UOHSX008EPAN

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R160/2015/VZ-47544/2016/321/MMl Brno 5. prosince 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 5. 2015 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne) podaném zadavatelem –

- **Správou majetku města Vyškova, příspěvková organizace**, IČO 71248234, se sídlem Mlýnská 737/10, 682 01 Vyškov – Dědice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S86/2015/VZ-11514/2015/511/BMa ze dne 14. května 2015, ve věci přezkoumání úkonů výše specifikovaného zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem **„Sdružené služby dodávek elektrické energie pro Správu majetku města Vyškova, příspěvková organizace“**, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 22. 10. 2014, kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- **SYNERGY SOLUTION s.r.o**., IČO 28622740, se sídlem Kubelíkova 1224/42, Praha 3 – Žižkov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 10. 4. 2015 Danielem Čekalem, advokátem, zapsaným v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou pod ev.č. 09026, advokátní kancelář AURIXA s.r.o., IČO 03622118, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

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-S86/2015/VZ-11514/2015/511/BMa ze dne 14. května 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 před 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 9. 2. 2015 návrh navrhovatele – SYNERGY SOLUTION s.r.o., IČO 28622740, se sídlem Kubelíkova 1224/42, Praha 3 – Žižkov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 10. 4. 2015 Danielem Čekalem, advokátem, zapsaným v seznamu advokátů vedeném Českou advokátní komorou pod ev. č. 09026, advokátní kancelář AURIXA s.r.o., IČO 03622118, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, (dále jen **„navrhovatel“**), na přezkoumání úkonů zadavatele – Správy majetku města Vyškova, příspěvková organizace, IČO 71248234, se sídlem Mlýnská 737/10, 682 01 Vyškov – Dědice (dále jen **„zadavatel“**), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Sdružené služby dodávek elektrické energie pro Správu majetku města Vyškova, příspěvková organizace“ (dále jen **„veřejná zakázka“**), zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 22. 10. 2014.

2. Dne 14. 1. 2015 zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení (dále jen **„rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení“**). Zadavatel obdržel dne 20. 1. 2015 námitky navrhovatele proti rozhodnutí o zrušení veřejné zakázky ze dne 14. 1. 2015. Rozhodnutí o námitkách ze dne 30. 1. 2015, kterým zadavatel námitkám nevyhověl, bylo navrhovateli doručeno dne 6. 2. 2015. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele

[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.*

o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 9. 2. 2015 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

3. Navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel zrušil zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona, přičemž dle jeho názoru nebyly splněny podmínky pro aplikaci uvedených zákonných ustanovení.

II. Napadené rozhodnutí

4. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 14. května 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S86/2015/VZ-11514/2015/511/BMa (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), kterým rozhodl ve výroku I. tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona tím, že zrušil svým rozhodnutím ze dne 14. 1. 2015 zadávací řízení na veřejnou zakázku, aniž by jím uvedené důvody, tj. vydání rozhodnutí stavebního úřadu ve Vyškově o umístění stavby a stavební povolení pro stavbu „Rekonstrukce zimního stadionu Vyškov, Dědice č.p. 743, Mlýnská 12“ ze dne 29. 10. 2014, a vydání usnesení Rady města Vyškova č. 139-08 ze dne 12. 1. 2015, kterým schválila zrušení předmětné veřejné zakázky, 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 jejímž důsledku odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení, resp. aniž by zadavatelem uvedené důvody představovaly důvody hodné zvláštního zřetele, které se vyskytly v průběhu zadávacího řízení a pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 14. 1. 2015. Výrokem III. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že zadavatel svým rozhodnutím ze dne 14. 1. 2015 zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku s odkazem na § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona, tedy z důvodu že *„odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení v důsledku podstatné změny okolností, které nastaly v době od zahájení zadávacího řízení a které zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani je nezpůsobil, a zároveň se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.“* Za podstatnou změnu okolností a současně za důvod hodný zvláštního zřetele považuje zadavatel vydání rozhodnutí stavebního úřadu Vyškov ze dne 29. 10. 2014 o umístění stavby na stavbu „Rekonstrukce zimního stadionu Vyškov, Dědice č. p. 743, Mlýnská 12“, která obsahuje mj. změnu stavby zimního stadionu včetně technologie. Tato okolnost podle zadavatele je způsobilá ovlivnit dodávku a odběr elektrické energie pro provoz strojovny zimního stadionu, jelikož v případě rekonstrukce zimního stadionu dojde k dramatickému snížení odběru elektrické energie oproti původnímu očekávání, a proto dle sdělení zadavatele nelze po něm žádat, aby v zadávacím řízení dále pokračoval. Další podstatnou změnou okolností, resp. důvodem hodným zvláštního zřetele, je dle zadavatele usnesení Rady města Vyškova ze dne 12. 1. 2015, kterým Rada schválila zrušení předmětného zadávacího řízení. Zadavatel uvádí, že dle bodu 5.2.4. Zásad se musí zadavatel, jakožto příspěvková organizace města Vyškov, usneseními Rady města Vyškov řídit, a proto zrušil zadávací řízení.

6. Na základě shora uvedeného Úřad konstatoval, že změna okolností spočívající ve vydání rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu, v jehož důsledku dojde ke snížení množství zadavatelem odebrané elektrické energie oproti původnímu předpokladu, není změnou okolností natolik podstatnou, aby kvůli ní odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení. Jelikož podmínky uvedené v § 84 odst. 2 písm. d) zákona musí být splněny kumulativně, a jedna z těchto podmínek (odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení) splněna nebyla, Úřad konstatoval, že ve vztahu k důvodu spočívajícímu ve vydání rozhodnutí stavebního úřadu o rekonstrukci zimního stadionu nebylo zrušení zadávacího řízení s odkazem na § 84 odst. 2 písm. d) zákona oprávněné.

7. V daném případě bylo dílčím důvodem zrušení zadávacího řízení vydání usnesení Rady, kterým schválila zrušení zadávacího řízení a kterým současně pověřila ředitele zadavatele k provedení úkonů spojených se zrušením zadávacího řízení a s přípravou nového výběrového řízení. Zadavatel k tomu uvedl, že ředitel zadavatele byl povinen dané usnesení realizovat, jelikož je povinen se usneseními Rady města Vyškova řídit. Skutečnost, že ředitel zadavatele je povinen se dle interního předpisu zřizovatele řídit usneseními Rady zřizovatele, a proto zadávací řízení s odkazem na příslušné usnesení zrušil, však dle názoru Úřadu nemá žádnou věcnou spojitost se zadávacím řízením, s předmětem veřejné zakázky či s reálnou možností jeho realizace. Dle názoru Úřadu by usnesení Rady mohlo mít ve vztahu ke zrušení zadávacího řízení určitou relevanci pouze v případě, kdy by z něj vyplynul konkrétní věcný důvod objektivně zakládající nemožnost dalšího pokračování v zadávacím řízení či nemožnost či nedůvodnost realizace veřejné zakázky, tedy pokud by z něj vyplynuly skutečnosti, které by měly podstatný vliv na průběh zadávacího řízení či předmět veřejné zakázky, a proto by pokračování v zadávacím řízení ztratilo smysl. Úřad však upozorňuje, že zrušení zadávacího řízení a úkony s tím spojené jsou plně v kompetenci zadavatele, proto je třeba, aby to byl zadavatel, kdo posoudí důvody zrušení zadávacího řízení a tyto důvody následně promítne do svého rozhodnutí. Tedy i v případě, že by usnesení Rady obsahovalo konkrétní věcný důvod, na základě něhož by zadavatel mohl zadávací řízení zrušit, nebyl by v souladu se zákonem takový postup zadavatele, kdy by se zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení omezil pouze na sdělení, že předmětné řízení zrušuje, a to s odkazem na usnesení rady města, jímž je povinen se řídit, aniž by však v rozhodnutí uvedl konkrétní věcný důvod pro zrušení plynoucí z předmětného usnesení. Důvody zrušení zadávacího řízení musí být explicitně uvedeny v rozhodnutí zadavatele, přičemž usnesení rady města může být pouze podkladem pro rozhodování zadavatele. V šetřeném případě však faktickým důvodem, pro který zadavatel zrušil zadávací řízení, byla pouhá existence usnesení Rady zřizovatele a konstatování, že zadavatel je povinen se usnesením řídit. Tento důvod však nemá žádnou věcnou spojitost s předmětem veřejné zakázky, je pouze odrazem vnitřního postupu zadavatele, kterým dospěl k rozhodnutí zadávací řízení zrušit, resp. odráží vztah zadavatele s jeho zřizovatelem.

8. Úřad konstatoval, že zadavatelem uváděný důvod pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona, spočívající ve vydání usnesení Rady města, kterým bylo schváleno zrušení zadávacího řízení a nařízeno řediteli zadavatele připravit nové výběrové řízení, nelze v šetřeném případě akceptovat, neboť se nejedná o důvod, jenž by jakkoli věcně souvisel s předmětem veřejné zakázky či se zadávacím řízením a reálně je ovlivňoval.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 29. 5. 2015 obdržel Úřad od zadavatele rozklad z téhož dne, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. Napadené rozhodnutí zadavatel převzal dne 14. 5. 2015. Rozklad byl tedy doručen v zákonné lhůtě.

10. První okruh námitek zadavatel nazval snížení předpokládané spotřeby. Zadavatel konstatuje, že rozhodnutí Stavebního úřadu Městského úřadu ve Vyškově nabylo právní moci dne 15. 11. 2014, tedy až po zahájení zadávacího řízení. Zároveň zadavatel zdůrazňuje, že nelze odhadnout délku a výsledek stavebního řízení. Zadavatel dále upozorňuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S71/2015/VZ-11544/2015/513/EPi ze dne 14. 5. 2015, ve kterém je zadavateli vytýkán zásah do právní jistoty uchazečů, když právní jistota uchazečů je stavěna do pozice absolutního práva a jakýkoli zásah do právní jistoty uchazečů představuje porušení zákona. Napadené rozhodnutí je podle zadavatele nepřezkoumatelné, když zcela absentuje úvaha Úřadu o tom, proč není dána přednost ochraně právní jistoty uchazečů oproti povinnosti nést podnikatelské riziko, jak tomu bylo v zadavatelem zmiňovaném rozhodnutí. Nadto zadavatel upozorňuje, že diametrálně odlišný právní názor na obdobnou problematiku ve dvou rozhodnutích vydaných ve stejný den představuje zásah do legitimního očekávání zadavatele.

11. Zadavatel dále tvrdí, že samotné právní posouzení postupu zadavatele ze strany Úřadu je v rozporu se zákonem. Ze zákona, rozhodovací praxe Úřadu i správních soudů vyplývá, že veřejnou zakázku je možné vysoutěžit v přísnějším režimu než vyžaduje zákon, což je i tento případ. Z výkladu Úřadu zadavatel dovozuje, že může nastat situace, kdy zadavatele bude soutěžit zakázku malého rozsahu v režimu zadávacího řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku a zároveň v obchodních podmínkách, resp. zadávací dokumentaci, stanoví, že přečerpání či nedočerpání smluveného množství nesmí ze strany uchazeče ohrozit žádné sankce a cena za jednotku bude neměnná i v případě přečerpání či nedočerpání. Takový výklad je podle zadavatele zcela absurdní.

12. Podle zadavatele je tedy evidentní, že změna v množství odběru elektrické energie může představovat naplnění třetí podmínky pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. d) zákona, tedy odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení. Posouzení vlivu úbytku odběru elektrické energie na vzájemný poměr zadavatele a dodavatele napadené rozhodnutí podle názoru zadavatele neobsahuje.

13. Druhý okruh námitek zadavatel nazval pokyn Rady města Vyškova. Zadavatel souhlasí s Úřadem potud, že samotné sdělení o zrušení zadávacího řízení s odkazem na usnesení rady města nestačí, neboť zadavatel je povinen zkoumat, zda přijetí takového usnesení je důvodné a souladné se zákonem. Jak vyplývá z vyjádření starosty města Vyškova ze dne 18. 3. 2015, důvod pro vydání pokynu zrušit zadávací řízení spočíval v plánované rekonstrukci zimního stadionu. Zadavatel je toho názoru, že tato skutečnost měla být uvedena v samotném usnesení Rady města Vyškova nebo alespoň v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Podle zadavatele však nelze dovozovat, že absence takové skutečnosti automaticky vede k porušení zákona a nutnosti zrušit rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Podle zadavatele je zřejmé, že absence důvodu sice představuje pochybení, avšak pokud je zadavatel schopen své motivy zpětně prokázat a tyto odpovídají dikci § 84 odst. 2 písm. d) či e) zákona, nemůže tato skutečnost být sama o sobě důvodem pro zrušení rozhodnutí

o zrušení zadávacího řízení Úřadem, když toto by vedlo pouze k formální úpravě pokynu zřizovatele a následnému opětovnému rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.

14. V závěru rozkladu zadavatel konstatuje, že Úřad nepřihlédl k argumentu zadavatele, že veřejnou zakázku zadával ve zjednodušeném podlimitním řízení, i když předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 1,1 mil Kč bez DPH.

Závěr rozkladu

15. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

16. 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.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

17. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 11. 6. 2015 uvedl, že nesouhlasí s názorem uvedeným zadavatelem v rozkladu, že § 84 odst. 2 písm. e) zákona opravňuje zadavatele zadávací řízení zrušit pouze na základě vlastní úvahy. Zrušit zadávací řízení není libovolné právo zadavatele. Zadavatel může, ale také nemusí, zrušit zadávací řízení pouze v případě splnění podmínek § 84 odst. 2 zákona, v daném případě tedy pouze pokud se objeví v průběhu zadávacího řízení důvody zvláštního zřetele hodné.

18. Zadavatel dále tvrdí, že změna odběru elektrické energie představuje natolik podstatnou podmínku, která je důvodem k ukončení v pokračování v zadávacím řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona a jedná se o důvod zvláštního zřetele hodný dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Jak však sám zadavatel uvádí, u vybraných typů dodávek (typicky elektřina) nelze dopředu odhadnout odebrané množství, neboť konečná výše je z velké části dána vyšší mocí, např. počasím v případě zimního stadiónu. Zadavatel dále sám přiznává, že proto vložil do obchodních podmínek ustanovení, které jej chrání před neočekávaným snížením odběru elektřiny. Z výše uvedeného tudíž podle navrhovatele vyplývá, že případné snížení odběru elektrické energie zadavatel předvídal. V daném případě tak ani nemohly být splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. d) zákona. Podmínkou uplatnění tohoto ustanovení je výskyt okolností, které zadavatel nemohl předvídat. Jestliže tyto okolnosti zadavatel sám předvídal a připravil se na ně v zadávacím řízení, nemůže zadavatel ani argumentovat § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Toto ustanovení přiznává právo zrušit zadávací řízení, vyskytnou-li se důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Zadavatel se však připravil na případné snížení spotřeby elektřiny a uzpůsobil tomu zadávací dokumentaci. Bezpochyby tak lze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval i v případě, že nastane případ neočekávaného snížení předpokládané spotřeby, neboť se proti těmto případným situacím chránil příslušnými ustanoveními ve smlouvě, kterou má uzavřít s navrhovatelem.

19. K pokynu zřizovatele navrhovatel uvedl, že pokud byl zadavatel schopen doložit existenci materiálních důvodů pro zrušení výběrového řízení, neměl tak pouze slepě odkazovat na

povinnost respektovat pokyn zřizovatele. V takovém případě bylo jeho povinností tyto materiální důvody v rozhodnutí o zrušení specifikovat. Jedině takové rozhodnutí odpovídá požadavku transparentnosti. Samotný odkaz na rozhodnutí zřizovatele bez odůvodnění je tak naprosto nedostatečný. Bez uvedení materiálních důvodů ani uchazeči nemohou řádně uplatňovat svá práva na případný přezkum v souladu se zákonem. Rozhodnutí zadavatele je tak nepřezkoumatelné. Neuvedení materiálních důvodů pro zrušení řízení je tak v rozporu s § 6 odst. 1 zákona. Jak sám uvádí zadavatel ve svém vyjádření k návrhu z 19. února 2015, zásada transparentnosti slouží k tomu, aby byla možná kontrola zákonného postupu zadavatele a aby se zamezilo neférovým postupům zadavatele, s čímž podle navrhovatele nelze než souhlasit.

20. Navrhovatel proto navrhl, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. 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, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

22. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S86/2015/VZ-11514/2015/511/BMa ze dne 14. května 2015 rozhodl tak jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

23. Nejprve obecně konstatuji, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených § 84 v odst. 2 až 5 zákona.

24. Z ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona vyplývá, že zadavatel je oprávněn zrušit zadávací řízení při současném kumulativním splnění daných podmínek. První podmínkou je, že nastala podstatná (tedy nikoli marginální) změna okolností (a to v době od zahájení zadávacího řízení), kterou může být například přírodní katastrofa či nepřidělení přislíbené dotace apod. Druhou podmínkou je, že v důsledku nastalé podstatné změny okolností odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení, tj. podstatná změna okolností musí mít vztah k předmětu daného zadávacího řízení, a to konkrétně takový, že činí další realizaci předmětu veřejné zakázky za podmínek vymezených v zadávací dokumentaci nedůvodnou. V důsledku této změny by tedy nebylo vhodné ani rozumné pokračovat v zadávacím řízení, které de facto již nemůže naplnit účel, pro který bylo zahájeno. Poslední podmínkou je, že zadavatel danou skutečnost s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani sám nezpůsobil.

25. Pokud jde o ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, ve kterém je uvedena možnost zrušit zadávací řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele, odkazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, ve kterém bylo judikováno, že *„[j]akékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévoli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu, a tedy přesně v duchu výkladu provedeného krajským soudem. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení důvody zvláštního zřetele hodné vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“*

26. Je tedy zřejmé, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, a tedy nezávislé na vůli zadavatele – slovy zákona *„v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“*. Nejvyšší správní soud rovněž konstatoval, *„že jak písm. d) (…), tak i písm. e) citovaného ustanovení § 84 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách obě míří na důvody objektivního rázu, toliko písm. e) je ustanovením „zbytkovým“ – pokrývá ty zbývající (objektivní a na vůli zadavatele nezávislé) důvody, na něž písm. d) svou dikcí nedopadá“* (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010).

27. Vymezení hranic, v jejichž rámci je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení učinila rovněž judikatura Soudního dvora Evropské unie například v rozsudku C-244/02 ve věci Kauppatalo Hansel Oy proti Imatran kaupunki ze dne 16. října 2003, ve kterém je odkazováno na další obdobné rozsudky (např. C-92/00) a kde se Soudní dvůr Evropské unie vyjadřuje k možnosti zadavatele zrušit zadávací řízení při respektování především zásady rovného zacházení s uchazeči, dále stanoví povinnost bezodkladně informovat uchazeče či zájemce o důvodech rozhodnutí nepřidělit zakázku a právo zadavatele rozhodnout se nepřidělit zakázku omezuje na výjimečné případy nebo takové rozhodnutí musí být nutně založeno na vážných důvodech.

28. Zadavatel by tak měl při zvažování zrušení zadávacího řízení podle výše uvedených ustanovení zákona zhodnotit, zda důvody pro zrušení zadávacího řízení splňují všechny zákonem předpokládané podmínky. Současně by zadavatel ke zrušení zadávacího řízení měl přistoupit ve lhůtě bez zbytečného odkladu. Jako oprávněné důvody jsou obecně soudní judikaturou uváděny příklady, kdy např. zadavateli byla na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurs, příp. zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost objektivně nemůže využít, atd. Zde je třeba poznamenat, že dle ustálené judikatury i odborné literatury existuje mezi ustanovením § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona úzká souvislost, a to s ohledem na skutečnost, že podstatná změna okolností podle písm. d) může být zároveň i důvodem zvláštního zřetele hodným podle písm. e) citovaného ustanovení (viz též rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010).

29. Rozhodnutí zadavatele, zda přijetí jiného řešení je nebo není možné, by mělo vycházet z účelu zadávacího řízení. Zadavatel je tedy oprávněn ke zrušení zadávacího řízení přistoupit až v případě, kdy již není možné naplnit účel zadávacího řízení. K tomuto odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74, kde uvádí: „*Protože ZVZ* (zákon, pozn. předsedy Úřadu) *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.“*

30. K účelu zadávacího řízení se rovněž vyjadřuje rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 7. 2009 č. j. 9 Afs 87/2008. „*Účelem zadávacího řízení je zabezpečit hospodářskou soutěž o předmět veřejné zakázky, tedy volnou a efektivní soutěž dodavatelů o zakázky, a tím také dosáhnout efektivního nakládání s prostředky z veřejných rozpočtů, neboť zadavatelé většinou nehospodaří s vlastními finančními zdroji a nemají tedy v obecné rovině žádnou motivaci k tomu, aby postupovali nanejvýš hospodárně.“* Na základě výše uvedeného lze tedy shrnout, že účelem zadávacího řízení je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a to s dodavatelem, který předložil nejvhodnější nabídku v otevřené soutěži, čímž dojde k efektivnímu vynakládání veřejných prostředků. Zadavatel by si tedy před zrušením zadávacího řízení měl rovněž posoudit, zda jsou v jeho případě dány důvody podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zda nelze po zadavateli požadovat, aby pokračoval v zadávacím řízení, neboť již nemůže být naplněn účel zákona a zadávacího řízení.

31. Ze závěrů rozsudků Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 18/2013 – 98, Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 – 109 a judikatury Soudního dvora Evropské unie, vyplývá, že možnost zadavatele zrušit zadávací řízení v případě veřejné zakázky musí být vykládána restriktivně, a to proto, aby bylo zamezeno libovůli veřejného zadavatele. Z toho důvodu správní soudy dospěly k závěru, že neurčitý právní pojem „důvody zvláštního zřetele hodné“ je třeba vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele a nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl zadávacího řízení. Z hlediska konkrétních skutkových stavů tak správní soudy dovodily, že za důvody zvláštního zřetele hodné, pro které je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení, lze považovat např. situace, kdy zadavatel sám zjistí, že svým postupem porušil zákon a jiné opatření k nápravě již není možné přijmout, dále kdy zadavatel nedisponuje dostatečným množstvím finančních prostředků pro dokončení veřejné zakázky z důvodu krácení finančních prostředků v jeho rozpočtu nebo z důvodu nepřiznání či odnětí dotace. Jak je již výše uvedeno k tomuto zrušení je zadavatel

ze zákona povinen přistoupit bez zbytečného odkladu. S ohledem na výše uvedené je však zřejmé, že v každém individuálním případě je třeba zkoumat skutkové okolnosti daného případu a při hodnocení toho, zda byly či nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení vycházet ze smyslu a účelu zákona.

32. Pro srovnání odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 65/2013 – 70 ze dne 15. 10. 2015, kde je uvedeno: *„Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 – 109, vyplývá, že důvody podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách musí být „důvody objektivními, nastalými a působícími vně zadavatele“. Pokud by krajský soud akceptoval výklad žalovaného, že § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách představuje rozšíření zadavatelovy možnosti zrušit zadávací řízení na jakékoli jiné situace, v nichž podle uvážení zadavatele on sám na základě existence i jeho „vnitřních důvodů“ nemá zájem v zadávacím řízení pokračovat, znamenalo by to, že by se tím dostal do rozporu se samotným smyslem přísné konstrukce toliko výjimečných a objektivních důvodů, na nichž je § 84 zákona o veřejných zakázkách vystavěn. Znamenalo by to tedy, že by zadavatel mohl veškeré ostatní důvody vyjmenované v § 84 zákona o veřejných zakázkách až do uzavření smlouvy na plnění, které představuje veřejnou zakázku, fakticky obejít vlastní úvahou o svých subjektivních důvodech (pro něj samotného důvodu zvláštního zřetele hodných)…“.*

33. Aby mohlo být konstatováno, že zadavatel zrušil zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 2 písm. d) nebo e) zákona, je nutné prokázat, že v průběhu zadávacího řízení došlo k podstatné změně okolností, které zadavatel nemohl předvídat a ani je sám nezpůsobil, resp. je nutné identifikovat důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Dále je též nutné, aby tyto důvody a okolnosti vstoupily do sféry zadavatele zvnějšku, resp. aby stály mimo sféru vlivu zadavatele.

34. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 14. 1. 2015 zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku s odkazem na § 84 odst. 2 písm. d) a e) zákona. V rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení za podstatnou změnu okolností a současně za důvod hodný zvláštního zřetele považoval vydání rozhodnutí stavebního úřadu Vyškov ze dne 29. 10. 2014 o umístění stavby na stavbu „Rekonstrukce zimního stadionu Vyškov, Dědice č. p. 743, Mlýnská 12“, která obsahuje mj. změnu stavby zimního stadionu včetně technologie. Tato okolnost podle zadavatele je způsobilá ovlivnit dodávku a odběr elektrické energie pro provoz strojovny zimního stadionu, jelikož v případě rekonstrukce zimního stadionu dojde k dramatickému snížení odběru elektrické energie oproti původnímu očekávání, a proto dle zadavatele po něm nelze žádat, aby v zadávacím řízení dále pokračoval. Další podstatnou změnou okolností, resp. důvodem hodným zvláštního zřetele, je dle zadavatele usnesení Rady města Vyškova ze dne 12. 1. 2015, kterým Rada schválila zrušení předmětného zadávacího řízení. Zadavatel uvádí, že dle bodu 5.2.4. Zásad se musí zadavatel, jakožto příspěvková organizace města Vyškov, usneseními Rady města Vyškov řídit, a proto zrušil zadávací řízení. Zadavatel tedy důvody pro zrušení zadávacího řízení vztahuje jak písmenu d), tak k písmenu e) ustanovení § 84 odst. 2 zákona.

35. Přezkoumal jsem tedy zadavatelem tvrzené důvody nejprve ve vztahu k ust. § 84 odst. 2 písm. d) zákona a následně ve vztahu k ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona. V daném případě Úřad při posouzení, zda byly naplněny podmínky podle § 84 odst. 2 písm. d) zákona, dospěl k závěru, že důvod uvedený zadavatelem pro zrušení zadávacího řízení není důvodem, pro

který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. S tímto posouzením Úřadu jsem se ztotožnil, a to z následujících důvodů.

36. Zadavatel poptával určité množství elektrické energie. Lze souhlasit se zadavatelem v tom, že nastala v průběhu zadávacího řízení změna okolností spočívající v tom, že zadavatel může očekávat snížení spotřeby elektrické energie. Úřad dospěl k závěru, že tato změna okolností však není taková, aby naplnila podmínku, že se nejedná o důvod, pro který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Aby se totiž jednalo o takovýto důvod, musí se tento vztahovat k zadavateli, respektive k předmětu veřejné zakázky. V daném případě se tento zadavatelem tvrzený důvod vztahuje k dodavateli elektrické energie, kdy zadavatel má dojem, že by jej postavil do nerovné pozice vůči sobě.

37. Podle zadavatele je evidentní, že změna v množství odběru elektrické energie může představovat naplnění třetí podmínky pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. d) zákona, tedy odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení. S tímto tvrzením však nelze souhlasit, neboť na straně zadavatele přetrvává potřeba dodávek elektrické energie. Tudíž předmět veřejné zakázky se nestal nevyhovujícím, nadbytečným či jej z jiných důvodů zadavatel již nechce či nepotřebuje. Naopak zadavatel elektrickou energii potřebuje, a protože není možné spotřebu odhadnout přesně, upravil podle toho podmínky smlouvy (viz bod 43 tohoto rozhodnutí), tudíž není relevantní jaké množství elektrické energie odebere, ať už měsíčně nebo ročně. Důvod pro pokračování v zadávacím řízení tudíž neodpadl, když zadavatel i nadále potřebuje, aby byla dodávána elektrická energie do předmětných odběrných míst. Pro úplnost doplňuji, že to je zřejmé i z pokynu, který zadavatel obdržel od zřizovatele, že po zrušení předmětné veřejné zakázky má vypsat veřejnou zakázku novou, a to s totožným předmětem plnění. Nelze tedy dát za pravdu zadavateli, že by důvod pro pokračování v zadávacím řízení nebyl dán, a že by tím byla naplněna podmínka § 84 odst. 2 písm. d) zákona pro zrušení zadávacího řízení.

38. Zadavatel dále namítal, že úbytek odběru elektrické energie má vliv na vzájemný poměr zadavatele a dodavatele, a že Úřad tuto skutečnost neposoudil. K tomuto uvádím, že Úřad se vzájemným poměrem zadavatele a dodavatele zabýval, zejména v bodě 51 a 55 napadeného rozhodnutí. Pokud si zadavatel v obchodních podmínkách stanovil možnost přečerpání či nedočerpání smluveného množství tak, že nesmí ze strany uchazeče hrozit žádné sankce a cena za jednotku bude neměnná i v případě přečerpání či nedočerpání, pak je vzájemný poměr zadavatele a dodavatele upraven dostatečně jasně tak, aby i dodavateli bylo zřejmé, že do smluvního vztahu vstupuje s možností nižšího odběru elektrické energie. Před uzavřením smlouvy zadavatel mohl objasnit dodavateli změnu okolností, ke kterým ještě před uzavřením smlouvy došlo, a navrhovateli by byla dána tímto možnost smlouvu za těchto podmínek neuzavřít. Vliv úbytku odběru elektrické energie na vzájemný poměr zadavatele a dodavatele nelze shledat podstatným pro důvody uváděné zadavatelem ke zrušení zadávacího řízení s ohledem na skutečnost, jak byla nastavena smlouva a obchodní podmínky.

39. Pro úplnost dodávám, že odběrného místa Aquapark Vyškov se tato změna nijak nedotkla. Jedná se pouze o předpokládané snížení objemu odebrané elektrické energie na odběrném místě Zimní stadion Vyškov, které činí cca 54 % předmětu veřejné zakázky. Zadavatel předpokládá pokles odběru elektrické energie po zahájení rekonstrukce z 530 MWh na 170 MWh. Takto to vyplývá z výzvy pro podání nabídek a z vyjádření zadavatele ze dne

19. 3. 2015. V rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení však zadavatel uvedl, že *„Zimní stadion odebírá 400 MWh za rok, což činí 40,61 % veřejné zakázky.“* Z uvedeného lze usuzovat, že předpokládaný odhad spotřeby elektrické energie je velmi hrubý a množství odebrané elektrické energie může patrně velmi kolísat (a to nejen s ohledem na počasí), když ani sám zadavatel neví, zda je předpokládaný odběr za rok 530 MWh či 400 MWh.

40. Ke splnění podmínek § 84 odst. 2 písm. d) zákona uzavírám, že změna okolností spočívající ve vydání rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu, v jehož důsledku dojde ke snížení množství zadavatelem odebrané elektrické energie oproti původnímu předpokladu, není takovou změnou okolností, aby pro ni odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení. Jelikož podmínky uvedené v § 84 odst. 2 písm. d) zákona musí být splněny kumulativně, a jedna z těchto podmínek (odpadnutí důvodů pro pokračování v zadávacím řízení) splněna nebyla, ve vztahu k tvrzenému důvodu zrušení zadávacího řízení, spočívajícímu ve vydání rozhodnutí stavebního úřadu o rekonstrukci zimního stadionu, nebylo zrušení zadávacího řízení s odkazem na § 84 odst. 2 písm. d) zákona učiněno v souladu se zákonem.

41. Zadavatel v témže důvodu spočívajícímu ve vydání rozhodnutí na rekonstrukci zimního stadionu spatřuje důvod pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. e) zákona, k čemuž uvádím následující. Jednou z charakteristik důvodu hodného zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona je existence objektivního rizika pro případ, že by zadavatel zadávací řízení nezrušil, přičemž toto riziko by za týchž či srovnatelných okolností představovalo stejně závažný a objektivní důvod i pro jinou osobu v témže nebo srovnatelném postavení jako zadavatel, a s ohledem na toto riziko nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

42. Zadavatel argumentuje ustanovením § 1765 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„občanský zákoník“**), kde se stanoví, že dojde-li ke změně okolností tak podstatné, že změna založí v právech a povinnostech stran zvlášť hrubý nepoměr znevýhodněním jedné z nich buď neúměrným zvýšením nákladů plnění, anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění, má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně obnovení jednání o smlouvě, prokáže-li, že změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou. Uplatnění tohoto práva neopravňuje dotčenou stranu, aby odložila plnění. Argumentace zadavatele tímto ustanovením je lichá, a to z toho důvodu, že zadavateli změna okolností byla známa již před uzavřením smlouvy, tudíž mohl dodavatele s touto změnou seznámit před uzavřením smlouvy a vyhnout se tak případné hrozbě použití tohoto ustanovení (podrobněji rozebráno níže).

43. Smlouvou o sdružených službách dodávky elektřiny na hladině nízkého a vysokého napětí (dále jen **„Smlouva“**) bylo v čl. III sjednáno, *že „Obchodník se zavazuje dodat celkové množství elektřiny (CQ) v níže uvedené toleranci.“*, přičemž tato tolerance je pro měsíční odběr +/- 100 % a pro roční odběr +/- 100 %. Pokud tedy byl takto nastaven vztah mezi zadavatelem a dodavatelem již od počátku, nemůže se zadavatel nyní odvolávat na možnost vzniku nepoměru ve vztahu zadavatele a dodavatele v důsledku předpokládaného snížení množství odběru elektrické energie. Takto nastavený vztah zadavatele a dodavatele je pak dále rozebrán i v obchodních podmínkách, přičemž odkazuji na bod 50 napadeného rozhodnutí, kde se Úřad tímto zabýval. Ve Smlouvě tedy byly ošetřeny veškeré možné výkyvy v odběru elektřiny jak za měsíc, tak za rok, a to v toleranci od nuly do dvojnásobku

předpokládaného množství odběru. Zadavatel se tudíž nemůže odvolávat na „hrozbu“ sníženého odběru, když na tuto možnost pamatuje Smlouva, a to bez jakýchkoli sankcí či znevýhodněné pozice pro zadavatele či dodavatele. Nelze souhlasit se zadavatelem, že by se uzavřením smlouvy vystavil riziku postihu dle občanského zákoníku, neboť s ohledem na znění Smlouvy by nedošlo k naplnění hypotézy § 1765 občanského zákoníku.

44. Zadavatel konstatuje, že rozhodnutí Stavebního úřadu Městského úřadu ve Vyškově nabylo právní moci dne 15. 11. 2014, tedy až po zahájení zadávacího řízení. Toto konstatování samo o sobě není námitkou vůči napadenému rozhodnutí. Pokud jím však měl zadavatel na mysli, že jím zmiňované rozhodnutí nabylo právní moci až po zahájení zadávacího řízení a on tak již nemohl promítnout snížení předpokládané spotřeby ve specifikaci předmětu veřejné zakázky ve výzvě pro podání nabídek, pak uvádím, že zřizovatel zadavatele požádal dne 18. 8. 2014 Stavební úřad Městského úřadu ve Vyškově o vydání územního rozhodnutí a stavebního povolení pro stavbu „Rekonstrukce zimního stadionu Vyškov, Dědice č. p. 743, Mlýnská 12“ (dále jen **„rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu“**). Zadavatel zadávací řízení zahájil odesláním výzvy k podání nabídek ze dne 22. 10. 2014. Otevírání obálek proběhlo dne 10. 11. 2014. Dne 15. 11. 2014 nabylo právní moci rozhodnutí stavebního úřadu, jež bylo vydáno dne 29. 10. 2014. Dne 19. 11. 2014 rozhodl zadavatel o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Na základě námitek navrhovatele ze dne 24. 11. 2014 zadavatel zrušil rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. Zadavatel rozhodl dne 14. 1. 2015 o zrušení zadávacího řízení. Zadavatel se v době nabytí právní moci rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu nacházel ve fázi zadávacího řízení před opětovným posouzením a hodnocením nabídek. Z této časové osy je zřejmé, že zadavateli byla změna okolností spočívající ve vydání rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu a s tím spojený pokles odběru elektrické energie znám nejpozději několik dní po otevírání obálek. Jak již uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí, zadavateli tedy nic nebránilo, aby v průběhu kontraktace upozornil na tuto změnu, čímž by vyloučil možnost navrhovatele se po uzavření smlouvy domáhat obnoveného jednání o smlouvě podle § 1765 odst. 1 občanského zákoníku, na nějž se zadavatel v rámci své argumentace odvolává, neboť podmínkou aplikace tohoto ustanovení je, aby se dotčená strana (tj. v daném případě navrhovatel) o podstatné změně okolností dozvěděla až po uzavření smlouvy. V případě, že by navrhovatel odmítl do smluvního vztahu se zadavatelem za změněných podmínek vstoupit, byl by zadavatel oprávněn postupovat podle § 82 odst. 4 zákona a vést proces uzavírání smlouvy s uchazečem, který se umístil jako druhý (resp. třetí) v pořadí, případně by mohl zadavatel zadávací řízení oprávněně zrušit dle § 84 odst. 1 písm. c), resp. dle § 84 odst. 2 písm. c) zákona. Zároveň zdůrazňuji, že Smlouva a obchodní podmínky byly nastaveny tak, aby se nedočerpání či přečerpání nijak neprojevilo ani na sazbě za elektrickou energii ani v podobě jakýchkoli sankcí, a to v toleranci +/- 100 % měsíčně/ročně.

45. Nad rámec uvádím, že předpokládaný úbytek měl nastat až po zahájení rekonstrukce (podle slov zadavatele). Přitom zadavateli muselo být zřejmé, že v okamžiku nabytí právní moci rozhodnutí o rekonstrukci zimního stadionu (polovina listopadu 2014), se ještě nedá hovořit o tom, že by byla zahájena předmětná rekonstrukce, neboť tomuto předchází řada časově náročných kroků. Rekonstrukce zimního stadionu nebyla zahájena, neboť v průběhu roku 2015 bylo zjištěno, že je neproveditelná s ohledem na technický stav a bylo rozhodnuto o postavení nového zimního stadionu, přičemž k realizaci dosud nebylo přistoupeno. Podotýkám, že sám zadavatel uvedl časové určení *„po zahájení rekonstrukce“*, přičemž

v současné době (květen 2016) si už město Vyškov zvolilo v jakém zadávacím řízení vyhlásí veřejnou zakázku na výstavbu nového zimního stadionu (http://vyskovskyzpravodaj.cz/2016/05/01/vyskov-si-zvolil-cestu-koncesniho-rizeni-pri-vystavbe-noveho-zimniho-stadionu/). Jinými slovy na odběrném místě Zimní stadion Vyškov do dnešního dne nepoklesla spotřeba elektrické energie, neboť nebyla (a nebude) zahájena rekonstrukce. Obavy zadavatele, respektive zadavatel byl podle svých slov *„veden předběžnou opatrností a snahou o co nejvyšší míru smluvní jistoty“*, byly nedůvodné. Jinými slovy důvody, které vedou zadavatele ke zrušení zadávacího řízení, by měly být důvody objektivními a skutečnými, které nastaly, ne pouhými domněnkami. Zadavatelem uvedený důvod pro zrušení zadávacího řízení není možné shledat důvodem objektivním a relevantním.

46. K naplnění podmínek pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. e) zákona uzavírám, že zadavatelem tvrzený důvod spočívající ve vydání rozhodnutí na rekonstrukci zimního stadionu nepředstavuje pro zadavatele objektivní důvod, pro něž by po něm nebylo možné požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, tedy nepředstavuje naplnění podmínek pro aplikaci § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jak vyplývá z výše uvedeného.

47. Zadavatel dále uvedl v rozhodnutí o zrušení veřejné zakázky druhý důvod pro zrušení zadávacího řízení následovně: *„Další podstatnou změnou okolností, která nastala v době od zahájení zadávacího řízení a kterou zadavatel s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, je usnesení Rady města Vyškova č. 139 – 08 z jednání 3. schůze konané dne 12.01.2015, která schválila zrušení výše uvedeného výběrového řízení. Dle platných „Zásad vztahů mezi městem Vyškov a jím zřízenými příspěvkovými organizacemi“, bod 5.2.4 se musí Správa majetku města Vyškova, příspěvková organizace usnesením Rady města Vyškova, jako podřízená organizace, řídit. Nelze přitom přehlédnout, že na podzim roku 2014 proběhly volby do zastupitelstva zřizovatele zadavatele – výsledek této objektivní skutečnosti nemohl zadavatel předvídat, ačkoli měla dopad ve vztahu k rekonstrukci zimního stadionu.“*

48. Ke druhému zadavatelem uváděnému důvodu pro zrušení zadávacího řízení spočívajícímu ve schválení usnesení Radou města Vyškova, respektive k druhému okruhu námitek zadavatele, uvádím následující. Základem pro skutková zjištění Úřadu při právním posouzení zákonnosti úkonu zadavatele – rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení – jsou samotné důvody, které zadavatel formuluje právě ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Zadavatel je oprávněn zrušit zadávací řízení jen za zákonem stanovených podmínek, a při formulaci důvodů, pro které zrušil zadávací řízení, je povinen dodržovat zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona. Ze zásady transparentnosti pak vyplývá požadavek na jednoznačné, konkrétní, a tím i přezkoumatelné rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, aby se s důvody zrušení mohli seznámit zájemci či uchazeči a následně ve správním řízení (případně při prošetřování podnětu) také Úřad. Dle ustanovení § 84 odst. 8 zákona je zadavatel povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Zadavatel není oprávněn důvody, pro které ruší zadávací řízení, ex post doplňovat o důvody další či měnit důvody, které uvedl v rozhodnutí, ani jakkoliv je dotvářet. K tomu uvádím, že zadavatel je povinen uvést všechny okolnosti, kterými odůvodňuje zrušení zadávacího řízení, právě v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Pozdější a jiné odůvodnění zrušení

zadávacího řízení je právně irelevantní. K tomu pro srovnání odkazuji na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 18/2013 ze dne 8. 12. 2014, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 263/2014 ze dne 5. 8. 2015. V těchto rozsudcích se soudy vyjádřily v tom smyslu, že Úřad není oprávněn přihlížet k důvodům, které zadavatel tvrdí až v průběhu správního řízení, a které nebyly uvedeny v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Pokud tedy zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení neuvedl důvody, které jej ke zrušení zadávacího řízení vedly a pouze odkázal na usnesení Rady města Vyškova, je takovéto rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť z něj nelze seznat, pro jaké důvody zadavatel přistoupil ke zrušení zadávacího řízení. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl jako podstatnou změnu okolností existenci usnesení Rady města Vyškova, která rozhodla o zrušení zadávacího řízení, přičemž se zadavatel tímto usnesením cítí být vázán. Tato vázanost se však promítá do vnitřních postupů zadavatele, v rámci kterých musí rozhodnout, jakým způsobem zajistit splnění úkolu svého zřizovatele. Povinnost řádně odůvodnit zrušení zadávacího řízení zůstává na zadavateli a samotné důvody musí být přezkoumatelné jak ze strany uchazečů o veřejnou zakázku, tak následně Úřadu. V samotném rozhodnutí o zrušení je tak třeba důvody, pro které je veřejná zakázka rušena konkretizovat a existence pokynu, kterým je zadavatel případně vázán nepostačí, neboť důvody zrušení se musí vztahovat k veřejné zakázce a musí obstát z pohledu zákona a soudní judikatury. Není tak rozporována vázanost zadavatele pokynem jeho zřizovatele, ale to, jakým způsobem zadavatel promítl zřizovatelovy pohnutky, pro něž má za to, že nelze v zadávacím řízení pokračovat, v rozhodnutí o zrušení.

49. Zadavatel spatřuje podstatnou změnu okolností v usnesení Rady města Vyškova. S odkazem na výše uvedenou judikaturu konstatuji, že v pouhém vydání usnesení Rady města Vyškova nelze shledat podstatnou změnu okolností, která má takový vztah k předmětu zadávacího řízení, že činí realizaci předmětu veřejné zakázky za podmínek vymezených v zadávací dokumentaci nedůvodnou a v důsledku této změny by tedy nebylo vhodné ani rozumné pokračovat v zadávacím řízení, které de facto již nemůže naplnit účel, pro který bylo zahájeno. Zadavatel nikterak dále nerozvedl tento jím uvedený důvod pro zrušení zadávacího řízení. Pokud by jím měla být rekonstrukce zimního stadionu, jak lze dovodit z rozkladu, pak je o tomto důvodu pro zrušení zadávacího řízení pojednáno podrobně výše. Sám zadavatel v rozkladu uvádí následující: *„Zadavatel souhlasí s Úřadem potud, že samotné sdělení o zrušení zadávacího řízení s odkazem na usnesení rady města nestačí, neboť zadavatel je povinen zkoumat, zda přijetí takového usnesení je důvodné a souladné se ZVZ. Jak vyplývá z vyjádření starosty města Vyškova ze dne 18. 3. 2015, důvod k vydání pokynu zrušit zadávací řízení spočíval v plánované rekonstrukci zimního stadionu. Je pravdou, že tato skutečnost měla být uvedena v samotném usnesení Rady města Vyškova nebo alespoň v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.“* K tomuto jen pro úplnost opakuji, že důvody pro zrušení musí zadavatel vždy uvést v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

50. Podle zadavatele *„Je zřejmé, že absence důvodu (rekonstrukce zimního stadionu a následné snížení odběru) v usnesení rady města sice představuje pochybení, avšak pokud je zadavatel, resp. zřizovatel, schopen jeho motivy zpětně prokázat a tyto odpovídají dikci ust. § 84 odst. 2 písm. d) či e) ZVZ, nemůže tato skutečnost být sama o sobě důvodem k zásahu Úřadu v podobě zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, když toto by vedlo pouze k formální úpravě pokynu zřizovatele a následnému opětovnému rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.* K této námitce zadavatele odkazuji na předchozí odstavce tohoto

rozhodnutí. Z výše uvedeného vyplývá nedůvodnost námitky zadavatele, když zpětné prokazování důvodů pro zrušení zadávacího řízení je irelevantní pro posouzení dané věci.

51. Zadavatel dále upozorňuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S71/2015/VZ-11544/2015/513/EPi ze dne 14. 5. 2015, ve kterém je zadavateli vytýkán zásah do právní jistoty uchazečů, když právní jistota uchazečů je stavěna do pozice absolutního práva. Napadené rozhodnutí je podle zadavatele *„nepřezkoumatelné, když zcela absentuje úvaha Úřadu o tom, proč není dána přednost ochraně právní jistoty uchazečů oproti povinnosti nést podnikatelské riziko“*, jak tomu bylo v zadavatelem zmiňovaném rozhodnutí. Nadto zadavatel upozorňuje, že diametrálně odlišný právní názor na obdobnou problematiku ve dvou rozhodnutích vydaných ve stejný den představuje zásah do legitimního očekávání zadavatele. K těmto námitkám konstatuji, že zadavatel dezinterpretuje odůvodnění jím citovaného rozhodnutí. Úřad v citovaném rozhodnutí uvedl, že *„Přestože zákon dává zadavateli možnost v taxativně stanovených případech zadávací řízení zrušit, nesmí být toto oprávnění k újmě právní jistoty uchazečů. K výkladu ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, je proto nutné přistupovat restriktivně a jeho použití řádným a dostatečným způsobem odůvodnit. Úřad na základě uvedených skutečností konstatuje, že rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení nebylo řádně podloženo důkazy (např. předložení pevně stanoveného rozpočtu). Tyto důkazy měl zadavatel předložit přímo v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, jak uvádí i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 8. 12. 2014 sp. zn. 31 Af 18/2013-98. Úřad nezpochybňuje nutnost zadavatele postupovat v zadávacím řízení efektivně a s péčí řádného hospodáře. Zadavatel je však povinen zohlednit právní jistotu dodavatelů účastnících se zadávacího řízení, k jejíž újmě nemohou být ani deklarované povinnosti zadavatele vůči zřizovateli.“* Z citace nikterak nevyplývá, že by Úřad stavěl právní jistotu uchazečů do pozice absolutního práva. Pokud by tomu tak bylo, zadavatel by nemohl nikdy zrušit zadávací řízení. Úřad v citovaném rozhodnutí uvedl, že je potřeba důvody pro zrušení zadávacího řízení uvedené v zákoně vykládat restriktivně tak, aby zadavatelé nerušili zadávací řízení libovolně, a to právě s ohledem na právní jistotu uchazečů. Zadavatel, pokud se rozhodne využít možnosti zrušit zadávací řízení, jež mu dává zákon, pak musí nejen naplnit důvody pro zrušení zadávacího řízení, ale musí je rovněž uvést v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a tyto náležitě odůvodnit (k důvodům uvedeným v průběhu správního řízení nesmí Úřad přihlížet). Právě uvedené je pak způsobilé prolomit právní jistotu uchazečů. Úřad jak v napadeném, tak v citovaném rozhodnutí zkoumal důvody pro zrušení zadávacího řízení, tak jak je zadavatel uvedl ve svých rozhodnutích o zrušení zadávacího řízení, zda tyto důvody naplňují dikci zákona a restriktivní výklad vyžadovaný judikaturou. Neshledal jsem tedy, že by v napadeném a citovaném rozhodnutí byly obsaženy diametrálně odlišné právní názory na obdobnou problematiku.

52. Podle názoru zadavatele *„dle výkladu Úřadu tedy může nastat situace, kdy zadavatel bude soutěžit zakázku malého rozsahu (např. dodávky elektrické energie) v režimu zadávacího řízení pro nadlimitní veřejnou zakázku, a zároveň v obchodních podmínkách, resp. zadávací dokumentaci, stanoví, že přečerpání či nedočerpání smluveného množství nesmí ze strany uchazeče hrozit žádné sankce a cena za jednotku bude neměnná i v případě přečerpání či nedočerpání. Takový výklad je však zcela absurdní a popírá základní principy, na kterých ZVZ stojí, neboť by došlo k nepřiměřenému zásahu (na rozdíl od v Rozhodnutí II.* [jak označuje zadavatel v předchozím odstavci citované rozhodnutí, pozn. předsedy Úřadu] *řešené situace) do právní jistoty dodavatele…“*. K námitce zadavatele uvádím, že je rozhodnutím zadavatele,

jestli zvolí přísnější režim zadávacího řízení, než je povinen podle zákona a zároveň je na zadavateli jaké si nastaví obchodní podmínky. K názoru zadavatele, že předestřený výklad je absurdní, konstatuji, že zadavatel tento jím nastíněný postup využil při zadávání předmětné veřejné zakázky pouze s tím rozdílem, že zakázku malého rozsahu zadával v režimu zadávacího řízení pro podlimitní veřejnou zakázku a zároveň v obchodních podmínkách, resp. zadávací dokumentaci, stanovil, že přečerpání či nedočerpání smluveného množství nesmí ze strany uchazeče ohrozit žádné sankce a cena za jednotku bude neměnná i v případě přečerpání či nedočerpání a sám to nyní v rozkladu předestírá jako absurdní výklad. Námitka je nedůvodná, neboť nic nebrání zadavateli zadávat předmět veřejné zakázky v přísnějším režimu zadávacího řízení než vyžaduje zákon, pokud však dodrží zákonem stanovený postup a zároveň je zcela na zadavateli jaké si nastaví obchodní podmínky. Zároveň nelze přesněji dovodit, jak uvedeným tvrzením zadavatel rozporuje napadené rozhodnutí. Ve vztahu k *„situaci řešené v Rozhodnutí II.“* odkazuji na předchozí odstavec.

53. V závěru rozkladu zadavatel konstatuje, že Úřad nepřihlédl k argumentu zadavatele, že veřejnou zakázku zadával ve zjednodušeném podlimitním řízení, i když předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 1,1 mil Kč bez DPH. Z tohoto argumentu zadavatele není zřejmé, v jakém smyslu k němu měl Úřad přihlížet. Zadavatel sám zvolil přísnější režim pro zadávací řízení, než byl podle zákona povinen. Pokud se takto rozhodl, je povinen (podle § 26 odst. 5 zákona) se řídit postupem platným pro zadávací řízení, které si zvolil. Volba zadávacího řízení nemá vliv na skutečnost, že zadavatel při svém postupu nedodržel zákon.

54. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda v daném případě zadavatel postupoval v souladu se zákonem či nikoli. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že nebyly splněny podmínky pro zrušení zadávacího řízení zadavatelem, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, a proto uložil nápravné opatření.

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 zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

56. 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. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Správa majetku města Vyškova, příspěvková organizace, Mlýnská 737/10, 682 01 Vyškov – Dědice
2. Daniel Čekal, advokát, advokátní kancelář AURIXA s.r.o., Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1

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