

JEDNACÍ ŘÍZENÍ BEZ UVEŘEJNĚNÍ DLE § 63 Odst. 5 ZZVZ

PŘEKLENOVACÍ (NOUZOVÉ) ŘEŠENÍ

5. metodický den ÚOHS

8. 12. 2021

Teoretická východiska postupu

- **Jednací řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 ZZVZ**

Zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním.



Nutnost kumulativního splnění následujících podmínek

- 1) existuje krajně naléhavá okolnost
- 2) tuto okolnost zadavatel nemohl předvídat
- 3) tuto okolnost zadavatel nezpůsobil
- 4) nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním

Další podmínkou dovozovanou rozhodovací praxí ÚOHS i soudů, je podmínka **uzavření smlouvy v nezbytném rozsahu na nezbytně nutnou dobu** (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 68/2017).

Teoretická východiska postupu

- **Posuzování postupu dle § 63 odst. 5 ZZVZ ÚOHS**

- včasnost zahájení kroků k zadání plnění
- činnost /aktivita zadavatele vedoucí k zajištění plnění
- okolnosti stojící vně zadavatele – neočekávanost takové situace
- kumulace skutečností vedoucích k „nouzovému řešení“
- na jakou dobu (v jakém objemu) je překlenovací smlouva uzavírána

Teoretická východiska postupu

- **Včasnost**

- **začít včas zadávat – co to znamená?**

- spočítat zákonné lhůty pro standardní typ zadávacího řízení
 - realisticky spočítat dobu nezbytnou pro vlastní úkony v zadávacím řízení
 - lhůty pro vnitřní schvalovací procesy
 - počítat i s případnou blokační lhůtou a řízením u ÚOHS (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 30 A 145/2018)

- **Aktivita zadavatele**

Na straně zadavatele musí být zřejmá aktivita vedoucí k řádnému zadání navazujícího plnění, a to i např. v situacích, kdy stávající dodavatel neposkytuje dostatečnou součinnost

- **Neočekávanost dané situace/potřeby**

Mělo by se jednat o situace, které si zadavatel předem nepřipraví a vyplynou z vnějších okolností; nemůže se na ně předem připravit, neví o nich.

- **Doba trvání překlenovací smlouvy** – minimalizace autonomie vůle stran

Případové studie

- **Rozhodnutí S0076/2017 ze dne 12.4.2017, potvrzeno R0077,0078/2017 ze dne 4.7.2017**
- ✓ řešeny okolnosti oprávněnosti JŘBU, zejm. doba na niž je smlouva v JŘBU uzavřena – řádnost **rozvazovací podmínky**
- ✓ plnění poskytované prostřednictvím JŘBU dle § 63 odst. 5 ZZVZ je možné pouze po nezbytně nutnou dobu, tedy po dobu, kdy trvá krajně naléhavá situace, resp. než bude zadavatel schopen příslušný předmět plnění zajistit jiným způsobem v souladu se zákonem
- ✓ v daném případě zadavatel pochybil když v JŘBU uzavřel smlouvu o poskytování služeb na dobu neurčitou sic s možností výpovědi, avšak nikoliv s odpovídající rozvazovací podmínkou, která by byla navázána na zadání veřejné zakázky v „řádném“ zadávacím řízení; tím zadavatel vytvořil stav, kdy není objektivně zřejmé a tím i transparentní, na jakou dobu je veřejná zakázka v JŘBU uzavírána

smlouvu lze ukončit písemnou dohodou smluvních stran nebo výpovědí s výpovědní dobou v délce jednoho měsíce, která začne běžet od prvního dne měsíce následujícího po doručení výpovědi druhé smluvní straně a skončí posledním dnem tohoto měsíce

Případové studie

- **Rozhodnutí S0076/2017 ze dne 12.4.2017, potvrzeno R0077,0078/2017 ze dne 4.7.2017**

„...v ideálním případě by výsledným vztahem vyplývajícím z jednacího řízení bez uveřejnění měla být smlouva mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem uzavřená na dobu určitou za současného ukotvení možnosti danou smlouvou vypovědět, když by ukončení smlouvy bylo vázáno na jednu (objektivní, navázanou na uplynutí času) nebo druhou (subjektivní) okolnost podle toho, která by během plnění nastala dříve. Při zohlednění všech individuálních skutečností té které věci by pak jako sekundární možnost měla nastoupit možnost zadavatele uzavřít takovou smlouvu na dobu neurčitou, avšak při současném závazku ukončit smlouvu v důsledku aktivace objektivní skutečnosti (nezávislé na vůli zadavatele, tj. výše zmiňovaná rozvazovací podmínka) a vymezení podmínek, za kterých pak dojde k ukončení čerpání plnění ze smlouvy uzavřené v jednacím řízení bez uveřejnění. Takovéto závěry, které do jisté míry omezují autonomii vůle smluvních stran, pak vychází právě z obsahu pojmu krajně naléhavé okolnosti (tedy jedné z podmínek pro užití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 5 zákona), jak tato byla rozebrána výše.“

Případové studie

- **Rozhodnutí S0304/2017 ze dne 25.9.2017**
- ✓ řešeny okolnosti oprávněnosti JŘBU, a to z pohledu, zda **došlo ke vzniku krajně naléhavé okolnosti, kterou obviněný nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil**
- ✓ související okolnosti:
 - zadavatel dne 25.2.2000 uzavřel smlouvu na dobu neurčitou (údržba chodníků, veřejného prostranství apod. ve vlastnictví zadavatele) – dále jen „původní smlouva“
 - dne 21.12.2016 zadavatel zahájil užší řízení na služby, jež byly předmětem původní smlouvy
 - dne 21.2.2017 námítka → návrh k ÚOHS dne 10.3.2017
 - dne 25.4.2017 ÚOHS v rámci správního řízení zrušil rozhodnutí o námitkách – rozhodnutí nabylo právní moci dne 25.5.2017
 - zadavatel dne 25.4.2017 vypověděl původní smlouvu s jednoměsíční výpovědní lhůtou, ta začala běžet od 1.5.2017
 - zadavatel dne 22.5.2017 výzvou v JŘBU vyzval k podání nabídky konkrétního dodavatele
 - dne 30.5.2017 uzavřena smlouva v JŘBU

Případové studie

- **Rozhodnutí S0304/2017 ze dne 25.9.2017**
- ✓ zadavatel nutnost postupu v šetřeném JŘBU zdůvodnil:

„jeden z dodavatelů v průběhu zadávání veřejné zakázky (v užším řízení) brojí proti postupu zadavatele u Úřadu, a tedy zadavatel (obviněný) nemůže uzavřít smlouvu v tomto zadávacím řízení, přičemž dne 31. 5. 2017 končí platnost stávajících smluv na údržbu komunikací a proto je nutno řešit tzv. mezidobí. Pro výše popsané krajně naléhavé okolnosti, jež zadavatel nemohl předvídat a ani je nezpůsobil a současně nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním je nezbytné, pro zajištění provedení aktuálních činností v rámci údržby komunikací, aby proběhlo zadávací řízení časově nejmíň náročným režimem tj. jednacím řízením bez uveřejnění.“

Případové studie

- **Rozhodnutí S0304/2017 ze dne 25.9.2017**
- ✓ ÚOHS rozhodl, že zadavatel nebyl oprávněn zadat předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU
 - ❑ zadavatel vypověděl původní smlouvy na údržbu komunikací z roku 2000 uzavřené na dobu neurčitou v době, kdy před Úřadem probíhalo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele
 - ❑ původní smlouvy byly uzavřeny na dobu neurčitou, obviněný tedy měl zajištěno, že plnění spočívající ve správě a údržbě komunikací bude poskytováno
 - ❑ zadavatel nebyl vystaven situaci, že by musel ukončovat smluvní vztah vyplývající z původních smluv
 - ❑ zadavateli nic nebránilo v tom, aby ve svém počínání ve vztahu k původním smlouvám z roku 2000 vyčkal do doby rozhodnutí o plánované veřejné zakázce zadávané v užším řízení

Případové studie

- **ÚOHS posuzovaný případ – nezahájeno správní řízení z moci úřední**
- ✓ řešeny okolnosti uzavření smlouvy v oblasti IT v JŘBU ze dne **9. 12. 2019**
- ✓ související okolnosti
 - ❑ zadavatel ke své činnosti nutně potřebuje využívat konkrétní informační systém; k 31. 12. 2019 končilo plnění z původní smlouvy z roku 2011 (zadavatel nebyl stranou smlouvy)
 - ❑ současně je předpoklad, že v horizontu pár let (např. roce 2022) bude nasazen zcela nový informační systém (soutěž od listopadu 2019)
 - ❑ nezbytnost překlenutí období od 1. 1. 2020 do nasazení nového systému řešena otevřeným řízením na provizorní IS zahájeném v **létě 2019**
 - do zadávacího řízení podány námitky proti výběru dodavatele následně vedeno řízení u ÚOHS (ukončeno v létě 2020) → mezitím však zadavatel musel řešit, co s IS od 1.1.2020
 - ❑ snaha o zajištění funkčnosti systému ve 3 JŘBU
 - dne 10.9.2019 v JŘBU osloven nový dodavatel → „nedomluvili se“
 - dne 20.9.2019 v JŘBU osloven stávající dodavatel → „nedomluvili se“
 - dne 18.10.2019 v JŘBU oslovení oba dříve oslovení → uzavřena dne **9.12.2019** smlouva se stávajícím dodavatelem na překlenovací období

Případové studie

➤ K naplnění jednotlivých důvodů pro aplikaci JŘBU

1) existence krajně naléhavé okolnosti

IS je pro výkon činnosti zadavatele zcela nezbytný. Je nepochybné, že zadavatel skutečně byl v časové tísní (zajištění provozu do 31. 12. 2019, smlouva v rámci JŘBU uzavřena dne 9. 12. 2019). Naplněna podmínka existence krajně naléhavé okolnosti, vč. časové tísně, jelikož nezajištění provozu IS způsobí významné škody.

2) zadavatel tuto situaci nezpůsobil a ani ji nezavinil

Důležité posoudit, zda zadavatel danou situaci nemohl předvídat a zda se do ní nedostal sám tím, že by vlastní vinou zahájil otevřené řízení na provizorní IS s nedostatečnou časovou rezervou!

Rozhodovací praxe soudů uvádí, že zadavatel je povinen si pro zadávací řízení stanovit dostatečnou časovou rezervu, musí počítat i s dalšími možnými průtahy v zadávacím řízení (viz rozsudek sp. zn. 30 A 145/2018)!

Obecně není možné předpokládat, že by zadavatel byl schopen učinit výběr dodavatele ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek, neboť je třeba počítat i s přiměřenou dobou na posouzení a hodnocení nabídek a následné rozhodnutí o výběru dodavatele, stejně tak je potřeba počítat s jistým zdržením např. v souvislosti s podáním námitek a s tím související blokační lhůtou.

Případové studie

➤ Jaká byla specifika tohoto případu?

- S uzavřením smlouvy v rámci otevřeného řízení na provizorní IS zadavatel počítal nejpozději do dne 30. 9. 2019. Zadavatel měl na uzavření smlouvy od doby zahájení zadávacího řízení k dispozici celkem 77 dní.
- V daném případě zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek v délce 30 dnů. Doba nezbytná k výběru dodavatele činila celkem 15 dnů. Připočteme-li lhůtu pro podání námitek (15 dnů) lhůtu pro vyřízení námitek (15 dnů) blokační lhůtu po odmítnutí námitek (10 dnů) je zjevné, že zadavatel by měl k realizaci zadávacího řízení mít k dispozici minimálně 85 dnů.

i bez započítání časové rezervy pro případné správní řízení před ÚOHS, reálná doba potřebná pro realizaci zadávacího řízení přesahovala 77 dnů, které měl vyhrazené zadavatel

Na první pohled by se tak mohlo zdát, že krajně naléhavou okolnost zadavatel sám způsobil tím, že zahájil otevřené řízení na provizorní IS „příliš pozdě“. Neexistovaly však závažné objektivní okolnosti, které bránily dřívějšímu zahájení otevřeného řízení?

Případové studie

- První společné jednání o budoucnosti IS po roce 2019, kterého se účastnili zadavatel a strany smlouvy proběhlo již na počátku roku **2017**; problematická role zadavatele, který nebyl stranou smlouvy, dodavatel preferoval komunikaci s účastníkem smlouvy.
- Následovala **aktivní komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem**, kdy zadavatel požadoval poskytnutí dokumentace potřebné k analýze řešení IS po roce 2019 třetí osobě, tj. zpracovateli takové analýzy.
- Spolupráce mezi zadavatelem a stranami smlouvy ve svém výsledku nakonec vedla na počátku **II. Q 2018 k zajištění Studie řešení na zajištění provozu IS po roce 2019**. Tuto studii **zadavatel** téhož dne schválil a na jejím základě **zvolil** doporučenou **variantu řešení IS, která spočívala ve vývoji nového IS**. Dle harmonogramu uvedeného ve Studii měla přitom příprava nového IS ke spuštění trvat 29 měsíců, tj. **nebylo reálné, aby nový IS byl spuštěn již od 1. 1. 2020**.
- Zadavatel tak již **v době schválení této varianty věděl o nutnosti zajistit IS po skončení účinnosti stávající smlouvy a před spuštěním nového IS**. Zadavatel tedy počítal se zajištěním provozu stávajícího IS, nicméně na základě otevřeného zadávacího řízení („překlenovací otevřené řízení“).
- **Zadavatel se opakovaně snažil zajistit součinnost stávajícího dodavatele potřebnou k tomu, aby dodavatel vybraný v otevřeném zadávacím řízení mohl převzít provoz stávajícího IS po stávajícím dodavateli**. Tomu bránila zejména skutečnost, že stávající IS byl duševním vlastnictvím stávajícího dodavatele, který nebyl ochoten potřebnou dokumentaci a práva zadavateli předat.
- **V prosinci roku 2018 přichází nabídka stávajícího dodavatele, jak situaci vyřešit** → zadavatel si nechal zpracovat **vyhodnocení předmětné nabídky** a na počátku **únoru 2019 nabídku odmítá**, neboť vyhodnotil, že nabídka dodavatele je neakceptovatelná, **pouze by byl prohlouben vendor lock-in**, ve kterém se zadavatel nacházel. Následovala série jednání se zapojením odborných konzultantů, mj. expertů na oblast veřejných zakázek.

Případové studie

- Po multilaterálních jednáních **v červnu 2019** stávající dodavatel připouští možnost poskytnutí potřebných licencí a tedy postup jinou cestou, než kterou navrhoval.
- Tou dobou již zadavatel hledal i jiné cesty, jak své potřeby zajistit, mj. i při využití předběžných tržních konzultací (prováděny od května 2019).
- **V létě 2019** pak bylo zahájeno **otevřené řízení na provizorní IS**, na které zadavateli s ohledem na skutkové okolnosti zbývalo pouze 77 dnů, vzhledem k napadení daného zadávacího řízení námitkami, a na to navazujícím řízením u ÚOHS, toto nebylo možno včas dokončit a zadavatel byl nucen dne 9. 12. 2019 na základě JŘBU uzavřít přezkoumávanou smlouvu.

ÚOHS dospěl k závěru, že zadavatel vynaložil značné úsilí k tomu, aby zajistil veřejnou zakázku na provoz stávajícího IS v otevřeném řízení. Nicméně toto otevřené řízení z důvodu nespolupráce stávajícího dodavatele nebyl schopen připravit. Jak zadavatel doložil, varianta otevřeného řízení na provizorní IS nevychází ze Studie, kterou měl zadavatel k dispozici již v roce 2018, ale jednalo se až o „nouzovou“ variantu v situaci, kdy zvolené řešení zadavatel nebyl schopen navzdory své snaze zajistit.

3) nemožnost zadat veřejnou zakázku v jiném z druhů zadávacích řízení

Vzhledem ke skutečnosti, že se zadavatel o realizaci otevřeného řízení pokusil, a v době zadávání zakázky stále běželo, přičemž ne vlastní vinou zadavatele se nepodařilo zakázku zadat včas, nepřípadla již v úvahu žádná jiná varianta, než zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění.

4) uzavření smlouvy na dobu nezbytně nutnou

Ve smlouvě zakotveny rozvazovací podmínky limitující dobu plnění v návaznosti na soutěž.

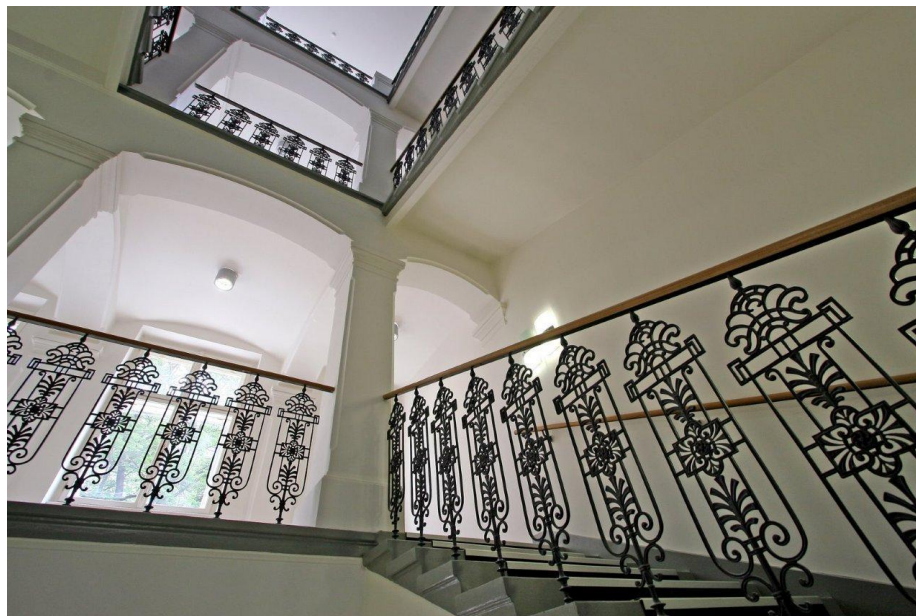
Případové studie

Aktuálně rozhodnuté kauzy ve věci jednacího řízení bez uveřejnění

- ÚOHS-S0081/2021 ze dne 13. 7. 2021, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu R0117/2021 ze dne 5. 10. 2021 (rozhodováno o uložení zákazu plnění smlouvy v případě překlenovací smlouvy zadávané v JŘBU II na překlenovací smlouvu JŘBU I ve vztahu k dočasnému zajištění služeb podpory stávajícím dodavatelem)

„šetřená věc představuje hraniční případ, kdy proti sobě stojí na jedné straně zdokumentovaná snaha zadavatele o pořízení nových systémů, které by pro něj nepředstavovaly naprostou závislost na jediném dodavateli a na straně druhé poměrně dlouhá doba, po kterou se tyto snahy zadavatele nepodařilo zrealizovat a hledání „nouzových řešení“. Tato druhá strana se může v očích dodavatelů, kteří nejsou svázáni postupy a procesy ve státní správě, zdát neúměrně dlouhá, nicméně z celého průběhu předmětného období nevyplývá, že by pravým úmyslem zadavatele bylo obejít otevřenou soutěž a realizovat méně transparentní jednací řízení bez uveřejnění. Stejně tak nelze uzavřít, že zadavatel zanedbal své povinnosti při přípravě otevřeného zadávacího řízení. V situaci, v jaké se nakonec zadavatel při pořizování nových informačních systémů ocitl, představuje již JŘBU II jen poslední možnost, jak zajistit podporu stávajících OKapliakcí.“

- ÚOHS-S0089/2021 ze dne 28. 7. 2021, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu R0126/2021 ze dne 11. 10. 2021 (rozhodováno o zákonnosti postupu zadavatele při zadávání překlenovací smlouvy v JŘBU I do doby vysoutěžení nového systému)



... děkuji za pozornost

marketa.dlouha@uohs.cz