
37. Zadavatel označil jako důvod zrušení zadávacího řízení nemožnost realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015. Zadavatel měl za to, že jelikož došlo v průběhu zadávacího řízení veřejné zakázky k průtahům, které byly způsobeny opakovanými podáními společnosti Eltodo k Úřadu, nebylo s ohledem na rozsah veřejné zakázky objektivně možné,

při respektování všech smluvních povinností ve zbývajícím termínu 2 měsíců, předmět plnění veřejné zakázky řádně provést, dokončit a předat zadavateli.

38. Stěžejní námitkou rozkladu je namítaná nesprávnost napadeného rozhodnutí spočívající v konstatování Úřadu, že zadavatel prokázal nemožnost realizace veřejné zakázky během 2 měsíců, přičemž k tomuto závěru Úřad dle navrhovatele dospěl pouhým převzetím nepravdivých tvrzení zadavatele a rozhodl, že není nutné odborně posoudit možnost či nemožnost plnění ve stanoveném termínu. Dle navrhovatele neměl zadavatel důkaz ke svému tvrzení, že předmět plnění veřejné zakázky není možné splnit za dva měsíce.
39. Úřad svůj závěr o zákonnosti potupu zadavatele v zadávacím řízení veřejné zakázky postavil na skutečnosti, že původně plánovaná doba plnění byla v návrhu smlouvy stanovena v délce 6 měsíců a zároveň navrhovatelem předkládaný návrh dodatku č. 1 smlouvy navrhoval úpravu harmonogramu plnění s dobou realizace veřejné zakázky v délce 5 měsíců.
40. Na základě uvedených termínů považují zadavatelovy obavy, že v době 2 měsíců nebylo objektivně možné předmět veřejné zakázky řádně a včas realizovat, za opodstatněné. Tyto obavy, že doba kratší 6 měsíců nebude pro realizaci plnění dostatečná, přitom nepovažují za účelově vytvořené při hledání důvodu pro zrušení zadávacího řízení poté, co byla v zadávacím řízení vybrána nejvhodnější nabídka, když byly vyjádřeny již v návrhu smlouvy, zpracované zadavatelem ještě před zahájením zadávacího řízení. Zadavatel si totiž v bodu 4.1 návrhu smlouvy vymínil, že pro případ nabytí účinnosti smlouvy po 28. 2. 2015 bude oprávněn od smlouvy písemně odstoupit, pokud od budoucího zhotovitele neobdrží jednoznačnou garanci toho, že je schopen předmět plnění řádně provést v maximálním termínu do 31. 8. 2015. Součástí garance podle tohoto bodu návrhu smlouvy pak měl být příslušně zkrácený harmonogram plnění.
41. Namísto garance provedení předmětu plnění veřejné zakázky do 31. 8. 2016 obdržel zadavatel od navrhovatele návrh dodatku č. 1 smlouvy s novým harmonogramem plnění s rozložením termínu realizace plnění do 5 měsíců a termínem předání komplexně dokončeného díla do 30. 11. 2015. Postup zadavatele, kdy přijetí dodatku č. 1 smlouvy odmítl, byl přitom postupem správným, jelikož v opačném případě by byl podstatnou změnou zadávacích podmínek a tedy porušením zákona, přičemž tento postup by patrně mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Skutečnost, že poskytovatel dotace schválil posun termínu dokončení realizace projektu do 31. 12. 2015, není rozhodná, jelikož přijetím návrhu dodatku č. 1 smlouvy s termínem do 30. 11. 2015 by sice zadavatel možná neporušil příslušná pravidla pro příjemce dotace stanovená poskytovatelem dotace, avšak jeho přijetí by bylo porušením zákona. Argumentace navrhovatele, že zadavatel se zněním návrhu dodatku č. 1 smlouvy předběžně vyslovil souhlas, že jej sám zadavatel předkládal na zastupitelstvu a že znění návrhu dodatku č. 1 smlouvy bylo výhodné pro samotného zadavatele, je pak z pohledu zákonnosti postupu zadavatele irelevantní a nemá na posouzení věci žádný vliv.
42. Zadavatel měl tedy několik reálných indicií, které ho vedly k učinění závěru, že v průběhu dvou měsíců nebude možné předmět veřejné zakázky řádně a včas provést – předpokládaná doba plnění byla v návrhu smlouvy stanovena na 6 měsíců, zároveň již při tvorbě návrhu smlouvy vyjádřil zadavatel nejistotu realizace v kratším termínu stanovením požadavku na jednoznačnou garanci dodržení hraničního termínu, navrhovatelem předložený návrh

harmonogramu počítal s realizací plnění během 5 měsíců, přičemž smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky nebylo z důvodu běžící blokační lhůty podle § 111 odst. 5 zákona možno uzavřít dříve.

43. S ohledem na výše uvedené považuji obavy zadavatele, že předmět plnění veřejné zakázky nebude ve stanoveném termínu řádně splněn, za důvodné. Navrhovatel se sice nikdy nevyjádřil, že by nebyl schopen veřejnou zakázku realizovat ve lhůtě 2 měsíců, avšak z jeho jednání zadavatel oprávněně vyvodil, že reálná doba pro plnění veřejné zakázky je nejméně 5 měsíců. Navrhovatel pouze obecně proklamuje, že měl dostatečný počet alokovaných lidí a byl v takové fázi připravenosti, blokace kapacit a naskladnění, že doba 2 měsíců je pro realizaci veřejné zakázky dostačující. K této námitce uvádím následující.
44. Navrhovatel výše uvedená tvrzení ničím nedoložil ani při podávání námitek zadavateli ani během správního řízení vedeného Úřadem. Součástí správního spisu tak není žádný podklad, resp. jiný důkaz, kterým by navrhovatel svá tvrzení podpořil a na základě něhož by byl prokazován závěr, že doba 2 měsíců je pro realizaci předmětu plnění veřejné zakázky dostačující (např. návrh harmonogramu prací s upravenou dobou plnění v délce 2 měsíců, doklady o naskladnění atd.). Obsahem správního spisu naopak je harmonogram realizace veřejné zakázky, který byl součástí navrhovatelem podané nabídky, s dobou plnění v délce 6 měsíců a další harmonogram s dobou plnění v délce 5 měsíců, který byl součástí návrhu dodatku č. 1 smlouvy. Součástí správního spisu tak nebyly žádné důkazy, na základě nich by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci, než učinil Úřad v napadeném rozhodnutí.
45. Navrhovatel nesouhlasí ani s tvrzením zadavatele, který v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že „*existuje zásadní (prakticky jisté) riziko prodlení s plněním zhotovitele*“. Navrhovatel k tomu namítá, že kdyby na základě takového prodlení poctivě platil sankce, respektoval by veškeré smluvní povinnosti. Riziko prodlení jakéhokoliv zhotovitele na jakékoliv veřejné zakázce totiž dle navrhovatele existuje vždy a je prakticky či hypoteticky vždy reálné a dle navrhovatele není nikdo oprávněn ke zneužití tohoto rizika jako nezákonného důvodu pro zrušení zadávacího řízení.
46. Ve vztahu k této námitce rozkladu mám za to, že nelze po zadavateli požadovat, aby v případě, že je mu již před uzavřením smlouvy zřejmé, že předmět plnění nebude dokončen ve stanoveném termínu, takovou smlouvu uzavřel. Uzavření smlouvy v zadávacím řízení za situace, kdy uchazeč nijak neprokázal (např. předložením přepracovaného harmonogramu, smlouvami umožňujícími alokaci pracovníků, doklady o vlastnictví zásob apod.), že její ustanovení nejspíše budou dodržena i při objektivním zkrácení doby plnění, je nutno považovat za zjevně nevhodné a jdoucí proti smyslu a účelu zákona, přičemž nedostatek této nevhodnosti a neúčelnosti nelze zhojit konstatováním, že budou řádně placeny smluvené sankce za prodlení. Sankční ujednání ve smlouvách obecně nastupují za výjimečných okolností, které během platnosti smlouvy mohou nastat. Přitom nemůže být již před uzavřením smlouvy naopak *a priori* předpokládáno, že smlouva nebude dodržena a smluvené sankce budou uplatněny.
47. Navrhovatel rozkladem dále brojí proti postupu zadavatele, který na jednání zastupitelstva dne 29. 4. 2015 konstatoval, že od 1. 7. 2015 bude s navrhovatelem uzavřena smlouva

s termínem plnění do 31. 8. 2015, nicméně na dalším jednání zastupitelstva dne 1. 7. 2015 označil stanovený termín plnění za nereálný a rozhodl o zrušení zadávacího řízení.

48. K tomu uvádím, že tato námitka navrhovatele by mohla případně obstát, pokud by ji navrhovatel uplatnil v soukromoprávním sporu ve smyslu § 1729 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů. Z pohledu zákonnosti však není otázka pravděpodobnosti uzavření smlouvy a důvodného očekávání uzavření smlouvy pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona relevantní. Nadto doplňuji, že důvodem změny názoru zadavatele mohlo být právě předložení návrhu dodatku č. 1 smlouvy s navrženou dobou plnění 5 měsíců. Tento návrh dodatku č. 1 smlouvy, který mohl zadavatele o reálnosti termínu plnění znejistit, pak byl projednáván právě až na jednání zastupitelstva dne 1. 7. 2015.
49. Navrhovatel v rozkladu dále namítá, že zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení obecně a vágně hledá technické důvody, proč se předmět veřejné zakázky nedá realizovat v termínu stanoveném v návrhu smlouvy, s odkazem na „svou analýzu“, která však není přílohou jeho rozhodnutí. Na tomto místě tak považuji za vhodné zmínit otázku požadavku na obsah odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
50. Zákon blíže nespécifikuje, jak podrobné má zdůvodnění rozhodnutí zadavatele ve věci zrušení zadávacího řízení být, a tedy ani nestanovuje obligatorní náležitosti této části rozhodnutí. Z povahy věci a ze smyslu přísně stanovené konstrukce § 84 odst. 2 zákona je však nutné dovodit, že je třeba minimálně uvést důvody, pro něž již nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval a dále okolnosti, které doznaly podstatné změny oproti stavu při zahájení zadávacího řízení. Takto předestřené body představující uspokojivé zdůvodnění zrušení zadávacího řízení lze z rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení dovodit. Zadavatel ve svém rozhodnutí, byť stručně, uvedl vše, co měl tak, aby z jeho odůvodnění bylo dostatečně patrné, že byly naplněny předpoklady § 84 odst. 2 písm. e) zákona, které ho opravňovaly k fakultativnímu zrušení zadávacího řízení.
51. Jelikož zadavatel v průběhu zadávacího řízení seznal, že předmět plnění veřejné zakázky není možno splnit v termínu stanoveném v zadávacích podmínkách a návrhu smlouvy, dospěl jsem k závěru, že z toho důvodu nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Prodlení s uzavřením smlouvy přitom nezpůsobil sám zadavatel, nýbrž nastalo z objektivního důvodu vedení správního řízení o návrhu uchazeče Eltodo před Úřadem a zadavatel neměl možnost přijmout jiné opatření k nápravě. Důvody, pro které zadavatel zrušil zadávací řízení veřejné zakázky, naplňují podmínky § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zadavatel tak při zrušení zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem.
52. K námitce navrhovatele, že Úřad nepřipustil jím navrhovaný důkaz znaleckým posudkem, odkazuji na výše uvedené a uvádím, že nebylo nutné provádět další důkazy, neboť skutková zjištění Úřadu učiněná na základě provedených důkazů obsažených ve spise jsou dostatečná pro zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti.
53. Úřad správně a přezkoumatelným způsobem vylíčil, jaká byla jeho skutková zjištění a jakými úvahami se při posouzení věci řídil, tj. z čeho vycházelo jeho správní uvážení a k jakému výsledku ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vymezených obsahem návrhu dospěl. Úřad tuto část svého rozhodnutí dostatečně a přesvědčivě odůvodnil.

54. Ačkoli Úřad podřadil svá skutková zjištění pod § 84 odst. 2 písm. d) zákona, přezkoumával jsem naplnění podmínek pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jelikož právě podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadavatel zadávací řízení veřejné zakázky zrušil a proti zrušení zadávacího řízení podle tohoto písmene směřoval návrh navrhovatel. Hospodárným způsobem tak došlo k odstranění dílčí procesní vady řízení vedeného Úřadem spočívajícím v chybném podřazení správných skutkových zjištění pod zákonné ustanovení v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

55. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro změnu či zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
56. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí 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. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. MASTER IT Technologies, a.s., Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava
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