



UOHSX00BU793

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R125/2015/VZ-02442/2019/321/ZSř

Brno 25. ledna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 5. 5. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 6. 5. 2015 podaném navrhovatelem -

- **DEREZA, společnost s ručením omezeným**, IČO 48036315, se sídlem Libocká 685/43d, 161 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 12. 2014 JUDr. Robertem Jehnem, advokátem, ev. číslo ČAK 01898, IČO 66219094, Jehne, Vodák a partneři, advokátní kancelář, se sídlem Washingtonova 1567/25, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S89/2015/VZ-10115/2015/531/JDo ze dne 23. 4. 2015, vydanému ve věci návrhu výše označeného navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Městská část Praha 8**, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha - Libeň, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18. 2. 2015 JUDr. Lucií Dolanskou Bányaiovou, Ph.D., advokátkou, ev. číslo ČAK 10318, Bányaiová Vožehová, s.r.o., advokátní kancelář, IČO 24682098, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Snížení energetické náročnosti na objektu KD Ládví, Praha 8**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 9. 2014, pod ev. č. 491647, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 10. 2014, a jejíž zrušení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 1. 2015,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S89/2015/VZ-10115/2015/531/JDo ze dne 23. 4. 2015

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán 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, obdržel dne 11. 2. 2015 návrh navrhovatele - DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČO 48036315, se sídlem Libocká 685/43d, 161 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 12. 2014 JUDr. Robertem Jehnem, advokátem, ev. číslo ČAK 01898, IČO 66219094, Jehne, Vodák a partneři, advokátní kancelář, se sídlem Washingtonova 1567/25, 110 00 Praha 1, (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Městská část Praha 8, IČO 00063797, se sídlem Zenklova 1/35, 180 00 Praha - Libeň, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 18. 2. 2015 JUDr. Lucií Dolanskou Bányaiovou, Ph.D., advokátkou, ev. číslo ČAK 10318, Bányaiová Vožehová, s.r.o., advokátní kancelář, IČO 24682098, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2, (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Snížení energetické náročnosti na objektu KD Ládví, Praha 8“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 9. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 9. 2014, pod ev. č. 491647, ve znění opravy uveřejněné dne 20. 10. 2014, a jejíž zrušení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 12. 1. 2015 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

1 Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

2. V zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) zadavatel uvedl, že účelem veřejné zakázky je uzavření smlouvy s jedním uchazečem na provedení díla v souladu s rozpočtovou a projektovou dokumentací s názvem „Snížení energetické náročnosti budovy KD Ládví - Burešova 1661/2“ (bod 1. ZD). Dle bodu II. 1.5 oznámení o zakázce měl být předmětem veřejné zakázky „*energeticky úsporný projekt z Operačního programu Životního prostředí v rámci osy 3.2.1, spočívající v rekonstrukci obvodového pláště budovy, zateplení obvodového pláště, střechy a suterénu*“. Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil v částce 49 000 000 Kč bez DPH (bod 3. ZD).
3. Lhůtu pro podání nabídek zadavatel stanovil v bodu 15.4 ZD do 21. 10. 2014 8.30 hodin; dle bodu 16.1 ZD mělo k otevírání obálek s nabídkami dojít dne 21. 10. 2014 v 14.00 hodin. Lhůtu pro podání nabídek zadavatel posléze, prostřednictvím Dodatečné informace č. III (č. 8 až č. 22) prodloužil do 27. 10. 2014 8.30 hodin, k otevírání obálek mělo dojít téhož dne v 14.00 hodin.
4. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2014 vyplývá, že nabídku na veřejnou zakázku podali celkem tři uchazeči, přičemž nabídka jednoho z uchazečů byla vyřazena. Dle oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 6. 11. 2014 byla dle hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny jako nejvýhodnější vyhodnocena nabídka navrhovatele.
5. Přípisem č. j. MCP8 172617/2014 ze dne 19. 12. 2014 zadavatel oznámil navrhovateli, že k podpisu smlouvy na veřejnou zakázku nedojde, aniž toto své stanovisko odůvodnil; označený přípis navrhovatel obdržel dne 22. 12. 2014.
6. Usnesením Rady č. Usn RMC 0015/2015 ze dne 8. 1. 2015 zadavatel - s odkazem na ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a interní důvodovou zprávu - zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“). Přípisem zadavatele č. j. MCP8 004140/2015 ze dne 12. 1. 2015 bylo zrušení zadávacího řízení oznámeno uchazečům. Zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku zde zadavatel odůvodnil tím, že nastaly podstatné změny okolností a byly naplněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tedy důvody zvláštního zřetele hodné. Zadavatel konkrétně uvedl, že by očekávaná výše dotace z velké části nepokryla financování veřejné zakázky (uvedený důvod pro zrušení zadávacího řízení dále též jen „**nedostatek financování**“), kumulativně s možným nedostatkem spočívajícím v časové prodlevě mezi koncem lhůty pro podání nabídek a okamžikem otevírání nabídek v délce 5,5 hodiny (dále též jen „**časová prodleva**“).
7. Proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podal navrhovatel jako vybraný uchazeč námitky ze dne 22. 1. 2015, které byly zadavateli doručeny dne 23. 1. 2015 (dále jen „**námítky**“), v nichž zpochybnil oba zadavatelem uváděné důvody pro zrušení zadávacího řízení. O námitkách navrhovatele rozhodl zadavatel dne 2. 2. 2015 tak, že jim nevyhověl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
8. Dne 11. 2. 2015 obdržel Úřad návrh navrhovatele z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“), v němž navrhovatel namítal, že ani jeden ze zadavatelem uváděných důvodů pro zrušení zadávacího řízení není oprávněný, a domáhal se zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdrženého návrhu a dokumentace o veřejné zakázce, stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění, vydal dne 23. 4. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S89/2015/VZ-10115/2015/531/JDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
10. Napadeným rozhodnutím 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.
11. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval obecně možností zadavatele zrušit zadávací řízení a uplatněním důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, načež s ohledem na judikaturu poukázal, že při výkladu tohoto neurčitého pojmu je třeba přihlížet k účelu zákona a náležitě zkoumat, zda má tvrzený důvod pro zrušení zadávacího řízení objektivní povahu. Úřad s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 - 109 ze dne 27. 1. 2010 poukázal, že takovým důvodem může být například situace, v níž zadavatel neobdrží přislíbenou veřejnou podporu, nebo situace, ve které zadavatel zjistí porušení postupu předepsaného zákonem, které již nelze napravit jiným způsobem, a za které by zadavateli hrozilo uložení nápravného opatření nebo správní sankce (bod 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
12. V návaznosti na tvrzení zadavatele v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, jakož i v rozhodnutí o námitkách, se Úřad zabýval tím, zda důvody uváděné zadavatelem naplňují podmínky pro zrušení zadávacího řízení podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tedy, zda se v dané věci vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval (dále též jen „**důvod zvláštního zřetele hodný**“) a zda ke zrušení zadávacího řízení došlo bez zbytečného odkladu poté, co nastal důvod, o který se zrušení zadávacího řízení opírá (dále též jen „**podmínka bezodkladnosti**“).
13. K tvrzenému důvodu časové prodlevy, která neodpovídá výkladu pojmu „ihned“ obsaženému v § 71 odst. 4 zákona (dále též jen „**pojem ihned**“) v rozhodovací praxi Úřadu, Úřad uvedl, že jako přiměřená časová prodleva se jeví doba, která je počítána v řádu desítek minut nebo menší, jelikož v šetřeném případě časová prodleva činila pět a půl hodiny, jednalo o časovou prodlevu, která již přesahuje únosnou hranici požadavku ihned, vyjádřeného v § 71 odst. 4 zákona. Taková časová prodleva je dle názoru Úřadu způsobila vyvolat pochybnosti o transparentním průběhu zadávacího řízení. Úřad proto s odkazem na rozhodovací praxi Úřadu dospěl k závěru, že časovou prodlevu v délce pět a půl hodiny lze považovat za důvod zvláštního zřetele hodný pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona (body 82 - 91 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
14. Úřad dále na základě relevantních skutečností konstatoval, že byla splněna i druhá ze zákonných podmínek pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a to podmínka bezodkladnosti. Úřad dospěl k závěru, že zrušení zadávacího řízení nebylo nahodilým a neočekávaným úkonem, nýbrž že se jednalo o úkon, jemuž předcházela určitá řetězec na sebe navazujících kroků, přiměřeně následujících po okamžiku (po 5. 11. 2014), o kterém zadavatel tvrdil, že se s výkladovou praxí Úřadu ve vztahu k výkladu pojmu ihned dozvěděl (body 93 - 99 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

15. Úřad proto dospěl k závěru, že postup zadavatele, spočívající ve zrušení zadávacího řízení z důvodu časové prodlevy, byl postupem souladným s § 84 odst. 2 písm. e) zákona (bod 100 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
16. Ve vztahu k druhému tvrzenému důvodu pro zrušení zadávacího řízení, spočívajícímu v nedostatku financování, Úřad uvedl, že se nejedná o důvod, který by zadavatele opravňoval ke zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Úřad však současně poukázal, že s ohledem na naplnění předpokladů pro zrušení zadávacího řízení prostřednictvím důvodu časové prodlevy, nemá označené zjištění na výrok napadeného rozhodnutí vliv (body 102 - 106 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
17. Úřad se vypořádal i s dalšími namítanými skutečnostmi a dospěl k závěru, že návrh navrhovatele není důvodný.

III. Rozklad navrhovatele

18. Dne 6. 5. 2015 obdržel Úřad od navrhovatele rozklad ze dne 5. 5. 2015, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. Napadené rozhodnutí navrhovatel převzal dne 24. 4. 2015. Rozklad byl tedy doručen v zákonné lhůtě.
19. V rozkladu navrhovatel namítá, že se neztotožňuje s posouzením ze strany Úřadu, že byly kumulativně naplněny předpoklady pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tj. existence důvodu zvláštního zřetele hodného a podmínka bezodkladnosti. Navrhovatel jako předpoklad doplňuje, že důvod zvláštního zřetele hodný musí být objektivní, nezávislý na vůli zadavatele.
20. Dále navrhovatel uvádí, že důvodem pro zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele nebyla skutečnost, že byly zadávací podmínky nastaveny nesprávně, nýbrž že tímto důvodem měla být skutečnost, že se zadavatel dozvěděl o rozhodovací praxi Úřadu ve vztahu k výkladu pojmu ihned. Je tedy otázkou, zda může být důvodem hodným zvláštního zřetele, který nastane v průběhu řízení, že se zadavatel dozví o rozhodovací praxi Úřadu staré půl roku. Dle názoru navrhovatele nikoli.
21. Navrhovatel má za to, že rozhodovací praxe řešila výklad zákona a platí zásada, že neznalost práva neomlouvá. Navíc je podle navrhovatele zřejmé, že se zadavatel mohl seznámit s rozhodnutími z března a dubna 2014, tedy ještě před zahájením zadávacího řízení v září 2014. Navrhovatel tedy namítá, že Úřad nesprávně posuzoval, zda byly podmínky stanoveny tak, že by za ně hrozila zadavateli sankce, avšak měl posuzovat, zda je důvodem skutečnost, že se zadavatel seznámí s rozhodnutími Úřadu.
22. Nad rámec výše uvedeného navrhovatel sděluje, že prolustroval rozhodovací praxi Úřadu, a pokud je mu známo, nebylo dosud posuzováno, zda je v rozporu se zákonem, pokud je lhůta odpovídající pojmu ihned sice v řádu hodin, avšak v rámci jednoho dne. Dle názoru navrhovatele se jedná o zcela svévolné rozhodnutí zadavatele, který si našel zástupný důvod pro zrušení zadávacího řízení vypsání předchozím politickým vedením zadavatele.
23. Navrhovatel namítá, že zadavateli nehrozilo žádné objektivní riziko, pokud by zadávací řízení nezrušil. Řízení již bylo v závěrečné fázi a po celou dobu žádný z účastníků nepodal proti jeho průběhu námítky. Podle navrhovatele bylo riziko sankce, resp. i jen přezkoumání zadávacího řízení, zcela nulové.

24. Navrhovatel poukazuje, že zadavatel sám zavinil dané okolnosti, když stanovil zadávací podmínky, a nemůže se tedy dovolávat toho, že je na počátku nesprávně stanovil. Navrhovatel se domnívá, že daná lhůta v řádu hodin ani není tak zásadním porušením zákona, aby sama o sobě ospravedlňovala zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel má za to, že pokud daná lhůta byla skutečně tak zásadním porušením zákona, že odůvodňovala zrušení zadávacího řízení krátce před uzavřením smlouvy, pak měl Úřad zahájit řízení z moci úřední o přezkoumání úkonů zadavatele v jiném zadávacím řízení, v němž byla stanovena stejná lhůta, a v němž ke zrušení nedošlo.
25. Podle názoru navrhovatele Úřad napadeným rozhodnutím nedostál zásadám stanoveným Ústavním soudem, kdy v případě střetu práv má být zvolen postup, který povede k nejmenšímu zásahu do práv zúčastněných osob, a postupoval ryze formalisticky, aniž by zohlednil, jak bylo rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení zasaženo do práv navrhovatele.
26. K naplnění podmínky bezodkladnosti rozhodnutí navrhovatel uvádí, že je nutno přesně určit, kdy započala běžet lhůta pro její stanovení. Podle navrhovatele je dán problém s vymezením, kdy lhůta počala běžet právě proto, že Úřad považuje za důvod zvláštního zřetele hodný nikoli objektivní okolnost, že došlo k nějakému jednání či události, nýbrž okolnost subjektivní a to vědomost zadavatele o výkladu zákona, což je skutečnost, u které lze těžko vymezit, kdy nastala.

Závěr rozkladu

27. Na základě shora uvedených skutečností zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se jeho návrhu vyhovuje.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

28. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2015 uvedl, že se ztotožňuje s odůvodněním napadeného rozhodnutí a dále se vyjádřil k jednotlivým tvrzením navrhovatele obsaženým v rozkladu. Závěrem zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele zamítl.

IV. Původní rozhodnutí o rozkladu a soudní přezkum

29. Dne 3. 8. 2015 předseda Úřadu vydal rozhodnutí č.j. ÚOHS-R125/2015/VZ-20696/2015/321/MMI, kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl (dále jen „**původní druhostupňové rozhodnutí**“).
30. V původním druhostupňovém rozhodnutí se předseda Úřadu v zásadě ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí a poukázal, že zadavatele nelze nutit k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku za situace, kdy zadavatel zjistí, že porušil postup předepsaný zákonem, a uzavřením smlouvy by naplnil poslední znak skutkové podstaty správního deliktu. Předseda Úřadu v dané situaci shledal naplnění důvodu zvláštního zřetele hodného, vykládaného v souladu s účelem zákona (body 24 - 25 odůvodnění původního druhostupňového rozhodnutí). Předseda Úřadu doplnil, že zadavateli v tomto případě hrozila případná sankce jak ze strany Úřadu, tak ze strany dotačního orgánu, s jehož pomocí hodlal předmět plnění veřejné zakázky financovat (bod 28 odůvodnění původního druhostupňového rozhodnutí), a že důvodová zpráva k zákonu uplatnění takového důvodu přímo předvídá (bod 29 odůvodnění původního druhostupňového rozhodnutí).

31. Proti původnímu druhostupňovému rozhodnutí podal navrhovatel žalobu podle § 65 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů u Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“), kterou se domáhal jeho zrušení. Krajský soud v této věci rozhodl rozsudkem č. j. 29 Af 97/2015 - 71 ze dne 17. 10. 2017 (dále jen „**rozsudek KS**“), jímž původní druhostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.
32. Krajský soud v rozsudku KS uvedl, že při posouzení věci vycházel zejména z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 - 109 ze dne 27. 1. 2010 a ve vztahu k projednávané věci poukázal, že pojem ihned nebyl v zákoně jednoznačně definován, načež si zadavatel mohl vyložit délku časové prodlevy 5,5 hodiny jako souladnou se zákonem. Krajský soud doplnil, že je třeba vzít v úvahu, že zadávací řízení proběhlo v souladu se ZD, kterou stanovil sám zadavatel, a že tedy časová prodleva nevznikla z objektivních důvodů (body 46 - 47 odůvodnění rozsudku KS). Jako objektivní krajský soud naopak označil vědomost zadavatele o výkladu pojmu ihned v rozhodovací činnosti Úřadu (bod 48 odůvodnění rozsudku KS).
33. Krajský soud dále poukázal, že v průběhu zadávacího řízení nebyly vzneseny námitky o jeho transparentnosti (bod 49 odůvodnění rozsudku KS) a že výklad pojmu ihned v rozhodovací činnosti Úřadu nebyl „*dlouhodobý, ustálený, jednoznačný a soudem potvrzený*“ (bod 50 odůvodnění rozsudku KS). Posledně jmenovaná skutečnost je pak dle názoru krajského soudu důvodem pro to, aby Úřad rozebral, zda byl skutečně atakován samotný smysl dokončení zadávacího řízení, jakému objektivnímu riziku by byl zadavatel vystaven v případě, že by zadávací řízení nezrušil, že zadávací řízení proběhlo zcela v souladu se ZD a o jeho průběhu nebyly žádné reálné pochybnosti. Důvodnými shledal krajský soud též námitky navrhovatele týkající se nevypořádání podmínky bezodkladnosti, neboť nebyl zjištěn moment, kdy se zadavatel s výkladem pojmu ihned v rozhodovací činnosti Úřadu seznámil (bod 51 odůvodnění rozsudku KS).
34. Proti rozsudku KS podal Úřad jako stěžovatel kasační stížnost, o níž Nejvyšší správní soud rozhodl rozsudkem č. j. 10 As 356/2017 - 67 ze dne 31. 10. 2018 (dále jen „**rozsudek NSS**“). Nejvyšší správní soud kasační stížnost Úřadu zamítl.
35. V odůvodnění rozsudku NSS (body 14 - 15) Nejvyšší správní soud s odkazem na judikaturu obecně poukázal, že důvody pro zrušení zadávacího řízení musí být objektivní, vně zadavatele, ohrožující smysl dokončení zahájeného zadávacího řízení a vystavující zadavatele objektivnímu riziku, přičemž musí být zohledněny konkrétní skutkové okolnosti dané věci. Nejvyšší správní soud připustil, že důvodová zpráva k zákonu přímo uvádí, že důvodem zvláštního zřetele hodným může být situace, kdy dojde k porušení zákona, které již nelze zhojit jiným způsobem a za které by zadavateli hrozila sankce ze strany Úřadu. Nejvyšší správní soud k tomu však podotýká, že rozhodovací praxe dle komentářové literatury zpravidla vyžaduje absenci zavinění zadavatele, z čehož činí závěr, že porušení zákona zadavatelem objektivním způsobem může nastat pouze výjimečně.
36. Nejvyšší správní soud dále (body 16 - 18 odůvodnění rozsudku NSS) uvedl, že zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona je oprávněním, nikoliv povinností zadavatele, přičemž s ohledem na možné riziko je „*na zadavatel, aby zvážil, zda převáží zájem na dokončení zadávacího řízení, či zda bude nejvhodnějším postupem zadávací řízení zrušit.*“ Skutečnost, že se zadavatel dozvěděl o výkladu pojmu ihned v rozhodovací činnosti

Úřadu, však dle názoru Nejvyššího správního soudu objektivním důvodem zvláštního zřetele hodným být nemůže, neboť zadavatel nebyl v bezvýchodné situaci. Případný postih ze strany Úřadu Nejvyšší správní soud označuje za „*možnou nepříjemnost*“. V daném případě tak má převážít zájem na dokončení zadávacího řízení a realizaci veřejné zakázky, neboť jakékoliv zrušení zadávacího řízení musí být vykládáno restriktivně a je třeba zabránit libovůli zadavatele.

37. Závěrem (bod 19 odůvodnění rozsudku NSS) Nejvyšší správní soud vyjádřil následující stanovisko: „*NSS tedy souhlasí s krajským soudem [ačkoliv krajský soud takový právní názor přímo nevyjádřil; poznámka předsedy Úřadu], že zadavatel neměl zrušit zadávací řízení, neboť zde nebyl důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách. Takovým důvodem není vždy jakékoliv porušení postupu stanoveného zákonem bez ohledu na ostatní skutkové okolnosti případu.*“

V. Další řízení o rozkladu

38. Po vrácení správního spisu Nejvyšším správním soudem Úřadu pokračuje předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Předseda Úřadu je v dalším řízení zavázán právním názorem vysloveným v rozsudku KS a zároveň právním názorem vysloveným v rozsudku NSS.

Stanovisko předsedy Úřadu

39. Vzhledem k závazným právním názorům vyjádřeným v rozsudku KS a v rozsudku NSS jsem v dalším řízení o rozkladu dospěl k následujícímu závěru.
40. Napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení naplnění podmínek pro aplikaci důvodu pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť Úřad dostatečně nezohlednil všechny relevantní okolnosti dané věci, zejména skutečnost, že časová prodleva nepředstavuje důvod zvláštního zřetele hodný.
41. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem zrušil napadené rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vrátil věc Úřadu k novému projednání.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání

42. Jak jsem již připomněl výše, Úřad v napadeném rozhodnutí shledal časovou prodlevu mezi koncem lhůty pro podání nabídek a okamžikem otevírání obálek s nabídkami v délce 5,5 hodiny za důvod zvláštního zřetele hodný, který ve spojení s naplněním podmínky bezodkladnosti opravňoval zadavatele ke zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona. V původním druhostupňovém rozhodnutí jsem se s tímto stanoviskem ztotožnil.
43. Krajský soud i Nejvyšší správní soud však ve svých rozsudcích KS a NSS neshledaly, že by skutková zjištění Úřadu týkající se časové prodlevy svědčila pro naplnění důvodu zvláštního zřetele hodného pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Naplnění podmínky bezodkladnosti shledal krajský soud nepřezkoumatelným, neboť okamžik vzniku vědomosti zadavatele o výkladu pojmu ihned nebyl dle názoru krajského soudu

ve správním řízení prokázán (bod 51 odůvodnění rozsudku KS); Nejvyšší správní soud se podmínkou bezodkladnosti - s ohledem na nenaplnění podmínky důvodu zvláštního zřetele hodného - vůbec nezabýval.

44. S ohledem na závaznost právních názorů označených soudů v nyní projednávané věci uvádím níže k rozkladu navrhovatele nové posouzení věci.
45. Navrhovatel úvodem svého rozkladu uvedl, že důvodem zrušení zadávacího řízení nebylo nesprávné stanovení zadávacích podmínek ve vztahu k časové prodlevě, nýbrž skutečnost, že se zadavatel dozvěděl o rozhodovací činnosti Úřadu ve vztahu k výkladu pojmu ihned. V takto obecné rovině lze navrhovateli přisvědčit.
46. Vědomost zadavatele o výkladu pojmu ihned v souvislosti s časovou prodlevou, potažmo vědomost zadavatele o nesprávnosti jeho postupu, totiž představuje v dané věci hybný moment postupu zadavatele ve vztahu ke zrušení zadávacího řízení a klíčovou okolnost pro stanovení okamžiku, od kterého je hodnoceno naplnění podmínky bezodkladnosti. Pokud by totiž zadavatel věděl již od samého počátku zadávacího řízení, že stanovil časovou prodlevu v rozporu se zákonem, nebylo by možno vůbec uvažovat o naplnění podmínky bezodkladnosti ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zrušení zadávacího řízení ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky by bylo nutno považovat za svévoli zadavatele, rozpornou se zásadami dle zákona. Časová prodleva z hlediska zjištění její existence však s jistou mírou zjednodušení představuje jeden z deklarovaných důvodů, pro které zadavatel zadávací řízení zrušil. Uvedené posouzení nemám za sporné.
47. Navrhovatel v této souvislosti namítl, že neznalost rozhodovací činnosti Úřadu, se kterou se zadavatel mohl seznámit ještě před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, neomlouvá. Zde lze opět s navrhovatelem souhlasit.
48. Zadavatel je v zadávacím řízení povinen postupovat v souladu se zákonem, při jeho aplikaci je tedy povinen postupovat tak, aby byl jeho postup v souladu s výkladovými stanovisky Úřadu a soudů, bez přímé vazby na skutečnost, zda se s příslušnou rozhodovací činností seznámí či nikoliv. I faktické pochybení zadavatele, například právě při stanovení zadávacích podmínek, však může ve svém důsledku vést k takovým následkům, například k nemožnosti dokončit zadávací řízení, které vyvolají potřebu jeho zrušení, ať již ze strany zadavatele nebo Úřadu. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá nepochybně zadavatel, tato skutečnost však zrušení zadávacího řízení ze strany zadavatele bez dalšího nevylučuje. Ve vztahu k možnému oprávnění zadavatele zadávací řízení zrušit je tedy třeba se zabývat dalšími okolnostmi. Námitku navrhovatele, že neznalost výkladu zákona zadavatele neomlouvá, proto nelze vypořádat bez posouzení dalších relevantních okolností majících vliv na zákonnost rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
49. Krajský soud ve vztahu k časové prodlevě jako důvodu zvláštního zřetele hodného uvedl, že stanovení časové prodlevy v ZD nepředstavuje objektivní skutečnost, neboť ji způsobil zadavatel; vědomost zadavatele o výkladu pojmu ihned ze strany Úřadu je však již dle názoru krajského soudu objektivní (body 47 - 48 odůvodnění rozsudku KS). Krajský soud dále uvedl, že si zadavatel mohl při zpracování ZD časovou prodlevu v délce 5,5 hodiny vyložit jako přiměřenou nejednoznačnému pojmu ihned obsaženému v ustanovení § 74 odst. 1 zákona (bod 46 odůvodnění rozsudku KS), a zdůraznil, že výklad pojmu ihned Úřadem nebyl dlouhodobý, ustálený a soudem potvrzený (bod 50 odůvodnění rozsudku KS).

50. Krajský soud tedy připustil, že zadavatel mohl při stanovení zadávacích podmínek legitimně předpokládat, že je časová prodleva s ohledem na jistou nejednoznačnost pojmu ihned dle § 71 odst. 4 zákona v souladu se zákonem. V návaznosti na uvedené stanovisko krajský soud zavázal Úřad, aby zohlednil další okolnosti celé věci a dostatečně se vypořádal s tím, zda byl v okamžiku rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení skutečně ohrožen smysl dokončení zadávacího řízení z důvodu časové prodlevy, a dále s podstatou objektivního rizika, které by zadavateli hrozilo, pokud by ke zrušení zadávacího řízení nepřistoupil (bod 50 odůvodnění rozsudku KS).
51. Navrhovatel v rozkladu namítl, že se měl Úřad zabývat tím, zda seznámení se s výkladovou praxí zadavatele vůbec může představovat důvod zvláštního zřetele hodný.
52. Z výše označených stanovisek krajského soudu je zřejmé, že sama skutečnost, že se zadavatel dozvěděl o výkladu pojmu ihned v rozhodovací činnosti Úřadu, který může být rozporný se zněním podmínky časové prodlevy v ZD, ke zrušení zadávacího řízení nepostačuje.
53. Obdobně se vyjádřil v bodě 17 odůvodnění rozsudku NSS též Nejvyšší správní soud, který poukázal, že rozhodnutí Úřadu ve vztahu k výkladu pojmu ihned, jichž se zadavatel dovolával, byla vydána několik měsíců před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a konstatoval, že vědomost zadavatele o výkladu pojmu ihned není objektivní a výjimečnou skutečností, která by bez dalšího odpovídala pojmu důvodu zvláštního zřetele hodného. K citovanému stanovisku Nejvyšší správní soud v bodě 18 odůvodnění rozsudku NSS doplnil, že nebylo zjištěno, že by se zadavatel nacházel v „*bezvýchodné situaci*“, která by mohla odpovídat důvodu zvláštního zřetele hodnému, který zahrnuje též formulaci, že „*nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval*“.
54. Z označených stanovisek krajského soudu a Nejvyššího správního soudu vyplývá, že zjištěná nezákonnost zadávací podmínky (časové prodlevy) by mohla být obecně považována za důvod zvláštního zřetele hodný pouze v případě, měla-li by za následek, že by se zadavatel ocitl v „*bezvýchodné situaci*“, tedy zejména v takové situaci, kdy by se dokončení zadávacího řízení stalo zcela nemožným či by zadavateli hrozilo zcela nepřiměřené riziko, tedy v již zmíněné situaci, kdy by s přihlédnutím ke všem okolnostem nebylo možno po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Nejvyšší správní soud tedy s odkazem na svou předchozí judikaturu zdůraznil jistou mimořádnost aplikace ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
55. Oprávnění zadavatele ke zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona je tedy třeba posuzovat individualizovaně, se zohledněním všech skutkových okolností.
56. Úřad s odkazem na rozhodnutí Úřadu ve věci výkladu pojmu ihned dle § 71 odst. 4 zákona v bodě 84 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že „*zadavatelé obecně musí zahájit otevírání obálek s nabídkami tak, aby k němu došlo neprodleně po skončení lhůty pro podání nabídek, případně neprodleně po vypořádání nezbytných administrativních formalit, čili tak, aby doba možné manipulace s obálkami obsahujícími nabídky byla minimální. Pouze v mimořádných případech, kdy zadavateli brání objektivně zdůvodnitelné věcné překážky, by mohl zadavatel termín zahájení otevírání obálek posunout o dobu nezbytně nutnou. Ovšem vždy pouze za splnění podmínky, že takový posun nebude na újmu transparentnosti zadávacího řízení.*“

57. V bodě 89 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad doplnil, že se „ve světle závěrů obsažených ve výše uvedených rozhodnutích Úřadu, jednalo o časovou prodlevu, která již přesahuje únosnou hranici požadavku ‚ihned‘, vyjádřeného v § 71 odst. 4 zákona. Současně je možné uvést, že tato časová prodleva je způsobilá vyvolat pochybnosti o transparentním, a tím i zákonném, průběhu zadávacího řízení.“
58. Jak však poukázal krajský soud, Úřad se nijak nezabýval tím, zda časová prodleva v nyní řešeném případě **skutečně měla** vliv na transparentnost zadávacího řízení. V tomto směru lze v souladu se stanoviskem krajského soudu přihlédnout též k tomu, že námitky týkající se transparentnosti zadávacího řízení nebyly podány a že otevírání obálek s nabídkami proběhlo v souladu se zadávací dokumentací. V tomto směru je tedy odůvodnění napadeného rozhodnutí neúplné.
59. Poukazují, že Úřad vycházel v napadeném rozhodnutí ze správných předpokladů, neboť v jeho bodě 87 odůvodnění uvedl, že pro zjištění důvodu zvláštního zřetele hodného „je třeba náležitě zkoumat, zda má zadavatelem tvrzený důvod objektivní povahu, zda stojí vně zadavatele a konečně, zda atakuje samotný smysl dokončení zadávacího řízení.“ Obdobně v bodech 72 - 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyšel Úřad ze správných předpokladů. Jsem však nucen konstatovat, že se Úřad v napadeném rozhodnutí s citovanými kritérii dostatečně nevypořádal.
60. Ve vztahu k objektivní povaze časové prodlevy poukazují, že se Úřad dostatečně nevypořádal s tím, zda byla časová prodleva skutečně v rozporu se zákonem a postup zadavatele nezákonný. V daném případě zásadně nepostačuje potenciální nezákonnost, jak Úřad konstatoval v bodě 89 odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k možným pochybnostem o transparentnosti zadávacího řízení, nýbrž je nutné jednoznačně určit, zda časová prodleva představuje objektivní vadu zadávacího řízení spočívající v nezákonném postupu zadavatele. Úřad se měl v této souvislosti zabývat zejména tím, zda časová prodleva představuje porušení zákona takové intenzity, která by mohla mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a zda by tedy zadavatel uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku skutečně naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
61. Takové posouzení je totiž klíčové pro hodnocení toho, zda lze na časovou prodlevu - alespoň z hlediska vědomosti o výkladu pojmu ihned dle § 71 odst. 4 zákona - nahlížet jako na objektivní skutečnost, stojící vně zadavatele. Úřad se tedy při novém projednání vypořádá s tím, jaké objektivní riziko časová prodleva pro zadavatele znamenala, a zda časová prodleva představuje dostatečný důvod pro zrušení zadávacího řízení ze strany Úřadu ve správním řízení, ať již zahájeném z moci úřední či na návrh některého ze zájemců či uchazečů. Akcentuji, že samo subjektivní přesvědčení zadavatele o nezákonnosti jeho postupu v daném případě požadavkům objektivní vyhovět nemůže.
62. Úřad tedy při novém projednání věci řádně odůvodní, jaké objektivní riziko by zadavateli hrozilo v případě, že by ke zrušení zadávacího řízení z důvodu časové prodlevy nepřistoupil. Následně je třeba pečlivě zvažovat, zda objektivní riziko hrozící zadavateli převáží zájem na dokončení zadávacího řízení v souladu se smyslem zákona.
63. Připomínám, že Nejvyšší správní soud dospěl v návaznosti na posouzení věci v mezích zjištěných okolností v bodě 18 odůvodnění rozsudku NSS k závěru, že v daném případě převažuje zájem na dokončení zadávacího řízení a realizaci veřejné zakázky, neboť

v intencích rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 - 109 ze dne 27. 1. 2010 musí být jakékoliv zrušení zadávacího řízení vykládáno restriktivně, aby bylo zabráněno libovůli zadavatele. Obdobně v rozsudku č. j. 7 As 291/2015 - 26 ze dne 2. 6. 2016 Nejvyšší správní soud vyjádřil názor, že za objektivní není možné považovat takový důvod, který měl zadavatel znát již při zahájení zadávacího řízení.

64. Ve vztahu k posouzení toho, zda byl časovou prodlevou skutečně atakován smysl dokončení zadávacího řízení, se Úřad při novém projednání věci vypořádá s tím, zda v okamžiku vydání rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení existovaly takové okolnosti, které by dokončení zadávacího řízení s ohledem na jeho účel činily - z důvodu časové prodlevy - zcela nemožným či zda by byl požadavek na dokončení zadávacího řízení vůči zadavateli zcela nepřiměřený.
65. K výše uvedenému shrnuji, že je Úřad povinen zabývat se při novém projednání věci především tím, zda časová prodleva zakládá bezúčelnost a nezákonnost zadávacího řízení. V dané věci není sporné, že časovou prodlevu způsobil zadavatel. Za těchto okolností může zadavatel přistoupit ke zrušení zadávacího řízení jen v účelných a mimořádných případech, neboť jen tak může být zamezeno jeho libovůli. Zadavatel zahájením zadávacího řízení deklaruje svůj zájem o zadání veřejné zakázky, ke zrušení zadávacího řízení pak může dojít jen ve zcela výjimečné a zákonem předvídané situaci.
66. K podmínce bezodkladnosti konstatuji, že posouzení jejího naplnění bude připadat v úvahu v zásadě až tehdy, kdy by Úřad opětovně dospěl k závěru o existenci důvodu zvláštního zřetele hodného, k čemuž při skutkovém stavu zjištěném v napadeném rozhodnutí nejsou splněny předpoklady. Současně poukazuji, že nebyl postaven najisto okamžik, ke kterému se zadavatel s výkladem pojmu ihned v rozhodovací činnosti Úřadu seznámil, neboť jej zadavatel s určitostí neprokázal.
67. Navrhovatel v rozkladu též uvedl, že důvodem, pro který zadavatel zadávací řízení zrušil, nebyla časová prodleva, nýbrž skutečnost, že nové politické vedení nemá o realizaci veřejné zakázky zájem. Uvedené tvrzení se nedotýká přímo otázky, posuzované v tomto rozhodnutí, tj. zda časová prodleva mohla být s ohledem na další okolnosti věci důvodem zvláštního zřetele hodným, a nemá tedy na rozhodnutí významný vliv. V této souvislosti však nelze ani přehlédnout, že zadavatel uvedl v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení jako hlavní důvod nedostatek financování, „*kumulativně s možným*“ nedostatkem v podobě časové prodlevy, kdy uvedenou formulaci lze vykládat též tak, že si ani zadavatel nebyl jist, zda je časová prodleva dostatečným důvodem pro zrušení zadávacího řízení.
68. Jakkoliv tímto rozhodnutím není Úřad přímo zavázán k vyhovění nebo zamítnutí návrhu, akcentuji, že k opětovnému zamítnutí návrhu může Úřad přistoupit až poté, kdy v návaznosti na takovou samostatnou úvahu zásadním způsobem doplní skutková zjištění, která by mohla vést k výrazně odlišnému stavu věci, než z jakého vycházel krajský soud a Nejvyšší správní soud ve svých rozsudcích. V této souvislosti poukazuji zejména na bod 19 odůvodnění rozsudku NSS, v němž Nejvyšší správní soud vyjádřil stanovisko, že zadavatel neměl zadávací řízení zrušit a ve vztahu k naplnění podmínky bezodkladnosti odkazují na skutečnost, že krajský soud v bodě 51 odůvodnění rozsudku KS uvedl, že podmínka bezodkladnosti nebyla vypořádána.
69. Vzhledem k výše uvedenému, kdy jsem dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nezákonné z důvodu nesprávného právního posouzení, neboť dostatečně nezohledňuje

všechny relevantní okolnosti dané věci, dospěl jsem k závěru o potřebě jeho zrušení. Při novém projednání věci Úřad zohlední též argumentaci navrhovatele uvedenou v rozkladu.

VII. Závěr

70. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí spočívá na nesprávném právním posouzení věci, jsem dospěl k závěru, že byly splněny zákonné podmínky pro jeho zrušení a vrácení věci k novému projednání podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.
71. Při novém projednání věci bude Úřad ve smyslu § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku KS a v rozsudku NSS, jakož i závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí o rozkladu.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. JUDr. Robert Jehne, advokát, Jehne, Vodák a partneři, advokátní kancelář, Washingtonova 1567/25, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Lucie Dolanská Bányaiová, Ph.D., advokátka, Bányaiová Vožehová, s.r.o., advokátní kancelář, Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy