



UOHSX00ANKHG

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0137/2017/VZ-34285/2017 /321/OMa

Brno 23. listopadu 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 28. 8. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **město Hodonín**, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0265/2017/VZ-23381/2017/533/PŠo ze dne 11. 8. 2017 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Provoz a údržba veřejného osvětlení ve městě Hodoníně**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 8. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 8. 2014 pod ev. č. 342987, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 10. 2014, dne 15. 10. 2014 a dne 22. 10. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 8. 2014 pod ev. č. 2014/ S 158-284549, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 201-354858 a dne 25. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 206-364939,

jsem podle § 152 odst. 6 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-S0265/2017/VZ-23381/2017/533/PŠo ze dne 11. 8. 2017

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – město Hodonín, IČO 00284891, se sídlem Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín, (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ zadávací řízení na veřejnou zakázku s názvem „Provoz a údržba veřejného osvětlení ve městě Hodoníně“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 8. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 15. 8. 2014 pod ev. č. 342987, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 10. 2014, dne 15. 10. 2014 a dne 22. 10. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 8. 2014 pod ev. č. 2014/ S 158-284549, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 201-354858 a dne 25. 10. 2014 pod ev. č. 2014/S 206-364939, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky zadavatel vymezil v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, (dále jen „**zadávací dokumentace**“), tak, že jím je „*správa, údržba veřejného osvětlení, slavnostního osvětlení, přisvětlení přechodů pro chodce, vánočního osvětlení, světelného signalizačního zařízení a městských hodin ve městě Hodonín.*“
3. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil zadavatel v bodě 4. 3. zadávací dokumentace ve výši 18 000 000 Kč bez DPH.
4. Základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil zadavatel v bodě 11. 1. zadávací dokumentace jako nejnižší nabídkovou cenu bez DPH.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. Po prošetření obdrženého podnětu získal

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel svým postupem neporušil zákon, když dne 10. 4. 2017 rozhodl o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku s odkazem na ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“).

II. Napadené rozhodnutí

6. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal dne 11. 8. 2017 Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0265/2017/VZ-23381/2017/533/PŠo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nesplňuje zákonné podmínky stanovené § 84 odst. 2 písm. d) zákona (kumulativní spojení podmínek v něm uvedených) a nebylo transparentně a přezkoumatelně odůvodněno. Ve výroku II. Úřad stanovil opatření k nápravě, kterým zrušil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Ve výroku III. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
7. V odůvodnění Úřad uvedl, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení postrádá uvedení transparentních a přezkoumatelných důvodů zrušení zadávacího řízení, dále že skutečnosti uvedené v něm nejsou skutečnosti, které by představovaly podstatnou změnu okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení, a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil, a v jejichž důsledku odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení. Zároveň Úřad uvedl, že takový postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

III. Námitky rozkladu

8. Dne 28. 8. 2017 obdržel Úřad od zadavatele rozklad z téhož dne, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v celém rozsahu. Napadené rozhodnutí zadavatel převzal dne 14. 8. 2017. Rozklad byl tedy doručen v zákonné lhůtě.
9. Zadavatel v rozkladu konstatuje, že má pouze dvě alternativy, a to pokračovat v zadávacím řízení, což je pro něj alternativa nepřijatelná, nebo opětovně zadávací řízení zrušit, což je však stav, ve kterém řízení bylo před napadeným rozhodnutím. V souvislosti s tím zadavatel zmiňuje, že postup Úřadu je příliš formalistický a fakticky se zakládá pouze na požadavku změnit odůvodnění zrušení zadávacího řízení, přičemž reálný výsledek zůstane obdobný. Zrušením rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení navíc Úřad vrátil zadávací řízení do fáze posouzení a hodnocení nabídek, kdy zadávací lhůta již uplynula a žádný z dodavatelů již není svou nabídkou vázán a zároveň jsou vráceny jistoty poskytnuté dodavateli.
10. Dále zadavatel tvrdí, že chce předmět veřejné zakázky v Hodoníně řešit nadále již pouze prostřednictvím 100% vlastněné s. r. o., což považuje jako ekonomicky a sociálně nejvýhodnější řešení. Pokud Úřad po zadavateli chce, aby tuto výhodnost doložil například ekonomickou analýzou, je dle zadavatele tento požadavek nepřiměřený, a to vzhledem k ceně takovéto analýzy. Pro zadavatele je dostačujícím argumentem o ekonomické výhodnosti jeho postupu přenos odpovědnosti za správu a údržbu veřejného osvětlení na jiný subjekt, a to zejména s ohledem na nutné budoucí investice do veřejného osvětlení, které již značně zastarává. Tuto změnu koncepce označuje jako objektivní skutečnost, která nastala v důsledku obměny politické garnitury po volbách v roce 2014. Její objektivitu zdůvodňuje tím, že zadavatel nemá možnost ovlivnit skutečnost, zda se budou volby konat a ani to, jak dopadnou.

11. Důvodem, který zadavatele vede ke změně strategie od veřejného zadávání k obstarávání předmětu veřejné zakázky vlastními zdroji, je mimo jiné i extrémně dlouhá doba zadávacího řízení. Podle zadavatele zadávací řízení již v době podání rozkladu trvá téměř 3 roky a nelze v dohledné době očekávat jeho ukončení, protože je procesně prodlužováno. Zadavatel navíc předpokládá, že jakékoliv jeho další úkony v zadávacím řízení by byly opět napadeny jeho účastníky a opět by došlo k podání návrhů k Úřadu. Zároveň dle zadavatele platí, že tuto skutečnost nepředpokládal a ani ji předpokládat nemohl. Dále zadavatel v rozkladu uvádí, že naopak předpokládal v roce 2017 standardní přesoutěžení veřejné zakázky, což je dle zadavatele obvyklé činit cca po 4 letech. V souvislosti s délkou zadávacího řízení zadavatel také zmiňuje změnu podmínek na trhu, protože nabídky z roku 2014 již neodpovídají situaci z roku 2017, a tedy není ekonomicky výhodné na ně přistupovat. Také pak dle zadavatele platí, že předmět zakázky není totožný s tím, o kterém bylo vedeno zadávací řízení, jelikož se například změnil počet zařízení veřejného osvětlení.
12. Jako poslední důvod, který uvádí zadavatel v rozkladu proti napadenému rozhodnutí, je změna právní úpravy. Dle zadavatele by mělo být přihlíženo k právní úpravě pozdější, pokud je pro něj příznivější. A jelikož se v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“), nachází ustanovení, pod které by šlo dle zadavatele podřadit odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, což by způsobilo soulad rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení se ZZVZ, měl Úřad použít právě úpravu ZZVZ, jelikož ta je pro zadavatele příznivější, a při jejím použití je rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení v souladu s právem.

Závěr rozkladu

13. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a rozhodl o tom, že zadávací řízení v předmětné veřejné zakázce bylo po právu zrušeno.

IV. Řízení o rozkladu

14. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

15. 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 vydání rozhodnutí předcházelo, správními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
16. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Obecně k otázce zrušení zadávacího řízení zadavatelem a jeho odůvodnění

17. Zrušení zadávacího řízení zadavatelem, jak je stanoveno v § 84 zákona, je jedním z možných způsobů ukončení zadávacích řízení. Dané ustanovení je z pohledu druhů zrušení zadávacího řízení možné rozdělit na dvě části, část obligatorní a část fakultativní. Zadavatel v předmětné veřejné zakázce zrušil zadávací řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona – toto ustanovení je zařazeno do části fakultativního zrušení zadávacího řízení, rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení tedy bylo volbou zadavatele. Tato volba s sebou nese však i povinnost, a to řádně odůvodnit zrušení zadávacího řízení, což je ještě markantnější v případě fakultativního zrušení zadávacího řízení.
18. Pro použití ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona je nutné splnit několik podmínek v něm stanovených. První podmínkou je odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností. Další podmínkou je, že tyto okolnosti nastaly v době od zahájení zadávacího řízení. Poslední podmínkou je, že zadavatel dané změny okolností nemohl s přihlédnutím ke všem okolnostem předvídat a ani je nezpůsobil. V odborné literatuře lze najít příklady okolností, které lze považovat za dostatečně podstatné pro použití tohoto ustanovení. Například, že *„zadavateli není přidělena dotace, o kterou požádal, dále např. když v důsledku přezkumného řízení (např. v téže zakázce námitky a návrh proti rozhodnutí o vyloučení, námitky a návrh proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky) dojde k takovému časovému posunu od oznámení zadávacího řízení, že podmínky zadání (a tedy ani nabídky) již neodpovídají současným potřebám zadavatele, zadavatel musí finanční prostředky plánované na zakázku použít v důsledku přírodní katastrofy jiným způsobem apod.“* (JURČÍK R. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck 2012, str. 554). V závislosti na splnění těchto podmínek poté zadavatel může zrušit zadávací řízení, a to bez zbytečného odkladu.
19. Zadavatel však musí krom zákonem stanovených podmínek konkrétního ustanovení splnit i náležitosti obecnější. Konkrétně musí zadavatel postupovat v souladu se zásadami zákona. Pro daný případ je právně relevantní především zásada transparentnosti, která je přímo uvedena v § 6 odst. 1 zákona. Aplikace zásady transparentnosti na daný případ způsobuje, že zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona musí být dobře, jasně a srozumitelně odůvodněno a zároveň že toto odůvodnění musí být uvedeno již v samotném rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Je tedy nezbytné, aby zadavatel již v tomto úkonu uvedl všechny relevantní důvody a skutečnosti, které ho ke zrušení zadávacího řízení vedly, aby bylo možné následně přezkoumat jeho zákonost. Obdobné závěry již Úřad formuloval například ve svých rozhodnutích č. j. ÚOHS-R413/2013/VZ-22401/2014/310/MLr ze dne 23. 10. 2014 nebo č. j. ÚOHS-R125/2015/VZ-20696/2015/321/MMI ze dne 3. 8. 2015. K uplatnění zásady transparentnosti se vyjádřil i Krajský soud v Brně č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010 když deklaroval, že zásada transparentnosti není splněna *„pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*.
20. Pro rozhodnutí, zda bylo zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušeno v souladu se zákonem dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, tedy ustanovením uvedeným v rozhodnutí o zrušení

zadávacího řízení, je nutné prokázat, zda došlo k podmínkám stanoveným daným ustanovením, dále zda byly dodrženy zásady zákona a také, zda všechny tyto podmínky byly splněny již v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a v něm i náležitě odůvodněny. V souvislosti s danými skutečnostmi je tedy nutné konstatovat, že v rámci hodnocení, zda bylo zadávací řízení zrušeno v souladu se zákonem, vycházím ze stavu a odůvodnění uvedeném v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

K námitce nepřiměřené délky zadávacího řízení

21. Výše bylo uvedeno, že zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona je možné provést pouze za splnění podmínek v ustanovení uvedených. Zároveň platí, že nepřiměřená délka zadávacího řízení by mohla být za určitých podmínek podřazena pod dostatečně podstatnou změnu okolností, aby mohlo být ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona použito, což vyplývá z komentářové literatury citované v bodě 18 odůvodnění tohoto rozhodnutí. I přesto pak následně musí být splněny ostatní podmínky tohoto ustanovení, tedy že tyto okolnosti nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a zároveň je zadavatel nemohl s přihlédnutím ke všem okolnostem předvídat a ani je nezpůsobil. Zadávací řízení musí být navíc zrušeno bez zbytečného odkladu po splnění podmínek pro možné zrušení zadávacího řízení. To vše musí být samozřejmě v souladu se zásadami zákona, kdy je vhodné opět zmínit zásadu transparentnosti a s tím související dostatečné odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
22. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl procesní situaci, která zadávací řízení na veřejnou zakázku provázela. Konkrétně zadavatel zmiňuje, že dne 14. 8. 2014 zahájil zadávací řízení. Jako předpokládaný termín realizaci zakázky stanovil den 1. 1. 2015. Obálky s nabídkami zadavatel obdržel dne 21. 11. 2014. Následoval výběr dodavatele, avšak při následném správním řízení Úřad vrátil zadávací řízení do fáze posuzování nabídek. Následovalo další posouzení a hodnocení, kdy zadavatel opět rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky. V důsledku toho zadavatel obdržel námitky od dvou dodavatelů – jedny proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a další proti vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. Námitkám proti výběru nejvhodnější nabídky zadavatel vyhověl a vrátil zadávací řízení k novému posouzení a hodnocení nabídek. Námitkám proti vyloučení dodavatele nevyhověl a ten podal návrh na přezkum úkonů zadavatele k Úřadu. Úřad zahájil správní řízení a vydal předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Tato situace vrcholila v první polovině roku 2017, kdy k samotnému zrušení zadávacího řízení došlo dne 10. 4. 2017. Z těchto skutečností lze vyvodit, že od zahájení zadávacího řízení do jeho zrušení uběhlo zhruba dva a půl roku, s tím, že ukončení zadávacího řízení na veřejnou zakázku zákonem preferovaným způsobem, tedy realizací veřejné zakázky, nebylo možné očekávat v dohledné době.
23. Uvědomuji si, že z rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení vyplývá, že původní strategií zadavatele bylo zadat veřejnou zakázku externímu dodavateli, ovšem tuto strategii zadavatel přehodnotil a danou změnu považuje za podstatnou změnu okolností splňující podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona. To, co ho dovedlo ke změně strategie, je dle znění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení to, že „[n]a jednání Rady města Hodonína byl schválen záměr provádět správu veřejného osvětlení prostřednictvím orgánů Města ... [t]uto podstatnou změnu okolností, nemohl zadavatel předvídat. Způsobena je především extrémně dlouhým obdobím od zahájení zadávacího řízení ...“. Z těchto důvodů považuji za nutné vypořádat obě

tyto skutečnosti z pohledu toho, zda se jedná o podstatné změny splňující zákonné podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona, i přestože z jazykového výkladu rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení vyplývá, že jako podstatnou změnu okolností chápe zadavatel pouze změnu strategie přístupu k veřejnému osvětlení.

24. Aby mohlo být o případu kvalifikovaně rozhodnuto, je tedy nutné se detailněji zabírat jednotlivými procesními úkony, které vedly k prodloužení zadávacího řízení. Dle vyjádření zadavatele č. j. MUHOCJ 54157/2017 ze dne 7. 8. 2017 k usnesení č. j. ÚOHS-S0265/2017/VZ-21418/2017/533/PŠo ze dne 31. 7. 2017 byly rozhodné tyto skutečnosti. Dne 18. 10. 2014 byly zadavateli doručeny námitky dodavatele ELTODO-CITELUM s. r. o., napadající zadávací podmínky. Dne 15. 11. 2014 zadavatel námitkám vyhověl a doplnil či upravil zadávací podmínky formou dodatečných informací k zadávacím podmínkám. Z postupu zadavatele je tedy zřejmé, že námitky dodavatele byly důvodné, či zadavatel je alespoň za důvodné považoval. Následně byly podány nabídky, kdy při jejich posouzení komise vyhodnotila cenu nabídky ČEZ Energetické služby, s. r. o., jako mimořádně nízkou. Dne 13. 2. 2015 tedy zadavatel požadoval zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, které obdržel 19. 2. 2015, a které komise posoudila jako objektivní. V daném případě se jedná o zcela legitimní postup, kde nelze spatřovat pochybení ani na straně zadavatele, ani na straně dodavatelů. Dne 11. 3. 2015 vybrala rada města Hodonín jako nejvýhodnější nabídku dodavatele ČEZ Energetické služby, s. r. o., což i zadavatel dne 18. 3. 2015 oznámil. Vzápětí dne 3. 4. 2015 byly doručeny námitky dodavatele ELTODO-CITELUM s. r. o., které napadaly posouzení nabídkové ceny vítězného dodavatele a napadaly referenční zakázku dodavatele druhého v pořadí. Dne 13. 4. 2015 zadavatel námitkám v žádné části nevyhověl. Následně dodavatel ELTODO-CITELUM s. r. o., podal návrh k Úřadu v rámci podaných námitek. Úřad nejprve vydal předběžné opatření, kterým zakázal uzavřít zadavateli smlouvu v předmětné veřejné zakázce a následně dne 13. 7. 2015 rozhodl tak, že zrušil některé úkony zadavatele a nařídil nové posouzení a hodnocení nabídek, jelikož považoval odůvodnění zadavatele ohledně akceptace mimořádně nízké nabídkové ceny jako nedostatečné. Druhou částí námitek se pro nadbytečnost nezabýval. Vybraný dodavatel proti tomuto podal rozklad, který byl však předsedou Úřadu zamítnut. Námitky dodavatele, tedy jejich důvodnost, potvrdil Úřad svým rozhodnutím. Daná situace opět vede k závěru, že postup byl problematický na straně zadavatele, nikoliv na straně dodavatelů, kteří se jen oprávněně bránili, a bylo rozhodnuto v jejich prospěch. Následně byla ustavena nová hodnotící komise, a to dne 21. 7. 2016. Ta dne 1. 8. 2016 rozhodla, že bude potřeba odborného posudku k nabídkové ceně dodavatele ČEZ Energetické služby, s. r. o. Na základě tohoto posudku byla nabídka ČEZ Energetické služby, s. r. o., vyřazena, a to dne 22. 11. 2016. Dne 7. 2. 2017 rozhodl zadavatel o vyloučení tohoto dodavatele a o výběru nejvhodnější nabídky dodavatele VEOS Pospíšil s. r. o., což i dne 10. 2. 2017 zadavatel oznámil. Dne 28. 2. 2017 podal dodavatel ČEZ Energetické služby, s. r. o., námitky proti svému vyloučení. Podaným námitkám však zadavatel nevyhověl. Námitky podal rovněž dodavatel ELTODO CITELUM s. r. o., a to téhož dne. Svými námitkami napadal prokázání referencí vybraného dodavatele, kdy těmto námitkám zadavatel vyhověl. Opět tedy došlo k tomu, že námitky dodavatele byly důvodné, či je zadavatel za důvodné alespoň považoval. Dodavatel ČEZ Energetické služby, s. r. o., následně podal návrh k Úřadu, kterým se domáhal zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení. Návrh byl podán dne 16. 3. 2017. Zadavatel však následně zrušil zadávací řízení, což způsobilo, že řízení o podaném návrhu bylo zastaveno pro bezpředmětnost. Proti zrušení

zadávacího řízení podali námitky dodavatelé ČEZ Energetické služby, s. r. o. a ELTODO CITELUM s. r. o., zmínění dodavatelé však v dané věci již návrh nepodali.

25. Jako shrnutí daných skutečností je tedy nutné zmínit, že podaným námitkám bylo vyhověno, případně následné návrhy vedly k potvrzení toho, že zadavatel vícekrát pochybil. Lze tedy konstatovat, že prodlužování zadávacího řízení bylo z části způsobeno činnostmi zadavatele. Pokud by však takový postup mohl vést ke zrušení zadávacího řízení, lze ad absurdum odvodit, že takto by bylo možné zrušit jakékoliv zadávací řízení, a to pouhými pochybeními zadavatele, které by mohl uměle vytvářet, pokud by se pro něj zadávací řízení stalo z jakéhokoliv důvodu, tedy i jiných, než jsou stanoveny zákonem, nevyhovující. To přímo odporuje restriktivnímu výkladu, který se aplikuje při zrušení zadávacích řízení, jelikož má zamezit právě libovůli zadavatele při použití tohoto institutu. V daném případě tedy platí, že dodavatelé pouze využívali svého zákonem stanoveného práva na podání námitek (návrhů) a z průběhu řízení je zřejmé, že se nejednalo pouze o šikanózní postup v řízení. Úřad tedy správně dovodil, že daný důvod nelze považovat jako odpadnutí důvodů 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, protože nelze popřít podíl zadavatele na změně okolností, a zároveň opačný výsledek by mohl vést k situaci přispívající k aprobaci libovůle, jak již bylo v tomto bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí zmíněno.
26. Nadto je nutné zopakovat, že v zájmu zachování zásady transparentnosti je potřeba jednotlivé argumenty vedoucí ke zrušení zadávacího řízení v rozhodnutí o něm dostatečně odůvodnit. I toto je prostředek, který má zamezit libovolnému zrušení zadávacího řízení, a zároveň umožňuje jeho následné přezkoumání.
27. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl pouze strohý popis procesního vývoje zadávacího řízení na veřejnou zakázku, kdy jednotlivé úkony a procesní fáze prakticky nijak nekomentoval. Pouze ve výsledku konstatoval, že doba, po kterou zadávací řízení běží, je již extrémně dlouhá.
28. Aby mohl být daný důvod řádně přezkoumatelný, je nutné v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvést důvody, pro které na procesní vývoj zadávacího řízení dopadá ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, pokud to z procesního vývoje přímo nevyplývá. V daném případě lze konstatovat, že tomu tak není, jelikož samotná delší doba zadávacího řízení může splňovat podmínky výše zmíněného ustanovení, ovšem také nemusí. Obdobně je tomu i v případě procesních úkonů dodavatelů uvedených v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. V jejich případě není možné dojít k závěru, že jejich námitky zadávací řízení bezdůvodně zdržují, prodlužují a ve výsledku způsobují naplnění hypotézy dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, pouze na základě informací v odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedených, jelikož by dané úkony mohly být nezbytné, právně relevantní a obdobně. Na základě těchto zjištění tedy konstatuji, že odůvodnění nepřiměřené délky zadávacího řízení je v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nedostatečné a nadto dle informací z vyjádření zadavatele č. j. MUHOCJ 54157/2017 ze dne 7. 8. 2017 nejsou splněny podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona pro zrušení zadávacího řízení v důsledku nepřiměřeně dlouhé doby zadávacího řízení, jelikož si danou skutečnost alespoň z části zadavatel zavinil sám a pokud k důvodům jím uvedeným nepřistoupí ještě jiné důvody, pak v daném případě nebyla délka zadávacího řízení sama o sobě důvodem pro zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

29. Daný důvod tedy nelze považovat za důvod opravňující v tomto případě zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, a to pro nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a nenaplnění podmínek tohoto ustanovení, konkrétně že zadavatel podstatnou změnu (pokud bychom uznali předpoklad, že se o podstatnou změnu v daném případě jedná, čímž jsem se však nezabýval a pro daný případ to není právně relevantní) nezpůsobil, jelikož na ni podíl měl.

K námitce změny strategie správy veřejného osvětlení

30. Jako další důvod zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku (v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení značně související s předchozím důvodem), který splňuje podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona, zadavatel uvádí změnu strategie města Hodonín v přístupu ke správě veřejného osvětlení. Zadavatel nadále plánoval „*provádět správu veřejného osvětlení prostřednictvím orgánů Města, popřípadě s využitím Městem zřízených či založených organizací.*“, jak je uvedeno v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Tento způsob řešení považuje zadavatel za výhodnější, což následně opakuje i v rozkladu proti napadenému rozhodnutí, kde tvrdí, že se jedná o nejvýhodnější řešení pro zadavatele, a to jak z ekonomického hlediska, tak z hlediska sociálního, jelikož změnou této strategie mimo jiné sníží nezaměstnanost v regionu Hodonínska – tyto skutečnosti však měly být již podrobně rozvedeny v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, které je pro posouzení věci právně relevantní a z něj se při právním posuzování daného případu vychází. Dalšími důvody, proč zadavatel přistupuje ke změně strategie správy veřejného osvětlení města Hodonín, je to, že „*přenese odpovědnost za správu a údržbu na jiný subjekt, tzn. nejen práva, ale zejména povinnosti, které se zajištěním služby souvisí.*“, což uvedl v rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Zároveň zadavatele dovedla ke změně přístupu k strategii správy veřejného osvětlení i délka zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
31. I k danému důvodu platí, že je nutné jej řádně odůvodnit, aby byla dodržena zásada transparentnosti. Zadavatel změnu strategie označil v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení jako výhodnější, danou skutečnost však nijak podrobněji nezdůvodnil. Takové konstatování opět svádí k situaci, kdy by mohla být zadávací řízení rušena svévolně, pouze z pohnutek zadavatele, a to bez uvedení objektivních důvodů. Zadavatel sice onu „výhodnost“ podrobněji rozvedl v rozkladu, ovšem pro daný případ jsou relevantní skutečnosti a odůvodnění v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
32. Musím však konstatovat, že i odůvodnění vyšší výhodnosti, obsažené v rozkladu, je nedostatečné. Zadavatel v rozkladu poukazuje na několik bodů, proč je změna strategie výhodnějším řešením. Jedná se například o výhodnost z pohledu sociálního, podle kterého má změna strategie snížit nezaměstnanost v regionu. Dané tvrzení však není nijak podloženo. Je nepochybné, že správa veřejného osvětlení vyžaduje pracovní pozice, které by následně mohly být naplněny. Není však prokázáno, že obdobné pracovní pozice by nebyly obsazeny i v případě poskytování služby externím dodavatelem, kdy lze předpokládat, vzhledem k tomu, že je nutné se o správu osvětlení ve značné části starat také osobně, že by opět dané pracovní pozice byly vytvořeny rovněž v regionu Hodonínska. Nadto je nutné zmínit, že nelze předjímat postup, kterým případný externí dodavatel zajistí správu osvětlení města Hodonín z pohledu zaměstnanosti osob. Co se týče dalšího tvrzení, ekonomické výhodnosti, která souvisí se změnou strategie, je nutné, obdobně jako Úřad v napadeném rozhodnutí zmínit případnou ekonomickou analýzu, kterou však zadavatel pro

její cenu zavrhuje. Jelikož jako hodnotící kritérium pro posouzení nabídek veřejné zakázky byla stanovena nejnižší cena nabídky, lze předpokládat, že případná vybraná nabídka by byla ekonomicky výhodná, i vzhledem k počtu dodavatelů, kteří podali nabídky (6). Pokud zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení prezentuje přístup, který přinese změna strategie, jako ekonomicky výhodnější, je nepochybně nutné, aby to doložil i jinak, než pouhým konstatováním. Takovým řešením by byla například ekonomická analýza. Je nepochybné, že u zakázek obdobného rozsahu, jako je rozsah předmětné veřejné zakázky, bude mít provedení ekonomické analýzy jistou nezanedbatelnou hodnotu, ovšem jelikož se jedná o dlouhodobé řešení (možnost změny strategie k přístupu správy veřejného osvětlení), lze předpokládat návratnost této hodnoty v poměrně brzké době. Co se týče námítky přenesení práv a povinností na jiný subjekt, což má ulehčit práci zadavateli, i toto tvrzení je nutné podrobněji odůvodnit a rozebrat důvody, proč tomu tak má být, jak se změni konkrétní poměry a proč právě toto řešení je výhodnější, než řešení, které by vzniklo při zadání zakázky externímu dodavateli.

33. Změna strategie je ryze subjektivní rozhodnutí zadavatele, pokud není způsobena objektivními důvody – tyto lze však prokázat právě například externí ekonomickou analýzou. Úřad tedy správně konstatoval, že ani v tomto případě nebyla naplněna zásada transparentnosti, jelikož zadavatel výhodnost změny strategie správy veřejného osvětlení města Hodonín dostatečně neodůvodnil v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, a nelze tak jeho postup považovat za souladný s § 84 odst. 2 písm. d) zákona.

K námítce změny obsazení vedení města jako objektivní skutečnosti

34. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že změna politického obsazení města Hodonín, v závislosti na výsledku voleb do obecních zastupitelstev v roce 2014, byla další podstatnou změnou okolností, která vedla ke změně strategie přístupu ke správě veřejného osvětlení nastíněné v bodech 29 – 32 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Danou skutečnost zadavatel považuje jako objektivní, jelikož nemohl ovlivnit to, zda se tyto volby budou konat, a ani nemohl ovlivnit, jak dopadnou. Zároveň prezentuje změnu strategie k přístupu veřejného osvětlení jako jeden z důvodů, proč mohlo dojít ke změně ve vedení města.
35. Nelze rozporovat, že zadavatel nemůže ovlivnit, zda se budou konat volby do obecního zastupitelstva, a ani to, jak dopadnou. Daná skutečnost je tedy bezesporu objektivní, ležící vně jeho sféry vlivu. Jako objektivní skutečnost však již nelze považovat změnu přístupu ke strategii správy veřejného osvětlení. Jedná se totiž o bezesporu subjektivní skutečnost zadavatele, jak na danou strategii bude nahlížet a jakou vybere. To, že se během období veřejné zakázky změnilo obsazení vrcholných orgánů obcí, na to nemá vliv, jelikož subjekt, tedy obec, je stále stejný. Pokud bychom dovedli argumentaci zadavatele v tomto případě do absurdna, obec by nebyla vázána téměř žádnými závazky po každých volbách do obecního zastupitelstva, jelikož prakticky po všech volbách se alespoň částečně politická garnitura obmění. Jedná se však o nepraktickou tezi, která by narušila mnoho právních zásad. Za všechny lze jmenovat například zásadu právní jistoty. Obce by se za takové situace staly značně nejistými obchodními partnery, což by se dotklo i veřejných zakázek, a ve výsledku by to obcím pouze spíše uškodilo.
36. Obec tedy nijak zásadně nemění svou právní kontinuitu po volbách do zastupitelstva. Nelze nahlížet na subjekt s jinou politickou garniturou jako na subjekt nový, ale stále se jedná

o stejnou obec, která pokračuje bez přerušení tam, kde obec s předešlou politickou garniturou skončila. Změna obsazení vedení města je sice objektivní skutečností, ale nelze k ní přistupovat jako ke skutečnosti, která by naplňovala hypotézu ustanovení § 84 odst. 2 písm. d), jak určil i Úřad v napadeném rozhodnutí. Změna strategie správy veřejného osvětlení města Hodonína naopak není objektivní skutečností, která by ležela mimo sféru vlivu zadavatele, ale jedná se o subjektivní skutečnost, kterou zadavatel sám mohl ovlivnit.

K námitce změny předmětu veřejné zakázky v závislosti na běhu času

37. V rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel jako další důvod zrušení zadávacího řízení uvádí „v důsledku velmi dlouhé doby od zahájení řízení již došlo i ke změně rozsahu předmětu zakázky, tj. počtu zařízení veřejného osvětlení a původně definovaný předmět zakázky neodpovídá současnému stavu.“, tato námitka je poté akcentována i v rozkladu proti napadenému rozhodnutí.
38. Nejprve je nutné opět zdůraznit, že věta citovaná v bodě 37 odůvodnění tohoto rozhodnutí je jediným „zdůvodněním“ toho, proč by měla být změna předmětu zakázky, tedy změna v počtu zařízení světelného osvětlení, podstatnou změnou okolností splňující podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Ani v tomto případě tak nelze chápat její odůvodnění jako dostatečné, transparentní či přezkoumatelné. Není totiž zřejmé, jak v podrobnostech původní předmět veřejné zakázky neodpovídá stavu v době zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a není ani odůvodněno, proč by tento rozsah byl dostatečně podstatný na to, aby se jednalo o skutečnost splňující podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona.
39. Nadto je nutné zmínit, že v zadávací dokumentaci předmětné veřejné zakázky, svazku 3, „obchodní podmínky“, je v článku IV., „Povinnosti Společnosti“, v bodu 1. 3 stanoveno, že „společnost je povinna na základě dohody smluvních stran převzít do provozování i další VO, které bude po uzavření Smlouvy nově vybudováno nebo převzato a stane se vlastnictvím Města.“, tedy již z toho vyplývá, že se předmět zakázky, konkrétně zmíněný počet VO (což v citaci představuje zkratku veřejné osvětlení), bude měnit. Nelze tak mít samotnou změnu počtu zařízení veřejného osvětlení jako podstatnou změnu okolností, když byla předvídána již v zadávací dokumentaci, a zároveň nelze konstatovat, že se jedná o okolnost, kterou by zadavatel nepředvídal, když ji sám stanovil, pokud zde nejsou jiné skutečnosti rozhodné pro dané tvrzení, které však zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení neuvedl. Nebyly tak opět naplněny podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona.
40. Důvod, dle kterého se změnil předmět veřejné zakázky, tedy není dostatečně dobře odůvodněn, nespĺňuje zásadu transparentnosti zadávacích řízení a zároveň z kusých informací odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nelze dovodit, že by se jednalo o změnu okolností splňující podmínky § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Úřad tedy rozhodl v napadeném rozhodnutí v souladu se zákonem.

K námitce vrácených jistot a nevázanosti nabídkami

41. Tvrzení zadavatele, že se díky napadenému rozhodnutí dostal do situace, ve které zadávací lhůta již uplynula, žádný z dodavatelů není svou nabídkou vázán a zadavatel již vrátil všem uchazečům o veřejnou zakázku jistoty, není z pohledu zákonnosti či správnosti napadeného rozhodnutí právně relevantní. Je možné, že taková situace v daném případě opravdu nastala,

ovšem stalo se tak v důsledku jednotlivých kroků zadavatele, proti kterým se dodavatelé bránili, což je však situace, na které měl značný podíl především zadavatel a v žádném případě Úřad. Úřad následně jen postupoval podle zákona, dle kterého zrušil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

42. Nelze tedy souhlasit se zadavatelem, že za situaci, ve které se nyní nachází, může Úřad. Tuto situaci vyvolal zadavatel svým právním jednáním sám, a je tedy také na něm, jak se s danou situací vypořádá a jak bude v zadávacím řízení nadále postupovat, přičemž při posuzování zákonnosti napadeného rozhodnutí není daná skutečnost právně relevantní.

K námitce alternativ mezi zrušením zadávacího řízení a pokračování v něm jako nespravedlivé rozhodnutí

43. Zadavatel v další námitce zmiňuje, že se mu naskýtají pouze dvě alternativy v důsledku napadeného rozhodnutí, a to pokračovat v zadávacím řízení, což zadavatel vidí jako nevýhodné, postrádající logiku a věcnost a v podstatě neakceptovatelné, nebo opětovně zrušit zadávací řízení s lépe formulovaným odůvodněním. Tuto druhou možnost chápe zadavatel jako přílišný formalismus, který na skutečném stavu nemůže nic změnit. Ve výsledku tedy pokládá napadené rozhodnutí jako nespravedlivé.
44. Obdobně, jako u předchozí námitky, i v tomto případě se nejedná o skutečnost, kterou by způsobil Úřad. Úřad pouze kvalifikoval skutkový stav, a když zjistil, že rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nespĺňuje zákonné podmínky, byl nucen toto rozhodnutí zrušit. Pokud by tak neučinil, naopak by došlo k situaci, ve které by nepřímo podporoval libovůli zadavatelů při možnosti zrušit zadávací řízení, což by bylo spíše možné označit jako nespravedlivé rozhodnutí, jelikož by podporovalo nejistotu v zadávacích řízeních. Nyní je tedy pouze na zadavateli, jak svou situaci vyhodnotí a jak bude nadále postupovat (jakou z možností si vybere, a v případě výběru opětovného zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku tento svůj krok i dobře odůvodní). I zde pak platí, z výše zmíněných důvodů, že posouzení této námitky nemá pro zákonnost napadeného rozhodnutí právní relevanci.

K námitce příznivější právní úpravy

45. Zadavatel v rozkladu proti napadenému rozhodnutí správně odvodil, že se i ve správním právu aplikuje zásada trestního práva, dle které se použije norma novější, je-li pro pachatele příznivější. Zároveň zadavatel správně poznamenal, že se tato zásada ve správním právu použije při správním trestání, tedy zjednodušeně řečeno, pokud je spáchán přestupek (dříve i správní delikt). Zároveň je správné i další tvrzení zadavatele, že veřejná zakázka je posuzována podle zákona, jelikož veřejná zakázka byla podle tohoto zákona zadána. To vyplývá mimo jiné z §§ 273 odst. 1 a 274 odst. 1 ZZVZ.
46. Již nelze se zadavatelem souhlasit v tom, že by daný případ šlo podřadit právě pod kategorii správního trestání, jelikož se v daném případě nejedná o přestupek a Úřad uložil zadavateli pouze nápravné opatření, kterým zrušil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
47. Úřad tedy postupoval správně, když použil právní úpravu právě ve znění zákona. Právní zásada použití pozdější právní úpravy, pokud je pro pachatele příznivější (což by dle zadavatele byla v daném případě právě úprava ZZVZ), se nepoužije, jelikož daný případ nelze podřadit pod oblast správního trestání, ve které se tato zásada aplikuje.

48. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vnesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu se zákonem, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní předpisy (a v nich obsažené právní normy), které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

49. 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 zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
50. 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 nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj

předseda

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Hodonín, Masarykovo nám. 53/1, 695 01 Hodonín

Vypraveno dne:

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