



UOHSX00EPC52

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0042/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-13979/2021/163/PBI

Brno 28.04.2021

V řízení o rozkladu ze dne 18. 2. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **OTE, a.s.**, IČO 26463318, se sídlem Sokolovská 192/79, 186 00 Praha 8, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0532/2020/VZ, č. j. ÚOHS-04591/2021/500/Alv ze dne 5. 2. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 28. 12. 2020 na návrh z téhož dne, který podal navrhovatel –
- **EGÚ Brno, a.s.**, IČO 46900896, se sídlem Hudcova 487/76a, 612 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 12. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Zpracování typových diagramů dodávky elektřiny**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 8. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 8. 2020 pod ev. č. Z2020-029706 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 8. 2020 pod ev. č. 2020/S 167-404208,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské sp. zn. ÚOHS-S0532/2020/VZ, č. j. ÚOHS-04591/2021/500/Alv ze dne 5. 2. 2021

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Společnost OTE, a.s., IČO 26463318, se sídlem Sokolovská 192/79, 186 00 Praha 8, (dále jen „**zadavatel**“) zahájila podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“) ¹ zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zpracování typových diagramů dodávky elektřiny“ (dále jen „**veřejná zakázka**“) zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 8. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 8. 2020 pod ev. č. Z2020-029706 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 28. 8. 2020 pod ev. č. 2020/S 167-404208, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je zpracování typových diagramů dodávek elektřiny (dále jen „**TDD**“) pro odběratele bez průběhového měření.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 45 000 000 Kč bez DPH (předpokládaná hodnota veřejné zakázky bez hodnoty vyhrazené změny závazku činí 40 000 000 Kč bez DPH a předpokládaná hodnota vyhrazené změny závazku činí 5 000 000 Kč bez DPH).
4. Zadavatel dne 27. 11. 2020 rozhodl podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku (dále jen „**rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení**“).

II. Správní řízení vedené Úřadem

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 28. 12. 2020 návrh společnosti EGÚ Brno, a.s., IČO 46900896, se sídlem Hudcova 487/76a, 612 00 Brno, (dále jen „**navrhovatel**“) z téhož dne podle § 250 odst. 1 ZZVZ proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení (dále jen „**návrh**“).
6. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0532/2020/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ zadavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na ZZVZ, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení.

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 2. 2021

7. Dne 5. 2. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0532/2020/VZ, č. j. ÚOHS-04591/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená v § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, když důvody uvedené zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nelze považovat ve smyslu uvedeného ustanovení zákona za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
9. Výrokem II napadeného rozhodnutí, jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I napadeného rozhodnutí, Úřad zrušil podle § 263 odst. 2 ZZVZ rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení.
10. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli zakázal podle § 263 odst. 8 ZZVZ uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení.
11. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 266 odst. 1 ZZVZ, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
12. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad na úvod konstatoval, že zrušení zadávacího řízení je vždy krajním řešením, ke kterému lze přistoupit pouze za splnění zákonných podmínek. Úkon spočívající ve zrušení zadávacího řízení musí být vykládán restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) ze strany zadavatele. V případě důvodů hodných zvláštního zřetele dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, se vždy musí jednat o důvody závažné, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, kvůli kterým by nebylo možné v řízení pokračovat, nebo by pokračování s nejvyšší pravděpodobností zapříčinilo rozpor postupu zadavatele se ZZVZ.
13. K rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 o zrušení zadávacího řízení Úřad uvedl, že společným jmenovatelem zadavatelem formulovaných důvodů pro zrušení zadávacího řízení je skutečnost, že v průběhu zadávacího řízení došlo k výraznému zhoršení situace související s pandemií onemocnění COVID-19 způsobeného novým koronavirem SARS-CoV-2 (dále jen „**COVID**“), v důsledku čehož byl na území České republiky vyhlášen nouzový stav, který byl následně opakovaně prodlužován, přičemž vývoj a délka epidemické situace, stejně jako její dopady jsou nejasné a nedávají zadavateli záruku, že plnění smlouvy bude odpovídat jeho očekávání.
14. K důvodu zrušení zadávacího řízení spočívajícím v obavě zadavatele, že se dodavatel bude při plnění smlouvy odkazovat v důsledku pandemie COVID na nemožnost jejího splnění, Úřad mimo jiné uvedl, že zadavatel blíže nespécifikoval, jakým způsobem by měla pandemie onemocnění COVID zapříčinit nemožnost plnění smlouvy. Dle názoru Úřadu není předmět veřejné zakázky spjat s enormním rizikem v tom smyslu, že by situace vyvolaná pandemií

onemocnění COVID či přijatá protiepidemická opatření znemožnila plnění předmětu veřejné zakázky dodavatelem.

15. K dalším důvodům uvedeným zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, které spočívaly v potřebě zapracovat do předmětu plnění analýzy dopadů protiepidemických opatření a netechnických externalit souvisejících s pandemií onemocnění COVID, a ve snaze vyvarovat se nezákonné změny závazku ze smlouvy, Úřad uvedl, že zadávací dokumentace již zahrnuje plnění, které je dle zadavatele nutno do předmětu plnění zapracovat, a to v čl. II, bodu 3 přílohy č. 4 zadávací dokumentace, kterou je závazný návrh smlouvy o dílo na plnění veřejné zakázky (dále jen „**návrh smlouvy**“). Vzhledem k tomu nelze dle Úřadu přijmout jako důvodnou ani argumentaci zadavatele ohledně nemožnosti následného zapracování těchto činností do smlouvy v rámci režimu změn závazku dle § 222 ZZVZ, neboť tyto činnosti jsou již předmětem plnění.
16. Úřad rovněž uvedl, že zadavatel označil navrhovatele za vybraného dodavatele ve smyslu § 122 odst. 1 ZZVZ a že z nabídky navrhovatele je zřejmé, že má v úmyslu v rámci plnění veřejné zakázky zohlednit nestandardní výkyvy spotřeby elektřiny včetně dopadů opatření proti šíření onemocnění COVID.
17. Úřad uzavřel, že žádný z důvodů uvedených zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nemůže obstát jako důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro něž by nebylo možné po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

IV. Rozklad zadavatele ze dne 18. 2. 2021

18. Dne 18. 2. 2021 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne proti všem výrokům napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 5. 2. 2021. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na sobotu 20. 2. 2021. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě pondělí 22. 2. 2021. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
19. Zadavatel v rozkladu namítá, že Úřad s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky a na okolnosti tohoto konkrétního případu nedostatečně přezkoumal důvody, které zadavatele vedly k nutnosti zrušit zadávací řízení, když se omezil pouze na prostý jazykový výklad návrhu smlouvy, aniž by přihlédl k technickým a odborným specifikům plnění veřejné zakázky a aniž by se zabýval jejím smyslem a účelem. Úřad nezkoumal důvody zadavatele pro zrušení zadávacího řízení nejen z pohledu použití plnění smlouvy zadavatelem, ale také relevantními subjekty na trhu s elektřinou, především provozovateli distribučních soustav a obchodníky s elektřinou. Úřad neprovedl žádné šetření mezi těmito subjekty, do jaké míry dopady opatření vyvolané pandemií COVID ovlivňují tvorbu a zpracování TDD a jejich použití. Zadavatel je toho názoru, že závěr Úřadu je nesprávný a nemá oporu v provedeném šetření, a je tak v rozporu s § 2 odst. 4 správního řádu („řešení odpovídající okolnostem daného případu“) a § 3 správního řádu („zásada materiální pravdy“).
20. Zadavatel uvádí, že Úřad pouze zcela formalisticky konstatoval, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená v § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, protože nelze přijmout obecný závěr, dle něhož by pandemie onemocnění COVID či související protiepidemická opatření znamenaly samy o sobě důvod hodný zvláštního zřetele dle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ.

21. Zadavatel namítá, že pod články návrhu smlouvy citované Úřadem v bodě 48 odůvodnění napadeného rozhodnutí nelze zahrnout problematiku dopadů epidemie nemoci COVID. Dle mínění zadavatele se jedná o ustanovení ryze odborná, která mají v předmětném odvětví energetiky ustálenou výkladovou praxi, a nelze pod ně libovolně podřazovat další nesouvisející problematiku. Tento závěr navíc dle zadavatele potvrzuje i nabídka navrhovatele. Návrh smlouvy tak dle zadavatele nezahrnuje dopady epidemie nemoci COVID, a tedy není možno smlouvu uzavřít, protože zadavateli by nemuselo být poskytnuto plnění, které předpokládal. Další „nestandardní jevy“ (např. elektromobilita, akumulace, „FVE“ a inteligentní měřící systémy) byly zadavatelem explicitně uvedeny v závazném návrhu smlouvy (čl. II, části C, bodech 3, 4 a 5).
22. K čl. II, bodu 3, části A, odst. 6 návrhu smlouvy, podle něhož je dodavatel povinen v rámci předmětu plnění veřejné zakázky „průběžně vyhodnocovat tvary TDD a navrhovat jejich úpravy s ohledem na změny v cílové skupině odběrných míst dle výsledků analýz“, zadavatel dodává, že za účelem rovnoměrného rozdělení vzorků spotřeb cílové skupiny neprůběhově měřených odběrných míst do celého spektra reálných spotřeb maloodběru se používá tzv. pásmování spotřeby. Předmětem tohoto bodu návrhu smlouvy proto bylo „zasmluvnit“ povinnost dodavatele pravidelně (průběžně) analyzovat tvary TDD a dopady změn v cílové skupině odběrných míst a udržovat optimální rozložení měřených vzorků v definovaných pásmech. Dle zadavatele z nabídky navrhovatele vyplývá, že i z jeho strany tím byly myšleny jen technické externality spojené s výběrem měřených vzorků a sběru dat z těchto vzorků, a nikoliv dopady epidemie nemoci COVID.
23. K čl. II, bodu 3, části B, odst. 3 návrhu smlouvy, podle něhož je dodavatel povinen v rámci předmětu plnění veřejné zakázky „vyhodnocovat přesnost systému TDD a vliv ostatních faktorů (např. změny v charakteru spotřeby či v chování typických skupin zákazníků)“, zadavatel uvádí, že předmětem tohoto bodu návrhu smlouvy bylo „zasmluvnit“ povinnost dodavatele mj. vyhodnocovat přesnost systému TDD ve vazbě na reálné údaje z měření, a to na základě agregovaných složek bilance v regionech TDD. Rovněž z nabídky navrhovatele je dle zadavatele zřejmé, že pod tímto bodem byly i ze strany navrhovatele myšleny technické externality spojené s postupy na straně „PDS“, počty vzorků, nastavením struktury tříd TDD atp., a nikoliv dopady epidemie nemoci COVID.
24. K čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy, podle něhož je dodavatel v rámci plnění veřejné zakázky povinen „analyzovat dopady nestandardních jevů v charakteru spotřeby zákazníků“, zadavatel uvádí, že předmětem tohoto bodu návrhu smlouvy bylo „zasmluvnit“ povinnost dodavatele spočívající mimo jiné ve zpracování analýz meziročních nebo skokových změn v průběhu zbytkového diagramu, kdy se kontrolují bilanční průběhy a hledají se příčiny případných změn. Předmětem tohoto bodu je zpracování analýz, a ne samotná tvorba TDD.
25. Zadavatel v této souvislosti dále uvádí, že z nabídky navrhovatele vyplývá, že se navrhovatel zaměřoval na abnormality pouze v časově vymezeném období („leden 2017“ nebo „Velikonoce 2016“). V souvislosti s epidemií nemoci COVID navrhovatel uvedl pouze odkaz na „letošní opatření“ (tj. opatření pro 2020), tedy abnormality vztahující se k časově omezeným opatřením roku 2020. Pokud by navrhovatel počítal s dlouhodobou aplikací opatření souvisejících s epidemií nemoci COVID, měl toto v podané nabídce explicitně uvést. Navržený text tak dle zadavatele vyvolává nejistotu, zda navrhovatel bude schopen a vůbec

ochoten „podchytit“ tuto problematiku v dlouhodobém horizontu, když se sám v podané nabídce v rámci metodického přístupu omezuje pouze na rok 2020, tj. časově ohraničené období. Z pouhé jediné zmínky uvedené k epidemii nemoci COVID a jejím dopadům nelze dle zadavatele dovodit koncepční přístup navrhovatele k celé šíři této problematiky, zejména pokud ji explicitně neuvedl v části nabídky, která se má přímo aplikací dopadů vnějších změn na systém TDD a jeho využití věnovat. Není na zadavateli, aby z jedné věty v nabídce navrhovatele dovozoval, v jaké šíři je navrhovatel schopen a ochoten danou problematiku při zpracování TDD zohlednit. Zahrnutí či nezahrnutí dopadu epidemie nemoci COVID při zpracování předmětu plnění může být následně předmětem právního sporu, zvláště pokud tato problematika nebyla explicitně specifikována v požadavcích návrhu smlouvy.

26. Závěr Úřadu, že není zřejmé, z jakého důvodu je podle zadavatele nezbytné v zadávací dokumentaci výslovně jmenovat právě důsledky epidemie COVID, přestože výslovně nejmenoval v zadávací dokumentaci ani vlivy typu fotovoltaika, dálkové zpracování odečtů dat či elektromobilita a flexibilita, je dle názoru zadavatele zcela lichý, protože jím uváděné další vlivy byly zadavatelem v zadávací dokumenty explicitně uvedeny, a to v čl. II, části C, bodech 3, 4 a 5 návrhu smlouvy.
27. Vzhledem k tomu, že zadávací dokumentace, resp. návrh smlouvy neobsahují analýzy dopadů epidemie nemoci COVID, je obava zadavatele z možných změn závazku dle § 222 ZZVZ více než oprávněná, a to i vzhledem k současné situaci, kdy je více než zjevné, že nelze očekávat její zlepšení ani v horizontu měsíců.
28. Ke zjištění Úřadu, že „Metodika užití TDD v CS OTE“, která tvoří přílohu č. 1 návrhu smlouvy, je v nezměněné podobě (tj. bez výslovné zmínky o nutnosti zpracování dopadů pandemie) uveřejněna i na internetových stránkách zadavatele, zadavatel mimo jiné sděluje, že účelem této metodiky není popisovat externí vlivy působící na zpracování TDD, ale popsat technickou aplikaci užití TDD v systému zúčtování odchylek. Z tohoto důvodu v ní nejsou zmíněny ani ostatní externí vlivy působící na zpracování TDD a metodika zveřejněná na webu zadavatele v září 2020 nemá nic společného s předmětem veřejné zakázky.
29. K připomínce Úřadu, že není zřejmé, z jakého důvodu zadavatel přistoupil ke zrušení zadávacího řízení až dne 27. 11. 2020, když již více než měsíc před tímto datem mohl a měl vědět, že situace ohledně pandemie onemocnění COVID se oproti situaci, v níž zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku, výrazně zhoršila, zadavatel uvádí, že počet nemocných není pro zpracování TDD relevantní. Pro účely plnění předmětu veřejné zakázky jsou naopak klíčová rozhodnutí vlády ČR v rámci nouzového stavu nebo jiné restriktive ukládané dle příslušných zákonů, které dopadají na obyvatelstvo a mění jeho chování z pohledu dopadu na charakter odběru elektřiny jednotlivých zákazníků a přesun spotřeby mezi jednotlivými třídami TDD. Toto má vliv na výsledný průběh příslušných TDD. Zadavatel naopak z důvodu opatrnosti nezrušil zadávací řízení ihned po vyhlášení nouzového stavu, ale posečkal, aby zjistil, jaký bude vývoj situace s ohledem na délku trvání nouzového stavu.

Závěr rozkladu

30. Zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení zastavuje, nebo eventuálně, aby rozhodl tak, že se napadené rozhodnutí ruší a věc se vrací Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele ze dne 26. 2. 2021 k rozkladu

31. Navrhovatel ve vyjádření ze dne 26. 2. 2021 k rozkladu uvádí, že souhlasí se vším, co bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, a naopak nesouhlasí s obsahem rozkladu, neboť všechny namítané skutečnosti již byly řádně a dostatečně vypořádány v napadeném rozhodnutí.
32. Navrhovatel souhlasí s Úřadem v tom, že zadávací dokumentace již zahrnuje plnění, které je dle zadavatelem tvrzeného důvodu pro zrušení zadávacího řízení nutno do předmětu plnění zapracovat (tj. analýzy dopadů pandemie), a proto nebylo potřeba zadávací řízení z tohoto důvodu rušit. Úřad dle navrhovatele správně uvedl, že metodický přístup předložený v jeho nabídce obsahuje pasáže, z nichž je zřejmé, že navrhovatel má v úmyslu v rámci plnění veřejné zakázky zohlednit nestandardní výkyvy ve spotřebě elektřiny, jako např. dopady opatření proti šíření onemocnění COVID. Navrhovatel je toho názoru, že Úřad dospěl k logickému závěru, že pokud by dodavatel při plnění veřejné zakázky pominul dopady pandemie nemoci COVID, resp. přijatých protiepidemických opatření na spotřebu elektřiny, neodpovídaly by jeho výstupy požadavkům zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky a takovéto plnění by vykazovalo značnou chybovost.
33. Navrhovatel navrhuje, aby byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

V. Řízení o rozkladu

34. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

35. 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 dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
36. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl správně a v souladu se ZZVZ a správním řádem.
37. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu

Důvody zrušení zadávacího řízení uvedené zadavatelem v rozhodnutí ze dne 27. 11. 2020

38. Zadavatel dne 27. 11. 2020 rozhodl o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku s odkazem na § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, podle něhož může zadavatel zrušit zadávací řízení, pokud se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv. Zadavatel odůvodnil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení následovně, v tomto členění:

- a. **úvodní část odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení:** Zadavatel zde uvedl, že v průběhu zadávacího řízení došlo k výraznému až kritickému zhoršení epidemické situace v souvislosti s výskytem COVID, v důsledku čehož byl vládou České republiky vyhlášen a prodlužován nouzový stav na celém území České republiky. Vývoj a délka epidemické situace, stejně jako dopady situace týkající vývoje COVID jsou dle zadavatele v tuto chvíli nejasné a nedávají zadavateli záruku, že plnění smlouvy bude odpovídat jeho očekávání.
- b. **písmeno a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení:** *„Riziko dopadů COVID-19 u potenciálního dodavatele – možné vyloučení plnění povinnosti ze smlouvy dočasně nebo trvale v důsledku mimořádné, nepředvídatelné a nepřekonatelné překážky vzniklé nezávisle na jeho vůli. Vzhledem k současnému nepředikovatelnému vývoji situace v souvislosti s COVID-19 se zvyšuje riziko na straně Zadavatele, že potenciální dodavatel se bude při plnění smlouvy odkazovat na nemožnost splnění povinností [z]e smlouvy (dle ust. § 2913 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku), a Zadavatel tak nebude schopen dostat svým smluvním závazkům v daných termínech a v požadované kvalitě“.*
- c. **písmeno b) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení:** *„Nejasné dopady aktuální situace a nejistota ohledně budoucího vývoje ekonomiky a trhu s elektřinou.“* Zadavatel uvedl, že nemůže relevantně předvídat délku trvání nouzového stavu a protiepidemických opatření, stejně tak vývoj dopadů COVID a možných důsledků pro budoucí vývoj spotřeby elektřiny, resp. jednotlivých diagramů. Současný stav je ze strany zadavatele doprovázen otázkami, jak výrazně se projeví dopad COVID ve změnách chování obyvatelstva, které budou mít vliv na spotřebu elektřiny. Mezi faktory, které tyto změny způsobují, patří dle zadavatele nejen makroekonomické vlivy vyvolané např. uzavřením obchodů či omezování kulturních či společenských aktivit, ale také výrazná změna charakteru pracovní rutiny obyvatelstva a s ní spojený přechod zaměstnanců na „home office“, zavírání škol a přechod studentů na distanční výuku. Z vývoje situace dle zadavatele vyplývá, že některá aplikovaná vládní opatření mohou být i dlouhodobého charakteru s dopadem na vývoj spotřeby elektřiny, resp. jednotlivých diagramů spotřeby. Tyto aspekty nebyly a ani nemohly být dle zadavatele v zadávací dokumentaci explicitně uvedeny, ačkoliv mohou mít na zpracování typových diagramů dodávky elektřiny významný vliv. Výše uvedené dopady je dle zadavatele nutno při analýzách zpracovat.
- d. **písmeno c) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení:** *„Riziko neaktuálnosti zadávací dokumentace v důsledku dopadů pandemie nemoci COVID 19 a eliminace rizik ve smyslu možných podstatných změn závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu ust. § 222 ZZVZ.“* Zadavatel uvedl, že dosavadní analýzy v elektroenergetice se zabývaly především technickými dopady v oblasti fotovoltaik, měření „AMM“, elektromobility a flexibility, dopady teplot a navazujícími změnami v oblasti maloodběru „na úrovni nn“ na zpracování TDD. Současná situace může dle zadavatele výrazně zkreslovat vývoj historických řad měřených vzorků a následně celý systém zpracování TDD pro stanovení předpokládaných spotřeb elektřiny v domácnostech a podnicích. Dle zadavatele návrhy smluv explicitně nereflktují

současné a velmi významné netechnické externality. Zadavatel zrušením zadávacího řízení současně eliminuje rizika spojená se zákonem nedovolenými podstatnými změnami závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 ZZVZ v důsledku změněných podmínek, jejichž potřeba by v případě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku vznikla. Dále zadavatel uvedl, že tímto způsobem zajišťuje minimalizaci rizik spojených s chybnými nebo nepřesnými predikovanými koeficienty TDD v důsledku současné situace spojené s epidemií COVID z důvodů uvedených výše.

Obecně k rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 o zrušení zadávacího řízení

39. Úřad v bodech 58-61 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně odkázal na relevantní judikaturu, podle níž jakékoliv zrušení zadávacího řízení musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele. Úřad zde správně uvedl, že při zrušení zadávacího řízení je třeba klást důraz na dodržení zásady transparentnosti. Nad rámec toho doplňuji, že jeden z aspektů zásady transparentnosti *„spočívá v povinnosti zajistit, aby mohla být provedena kontrola nestrannosti postupů zadávacího řízení. [...] Konkrétně jde jednak o povinnosti zadavatele dodržovat předem stanovená pravidla postupu a jednak o povinnost vedení dostatečné dokumentace o výběrovém řízení tak, aby veškeré kroky zadavatele byly zpětně přehledné, vysledovatelné, kontrolovatelné a přezkoumatelné a aby nevznikaly pochybnosti o tom, co bylo pravým důvodem jednotlivých kroků zadavatele“* (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017. Systém Beck-online). Podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 5/2010-58 ze dne 6. 10. 2011 *„[p]orušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení“*.
40. Jak uvedl Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 112/2018-110 ze dne 22. 12. 2020, ZZVZ nestanoví, co se rozumí důvody hodnými zvláštního zřetele podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Dle tohoto rozsudku však lze při výkladu tohoto pojmu vycházet z judikatury Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“), která se vztahuje k obsahově obdobnému ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) předchozího zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „ZVZ“). Podle § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ i současného § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ se musí jednat o důvody *„hodné zvláštního zřetele“*, tedy *„důvody závažné, výjimečné“*. V tomto ohledu lze podle Krajského soudu v Brně použít dosavadní judikaturu i na úpravu obsaženou v ZZVZ.
41. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 81/2016-103 ze dne 25. 2. 2019 *„důvody hodné zvláštního zřetele vedoucí ke zrušení zadávacího řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o zadávání veřejných zakázek musí být objektivní a podložené. Objektivnost přitom musí být založena nikoliv na odhadu, pocitech či dojmech zadavatele, ale musí mít reálné základy a musí být ověřena“* (srov. rovněž rozsudky NSS č. j. 5 As 18/2016-48 ze dne 8. 12. 2016 nebo Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 18/2013-98 ze dne 8. 12. 2014). Jak uvedl NSS v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010, *„[p]okud je zásadu objektivní nutno dodržet při zadávání veřejné zakázky, nelze ji negovat posteriorně tím, že pro subjektivní důvody zadavatel zakázku zruší. Objektivní přístup musí být zachován po celou dobu procesu, jak již vyslovil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131“*.
42. Po přezkoumání šetřeného rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 o zrušení zadávacího řízení je třeba na úvod konstatovat, že toto rozhodnutí nenaplnuje podmínky, které na něj

klade ZZVZ a relevantní judikatura. Jak bude dále odůvodněno, toto rozhodnutí je z velké části velmi obecné, málo srozumitelné, nedostatečně vymezuje konkrétní důvody zrušení zadávacího řízení a je na samé hranici přezkoumatelnosti.

43. Jak Úřad správně uvedl v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí, základem pro skutková zjištění Úřadu při právním posouzení zákonnosti zrušení zadávacího řízení jsou pouze ty důvody, které zadavatel formuloval ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, přičemž pozdější či jiná odůvodnění zrušení zadávacího řízení jsou pro posouzení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení právně irelevantní. To samé platí pro Úřad, jakožto orgán dohledu, který je povinen se vypořádat s důvody pro zrušení zadávacího řízení tak, jak je uvedl zadavatel ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a nesmí dotvářet argumentaci pro zrušení zadávacího řízení namísto zadavatele (k tomu srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 18/2013-98 ze dne 8. 12. 2014). Nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení tedy nemůže za zadavatele zhojit Úřad tím, že si bude v něm neuvedené okolnosti domýšlet, ani zadavatel tím, že je bude dotvářet v průběhu správního řízení.
44. Zadavatel poměrně obsáhlým rozkladem brojí proti napadenému rozhodnutí a vytýká mu řadu nedostatků. Tyto námítky budou níže řádně vypořádány, je však třeba podotknout, že odůvodnění napadeného rozhodnutí je třeba hodnotit prizmatem přezkoumávaného úkonu, od jehož míry podrobnosti a srozumitelnosti se v zásadě odvíjí rozsah přezkumu ze strany Úřadu. V šetřeném případě jsou důvody uvedené zadavatelem v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení málo určité a obtížně srozumitelné. I přes tyto jeho nedostatky Úřad na všechny důvody zrušení zadávacího řízení, které z rozhodnutí ze dne 27. 11. 2020 alespoň trochu vyplývají, konkrétně reagoval (nikoliv tedy obecně, jak mu vytýká zadavatel). Na rozdíl od zadavatele jsem toho názoru, že napadené rozhodnutí je v jeho podstatných aspektech správné a v souladu s právními předpisy, zatímco rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení je netransparentní a v rozporu se ZZVZ.

K důvodu zrušení zadávacího řízení uvedenému v úvodní části rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 – „smlouva na veřejnou zakázku nemusí být plněna dle očekávání zadavatele“

45. K úvodní části odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, podle níž nemusí být smlouva na veřejnou zakázku z důvodu pandemie COVID plněna dle očekávání zadavatele [blíže viz bod 38, písm. a) odůvodnění tohoto rozhodnutí], uvádím, že zadavatel v této části rozhodnutí nijak nekonkretizoval, jaká měl očekávání ohledně plnění smlouvy na veřejnou zakázku a proč by tato očekávání neměla být vlivem pandemie COVID a souvisejících opatření naplněna. Nejedná se tedy o konkrétní důvod zrušení zadávacího řízení, který by bylo možné ze strany Úřadu posoudit. Lze však předpokládat, že ani zadavatel to takto nemyslel a jednalo se z jeho strany pouze o „preambuli“ vztahující se k další části odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.

K důvodu zrušení zadávacího řízení uvedenému v rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 pod písmenem a) – „riziko nemožnosti plnění smlouvy vybraným dodavatelem v důsledku pandemie COVID“

46. Prvním důvodem zrušení zadávacího řízení uvedeným zadavatelem pod písmenem a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení bylo „riziko dopadů COVID-19

u potenciálního dodavatele“, resp. toho, že se v důsledku COVID „*potenciální dodavatel bude při plnění smlouvy odkazovat na nemožnost splnění povinností [z]e smlouvy“* [blíže viz bod 38, písm. b) odůvodnění tohoto rozhodnutí].

47. Předně uvádím, že tento důvod zrušení zadávacího řízení považuji za neurčitý (stejně jako Úřad v bodě 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí), neboť zadavatel v něm nijak nespécifikoval, z jakých důvodů by mohla pandemie COVID znemožnit plnění smlouvy vybraným dodavatelem. Vzhledem k tomu, že zadavatel tento důvod nazval jako riziko dopadů COVID „*u potenciálního dodavatele“* lze pouze odhadovat, jak to rovněž činí Úřad v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že se zadavatel mohl obávat toho, že by předmět činnosti dodavatele při realizaci veřejné zakázky podléhal omezením či zákazu (obdobně jako např. restaurace či maloobchody), anebo že zaměstnanci dodavatele budou v karanténě či onemocní nemocí COVID. Jak Úřad správně uvedl v bodě 67 odůvodnění napadeného rozhodnutí, není zřejmé, jakým způsobem by zrovna tento typ plnění měl být co do možnosti jeho realizace radikálně ovlivněn pandemií onemocnění COVID. I kdyby tomu tak bylo, zadavatel to nijak nedoložil. V této souvislosti lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 81/2016-103 ze dne 25. 2. 2019, podle něhož „*důvodem pro zrušení zadávacího řízení nemůže být pouhá obava zadavatele, že uchazeč nebude schopen dostát svým závazkům ze smlouvy“*.
48. V souladu s tím, co Úřad uvedl v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí, lze uvést, že ani sebedokonalejší zadávací podmínky nemohou vyloučit riziko vzniku nemožnosti plnění na straně vybraného dodavatele, či existenci jiného důvodu bránícího vybranému dodavateli splnit závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku. I přestože by smlouva na veřejnou zakázku vylučovala dopady pandemie onemocnění COVID jako důvod nemožnosti plnění, může se vybraný dodavatel v důsledku rozšíření tohoto onemocnění na jeho pracovišti ocitnout v situaci, že z objektivních důvodů nebude schopen plnit své závazky ze smlouvy řádně a včas, a to nezávisle na tom, jak dokonalá byla zadávací dokumentace.
49. Jak již bylo zdůrazněno v bodě 43 odůvodnění tohoto rozhodnutí, předmětem tohoto správního řízení je přezkum transparentnosti a zákonnosti rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 o zrušení zadávacího řízení, a nikoliv jeho následných úkonů. Pro dokreslení situace však lze odkázat na rozhodnutí zadavatele ze dne 16. 12. 2020 o námitkách navrhovatele, v němž zadavatel ve vztahu k písmenu a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že „*jedním z důvodů pro zrušení Zadávacího řízení byla jeho obava možného vzniku újmy z důvodu tzv. vyšší moci, případně pak dalších komplikací na straně vybraného dodavatele z důvodů administrativních, kapacitních, výrobních či právních (omezení pohybu osob, karanténa, uzavření oblasti, zrušení dodavatelských vztahů apod.), na základě kterých nelze po dodavateli vyžadovat plnění veřejné zakázky“*. V rozkladu zadavatel v této souvislosti uvádí, že „*z důvodu naplnění účelu Veřejné zakázky je nezbytné do zadávací dokumentace zapracovat netechnické externality reflektující právě dopady epidemie nemoci COVID-19, aby nedošlo ke zkrácení typových diagramů dodávky elektřiny, které jsou předmětem Veřejné zakázky“*.
50. Ani tato následná vyjádření zadavatele dle mého názoru nevyjasňují, co si zadavatel pod důvodem dle písmene a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení představoval. Z rozhodnutí o námitkách spíše vyplývá, že zadavatel tento důvod zrušení zadávacího řízení chápal tak, jak si ho vyložil Úřad, v rozkladu ho však spojuje s nutností zapracovat do

zadávací dokumentace netechnické externality reflektující dopady epidemie nemoci COVID, což byl ale důvod zrušení zadávacího řízení uvedený pod písmenem b) rozhodnutí ze dne 27. 11. 2020.

51. Úřad v bodě 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí upozornil na skutečnost, že nelze přijmout obecný závěr, dle něhož by pandemie onemocnění COVID či související protiepidemická opatření znamenaly samy o sobě důvod hodný zvláštního zřetele, pro nějž nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a to bez ohledu na to, zda tyto okolnosti skutečně zasáhly konkrétní zadávací řízení v takové intenzitě, že byl atakován samotný smysl jeho dokončení. Zadavatel v této souvislosti namítá, že Úřad pouze zcela formalisticky konstatoval, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená v § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, protože nelze přijmout obecný závěr, dle něhož by pandemie onemocnění COVID či související protiepidemická opatření znamenaly samy o sobě důvod hodný zvláštního zřetele dle tohoto ustanovení ZZVZ.
52. K tomu uvádím, že Úřad předmětným tvrzením reagoval na zadavatelem obecně formulovaný důvod zrušení zadávacího řízení specifikovaný v úvodní části a písmenu a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Úřad v této souvislosti zcela správně upozornil na to, že onemocnění COVID či související protiepidemická opatření nemohou být samy o sobě důvodem pro zrušení zadávacího řízení, ale vždy je třeba zkoumat, jak tyto okolnosti zasáhly konkrétní zadávací řízení. V šetřené věci, v případě důvodů zrušení zadávacího řízení shrnutých v bodě 38, písm. a) a b) odůvodnění tohoto rozhodnutí, se zadavatel pouze omezil na konstatování existence pandemie COVID, aniž by vysvětlil její negativní vliv na zadávací řízení. Vzhledem k tomu nelze tyto důvody zrušení zadávacího řízení považovat za oprávněné důvody ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ.
53. K důvodu zrušení zadávacího řízení dle písmene a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nad rámec uvedeného doplňuji, že by zadavatel uzavíral smlouvu s vybraným dodavatelem ve stejné době, kdy zrušil zadávací řízení, tj. v době probíhající pandemie COVID, vyhlášeného nouzového stavu a souvisejících opatření. Pokud by tyto okolnosti z nějakých důvodů bránily vybranému dodavateli v řádném plnění závazků ze smlouvy na veřejnou zakázku, byl by dle mého názoru povinen na to zadavatele upozornit a v odůvodněném případě k uzavření smlouvy nepřistoupit. Ze zadávací dokumentace nevyplývá, že by zadavatel stanovil zadávací lhůtu a jistotu ve smyslu § 40 a § 41 ZZVZ, a proto měli dodavatelé právo odstoupit ze zadávacího řízení kdykoliv. Pokud by však vybraný dodavatel i přes existující negativní okolnosti související s pandemií COVID uzavřel se zadavatelem smlouvu na veřejnou zakázku, jsem toho názoru, že by se následně nemohl úspěšně dovolávat toho, že tyto okolnosti v době zahájení zadávacího řízení či podání nabídky neexistovaly. Obdobně argumentoval i navrhovatel, když v námitkách ze dne 9. 12. 2020 uvedl, že *[n]ebylo by tedy možné se dovolávat vyšší moci, neboť v době případného uzavírání smlouvy na Veřejnou zakázku by se epidemiologická situace a s ní spojená opatření jevila jako vysoce pravděpodobnou okolností, která nastane. Současná situace tedy není mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka, na kterou by se mohl potenciální dodavatel odvolávat*.
54. Důvod zrušení zadávacího řízení uvedený zadavatelem pod písmenem a) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, spočívající v tvrzeném riziku nemožnosti plnění smlouvy vybraným dodavatelem v důsledku pandemie COVID, nepovažuji ve shodě

s Úřadem z výše popsaných důvodů za důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro který nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Související rozkladové námítky shledávám nedůvodnými.

K důvodu zrušení zadávacího řízení uvedenému v rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 pod písmeny b) a c) – „nedostatečnost zadávací dokumentace a smlouvy“

55. Dalším důvodem zrušení zadávacího řízení uvedeným zadavatelem pod písmeny b) a c) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení byla skutečnost, že v zadávací dokumentaci, resp. v návrhu smlouvy dle zadavatele chybí požadavek na zohlednění pandemie COVID a souvisejících opatření (tzv. netechnických externalit), které mají dopad na změny chování obyvatelstva při spotřebě elektřiny a tím i na zpracování TDD, jež je předmětem plnění veřejné zakázky [blíže viz bod 38, písm. c) a d) odůvodnění tohoto rozhodnutí].
56. Úřad v bodě 75 odůvodnění napadeného rozhodnutí uzavřel, že zadávací dokumentace zahrnuje plnění, které je dle zadavatelem tvrzeného důvodu pro zrušení zadávacího řízení nutno do předmětu plnění zapracovat (tj. analýzy dopadů pandemie), a to prostřednictvím povinností stanovených vybranému dodavateli v čl. II, bodu 3 návrhu smlouvy. Z bodu 48 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že se jedná o tyto povinnosti:
- čl. II, bod 3, část A, odst. 6 návrhu smlouvy: *„průběžně vyhodnocovat tvary TDD a navrhnout jejich úpravy s ohledem na změny v cílové skupině odběrných míst dle výsledků analýz“;*
 - čl. II, bod 3, část B, odst. 3 návrhu smlouvy: *„vyhodnocovat přesnost systému TDD a vliv ostatních faktorů (např. změny v charakteru spotřeby či v chování typických skupin zákazníků) při užití TDD při zúčtování odchylek, a to na základě agregovaných složek bilance v regionech TDD“;*
 - čl. II, bod 3, část C, odst. 1 návrhu smlouvy: *„analyzovat dopady vývoje na energetickém trhu nebo nestandardních jevů v charakteru spotřeby typizovaných zákazníků ve vazbě na způsob tvorby TDD a samotnou aplikaci/užití TDD“.*
57. Zadavatel v rozkladu namítá, že pod tyto články návrhu smlouvy nelze problematiku dopadů epidemie nemoci COVID zahrnout, jedná se o ustanovení ryze odborná, která mají v uvedeném odvětví energetiky ustálenou výkladovou praxi, a nelze pod ně tedy libovolně podřazovat další nesouvisející problematiku. Tento závěr pak dle zadavatele potvrzuje i nabídka navrhovatele.
58. Ve vztahu k čl. II, bodu 3, části A, odst. 6 i čl. II, bodu 3, části B, odst. 3 návrhu smlouvy zadavatel v rozkladu shodně tvrdí, že předmětem těchto bodů návrhu smlouvy bylo „zasmluvnit“ povinnosti dodavatele týkající se konkrétních technických externalit, nikoliv dopadů epidemie nemoci COVID (blíže viz body 22 a 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak bude dále odůvodněno, vzhledem k tomu, že souhlasím se závěrem Úřadu ohledně čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy, jsem toho názoru, že s ohledem na zásadu procesní ekonomie není nutné vypořádat rovněž námítky zadavatele vztahujících se k čl. II, bodu 3, části A, odst. 6 a čl. II, bodu 3, části B, odst. 3 návrhu smlouvy. I kdyby totiž tyto námítky byly důvodné, z čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy, nabídky navrhovatele a dále uvedených skutečností bez důvodných pochybností vyplývá, že důvod zrušení zadávacího

řízení spočívající v nedostatečnosti zadávací dokumentace, resp. návrhu smlouvy, nelze považovat za důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro který nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

59. Ve vztahu k čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy dospěl Úřad v bodě 69 odůvodnění napadeného rozhodnutí k závěru, že do analýzy dopadů nestandardních jevů lze dle jeho názoru zahrnout jevy, které mají vliv na spotřebu elektřiny maloodběrateli, a tedy by se měly projevit ve výsledné podobě TDD, avšak zadavatel, potažmo energetický trh, s jejich vznikem či výskytem dopředu nepočítá. Je tedy zřejmé, že tyto nestandardní jevy nemůže zadavatel nikdy v zadávací dokumentaci, potažmo ve smlouvě postihnout vyčerpávajícím způsobem jmenovitě a nemůže učinit jejich taxativní výčet, neboť z „nestandardní“ povahy těchto jevů samo o sobě vyplývá, že jejich vznik nelze vždy předem předvídat. Dle Úřadu přitom není sporu o tom, že v důsledku pandemie onemocnění COVID, resp. přijatých protiepidemických opatření dochází u maloodběratelů k nezanedbatelnému, předem nepředpokládanému zvýšení spotřeby elektřiny v porovnání s hodnotami získanými za stejné období v předchozích letech. Tento výkyv ve spotřebě elektřiny maloodběrateli lze tedy dle Úřadu označit za „nestandardní jev v charakteru spotřeby zákazníků“, který má být dle čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy analyzován dodavatelem v rámci předmětu plnění veřejné zakázky ve vazbě na způsob tvorby TDD a jeho samotnou aplikaci. Tuto interpretaci čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy považují za logickou a ztotožňují se s ní, a to i v kontextu nabídky navrhovatele (blíže viz bod 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
60. S výkladem tohoto článku návrhu smlouvy provedeným Úřadem se ztotožňuje i navrhovatel, kterého zadavatel dne 15. 10. 2020 označil za vybraného dodavatele, tj. dodavatele, který v zadávacím řízení předložil ekonomicky nejvýhodnější nabídku, a současně za dodavatele, jenž v zadávacím řízení prokázal zadavatelem požadovanou základní a profesní způsobilost a ekonomickou a technickou kvalifikaci (blíže viz body 54 a 55 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Navrhovatel uvádí ve vyjádření k rozkladu, že Úřad v bodě 69 odůvodnění napadeného rozhodnutí došel ke správnému závěru, že povinnost dodavatele zohlednit dopad COVID v rámci předmětu veřejné zakázky vyplývá implicitně přímo ze smlouvy, tudíž nebylo potřeba z tohoto důvodu veřejnou zakázku rušit a zadání měnit.
61. Ve vztahu k čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy zadavatel namítá, že předmětem tohoto bodu je zpracování analýz, a ne samotné tvorby TDD (blíže viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Rovněž v tomto ohledu se z logiky věci ztotožňují s tím, co uvádí navrhovatel ve vyjádření k rozkladu, že se výsledky analýz odráží v postupech tvorby TDD, jinak by se analýzy vzhledem k předmětu zakázky (tvorba TDD) nemusely zpracovávat.
62. Úřad v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení výslovně připouští, že se při zpracování TDD zohledňují vlivy technického charakteru (fotovoltaika, dálkové zpracování odečtů dat, elektromobilita či flexibilita), přestože nejsou, stejně jako důsledky pandemie onemocnění COVID, výslovně uvedeny v zadávací dokumentaci. Pokud zadavatel očekává, že tyto vlivy budou v rámci plnění veřejné zakázky zohledňovány, přestože je výslovně nejmenoval v zadávací dokumentaci, pak není dle Úřadu zřejmé, z jakého důvodu je podle zadavatele nezbytné v zadávací dokumentaci výslovně jmenovat právě důsledky pandemie COVID. Zadavatel v rozkladu namítá, že tento závěr Úřadu je zcela lichý, protože tyto vlivy byly zadavatelem v zadávací dokumentaci explicitně uvedeny v čl. II, části C, bodech 3, 4 a 5 návrhu smlouvy.

K tomu uvádím, že toto přehlédnutí Úřadu nic nemění na správnosti jeho závěru, že nestandardní jevy nemůže zadavatel nikdy v zadávací dokumentaci, potažmo ve smlouvě postihnout vyčerpávajícím způsobem jmenovitě a nemůže učinit jejich taxativní výčet, neboť z „nestandardní“ povahy těchto jevů samo o sobě vyplývá, že jejich vznik nelze vždy předem předvídat. S tímto tvrzením koresponduje i nabídka navrhovatele, v níž navrhovatel zmínil „opatření proti šíření koronaviru“, přestože je zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně nejmenoval (viz bod 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

63. Lze tedy učinit dílčí závěr, že z čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy vyplývá, že předmětem smlouvy na veřejnou zakázku je analýza dopadů nestandardních jevů v charakteru spotřeby typizovaných zákazníků ve vazbě na způsob tvorby TDD a samotnou aplikaci/užití TDD, a že není důvod mezi tyto nestandardní jevy nezahrnovat i dopady pandemie onemocnění COVID a souvisejících opatření.
64. Tomu odpovídá i nabídka navrhovatele, který (jakožto vybraný dodavatel, který v zadávacím řízení prokázal kvalifikaci) na její str. 108 (v rámci přílohy č. 3 návrhu smlouvy nazvané „Návrh plnění veřejné zakázky – Metodický přístup k realizaci veřejné zakázky“) k nestandardním jevům v charakteru spotřeby typizovaných zákazníků uvedl, že *„kromě trendových změn, které jsou postupně reflektovány při tvorbě TDD na základě výsledků průběžných analýz, může docházet k nestandardním výkyvům spotřeby z důvodu vnějších změn. Příkladem jsou období s abnormálními průběhy teplot ve vymezeném období (viz mrazy v lednu 2017) nebo kalendářní změny (viz velikonoční pátek jako státní svátek od roku 2016). Značné dopady do tvaru spotřeby typizovaných zákazníků mají i letošní opatření proti šíření koronaviru. Řešení projektu TDD proto musí zahrnovat analýzu dopadů těchto vnějších změn a stanovení způsobu respektování těchto změn v procesu tvorby TDD na další období (případně modifikace již vytvořených a aktuálně aplikovaných TDD). Podmínkou je přitom flexibilita modelového řešení pro přípravu TDD, dostupnost sofistikovaných SW nástrojů a vybudované know-how na straně řešitele.“* (rovněž viz bod 52 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
65. Jak Úřad správně uvedl v bodě 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí, z právě citované části nabídky je zřejmé, že navrhovatel má v úmyslu v rámci plnění veřejné zakázky zohlednit nestandardní výkyvy spotřeby elektřiny jako např. dopady do spotřeby elektřiny na základě opatření proti šíření onemocnění COVID, kdy plnění veřejné zakázky musí dle navrhovatele zahrnovat analýzu dopadů těchto změn a stanovení způsobu jejich respektování v procesu tvorby TDD na další období, příp. i modifikace již vytvořených a aktuálně aplikovaných TDD.
66. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu namítá, že se navrhovatel zaměřuje na abnormality pouze v časově vymezeném období („leden 2017“ nebo „Velikonoce 2016“) a v souvislosti s epidemií nemoci COVID odkazuje pouze na „letošní opatření“ (tj. opatření pro 2020), tedy abnormality vztahující se k časově omezeným opatřením roku 2020. Pokud by navrhovatel počítal s dlouhodobou aplikací opatření souvisejících s epidemií nemoci COVID, měl toto v podané nabídce explicitně uvést (blíže viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
67. K námitce uvádím, že se neztotožňuji se zadavatelem v tom, že se navrhovatel na str. 108 nabídky zavázal zohledňovat pouze abnormality v časově vymezeném období. Navrhovatel v nabídce výslovně uvedl, že řešení projektu TDD musí zahrnovat analýzu dopadů vnějších změn a stanovení způsobu respektování těchto změn v procesu tvorby TDD na další období,

případně modifikace již vytvořených a aktuálně aplikovaných TDD. Navrhovatel současně uvedl příklady těchto abnormalit, které se sice vyskytovaly v nějakém časovém období, což však dle mého názoru neznamená, že by tímto způsobem odmítl zohlednit abnormality další, které se vyskytnou v průběhu plnění veřejné zakázky. Dle mého názoru dal navrhovatel na str. 108 nabídky zřetelně najevo, že při zpracování TDD zohlední všechny nestandardní výkyvy spotřeby z důvodu vnějších změn, včetně např. opatření souvisejících s pandemií COVID. To ostatně navrhovatel potvrdil i ve vyjádření k rozkladu, kde uvedl, že „Zadavatel v Rozkladu dle názoru Navrhovatele vytrhává z kontextu tu skutečnost, že by Navrhovatel dle metodiky zkoumal dopady COVID-19 jen za rok 2020, když v daném případě šlo o to, že metodika byla psána v roce 2020, nicméně to neznamená, že by dopady COVID-19 nebyly v rámci předmětu Veřejné zakázky nadále řešeny“.

68. Jak Úřad uvedl v bodě 47 odůvodnění napadeného rozhodnutí, v čl. II, bodu 2, písm. a) návrhu smlouvy je stanoveno, že se dodavatel v souvislosti s prováděním díla „v každém roce zavazuje zpracovat detailní přístup k řešení TDD (dále také jen ‚Metodický přístup‘), a to na základě a v souladu s Metodickým přístupem k realizaci Veřejné zakázky, který je přílohou č. 3 této smlouvy, a ten dále každoročně aktualizovat“. Analýzu dopadů vnějších změn a stanovení způsobu jejich respektování v procesu tvorby TDD, které se v průběhu plnění veřejné zakázky vyskytnou, se tedy navrhovatel zavázal zohledňovat v každoročně aktualizovaném „Metodickém přístupu“.
69. Navrhovatel v této souvislosti uvedl v námitkách ze dne 9. 12. 2020, že dle jeho názoru „Ize všechny problémy, které jsou dle Rozhodnutí neřešitelné a je tedy potřeba dle Zadavatele Zadávací řízení zrušit, naopak relativně jednoduše řešit. Z pohledu TDD jde pouze o úpravu tvarů typových diagramů za pomoci hotových nástrojů standardně využívaných pro jiné obdobné operace (eliminace abnormalit ve vstupních datech zahrnutých do tvorby TDD). Tyto aspekty související s COVID-19 tedy nebylo potřeba v zadávací dokumentaci explicitně uvést, jak uvádí Zadavatel. Ani nebude potřeba využít změnu závazku dle § 222 ZZVZ, jak uvádí Zadavatel v bodě c) Rozhodnutí“.
70. Ve vyjádření k rozkladu navrhovatel konstatuje, že „ÚOHS tedy správně došel k závěru, že povinnost dodavatele zohlednit dopad COVID-19 v rámci předmětu Veřejné zakázky vyplývá implicitně přímo ze smlouvy, tudíž není potřeba z tohoto důvodu Veřejnou zakázku rušit a zadání měnit“, a „ÚOHS správně v bodě 73 Napadeného rozhodnutí uvedl, že: ‚metodický přístup předložený v této nabídce obsahuje pasáže, z nichž je zřejmé, že navrhovatel má v úmyslu v rámci plnění veřejné zakázky zohlednit nestandardní výkyvy spotřeby elektřiny jako např. dopady do spotřeby elektřiny na základě opatření proti šíření onemocnění Covid-19“.
71. Vzhledem k uvedenému rozkladové námitky zadavatele, že se navrhovatel ve své nabídce zaměřuje na abnormality pouze v časově vymezeném období, a že pod čl. II, bod 3, část C, odst. 1 návrhu smlouvy nelze zahrnout problematiku dopadů epidemie nemoci COVID, což má potvrzovat i nabídka navrhovatele, shledávám nedůvodnými.
72. Zadavatel současně v rozkladu namítá, že nabídka navrhovatele (viz bod 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyvolává nejistotu, zda navrhovatel bude schopen a ochoten danou problematiku v dlouhodobém horizontu při zpracování TDD zohlednit. Zahrnutí či nezahrnutí dopadu epidemie nemoci COVID může být následně předmětem právního sporu, zvláště

pokud tato problematika nebyla explicitně specifikována v požadavcích smlouvy na zpracování předmětu plnění (blíže viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

73. K této námitce uvádím, že lze připustit, že zadávací podmínky, resp. návrh smlouvy by mohly být, co se týká zohlednění pandemie COVID a souvisejících opatření, více konkrétní, a to i s přihlédnutím k tomu, v jaké době bylo zahájeno zadávací řízení. Na druhou stranu ale nelze říci, že by návrh smlouvy a následně nabídka navrhovatele tuto problematiku nezohledňovaly, tedy že by byly natolik nedostatečné, že by se mohlo jednat o důvod pro zrušení zadávacího řízení. Pokud měl zadavatel pochybnosti (nezávisle na tom, jestli subjektivního či objektivního rázu), měl využít možnosti vyzvat navrhovatele (jakožto vybraného dodavatele, který v zadávacím řízení prokázal kvalifikaci) podle § 46 odst. 1 ZZVZ k objasnění nabídky ohledně toho, jaké činnosti jsou její součástí.
74. Podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ lze zrušit zadávací řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele, tedy důvodů závažných a výjimečných, což v situaci, kdy měl zadavatel možnost postupovat jiným, mírnějším způsobem podle § 46 odst. 1 ZZVZ, nebylo naplněno. To, že zadavatel v případě pochybností o obsahu nabídky navrhovatele nevyužil možnosti postupovat dle § 46 odst. 1 ZZVZ, a místo toho přistoupil k okamžitému zrušení zadávacího řízení, je dle mého názoru další relevantní důvod, pro který je nutné dojít k závěru, že zadavatel zrušil zadávací řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ neoprávněně. **Zadavatel se totiž nenacházel v situaci, jejímž jediným řešením bylo zrušení zadávacího řízení** (srov. bod 25 rozsudku NSS č. j. 6 As 169/2019-42 ze dne 26. 3. 2020).
75. Ze všech výše uvedených důvodů tedy nepovažuji důvod zrušení zadávacího řízení spočívající v tom, že v zadávací dokumentaci, resp. v návrhu smlouvy dle zadavatele chybí požadavek na zohlednění pandemie COVID a souvisejících opatření, za důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro který nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

K důvodu zrušení zadávacího řízení uvedenému v rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 pod písmenem c) – „riziko nedovolených podstatných změn závazku ze smlouvy“

76. V rámci písmene c) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel dále uvedl, že zrušením zadávacího řízení současně eliminuje rizika spojená se zákonem nedovolenými podstatnými změnami závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku dle § 222 ZZVZ v důsledku změněných podmínek, jejichž potřeba by v případě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku vznikla [rovněž viz bod 38, písm. d) odůvodnění tohoto rozhodnutí].
77. Úřad v bodě 76 odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že s ohledem na skutečnost, že analýzy dopadů pandemie COVID již dle jeho zjištění předmětem plnění jsou, není důvod o tyto činnosti smlouvu jakkoli rozšiřovat, a tedy se ani obávat případného porušení pravidel stanovených v § 222 ZZVZ. Zadavatel v rozkladu namítá, že vzhledem k tomu, že dle jeho názoru návrh smlouvy tyto činnosti neobsahuje, je jeho obava z možných změn závazku dle § 222 ZZVZ více než oprávněná.
78. K tomuto důvodu zrušení zadávacího řízení, souvisejícímu závěru Úřadu a následné námitce zadavatele předně uvádím, že jak bylo odůvodněno zejména v bodech 59-71 odůvodnění tohoto rozhodnutí, povinnost zohlednění dopadů pandemie COVID při zpracování TDD

vyplývala z návrhu smlouvy a současně byla potvrzena v nabídce navrhovatele, a proto lze souhlasit s Úřadem v tom, že zadavatel neměl vážný důvod se obávat, že v budoucnu bude muset o tyto činnosti rozšířit uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku. Jak již bylo uvedeno v bodech 72-74 odůvodnění tohoto rozhodnutí, pokud měl zadavatel i přes znění nabídky navrhovatele pochybnosti o tom, jaké činnosti jsou součástí jím nabídnutého plnění, mohl a měl ho vyzvat k jejímu objasnění ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ místo toho, aby z tohoto důvodu bez dalšího zrušil zadávací řízení. V případě, že by se odpověď navrhovatele rozcházel s oprávněným očekáváním a potřebami zadavatele, musel by zadavatel zvážit alternativy dalšího postupu, a to např. i s přihlédnutím k možnostem, které vyplývají z § 222 ZZVZ.

79. Nad rámec odůvodnění napadeného rozhodnutí k předmětnému důvodu zrušení zadávacího řízení doplňuji, že zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení nijak nezdůvodnil, proč by případné rozšíření smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku o činnosti související s pandemií COVID mělo být podstatnou změnou závazku ze smlouvy ve smyslu § 222 odst. 3 ZZVZ, na kterou by nebylo možné aplikovat výjimky stanovené v § 222 odst. 4, 5 nebo 6 ZZVZ. Rovněž zdůrazňuji, že zadavatelem tvrzené riziko spočívající v „nedovolených podstatných“ změnách závazku ze smlouvy je dostatečně ošetřeno v § 223 odst. 1 ZZVZ, podle něhož může zadavatel závazek ze smlouvy na veřejnou zakázku vypovědět nebo od ní odstoupit v případě, že v jejím plnění nelze pokračovat, aniž by byla porušena pravidla uvedená v § 222 ZZVZ.
80. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že se jedná o „riziko“ a „možnost“, tedy nikoliv něco, co určitě nastane. I kdyby tedy riziko „nedovolených podstatných“ změn závazku ze smlouvy v důsledku pandemie COVID v šetřeném případě existovalo, bylo by nepřiměřené kvůli němu zrušit zadávací řízení, protože k tomuto úkonu lze podle relevantní judikatury přistoupit jen v krajních případech, „nenabízí-li se jiná cesta“ (srov. např. rozsudek NSS č. j. 6 As 169/2019-42 ze dne 26. 3. 2020). Teprve pokud by se zadavatel do jím nastíněné situace v průběhu plnění smlouvy opravdu dostal, tzn. nepřicházela by do úvahy ani dovolená změna závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku podle § 222 ZZVZ, touto jinou, ve srovnání s *okamžitým* zrušením zadávacího řízení, mírnější cestou, je *případný* postup podle § 223 odst. 1 ZZVZ.
81. Z právě uvedených důvodů nelze zadavatelem tvrzené riziko nedovolených podstatných změn závazku ze smlouvy akceptovat jako důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro který nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Související rozkladovou námitku zadavatele proto shledávám nedůvodnou. K tomuto důvodu zrušení zadávacího řízení na závěr podotýkám, že u většiny veřejných zakázek potenciálně hrozí, resp. nelze předem vyloučit, že bude nutné postupovat podle § 222 ZZVZ, případně § 223 odst. 1 ZZVZ, a proto se obecně vzato nemůže jednat o oprávněný důvod zrušení zadávacího řízení.

K důvodu zrušení zadávacího řízení uvedenému v rozhodnutí zadavatele ze dne 27. 11. 2020 pod písmenem c) – „riziko chybných koeficientů TDD z důvodů uvedených výše“

82. Poslední důvod zrušení zadávacího řízení, který zadavatel uvedl pod písmenem c) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, spočíval dle zadavatele v zajištění

minimalizace rizik spojených s chybnými nebo nepřesnými predikovanými koeficienty TDD v důsledku současné situace spojené s epidemií COVID „z důvodů uvedených výše“.

83. Z právě uvedeného vyplývá, že zadavatel rizika související s chybnými nebo nepřesnými predikovanými koeficienty TDD odůvodnil předchozími důvody zrušení zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že jsem ve vztahu k těmto ostatním důvodům zrušení zadávacího řízení, uvedeným zadavatelem pod písmeny a), b) a c) odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, dospěl k závěru, že se nejednalo o důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro které nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, je třeba dojít ke stejnému závěru i v případě důvodu zrušení zadávacího řízení shrnutého v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí.
84. Nad rámec tohoto uvádím následující. Jak již bylo zmíněno v bodě 60 odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel dospěl k závěru, že navrhovatel podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku a současně k závěru, že navrhovatel v zadávacím řízení prokázal kvalifikaci. Podle § 28 odst. 1 písm. c) ZZVZ se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Zadavatel tedy posoudil navrhovatele jako osobu, která má způsobilost a schopnost řádně, včas a v potřebné kvalitě provést předmět plnění šetřené veřejné zakázky. Lze proto předpokládat, že pokud by zadavatel uzavřel s navrhovatelem smlouvu na veřejnou zakázku, navrhovatel ji bude jako odborník na danou problematiku vykonávat řádně a v rámci jejího plnění zohlední všechny relevantní skutečnosti, a to včetně pandemie COVID a souvisejících opatření, pokud to bude potřeba.
85. Úřad v této souvislosti v bodě 74 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně upozornil na skutečnost, že dle přílohy č. 6 návrhu smlouvy nazvané „*Metodika stanovení a hodnocení chybovosti modelu TDD*“ (blíže viz bod 53 odůvodnění napadeného rozhodnutí) má zadavatel právo na základě vlastních výpočtů rozporovat předložené výsledky chybovosti modelu TDD a překročení určité hranice chybovosti předmětu plnění může být důvodem odmítnutí převzetí kontrolního hlášení zadavatelem. Je přitom zřejmé, že pokud by dodavatel při plnění veřejné zakázky pominul dopady pandemie nemoci COVID, resp. přijatých protiepidemických opatření na spotřebu elektřiny, neodpovídaly by jeho výstupy požadavkům zadavatele na předmět plnění veřejné zakázky a takovéto plnění by vykazovalo značnou chybovost. Je tedy i v zájmu samotného vybraného dodavatele maximálně snižovat možnou chybovost při plnění předmětu veřejné zakázky a snažit se do předmětu plnění zahrnout všechny zásadní proměnné, které mohou mít vliv na analýzu a výslednou podobu TDD.
86. Pro dokreslení právě uvedeného lze odkázat na návrh, vyjádření zadavatele k návrhu a vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí (srov. body 9, 23 a 31 odůvodnění napadeného rozhodnutí), z nichž vyplývá, že před zahájením šetřené zadávacího řízení v rámci „kontrolního dne“, který se uskutečnil dne 25. 6. 2020, zadavatel s navrhovatelem řešili způsob zohlednění pandemie COVID při zpracování TDD. Obdobnou diskusi mohli dle mého názoru vést i v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou (ať už před uzavřením smlouvy postupem podle § 46 odst. 1 ZZVZ, anebo v rámci jejího plnění), aby plnění veřejné zakázky odpovídalo potřebám zadavatele a naplnilo požadavky právních předpisů.
87. Vzhledem k uvedenému ani důvod zrušení zadávacího řízení spočívající v zajištění minimalizace rizik spojených s chybnými nebo nepřesnými predikovanými koeficienty TDD „z důvodů uvedených výše“ nepovažuji za důvod hodný zvláštního zřetele ve smyslu § 127

odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro který nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

K dalším námitkám rozkladu

88. K tomu, co Úřad „podotkl“ v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že „Metodika užití TDD v CS OTE“, která tvoří přílohu č. 1 návrhu smlouvy, byla v době rozhodování Úřadu bez výslovné zmínky o nutnosti zapracování dopadů pandemie COVID uveřejněna na internetových stránkách zadavatele, a navazující námitce zadavatele, že účelem této metodiky je popsat technickou aplikaci užití TDD v systému zúčtování odchylek, a proto v ní nejsou zmíněny ani ostatní externí vlivy působící na zpracování TDD (blíže viz bod 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvádím, že se ze strany Úřadu jednalo o podpůrný argument, a nikoliv stěžejní důkaz, a proto tuto námitku, i v případě její důvodnosti, shledávám pro posouzení věci nepodstatnou. I bez tohoto argumentu Úřadu, který je dle tvrzení zadavatele pro posuzovaný případ irelevantní, totiž bylo spolehlivě zjištěno, že zadavatel zrušil zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ neoprávněně.
89. Stejně platí o tom, na co Úřad poukázal v bodě 78 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že není zřejmé, z jakého důvodu zadavatel přistoupil ke zrušení zadávacího řízení až dne 27. 11. 2020, když již více než měsíc před tímto datem mohl a měl vědět, že situace ohledně pandemie onemocnění COVID se oproti situaci, v níž zahájil zadávací řízení na veřejnou zakázku, výrazně zhoršila, a související námitce zadavatele, že pro zpracování TDD jsou klíčové ukládané restriktce, které dopadají na obyvatelstvo a mění jeho chování při odběru elektřiny, a nikoliv počet nemocných (blíže viz bod 29 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
90. K tomu uvádím, že podle dříve účinného § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ mohl zadavatel zrušit zadávací řízení, pouze pokud tak učinil „bez zbytečného odkladu“. Současné znění § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ tuto podmínku již neobsahuje, a proto je v zásadě právně irelevantní, kdy se zadavatel dozvěděl o důvodech, jež se vyskytly v průběhu zadávacího řízení, a pro něž zadávací řízení zrušil (s výjimkou situací, kdy by existovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele a o souladu jeho postupu se zásadami zadávání veřejných zakázek). Vzhledem k tomu Úřad v napadeném rozhodnutí neuváděl, že by důvodem shledané nezákonnosti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení měla být rovněž skutečnost, že zadavatel nezrušil zadávací řízení bez zbytečného odkladu. Lze však podotknout, že i kdyby tato podmínka byla v posuzovaném případě splněna, nic by to nezměnilo na závěru Úřadu, že zadavatel nezrušil zadávací řízení v souladu s § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, protože v odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení neuvedl důvody hodné zvláštního zřetele, pro které by nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

Shrnutí k posouzení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a napadeného rozhodnutí

91. Lze tedy shrnout, že rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení je z velké části příliš obecné a nedostatečně vymezuje konkrétní důvody, na základě kterých bylo zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušeno (zejména v případě důvodů shrnutých v bodech 45, 46, 76 a 82 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
92. Co se týká důvodu zrušení zadávacího řízení shrnutého v bodě 55 odůvodnění tohoto rozhodnutí, závazné obchodní podmínky samy o sobě v čl. II, bodu 3, části C, odst. 1 návrhu smlouvy v rámci zohledňování tzv. nestandardních jevů v charakteru spotřeby zákazníků

ukládají vybranému dodavateli při realizaci předmětu veřejné zakázky zohlednit nejen technické externality, jak tvrdí zadavatel, ale právě i externality netechnického charakteru, jako jsou opatření zaváděná v souvislosti s pandemií onemocnění COVID. O této skutečnosti svědčí i str. 108 nabídky navrhovatele (ale i jeho následná vyjádření, např. v námitkách), kde deklaroval, že je připraven dopady pandemie COVID v rámci realizace veřejné zakázky zohlednit. V tomto kontextu je důležitá skutečnost, že zadavatel navrhovatele označil jako dodavatele s ekonomicky nejvýhodnější nabídkou, který v zadávacím řízení prokázal požadovanou kvalifikaci.

93. Jsem toho názoru, že **zadavatelem tvrzená nedokonalost zadávací dokumentace neohrožovala** v intencích rozsudku NSS č. j. 10 As 356/2017-67 ze dne 31. 10. 2018 **samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení**. Pokud měl zadavatel pochybnosti ohledně toho, jaké činnosti jsou součástí nabídky navrhovatele, měl možnost ho vyzvat k jejímu objasnění podle § 46 odst. 1 ZZVZ, a proto nelze hovořit o tom, že by se zadavatel ocitnul v bezvýchodné situaci, jejímž jediným řešením by bylo pouze zrušení zadávacího řízení. Zrušení zadávacího řízení podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ je přitom krajním řešením, ke kterému lze přistoupit jen výjimečně, pokud neexistuje jiná, mírnější cesta.
94. Zadavatelem zvolený přístup dle mého názoru spíše vypovídá o tom, že hledal způsob, jak zadávací řízení zrušit, místo toho, aby hledal způsob, jak dosáhnout jeho účelu uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Zrušení zadávacího řízení rozhodnutím ze dne 27. 11. 2020 proto působí účelově a vyvolává pochybnosti o tom, co bylo jeho pravým důvodem.
95. Úřad dle mého názoru zjistil skutkový stav věci přiměřeně obsahu a rozsahu odůvodnění rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, a proto nebylo nutné, jak uvádí zadavatel v rozkladu, aby prováděl šetření mezi provozovateli distribučních soustav a obchodníky s elektřinou. Úřad důvody zrušení zadávacího řízení uvedené v rozhodnutí ze dne 27. 11. 2020 posoudil správně a v souladu se ZZVZ. Úřad nebyl oprávněn posuzovat důvody zrušení zadávacího řízení, které z rozhodnutí zadavatele nevyplývají (např. v rozkladu uvedený požadavek na to, aby Úřad zkoumal důvody zadavatele pro zrušení zadávacího řízení nejen z pohledu použití plnění smlouvy zadavatelem, ale také relevantními subjekty na trhu s elektřinou).
96. Ve shodě s Úřadem jsem tedy dospěl k závěru, že důvody uvedené zadavatelem v rozhodnutí ze dne 27. 11. 2020 o zrušení zadávacího řízení nelze považovat za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, pro které nebylo lze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a proto jsem výrok I napadeného rozhodnutí jako správný potvrdil, a to včetně navazujících výroků II-IV napadeného rozhodnutí.

VII. Závěr

97. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se ZZVZ a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. OTE, a.s., Sokolovská 192/79, 186 00 Praha 8
2. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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