



UOHSX00EGGSC

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0466/2015/VZ

Brno 16.02.2021

Číslo jednací: ÚOHS-05929/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 30. 7. 2015, na návrh ze dne 27. 7. 2015, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 6. 2015 obchodní společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,
- navrhovatel – MASTER IT Technologies, a.s., IČO 27851931, se sídlem Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 2. 11. 2020 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, ev. č. ČAK 14811, se sídlem Šumavská 519/35, 602 00 Brno,

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

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – MASTER IT Technologies, a.s., IČO 27851931, se sídlem Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava – ze dne 27. 7. 2015 **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – Moravská Ostrava (dále též jen „**zadavatel**“), ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 22. 6. 2015 obchodní společností MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno – zahájil otevřené řízení na veřejnou zakázku „Podpora veřejné dopravy“ odesláním oznámení o zakázce do Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2014, jež bylo uveřejněno dne 17. 9. 2014 pod ev. č. zakázky 493190, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 11. 2014, 26. 11. 2014 a 26. 12. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení o zakázce uveřejněno dne 19. 9. 2014 pod č. 2014/S 180-317155, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 11. 2014, 28. 11. 2014 a 30. 12. 2014, a jehož zrušení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno 9. 7. 2015 a uveřejněno 10. 7. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 15. 7. 2015 pod č. 2015/S 134-247031 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Hlavním cílem projektu, v rámci něhož je veřejná zakázka zadávána, je podle oznámení o zakázce vybudování centrálního řízení dopravy v Ostravě, které umožní preferovat městskou hromadnou dopravu. Předmětem plnění veřejné zakázky je pak dodávka radičů světelné signalizace, vybudování dopravní ústředny a dopravního centra, poskytnutí SW pro modelování dopravy a poskytování servisních služeb.
3. Podle bodu 4.1. návrhu smlouvy o vybudování centrálního řízení dopravy a poskytování služeb (dále jen „**návrh smlouvy**“ nebo „**smlouva**“) zadavatel požadoval provedení díla nejpozději do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy. V případě, že by smlouva nabyla účinnosti až po 28. 2. 2015, pak dle návrhu smlouvy „*bere zhotovitel na vědomí, že dílo musí být provedeno (akceptováno bez výhrad) nejpozději do 31. 8. 2015 z důvodu dodržení termínu poskytovatele dotace*“. Pro případ nabytí účinnosti smlouvy po 28. 2. 2015 byl objednatel oprávněn od smlouvy odstoupit, pokud od zhotovitele neobdrží jednoznačnou garanci toho, že je schopen řádně provést dílo v hraničním termínu do 31. 8. 2015.
4. V průběhu zadávacího řízení navrhl navrhovatel zadavateli nové znění harmonogramu plnění, který počítal s realizací veřejné zakázky ve lhůtě 5 měsíců s termínem ukončení realizace do 30. 11. 2015 (dále jen „**návrh dodatku č. 1 smlouvy**“).
5. Dne 1. 7. 2015 zastupitelstvo statutárního města Ostrava na svém 7. zasedání zrušilo podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, otevřené řízení ve věci významné veřejné zakázky „Podpora veřejné dopravy“ z důvodu nemožnosti realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015.

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

Zadavatel dospěl k závěru, že ve lhůtě 2 měsíců (od 1. 7. 2015 do 31. 8. 2015) není objektivně možné předmět veřejné zakázky řádně splnit při zachování všech smluvních podmínek. Uchazečům o veřejnou zakázku bylo rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení včetně odůvodnění zasláno oznámením ze dne 3. 7. 2015.

6. Proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení podal navrhovatel – MASTER IT Technologies, a.s., IČO 27851931, se sídlem Výstavní 1928/9, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava (dále jen „**navrhovatel**“), ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 2. 11. 2020 Mgr. Markem Šimkou, advokátem, ev. č. ČAK 14811, se sídlem Šumavská 519/35, 602 00 Brno – námitky ze dne 8. 7. 2015, které byly zadavateli doručeny 9. 7. 2015. Zadavatel svým rozhodnutím ze dne 13. 7. 2015, které navrhovatel obdržel 20. 7. 2015, podaným námitkám nevyhověl.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel s rozhodnutím zadavatele o námitkách nesouhlasil, podal návrh ze dne 27. 7. 2015 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“). Uvedený návrh Úřad obdržel dne 30. 7. 2015 a tímto dnem bylo zahájeno toto správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Obsah návrhu ze dne 27. 7. 2015

8. Navrhovatel ve svém návrhu uvádí, že zadávací řízení bylo zrušeno podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, tj. z důvodu, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Navrhovatel má za to, že zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení účelově specifikoval, že smlouva počítá s realizací zakázky do termínu 31. 8. 2015 a následně v odůvodnění rozhodnutí „hledá“ technické důvody, že se realizace předmětu výběrového řízení nedá stihnout ve stanoveném termínu. Navrhovatel poukazuje na konkrétní ustanovení smlouvy o dílo, jež se týkají splnění díla, resp. termínu poskytnutí dotace ze strany poskytovatele. Podle navrhovatele riziko prodloužení na jakékoli zakázce vždy existuje, což však neznamená, že toto riziko může někdo zneužít jako protizákonný důvod pro zrušení výběrového řízení.
9. Navrhovatel ve vztahu k zadavateli avizoval, že je připraven postupovat v souladu se smlouvou a v případě svého prodloužení plnit své závazky vyplývající ze smlouvy (sankce z prodloužení). Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel s ním jako s vybraným uchazečem chtěl podepsat smlouvu, o čemž svědčí skutečnost, že 29. 4. 2015 zastupitelstvo zadavatele schválilo podpis smlouvy za splnění určitých podmínek, mj. za souhlasu poskytovatele dotace na daný projekt. Poskytovatel dotace vyslovil souhlas s postupem zadavatele a termín realizace projektu prodloužil do 31. 12. 2015. Následně zástupce zadavatele poslal navrhovateli dne 26. 5. 2015 email se sdělením, že bude připraven podepsat smlouvu ihned po uplynutí termínu 30. 6. 2015. Zadavatel aktivně jednal s navrhovatelem o podpisu smlouvy, případně o podpisu dodatku.
10. Navrhovatel dále sděluje, že dne 1. 7. 2015 zastupitelstvo zadavatele rozhodlo o zrušení zadávacího řízení z důvodu nemožnosti realizace plnění do 31. 8. 2015. Zastupitelstvo samo rozhodlo, že realizace je nemožná v termínech dle původního znění smlouvy, aniž by nechalo danou skutečnost odborně ověřit (či se zeptalo druhé smluvní strany) a rozhodlo v rozporu se svým předchozím rozhodnutím, dle něhož mělo dojít k podpisu smlouvy. Jestliže existovalo vyjádření poskytovatele dotace o posunutí realizace projektu do 31. 12. 2015, tak

není možné vnímat termín 31. 8. 2015 jako termín, při jehož nedodržení se stává plnění nemožným. Proto navrhovatel považuje rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení za účelové a učiněné v rozporu se zákonem, tj. se zásadami uvedenými v § 6 zákona. Zadávací řízení podle navrhovatele nebylo možno zrušit podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, ani podle jiného ustanovení § 84 zákona. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel svým postupem naplnil definici spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. e), popř. b) zákona. Ze strany zadavatele měla být podepsána smlouva o dílo, podle níž by se postupovalo. Až v případě nesplnění smluvních povinností zhotovitele by objednatel mohl od smlouvy odstoupit.

11. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že danou časovou tíseň nezpůsobil, což však navrhovatel nikdy netvrdil. Smlouva jednoznačně hovoří o tom, kdy má objednatel právo od smlouvy odstoupit nebo aplikovat smluvní sankce, příp. náhradu škody. Nikde není uvedeno, že v případě „pocitu“ zadavatele (zastupitelstva), že by bylo velmi těžké dodržet termín realizace stanovený v návrhu smlouvy, by mělo být výběrové řízení zrušeno z nezákonného důvodu a v rozporu s předchozím rozhodnutím zastupitelstva. Navrhovatel si je vědom toho, že zadavatel mohl zadávací řízení zrušit, avšak pouze ze zákonných důvodů, což se nestalo. Námitky stejně jako návrh směřují proti nezákonnému postupu zadavatele, tedy proti zrušení výběrového řízení z důvodů, které nejsou v souladu se zněním zákona.
12. Navrhovatel v návrhu poukazuje na skutečnost, že garantoval realizaci díla v termínech daných poskytovatelem dotace, což potvrdil i na jednání zastupitelstva. Navrhovatel již započal přípravy na realizaci zakázky, uzavřel subdodavatelské smlouvy, blokuje realizační tým a vznikly mu náklady na jednání při obhajobě projektu u dotačního orgánu a dalších subjektů. V důsledku postupu zadavatele navrhovateli hrozí újma spočívající v tom, že mu veřejná zakázka nebude přidělena. To znamená jak ztrátu zisku, tak vznik materiální i nemateriální újmy.
13. Navrhovatel uzavírá, že nebylo možné zrušit zadávací řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona a navrhuje, aby Úřad uložil podle § 118 odst. 1 zákona zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

III. Dosavadní průběh správního řízení

14. Dne 7. 10. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0466/2015/VZ-32325/2015/513/IHI (dále jen „napadené rozhodnutí“). Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se návrh navrhovatele podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
15. Proti napadenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 22. 10. 2015 rozklad ze dne 20. 10. 2015.
16. Dne 16. 6. 2016 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R340/2015/VZ-25377/2016/322/DRu (dále jen „**původní rozhodnutí předsedy Úřadu**“), kterým napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl, neboť dospěl k závěru, že Úřad dostatečně posoudil skutkový stav, na základě kterého zjistil, že zadavateli svědčily pro zrušení zadávacího řízení důvody hodné zvláštního zřetele. Obavy zadavatele, že předmět plnění nebylo možné ve lhůtě dvou měsíců realizovat, shledal předseda Úřadu jako opodstatněné.

IV. Soudní přezkum původního rozhodnutí předsedy Úřadu

17. Navrhovatel podal proti původnímu rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu, které Krajský soud v Brně vyhověl rozsudkem ze dne 25. 2. 2019, č. j. 29 Af 81/2016 – 103 (dále též „**rozsudek KS**“). Krajský soud v rozsudku dospěl k závěru, že nebyly naplněny podmínky § 84 odst. 1 písm. e) zákona pro zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu z důvodů zvláštního zřetele hodných, resp. zadavatel tyto důvody neprokázal. Krajský soud v bodě 28 a násl. poukázal zejména na diskusi na jednání zastupitelstva zadavatele ze dne 1. 7. 2015, která dle jeho názoru jasně dokresluje skutkové okolnosti případu. Krajský soud zdůraznil, že účelem zákona o veřejných zakázkách je vytvořit prostředí, v němž si zadavatel bude moci vybrat na základě transparentního postupu a předem definovaných kritérií nejvýhodnější nabídku a vytvořit nediskriminační konkurenční prostředí. Zadávací řízení musí být zcela pregnantně vymezeno, podmínky nesmí být měněny v jeho průběhu a vybraný uchazeč nesmí být ex post vyloučen pro subjektivní důvod zadavatele. Dle krajského soudu účel zadávacího řízení se tedy nutně musí projevit mimo jiné v omezení možnosti zadávacího řízení v jeho průběhu zrušit; jakékoliv zrušení zadávacího řízení musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit např. k zadávání veřejné zakázky tzv. „na zkoušku“.
18. Proti rozsudku KS podal Úřad kasační stížnost. O kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud tak, že ji zamítl rozsudkem ze dne 16. 10. 2020, č. j. 5 As 74/2019 – 39 (dále též „**rozsudek NSS**“). V odůvodnění svého rozsudku se Nejvyšší správní soud ztotožnil s krajským soudem v závěru, že důvody hodné zvláštního zřetele pro zrušení veřejné zakázky podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona musí být objektivní, nepředvídatelné, stojící vně zadavatele, a tyto důvody musí být zadavatelem prokázány, přičemž důvodem pro zrušení zadávacího řízení nemůže být pouhá obava zadavatele, že uchazeč nebude schopen dostát svým závazkům ze smlouvy, nebo situace, kdy zadavatel na základě důvodů na své straně přestane mít zájem v zadávacím řízení pokračovat. Z garance, že navrhovatel, jakožto zhotovitel je schopen dílo dokončit do 30. 11. 2015 však dle Nejvyššího správního soudu bez dalšího nevyplývá, že zároveň není schopen dílo dokončit v termínu kratším, neboť ke schopnosti (či neschopnosti) splnit dílo v kratším termínu se navrhovatel v garanci nevyjadřoval. Hodlal-li zadavatel zrušit zadávací řízení pro nemožnost vybraného uchazeče (navrhovatele) plnit smlouvu ve stanoveném termínu do 31. 8. 2015, musel mít pro tento postup objektivizované podklady, z nichž by objektivní nemožnost plnění předmětu smlouvy vyplývala.
19. Dle Nejvyššího správního soudu musí být objektivnost založena nikoliv na odhadu, pocitech či dojmech zadavatele, ale musí mít reálné základy a musí být ověřena. To v daném případě splněno nebylo, neboť obavy zadavatele, že realizaci díla není možné stihnout ve lhůtě 2 měsíců, nebyly nijak objektivizovány a podloženy. Zadavatel odkázal toliko na zadávací dokumentaci, která počítala s realizací ve lhůtě 6 měsíců, a na garanci žalobce, že je schopen zakázku realizovat ve lhůtě 5 měsíců. Úřad aproboval postup zadavatele v prvostupňovém i druhostupňovém rozhodnutí, přičemž jako důvod hodný zvláštního zřetele uznal nepodložené tvrzení zadavatele o nemožnosti realizovat žalobcem zakázku ve lhůtě 2 měsíců, přičemž zadavatel neprokázal naplnění důvodu zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

V. Nové rozhodnutí o rozkladu po rozhodnutích soudu

20. Po vrácení správního spisu od soudu pokračoval předseda Úřadu v řízení o rozkladu proti napadenému rozhodnutí. Vázán právním názorem správních soudů, předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-37347/2020/321/JSu ze dne 23. 11. 2020 (dále jen „**nové rozhodnutí o rozkladu**“) napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání Úřadu. Podle odůvodnění nového rozhodnutí o rozkladu Úřad jako důvod hodný zvláštního zřetele pro zrušení zadávacího řízení uznal tvrzení zadavatele o nemožnosti realizovat zakázku ve lhůtě 2 měsíců. Zadavatel však své tvrzení neprokázal a není tak doloženo splnění podmínky pro zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
21. V odůvodnění nového rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu nejprve zrekapituloval průběh zadávacího řízení a konstatoval, že podstata posouzení skutkového stavu spočívá v zodpovězení otázky, zda zadavatel byl oprávněn zrušit zadávací řízení. K tomuto kroku je podle odůvodnění uvedeného rozhodnutí zadavatel oprávněn, jsou-li splněny dvě podmínky dané ustanovením § 84 odst. 2 písm. e) zákona: 1. ke zrušení zadávacího řízení musí dojít bez zbytečného odkladu (poté, co nastal důvod, o který se zrušení zadávacího řízení opírá), 2. zrušit lze zadávací řízení pouze tehdy, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Navrhovatel v rozkladu nenapadá nesplnění první podmínky, tedy jde o to, zda zadavatel dostal druhé podmínce. Zadavatel jako důvod pro zrušení zadávacího řízení uvedl, že termín splnění veřejné zakázky byl původně šest měsíců, avšak zbývající dva měsíce do 31. 8. 2015 nejsou pro řádné a včasné splnění dostačující, a to ani pro navrhovatele ani pro jiný subjekt na trhu. Tento závěr byl přijat na jednání zastupitelstva dne 1. 7. 2015. Daný závěr byl jako důvod hodný zvláštního zřetele akceptován napadeným rozhodnutím (jakož i původním rozhodnutím předsedy), avšak u správních soudů neobstál.
22. Dle nového rozhodnutí o rozkladu z garance, že zhotovitel je schopen dílo dokončit do 30. 11. 2015, bez dalšího nevyplývá, že zhotovitel zároveň není schopen dílo dokončit v termínu kratším, neboť k tomu se zhotovitel nevyjadřoval. Pro zrušení zadávacího řízení musel mít zadavatel objektivizované podklady, z nichž by nemožnost plnění předmětu smlouvy vyplývala. Jak dovodil krajský soud, nejsnazším způsobem získání podkladu bylo vznesení dotazu ohledně možnosti realizace zakázky v původním termínu přímo na navrhovatele (resp. jeho zástupce přítomného na jednání zastupitelstva). Další možností bylo po podpisu smlouvy v souladu s jejím bodem 4.1 požadovat garanci, že zhotovitel dílo provede do 31. 8. 2015; pokud by zadavatel takovou garanci neobdržel, byl by oprávněn od smlouvy odstoupit.
23. Protože zadavatel nic z toho neučinil, předseda Úřadu dovozuje, že jeho obavy o včasnost plnění zůstaly neobjektivní a nepodložené. Objektivnost musí být založena nikoli na odhadu zadavatele, ale musí mít reálné základy a musí být ověřena, což v daném případě splněno nebylo. Pouze ze skutečnosti, že zadavatel odkázal na zadávací dokumentaci, která počítala s realizací ve lhůtě 6 měsíců, a na garanci navrhovatele, že je schopen zakázku realizovat ve lhůtě 5 měsíců, nelze podle rozsudku krajského soudu dovozovat, že by zakázku nebylo objektivně možné realizovat ve lhůtě kratší.
24. Předseda Úřadu ve svém novém rozhodnutí o rozkladu proto dospívá k závěru, že zadavatel neprokázal existenci důvodů hodných zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e)

zákona, a proto nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení. Napadené rozhodnutí pak stojí na nesprávném skutkovém zjištění, což z něj činí rozhodnutí nezákonné.

25. K vrácení věci Úřadu k dalšímu řízení uvedl předseda Úřadu, že z právního názoru správních soudů vyplývá, že dosud zjištěný skutkový stav neobstojí, neboť není důkazně podložen; zadavatel tvrdil, ale neprokázal důvod pro zrušení zadávacího řízení. Proto je v dalším řízení nutno dát zadavateli prostor, aby předložil důkaz, že veřejnou zakázku nebylo možno v daném termínu realizovat.
26. Předseda Úřadu v rozhodnutí konstatuje, že *„V rámci druhostupňového řízení není možné přistoupit ke změně napadeného rozhodnutí, neboť by tím zadavateli vznikla újma v podobě ztráty opravného prostředku (§ 90 odst. 1 písm. c) správního řádu). Z toho důvodu není možné ve věci rozhodnout ve druhém stupni a je na místě věc vrátit správnímu orgánu prvního stupně k dalšímu řízení.“*
27. Na závěr svého rozhodnutí předseda Úřadu podotýká, že při novém projednání věci bude Úřad vázán závazným právním názorem vysloveným v rozsudku KS a v rozsudku NSS, jakož i závěry vyslovenými v tomto rozhodnutí o rozkladu.

VI. Průběh dalšího řízení u Úřadu po vrácení věci předsedou Úřadu k novému projednání

28. Pokračování správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům oznámením ze dne 1. 12. 2020.
29. Navrhovatel po oznámení o pokračování správního řízení ve svém sdělení z 3. 12. 2020 uvedl, že očekává s ohledem na rozsudky soudu a nové rozhodnutí o rozkladu, že Úřad v pokračujícím správním řízení rozhodne o uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, které bude spočívat ve zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení veřejné zakázky. Navrhovatel dále sdělil, že již vyzval zadavatele k zahájení přípravných prací k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky. Skutečnost, že od výběru jeho nabídky už uplynula doba cca pět a půl roku nezpůsobuje podle navrhovatele nemožnost plnění smlouvy, pakliže by zadavatel využil pravidel zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), které se podle § 273 odst. 6 použijí i na změny smluv na veřejné zakázky uzavřené podle zákona. Navrhovatel je tedy připraven uzavřít dodatek ke smlouvě, kterým dojde k úpravě závazku, která nebude představovat podstatnou změnu závazku. Navrhovatel připomíná, že se zadavateli do dnešního dne nepodařilo veřejnou zakázku na předmětné plnění zadat, i když se o to pokoušel. Zadávací řízení tak nelze považovat za ukončené a na zadavatele se aplikuje zákaz podle § 51 odst. 4 ZZVZ. Navrhovatel uzavírá, že trvá na svém návrhu, aby Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.
30. Usnesením ze dne 4. 12. 2020 Úřad určil zadavateli lhůtu k předložení důkazu, že veřejnou zakázku nebylo možno realizovat v termínu do 31. 8. 2020.
31. Na základě žádosti zadavatele ze dne 8. 12. 2020 o prodloužení lhůty pro předložení vyjádření a důkazu do 31. 12. 2020 Úřad usnesením ze dne 9. 12. 2020 stanovil zadavateli tuto lhůtu nově, a to do 31. 12. 2020, jak zadavatel požadoval. Téhož dne bylo Úřadu zároveň doručeno vyjádření zadavatele ze dne 9. 12. 2020 (podrobněji viz dále).
32. K žádostem zadavatele o provedení důkazu znaleckým posudkem (jehož zajištění nabídl sám zadavatel) určil Úřad usnesením ze dne 21. 12. 2020 zadavateli lhůtu do 15. 1. 2021

k předložení znaleckého posudku ohledně nemožnosti realizovat veřejnou zakázku v termínu do 31. 8. 2015. Dne 15. 1. 2021 byl Úřadu znalecký posudek zpracovaný Znaleckou kancelář dr. Ludvíka, s.r.o., předložen (podrobněji viz dále).

33. Usnesením ze dne 29. 1. 2021 byla účastníkům řízení stanovena lhůta 7 dnů k vyjádření k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se vyjádřil dne 4. 2. 2020 a navrhovatel dne (obě vyjádření viz dále).
34. Na základě žádostí zadavatele i navrhovatele o nahlédnutí do spisu byly oběma účastníkům řízení dne 1. 2. 2021 zaslány požadované dokumenty ze správního spisu datovou schránkou (na základě jejich výslovného souhlasu a z důvodu nouzového stavu v ČR).

Vyjádření zadavatele v pokračujícím řízení ze dne 9. 12. 2020

35. Zadavatel ve svém vyjádření z 9. 12. 2020 předně poukazuje na oznámení zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 3. 7. 2015 a rozhodnutí o námitkách z 13. 7. 2015. Z těchto dokumentů pak shrnuje základní argumenty pro zrušení zadávacího řízení z důvodu objektivní nemožnosti splnění veřejné zakázky v termínu do 31. 8. 2015. Jde především o rozsáhlost a náročnost díla, jemuž odpovídalo stanovení lhůty plnění v návrhu smlouvy. V této souvislosti zadavatel odkazuje na zadávací dokumentaci a přílohu č. 1 návrhu smlouvy – Technická specifikace díla, neboť dílo je nutno provést v souladu s technickými a technologickými postupy. Zadavatel rovněž poukazuje na skutečnost, že ze strany navrhovatele neobdržel informaci, že by plnění bylo možno poskytnout i ve lhůtě dvou měsíců.
36. Objektivní nemožnost splnění předmětu veřejné zakázky v termínu do 31. 8. 2015 vyplývá podle zadavatele z návrhu smlouvy a příloh, nabídky navrhovatele a zadávací dokumentace. Zadavatel se v té souvislosti vyjadřuje ke znaleckému posudku Ing. Hlisnikovského, se kterým se měl možnost seznámit. Tento znalecký posudek zaslal zadavatel i Úřadu v příloze svého vyjádření (Pozn.: posudek předtím Úřad neměl k dispozici). K tomuto znaleckému posudku uvádí, že se týká pouze dílčí části předmětu veřejné zakázky. Podle zadavatele je evidentní jeho účelovost; jeho zpracovatelem byl znalec z oboru dopravních staveb, nikoli z oblasti ICT.
37. Zadavatel poukazuje na jednu z fází projektu – nutnost zpracování implementační analýzy, na což měl zhotovitel lhůtu do 14 pracovních dnů od nabytí účinnosti smlouvy, objednatel pak byl povinen své připomínky zhotoviteli sdělit do dalších 14 pracovních dnů a zhotovitel měl připomínky zpracovat do implementační analýzy. Jen tato úvodní procedura tedy měla trvat více jak 1 měsíc. Položka „testování“ měla trvat 3 týdny, připomínkování dokumentace ze strany objednatele 10 pracovních dnů atd. K těmto časovým lhůtám zadavatel pro ilustraci vytvořil a přiložil časovou osu, ve které jsou zachyceny lhůty stanovené v návrhu smlouvy, které jsou neslučitelné s realizací celého předmětu plnění za méně než 2 měsíce, což dokládá opodstatněnost původně navržené lhůty 6 měsíců. Plnění smlouvy tedy nebylo objektivně možné dokončit za pouhé necelé 2 měsíce. Z harmonogramu realizace vyplývá návaznost jednotlivých činností a je nereálné, aby všechny probíhaly současně. Některé z činností jsou podmíněny nezbytnou součinností objednatele a také třetích osob (Policie ČR, silničního správního úřadu, dopravního podniku, konkurenčních dodavatelů stávajících řadičů), u nichž nelze očekávat, že součinnost bude poskytnuta ihned. Napojení řadičů by vyžadovalo součinnost původního dodavatele řadičů. Tuto část plnění navrhovatel nacenil částkou vyšší

než 17 mil. Kč bez DPH, z čehož je zřejmé, že plnění v takovém objemu vyžaduje časový prostor k realizaci.

38. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že lhůta pro uzavření smlouvy podle § 82 odst. 2 zákona činila 15 dnů a nebylo ji možno uzavřít ze dne na den. Navrhovatel tedy nemohl počítat s tím, že plnění zakázky bude zahájeno hned v prvním týdnu v červenci 2015.
39. Realizační práce v terénu jsou podle zadavatele odvislé od klimatických podmínek a bylo by je nutno provádět zejména o víkendech, kdy je doprava klidnější (nutnost vyřazení signalizace křižovatek).
40. Ze všech výše uvedených skutečností zadavatel dovozuje závěr, že realizace veřejné zakázky nebyla možná v termínu do 31. 8. 2015; jednalo se o plnění s faktickou počáteční nemožností. Jediné právně korektní řešení bylo veřejnou zakázku zrušit. Za těchto okolností nebylo nezbytně nutné dotazovat se navrhovatele na možnost realizace veřejné zakázky ve zkráceném termínu (méně než 2 měsíce). Zadavatel vycházel z toho, že navrhovatel dlouhodobě uváděl, že je schopen realizovat plnění v 5 měsících, avšak neuvedl, že je toho schopen např. za 4 měsíce, ačkoli tak učinit mohl. Za této situace zadavatel oprávněně dovodil závěr, že dílo je realizovatelné za 6, resp. za 5 měsíců, a zároveň je nelze realizovat za 2 měsíce. Tuto skutečnost považuje zadavatel za potvrzenou jak omisivním jednáním navrhovatele v průběhu jednání o dodatku č. 1, tak i v průběhu jednání zastupitelstva zadavatele dne 1. 7. 2015. Navrhovatel se po celou dobu zadávacího řízení nevyjádřil, že by byl dílo schopen realizovat za 2 měsíce.
41. Zadavatel podotýká, že v uzavření smlouvy až do 29. 6. 2015 bránily námitky dalšího uchazeče a toto zdržení mělo vliv na realizovatelnost projektu v původně předpokládaném termínu do 31. 8. 2015. Návrh smlouvy obsahoval v čl. IV. odst. 4.1 mechanismus garance plnění při uzavření smlouvy po datu 28. 2. 2015, kterou měl zadavateli poskytnout zhotovitel. Datum 28. 2. 2015 bylo přitom stanoveno tak, aby zhotovitel měl na plnění veřejné zakázky reálnou lhůtu 6 měsíců.
42. Závěrem svého vyjádření zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, podle níž nemůže být obnoveno v minulosti pravomocně zrušené zadávací řízení. S ohledem na právní jistoty účastníků je na místě, aby nebyla připuštěna retroaktivita spočívající v „obživnutí“ věci po jejím pravomocném ukončení. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh zamítl podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, resp. aby řízení zastavil. V rámci tohoto vyjádření zadavatel navrhnul jako důkaz provedení znaleckého posudku, jímž by byla potvrzena nereálnost splnění díla za 2 měsíce; tento posudek je připraven sám zajistit.
43. K tomuto návrhu zadavatele vydal Úřad usnesení ze dne 21. 12. 2020, jímž byla zadavateli určena lhůta pro předložení znaleckého posudku do 15. 1. 2021.

Znalecký posudek č. 21/4/2020

44. Zadavatel na základě své objednávky zajistil a Úřadu dne 15. 1. 2021 zaslal Znalecký posudek č. 21/4/2020 ze dne 15. ledna 2021 (dále jen „**znalecký posudek**“), který vypracoval zhotovitel – Znalecká kancelář Dr. Ludvíka, s.r.o., IČO 02323001, se sídlem Žitná 562/10, 120 00 Praha 2 (dále jen „**znalecká kancelář**“). Ve znalecké doložce je uvedeno, že znalecký posudek je podán znaleckým ústavem zapsaným dle § 21 odst. 3 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, a § 6 odst. 1 vyhl. č. 37/1967 Sb. do prvního oddílu seznamu

ústavů kvalifikovaných pro znaleckou činnost v oboru informatika a v oboru telekomunikace. Těmto oborům odpovídají i dvě kulatá razítka znalecké kanceláře, kterými je znalecký posudek opatřen (informatika a telekomunikace). Podle znalecké doložky je možné tento znalecký posudek použít pro účely předvídané v § 127a zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu.

45. V úvodu posudku je vytyčen jeho předmět, jímž je posouzení možnosti řádné realizace předmětu plnění veřejné zakázky. Úkolem znaleckého ústavu je pak zodpovědět otázku položenou objednatelem posudku, a to, zda bylo možné řádně realizovat předmět veřejné zakázky v limitním smluvním termínu do 31. 8. 2015, když blokační lhůta k uzavření smlouvy uplynula k datu 30. 6. 2015 a smlouva na plnění veřejné zakázky mohla nabýt platnosti a účinnosti nejdříve v průběhu prvního týdne v červenci 2015, tzn., ve lhůtě kratší než 2 měsíce, a to se zohledněním smlouvy o vybudování centrálního řízení dopravy a o poskytování služeb a současně při zohlednění nezbytné součinnosti zadavatele a třetích stran.
46. V části znaleckého posudku označené jako „Nález“ znalecký ústav nejprve vypočítává, jaké oblasti plnění veřejná zakázka zahrnovala. Šlo o výměnu radičů na křižovatkách (těch, které nesplňují parametry na preference MHD), vybudování dopravní ústředny, instalaci strategických detektorů pro sběr dopravních dat, poskytnutí software pro modelování dopravy, vybudování dopravního centra pro zajištění dohledu nad dopravní situací ve městě a poskytování servisních služeb a služeb dalšího rozvoje. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 118,3 mil. Kč bez DPH. Tato část posudku obsahuje i popis výchozího stavu, kdy plnění veřejné zakázky mělo být zahájeno od okamžiku nabytí účinnosti smlouvy s vybraným uchazečem a její realizace (mimo poskytování služeb) měla být řádně ukončena nejpozději do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy. Z důvodů podávání námitek a návrhů však došlo ke značnému prodloužení zadávacího řízení, proto zadavatel s vybraným uchazečem jednal o případném uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě. Připravený návrh dodatku č. 1 ke smlouvě byl předložen ke schválení na zasedání zastupitelstva zadavatele konaného dne 1. 7. 2015. Zastupitelstvo o uzavření dodatku č. 1 nerozhodlo, ale naopak jedním z dalších hlasování rozhodlo o zrušení celé veřejné zakázky.
47. V další kapitole označené jako „Posudek“ znalecký ústav podrobně analyzoval předmět plnění veřejné zakázky a nabídku navrhovatele. Detailní popis předmětu plnění je obsažen v přílohách zadávací dokumentace; na základě těchto příloh se znalecký ústav zabývá věcnými a časovými požadavky na jednotlivá plnění. Požadavky na dodávku dopravního centra a dopravní ústředny jsou obsaženy v přílohách 1 až 3 zadávací dokumentace. Součástí této dodávky je mj. implementační analýza, jejíž návrh má zhotovitel předložit do 14 pracovních dnů od nabytí účinnosti smlouvy. Zadavatel pak své připomínky k implementační analýze má sdělit zhotoviteli rovněž do 14 pracovních dnů a zhotovitel tyto připomínky bezodkladně zpracuje.
48. Požadavkem zadávací dokumentace bylo dále napojení všech radičů světelného signalizačního zařízení křižovatek k dopravní ústředně a výměna radičů na 12 křižovatkách. Součástí plnění byla i dodávka programu pro modelování dopravy a dodávka a instalace dopravních detektorů.

49. Ohledně nabídky vybraného uchazeče znalecký ústav uvádí, že nabídka ze dne 2. 1. 2015 obsahuje mj. věcný a časový harmonogram realizace díla v délce 6 měsíců. K seznamu referenčních zakázek navrhovatele pak podotýká, že zakázku pro město Zlín navrhovatel realizoval za 10 měsíců a pro město Petrohrad za 12 měsíců. Znalecký ústav se pak vyjadřuje k jednotlivým činnostem věcného a časového harmonogramu díla navrhovatele obsaženého v jeho nabídce. Podpis smlouvy se předpokládal v průběhu prvního týdne července 2015. Funkční testování podle harmonogramu mělo trvat 2 týdny, implementační analýza 5 týdnů, projekt softwaru pro dopravní informační centrum 3 týdny a jeho realizace 14 týdnů, projekt realizace hardwaru 5 týdnů, pořízení hardware 8 týdnů, zpracování dopravního řešení křižovatek pro preferenci MHD 12 týdnů, programování a testování řadičů 10 týdnů, analýza ostatních křižovatek 9 týdnů, projekt dovybavení ostatních křižovatek 7 týdnů, výroba řadičů 7 týdnů, pořízení dopravních detektorů 8 týdnů, pořízení SW pro modelování dopravy 6 týdnů, instalace a zprovoznění HW 7 týdnů, instalace nových řadičů 6 týdnů, programování a dovybavení stávajících řadičů 6 týdnů, instalace strategických detektorů 7 týdnů, instalace a zprovoznění SW pro DIC 5 týdnů, instalace a zprovoznění dopravní ústředny 4 týdny, připojení všech subsystémů 4 týdny, zkušební provoz/testování 4 týdny, akceptace a předání 1 týden (Pozn. Úřadu: jednotlivé činnosti mohou probíhat souběžně a doba jejich realizace se překrývá).
50. Znalecký posudek se v další kapitole zabývá řadiči světelných signalizačních zařízení. Na novou dopravní ústřednu mělo být napojeno 16 nových řadičů (na 12 křižovatkách a na 4 přechodech) a 71 stávajících řadičů (mj. výrobce SIEMENS), z nichž některé bylo nutno dovybavit nebo vyměnit. V tomto směru měl potřebnou součinnost od stávajících dodavatelů řadičů zajistit zadavatel. Znalecký ústav se písemně obrátil na výrobce stávajících řadičů ohledně zajištění případné součinnosti (dotazy a odpovědi jsou součástí znaleckého posudku). Společnost SIEMENS² uvedla, že bez její součinnosti není možné provést nastavení řadičů pro připojení k dopravní ústředně jiného výrobce, že tato součinnost je poskytována výhradně zadavateli a že dodací lhůty hardwaru se v inkriminované době pohybovaly v rozmezí 6 – 8 týdnů od objednání, neboť společnost neměla řadiče na skladě. Po jejich dodání následuje programování řadičů a instalace technologie na danou křižovátku, tyto práce trvají 2 - 4 týdny. Znalecký ústav konstatuje, že k úspěšnému splnění veřejné zakázky byla nutná součinnost dodavatele stávající technologie SIEMENS, jehož dodací lhůty se tehdy pohybovaly v rozmezí 6 – 8 týdnů od objednání.
51. Znalecký ústav jako další podklad pro zpracování znaleckého posudku využil vyjádření vedoucího odboru dopravy zadavatele (dotazy a odpovědi jsou rovněž součástí posudku), z jehož vyjádření vyplynulo, že připomínkování implementačního projektu nelze zkrátit na méně než 12 – 14 pracovních dnů a že termíny pro vyjádření jednotlivých institucí ke změně jedné světelné signalizace jsou v řádu několika pracovních dnů.
52. V závěru znaleckého zkoumání znalecký ústav rekapituluje jednotlivé části plnění a jejich věcnou a časovou náročnost realizace. Dochází k závěru, že s přihlédnutím k pevným a neměnným termínům, jako jsou schválení implementační analýzy v délce 12 až 14 pracovních dnů, schválení dopravních řešení v řádu jednotek dnů, součinnost stávajícího

² Jde o společnost Siemens Mobility, s.r.o., IČO 06931995, se sídlem Siemensova 2715/1, 155 00 Praha 5

dodavatele v trvání 6 až 8 týdnů, není termín realizace předmětné veřejné zakázky (i přes vynaložení maximálně možného úsilí ke zkrácení lhůty) do 31. 8. 2015 reálný.

53. Znalecký posudek končí výrokem znalce a jeho odpovědí na položenou otázku takto: „ *Znalec konstatuje, že za podmínek uvedených v otázce č. 1 není možné řádně realizovat předmět nadlimitní veřejné zakázky „Podpora veřejné dopravy“, a to i za předpokladu, kdy vybraný dodavatel a jeho subdodavatelé započne plnění ihned po nabytí platnosti a účinnosti předmětné smlouvy na plnění veřejné zakázky a bude na své straně vyvíjet maximální úsilí ke zkrácení smluvně stanovené lhůty plnění 6 měsíců. Znalec dále konstatuje, že i v případě maximálního nasazení dodavatele, nelze pominout smluvní a zákonné lhůty a též dobu nutnou pro zajištění součinnosti stávajících dodavatelů.*“

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 4. 2. 2021

54. Zadavatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí odkazuje na svá předchozí vyjádření, výslovně na to z 9. 12. 2020. Již z analýzy zadávacích podmínek je podle zadavatele patrné, že rozsah činností tvořících předmět smlouvy na plnění veřejné zakázky nebylo objektivně možné splnit ve lhůtě necelých 2 měsíců, když původní doba realizace veřejná zakázky byla konstruována jako trojnásobná. K přijetí tohoto závěru stačila zadavateli znalost obsahu zadávacích podmínek a nabídky navrhovatele.
55. Zadavatel uvedl, že předložil Úřadu také další důkaz – znalecký posudek, který potvrdil závěry zadavatele, že předmět veřejné zakázky nebylo možné realizovat v termínu do 31. 8. 2015, a to ani při vynaložení maximálního úsilí ke zkrácení smluvně stanovené lhůty plnění. Zadavatel je přesvědčen, že s ohledem na rozsah provedeného dokazování je nutné opětovně dospět k závěru, že zadavateli svědčil důvod pro zrušení zadávacího řízení v souladu se zákonem. Zadavatel má za to, že unesl břemeno tvrzení i břemeno důkazní ohledně objektivní nemožnosti realizovat veřejnou zakázku v termínu do 31. 8. 2015, resp. že by ji ani navrhovatel v tomto termínu nestihl dokončit. Pak lze dle zadavatele učinit jednoznačný závěr o souladu postupu zadavatele v zadávacím řízení se zákonem.
56. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 118 odst. 5 písm. a) zákona návrh zamítl, protože postup zadavatele nezakládá důvody pro uložení nápravného opatření, příp. aby Úřad řízení zastavil.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 2. 2021

57. Úřad dne 9. 2. 2021 obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí. Z podkladů shromážděných ve spise podle navrhovatele nevyplývá, že by zadavatel měl ke dni 3. 7. 2015 objektivní a podložené důvody zvláštního zřetele hodné, které by jej opravňovaly ke zrušení veřejné zakázky, ani že tyto důvody v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení transparentně a prozkoumatelně uvedl. Doklady doložené zadavatelem dodatečně nedokážou zhojit tyto vady. I pokud by bylo zjištěno, že plnění ve lhůtě 2 měsíců nebylo možné (navrhovatel trvá na tom, že možné bylo), nemůže jít o důvody zvláštního zřetele hodné, pokud je zadavatel sám vyvolal tím, jak definoval dobu plnění v zadávací dokumentaci, tím, že odmítl schválit dodatek a tím, že neumožnil navrhovateli uzavřít a plnit smlouvu (i s rizikem vzniku nároků na smluvní pokuty).

58. Navrhovatel ve svém stanovisku poukazuje na judikaturu soudů, podle níž „důvody zvláštního zřetele hodné“ je nutné vykládat jako důvody objektivní, stojící vně zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, resp. musí jít o situace nezávislé na vůli zadavatele.
59. V další části se navrhovatel vyjadřuje ke znaleckému posudku předloženého zadavatelem. Podle jeho názoru nejde o posudek znalce podle § 56 správního řádu, a proto jej nelze použít pro zjištění stavu věci. Posudek má řadu vad a není způsobilý vyvrátit tvrzení navrhovatele, že zakázku byl schopen plnit do 31. 8. 2015, jak dokládá výzva navrhovatele zadavateli ze dne 2. 7. 2015.
60. Ke znaleckému posudku navrhovatel uvádí, že obsahuje řadu zásadních nepřesností, což jeho věrohodnost snižuje. Znalec se např. nezabýval tím, že dodavatel zahájil na vlastní riziko práce již 1. února; veškerá činnost v prostorách dodavatele probíhala již od tohoto data (SW činnost, zpracování dopravních řešení a programování řadičů), na místě by probíhalo jen dokončení zakázky. Za fatální omyl znalce označuje navrhovatel vysvětlení zkratky OCIT-O. Tento protokol komunikuje mezi dopravní ústřednou a řadiči, rozhodně pomocí něj nekomunikují detektory.
61. K osobě znalce navrhovatel sděluje, že jeho závěry by měl Úřad brát s rezervou, neboť nejde o znalce ustanoveného v souladu se správním řádem (jeho posudek je tak pouhým listinným důkazem), a tato osoba nevykazuje dostatečnou orientaci v oboru, v němž své dobrozdání vydala.
62. Navrhovatel jako dodavatel byl schopen z důvodu mimořádné situace některé termíny zkrátit. Znalec vychází z termínů, které jsou obvyklé u pražských zakázek, ale které jsou Ostravě cizí. Znalec např. nemůže znát technologii CROSS, u níž lze významně zkrátit dobu zpracování i úprav, nehledě na to, že dopravní řešení bylo připravováno již v době před 1. 7. 2015.
63. Ke znalcem uvažované součinnosti třetích osob (Dopravní podnik, Ostravské komunikace) navrhovatel prohlašuje, že asistence takových osob nikdy nebyla potřeba. Taktéž proces schvalování dopravních řešení je v Ostravě zcela odlišný od Prahy a výrazně kratší. Proto operovat s termíny na schvalování dopravních řešení (čl. 3.6.1 posudku) považuje navrhovatel za čirý nesmysl. Ohledně součinnosti firmy Siemens navrhovatel uvádí, že s touto firmou nebylo v nabídce vůbec počítáno, takže jejich termíny jsou zcela bezpředmětné; firma CROSS má termíny na dodávky podstatně kratší.
64. Navrhovatel zdůrazňuje, že zadavatel nemůže omluvit své nezákonné rozhodnutí znaleckým posudkem výše zmíněných kvalit vypracovaným pět a půl roku poté, co zadavatel rozhodl.
65. Podle navrhovatele není potřeba posuzovat splnitelnost zakázky do 31. 8. 2015, neboť předmětem řízení je skutečnost, že zadavatel si tento závěr učinil bez jediného relevantního podkladu a v tom spočívalo jeho pochybení; toto pochybení nemůže být dodatečně zhojeno.
66. Navrhovatel odkazuje na rozsudky KS a NSS v této věci, z nichž podle jeho názoru plyne, že zadavatel musí prokázat, že pro zrušení zakázky měl objektivní a podložené důvody nejpozději k okamžiku, kdy rozhodnutí o zrušení zakázky učinil, tj. nejpozději k 3. 7. 2015, nikoli k 15. 1. 2021.

67. Závěrem svého vyjádření navrhovatel opětovně žádá, aby Úřad uložil podle § 118 odst. 1 zákona zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
68. Navrhovatel své vyjádření dodatečně dne 11. 2. 2021 doplnil o dopis společnosti Ostravské komunikace, a.s., z roku 2016, který je adresovaný navrhovateli. Uvedená společnost potvrzuje, že v případě požadavku na vypnutí světelného signalizačního zařízení by bylo vydáno souhlasné stanovisko a doba vypnutí by nepřesáhla 2 dny. Současně by bylo zajištěno řízení křižovatek ze strany PČR.

VII. Závěry Úřadu

69. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, návrhu navrhovatele, vyjádření zadavatele, znaleckého posudku a dalších dokumentů nově doplněných do spisu, rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
70. Na úvod a pro objasnění okolností daného zadávacího řízení Úřad předesílá, že v průběhu prosince 2014 až července 2015 vedl celkem tři správní řízení ve věci této veřejné zakázky, a to na základě návrhů jednoho z uchazečů, společnosti Eltodo. Šlo o správní řízení sp. zn. S1130/2014/VZ, jež bylo ukončeno zastavením řízení (z důvodu zrušení zadávacího řízení zadavatelem), správní řízení sp. zn. S209/2015/VZ, jež bylo zastaveno z důvodu nesložení kauce, a správní řízení sp. zn. S0332/2015/VZ, jež bylo rovněž zastaveno, když žádost Eltodo se stala zjevně bezpředmětnou (po zrušení zadávacího řízení zadavatelem). Blokační lhůta 45 dnů ode dne doručení námitek společnosti Eltodo (viz správní řízení sp. zn. S0332/2015/VZ), kdy zadavatel nesmí uzavřít smlouvu (§ 111 odst. 5 zákona), skončila dne 29. 6. 2015. Tudíž teprve od 30. 6. 2015 mohl zadavatel přistoupit k uzavření smlouvy s navrhovatelem.

Relevantní ustanovení zákona

71. Ustanovení § 6 odst. 1 zákona stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
72. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
73. Podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona.

Skutková zjištění

74. Zadávací dokumentace veřejné zakázky obsahuje popis předmětu plnění v tomto rozsahu: výměna řadičů křižovatek, vybudování dopravní ústředny, strategické detektory, modelování dopravy, dopravní centrum, poskytování servisních služeb. Podrobněji byl předmět veřejné zakázky rozveden v přílohách č. 1 – 9 zadávací dokumentace. Jednalo se přílohy, které stanovovaly požadavky na dopravní centrum, dopravní ústřednu, požadavky na preferenci MHD včetně výběru křižovatek, seznam řadičů, modelování dopravy a strategické detektory.

Realizace veřejné zakázky (mimo servisních služeb) podle bodu 3. zadávací dokumentace musí být řádně ukončena nejpozději do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy.

75. V příloze č. 1 zadávací dokumentace byly stanoveny lhůty pro implementační analýzu takto: *„Zhotovitel bude povinen zpracovat implementační analýzu ve vazbě na zamýšlenou implementaci softwarového řešení DC, jejíž návrh předloží k připomínkám zadavatele (Objednatele) do 14 pracovních dnů od nabytí účinnosti smlouvy. Zadavatel (Objednatel) se zavazuje připomínky k implementační analýze sdělit zhotoviteli ve lhůtě 14 pracovních dní a zhotovitel je povinen připomínky bezodkladně zpracovat.“*
76. Návrh smlouvy (jako příloha č. 11 zadávací dokumentace) obsahoval ohledně lhůty plnění v bodě 4.1 následující ustanovení: *„Zhotovitel se zavazuje provést Dílo nejpozději do 6 (slovy: šesti) měsíců od nabytí účinnosti Smlouvy. ...Pokud Smlouva nabude účinnosti až po 28. 2. 2015, Zhotovitel bere podpisem Smlouvy na vědomí, že Dílo musí být provedeno (Akceptováno bez výhrad ve smyslu Smlouvy) nejpozději do 31. 8. 2015 z důvodu dodržení termínu poskytovatele dotace. Proto bude Objednatel oprávněn písemně odstoupit od Smlouvy, pokud pro případ nabytí účinnosti Smlouvy po 28. 2. 2015 od Zhotovitele neobdrží bez zbytečného odkladu poté jednoznačnou garanci toho, že je schopen řádně provést Dílo v tomto maximálním termínu (do 31. 8. 2015). Součástí takové garance Zhotovitele musí rovněž být příslušně upravený návrh aktualizace přílohy č. 3 Smlouvy.“* (Pozn. Úřadu: jde o věcný a časový harmonogram realizace díla).
77. V čl. 6.1.3 návrhu smlouvy se uvádí: *„Akceptační řízení bude zahájeno na základě výzvy Zhotovitele Objednateli k převzetí konkrétního plnění. Výzva musí být učiněna vůči kontaktní osobě Objednatele dle č. VIII Smlouvy alespoň 5 (slovy: pět) pracovních dnů před termínem, kdy má k předání dojít.“*
78. V čl. 6.3.2 návrhu smlouvy je uvedeno: *„Objednatel je oprávněn ve lhůtě 10 (slovy: deseti) pracovních dnů od doručení příslušného návrhu dokumentace písemně předložit Zhotoviteli své připomínky k návrhu. ...“*
79. V nabídce navrhovatele byl obsažen mj. návrh smlouvy podepsaný navrhovatelem a datovaný dnem 6. 1. 2015. Návrh smlouvy byl navrhovatelem předložen v souladu s textem návrhu smlouvy obsaženým v zadávací dokumentaci.
80. Navrhovatel k návrhu smlouvy jako přílohu č. 3 doložil svůj harmonogram plnění, podle něhož měl veřejnou zakázku realizovat v průběhu 26 týdnů (od března do 28. 8.).
81. Zadavatel zaslal Úřadu nedatovaný návrh dodatku č. 1 ke smlouvě předložený navrhovatelem. Tímto dodatkem měl být změněn bod 4.1 smlouvy tak, že ... *„Zhotovitel bere podpisem Smlouvy na vědomí, že Dílo musí být provedeno (Akceptováno bez výhrad ve smyslu Smlouvy) nejpozději do 30. 11. 2015 z důvodu dodržení termínu poskytovatele dotace.“* K návrhu dodatku č. 1 navrhovatel přiložil novou přílohu č. 3 – věcný a časový harmonogram realizace díla, jež počítá s realizací díla v průběhu 22 týdnů (od července do 30. 11.), další 4 týdny pak má být prováděn post-akceptační provoz, optimalizace v reálném provozu.
82. Úřad dále vychází ze zápisu ze 7. zasedání zastupitelstva města dne 1. 7. 2015, jež podrobně zachycuje skutkové okolnosti, které vedly zadavatele ke zrušení zadávacího řízení. Právní zástupce zadavatele upozornil, že smlouvu bylo možné podepsat s ohledem na zákonnou

blokační lhůtu v důsledku podaných námitek až k 30. 6. V zápise o průběhu zasedání zastupitelstva se uvádí, že primátor města „Požádal zástupce firmy MASTER IT, aby sdělili, zda jsou schopni splnit termín realizace akce.“ Následuje text: „Zástupce spol. MASTER IT deklaroval, že opravdu termín pěti měsíců jim na realizaci stačí a ze 100 % splní veškeré požadavky.“ Ze zápisu dále vyplývá, že zastupitelstvo zadavatele nedalo souhlas s uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě (který předložil navrhovatel), tudíž zůstal v platnosti závazek uzavřít smlouvu původní, která v sobě nese termín plnění do 31. 8. 2015, což je termín zjevně nereálný. Zastupitelstvu bylo proto navrženo jako nejlepší řešení zrušení veřejné zakázky z důvodu nemožnosti realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015. Zastupitelstvo města přijalo usnesení tohoto znění: „Zastupitelstvo města 1) zrušuje dle ust. § 84 odst. 2 písm. e), zák. č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách ve znění pozdějších předpisů, otevřené řízení ve věci významné veřejné zakázky „Podpora veřejné dopravy“ z důvodu nemožnosti realizace plnění ve smluvním termínu do 31.08.2015“.

83. V oznámení zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 3. 7. 2015 zaslaném navrhovateli zadavatel odůvodňuje zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona tím, že se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení dále pokračoval. Konkrétně jde o to, že smlouva na realizaci veřejné zakázky předpokládá dobu realizace a převzetí díla v max. rozsahu 6 měsíců, nejpozději však do 31. 8. 2015. Zastupitelstvo města dne 1. 7. 2015 neodsouhlasilo úpravu doby realizace díla spočívající v posunu harmonogramu k datu 30. 11. 2015, tudíž vybraný uchazeč by měl dílo dokončit a předat nejpozději dne 31. 8. 2015. Zadavatel v rámci zasedání zastupitelstva dne 1. 7. 2015 obdržel příslib, že splnění veřejné zakázky je možné v rámci lhůty pěti měsíců s předáním díla do 30. 11. 2015. Z toho je zjevné, že dílo by nemohlo být dokončeno ve smlouvou předvídaném termínu do 31. 8. 2015, když by nyní existoval časový prostor pro realizaci díla v délce pouhých 60 dnů. Na základě své analýzy je zadavatel přesvědčen, že zhotovitel není objektivně schopen řádně a včas dokončit dílo v termínu do 31. 8. 2015. Zadavatel tyto důvody považuje za okolnosti zvláštního zřetele hodné, na jejichž základě nelze po zadavateli požadovat, aby přistoupil k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem se zásadním rizikem prodlení v plnění zhotovitele.
84. Oznámení o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku bylo publikováno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 7. 2015 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 15. 7. 2015. Jako důvod zrušení bylo v bodě 6.5 oznámení o zrušení zadávacího řízení uvedeno, že „*zadávací řízení bylo ukončeno s poukazem na ust. § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ, neboť řádná realizace díla a jeho předání zadavateli není možné ve smluvním termínu do 31. 8. 2015.*“
85. Znalecký posudek předložený zadavatelem byl podrobně popsán v kapitole výše, Úřad proto na něj na tomto místě odkazuje.

Právní posouzení

K možnosti zrušit zadávací řízení obecně

86. Zrušení zadávacího řízení je jedním ze způsobů ukončení zadávacího řízení. Zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech taxativně stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených v § 84 odst. 2 až 5

zákona. Konkrétně v případě otevřeného zadávacího řízení je veřejný zadavatel může zrušit podle odst. 2 tohoto ustanovení.

87. Fakultativními důvody pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 zákona se již dříve zabýval Nejvyšší správní soud (dále jen „NSS“) v rozsudku sp. zn. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, jímž byl potvrzen rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 28/2008. NSS konstatoval, že jak ustanovení § 84 odst. 2 písm. d) zákona, tak ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, míří na důvody objektivního rázu, toliko písm. e) je ustanovením „zbytkovým“, tj. pokrývá ty zbývající (objektivní a na vůli zadavatele nezávislé) důvody, na něž písm. d) svou dikcí nedopadá. Dále pak uvedl, že jakékoli zrušení zadávacího řízení musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele. Ve vztahu k § 84 odst. 2 písm. e) soud ve shora citovaném rozsudku uvedl, že důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. V situaci, kdy v zákoně není neurčitý právní pojem definován, je třeba jeho výklad hledat toliko v účelu zákona, tj. v oblasti práva veřejných zakázek je třeba počínat si mimo jiné tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže. S ohledem na výše uvedené pravidlo restriktivního výkladu důvodů pro zrušení zadávacího řízení pak NSS uzavřel, že 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.
88. Jak vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 28/2008, důvody hodné zvláštního zřetele, pro které lze zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zrušit, lze definovat jako důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení a které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo. Krajský soud v tomto rozsudku akcentoval pod spojením „důvody stojící vně zadavatele“ objektivnost skutečností odůvodňujících zrušení zadávacího řízení, tj. že tyto skutečnosti nejsou subjektivního rázu. Uvedené podmínky musí být splněny kumulativně.
89. Při posuzování důvodů, které zadavatele vedly ke zrušení zadávacího řízení, je třeba vždy zkoumat, zda se jedná o důvod, který atakuje samotný smysl dokončení zahájeného zadávacího řízení, který vystavuje zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a který by představoval stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo srovnatelném postavení a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení zrušeno (tedy důvod zvláštního zřetele hodný), který je navíc důvodem objektivním (tj. nikoli důvodem subjektivního rázu), stojícím vně zadavatele; přitom v důsledku této změny by bylo nesmyslné po zadavateli požadovat formální dokončení zadávacího řízení, resp. dokončení takového řízení by nebylo efektivní a ekonomické.

K důvodům pro zrušení zadávacího řízení uváděným zadavatelem

90. Úřad se dále bude zabývat důvody pro zrušení zadávacího řízení uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a přihlédně rovněž k celkovému kontextu tohoto rozhodnutí. Primárním důvodem pro zrušení zadávacího řízení byla podle usnesení

zastupitelstva ze dne 1. 7. 2015 nemožnost realizace plnění ve smluvním termínu do 31. 8. 2015. Stejný důvod je formulován a rozveden i v rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 3. 7. 2015 a jeho odůvodnění.

91. Zadavatel si byl v době zrušení zadávacího řízení vědom následujících skutečností, jež vyplývaly z jeho znalostí rozsahu zakázky, její finanční hodnoty a smluvních lhůt pro plnění zakázky daných smlouvou, ze kterých při zvažování zrušení zadávacího řízení vycházel:
- Smlouvu s vybraným uchazečem by bylo možno uzavřít nejdříve v 1. týdnu července 2015.
 - Zadávací dokumentace a její přílohy stanovovaly značný rozsah plnění veřejné zakázky.
 - Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 118,3 mil. Kč bez DPH, nabídková cena navrhovatele pak cca 117,3 mil. Kč.
 - Termín realizace díla byl v zadávací dokumentaci stanoven do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy.
 - Rovněž návrh smlouvy obsahoval lhůtu pro provedení díla do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy, nejpozději však do 31. 8. 2015.
 - Nabídka navrhovatele z ledna 2015 akceptovala v návrhu smlouvy termín plnění díla do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy a v harmonogramu realizace díla počítala s dobou plnění v délce 26 týdnů (což je cca 6 měsíců, tedy neobsahovala kratší lhůtu plnění).
 - Vzhledem k vývoji zadávacího řízení navrhovatel předložil návrh dodatku č. 1 ke smlouvě, kde navrhoval lhůtu plnění do 6 měsíců, nejpozději do 30. 11. 2015. V novém harmonogramu plnění pak kalkuloval se lhůtou realizace v délce 22 týdnů (od počátku července do 30. 11.) – což je 5 měsíců.
 - Zástupce navrhovatele při jednání o dodatku č. 1 smlouvy na dotaz primátora města na jednání zastupitelstva dne 1. 7. 2015, zda jsou schopni splnit termín realizace akce, odpověděl, že termín pěti měsíců jim na realizaci stačí.
 - Návrh navrhovatele na uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě nebyl zastupitelstvem města přijat (nebyl tudíž akceptován ani nový harmonogram plnění jako příloha tohoto dodatku).
 - V platnosti tak zůstal původní návrh smlouvy se lhůtou pro provedení díla do 6 měsíců od nabytí účinnosti smlouvy, nejpozději však do 31. 8. 2015.
 - Dílo by muselo být provedeno a akceptováno do 31. 8. 2015, tj. ve lhůtě cca 2 měsíců.
 - Navrhovatel nikdy nedal zadavateli garanci, že je schopen dílo dokončit ve smluvním termínu do 31. 8. 2015.
92. Na základě všech výše uvedených podkladů, které měl ke svému rozhodování, zadavatel dospěl k důvodnému závěru, že za cca 2 měsíce není možné předmět plnění řádně realizovat.
93. Úřad na základě výše uvedených skutečností uvádí, že již jen na základě lhůt stanovených pro určité úkony objednatel v zadávací dokumentaci a jejích přílohách je zřejmé, že zadavatel by měl na tyto činnosti časový prostor 29 pracovních dnů (tedy nikoli kalendářních). Např. v příloze č. 1 zadávací dokumentace byla stanovena lhůta pro připomínky zadavatele

k implementační analýze navrhovatele v délce 14 pracovních dnů. Podle čl. 6.1.3 návrhu smlouvy pak zadavatel měl obdržet výzvu k převzetí plnění alespoň 5 pracovních dnů před termínem, kdy má k předání dojít, a podle čl. 6.3.2 návrhu smlouvy zadavatel je oprávněn ve lhůtě 10 pracovních dnů od doručení příslušného návrhu dokumentace písemně předložit zhotoviteli své připomínky k návrhu. Po připočtení víkendů by pak „časový prostor“ z doby plnění dvou měsíců činil jen na straně zadavatele cca 37 kalendářních dnů, a pokud by zadavatel tuto dobu plně vyčerpал, na straně navrhovatele by teoreticky pro realizaci zakázky zbývalo cca 23 dnů (do celkových 60). Plnění tak rozsáhlé zakázky, na niž bylo původně plánováno 6 měsíců, za méně než měsíc, je tedy i podle názoru Úřadu nereálné a nemožné, a to Úřad ještě odhlíží od nutné součinnosti stávajících dodavatelů řadičů při napojování na novou dopravní ústřednu, jež by určitě nebyla poskytnuta ihned.

94. Zadavatel proto přistoupil ke zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
95. Úřad v novém projednání, vázán právním názorem soudů a nadřízeného správního orgánu, měl znovu zhodnotit, zda důvody pro zrušení veřejné zakázky byly objektivní, nepředvídatelné, stojící vně zadavatele. Nesmělo jít o subjektivní důvody založené na odhadu, pocitech či dojmech zadavatele. Podle rozsudku NSS nebylo objektivizováno a podloženo, že realizaci díla není možné stihnout ve lhůtě 2 měsíců; ani z garance navrhovatele nevyplývalo, že není schopen dokončit dílo v termínu kratším. Podle nového rozhodnutí o rozkladu bylo třeba dát zadavateli prostor, aby předložil důkaz, že veřejnou zakázku nebylo možno v daném termínu realizovat.
96. Zadavatel při novém projednání věci jako jeden z důkazů předložil časovou osu plnění veřejné zakázky, jež vychází ze lhůt stanovených v návrhu smlouvy. V této časové ose zadavatel graficky znázornil jednotlivé etapy plnění a jejich předpokládanou (minimální) časovou náročnost. Např. proces uzavření smlouvy by měl trvat 10 dnů, implementační analýza 18 dnů, připomínky k implementační analýze 18 dnů, vlastní realizace 52 dnů, součinnost konkurence 60 dnů atd. Celkovou časovou náročnost plnění pak zadavatel kalkuluje v délce cca 200 dnů, zatímco časový prostor pro plnění daný smlouvou byl 60 dnů. Z předložené časové osy vyplývá, že ani maximální úsilí na straně vybraného uchazeče by nemohlo vést k razantnímu zkrácení lhůty až na 60 dnů, neboť ve lhůtě pro plnění bylo nutno zohlednit i činnosti nutné ze strany zadavatele a konkurenčních dodavatelů. Bez jejich součinnosti by nebylo možné zakázku v úplnosti realizovat.
97. Na základě rozsudků správních soudů a nového rozhodnutí o rozkladu zadavatel v průběhu projednání věci před Úřadem navrhl vypracování znaleckého posudku, jímž by podpořil svá tvrzení a jímž by mohl obhajovat svůj tehdejší postup. Úřad tomuto návrhu na provedení důkazu znaleckým posudkem vyhověl, neboť podle Úřadu jde o vhodný důkazní prostředek, který může přispět ke zjištění skutkového stavu (po odborné stránce) a který může prokázat, že zadavatel při svém tehdejším postupu vycházel z objektivizovaných podkladů, z nichž objektivní nemožnost plnění předmětu smlouvy vyplývala. Objektivizovanými podklady jsou míněny takové, které jsou obecně platné, vycházejí z vnějších skutečností, jsou neosobní a neosobní.
98. Znalecký posudek vypracoval znalecký ústav kvalifikovaný pro znaleckou činnost v oboru informatika a telekomunikace, tedy z oboru, který pokrýval předmět veřejné zakázky.

99. Znalecký ústav vycházel z předpokladů uvedených v položené otázce, na kterou měl najít odpověď. Vycházel tedy z informací, že smlouva na veřejnou zakázku mohla nabýt platnosti a účinnosti nejdříve v prvním týdnu července 2015 a současně její předmět měl být řádně realizován v limitním smluvním termínu do 31. 8. 2015. K dispozici měl od objednatele zadávací dokumentaci včetně příloh, nabídku navrhovatele a nepodepsaný návrh dodatku č. 1 včetně příloh. Znalecký ústav sám si pak zajistil informace od společnosti Siemens Mobility, s.r.o., od spol. OVANET a.s. a od zadavatele (konkrétně od vedoucího odboru dopravy, který měl o veřejné zakázce velmi podrobné informace).
100. Nejprve je ve znaleckém posudku popsán předmět plnění veřejné zakázky a její předpokládaná hodnota. V rámci dodávky dopravního centra a dopravní ústředny měl zhotovitel zpracovat implementační analýzu a tuto předložit k připomínkám zadavateli do 14 pracovních dnů od nabytí účinnosti smlouvy. Zadavatel se pak zavazoval, že připomínky k implementační analýze sdělí zhotoviteli ve lhůtě 14 pracovních dní a zhotovitel připomínky zapracuje. Dalšími součástmi předmětu plnění bylo napojení všech řadičů křížovatek k nové dopravní ústředně, výměna řadičů na 12 křížovatkách, dodávka SW pro modelování dopravy, dodávka a instalace strategických detektorů.
101. V další kapitole znaleckého posudku znalecký ústav rozebírá nabídku navrhovatele, především její přílohu č. 3 – věcný a časový harmonogram realizace díla. V harmonogramu navrhovatel specifikoval celkem 23 dílčích činností a k nim stanovil dobu trvání v týdnech. Z posudku vyplývá, že časově nejnáročnějšími činnostmi mají podle harmonogramu navrhovatele být: realizace SW pro DIC (14 týdnů), zpracování dopravního řešení pro křížovatkou pro preferenci MHD (12 týdnů) a programování a testování řadičů SSZ (10 týdnů). Ostatní činnosti mají trvat méně než 10 týdnů. Znalecký posudek u každé z dílčích činností popisuje, co je jejím obsahem.
102. Znalecký ústav dotazem na zadavatele zjistil, že na novou dopravní ústřednu mělo být kromě 16 nových řadičů připojeno 71 řadičů stávajících. Při výměně řadičů se zadavatel zavázal obstarat potřebnou součinnost od stávajících dodavatelů. Znalecký ústav se dotázal jednoho z dodavatelů stávajících řadičů, spol. SIEMENS, ohledně zajištění součinnosti v této veřejné zakázce. Z odpovědi vyplynulo, že bez součinnosti této společnosti není možné provést nastavení řadičů pro připojení k dopravní ústředně jiného výrobce a že dodací lhůty hardwaru se v inkriminované době pohybovaly v rozmezí 6 – 8 týdnů od objednání. Po dodání pak následuje programování řadičů a instalace technologie na danou křížovátku – tyto práce se pohybují v délce 2 – 4 týdnů.
103. Ve shrnutí obsaženém v závěru znaleckého posudku dochází znalecký ústav k závěru, že *„S přihlédnutím k pevným a neměnným termínům jako jsou: schválení implementační analýzy v délce trvání 12 až 14 pracovních dnů, schválení dopravních řešení v řádu jednotek týdnů, součinnosti stávajícího dodavatele v délce trvání 6 až 8 týdnů, není termín realizace předmětné veřejné zakázky, i přes vynaložení maximálně možného úsilí ke zkrácení lhůty, do 31. 8. 2015 reálný.“*
104. Odpověď znaleckého ústavu na položenou otázku tedy zněla: *„Znalec konstatuje, že za podmínek uvedených v otázce č. 1 není možné řádně realizovat předmět nadlimitní veřejné zakázky „Podpora veřejné dopravy“, a to i za předpokladu, kdy vybraný dodavatel a jeho subdodavatelé započnou plnění ihned po nabytí platnosti a účinnosti předmětné smlouvy na*

plnění veřejné zakázky a bude na své straně vyvíjet maximální úsilí ke zkrácení smluvně stanovené lhůty plnění 6 měsíců. Znalec dále konstatuje, že i v případě maximálního nasazení dodavatele, nelze pominout smluvní a zákonné lhůty a též dobu nutnou pro zajištění součinnosti stávajících dodavatelů.“

105. Úřad hodnotí znalecký posudek jako profesionální, vysoce odborný, logicky sestavený a odůvodněný. Na základě všech objektivních skutečností předkládaných znaleckým ústavem v posudku nelze učinit jiný závěr než ten, že vzhledem ke značnému rozsahu díla a jeho součástí, vzhledem k nutné časově specifikované součinnosti zadavatele a dodavatele stávajících řadičů by nebylo v silách žádného dodavatele veškerý objem prací řádně provést ve lhůtě 2 měsíců.
106. Úřad považuje znalecký posudek za stěžejní důkaz, že tvrzení zadavatele o nemožnosti realizovat veřejnou zakázku ve lhůtě 2 měsíců mělo reálný základ, tedy bylo založené na objektivních a nestranných informacích, kterými zadavatel v roce 2015 disponoval.
107. Úřad konstatuje, že znalecký posudek verifikoval, že tvrzení zadavatele o nemožnosti plnění ve lhůtě 2 měsíců nebylo založeno na jeho subjektivních pocitech, ale mělo reálný základ. Znalecký posudek jasně a bez jakýchkoli pochybností prokázal, že realizace veřejné zakázky ve lhůtě 2 měsíců by byla ze strany jakéhokoli dodavatele nemožná.
108. Na tomto místě se Úřad vyjádří k námitkám navrhovatele ohledně znaleckého posudku, které jsou obsaženy v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí z 9. 2. 2021. Úřad nejprve rozebere, zda znalecký posudek předložený účastníkem správního řízení může být použit jako důkaz podle § 56 správního řádu, což navrhovatel zpochybňuje. Úřad v této věci odkazuje např. na rozsudek NSS sp. zn. 9 As 206/2014-48 ze dne 2. 7. 2015. Soud zde judikoval, že pokud má posudek předložený účastníkem správního řízení náležitosti znaleckého posudku dle § 127a o.s.ř., postupuje se při jeho provádění stejně jako při provádění znaleckého posudku znalce ustanoveného správním orgánem podle § 56 správního řádu. Podle NSS na základě § 127a o.s.ř. v řízeních před soudem znalecký posudek předložený účastníkem řízení, pokud splňuje stanovené formální požadavky, považován za důkazní prostředek – znalecký posudek, a to bez ohledu na to, zda byl předložen až v řízení před soudem nebo v rámci správního řízení. Z logiky věci je pak nepřipustné, aby ve správním řízení byla tatáž listina považována za jiný podklad pro rozhodnutí (důkaz listinou), na který nemusí být nahlíženo jako na znalecký posudek, zatímco v řízení před soudem by takovému dokumentu byla přiznána důkazní síla znaleckého posudku. Obdobě musí být přistupováno i k posudkům předloženým účastníky řízení v rámci řízení správního.
109. V tomto správním řízení předložil zadavatel dne 15. 1. 2015 znalecký posudek, v němž ve znalecké doložce znalec výslovně uvedl, že *„Tento znalecký posudek je možné použít pro účely předvídané v ustanovení § 127a zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Znalec prohlašuje, že si je vědom následků vědomě nepravdivého znaleckého posudku.“*
110. S ohledem na uvedený výklad soudu může Úřad po kontrole znaleckého posudku uzavřít, že znalecký posudek předložený zadavatelem splňuje náležitosti podle § 28 zákona č. 254/2019 Sb., o znalcích, znaleckých kancelářích a znaleckých ústavech, ve znění pozdějších předpisů, a proto je v předmětném správním řízení použit jako důkaz ve smyslu § 56 správního řádu. Navrhovatel znaleckému posudku vyčítá, že se znalec nezabýval tím, že navrhovatel zahájil

na vlastní riziko ve svých prostorách práce již 1. února a na místě by probíhalo jen dokončení zakázky. Úřad k tomu uvádí, že ve znaleckém posudku je popsáno, jaké měl znalec podklady a zdroje informací pro vypracování posudku. Informaci, že snad navrhovatel již zahájil práce na zakázce, znalec neměl, protože tuto skutečnost v roce 2015 navrhovatel zadavateli neprezentoval. Nikdy předtím navrhovatel vůči zadavateli netvrdil, že již v únoru 2015 zahájil práce na zakázce. Podle Úřadu jde o pouhé ničím nedoložené tvrzení navrhovatele poprvé uváděné až ve vyjádření k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel totiž v únoru 2015 neměl jistotu, zda nedojde k posunutí termínu dokončení díla (na základě jeho návrhu dodatku). Pak se údajné zahájení prací již v únoru 2015 jeví jako krajně nepravděpodobné. A naopak, pokud by navrhovatel měl část prací již ve vysokém stupni rozpracovanosti, nemusel by v dodatku č. 1 žádat o posunutí termínu plnění do 30. 11. 2015. Úřad proto považuje dané tvrzení navrhovatele za účelové.

111. Za fatální omyl znalce označuje navrhovatel jeho vysvětlení protokolu OCIT-O, jehož prostřednictvím komunikuje dopravní ústředna a řadiče, nikoli detektory. Podle Úřadu jde o podružnou informaci, z níž Úřad nijak při svém rozhodování nevycházel. Ani znalecký ústav z tohoto konstatování nevyvozuje žádné závěry, pouze vysvětluje použitou zkratku OCIT-O, že jde o jednotnou komunikační platformu pro systémy pro dorozumívání komponent (např. dopravních detektorů) a řídicích jednotek. V tomto směru pravděpodobně došlo k nepochopení vysvětlení tohoto pojmu, jež však nemá žádné konsekvence do závěrů znaleckého posudku a na straně Úřadu nevyvolává pochybnosti o věrohodnosti znaleckého posudku, natož o závěrech znaleckého ústavu.
112. K samotné osobě znalce/znaleckého ústavu, jež podle navrhovatele nebyl ustanoven v souladu se správním řádem, odkazuje Úřad na shora uvedený rozsudek soudu. Znalecký posudek doložený zadavatelem je tak plně způsobilý k provedení důkazu znaleckým posudkem podle § 56 správního řádu.
113. K názoru navrhovatele, že znalec vychází z termínů, které jsou obvyklé u pražských zakázek, Úřad znovu odkazuje na podklady, ze kterých znalec vycházel. Vždy šlo o dokumenty vztahující se ke zkoumané zakázce; znalec nikdy nezohledňoval jakékoli termíny zakázek obvyklé v Praze.
114. Pokud jde o znalcem uvažovanou součinnost třetích osob, podle navrhovatele asistence třetích osob nebyla potřeba. Toto tvrzení může Úřad vyvrátit pouhým odkazem na zadávací dokumentaci a její přílohy (jde např. o přílohu č. 1 zadávací dokumentace – Popis požadavků na systém pro Dopravní centrum či přílohu č. 3 – Dopravní ústředna), kde se výslovně se součinností zadavatele a součinností dalších osob (dodavatelů stávajících řadičů, PČR, spol. Ostravské komunikace, a.s.³) počítalo. Rovněž navrhovatelem dodatečně doložené vyjádření společnosti Ostravské komunikace, a.s., z roku 2016 dokládá, že součinnost této společnosti (a PČR) by byla nutná při vypnutí světelných signalizačních zařízení (délka vypnutí by nepřesáhla 2 dny).
115. Ohledně součinnosti spol. Siemens navrhovatel tvrdí, že se s touto firmou v nabídce vůbec nepočítalo, tudíž její termíny jsou bezpředmětné. Jak však vysvětlil znalec (a rovněž vedoucí odboru dopravy zadavatele), v Ostravě jsou instalovány řadiče SIEMENS, z nichž některé by

³ Sám navrhovatel zaslal Úřadu vyjádření této společnosti, že její součinnost by byla nutná při vypnutí světelných signalizačních zařízení a při řízení dopravy.

bylo nutné vyměnit a některé dovybavit HW i SW. Součinnost dodavatelů stávajících řadičů měl zajišťovat zadavatel. Na dotaz znalce pak přímo spol. Siemens potvrdila, že bez její součinnosti není možné provést nastavení řadičů pro připojení k dopravní ústředně jiného výrobce. Z uvedeného Úřadu plyne, že spol. Siemens by asistenci při nastavení svých řadičů musela poskytnout v každém případě, i když navrhovatel tvrdí opak. Úřad má za to, že navrhovatel jako dodavatel těchto zařízení si musel být vědom nutné spolupráce s předchozím dodavatelem a tudíž je jeho nynější tvrzení zjevně účelové.

116. Navrhovatel zpochybňuje, že by zadavatel mohl omluvit své nezákonné rozhodnutí znaleckým posudkem vypracovaným pět a půl roku poté, co zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení. Úřad k tomu sděluje, že znalec vycházel především z podkladů, které byly pořízeny v době, kdy zadávací řízení probíhalo (zadávací dokumentace včetně všech příloh, nabídka navrhovatele, dodatek č. 1). Tyto podklady se za pět a půl roku nezměnily a byly by stejné, i kdyby se znalecký posudek zpracovával v roce 2015 (nebo v roce 2025). Nově (v roce 2020 a 2021) si znalec vyžádal pouze vyjádření zadavatele (vedoucího odboru dopravy), spol. CROSS Zlín, a.s. (jež neodpověděla), spol. Siemens Mobility, s.r.o., a OVANET a.s. Dotazy znalce se vždy výslovně týkaly roku 2015, tudíž odpovědi oslovených by byly stejné nyní i tehdy. Je obvyklé, že znalecké posudky jsou vypracovávány k posouzení věci, které se staly v minulosti, tudíž prodleva pět a půl roku od daných událostí není nikterak mimořádná.
117. Navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí tvrdí, že doklady doložené zadavatelem dodatečně nedokážou zhojit vady jeho rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Podle navrhovatele nešlo o důvody zvláštního zřetele hodné, neboť zadavatel je sám vyvolal definicí doby plnění v zadávací dokumentaci, neschválením dodatku a neumožněním plnění smlouvy.
118. Úřad předně odkazuje na rozsudky soudů ve věci a na nové rozhodnutí o rozkladu, kterým je Úřad při novém projednání věci vázán. V tomto rozhodnutí byl Úřad zavázán doplnit skutková zjištění, především dát zadavateli prostor, aby předložil důkaz, že veřejnou zakázku nebylo možné v daném termínu realizovat.
119. Při novém projednání věci tedy Úřad dal zadavateli možnost, aby předložil důkazy, jimiž by prokázal, že veřejnou zakázku nebylo možno realizovat v termínu do 31. 12. 2015. To zadavatel udělal a mimo listinných důkazů předložil i vypracovaný znalecký posudek, který Úřad považuje za úplný a objektivní důkazní prostředek (vyšší právní síly než je důkaz listinou) pro potvrzení skutečnosti, že veřejnou zakázku nebylo možno realizovat do 31. 8. 2015.
120. Úřad musí odmítnout názor navrhovatele, že důvody pro zrušení zadávacího řízení vyvolal sám zadavatel. Zadavatel dobu plnění definoval objektivně, v souladu se svými znalostmi obvyklých lhůt plnění tohoto druhu a na základě jím předpokládaného vývoje zadávacího řízení (to bylo zahájeno již dne 16. 9. 2014, tudíž existovala dostatečná časová rezerva pro plnění). Neschválení dodatku zastupitelstvem města pak bylo důvodným krokem, kterým se zadavatel vyvaroval podstatných změn smlouvy. Na schválení/uzavření dodatku nemá dodavatel nárok, a pokud zadavatel neměl jistotu, že by nebyl schopen dostát ustanovením zákona, které případnou změnu smlouvy upravují, nelze zadavateli jeho postup vyčítat a už vůbec ne to, že tím měl podle navrhovatele „vyvolat“ důvody zvláštního zřetele hodné.

Neuzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky naopak bylo vyvoláno jistotou zadavatele, že by plnění ve lhůtách z objektivních důvodů nemohlo být poskytnuto.

121. Podle právního názoru navrhovatele musí zadavatel prokázat, že pro zrušení zakázky měl objektivní a podložené důvody nejpozději k okamžiku, kdy rozhodnutí o zrušení zakázky učinil, tj. nejpozději k 3. 7. 2015, nikoli k 15. 1. 2021.
122. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz výše), zadavatel disponoval již v době zrušení zadávacího řízení (1. 7. 2015) kompletními, dostatečnými a objektivními informacemi a podklady pro závěr, že není možné splnit zakázku za necelé dva měsíce, a to nejen k objemu prací na straně dodavatele, ale i vzhledem ke lhůtám na straně zadavatele a třetích osob. Zadavatel tedy prokázal, že měl objektivní důvody ke zrušení zakázky již v době, kdy o jejím zrušení rozhodoval. Znalecký posudek z letošního roku pouze tyto tehdejší důvody (vyplývající z okolností, které nastaly v roce 2015) jednoznačně popsal a shrnul, avšak tyto důvody pro zrušení existovaly již v červenci 2015. Znalec žádné nové důvody, které by vyvstaly až později, neidentifikoval. Ani zadavatel ve svých vyjádřeních v průběhu správního řízení neoznačil žádné jiné důvody než ty, které uvedl již v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
123. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
124. Úřad má za to, že v daném případě nastaly výjimečné „zvláštního zřetele hodné“ důvody pro zrušení zadávacího řízení, jimiž byla objektivní nemožnost realizovat zakázku v daném čase v souladu se smlouvou, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v řízení pokračoval.
125. Úřad dále uvádí, že ke zrušení zadávacího řízení došlo bez zbytečného odkladu, neboť blokační lhůta 45 dnů, během níž zadavatel nesměl uzavřít smlouvu, uplynula 29. 6. 2015. Teprve 30. 6. 2015 mohl zadavatel buď podepsat smlouvu s navrhovatelem či učinit jiný úkon adekvátní nastalému časovému prodlení. Zadavatel se rozhodl zadávací řízení zrušit, přičemž o jeho zrušení rozhodl dne 1. 7. 2015, tedy ihned poté, co nastal důvod, o který zrušení zadávacího řízení opírá (viz výše jednání zastupitelstva). Podmínka pro zrušení zadávacího řízení „bez zbytečného odkladu“ je tedy splněna.
126. Druhá podmínka ke zrušení zadávacího řízení, tedy že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, je, jak vyplývá z výše uvedených důkazů ověřených znaleckým zkoumáním, rovněž naplněna. V průběhu zadávacího řízení zadavatel zjistil, že není možné realizovat zakázku ve smluvním termínu do 31. 8. 2015. Současně jde o důvod, pro který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, tedy aby uzavřel smlouvu, o níž již dopředu ví, že její termín je nesplnitelný.
127. Podle Úřadu tak byly naplněny všechny podmínky pro fakultativní možnost zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
128. Pokud realizace zadávacího řízení již není efektivní a zadavateli je zřejmé, že zakázka nemůže být v jím předpokládaném termínu splněna, nelze na dokončení zadávacího řízení za každou cenu trvat, i když si je Úřad vědom, že tato skutečnost může mít za následek neúčelné vynaložení nákladů uchazečů na jejich účast v zadávacím řízení; právo uchazeče na realizaci

veřejné zakázky však nelze stavět nad dosažení hlavního účelu zákona, kterým je na základě zadávacího řízení podle zákona zajistit hospodárné, účelné a efektivní vynakládání prostředků z veřejných zdrojů. Není proto možné za všech okolností zadavatele nutit formálně dokončit zadávací řízení, když je zjevné, že uzavřením smlouvy (v původní podobě) by nemohlo dojít k zamýšlenému výsledku, tj. realizaci zakázky do 31. 8. 2015. Zákon možnost zrušení zadávacího řízení (podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona) připouští, zadavatel tedy tuto možnost využil, když podle Úřadu naplnil všechny předpoklady dané zákonem pro tento postup.

129. K tvrzení navrhovatele, že se zadavatel mohl dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. e) popř. b) zákona, Úřad konstatuje, že neshledal, že by zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu s § 84 zákona, tj. že by došlo k nedodržení postupu stanoveného zákonem.
130. Úřad uzavírá, že za okolností, které v zadávacím řízení objektivně nastaly, zadavatel mohl zrušit zadávací řízení na základě ustanovení § 84 odst. 2 zákona, což učinil. Jestliže zadavatel v průběhu zadávacího řízení dospěl k závěru, že veřejnou zakázku není možné realizovat za podmínek vymezených v zadávací dokumentaci a návrhu smlouvy a uvedené je prokázáno, nelze na něm smysluplně požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval a tím odnímat zadavateli možnost zrušení takového zadávacího řízení, jež by nevedlo k cíli – k realizaci veřejné zakázky za stanovených podmínek.
131. Ze všech výše uvedených důvodů Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. MT Legal s.r.o., advokátní kancelář, Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. Mgr. Marek Šimka, advokát, Šumavská 519/35, 602 00 Brno

Vypraveno dne

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