



UOHSX009PJ52

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0064/2017/VZ-17555/2017/323/LVa

Brno 12. června 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 3. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **ELTODO OSVETLENIE, s.r.o.**, IČO 36170151, se sídlem Rampová 5, 040 01 Košice, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 12. 2016 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j.ÚOHS-S0772/2016/VZ-09008/2017/541/PDz ze dne 13. 3. 2017 vydanému ve správním řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **HLAVNÍ MĚSTO PRAHA**, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 30. 12. 2016 JUDr. Petrem Tomanem, LLM., advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28497333, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2,

učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky „**Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 6. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 6. 2013 pod ev. č. 351826, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2013 a dne 23. 8. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 11. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 111-189781, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 130-224506 a dne 24. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 164-285668,

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-S0772/2016/VZ-09008/2017/541/PDz ze dne 13. 3. 2017

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> příslušný k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek a soutěži o návrh obdržel dne 30. 12. 2016 návrh navrhovatele – ELTODO OSVETLENIE, s.r.o., IČO 36170151, se sídlem Rampová 5, 040 01 Košice, Slovenská republika, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 12. 2016 společností Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů (dále jen „**návrh**“) zadavatele – HLAVNÍ MĚSTO PRAHA, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 30. 12. 2016 JUDr. Petrem Tomanem, LL.M., advokátem, TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28497333, se sídlem Trojanova 12, 120 00 Praha 2 (dále „**zadavatel**“) – učiněných v zadávacím řízení veřejné zakázky „Zajištění správy, provozu a údržby veřejného osvětlení a souvisejících zařízení na území hlavního města Prahy“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 4. 6. 2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 6. 2013 pod ev. č. 351826, ve znění oprav uveřejněných dne 4. 7. 2013 a dne 23. 8. 2013, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 11. 6. 2013 pod ev. č. 2013/S 111-189781, ve znění oprav uveřejněných dne 6. 7. 2013 pod ev. č. 2013/S 130-224506 a dne 24. 8. 2013 pod ev. č. 2013/S 164-285668 (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**VZ**“).
2. Předmětem veřejné zakázky bylo podle bodu 2.2. „předmět plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace řádné poskytování služeb spočívající v činnostech souvisejících se správou, provozem a údržbou veřejného osvětlení a souvisejících zařízení, která se nacházejí na území hlavního města Prahy ke dni účinnosti Smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného

---

<sup>1</sup> 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, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“) se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona, není-li dále uvedeno jinak.

osvětlení a dalších souvisejících zařízení se správcem (uchazečem), jakož i těch, která budou správci předána do správy, provozu a údržby v souladu s uvedenou smlouvou v průběhu její účinnosti, a to do 31. 12. 2023.

3. Z usnesení Rady hlavního města Prahy č. 2804 ze dne 21. 10. 2014 vyplývá, že zadavatel rozhodl o výběru nejhodnější nabídky navrhovatele.
4. Z rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 16. 11. 2016 (dále jen „**rozhodnutí o zrušení**“) vyplývá, že zadavatel zrušil zadávací řízení (dále jen „**ZŘ**“) na veřejnou zakázku dle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Jako důvody pro zrušení zadávacího řízení zadavatel v citovaném rozhodnutí uvedl délku dosavadních správních řízení vedených Úřadem ve věci veřejné zakázky přesahující 3,5 roku od zahájení zadávacího řízení (a s tím se pojící problémy), nejednoznačnost zadávacích podmínek a nutnost opakovaného zadávání předmětného plnění v jednacích řízeních bez uveřejnění (dále jen „**JŘBU**“) a s tím související aspekty.

## II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 13. 3. 2017 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0772/2016/VZ-09008/2017/541/PDz z téhož dne (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle ustanovení § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že jediným relevantním dokumentem, na základě kterého lze přezkoumat oprávněnost zrušení zadávacího řízení zadavatelem je oznámení o zrušení, případně samotné rozhodnutí o zrušení. Z toho vyplývá, že za jediné relevantní důvody pro zrušení ZŘ lze považovat důvody, které v rozhodnutí o zrušení uvedl zadavatel. Z toho důvodu nelze přihlížet k domněnce navrhovatele, že skutečným důvodem pro zrušení zadávacího řízení byly nikoliv skutečnosti uvedené v rozhodnutí o zrušení, ale snaha zadavatele zadat předmětné plnění mimo režim zákona jinému subjektu. Proto Úřad neakceptoval žádost navrhovatele, aby si Úřad od zadavatele vyžádal jisté neuveřejněné podklady pro usnesení Rady hlavního města Prahy č. 3053 ze dne 6. 12. 2016 a neveřejné dokumenty, které byly přílohami důvodové zprávy k usnesení Rady hlavního města Prahy č. 2806 ze dne 15. 11. 2016.
7. Úřad rovněž poukázal na to, že ačkoli z hlediska zákona je primárním účelem zadávacího řízení umožnit spravedlivou a transparentní hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku mezi potenciálními dodavateli, nelze odhlédnout od skutečnosti, že dosažení tohoto stavu není jediným samostatně stojícím důvodem pro realizaci zadávacího řízení, nýbrž že podstatným cílem v ZŘ je uspokojení potřeb zadavatele v požadovaném rozsahu a náležité kvalitě, přičemž k dosažení tohoto cíle je nezbytné, aby zadavateli bylo skrze uzavřenou smlouvu s vybraným uchazečem poskytnuto poptávané plnění v adekvátní lhůtě, jelikož výchozí podmínky, vůči kterým zadavatel nastavil zadávací podmínky poptávaného plnění, se mohou v čase měnit a za určitých okolností může dojít k situaci, kdy je délka ZŘ delší oproti původně plánovanému předpokladu, což může zapříčinit, že uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, jakožto žádoucí výsledek ZŘ, přestává být preferovaným cílovým stavem. Úřad tedy dovodil, že v případě, že nedojde k uzavření smlouvy a k faktickému plnění předmětu veřejné zakázky v předpokládaném časovém horizontu, je akceptovatelné zrušení zadávacího řízení, avšak

pouze za situace, pokud časová prodleva způsobuje nemožnost řádného uspokojení potřeb zadavatele v požadovaném rozsahu, jinými slovy, délka ZŘ je za určitých okolností možné považovat za důvod hodný zvláštního zřetele. K tomu zároveň konstatoval, že konkrétní průběh správních řízení nelze v daném případě z hlediska oprávněnosti zrušení ZŘ přičítat k tíži zadavatele, jelikož procesní průběh správního řízení nebyl ovlivněn obstrukčním jednáním na straně zadavatele.

8. Úřad zohlednil, že v šetřeném případě se délka ZŘ související i s průběhem správních řízení výrazným způsobem promítla do změny parametrů veřejné zakázky, když rozsah plnění VZ v každém jednotlivém roce je závislý na provedení servisu a údržby veřejného osvětlení v předpokládaném rozsahu v předcházejícím období a za situace, kdy v důsledku neukončeného zadávacího řízení nedošlo k zahájení poskytování předmětných činností spojených se servisem a údržbou veřejného osvětlení (dále jen „VO“) v předpokládaném časovém období a v daném rozsahu, je zřejmé, že v následujícím období je výchozí stav osvětlení ovlivněn dobou prodlevy, ve které nebyly vykonávány původně předpokládané práce a činnosti. Výchozí stav zařízení VO je tedy v současnosti odlišný od jeho stavu v době zahájení zadávacího řízení na VZ.
9. K otázce nejednoznačného vymezení zadávacích podmínek (konkrétně výkladu pojmu „dálkový dohled“) Úřad uvedl, že tato otázka již byla meritorně vyřešena, avšak také že nelze upřít, že vymezení tohoto pojmu působilo komplikace.
10. Úřad shledal jako rozhodující, že argumenty vedené zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 16. 11. 2016 představují ve své vzájemné kombinaci důvody hodné zvláštního zřetele.

### III. Rozklad navrhovatele

11. Dne 29. 3. 2017 byl Úřadu doručen rozklad navrhovatele z téhož dne směřující proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 14. 3. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

#### Námítky rozkladu

*Námítka neprovedení důkazů navrhovaných navrhovatelem a nezohlednění všech skutečností vedoucích k vydání rozhodnutí o zrušení ZŘ*

12. Navrhovatel tvrdí, že Úřad v rozporu s § 52 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) neprovedl důkazy navržené navrhovatelem a ani jejich neprovedení řádně neodůvodnil. Rozhodnutí tak údajně vychází z nedostatečně zjištěného skutkového stavu, Úřad údajně došel „*k neúplným a nesprávným závěrům, které nemají oporu v provedeném dokazování, ani v obsahu správního spisu*“, což má zakládat nezákonnost rozhodnutí. Dle navrhovatele Úřad nezohlednil všechny skutečnosti vedoucí k vydání rozhodnutí o zrušení, které prokazují skutečné důvody zrušení zadávacího řízení, neboli omezil přezkum napadeného postupu na formální přípustnost důvodů uvedených v rozhodnutí o zrušení, aniž by však skutečnou existenci těchto důvodů zjišťoval nebo ověřil, přičemž neprovedení důkazů ani řádně nezdůvodnil.
13. Skutečné důvody zrušení ZŘ měly být (dle tvrzení navrhovatele) naznačeny v přílohách důvodové zprávy k usnesení Rady zadavatele č. 2806 ze dne 15. 11. 2016, které byly

zadavatelem označeny jako neveřejné. V těchto dokumentech mělo být obsaženo tvrzení, že za dobu trvání zadávacího řízení k žádné významné změně situace, která by odůvodňovala zrušení ZŘ, nedošlo. Tyto listiny navrhovatel navrhl jako důkaz. Zadavatel v nich měl být právními poradci údajně poučen, že pouhá délka trvání ZŘ by k jeho zrušení jako důvod nemusela postačovat, a proto by bylo vhodné zajistit existenci podstatné změny skutkových okolností, proto byl také účelově vypracován posudek společností ALMAPRO, s.r.o., IČO 24150134, se sídlem Jiřího Šotky 560, 2 71 0 1 Nové Strašecí (dále jen „ALMAPRO“).

14. Navrhovatel dále namítá, že Úřad si údajně selektivně vybíral skutečnosti, které podporovaly stanovisko zadavatele a „*rezignoval na povinnost zjistit stav věci takovým způsobem, o kterém nejsou důvodné pochybnosti*“.

*Námitka nenaplnění podmínek pro aplikaci ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona*

15. Dle navrhovatele v daném případě nebyl dán důvod zvláštního zřetele hodný a rovněž nebyla splněna podmínka, že se tento důvod vyskytl v průběhu zadávacího řízení. Úřad dále údajně nevyložil pojem „*důvody hodné zvláštního zřetele*“ ve prospěch efektivní hospodářské soutěže. Existence správních řízení před Úřadem dle navrhovatele nemůže představovat důvod, pro který by mohlo dojít ke zrušení ZŘ (jak potvrzuje i rozhodovací praxe Úřadu). Důvodem zrušení ZŘ nemohla být ani změna struktury činností, neboť žádnou takovou změnu Úřad neposuzoval a neprokázal (Úřad chybně ztotožnil změnu stavu soustavy VO se změnou předmětu VZ). I pokud by změnou VZ měly být zvýšené náklady na údržbu, nejde o změnu struktury činností. Pokud jde o opravu opakovaných pochybení zadavatele, ta rovněž není důvodem ke zrušení ZŘ.
16. Úřad rovněž údajně neodůvodnil, proč je zkrácení délky trvání zakázky v konkrétním rozsahu tak zásadní změnou plnění. Další námitkou navrhovatele je, že zadavatel se nemůže odvolávat na dlouhé řízení, když nevyužil prostředky proti nečinnosti. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel měl využít své povinnosti uplatnit prostředky proti nečinnosti a měl rychleji přijmout opatření k nápravě.

*Námitka aplikace ZZVZ na změny smlouvy na plnění VZ*

17. Úřad v bodu 96 odůvodnění napadeného rozhodnutí odkázal na ustanovení § 82 odst. 7 zákona s tím, že zadavatel je při případné změně smlouvy (která by nastala v důsledku změny rozsahu prováděných činností) limitován. Dle navrhovatele se však případné změny smlouvy mají řídit ZZVZ. Aplikace špatné normy na posouzení věci měla za následek nepřezkoumatelnost a nezákonnost rozhodnutí.

*Námitka nenaplnění podmínky zrušení ZŘ bez zbytečného odkladu*

18. Úřad údajně přistoupil zcela nekriticky k tvrzení zadavatele, že informace o změně stavu soustavy VO získal až z posudku ALMAPRO, jehož cílem bylo pouze účelově odůvodnit zrušení ZŘ. Na posudek přitom zadavatel v rozhodnutí o zrušení ZŘ nijak neodkazoval.

*Námitka, že se řádně Úřad nezabýval obsahem rozhodnutí o zrušení ZŘ*

19. Stárnutí soustavy VO je v rozhodnutí o zrušení ZŘ uvedeno jako důsledek opakovaného zadávání VZ na zajišťování správy, provozu a údržby VO v JŘBU vždy na období jednoho roku, nikoli jako důvod zrušení ZŘ. Úřad tak založil své rozhodnutí o přípustnosti zrušení ZŘ na skutečnosti, kterou zadavatel jako důvod zrušení ZŘ ani výslovně neoznačil.

20. Jelikož podstatná změna okolností je v zákoně uvedena jako samostatný důvod pro zrušení ZŘ (§ 94 odst. 2 písm. d)), kde musí být splněny další podmínky (změna nepředvídatelná a nezpůsobená zadavatelem), měl Úřad důvody uvedené zadavatelem v rozhodnutí o zrušení ZŘ vyložit v neprospěch zadavatele. Podstatnou změnu okolností nelze podřazovat pod písm. e), tedy jakousi zbytkovou kategorií. Kdyby zadavatel býval chtěl zrušit ZŘ dle písm. d), měl prokázat splnění všech podmínek, ale takový důvod pak nelze podřadit pod písm. e). Úřad tedy zohlednil písm. d), které směřuje na zcela jinou situaci, než která byla zadavatelem uvedena v rozhodnutí o zrušení ZŘ (a podmínky, pro jejíž aplikaci nebyly naplněny). Úřad tak aplikoval nesprávné ustanovení a založil tak nezákonnost rozhodnutí.

*Námítka, že Úřad své rozhodnutí založil na skutečnostech, které nebyly uvedeny v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení*

21. Úřad neměl údajně přihlížet ke stanovisku ALMAPRO, jelikož toto stanovisko nebylo součástí rozhodnutí o zrušení a jeho věrohodnost je diskutabilní. Navíc jako důvod zrušení ZŘ není uvedena změna parametrů VO.

*Námítka, že Úřad nesprávně vyhodnotil dokument vypracovaný společností Almapro a navíc neprovedl jakékoliv důkazy ke vlivu stárí soustavy veřejného osvětlení na předmět veřejné zakázky (tedy zajišťování správy, provozu a údržby)*

22. Úřad údajně dovedl nepřesné a zavádějící závěry ohledně vlivu stárí soustavy VO na předmět plnění veřejné zakázky, když došel k závěru, že v průběhu trvání ZŘ došlo ke změně stavu soustavy VO, tedy ke změně stavu předmětu plnění, což údajně nemá oporu v dokazování, předmětem VZ je totiž zajištění správy, provozu a údržby VO, nikoli jejich obnova nebo modernizace. Obnova a modernizace nebyly ani součástí zrušené VZ. Modernizace měla být realizována samostatně přímo zadavatelem. Přesto byl navrhovatel připraven i za těchto okolností poskytovat plnění VZ dle své původní nabídky.

23. Zadání posudku bylo údajně účelové a způsob jeho vyhotovení netransparentní. Skutečný důvod jeho vypracování bylo doporučení právních poradců zadavatele nechat vypracovat posudek „nezávislou a kvalifikovanou osobou“.

*Námítka, že Úřad v rámci správního řízení postupoval v rozporu s evropskými zadávacími směrnici a právním řádem ČR, když neposkytl navrhovateli účinnou ochranu jeho věcných a procesních práv*

24. Navrhovatel odkazuje na ustanovení § 18 odst. 1 a § 53 odst. 6 správního řádu dává správnímu orgánu povinnost vyhotovit protokol o provedení důkazu a navrhovatel dovozuje, že by spis měl obsahovat protokoly o důkazech, které Úřad neprovedl. Když součástí spisu nebyl protokol o provedení důkazů, nebylo navrhovateli zřejmé, jaké důkazy hodlal Úřad provést, a nemohl se k tomu tedy vyjádřit, čímž mu bylo znemožněno se kvalifikovaně vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### **Závěr rozkladu**

25. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil úřadu k novému projednání.

#### IV. Řízení o rozkladu

26. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

##### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

27. Dne 7. 4. 2017 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k rozkladu z téhož dne. Zadavatel považuje rozklad za kompilaci účelových, nepravdivých a neúplných tvrzení. Ohrazuje se proti tvrzením navrhovatele o údajném úmyslu zadavatele zadat zrušenou VZ předem vybraným subjektům. Tyto skutečné důvody jsou jen fabulacemi navrhovatele mající za cíl očernit zadavatele. Zadavatel souhlasí s posouzením věci Úřadem, jak bylo provedeno v napadeném rozhodnutí a většinou opakuje svá dřívější tvrzení.
28. Uvádí, že navrhovatelem navržené důkazy nebylo nutné provést, jelikož skutkový stav byl dostatečně zjištěn. Navrhovatelem navržené důkazy (přílohy důvodové zprávy rozhodnutí Rady zadavatele) ostatně ani údajné „skutečné důvody“ zrušení ZŘ neobsahují. Jak konstatoval Úřad, je dán objektivní důvod hodný zvláštního zřetele, jehož existenci nemohou zvrátit jakékoli navrhovatelem uváděné subjektivní důvody.
29. Co se týče tvrzení o účelovém a připravovaném zrušení VZ, zadavatel jej odmítá. Zadavatel se ocitl v krajní nouzi, kdy musel plnění někomu zadat během 14 dnů, proto zvolil jedinou možnost, která se nabízela, a sice postupovat dle § 11 ZZVZ, což je legitimní způsob zadání a nikoli jednání *in fraudem legis*.
30. Zadavatel zdůraznil, že zrušovacím důvodem byla kombinace několika okolností, zejména procesní stav zadávacího řízení, u kterého nelze očekávat ukončení a uzavření smlouvy na plnění ani k 1. 1. 2017. Zadavatel připomenul, že dne 24. 11. 2016 přijal Strategický plán města Prahy, který obsahuje mimo jiné opatření směřující k efektivitě a úspoře VO v rámci koncepce Smart Cities, což má vliv na kvalitu správy VO, která se tím odchyluje od zadání VZ z roku 2013.
31. Závěrem zadavatel navrhuje zamítnutí rozkladu v celém rozsahu.

##### **Vyjádření navrhovatele k vyjádření zadavatele k rozkladu (doplnění rozkladu navrhovatele)**

32. Dne 5. 5. 2017 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k vyjádření zadavatele k rozkladu z téhož dne, které je obsahově doplněním rozkladu. Tvrdí v něm mimo jiné, že ačkoli zadavatel nesouhlasí s tvrzeními navrhovatele, nepředkládá žádné protiargumenty, že se navrhovatel ohrazuje vůči četným údajně účelovým a fabulačním tvrzením zadavatele. Dále navrhovatel v podstatě opakuje svá předchozí tvrzení.
33. Přílohou tohoto podání je znalecký posudek č. 300/2017 – Pl ze dne 16. 4. 2017, ve věci posouzení relevance technických a ekonomických dopadů plynoucích ze sníženého objemu investic do obnovy VO na území hl. m. Prahy, uvedených v posudku společnosti ALMAPRO. V posudku je mimo jiné uvedeno, že „*uvedená problematika vyžaduje vysokou odbornost a znalosti ze správy VO jako celku, zejména pak v oblasti legislativy. Bez těchto znalostí se nedá spolehlivě, bezpečně a ekonomicky provozovat žádná soustava VO, natož takový soubor liniové stavby jako je soustava hlavního města Prahy*“, a že „*společnost ALMAPRO, s.r.o., není*

*společností, která by byla jakýmkoli způsobem spojena s činností v oblasti světelné a osvětlovací techniky, natož potom s problematikou VO jako celku“, a dále „řešitel předloženého posudku, Ing. Martin Kučera, BMA, autorizovaný inženýr pro technická zařízení staveb, nemá prokazatelně odpovídající profesní způsobilost.“ Z posudku má dále vyplývat, „že*

- i) společnost Almapro není společností, která by se zabývala činnostmi v oblasti světelné a osvětlovací techniky, natož problematikou provozování veřejného osvětlení jako celku;*
- ii) odborné vyjádření Almapro bylo zpracováno osobou, která nemá odpovídající profesní způsobilost;*
- iii) v odborném vyjádření Almapro jsou obsaženy rozpory a zcela chybně uvedené skutečnosti, které negativně ovlivňují další závěry uvedené v odborném vyjádření;*
- iv) odborné vyjádření Almapro se nezabývá problematikou nákladů na údržbu a servis VO a graf závislosti nákladů na údržbu a investic do obnovy VO nemá žádnou vypovídací hodnotu;*
- v) v odborném vyjádření Almapro je při posouzení změny VO zohledněna pouze část veřejného osvětlení (stožáry a kabely), nikoliv veřejné osvětlení jako celek;*
- vi) skutečnosti uváděné v odborném vyjádření Almapro nejsou založené na konkrétních objektivně přezkoumatelných podkladech;*
- vii) odborné vyjádření Almapro z formálního ani materiálního hlediska nespĺňuje požadavky vyžadované pro odborné znalecké posudky, a navíc ho nelze brát ani jako kvalifikovaný odhad nákladů na provoz a údržbu VO, protože neumožňuje zpětný přezkum s objektivním ověřením uváděných skutečností.“*

Dále posudek ALMAPRO údajně obsahuje početní chyby, chybí v něm odkazy, některé skutečnosti jsou chybné (v rozporu s objemy investic). Posudek řeší selektivně jen části nejrychleji podléhající opotřebením. K argumentu zadavatele, že posudek ALMAPRO vypracovaly osoby odlišné od J. Skály, navrhovatel uvádí, že z dostupných informací plyne, že J. Skála pro společnost ALMAPRO aktivně pracoval, byl pravidelně v kontaktu s Ing. Pliškou (osobou uvedenou jako vypracovatel posudku) a posudek ALMAPRO má obsahovat obchodní tajemství a důvěrné informace koncernu ELTODO, které společnost ALMAPRO mohla získat pouze prostřednictvím J. Skály.

- 34. Navrhovatel odkazuje, že zadavatel uzavřel s TCP za účelem zajištění provozu dispečinku, odstraňování poruch a havárií a souvisejících administrativních činností v rámci provozu VO na území hl. m. Prahy od 1. 1. 2017, přičemž plnění z této smlouvy Úřad zakázal. Dle informací dostupných navrhovateli zadavatel opět hodlá zadat VZ postupem mimo zákon, z čehož je patrné, že kroky zadavatele směřují k přímému zadání VZ předem vybraným subjektům. To má dokládat i navrhovatelem předložený notářský zápis, z něhož plyne, že začátkem října probíhala komunikace mezi zástupci TCP a hl. m. Prahy a J. Skálou, kde si strany domlouvaly obsah smlouvy o správě, provozu a údržbě VO odpovídající zrušené VZ. Tato následná praxe zadavatele má dokazovat, že zrušení VZ bylo účelové.
- 35. Argumentace zadavatele, že pozdější započítání plnění VZ by kladlo větší časové a finanční nároky na obě strany, je údajně absurdní, neodpovídá nastavení činností dle smlouvy na VZ a ani skutečnému stavu věci, jelikož navrhovatel zadavateli deklaroval svou ochotu plnit.



36. K argumentu zadavatele, že nutnost zrušení ZŘ vychází i z toho, že vzhledem k lukrativnosti zakázky je pravděpodobné zahajování nových řízení s neúspěšnými uchazeči, navrhovatel uvádí, že „[p]okud by byla potenciální možnost napadnout postup zadavatele nebo pravděpodobnost že k tomu dojde (jak to tvrdí Zadavatel) důvodem pro zrušení zadávacího řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele, pak by měl veřejný zadavatel vždy možnost zrušit jakékoliv zadávací řízení, protože vždy existuje teoretická možnost napadení postupu zadavatele dodavatelem“.
37. Zadavatel dále údajně opomíjí, že jeho postup byl účastníky zadávacího řízení napadán právě z důvodu jeho nezákonnosti a zadavatel měl možnost své chyby napravit, avšak nepodnikl žádné kroky k urychlení správních řízení nebo napravení svých chybných kroků. Zadavatel tak fakticky využívá svůj dřívější chybný postup k odůvodnění zrušení ZŘ.

#### **Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí**

38. Dne 25. 5. 2017 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí.
39. Zadavatel poukazuje na to, že primárním účelem ZŘ je pořízení plnění vedoucího k uspokojení potřeb zadavatele a to v době k tomu stanovené.
40. K tvrzení navrhovatele, že v rozhodnutí o zrušení ZŘ není nikde uveden závěr o neaktuálnosti struktury činností tvořící předmět VZ, zadavatel uvádí, že ačkoli takto důvod v rozhodnutí výslovně neoznačil, popsal ho.
41. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že by jeho postup směřoval k zadání VZ předem vybraným subjektům, když společnost ze stejného koncernu jako navrhovatel zmařila pokračování dané služby (zadávané přes JŘBU) na rok 2017 zcela neakceptovatelnou nabídkou.
42. K navrhovatelem předloženému znaleckému posudku zadavatel uvádí, že jeho závěry jsou pouze všeobecného charakteru a nic nevypovídají o stavu VO a nutných investicích do údržby a obnovy VO, a že byl zpracován na základě tendenčního zadání, všech 11 otázek je položeno účelově ve snaze zpochybnit způsobilost společnosti ALMAPRO posudek zpracovat. Způsobilost společnosti ALMAPRO byla přitom deklarována již v rozhodnutí ze dne 13. 3. 2017 (viz bod 105 napadeného rozhodnutí). Zadavatel nikdy netvrdil, že posudek společnosti ALMAPRO je znaleckým posudkem. ALMAPRO vycházela z podkladů předaných zadavatelem, přičemž tyto podklady zadavatel obdržel od společnosti ELTODO CITELIUM s.r.o., která je zadavateli byla povinna poskytovat na základě uzavřené smlouvy. Dále zadavatel poukazuje na to, že navrhovatel posudek předkládá v rozporu s § 114 odst. 1 zákona, tedy že navrhovatel mohl navrhopvat důkazy, uvádět skutečnosti a činit návrhy nejpozději do 15 dnů ode dne doručení o zahájení správního řízení s výjimkou návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Kromě opožděnosti posudku by k němu Úřad neměl přihlížet také proto, že z něj nevyplývají relevantní tvrzení, která by zpochybovala věrohodnost podkladů.
43. Zadavatel se ohrazuje proti tvrzení navrhovatele, že zakázku zrušil, aby ji mohl zadat předem vybraným subjektům. Učinil tak proto, že zadávací řízení trvalo přes 3,5 roku a nedalo se očekávat jeho brzké ukončení, k tomu došlo ke změně stavu VO a tím pádem k neaktuálnosti struktury požadovaných činností. Navíc bylo pravděpodobné zahajování dalších správních

řízení a ukončení ZŘ, nelze tedy po zadavateli požadovat, aby rezignoval na plnění své povinnosti k zajištění veřejného zájmu na provozu VO.

44. Zadavatel považuje podaný rozklad za nedůvodný a účelový a navrhuje jeho zamítnutí.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí**

45. Dne 26. 5. 2017 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí. V úvodu tohoto podání navrhovatel uvádí, že se vyjadřuje k podkladům k datu 5. 5. 2017 a pokud by byly podklady dále rozšířeny, vyhrazuje si právo se k nim ještě vyjádřit. Ve vyjádření navrhovatel v podstatě opakuje svá dříve vyjádřená stanoviska.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

46. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
47. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu.

#### **V. K námitkám rozkladu**

##### *K rozsahu přezkumu*

48. K rozsahu přezkumu napadeného rozhodnutí podle rozkladových námitek navrhovatele předesílám, že vypořádání námitek navrhovatele jsem provedl v duchu toho, co uvedl Nejvyšší správní soud k dostatečnému odůvodnění a přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí v rozsudku č. j. 5 Afs 25/2009 – 98 ze dne 25. 3. 2010, tedy že „podle ustálené judikatury nelze povinnost soudu řádně odůvodnit rozhodnutí chápat tak, že musí být na každý argument strany podrobně reagováno (srov. nález Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. IV. ÚS 1903/07, nález Ústavního soudu ze dne 16. 5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 493/06, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 19. 4. 1994, Van de Hurk v. Nizozemí, stížnost č. 16034/90, bod 61, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 9. 12. 1994, Ruiz Torija v. Španělsko, stížnost č. 18390/91, bod 29)“, a na co navázal i v rozsudku č. j. 2 As 134/2011 – 200 ze dne 27. 8. 2013, když v rámci přezkumu dané věci tyto úvahy blíže rozvinul následujícím způsobem: „Nejvyšší správní soud má v posuzované věci za to, že ve světle citované judikatury krajský soud odůvodnil své rozhodnutí dostačujícím způsobem a se snahou postihnout žalobní body komplexně tak, aby reagoval na všechny výtky stěžovatele proti napadenému rozhodnutí. Na každé rozhodnutí je přitom nutno nahlížet jako na celek; není-li konkrétní žalobní námitka vypořádána samostatně (ale je součástí širšího hodnocení posuzované problematiky), nelze o nepřezkoumatelnosti takového rozsudku vůbec uvažovat. (...) Z odůvodnění rozsudku je zřejmé, že krajský soud uvedl srozumitelné a logicky na sebe navazující důvody ve prospěch právního názoru, k němuž dospěl, a vyjádřil se i ke stěžejním argumentům stěžovatele. Krajský soud sice výslovně nereagoval na každý dílčí argument stěžovatele, z jeho celkové úvahy je však zcela zřejmé, proč se s právním názorem

*stěžovatele neztotožnil.“* Ačkoliv se předmětný rozsudek vztahuje k přezkumu rozhodnutí správního soudu, lze obdobný princip analogicky použít i ve vztahu k vypořádání námitek správním orgánem. Pokud tedy navrhovatel uvádí v rozkladu řadu námitek, z nichž některé spolu úzce souvisí, avšak nevnáší nové světlo do posuzované věci, když spíše dotváří danou argumentační rovinu, či případně nejsou ani relevantní pro posouzení té které předmětné otázky, je nadbytečné, aby se správní orgán jednotlivě s takovými námitkami podrobně vypořádával, pokud komplexně postihne gros rozkladové argumentace. Předoslání takového závěru však v žádném případě neznamena ani neznačí, že bych se dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí nezabýval některými podstatnými otázkami či námitkami, které navrhovatel v rozkladu, jak jsem uvedl již v úvodu.

*K námitce neprovedení důkazů navrhovaných navrhovatelem a nezohlednění všech skutečností vedoucích k vydání rozhodnutí o zrušení ZŘ*

49. Navrhovatel se dožadoval provedení důkazů, které by měly dokládat „skutečné“ důvody zadavatele ke zrušení ZŘ. Skutečným důvodem zrušení ZŘ měla být snaha zadavatele vyhnout se postupu v otevřeném řízení dle zákona a zadat prostřednictvím výjimky in-house VZ přímo společností, ve kterých má majetkovou účast, a které nebyly schopny plnění poptávané v rámci ZŘ poskytnout. K tomuto měl zadavatel vytvořit komplexní strategii, dle které mělo být údajně zrušeno ZŘ na VZ, převzato vybavení společnosti ELTODO-CITELIUM s.r.o. a plnění zrušené VZ zadáno přímo společností s majetkovou účastí zadavatele – TRADE CENTRE PRAHA a.s., IČO 00409316, se sídlem Blanická 1008/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „TCP“), a PREDistribuce, a.s., IČO 27376516, se sídlem Svornosti 3199/19a, 150 00 Praha 5 (dále jen „**PREDistribuce**“). Dle informací navrhovatele již měly být zahájeny kroky vedoucí k násilnému a nezákonnému převzetí personálního a materiálního vybavení společnosti ELTODO-CITELIUM s.r.o. – zejména navrhovatel poukazuje na spolupráci J. Skály, zaměstnance koncernu ELTODO s.r.o. se společností TCP, prostřednictvím kterého měla TCP získávat interní a důvěrné informace a obchodní tajemství koncernu ELTODO. J. Skálou měl být také za koordinace s TCP vypracován plán převzetí zaměstnanců ELTODO společností TCP (dceřinou společností zadavatele). J. Skála, jehož jednání je přezkoumáváno orgány činnými v trestním řízení, byl v době přípravy posudku ALMAPRO v pracovním poměru se společností ALMAPRO, pro kterou se měl podílet na přípravě a revizi posudků, smluv mezi zadavatelem a TCP a PREDistribuce a přípravě zadávací dokumentace na následné jednací řízení bez uveřejnění. J. Skála se údajně měl stát ředitelem divize VO v TCP. Mělo být rovněž ujednáno, že z koncernu ELTODO budou TCP násilně převzati zaměstnanci zodpovědní za správu VO, aby měla spol. TCP dostatečnou kapacitu k plnění předmětu VZ. Úřad provedení navrhovatelem navrhovaných důkazů (osvětlujících údajně skutečné důvody zadavatele) odmítl s tím, že za jediné relevantní důvody pro učinění závěru o oprávněnosti zrušení ZŘ lze považovat důvody, které zadavatel uvedl v rozhodnutí o zrušení ZŘ. Navrhovatel se však domnívá, že takové pravidlo lze aplikovat „*pouze vůči zadavateli v situaci, že by ze strany zadavatele docházelo (následně) v (sic!) rozšiřování nebo doplňování důvodu pro zrušení zadávacího řízení*“.
50. Není pravdou (navzdory tvrzení navrhovatele), že by Úřad neprovedení navržených důkazů nezdůvodnil, neboť Úřad toto provedl v bodech 72 a 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Zde konstatoval, že za jediné relevantní důvody pro zrušení ZŘ Úřad považuje ty, jež byly uvedeny v rozhodnutí o zrušení, a z toho důvodu Úřad neakceptoval žádost

navrhovatele vyžádat si předmětné neuveřejněné dokumenty. Navrhovatel na tato ustanovení dokonce v této souvislosti odkazuje a tvrdí, že Úřad své rozhodnutí nevyžádat si ony dokumenty neodůvodnil. V tomto ohledu shledávám argumentaci navrhovatele rozpornou, neboť z uvedeného je seznatelné, že Úřad se s neprovedením důkazů v napadeném rozhodnutí vypořádal.

51. K posouzení této námitky je rovněž nutno zodpovědět otázku, zda bylo nutné, aby Úřad navržené důkazy provedl. V tomto ohledu se zcela ztotožňuji s posouzením Úřadu provedeném v napadeném rozhodnutí, kde Úřad uvedl, že předmětem přezkumu jsou a mohou být pouze ty důvody, které zadavatel uvedl v rozhodnutí o zrušení, a proto nelze přihlížet k domněnkám navrhovatele, že tyto důvody jsou pouze zástupné, a skutečné důvody jsou úplně jiné. Úkolem Úřadu je totiž přezkoumat, zda zadavatel ZŘ zrušil z důvodů, které k tomu zákon připouští. Nelze ovšem přijmout názor navrhovatele, že pravidlo, že se přezkoumávají pouze v rozhodnutí (o zrušení) uvedené důvody, a tyto důvody nemohou být dodatečně rozšiřovány, lze použít pouze (a jedině) ve prospěch uchazečů, aby nedocházelo k neoprávněným rušením zadávacích řízení, jejichž nedostatečnost by zadavatel jaksi zpětně zhojil pozdějším (náhodným) výskytem důvodu, kterým by již zrušení zadávacího řízení mohl ospravedlnit i podle zákona. Toto pravidlo je nutno aplikovat vždy objektivně.
52. Navrhovatel v rozkladu odkazuje na náleznost Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 733/01 ze dne 24. 2. 2004, dle něhož neakceptování důkazního návrhu lze založit pouze třemi důvody, které vyjmenovává. Domnívám se, že Úřad se v tomto ohledu držel zcela v mezích zákona a praxe judikované Ústavním soudem, když důkaz odmítl provést, jelikož byl splněn jeden z Ústavním soudem předvídaných důvodů, a sice že důkaz není s to ani ověřit ani vyvrátit tvrzenou skutečnost, čili ve vazbě na toto tvrzení nedisponuje vypovídací tendencí, a to ani k jednomu z důvodů zrušení ZŘ.
53. Jestliže tedy Úřad má posuzovat pouze důvody, které byly zadavatelem v rozhodnutí o zrušení uvedeny, přičemž Úřad shledal, že odůvodnění uvedené v samotném rozhodnutí o zrušení je dostatečné (zadavatel vysvětloval na 23 stranách, proč se rozhodl ke zrušení ZŘ přistoupit a proč nastalé skutečnosti a okolnosti zakládají důvod hodný zvláštního zřetele, na základě něhož na zadavateli nelze požadovat, aby v ZŘ pokračoval), je zcela irelevantní, jestli teoreticky existují i jiné důvody, které mohly zadavatele ke zrušení ZŘ vést, jelikož zadavateli stačí k oprávněnosti zrušení ZŘ tvrdit jediný důvod, který odpovídá požadavkům zákona z pohledu naplnění podmínek zrušení ZŘ podle zákona, a jeho ostatní důvody či pohnutky (jakkoli prokazatelné či neprokazatelné) jsou již irelevantní. Úřad měl toliko přezkoumat, zda (zadavatelem tvrzený) důvod je v šetřeném případě dán a jestli tento důvod opravňuje zadavatele ke zrušení ZŘ, tedy zda je podřaditelný pod ustanovení § 84 odst. 2 písm. e).
54. Navrhovatel se domnívá, že nesprávnost jednání zadavatele může být prokázána i následnou praxí zadavatele. V tomto případě údajně postup zadavatele „zcela zjevně směřoval k přímému zadání veřejné zakázky předem vybraným subjektům na úkor ostatních uchazečů, a to za cenu (plnění) nepoměrně vyšší, než představovala nabídka navrhovatele.“ Úřad by tedy dle navrhovatele měl k ochraně práv a oprávněných zájmů uchazeče o VZ zohlednit i následné jednání zadavatele z pohledu, zda následné jednání zadavatele nepopírá obsah rozhodnutí o zrušení. Dále navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 24/2011 – 79 ze dne 7. 4. 2011, dle kterého má správní orgán rozhodovat podle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí, přičemž výjimkou z tohoto pravidla je pouze

nemožnost zadavatele dodatečně měnit či doplňovat obsah rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, čemuž odpovídá i požadavek, aby Úřad za účelem obhajoby zadavatele bral v potaz pouze důvody uvedené v rozhodnutí zadavatele. Uvedené však údajně „*nedává Úřadu právo odmítnout se zabývat skutkovými okolnostmi vedoucími k vydání rozhodnutí o zrušení ani právo odmítnout ověřit, zda následné kroky zadavatele neodporují důvodům formálně deklarovaným v rozhodnutí o zrušení*“.

55. Vyvstává tedy otázka, zda měl Úřad při rozhodování o oprávněnosti zrušení ZŘ na VZ zohlednit i následné jednání zadavatele. Odpověď na tuto otázku bude opět záporná, jelikož jedině, co je pro posouzení oprávněnosti zrušení ZŘ relevantní, jsou důvody uvedené v rozhodnutí o zrušení ZŘ. I kdyby důvodů, které zadavatele vedou ke zrušení ZŘ, bylo více, avšak byt' jediný z nich by byl důvodem, který odůvodňuje zrušení ZŘ (tedy naplňuje zákonem stanovené podmínky), tento důvod plně dostačuje k rozhodnutí o oprávněnosti zrušení ZŘ. K tomu dodávám, že předmětem tohoto správního řízení je pouze postup zadavatele v ZŘ na VZ. Nelze tak přihlížet k tomu, jestli zadavatel v návaznosti na zrušení ZŘ plnění odpovídající plnění ze zrušené VZ zadal jiným subjektům v JŘBU (zejména pak v situaci, kdy mu tuto možnost zákon dává). Stejně jako nelze kvůli dodatečně se vyskytnuvšímu důvodu schválit dříve nezákonné zrušení zadávacího řízení, nelze ani dodatečně zrušení zadávacího řízení shledat nezákonným, pouze na základě toho, jak zadavatel postupuje následně. V šetřeném případě by nicméně ani k takovému následnému shledání nezákonnosti nebyl důvod, jelikož důvody, které zadavatele ke zrušení vedly, nebyly vyvráceny (respektive jejich existence vyvrácena nebyla), a následná snaha zadat předmětné plnění formou in-house, což je zákonem aprobovaná možnost zadavatele, o nezákonnosti jednání zadavatele při zrušení ZŘ na VZ nesvědčí.
56. Pokud tedy důkazy, jejichž provedení se dožadoval navrhovatel, nemohly nijak přispět k objasnění stavu věci, neboť by prokazovaly pouze skutečnosti pro Úřad irelevantní, je zcela v souladu se zákonem, se zásadou procesní ekonomie, i s výše citovaným nálezem Ústavního soudu, že k provedení těchto důkazů Úřad nepřistoupil.
57. Navrhovatel rovněž namítá, že mu po seznámení se spisem nebylo zřejmé, zda tyto důkazy (předmětné neveřejné listiny) Úřad hodlal či nehodlal provést, nemohl se k této skutečnosti tedy vyjádřit, čímž mu bylo fakticky znemožněno se kvalifikovaně vyjádřit k podkladům rozhodnutí (konkrétně k neprovedení navržených důkazů) a náležitě se proti postupu Úřadu bránit. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na ustanovení § 18 odst. 1 a § 53 odst. 6 správního řádu, která se týkají povinnosti správního orgánu vyhotovit protokol o provedení důkazu (z čehož patrně navrhovatel dovozuje, že by správní spis měl obsahovat protokol o provedených i neprovedených důkazech). Navíc jediná možnost, jak se navrhovatel s těmito dokumenty (nutnými pro hájení jeho práv) mohl seznámit, bylo prostřednictvím Úřadu. Ačkoli navrhovatel se domnívá, že absence protokolu o provedení důkazu nemusí vždy zakládat nezákonnost rozhodnutí, zde tomu tak je.
58. V této souvislosti je třeba zodpovědět, zda měl Úřad navrhovatele o neprovedení jím navržených důkazů určitým způsobem informovat. K tomuto uvádím, že Úřad navrhovatele před vydáním usnesení č. j. ÚOHS-R0064/2017/VZ-15034/2017/323/LVa ze dne 17. 5. 2017 informoval, že ukončil shromažďování podkladů pro rozhodnutí a navrhovatel se k těmto podkladům může vyjádřit. Za tímto účelem Úřad navrhovateli umožnil nahlížení do spisu, kde

byly veškeré podklady pro rozhodnutí (a důkazy) založeny. Navrhovatel mohl ze spisu seznat, že jelikož jím navržené důkazy ve spisu absentovaly, Úřad se je patrně rozhodl neprovést.

59. Navrhovatel obšírně cituje zákon a judikaturu, na základě které je nutno o pořízení důkazu pořídit protokol a z toho dovozuje, že pořízení protokolu je nutné i v případě, že se navržený důkaz neprovádí. Tento názor však neplyne ze zákona ani z doložené judikatury. Veškerá jeho argumentace totiž směřuje pouze k tomu, že o provedení důkazu má být pořízen protokol (s čímž samozřejmě souhlasím), nikoli však k tomu, že protokol se má vyhotovit i v případě neprovedení důkazu. Uvedený závěr nelze ničím podložit z toho důvodu, že správnímu orgánu takovou povinnost (vyhotovit protokol o nepořízení důkazu) zákon ani judikatura neukládá. Pokud jsou účastníkem správního řízení navrženy důkazy, a Úřad shledá jejich provedení nepotřebným, je povinností Úřadu pouze takový postup odůvodnit, což Úřad v šetřeném případě učinil.
60. Z toho důvodu nemůže obstát ani argumentace navrhovatele, že mu nebylo umožněno vyjádřit se řádně k podkladům rozhodnutí, neboť nevěděl, zda jím navržené důkazy jsou podkladem rozhodnutí či ne. Ze spisu tuto skutečnost snadno mohl zjistit prostou absencí těchto listin, když vyhotovení protokolu o neprovedení důkazu Úřadu zákon ani judikatura neukládá.
61. Považuji za nutné rovněž podotknout, že Úřad si selektivně důkazy nevybíral, neboť jak bylo odůvodněno výše, Úřad pouze nejdříve vyseletoval, které otázky musí k posouzení případu vyřešit, a které důkazy k jejich posouzení potřebuje. Pokud se navrhovatel domáhal důkazů, které k objasnění stavu věci nijak přispět nemohly, a představovaly pouze neopodstatněnou zátěž pro řízení, Úřad se zcela správně rozhodl tyto důkazy neprovést.
62. V bodu IV. rozkladu navrhovatel dále namítá, že Úřad v rámci správního řízení postupoval v rozporu s evropskými zadávacími směrnicemi a právním řádem ČR, když neposkytl navrhovateli účinnou ochranu jeho věcných a procesních práv. V této souvislosti navrhovatel připomíná, že pro něj bylo zásadní vědět, zda Úřad hodlá neveřejně navrhovatelem navrhované listiny provést jako důkaz. Navrhovatel se domnívá, že ne vždy neinformování o neprovedení důkazů musí zakládat nezákonnost správního řízení, ale zde mohlo být následkem nezákonné rozhodnutí. Na podporu svých názorů navrhovatel odkazuje na komentářovou literaturu a judikaturu.
63. Navrhovatel tedy opětovně namítá, že když Úřad navrhovatele neinformoval o neprovedení jím navržených důkazů a znemožnil mu tak kvalifikovaně se vyjádřit k podkladům rozhodnutí a proti neprovedení důkazů se bránit, správní řízení bylo nezákonné, a došlo tak k porušení čl 4 odst. 3 SFEU, dle kterého se mají Unie a členské státy navzájem respektovat a pomáhat si při plnění úkolů vyplývajících ze SFEU a SEU.
64. Jak jsem však uvedl výše, neprovedení navržených důkazů bylo v šetřeném případě v pořádku, neboť navržené důkazy nemohly nijak přispět k objasnění skutkového stavu věci.
65. Dále navrhovatel v rozkladu dovozoval, že Úřad umožnil zadavateli zrušit ZŘ kvůli průtahům, které sám způsobil, aby následně zadavatel zadal VZ postupem mimo zákon. K tomu uvádím, že zadavatel řízení u Úřadu nevyvolal, řízení byla zahajována na návrh účastníků ZŘ, kteří proti rozhodnutím Úřadu dále podávali rozklady, čímž se doba správních řízení a tím i ZŘ neúměrně protahovala. Ani o umožnění zadání VZ nelze hovořit jako o jakémsi obcházení

zákona, když zadání formou in-house je regulérním postupem, který zákon zadavateli v určitých situacích poskytuje. Nicméně výsledným závěrem v této věci může být toliko posouzení, zda zrušení ZŘ proběhlo v souladu se zákonem, přičemž takovým bylo shledáno.

66. Z výše uvedených důvodů tak shledávám námitky navrhovatele spojené s neprovedením jím navržených důkazů nedůvodnými.

*K námitkám týkajícím se nenaplnění podmínek pro aplikaci ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona*

67. Navrhovatel namítá, že délka ZŘ může být důvodem ke zrušení ZŘ jen tehdy, pokud časová prodleva způsobuje nemožnost uspokojení potřeb zadavatele v požadovaném rozsahu. Změna stavu soustavy VO však údajně (dle navrhovatele) nemá podstatný vliv na předmět plnění, nedošlo a nedochází k podstatné změně plnění v činnostech správce VO. To dokazují i následně uzavřené smlouvy se společnostmi TCP a PREdistribuce, jelikož na základě nich poskytované plnění je obdobné tomu ze zrušeného ZŘ a plnění má být poskytováno za cenu výrazně vyšší než dle nabídky navrhovatele.

68. Obecně k důvodům zrušení ZŘ uvádím, že jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 - 109, dostupném na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz), „*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. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2005, č. j. 5 Afs 151/2004 - 73, publ. pod č. 701/2005 Sb. NSS). V oblasti práva veřejných zakázek je třeba si navíc počínat tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 - 152, publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřipustnou veřejnou odplatu. „*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.*“ (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009 - 109).

69. K obdobným závěrům dospívá i odborná literatura, např. Kruták, T., Krutáková, L. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem a příklady*. Olomouc: ANAG, 2013, str. 290, či Šebesta M., Podešva V., Olík M., Machurek T. *Zákon o veřejných zakázkách s komentářem*. Praha: ASPI, 2006, str. 327. V prvním citovaném komentáři se k důvodům ve smyslu ust. § 84 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách uvádí: „*Musí se [...] jednat o případy, kdy existují závažné a objektivní důvody, kvůli kterým by nebylo možné v řízení pokračovat nebo by pokračování v něm bylo v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách. Zároveň však musí jít o objektivní a na vůli zadavatele nezávislé situace, nikoliv o případy, kdy zadavatel na základě důvodů na své straně přestane mít zájem v zadávacím řízení pokračovat, nebo důvody, které měl zadavatel znát již na počátku zadávacího řízení.*“ Podle druhého komentáře „*[p]ísmena d)*

*a e) obsahují zvláštní možnosti zadavatele zrušit zadávací řízení v situacích, v nichž se zadavatel ocitne zpravidla v důsledku působení některé vnější, nepředvídatelné události. Dle uvedených písmen má zadavatel právo zrušit zadávací řízení například tehdy, pokud mu 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, nebo 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 požadovat, atp. Oprávněnost postupu zadavatele dle písm. d) nebo e) bude vždy třeba zkoumat v důsledku konkrétních okolností, které zadavatele vedly ke zrušení zadávacího řízení“.*

70. Zákon podle § 84 odst. 2 zadavateli dává možnost zrušit zadávací řízení pouze v taxativně vyjmenovaných případech, a sice

- a. když stanovil minimální počet zájemců, kteří mají podat žádost o účast, nebo potvrzení zájmu o účast v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu, a tento stanovený počet nebyl naplněn, popřípadě nebyl naplněn po posouzení kvalifikace,
- b. počet zájemců vyzvaných zadavatelem k podání nabídky v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu byl nižší či roven minimálnímu zákonnému počtu a nabídku podá menší počet uchazečů než zadavatelem vyzvaný,
- c. vybraný uchazeč, popřípadě uchazeč druhý v pořadí, odmítl uzavřít smlouvu nebo neposkytl zadavateli k jejímu uzavření řádnou součinnost podle § 82 odst. 4,
- d. 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,
- e. v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

71. V první řadě je tak třeba zodpovědět, zda v šetřeném případě byl dán důvod hodný zvláštního zřetele a co jím bylo. V šetřeném případě byla důvodem hodným zvláštního zřetele kombinace několika okolností. V rozhodnutí o zrušení ZŘ zadavatel mimo jiné uvedl tyto stěžejní závěry:

- „...ani téměř 3,5 roku po zahájení zadávacího řízení ve věci předmětné veřejné zakázky, nedošlo k jeho ukončení a naplnění jeho účelu...“
- „Nastalé průtahy v řízení ze strany ÚOHS nemohl zadavatel při nastavování harmonogramů zadávacího řízení s ohledem na ustan. § 71 odst. 1 a 3 s. ř. nijak předpokládat...“
- „S ohledem na dosavadní průběh řízení, zájmy jednotlivých uchazečů, jejich aktivitu v rámci vedeného správního řízení a argumentaci použitou v jednotlivých podáních, lze dále vyhodnotit, že jak ze strany vybraného uchazeče, tak zejména uchazečů (...) je možno očekávat setrvalé a aktivní hájení jejich zájmů formou podání činěných ve správním řízení, jakož i využívání přinejmenším řádných opravných prostředků...“



- „Nelze tak již očekávat, že by ani k datu 1. 1. 2017 bylo zadávací řízení ve věci předmětné veřejné zakázky skončeno a došlo k uzavření smlouvy na plnění. Přičemž k tomuto datu skončí plnění realizované na základě již třetího JŘBU...“
- „Za daných okolností je proto zadavatel toho názoru, že tento samostatný procesní stav věci je důvodem hodným zvláštního zřetele...“
- „...pojem ‚dálkový dohled‘ nemusel být v zadávací dokumentaci tak jasně definován, jak se domníval, tedy způsobem nevzbuzujícím jakékoli pochybnosti...“
- „Dalším důvodem pro zrušení zadávacího řízení ve smyslu ustan. § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ je kumulace níže popsanych hledisek...“
- „Za současné situace totiž zadavatel nemá smluvního partnera jakožto správce tak, jak předpokládal návrh smlouvy (...) a nedochází tak ve smyslu jejího bodu 9.3.2. ke zpracování ‚plánu modernizace‘ spravovaných zařízení na následující kalendářní rok...“
- „Bez této součinnosti se subjektem, který bude tuto správu vykonávat v plném, původně zamýšleném rozsahu, nelze efektivně obnovovat a modernizovat zařízení veřejného osvětlení.“
- „Za situace, kdy není uzavřena smlouva s dlouhodobým správcem, který by byl pro zadavatele partnerem k plnění řady úkolů a celá soustava je spravována toliko v režimu JŘBU (a to již třetím rokem), nelze ani kvalitně, efektivně a ekonomicky optimálně vykonávat činnosti řídicího managementu...“
- „Z uvedeného posouzení pak předně vyplývá, že se v mezidobí od zahájení otevřeného řízení ze strany zadavatele, až do současnosti, podstatným způsobem změnila parametry zařízení veřejného osvětlení.“
- „Na základě všech těchto skutečností a s nimi se pojících zjištění, zejm. pak s ohledem na skutečnost, že je zřejmé, že ani k datu 1. 1. 2017 nebude moci být uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky, dospěl zadavatel k závěru, že je nucen postupovat ve smyslu ustan. § 84 odst. 2 písm. e) a předmětné zadávací řízení zrušit“

72. K argumentu navrhovatele, že zadavatel nikde neuvedl, že by došlo ke změně předmětu VZ (a že uvedené dovodil až Úřad), uvádím, že toto tvrzení nepovažuji za pravdivé. Ačkoli Úřad byl možná první, kdo nastalý stav formuloval jako změnu předmětu VZ, jde pouze o shrnutí skutečností, tak jak je uváděl zadavatel, který celý stav v rozhodnutí o zrušení popsal obšírněji a podrobněji. Zejména v rozhodnutí o zrušení uvedl, že „[z] uvedeného posouzení pak předně vyplývá, že se v mezidobí od zahájení otevřeného řízení ze strany zadavatele, až do současnosti, podstatným způsobem změnila parametry zařízení veřejného osvětlení“.

73. Uvedené taktéž bylo jasně patrné již z rozhodnutí o zrušení. Odkazují proto na rozhodnutí o zrušení, kde zadavatel uvádí: „V rámci plánování rozpočtu zadavatele na další období bylo konstatováno, že již po 3 roky nebyla provedena obnova (modernizace) veřejného osvětlení tak, jak předpokládá posudek vztahující se k provedeným JŘBÚ, a to z důvodu absence kvalifikovaných vstupů provozních potřeb specifikovaných správcem“, dále že „[n]elze souhlasit s tím, že hodnota zakázky tak, jak byla vyčíslena v okamžik zahájení zadávacího řízení, bude i po třech letech beze změn, pakliže dosud nedošlo k zahájení jejího plnění“.

*v rámci předpokládaného časového průběhu“, a že „[z]a současné situace totiž zadavatel nemá smluvního partnera jakožto správce tak, jak předpokládal návrh smlouvy o správě, provozu a údržbě veřejného osvětlení a dalších souvisejících zařízení (...) a nedochází tak (...) ke zpracování ‚plánu modernizace‘ spravovaných zařízení na následující kalendářní rok, včetně jeho odůvodnění a předpokládaného podrobného finančního vyčíslení. Bez této součinnosti se subjektem, který bude tuto správu vykonávat v plném, původně zamýšleném rozsahu, nelze efektivně obnovovat a modernizovat zařízení veřejného osvětlení. (...) Výše popsaná situace v konečném důsledku vede, a při dalším dlouhodobém pokračování nadále povede, ke stárnutí soustavy veřejného osvětlení, její technické, provozní a morální zastaralosti, poruchovosti a v budoucnu potřebě vynaložit mnohem vyšší finanční náklady k udržení žádoucího stavu veřejného osvětlení.“* Dále zadavatel v rozhodnutí o zrušení uvedl: *„Z odborného posouzení ekonomických a technických dopadů plynoucích ze sníženého objemu investic do obnovy veřejného osvětlení na území zadavatele vyplývá, že v období let 2014 – 2016 došlo k výraznému zestárnutí systému veřejného osvětlení, kdy podíl počtu stožárů starších 10 let tvoří 31,5%. V období let 2014 – 2016 činí deficit stožárů k obnově 6.146 ks. Kabelová pole byla obnovována převážně v rámci obnovy stožárů, nicméně nebylo pravidlem, aby s každou výměnou stožárů docházelo automaticky také k obnově související kabeláže. Stárnutí kabelových polí probíhá průměrně tempem 1.500 polí ročně, což odpovídá celkové délce 52.500 m kabelů k minimální roční obnově.“* Z uvedeného posouzení pak předně vyplývá, že se v mezidobí od zahájení otevřeného řízení ze strany zadavatele, až do současnosti, podstatným způsobem změnil parametry zařízení veřejného osvětlení. Je evidentní, že pokud není prováděna obnova komponent v systému veřejného osvětlení v dostatečném rozsahu, dochází k jeho celkovému stárnutí. Současně je potřeba zdůraznit, že celkové stárnutí systému při neodpovídající potřebné obnově spolu nese jednak nelineární růst nákladů na údržbu a servis, tzn. s časem stoupají nikoliv lineárně, ale exponenciálně, ale také fakt, že k obnově bude nakonec muset dojít, protože si to vyžádá havarijní stav celého systému – jak uvedl zadavatel: *„nastalá patová situace zadavateli znemožňuje rovněž realizaci modernizace systému veřejného osvětlení v kontextu projektu Smart City, jemuž se v roce 2014 začala věnovat Komise pro rozvoj Smart Cities Rady hl. m. Prahy, která schválila Koncept strategického rámce Smart Prague, přičemž pilotní prioritní projekty Smart Prague v sobě zahrnují i oblast tzv. ‚chytrého osvětlení‘. Na přípravu a plán realizace těchto projektů, konkr. pak v tomto případě projektu Inovační partnerství k naplnění Smart city principů ve veřejném osvětlení v Praze, pak navazuje také otázka přípravy termínově limitované žádosti o dotační prostředky na rozvoj veřejného osvětlení v Praze.“*

74. Tuto námitku navrhovatele tedy shledávám nedůvodnou.
75. Jak uvedl Úřad v bodě 6 napadeného rozhodnutí, z rozhodnutí o zrušení tedy vyplývá, že důvodem hodným zvláštního zřetele, pro který nelze po zadavateli požadovat, aby v ZŘ pokračoval, je kombinace několika okolností (důvodů), a sice délka správních řízení vedených Úřadem ve věci VZ, nejednoznačnost zadávacích podmínek, nutnost opakovaného zadávání plnění v JŘBU a s tím související aspekty.
76. K délce správních řízení týkajících se předmětné VZ je nutno konstatovat, že jimi způsobená skutečnost, že ani 3,5 roku po zahájení ZŘ nebylo možno uzavřít smlouvu na VZ, nepochybně měla za následek stav, který je pro zadavatele komplikovaný, neboť žádoucí stav, kdy zadavatel zadá VZ, zde byl neúměrně oddalován, a zadavatel tak musel po celou tuto dobu

hledat náhradní řešení, což vyústilo v opakované zadávání krátkodobých zakázek přes JŘBU a omezení zadávaných zakázek na nejpotřebnější služby, neboť ty ostatní (koncepční) zadavatel zcela logicky chtěl svěřit až dlouhodobému dodavateli. Dle zadavatele byl samotný procesní stav věci objektivním důvodem hodným zvláštního zřetele, pro něhož po něm nelze spravedlivě požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Jeví se jako logické, že jistou komplikovanější část plnění (koncepční návrhy na modernizaci) chtěl zadavatel svěřit až dodavateli, se kterým uzavře smlouvu na delší dobu. Stejně tak se jeví logickou úvaha, že opakované zadávání zakázky omezené na kratší období je finančně méně výhodné, neboť při zakázce s delší dobou trvání jsou dodavatelé více motivováni nabídnout cenu pro zadavatele výhodnější (i z důvodu úspor z rozsahu). Navíc v šetřeném případě prodleva s uzavřením smlouvy měla za následek změnu stavu VO, které během oněch 3,5 let zestárla, a dalo se tak očekávat, že údržba VO (jež je předmětem VZ) bude touto skutečností ovlivněna. Výchozí podmínky, dle kterých zadavatel nastavil ZŘ, se změnila, což není po 3,5 letech nijak překvapivá skutečnost, která by vyžadovala rozsáhlejší odůvodnění. Mimo jiné v této souvislosti zadavatel odkazoval na to, že přijal koncept Smart Cities, který do soustavy VO určitým způsobem také zasáhne. Za daných okolností tedy skutečně pro zadavatele přestalo být uzavření smlouvy na VZ žádoucím, neboť jak správně konstatoval Úřad v napadeném rozhodnutí, jediným účelem zákona totiž není pouze hospodářská soutěž, ale také uspokojení potřeb zadavatele v požadovaném rozsahu a náležité kvalitě. Ačkoli je tedy pravdou, že dlouhé zadávací řízení (z důvodu probíhajících správních řízení) samo o sobě obecně není důvodem hodným zvláštního zřetele, pro který nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby v ZŘ pokračoval, v tomto případě (jak správně posoudil i Úřad) dlouhé ZŘ je však jednou z kombinace takových okolností.

77. Navrhovatel rovněž tvrdí, že stav systému VO byl jen důsledkem omezených investic zadavatele do obnovy a rozvoje, na které byl tehdejší správce upozorňován.
78. Otázkou k vypořádání tedy je, zda mohl zadavatel jako zrušující okolnost brát i skutečnost, že soustava VO nebyla dostatečně modernizována, když za tuto skutečnost odpovídal de facto on sám. Zadavatel toto dostatečně podrobně vysvětlil v rozhodnutí o zrušení. Uvedl, že pouze subjekt, který bude správu VO vykonávat v plném, původně zamýšleném rozsahu, může efektivně obnovovat a modernizovat zařízení VO (lépe řečeno koncepci obnovy a modernizace předkládat). Zadavatel je názoru, že budoucí správce by se měl obnově VO věnovat systémově a koncepčně. Zadavatel uvedl, že *„[j]e na dlouhodobém správci, aby neustále vyhodnocoval a predikoval vhodná opatření k udržení žádoucího stavu veřejného osvětlení a také k jeho obnově a modernizaci. Přičemž se nejedná jen o upozorňování na závady, poruchy, nutné opravy a rekonstrukce. Právě správce má sledovat také nové trendy v oblasti veřejného osvětlení směřující ke zvýšení efektivity soustavy, snížení spotřeby energie a se znalostí této soustavy činit zadavateli návrhy a doporučení modernizace veřejného osvětlení. Z uvedených důvodů bylo záměrem zadavatele v rámci veřejné zakázky uzavřít s takovým správcem smluvní vztah dlouhodobého charakteru, tedy na dobu 10-ti let. Správa v režimu JŘBU, kdy lze plnit pouze základní činnosti správce, je pro zadavatele nevhodná a nadále neudržitelná.“*
79. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, dle které je nutno zákon vykládat ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže. S výkladem zákona tak, aby byl prospěšný hospodářské soutěži, se mohu samozřejmě pouze ztotožnit, ale

navrhovatel zde opomíjí jeden podstatný cíl ZŘ, a sice uspokojení potřeb zadavatele, na který musí být rovněž brán ohled, jak jsem již vyjádřil výše. Za tímto účelem dává zákon mimo jiné zadavateli možnost v určitých případech (a při naplnění jistých podmínek) ZŘ zrušit, jak se stalo i v šetřeném případě.

80. K tomu doplňuji, že ačkoli změnu struktury činností Úřad rozsáhle neposuzoval, dospěl k závěru, že „*délka zadávacího řízení související i s průběhem správních řízení se výrazným způsobem promítla do změny parametrů veřejné zakázky*“ a „*rozsah plnění veřejné zakázky v každém jednotlivém roce je závislý na provedení servisu a údržby veřejného osvětlení v předpokládaném rozsahu v předcházejícím období*“. Stárnutí systému VO přitom zadavatel doložil posudkem společnosti ALMAPRO a sám navrhovatel tvrdí, že správce VO v letech 2014-2016 každoročně zadavateli předkládal plán obnovy a investic, který zadavatelem nikdy nebyl realizován v potřebném rozsahu. Ke skutečnosti, že je logické, že zadavatel chtěl svěřit koncepční návrhy na modernizaci pouze dlouhodobému dodavateli, jsem se vyjádřil již výše.
81. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel se nemůže odvolávat na dlouhé řízení, když nevyužil prostředky proti nečinnosti, a domnívá se, že využit těchto prostředků bylo povinností zadavatele, nikoli právem, zadavatel měl totiž povinnost postupovat tak, aby došlo k zadání veřejné zakázky. K této otázce pouze sděluji, že byla vypořádána v bodu 101 napadeného rozhodnutí a na to v plném rozsahu odkazuji.
82. K tvrzení navrhovatele, že kdyby potenciální možnost zahajování dalších správních řízení týkajících se též VZ mohla být důvodem ke zrušení ZŘ, dal by se tento důvod použít vždy, uvádím, že zde byla potencialita zahajování dalších řízení pouze jednou z okolností vedoucích ke zrušení ZŘ, navíc zde ji lze považovat za nanejvýš (a v mnohem vyšší míře) pravděpodobnou než obecně, jelikož zde již několik správních řízení proběhlo a z důvodu lukrativnosti VZ lze očekávat, že uchazeči o zakázku budou využívat všech svých možností, aby zvětšili svou šanci v této zakázce uspět. Rozhodně tedy nelze přijmout závěr, že tento důvod je uplatnitelný vždy.
83. Navrhovatel dále tvrdí, že s ohledem na délku trvání zadávacího řízení byl zadavatel povinen zohlednit namítané skutečnosti a kriticky zhodnotit možnost přijetí opatření k nápravě. Pokud tak údajně nečinil a jen vyčkával na konečné pravomocné rozhodnutí, nemůže jako důvod pro zrušení zadávacího řízení uvádět délku správního řízení. K této otázce jsem se již vyjádřil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí: Když Úřad zadavateli nějaké nápravné opatření pravomocným rozhodnutím uložil, pak jej zadavatel provedl. Dokud však rozhodnutí ukládající mu provedení nápravného opatření nebylo v právní moci, nelze zadavateli klást za vinu, že vyčkával, než rozhodnutí nabyde právní moci. Než totiž rozhodnutí nabyde právní moci, může být změněno, jak se stalo právě v případě výkladu pojmu „*dálkový dohled*“.
84. K nejednoznačnosti pojmu dálkový dohled uvádím, že ačkoli Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že (ne)jednoznačnost tohoto pojmu již byla meritorně vyřešena (Úřad dospěl k závěru, že tento pojem pochybnosti ohledně svého významu nevzbuzuje), připustil, že vymezení tohoto pojmu působilo komplikace, a vzhledem k tomu, že vyřešení této otázky bylo předmětem jednoho ze správních řízení vážících se k šetřené VZ, je sporný výklad tohoto pojmu přiléhavý ve vztahu k důvodu pro aktuální zrušení ZŘ.
85. K tvrzení navrhovatele, že opravu pochybení zadavatele nelze za zrušující důvod považovat, uvádím za prvé to, že správní řízení zahájená na návrh některým z účastníků ZŘ nelze

považovat za pochybení zadavatele, stejně jako nejasnost výkladu pojmu „dálkový dohled“ některými uchazeči. K tomu dodávám, že je zavedenou praxí (ÚOHS-R69/2011/VZ-14002/2011/310-Asc ze dne 2. 9. 2011, ÚOHS S347/2008/VZ-1847/2009/510/Kče ze dne 6. 3. 2009) považovat za zákonné jednání zadavatele, který vědom si toho, že (nedopatřením) porušil zákon, zruší ZŘ dle § 84 odst. 2 písm. e), když mu jeho předchozí vadný postup v ZŘ znemožňuje, aby v ZŘ řádně pokračoval (a hrozí, že mu z toho důvodu bude uložena Úřadem sankce). Ostatně jak potvrzuje i odborná literatura, „[v] důvodové zprávě k Zákonu je jako takový důvod uvedeno např. porušení postupu zadavatelem v zadávacím řízení, kdy již není možno přijmout nápravná opatření v souladu s § 111 odst. 6 Zákona, přičemž by v následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele došlo k uložení pokuty za správní delikt nebo k nápravnému opatření. Rozhodovací praxe ukazuje, že i v tomto případě je vyžadováno, aby tyto důvody nastaly objektivně, tj. bez přímého zavinění zadavatele“ (PODEŠVA, V., OLÍK, M., JANOUŠEK, M., STRÁNSKÝ, J.: Zákon o veřejných zakázkách: komentář, Wolters Kluwer, Praha 2011, str. 373). Není tedy zcela pravdou, že opravu pochybení zadavatele nelze za zrušující důvod považovat. Často je právě zrušení ZŘ jediným způsobem, jak nezákonnost svého jednání napravit. Zadavateli nelze upírat možnost ZŘ zrušit, když o správnosti svého předchozího postupu pochybuje (uvedené se týká nejasného vymezení pojmu dálkový dohled, ve kterém spatřuje „možné porušení § 6 zákona“), když ZŘ hodlá zahájit znovu způsobem, kdy se vyhne veškerým chybám a pochybnostem o zákonnosti ZŘ.

86. Za druhé je třeba vyřešit, zda se důvod(y) vyskytl(y) až v průběhu ZŘ. Navrhovatel v této souvislosti argumentuje, že stárnutí VO je stav, který je předvídatelný, a že začlenění problematicky vykládaného pojmu „dálkový dohled“ do zadávacích podmínek způsobil zadavatel před zahájením ZŘ. Při zahájení ZŘ však zadavatel jistě nepočítal s tím, že ZŘ bude trvat přes 3,5 roku. ZŘ zadavatel zahájil dne 4. 6. 2013, přičemž uzavření smlouvy zadavatel předpokládal do 31. 12. 2013, a o zrušení ZŘ rozhodl dne 16. 11. 2016. Ačkoli tedy zadavatel věděl (což je i logické), že soustava VO samozřejmě bude stárnout, nemohl počítat s tím, že zakázku se mu nepodaří během 3,5 let zadat, a tím pádem, že bude muset nejnnutnější část plnění řešit opakovanými krátkodobými zakázkami opakovaně zadávanými v JŘBU, ve kterých nebude na modernizaci prostor. Stárnutí soustavy VO je tedy důvodem, který se vyskytl až v průběhu ZŘ, neboť mezi okamžikem, kdy měla být smlouva na VZ uzavřena a kdy by nyní uzavřena být mohla, uplynula značná doba, a za tuto dobu se stav VO změnil. Rovněž co se týče nejasností ohledně pojmu „dálkový dohled“, je třeba na něj nahlížet jako na důvod, který se vyskytl až v průběhu ZŘ, neboť vyjasnění tohoto pojmu bylo mimo jiné předmětem jednoho ze správních řízení, které byly v souvislosti s touto VZ vedeny a které ZŘ prodloužily, kdy po dobu vedení správního řízení zde byly tyto nejasnosti. Před zahájením ZŘ zadavatel o výkladu pojmu „dálkový dohled“ neměl pochyb.
87. K aplikaci ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) je rovněž nutné splnění podmínky, že je znemožněno uspokojení potřeb zadavatele. Domnívám se, že i tato podmínka je splněna, neboť parametry VZ se změnilly (zestárnutí soustavy VO), nynější zahájení plnění na základě uskutečněného ZŘ by již nesplňovalo současné požadavky zadavatele na předmět VZ
88. K tvrzení navrhovatele, že Úřad nezkoumal, zda jsou zadavatelem uváděné důvody skutečně objektivní, uvádím, že toto tvrzení se jeví jako nepravdivé. Úřad totiž v bodu 69 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá

skutečnosti, které jsou objektivní a nezávislé na vůli zadavatele – z uvedeného je patrné, že Úřad při přezkoumávání jednotlivých skutečností a důvodů zrušení ZŘ zkoumal i to, zda jsou objektivní. Úřad se v napadeném rozhodnutí rovněž vyjadřoval k délce trvání SŘ, kdy v bodu 80 odůvodnění napadeného rozhodnutí zmínil, že správní řízení vedená ve věci této VZ byla zahájena na návrhy a proti rozhodnutím v těchto řízeních byly podány rozklady, nikoli však zadavatelem. Nejednoznačnost pojmu dálkový dohled (řešenou v bodech 98 a následující) zadavatel nezačal tvrdit sám, nýbrž začal ji rozporovat účastník PREDistribuce v rámci jednoho ze správních řízení. Úřad dovodil, že konkrétní průběh správních řízení nelze přičítat k tíži zadavatele, neboť on průtahy nepůsobil. Vzhledem k tomu, že návrhů bylo ve věci VZ podáno více, a účastníci správních řízení uplatňovali procesní postupy včetně podávání opravných prostředků, projevilo se toto i na délce ZŘ. Zadavatel setrvává na svém názoru, nemohl řízení nijak ovlivnit.

*K námitce nenaplnění podmínky zrušení ZŘ bez zbytečného odkladu*

89. Navrhovatel namítal, že není pravdou, že by zadavatel informace o změně stavu soustavy VO získal až z posudku ALMAPRO, zatímco Úřad toto tvrzení zadavatele přijal zcela nekriticky. Posudek ani informace v něm však nepředstavují důvod hodný zvláštního zřetele. Posudek měl být vypracován účelově a měl být navíc jen aktualizací posouzení z října 2016, jelikož již v červenci 2016 si zadavatel údajně musel být vědom, že VZ nestihne do 1. 1. 2017 zadat. Úřad se dle navrhovatele vůbec nezabýval důvody a termínem pro zadání pro zpracování posudku, ten totiž vychází se soupisů zařízení z června 2016, Úřad nezjišťoval, kdy zadavatel získal informace o skutečnostech uvedených v posudku, a zda nepředstavoval jen formální vyhodnocení zadavateli už dříve známých skutečností. Navrhovatel dovozuje, že Úřad by tímto schválil praxi, aby zadavateli ke splnění lhůty bez zbytečného odkladu stačil jakýkoli posudek vypracovaný (v čase) dle přání zadavatele, k tomu, aby byla lhůta bez zbytečného odkladu splněna. Navíc už v listopadu 2015 zadavatel rozhodl o zadání posudku ve věci analýzy možnosti zabezpečení správy, provozu a údržby VO společnosti se 100% majetkovou účastí zadavatele a možného zrušení VZ, zadavatel měl tedy zřejmý zájem ZŘ zrušit již v roce 2015.
90. K posouzení této námitky zadavatele je nutno zvážit, zda zadavatel věděl skutečnosti uvedené v posudku ALMAPRO již dříve, a pokud ano, je třeba určit, odkdy se lhůta „bez zbytečného odkladu“ měří. Zde se ztotožňuji s posouzením Úřadu, kdy v bodě 97 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že vzhledem k tomu, že šlo o odbornou problematiku, kdy bylo nutno vyhodnotit množství technických a ekonomických aspektů, se zpracování posudku jeví jako vhodné, aby zadavatel mohl provést kvalifikované a přezkoumatelné posouzení, zda ZŘ zrušit či ne. Zde bylo rovněž uvedeno, že zadavatel sice disponoval průběžnými daty, ale k učinění rozhodnutí bylo zapotřebí provést detailní odbornou analýzu stavu věci.
91. Dále je nutno posoudit, zda Úřad tvrzení zadavatele (o zjištění celkového skutkového stavu teprve z předmětného posudku) přijal zcela nekriticky. Úřad tvrzení zadavatele shledal jako logická a vnitřně nerozporná, navíc podložená posudkem nezávislé kvalifikované osoby. Je otázkou, do jaké míry by měla být veškerá tvrzení zadavatele zkoumána a podložena důkazy. Zákon nestanoví v podstatě žádné požadavky na rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Lze však dovodit, že tento úkon musí splňovat požadavky kladené na právní úkony (jejich bezvadnost) a požadavek transparentnosti. Dále je samozřejmé, že zadavatel tento úkon

musí učinit písemně. Ze zásady transparentnosti plyne požadavek, aby bylo toto rozhodnutí odůvodněno, nikde však nestojí, že toto odůvodnění musí být podloženo nějakými analýzami či posudky provedenými osobou odlišnou od zadavatele. Domnívám se, že by nebylo s ničím v rozporu, pokud zadavatel své rozhodnutí opíral o interně provedenou analýzu, či jiný důvod. Zadavatel zde přijal rozhodnutí, že v ZŘ nemůže z objektivních důvodů pokračovat, což odůvodnil a podložil odbornou analýzou situace, která ho k tomuto rozhodnutí vede, přičemž posudek se opíral o data předložená zadavatelem a zpracovaná externí odbornou společností. Navrhovatel zde dovozuje jakousi nikde neupravenou povinnost, aby zadavatel rozhodnutí o zrušení dokládal snad nejlépe znaleckým posudkem. K takovému názoru se však nelze přiklonit. Úřad seznal odůvodnění zadavatele logickým, přičemž existenci posudku zpracovaného odbornou externí společností (která se danou problematikou zabývá) shledal za dostatečnou k tomu, aby jeho závěry přijal.

92. Navrhovatel dále tvrdí, že posudek ALMAPRO není v rozhodnutí o zrušení uveden, z odůvodnění rozhodnutí o zrušení ZŘ nelze dovozovat, že by zadavatel odvozoval počátek lhůty pro postup dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona právě od okamžiku seznámení se s posudkem, toto zadavatel tvrdil až v průběhu správního řízení. Připomíná, že důvody ke zrušení ZŘ zadavatel nesmí zpětně doplňovat.
93. Nyní se tedy budu zabývat otázkou, zda zadavatel v rozhodnutí o zrušení na posudek odkazoval, a zda tak činit musel. Zadavateli nic neukládá, jak bylo řečeno výše, aby své rozhodnutí zrušit ZŘ opíral o jakýkoli další dokument. Nicméně ačkoli posudek ALMAPRO zadavatel v rozhodnutí o zrušení přímo nezmiňoval, je patrné, že na něj odkazoval. Zadavatel totiž v rozhodnutí o zrušení uvozuje své závěry mimo jiné větou „[z] *odborného posouzení ekonomických a technických dopadů plynoucích ze sníženého objemu investic do obnovy veřejného osvětlení na území zadavatele vyplývá...*“. Podrobněji bylo z relevantních pasáží rozhodnutí o zrušení citováno výše. Zákon neukládá zadavateli povinnost v rozhodnutí uvést, od jakého okamžiku počítá lhůtu (ke zrušení ZŘ), zadavatel musí pouze prokázat, že ZŘ zrušil bezodkladně. Úřad správně posoudil věc tak, že i tato podmínka byla naplněna.
94. Dále navrhovatel namítal, že skutečností odůvodňující zrušení ZŘ nemůže být vydání podkladu osvědčující změnu, ale jen objektivní vnější okolnost samotná, jelikož § 84 odst. 2 zákona hovoří o „výskytu důvodů“.
95. Dále je tedy třeba posoudit, zda se lhůta „bez zbytečného odkladu“ má počítat od výskytu důvodů, nebo od skutečnosti je ověřující. Obecně lze říci, že zákon počítá spíše s počítáním lhůty od výskytu důvodu samotného, avšak v komplikovaných případech nelze vyloučit, že zadavatel se rozhodne nechat si zpracovat analýzu daného stavu, což lze naopak hodnotit jako snahu zadavatele o transparentnost, což by mu nemělo být kladeno k tíži, ale právě naopak. Posudek ALMAPRO byl zpracován v listopadu 2016, zadávací řízení zadavatel ukončil dne 16. 11. 2016. Navíc u zadavatele se dá očekávat komplikovanější proces přijímání rozhodnutí, v každém případě však (jak je z uvedených dat patrné) lze dospět k závěru, že byla dodržena lhůta zrušení ZŘ bez zbytečného odkladu.
96. Navrhovatel zpochybňuje závěry Úřadu, že společnost ALMAPRO je nestrannou osobou, jelikož mezi ní a zadavatelem (respektive jeho dceřinou společností TCP) existuje „*minimálně nepřímé propojení*“. Nelze tedy vyloučit, že posudek nebo jeho aktualizace byly vyhotoveny

krátce před vydáním rozhodnutí o zrušení ZŘ, a proto údajně nelze mít za prokázané, že lhůta bez zbytečného odkladu byla dodržena.

97. Vzhledem k mým výše uvedeným závěrům k této námitce navrhovatele nad rámec nutného vypořádání uvádím, že jak bylo uvedeno již v napadeném rozhodnutí, společnost ALMAPRO je osobu odlišnou od zadavatele. Navrhovatel posudek spojuje s osobou J. Skály, tedy zaměstnancem koncernu ELTODO, avšak i kdyby tomu tak bylo, není důvodu se domnívat, že by tento fakt jakkoli mluvil o absenci nestrannosti tohoto posudku. Navrhovatel se odvolává na to, že J. Skála se na posudku podílel, a to tím, že v něm použil interní informace a obchodní tajemství koncernu ELTODO. Avšak předmětem posudku je v podstatě stav majetku zadavatele (konkrétně dopady snížení investic do majetku zadavatele), který byl koncernem ELTODO spravován, a o jehož stavu měl koncern zadavatele informovat na základě jimi uzavřené smlouvy. Není tedy zřejmé, jaké interní informace a obchodní tajemství by měly být v posudku obsaženy. Navíc v posudku jsou uvedeni 2 jeho zpracovatelé, což jsou osoby od J. Skály odlišné. Navrhovatel zpochybňoval nestrannost společnosti ALMAPRO, přičemž nestranností však myslel spíše nepodjatnost. Nestrannost a nepodjatost (ve smyslu objektivita) nelze zaměňovat. Absence nestrannosti nemusí nutně znamenat podjatost, tedy neobjektivitu. V případě, kdy by si zadavatel nechat posudek zpracovat interně (vlastními zaměstnanci), nelze o nich hovořit jako o nestranných, ale současně nelze předjímat, že jejich závěry budou neobjektivní, a tedy není důvod, proč by na takové posudky neměl být brán zřetel. Dle navrhovatele lze mít údajně pochyby o nestrannosti a nezaujatosti společnosti ALMAPRO, jelikož společnost ALMAPRO měla s TCP a J. Skálou pracovat na tom, aby ELTODO dále neposkytovalo služby zadavateli, a ty byly zadány TCP, kde měl J. Skála mít příslibenou pozici ředitele divize VO. J. Skála přitom údajně v době zpracování posudku pro společnost ALMAPRO pracoval a nelze vyloučit, že se na vypracování posudku podílel a využíval k tomu interní a důvěrné informace a obchodní tajemství koncernu ELTODO. K tomuto „využívání interních informací“ lze uvést, že jelikož tehdejší správce osvětlení měl zadavateli informace o jím vlastněné soustavě VO předávat a posudek se týká pouze soustavy VO zadavatele, není zřejmé, o jaké interní informace by mělo jít, a proč by zadavatel k informacím o své soustavě VO neměl mít přístup. Současně spolupráce J. Skály a společnosti ALMAPRO na zpracování posudku nebyla nijak prokázána a nelze ani konstatovat, že by posudek byl neobjektivní.

98. Námitku, že v šetřeném případě nebyla naplněna podmínka zrušení ZŘ bez zbytečného odkladu, tedy rovněž shledávám nedůvodnou.

*K námitce, že se Úřad řádně nezabýval obsahem rozhodnutí o zrušení ZŘ*

99. Předně ohledně této námitky odkazuji na výše uvedené (zejména citované pasáže z rozhodnutí o rušení ZŘ a uvedené závěry Úřadu), z čehož je patrné, že se Úřad dostatečně zabýval obsahem rozhodnutí o zrušení ZŘ. Niže se tedy vyjádřím k dalším souvisejícím námitkám navrhovatele.

100. Navrhovatel namítá, že rozhodnutí o zrušení zmiňuje, že soustava VO vyžaduje řídicí management – ten ovšem dle navrhovatele nebyl předmětem VZ a není ani předmětem následně uzavřených smluv s TCP. Dle navrhovatele „*příprava návrhu obnovy veřejného osvětlení tvořila vždy součást činnosti správce a vlastníka soustavy veřejného osvětlení a dle informací dostupných navrhovateli i předchozí správce takové návrhy zadavateli, jakožto*



*majiteli, pravidelně předkládal. Bylo tak pouze na rozhodnutí zadavatele, zdali a v jakém rozsahu k modernizaci soustavy veřejného osvětlení přistoupí“.*

101. Je tedy nutno zodpovědět, zda je řídicí management předmětem plnění VZ a zda lze zdůvodnit, že zadavatel určitou část plnění nechtěl řešit v zakázkách zadávaných v JŘBU. Ačkoli možná zadávací podmínky neuvádějí přímo termín „řídicí management“, nelze tvrdit, že tato činnost není předmětem VZ. V bodu 2. 2. zadávací dokumentace „Předmět plnění veřejné zakázky“ se uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky je řádné poskytování služeb spočívajících v činnostech souvisejících se správou, provozem a údržbou veřejného osvětlení a souvisejících zařízení. Je logické, že poskytování takto rozsáhlé služby vyžaduje určitou administrativu, neboli management, který bude poskytování služeb řídit, a (jak bylo uvedeno výše) bude např. i předkládat koncepční návrhy na obnovu a modernizaci soustavy VO.
102. Navrhovatel rovněž brojí proti tomu, že Úřad uvedl, že změna stavu VO se překrývá s důvodem dle § 84 odst. 2 písm. d) – Úřad tak fakticky převzal samostatný specifický důvod pro zrušení ZŘ a učinil z něj jeden z možných důvodů pro zrušení ZŘ z důvodů zvláštního zřetele dle písm. § 84 odst. 2 písm. e) – navrhovatel je názoru, že uvedená situace skutkovou podstatu dle písm. e) nenaplnuje. Uvedené je i v rozporu s tvrzením Úřadu, že se zabývá jen důvody uvedenými v rozhodnutí o zrušení ZŘ. V rámci zákona je každý důvod ke zrušení ZŘ uveden jako samostatný specifický důvod a tyto důvody nelze dle navrhovatele zaměňovat. Pro naplnění zrušovacího důvodu dle § 84 odst. 2 písm. d) musí být změna okolností taková, že ji zadavatel nemohl předvídat, přičemž stárnutí zařízení je stav, který je předvídatelný. Navíc není naplněna podmínka, že ji zadavatel nezpůsobil. Zadavatel tedy nevyužil důvod dle písm. d), údajně proto, že by podmínky pro něj nenaplnil.
103. K argumentu navrhovatele, že Úřad uvedl, že zrušující důvody lze v šetřeném případě podřadit též pod ustanovení § 84 odst. 2 písm. d), a proto je uvedené součástí odůvodnění rozhodnutí, konstatuji, že Úřad rozhodně zrušovací důvod pod jiné zákonné ustanovení než zadavatel nepodřadil, pouze zmínil, že tyto důvody se velmi těsně překrývají, k čemuž ovšem také uvedl, že „[n]elze však přehlížet, že zadavatel uplatnil důvod uvedený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona a legitimita takového postupu je v tomto řízení přezkoumávána“, z čehož je nade vše pochybnost patrné, že Úřad přezkoumával naplnění podmínek ustanovení § 84 odst. 2 písm. e), a nikoli d). Nad rámec však lze uvést, že důvody dle obou zmíněných ustanovení jsou velmi podobné, případně se mohou i překrývat, jak ostatně dokládá i jejich výklad v odborné literatuře, jež jsem citoval výše.

*K námitkám týkajícím se rozhodnutí o zrušení a posudku ALMAPRO*

104. Vzhledem k tomu, že jsem výše dospěl k závěru, že by nebylo s ničím v rozporu, pokud zadavatel své rozhodnutí opíral o interně provedenou analýzu, či jiný důvod, nad rámec nutného vypořádání ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 25/2009 – 98 ze dne 25. 3. 2010 se níže (další 2 podkapitoly) vyjádřím k námitkám navrhovatele týkajícím se provázanosti rozhodnutí o zrušení ZŘ a posudku ALMAPRO.

*K námitce, že Úřad své rozhodnutí založil na skutečnostech, které nebyly uvedeny v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení*

105. Pokud by úřad měl dodržet zásadu uvedenou výše (tedy posuzovat oprávněnost zrušení ZŘ pouze na základě informací uvedených v rozhodnutí o zrušení) a v bodu 72 napadeného

rozhodnutí, neměl by vůbec přihlížet ke stanovisku ALMAPRO, jelikož toto stanovisko nebylo součástí rozhodnutí o zrušení, ani na něj neodkazovalo. Úřad navíc ani nezkoumal věrohodnost tohoto dokumentu. V doplnění rozkladu navrhovatel věrohodnost posudku ALMAPRO v mnoha ohledech zpochybňuje.

106. Jak jsem již uvedl výše, ačkoli posudek ALMAPRO nebyl v rozhodnutí o zrušení výslovně zmíněn, bylo patrné, že na něj zadavatel odkazuje a přebírá jeho závěry. Považuji tedy i zcela za správné, že při posuzování, zda zde zadavatelem tvrzené důvody jsou skutečně dány, Úřad přihlédl k posudku ALMAPRO, aby posoudil, zda jsou závěry zadavatele něčím podloženy a zda závěry posudku převzal správně.
107. Dále je nutno zabývat se tím, zda k posudku ALMAPRO přihlížet, tentokrát z důvodů, ze kterých ho navrhovatel zpochybňuje. Níže se tedy vyjádřím k jednotlivým tvrzením navrhovatele, dle kterých by k posudku přihlíženo být nemělo.
108. K tvrzení, že *„společnost Almapro není společností, která by se zabývala činnostmi v oblasti světelné a osvětlovací techniky, natož problematikou provozování veřejného osvětlení jako celku“*, uvádím, že tímto se zabýval již Úřad v napadeném rozhodnutí v bodu 105, na který tímto odkazují. Že se společnost ALMAPRO zabývá veřejným osvětlením, plyne mimo jiné i z jejích webových stránek.
109. K tvrzení, že *„odborné vyjádření Almapro bylo zpracováno osobou, která nemá odpovídající profesní způsobilost“*, uvádím, že k tomuto závěru navrhovatel pravděpodobně došel proto, že posudek považuje za znalecký posudek (ač nesplňující požadavky na znalecké posudky kladené). Zadavatel ani Úřad však nikdy netvrdil, že o znalecký posudek jde. Zpracovatelé posudku tedy sice nejsou zapsaní do seznamu znalců, jelikož však nejde o posudek znalecký, žádnou vadu posudku to nepředstavuje.
110. K tvrzení, že *„v odborném vyjádření Almapro jsou obsaženy rozpory a zcela chybně uvedené skutečnosti, které negativně ovlivňují další závěry uvedené v odborném vyjádření“*, uvádím, že drobné chyby nemají na pravdivost závěrů důležitých pro správné řízení v šetřeném případě žádný vliv.
111. K tvrzení, že *„odborné vyjádření Almapro se nezabývá problematikou nákladů na údržbu a servis VO a graf závislosti nákladů na údržbu a investic do obnovy VO nemá žádnou vypovídací hodnotu“*; uvádím, že tímto se posudek zabývá, zejména v částech 6 a 8.
112. K tvrzení, že *„v odborném vyjádření Almapro je při posouzení změny VO zohledněna pouze část veřejného osvětlení (stožáry a kabely), nikoliv veřejné osvětlení jako celek“*, uvádím, že ani tato skutečnost není pro závěry o oprávněnosti zrušení ZŘ nijak relevantní.
113. K tvrzení, že *„skutečnosti uváděné v odborném vyjádření Almapro nejsou založené na konkrétních objektivně přezkoumatelných podkladech“*, a že *„odborné vyjádření Almapro z formálního ani materiálního hlediska nesplňuje požadavky vyžadované pro odborné znalecké posudky, a navíc ho nelze brát ani jako kvalifikovaný odhad nákladů na provoz a údržbu VO, protože neumožňuje zpětný přezkum s objektivním ověřením uváděných skutečností“*, uvádím, že ho nepovažuji za pravdivé. Ačkoli sice posudek průběžně neodkazuje u každého tvrzení na konkrétní podklad, tento posudek vychází z podkladů, které byly společnosti ALMAPRO předány zadavatelem a ten je zase převzal od dřívějšího správce osvětlení, který byl povinen tato data sbírat. Opakuji, že jakýkoli posudek, analýza či

stanovisko nemusí nutně splňovat předpoklady kladené na znalecké posudky, a zdůrazňuji, že šlo o posudek pro interní potřeby určitého subjektu. Připomínám, že Úřad ani zadavatel posudek ALMAPRO za znalecký posudek nikdy nepovažoval a neoznačoval.

114. Úřad tedy neměl důvod o správnosti posudku ALMAPRO pochybovat.
115. Navrhovatel poukazuje na to, že údajně v rozhodnutí o zrušení ZŘ nikde změna parametrů VO jako důvod není uvedena a změna parametrů VO je uváděna pouze jako důsledek nutnosti opakovaného zadávání plnění v JŘBU. Nikde v rozhodnutí o zrušení navíc není uvedeno, že by tato změna měla mít vliv na obsah předložených nabídek, resp. nemožnost uchazečů na základě těchto nabídek plnit předmět VZ. Změna stavu VO jako zrušující důvod se objevuje až ve vyjádření zadavatele k návrhu.
116. I s tímto tvrzením navrhovatele musím polemizovat, neboť výše jsem opakovaně dovedl a doložil, že zadavatel v rozhodnutí o zrušení tento důvod uváděl, byť patrně použil jinou formulaci.
117. Navrhovatel se dále dožaduje posouzení, zda změna stavu VO měla vliv na obsah nabídek, avšak otázka by správně měla znít, zda měla tato změna vliv na použitelnost nabídek. Je samozřejmé, že obsah nabídek zůstal nezměněn. To, co se změnilo, byly požadavky zadavatele tak, že zadavatel již neměl zájem smlouvu na plnění VZ uzavřít. Nejde jen o uchazeče, jejich ochotu plnit, ale i o zadavatele – ten by nyní potřeboval plnění modifikované od původního a na plnění dle původních zadávacích podmínek nemá zájem.
- K námitce, že Úřad nesprávně vyhodnotil dokument vypracovaný společností ALMAPRO a neprovedl jakékoliv důkazy ke vlivu stáří soustavy veřejného osvětlení na předmět veřejné zakázky (a tedy zajišťování správy, provozu a údržby)*
118. Navrhovatel poukazuje na to, že společnost ALMAPRO vykonává projektovou činnost ve výstavbě jako předmět svého podnikání teprve krátce, od září 2016 měla jen jednoho zaměstnance, a že obvykle si zadavatel nechával vyhotovovat posudky renomovanými soudními znalci. Tyto skutečnosti, tedy že jde o mladou a menší firmu, a že jindy si zadavatel nechává zpracovávat posudky jinde (což navrhovatel ovšem ničím nepodložil) neshledávám nijak na překážku tomu, aby tato společnost poskytovala kvalitní služby.
119. Dle navrhovatele navíc posudek společnosti ALMAPRO nemůže být podkladem pro zrušení ZŘ, jelikož jeho cílem je provést vyčíslení deficitu v obnově VO a nijak se nevyjadřuje k předmětu VZ. Toto tvrzení neshledávám pravdivým – cílem posudku je provést analýzu skutečností úzce souvisejících se stavem VO, jež může ovlivnit (a ovlivnila) závěr zadavatele, že má ZŘ ukončit.
120. K otázce, zda má stav VO oporu v provedeném dokazování uvádím, že Úřad v tomto ohledu přijal závěry posudku ALMAPRO a zadavatele, jelikož jimi uváděné závěry jsou logické a vnitřně nerozporné. Navrhovatel ostatně závěry posudku v podstatě ani nevyvrací, jen říká, že posudek zpracovala nevhodná osoba, nezabývala se všemi částmi soustavy VO a neuváděla dostatečné odkazy na zdroje.
121. Navrhovatel překládá graf získaný z dat dostupných společnosti ELTODO-CITELIUM s.r.o., ze kterého má být zřejmé, že ani snížení objemu investic do obnovy VO v letech 2014-2016 nemělo zásadní vliv na poruchovost zařízení, a tedy ani na předmět plnění VZ. Posudek ALMAPRO se údajně vyjadřuje zejména k výši budoucích nákladů potřebných na modernizaci

soustavy VO v případě jejího omezeného provádění v letech 2014-2016 a pouze jeho část 6 údajně propojuje náklady na obnovu s náklady na údržbu soustavy VO. V posudku uváděné skutečnosti však nejsou dle navrhovatele ničím podloženy a nelze je ověřit.

122. Navrhovatel dále tvrdí, že uchazeči navíc se změnou stavu soustavy VO museli počítat, navíc její stáří nemá vliv na jeho správu, provoz ani údržbu. Toto údajně potvrdil i zadavatel, když v ZŘ v odpovědi na dotaz č. 87 uvedl, že zadavatel není nyní schopen specifikovat, jaká částka bude na modernizaci každoročně uvolněna, ale tato informace není nezbytná k řádnému nacenění nabídek. Z toho navrhovateli plyne, že výše prostředků na obnovu by neměla mít vliv na výkon činností správce zařízení. V tomto ohledu navrhovatel odkazuje na návrh smlouvy (přílohu č. 3 zadávací dokumentace), kde je v čl. 7.1 výslovně uvedeno, že budoucí správce *„akceptuje fakt, že i stav Spravovaných zařízení nemusí být ke dni podpisu předávacího protokolu zcela totožný se stavem jemu známým; uvedené skutečnosti nemají žádný vliv na povinnosti Správce vykonávat i vůči těmto zařízením řádně Správu, provoz a Údržbu, popř. další činnosti dle této Smlouvy“*. Tedy ani zvýšené náklady na údržbu nemohly mít vliv na předmět plnění VZ. Správa a údržba VO se skládá z tří hlavních činností (preventivní údržby, operativní údržby, havarijní služby), které s modernizací ani obnovou nesouvisejí
123. S těmito tvrzeními navrhovatele se taktéž nemohu ztotožnit, neboť zadavatel dovedl, že správa zchátralejšího systému VO je náročnější, neboť se změnila parametry zařízení VO a pozdější započítání plnění je pro zadavatele nevýhodné rovněž z hlediska koncepčního. Závěr, který navrhovatel činí z odpovědi zadavateli na dotaz, jaká částka bude každoročně na modernizaci věnována, dle mého názoru z odpovědi zadavatele nijak nevyplývá. Dále se argumentace navrhovatele opět stáčí k závěru, že když je uchazeč ochoten i přes změněné podmínky plnit, není k rušení ZŘ důvod. Jak jsem ale již několikrát uvedl, nejde zde pouze o ochotu uchazečů plnit. Plnění se stalo nevýhodným pro zadavatele a vedle zachování hospodářské soutěže je cílem zadávacího řízení převážně uspokojení potřeb zadavatele, které se od vypsání ZŘ změnila, tedy zadavatel splnila k tomu zákonem předvídaný důvod, nemusí smlouvu uzavřít, resp. může ZŘ zrušit.
124. Navrhovatel tvrdí, že zadavatel věděl, že zařízení VO bude stárnout, a mohl tento stav ovlivnit. Stárnutí sice není nepředvídatelným stavem, ale zadavatel neočekával, že správní řízení budou tak dlouhá, výchozí stav VO se během nich změnil, navíc zadavatel v mezidobí přijal koncept Smart Cities, což rovněž nemohl předpokládat.
125. Posudek údajně vzbuzuje dojem, že při vyčíslování vychází z úplného zastavení investic do obnovy a rozvoje, což ale neodpovídá skutečnosti, jelikož investice byly byt v omezené míře činěny. Posudek údajně neodpovídá skutkovému stavu věci, ale Úřad jeho závěry nekriticky přebírá, aniž by je ověřil jinými důkazy. Není údajně ani zřejmý postup, jakým zadavatel dospěl k číselně vyjádřeným závěrům ohledně možného zvýšení nákladů, ani podklady, na kterých své rozhodnutí založil. Navrhovatel podotýká, že *„[s]polečnost Almapro jako zpracovatel posudku, pouze odkazuje na svůj odborný odhad, přičemž se jedná o odhad v oblasti, ve které tato společnost vykonávala podnikatelskou činnost pouze jeden měsíc před zpracováním posudku“*, posudek je tak zpracován neprůkazně a nepřezkoumatelně. K tomuto si dovoluji uvést, že jak bylo zmíněno několikrát výše, posudek ALMAPRO čerpal z podkladů předložených zadavatelem, které shromažďoval bývalý správce VO. Není tedy důvodu se domnívat, že podklady, ze kterých vycházel, nejsou správné, a rovněž

neshledávám pravdivým tvrzení, že by nebylo zřejmé, z jakých podkladů posudek vycházel. Míru dokazování, jakou v šetřeném případě vyžaduje navrhovatel, považuji za zcela neúměrnou. Primárně by totiž Úřad měl zkoumat především rozhodnutí o zrušení – což udělal. Na ověření skutečností tam uvedených Úřad posoudil rovněž posudek, ze kterého rozhodnutí o zrušení vycházelo. Posudek přitom vychází z dat, které zadavatel získal od správce VO. Není tedy zřejmé, zda by navrhovatel mohl někdy s ukončením řetězce dokazování souhlasit. Rovněž není zřejmé, jak navrhovatel došel k názoru, že posudek předpokládá naprosté zastavení investic do obnovy.

126. Navrhovatel poukazuje na fakt, že zadavatel uzavřel smlouvu na plnění odpovídající VZ se společností, v níž má majetkovou účast, a to mnohem draž, než mohl učinit s navrhovatelem. Jak jsem však uvedl výše, a jak uvedl i Úřad, je možné, že v budoucím ZŘ bude VZ vysoutěžena ještě výhodněji.
127. Dle navrhovatele bylo jedinou povinností správce VO týkající se modernizace VO v rámci plnění VZ pouze předkládání návrhů nezbytné obnovy VO. I společnost ELTODO-CITELIUM, správce VO v letech 2014-2016, každoročně zadavateli předkládala plán obnovy a investic, který zadavatelem nikdy nebyl realizován v potřebném rozsahu. Nerealizace modernizace tedy dle slov navrhovatele byla pouze na vůli zadavatele. K tomuto argumentu jsem se rovněž již vyjádřil výše a zadavatel se tímto v rozhodnutí o zrušení také zabýval, když vysvětlil, že koncepční plánování obnovy a modernizace chce svěřit teprve dlouhodobému správci VO, se kterou uzavře smlouvu ideálně na období 10 let. Je tedy pochopitelné, že modernizaci a obnovu nad rámec nezbytně nutného nechtěl řešit v rámci jednorozhodných smluv.
128. Navrhovatel odkazuje na čl. 5.7 návrhu Smlouvy, který říká, že „[s]mluvní strany dále pro vyloučení pochybností konstatují, že součástí plnění podle této Smlouvy není Modernizace Spravovaných zařízení“. K tomu uvádím, že Úřad ani zadavatel netvrdili, že modernizace je předmětem VZ. Modernizace však s předmětem VZ souvisí tím způsobem, že koncepční návrhy na modernizaci má předkládat dodavatel – správce VO.

*K námitce aplikace ZZVZ na změny smlouvy na plnění VZ*

129. Navrhovatel je názoru, že případné změny smlouvy na plnění VZ i pokud byla uzavřena za účinnosti zákona, se nyní řídí ustanoveními o změně závazků ze smluv na veřejné zakázky dle ZZVZ. Úřad tedy postavil své závěry na nesprávné právní normě, když tvrdil, že zadavatel je při změnách smlouvy limitován ustanovením § 82 odst. 7 zákona, které umožňuje, aby zadavatelé reagovali na své aktuální potřeby pružněji, a nelze tedy souhlasit s Úřadem, že zadavatel nebude mít nástroj pro případnou změnu uzavřené smlouvy tak, aby reflektovala prodloužení délky ZŘ.
130. K posouzení námítky zadavatele je třeba zabývat se otázkou, zda se změny smluv učiněné za účinnosti ZZVZ řídí ZZVZ, ačkoli samotné smlouvy byly uzavřeny za účinnosti zákona. Ustanovení § 273 odst. 6 ZZVZ stanoví, že změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv uzavřených podle zákona se ode dne nabytí účinnosti ZZVZ posuzují podle ZZVZ. Je tedy pravdou, že změna smlouvy na VZ by podléhala ZZVZ. Dle § 82 odst. 7 zadavatel nesměl umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, přičemž toto ustanovení dále říká, jaké změny se považují za podstatné. Ustanovení o změnách závazků ze smlouvy v ZZVZ je obdobné, když § 222 odst. 1 říká, že není-li dále

stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového ZŘ podle ZZVZ. Ačkoli ZZVZ je ohledně dovolených změn smluv benevolentnější, jelikož by v daném případě bylo nutné upravit rozsah prováděných činností v jednotlivých letech (což by mohlo VZ učinit atraktivní či dostupnou i pro jiné dodavatele), nebo by se zadavatel musel spokojit s plněním, které by nereflektovalo aktuální stav VO, lze se oprávněně domnívat, že takováto změna by nebyla přípustná ani dle ZZVZ. Úřad tedy formálně posoudil tuto dílčí otázku podle nesprávného zákonného ustanovení, a závěr, ke kterému došel, je však správný, a sice, že zadavatel je při změnách smlouvy limitován ustanoveními o (dovolených) změnách smluv (a nelze tak automaticky předjímat, že zadavatel by své změněné požadavky upravil změnou smlouvy). Použití nesprávného ustanovení tedy v tomto případě nemohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí.

*K dalším námitkám*

131. Dále navrhovatel namítá, že zadavatel měl údajně ověřit ochotu uchazečů plnit, navíc navrhovatel zadavatele o své připravenosti plnit informoval. Na podporu svého stanoviska navrhovatel v rozkladu cituje rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 18/2016-48, které se v podstatě zabývá řešením situace, kdy vítězný uchazeč není ochoten uzavřít smlouvu, a říká, že pak má zadavatel vyzvat druhého uchazeče v pořadí, a tedy že daná situace není důvodem hodným zvláštního zřetele, pro který nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
132. K odkazu navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu uvádím, že není pro šetřený případ přílehlavý, neboť se zabývá situací, kdy se zadavatel snažil odmítnutí prvním uchazečem v pořadí brát za důvod hodný zvláštního zřetele, pro který na zadavateli nelze požadovat, aby v ZŘ pokračoval. Nicméně neochota uchazečů není řešena v nyní posuzované věci. V nyní posuzované věci došlo k tomu, že na základě vleklého zadávacího řízení se již zadavateli uzavření smlouvy (za podmínek, které si sice zadavatel nastavil, avšak v průběhu času - po 3,5 letech od zahájení ZŘ - pocítil jejich neaktuálnost) nejví jako výhodné a žádoucí.
133. Úřad se také údajně (dle tvrzení navrhovatele) opakovaně přikláněl k výkladu skutečností a právních předpisů způsobem pro zadavatele výhodnějším, aniž by řádně odůvodnil, proč výklad navrhovatele není správný. Domnívám se, že jsem se výše dostatečně věnoval tomu, že Úřad věc posoudil správně a své závěry odůvodnil. Tvrzení zadavatele, že konkrétní závěry Úřadu či odmítnutí závěrů navrhovatele nebyly dostatečně zdůvodněny, jsem výše také vyvrátil, ale citovat zde veškerá vypořádání se s tvrzeními zadavatele považuji za nadbytečné a nebylo by to ani v souladu se zásadou procesní ekonomie. Nelze přisvědčit ani tvrzení navrhovatele, že se Úřad přikláněl bez vysvětlení k názorům zadavatele, jelikož výše uvedené dokazuje, že Úřad všechny své závěry náležitě odůvodnil.
134. K tvrzení, že zadavatel nyní využívá svůj předchozí chybný postup k odůvodnění zrušení ZŘ, ačkoli měl své chyby napravit rychleji a urychlit tak správní řízení, odkazují na napadené rozhodnutí, kde se již Úřad s tímto tvrzením vypořádal. V bodu 102 odůvodnění napadeného rozhodnutí bylo řečeno, že zadavatel povinnosti uložené mu pravomocným rozhodnutím provedl, u nepravomocných to od něj ovšem nelze požadovat, ačkoli rozklad proti nim nepodal. Rozklady naopak podávali jiní účastníci, včetně navrhovatele.

## VI. Závěr

135. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
136. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Klimentská 1216/46, 110 00 Praha 1
2. JUDr. Petr Toman, LL.M., TOMAN, DEVÁTÝ & PARTNEŘI advokátní kancelář, s.r.o., Trojanova 12, 120 00 Praha 2

### Vypraveno dne:

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