



ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



UOHSX008ACMY

Číslo jednací:
ÚOHS-D0195/2016/VZ-13874/2016/560/JKI

Vyřizuje:
Mgr. Klimešová

Brno 18. 4. 2016

Vážený pane hejtmane,

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) od Vás dne 23. 3. 2016 obdržel žádost o stanovisko k možnostem postupu Libereckého kraje při zadávání veřejné zakázky s názvem „*Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024*“.

Předně konstatuji, že Úřadu sice přísluší vykonávat dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, avšak pouze v rozsahu, mezích a způsobem stanoveným v § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“ či „zákon“). Podle § 112 zákona má Úřad zejm. pravomoc a) vydávat předběžná opatření, b) rozhodovat, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky a soutěži o návrh postupoval v souladu se zákonem, c) ukládat nápravná opatření, d) projednávat správní delikty a ukládat sankce.

Uvedené pravomoci vykonává Úřad výlučně v rámci správního řízení zahájeného buď na návrh oprávněné osoby nebo z moci úřední, přičemž závazný výklad právních předpisů je Úřad oprávněn podat pouze v rámci pravomocného rozhodnutí. Pravomocné rozhodnutí je přitom navíc závazné pouze ve svém výroku, a to nikoliv všeobecně, nýbrž toliko pro vymezenou skupinu subjektů.¹

S ohledem na princip dobré správy se i přes výše uvedené vyjádřím k obecným aspektům Vašeho dotazu, **upozorňuji** však, že **podaný výklad má výhradně informativní a právně nezávaznou povahu**, a nikterak tím nepředjímám, jak by Úřad rozhodl v případě, že by v budoucnosti bylo vedeno správní řízení o konkrétní veřejné zakázce.

Vaše dotazy se konkrétně týkají jednak toho, jak má Liberecký kraj postupovat v rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku „*Výběr dopravců pro uzavření smluv o veřejných službách v přepravě cestujících ve veřejné linkové osobní dopravě k zabezpečení stanoveného rozsahu*“

¹ Srovnej § 73 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

Pro úplnost uvádím, že stanoviska k aplikaci zákona vydává Ministerstvo pro místní rozvoj, které je gestorem zákona o veřejných zakázkách a které provádí metodické řízení procesu zadávání veřejných zakázek. Stanoviska ministerstva jsou dostupná na internetových stránkách www.portal-vz.cz.

dopravní obslužnosti Libereckého kraje pro období od roku 2014 do roku 2024“, a dále pak možností postupu při zajišťování dopravní obslužnosti obecně.

Nejprve se vyjádřím k problematice pokračování stávajícího zadávacího řízení. Z Vaší žádosti vyplývá, že předpokladem pokračování zadávacího řízení je změna zadávacích podmínek (zejm. termínu plnění). Otázku změn zadávacích podmínek upravuje ust. § 82 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou změnu se přitom považuje taková změna, která by: a) rozšířila předmět veřejné zakázky, b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo d) změnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče. Konstatuji, že změnu termínu plnění veřejné zakázky bude zpravidla nutné považovat za podstatnou změnu ve smyslu výše citovaného ustanovení, neboť obvykle nebude možné vyloučit, že pokud by zadavatel stanovil odlišně termín plnění již v původním zadávacím řízení, mohly by být v zadávacím řízení podány obsahově odlišné nabídky, či dokonce podány nabídky jinými uchazeči.

Na tuto problematiku navazuje úzce otázka zrušení zadávacího řízení. Důvody pro zrušení zadávacího řízení vymezuje zákon ve svém § 84. Uvedené ustanovení definuje situace, kdy zadavateli vzniká bez dalšího povinnost zadávací řízení zrušit (odst. 1), a dále situace, kdy závisí na úvaze zadavatele, zda zadávací řízení zruší či nikoli (odst. 2 - 5). Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009-109 vyplývá, že důvody pro zrušení zadávacího řízení musí být vždy vykládány restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu.

Podle ust. § 84 odst. 2 písm. d) zákona o veřejných zakázkách zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud 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.

Podle ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zadavatel může bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

V souladu s § 84 odst. 2 písm. d) zákona může zadavatel zadávací řízení zrušit, jestliže:

- a) nastala podstatná (tedy nikoli marginální) změna okolností (a to v době od zahájení zadávacího řízení),
- b) v důsledku nastalé podstatné změny okolností odpadly důvody pro pokračování v zadávacím řízení, tj. podstatná změna okolností musí mít vztah k předmětu daného zadávacího řízení, a to konkrétně takový, že činí další realizaci předmětu veřejné zakázky za podmínek vymezených v zadávací dokumentaci nedůvodnou, přičemž v důsledku této změny by nebylo vhodné ani rozumné pokračovat v zadávacím řízení, které de facto již nemůže naplnit svůj účel,

- c) zadavatel danou skutečnost s přihlédnutím ke všem okolnostem nemohl předvídat a ani sám nezpůsobil,
- d) zadavatel přistoupí ke zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu poté, co důvody hodné zvláštního zřetele nastaly,²

Co se týká ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, je zadavatel oprávněn zadávací řízení zrušit, pokud:

- a) důvody pro zrušení zadávacího řízení jsou objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv důvody subjektivního rázu,³
- b) uvedené důvody nastaly v průběhu zadávacího řízení,⁴
- c) zadavatel přistoupí ke zrušení zadávacího řízení bez zbytečného odkladu poté, co důvody hodné zvláštního zřetele nastaly.⁵

Považuji dále za vhodné doplnit, že jak písm. d), tak písm. e) citovaného ustanovení § 84 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách míří na důvody objektivního rázu, písm. e) je však ustanovením „zbytkovým“ – pokrývá ty zbývající (objektivní a na vůli zadavatele nezávislé) důvody, na něž písm. d) svou dikcí nedopadá⁶.

Podmínkami zrušení zadávacího řízení podle výše citovaných ustanovení se zabýval předseda Úřadu (kromě výše uvedených) např. v rozhodnutí ze dne 14. 4. 2011, sp. zn. R166/2010/VZ. V rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad mj. uvedl, že „i přes nespornou ochranu uchazečů zadávacího řízení před svévolným ukončením zadávacího řízení zadavatelem, která je ustanovením § 84 odst. 2 písm. e) zákona sledována, nelze současně tuto ochranu aplikovat za cenu absurdních výsledků. Výklad ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona by tedy neměl vést k tomu, aby byl zadavatel nucen za každou cenu pokračovat v zadávacím řízení, které je pro něj výrazně nevýhodné a které nereflektuje jeho aktuální potřeby, a to tím spíše, pokud je zřejmé, že by v blízké době bylo nutné vypsát další zadávací řízení, které bude řešit nedostatky předchozího, protože předmět veřejné zakázky není možné využít v té podobě, v jaké byl původně poptán.“ Citovat lze v této souvislosti dále rovněž rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 10. 2013, sp. zn. S764/2012,S43/2013/VZ, jehož předmětem byl přezkum zadávacího řízení, v rámci kterého zadavatel poskytl dodavatelům vadně zpracovanou projektovou dokumentaci, která – pokud by byla použita – by vedla ke vzniku vícenákladů a víceprací, jež by si vynutily zahájení nového zadávacího řízení formou jednacích řízení bez uveřejnění, což by s velkou mírou pravděpodobnosti vedlo k porušení zásady transparentnosti. I v tomto případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepochybil, pokud za této situace zadávací řízení zrušil.

² Rozsudek Krajského soudu ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74, rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 11. 2014, sp. zn. S737/2014/VZ.

³ Tento závěr vyslovil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009-109 a Úřad následně příkladmo v rozhodnutích ze dne 2. 11. 2012, sp. zn. R72/2012/VZ, ze dne 15. 5. 2014, sp. zn. S649/2013/VZ, či ze dne 26. 8. 2014, sp. zn. S523/2012/VZ. Všechna citovaná rozhodnutí Úřadu i rozsudky Krajského soudu v Brně a Nejvyššího správního soudu jsou dostupné na internetových stránkách Úřadu, <http://www.uohs.cz>.

⁴ Rozhodnutí Úřadu ze dne 26. 8. 2014, sp. zn. S459/2013/VZ, ze dne 25. 8. 2011, sp. zn. S41/2011/VZ.

⁵ Rozsudek Krajského soudu ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74, rozhodnutí Úřadu ze dne 26. 8. 2014, sp. zn. S459/2013/VZ, rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 11. 2014, sp. zn. S737/2014/VZ.

⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2010, č. j. 2 Afs 64/2009-109.

Co se týká požadavku na včasnost zrušení zadávacího řízení⁷, závisí posouzení splnění této podmínky na konkrétních okolnostech případu, kdy jako vyhovující může být shledána doba v řádu několika dnů, týdnů i měsíců (rozsudek Krajského soudu ze dne 7. 4. 2009, č. j. 62 Ca 28/2008-74, rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 11. 2014, sp. zn. S737/2014/VZ či ze dne 30. 9. 2013, sp. zn. S712/2012/VZ), zadavatel však musí jednat vždy bez zbytečného odkladu poté, kdy mu to faktické okolnosti umožňují.

Ve větších podrobnostech se k problematice možnosti zrušení zadávacího řízení nemohu vyjádřit, neboť Úřad je oprávněn vykonávat svou pravomoc výhradně „zpětně“, tzn. jeho úkolem je hodnocení již uskutečněných úkonů zadavatelů, nikoliv posuzování situací, jež v budoucnu teprve nastanou a jež následně mohou být předmětem přezkumu Úřadu.

Co se týká možností postupu Libereckého kraje obecně, uvádím následující. Uplatnit opci, resp. postupovat v jednacím řízení bez uveřejnění jako takovém lze pouze v případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není objektivně možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku.⁸ Platí současně, že důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění by měly být vždy vykládány restriktivně.⁹

Podle ust. § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, jež představuje zrcadlové zakotvení opčního práva¹⁰, je zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění oprávněn zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby v případě, jestliže jde o nové stavební práce a v případě veřejného zadavatele i o nové služby, spočívající v obdobných stavebních pracích nebo službách, jako v původní veřejné zakázce a odpovídajících původní veřejné zakázce, a to za předpokladu, že:

1. nové stavební práce nebo nové služby budou zadány témuž dodavateli,
2. původní veřejná zakázka byla zadána v otevřeném řízení, užším řízení, nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení a v případě sektorového zadavatele rovněž v jednacím řízení s uveřejněním; v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti byla původní veřejná zakázka zadána v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním, soutěžním dialogu nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení,
3. v zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení byla obsažena možnost zadat veřejnou zakázku na nové stavební práce nebo nové služby v jednacím řízení bez uveřejnění,
4. předpokládaná hodnota veřejné zakázky na nové stavební práce nebo nové služby byla zahrnuta do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky a
5. jednacím řízení bez uveřejnění bude zahájeno do 3 let a v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti do 5 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku; v případě veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnosti lze zahájit jednacím řízení bez uveřejnění i později, pokud je to odůvodněno okolnostmi hodnými zvláštního zřetele.

⁷ Lhůta „bez zbytečného odkladu“

⁸ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131.

⁹ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012-102 či rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131.

¹⁰ Srovnej ust. § 99 zákona o veřejných zakázkách

Podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže je veřejnou zakázku nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.

Z výše citovaného ust. § 23 odst. 7 písm. b) zákona o veřejných zakázkách vyplývá, že zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva lze pouze v případě, jestliže původní veřejná zakázka byla zadána v otevřeném řízení, užším řízení, nebo ve zjednodušeném podlimitním řízení a v případě sektorového zadavatele rovněž v jednacím řízení s uveřejněním.¹¹

Co se týká podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona o veřejných zakázkách, odkazují dále toliko obecně na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. 11. 2004, sp. zn. C-126/03, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 62 Af 112/2013-131 nebo rozhodnutí Úřadu ze dne 1. 4. 2014, sp. zn. S353/2013/VZ (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 12. 9. 2014, sp. zn. R128/2014/VZ), rozhodnutí ze dne 4. 11. 2013, sp. zn. S72/2013/VZ, rozhodnutí ze dne 22. 10. 2012, sp. zn. S532/2012/VZ (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 16. 7. 2013, sp. zn. R345/2012/VZ), rozhodnutí ze dne 27. 9. 2011, sp. zn. S257/2010/VZ (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 28. 2. 2012, sp. zn. R235/2011/VZ) či např. rozhodnutí ze dne 6. 1. 2016, sp. zn. S0809,0812/2015/VZ (potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 24. 3. 2016, sp. zn. R27/2016/VZ).

Dovolte mi závěrem konstatovat, že si jsem vědoma skutečnosti, že podání Vaší žádosti ze dne 23. 3. 2016 bylo motivováno jedinou snahou, a to aby plnění na základě zadávacího řízení v oblasti dopravní obslužnosti bylo v potřebné kvalitě a čase poskytováno občanům, vůči nimž nesete odpovědnost. Jsem však v této souvislosti nucena uvést, co bylo uvedeno již výše, tj. že Úřad není oprávněn zadavateli radit, jaký postup má zvolit (podobně jako např. soudce není oprávněn soukromému subjektu radit při tvorbě smlouvy, již může v budoucnu z pozice orgánu státní moci posuzovat), přičemž pokud by Úřad tento princip porušil, vykročil by tím nad rámec pravomoci, kterou mu právní řád České republiky svěřuje.

S pozdravem

Mgr. Ing. Vítězslava Fričová, LL.M.
Metodické oddělení, vedoucí

¹¹ Srovnej rovněž ust. § 99 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

Obdrží:

Vážený pan

Martin Půta

Hejtman Libereckého kraje

Liberecký kraj

U Jezu 642/2a

461 80 Liberec