



IČ: 28550901 DIČ: CZ28550901

se sídlem: Tábořská 350/32, Praha 4,

zapsaná v obchodním rejstříku soudu vedeném Městským soudem v Praze, oddíl B, vložka 15147

DATOVOU SCHRÁNKOU

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7
604 55 Brno

K č. j.: ÚOHS-S484/2013/VZ-15276/2013/514/MPr

Účastníci řízení:

Zadavatel:

4-Energetická, a.s.

IČO 285 50 901

se sídlem Praha, Praha 4 – Nusle, Tábořská 350/32, PSČ 140 45

zapsaná v obchodní rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, v oddíle B a vložce 15147, sektorový zadavatel podle § 2 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

jejímž jménem jedná představenstvo společnosti, zastoupené Pavlem Jarošem, předsedou představenstva a Pavlem Fikarem, místopředsdou představenstva

Navrhovatel:

ZIEGLER ZZ s.r.o.

IČO 257 07 311

se sídlem Praha, Praha 3 – Žižkov, Husitská 48/50, PSČ 130 00

zapsaná v obchodním rejstříku vedeném Městským soudem v Praze, v oddíle C a vložce 62992, uchazeč o veřejnou zakázku

jejímž jménem jedná Zdeněk Ziegler, jednatel

a pro účely podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zastoupena advokátem, JUDr. Vladimírem Tögelem, ev. č. ČAK 04993, IČO 124 93 031, se sídlem Ostrovského 253/3, Praha 5

Veřejná zakázka:

Provoz a servis plynových kotelen společnosti 4-Energetická, a.s.

ev. č. zakázky podle věstníku veřejných zakázek – 240 582

nadlimitní veřejná zakázka na služby zadaná v otevřeném řízení podle § 21 odst. 1 písm. a) a § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí

I.

[1] Dne 16. 8. 2013 bylo zadavateli, 4-Energetická, a.s., IČO 285 50 901, se sídlem Praha, Praha 4 – Nusle, Tábořská 350/32, PSČ 140 45 (dále v textu jen jako zadavatel), doručeno oznámení o zahájení správního řízení ze dne 16. 8. 2013, č. j. ÚOHS-S484/2013/VZ-15275/2013/514/MPr, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Provoz a servis plynových kotelen společnosti 4-Energetická a.s.“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2012 pod ev. č. 7202011040582, ve znění oprav dne 18. 12. 2012 pod ev. č. 7202021040582, dne 13. 2. 2013 pod ev. č. 7302031040582, dne 20. 2. 2013 pod ev. č. 7302041040582 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 12. 2012 pod

Energie pro Váš domov

www.4-energeticka.cz

ev. č. 2012/S 240-395419, ve znění oprav dne 15. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 033-050956, dne 23. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 039-060642 (dále v textu jen jako veřejná zakázka). Řízení bylo zahájeno na návrh ze dne 1. 8. 2013. Společně s oznámením o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno usnesení vydané shora nadepsaným správním orgánem v témže správním řízení, pod č. j. ÚOHS-S484/2013/VZ-15276/2013/514/MPr, ze dne 16. 8. 2013, jímž bylo zadavateli mimo jiné uloženo, aby se vyjádřil k podkladům rozhodnutí do dne 26. 8. 2013.

[2] Zadavatel ve lhůtě jemu uložené shora nadepsaným správním orgánem shora označeným usnesením činí toto svoje podání, jímž se

v y j a d ě u j e

k podkladům rozhodnutí ve shora nadepsaném řízení.

[3] Zadavatel má za to, že návrh podaný společností ZIEGLER ZZ s.r.o., IČO 257 07 311, se sídlem Praha, Praha 3 – Žižkov, Husitská 48/50, PSČ 130 00 (dále v textu jen jako navrhovatel), není důvodný, resp. trpí procesními vadami, pročež musí shora nadepsaný správní orgán řízení zastavit, resp. návrh zamítnout.

II.

Shrnutí dosavadního postupu v zadávacím řízení

[4] Zadavatel, jako sektorový zadavatel podle ustanovení § 2 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahájil zadávací řízení na zadání veřejné zakázky „Provoz a plynových kotelen společnosti 4-Energetická, a.s.“ pod ev. č. Věstníku veřejných zakázek 240 582, a to jako řízení otevřené podle ustanovení § 26 odst. 1 písm. a) a ustanovení § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jejímž předmětem plnění mělo být:

- Provoz zdrojů tepla, a to konkrétně:
 - a. Komplexního provozu zdrojů tepla a teplé vody (provozování zdroje, kontroly technologie, provádění úprav, nastavení elektroniky a drobné údržby. Na příkaz odpovědné osoby, provádění jednorázových kontrol, odstavování, spouštění a útlum tepelných zdrojů).
 - b. Zajištění a kontroly obsluhy zdrojů tepla a TV (vedení kolektivu obsluh TZ, jejich školení, vedení a kontrola činnosti).
 - c. Likvidace odpadů vzniklých při provozu zdrojů tepla a TV.
 - d. Provozního měření emisí zdrojů tepla a TV.
 - e. Vedení provozní evidence ve formě provozních deníků, výkazů, evidence oprav a údržby.
 - f. Údržby dle provozního řádu tak, aby nedocházelo ke znehodnocování provozního zařízení (provádění údržby v souladu s právními předpisy ČR, péče o svěřené zařízení takovým způsobem aby nedocházelo k jeho znehodnocení).
 - g. Vedení podrobné evidence o nákladech (dokumentace vzniku havarijní situace, předání informace o rozsahu havárie, délce a rozsahu odstávky, návrh řešení odstranění havárie a kompletní dokumentaci odstranění havárie)
 - h. Provádění oprav dle objednávek (provádění oprav, rekonstrukcí a investic dle potřeb a zadání, včetně zajištění vlastní projektové činnosti a činností s tím spojených).
- Havarijní služba, a to konkrétně:
 - i. Zřízení a provozování havarijní hot-line linky s 24 hodinovým provozem.
 - j. Zabezpečení a realizaci havarijních výjezdů.
 - k. Zabezpečení realizace havarijních oprav.

[5] Zahájené zadávací řízení bylo řádně a včas uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek, a to zveřejněním dne 12. 12. 2012 pod ev. č. 7202011040582, ve znění oprav dne 18. 12. 2012 pod ev. č. 7202021040582, dne 13. 2. 2013 pod ev. č. 7302031040582, dne 20. 2. 2013 pod ev. č. 7302041040582 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 13. 12. 2012 pod ev. č. 2012/S 240-

395419, ve znění oprav dne 15. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 033-050956, dne 23. 2. 2013 pod ev. č. 2013/S 039-060642.

[6] Zadavatel v oznámení stanovil pravidla pro získání zadávací dokumentace a lhůtu pro doručení nabídek, a to nejpozději do 23. 3. 2013 do 8:30 hod. Ve stanovené lhůtě doručilo nabídky do zadávacího řízení pět uchazečů, přičemž jedním z nich byla i obchodní společnost ZIEGLER ZZ s.r.o. Nabídky byly podle uveřejněné informace dne 23. 3. 2013 v 15:00, otevřeny komisí pro otevírání obálek a následně byly posouzeny hodnotící komisí.

[7] Hodnotící komise pro nejasnosti nabídek uchazečů požádala uchazeče o písemné vysvětlení nabídky, přičemž jedním z uchazečů, jež byli vyzváni k písemnému vysvětlení, byl i navrhovatel. Zadavatel obeslal navrhovatele žádostí o písemné vysvětlení nabídky ze dne 17. 4. 2013, která mu byla doručena dne 22. 4. 2013. Navrhovatel v zákonem stanovené lhůtě svojí nabídku písemně nevysvětlil. Zadavatel na základě zprávy od hodnotící komise dne 12. 6. 2013 rozhodl o vyloučení uchazeče společnosti ZIEGLER ZZ s.r.o., tj. navrhovatele a odeslal navrhovateli oznámení zadavatele o vyloučení uchazeče, jež mu podle tvrzení navrhovatele bylo doručeno 25. 6. 2013.

[8] Veškeré shora označené úkony prováděl zadavatel prostřednictvím jím zmocněné osoby pro činění úkonů zadavatele v zadávacím řízení, společnosti AAA Zakázky s.r.o., IČO 289 60 335, se sídlem Praha 4 – Kamýk, U Kamýku 284/11, PSČ 142 00, zapsané v obchodním rejstříku vedeném u Městského soudu v Praze, v oddíle C, vložce č. 156018, jejímž jménem jednala jednatelka společnosti Mgr. Šárka Hájková.

[9] Navrhovatel podáním učiněným elektronicky, došlým zadavateli dne 10. 7. 2013 podal do zadávacího řízení námitky proti vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení dle ustanovení § 110 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

[10] Zadavatel, posoudil námitky podané do zadávacího řízení navrhovatelem a pro důvody uvedené v odůvodnění svého rozhodnutí, jež jsou součástí vedené dokumentace k zadávacímu řízení na veřejnou zakázku (již zasláné shora nadepsanému správnímu orgánu), je odmítl, přičemž v odůvodnění uvedl, že námitkám, jako takovým, bez přihlédnutí k vadám, pro které měly být odmítnuty, by byl přesto nucen nevyhovět. Odůvodnění odmítnutí, stejně jako eventuálnímu nevyhovění námitkám je podrobně rozvedeno ve shora označeném rozhodnutí zadavatele.

[11] Navrhovatel se s argumentací zadavatele, zcela neztotožnil a dne 1. 8. 2013 vypracoval a následně dne 5. 8. 2013 podal návrh uchazeče na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a návrh na předběžné opatření, jímž bylo zahájeno shora nadepsané řízení, do kterého se tímto zadavatel vyjadřuje k podkladům pro rozhodnutí.

[12] Navrhovatel po termínu podání jeho návrhu ke shora označenému správnímu orgánu opětovně složil, dne 16. 8. 2013, jistotu podle ustanovení § 67 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve formě bankovní záruky s omezenou dobou trvání do 31. 12. 2013.

III.

Argumentace navrhovatele

[13] Navrhovatel ve svém návrhu označeném v odst. [11] tohoto podání prakticky kopíruje svojí argumentaci z námitek, které zaslal zadavateli, tj. poukazuje na to, že podle tvrzení zadavatele měla být uchazeči doručena žádost k písemnému vysvětlení nabídky v zadávacím řízení označeném názvem jako „Provoz a servis plynových kotelen společnosti 4-Energetická, a.s.“ uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek pod evidenčním číslem 240582, k čemuž však podle jeho poznatků nedošlo. Navrhovatel v námitce dále polemizuje nad tím, že je možné, že pro skutečnost, že zadavatel zahájil současně dvě zadávací řízení, mohlo dojít k záměně jednotlivých žádostí o písemné vysvětlení nabídek a na závěr shrnuje, že nemá za to, že byl dostatečně prokázán skutkový stav věci a že je tedy zadávací řízení zatíženo vadou, jež má za následek, že byl navrhovatel vyloučen proti právu.

[14] Navrhovatel ve svém návrhu v části označené IV. odst. 4.2. a 4.3. značně nepřípadně obviňuje zadavatele ze spáchání trestného činu podvodu, kdy podle něj zadavatel zcela záměrně zaměnil obsah obálek a tak zapříčinil vlastní vyřazení navrhovatele ze zadávacího řízení. Na podporu svých

tvrzení znovu velmi nepřípadně uvádí předchozí vadu zadávací dokumentace, kterou však na námítky navrhovatele zadavatel odstranil. Dále na podporu svých tvrzení navrhovatel označuje probíhající soudní řízení mezi navrhovatelem a zadavatelem.

[15] Navrhovatel v návrhu nad argumentaci použitou v námitkách dále poukazuje na to, že platně a včas podal námítky v obou zadávacích řízeních, přičemž vychází z toho, že odeslal dvě datové zprávy. Jednu emailem a druhou prostřednictvím datové schránky, přičemž obě byly odeslány a splňovaly veškeré náležitosti předepsané zákonem. Navrhovatel dále ve svém podání tvrdí, že zaručený elektronický podpis má jinou kvalitu, než uznávaný elektronický podpis. Na podporu svých tvrzení stěžovatel dokládá print screeny neznámého zařízení, nejspíše počítače jeho spolupracovnice, ze kterého plyne, že jedna z příloh jeho elektronického podání, datové zprávy, byla opatřena elektronickým podpisem, jehož platnost je neznámá. Navrhovatel dále ve svém návrhu netvrdí, ani nedokazuje co do certifikátu elektronického podpisu.

[16] Vposledku navrhovatel nad argumentaci použitou v námitkách, tj. tvrzení o skutečnostech, ohledně nichž nevyužil možnosti podat námítky, poukazuje na to, že zadávací řízení trpělo vadami již od prvopočátku, a to vadami, které mají za následek takové porušení povinností podle zákona o veřejných zakázkách, pro které není možné v zadávacím řízení pokračovat a je na místě jej zrušit. Za tyto vady považuje navrhovatel skutečnost, že v oznámení nebyly označeny prostředky k prokázání základních kvalifikačních předpokladů uvedených v § 53 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a to v souladu s povinnostmi uvedenými v § 50 odst. 2 téhož zákona, přičemž na podporu své argumentace uvádí opravné usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S216,224/2010/VZ-12032/2010/510/HOd, ze dne 4. 10. 2013, přičemž zadavatel předpokládá, že se jedná o nedopatření a navrhovatel má na mysli původní rozhodnutí ve věci samé ze srpna téhož roku, pouze ve znění opravného usnesení. Navrhovatel ve svém návrhu taktéž uvádí, že v minulosti poukázal na jinou nedostatečnost zadávací dokumentace námitkou podanou řádně a včas a že mu bylo zadavatelem bez dalšího vyhověno a zadávací dokumentace byla opravena. Navrhovatel se nezmiňuje o důvodu, proč nezmiňoval nedostatečnost oznámení v rozsahu pochybení tvrzeného v jeho současném návrhu již tehdy a nepředěšel tedy deformaci hospodářské soutěže již tehdy.

[17] Navrhovatel v závěru svého návrhu tvrdí, že existují důvody pro potrestání zadavatele za správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, dále pak že existují důvody pro zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení a následné provedení nového výběru nabídky navrhovatele, jako ekonomicky nejvýhodnější nabídky.

IV.

Argumentace zadavatele

[18] Zadavatel se nejprve vyjádří k tvrzení uplatněných navrhovatele, co do skutečnosti, že doručil řádně a včas námítky do zadávacího řízení. Právní zástupce navrhovatele podáním učiněným dne 10. 7. 2013 v 14:56 hod prostřednictvím sítě elektronických komunikací (emailem), došlým obratem zadavateli dne 10. 7. 2013 podal námítky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky dle ustanovení § 110 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a proti úkonu zadavatele dle ustanovení § 110 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Vlastní datová zpráva nebyla podepsána uznávaným elektronickým podpisem a obsahovala tři přílohy. První přílohou byl text námitek ve formátu PDF, jež byl dovnitř dokumentu podepsán neznámým podpisem, jak ostatně vyplývá z důkazu předloženého navrhovatelem, dále byla přílohou plná moc právního zástupce stěžovatele bez uznávaného elektronického podpisu nebo doložky o autorizované konverzi a ceník oběhových čerpadel bez uznávaného elektronického podpisu. Navrhovatel dále učinil obsahově naprosto identické podání prostřednictvím své datové schránky, a to dne 10. 7. 2013 v 15:08.

[19] Zadavatel, se nejprve zabýval podáním námitek učiněným stěžovatelem po formální stránce tak, jak mu to ukládá ustanovení § 110 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, přičemž jak vyplývá ze systematického výkladu tohoto ustanovení, zákon zadavateli ukládá za podaný, resp.

učiněný úkon, považovat i imperfektní podání a zabývat se jím nejméně ve formě odmítnutí. Podle ustanovení § 148 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze písemnosti doručit mimo jiné prostředky elektronické komunikace, podle ustanovení § 149 odst. 4 téhož zákona podává-li dodavatel námitky proti úkonům zadavatele prostředky elektronické komunikace, musí být datová zpráva podepsána uznávaným elektronickým podpisem.

[20] Podle ustanovení § 2 písm. d) zákona č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, je datovou zprávou souhrn všech elektronických dat, která lze přenášet prostředky pro elektronickou komunikaci. Podle ustanovení § 11 odst. 3 téhož zákona se uznávaným elektronickým podpisem rozumí zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb a obsahujícím údaje, které umožňují jednoznačnou identifikaci podepisující osoby nebo zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu vydaném poskytovatelem certifikačních služeb, který je usazen mimo území České republiky, byl-li kvalifikovaný certifikát vydán v rámci služby vedené v seznamu důvěryhodných certifikačních služeb, jako služba, pro jejíž poskytování je poskytovatel certifikačních služeb akreditován, nebo jako služba, nad jejímž poskytováním je vykonáván dohled podle předpisu Evropské unie. K prokázání certifikovaného podpisu z povahy věci musí být vždy povolán ten, kdo činí za jeho pomoci právní úkon, což také reflektuje právní úprava například v ustanovení § 37 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu.

[21] Navrhovatel (sic!) odeslal datovou zprávu (email), jež obsahovala přílohu v podobě textu námitek podepsaného dovnitř dokumentu formátu PDF elektronickým podpisem, nepodepsal však datovou zprávu samotnou, tj. úkon sám, a tudíž nebylo možné ověřit, zda byl platně učiněn stěžovatelem podle zákona o veřejných zakázkách. Nejednalo je tedy o platné podání podle zákona o veřejných zakázkách, což založilo zadavateli právo námitku odmítnout a zadavatel tohoto práva využil.

[22] K argumentaci navrhovatele, ve které uvádí, že zadavatel zaměňuje uznávaný elektronický podpis za platný zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu, odkazuje zadavatel na to, že není přílehlavá a neodpovídá novele zákona o veřejných zakázkách, přičemž z důvodové zprávy k části XXII. až XXX. zákona č. 167/2012 Sb., změna zákona o archivnictví a spisové službě a dalších zákonů, je patrné, že uznávaný elektronický podpis je pouze legislativní zkratkou pro platný zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu. Z důkazů, které konec konců předložil sám navrhovatel, neplyne, že jeho datová zpráva, kterou učinil vlastní podání námitek, byla podepsána existujícím (nikoliv uznávaným) elektronickým podpisem, přičemž podepsána byla pouze příloha, dokument ve formátu PDF, a to jak plyne z důkazů, na které se odvolává stěžovatel, elektronickým podpisem s neznámou platností, tj. nikoliv založeným na kvalifikovaném certifikátu, resp. existenci a platnost kvalifikovaného certifikátu v řízení neprokazuje.

[23] K argumentaci navrhovatele, co do odeslání dvou úkonů obsahově totožných podání námitek, prvního úkonu pověřené osobě zadavatele emailem a druhého úkonu zadavateli samotnému datovou schránkou, zadavatel uvádí, že ke druhému takto učiněnému úkonu nelze přihlídnout, a to ani pro případ, že by byl tento perfektní, což pro nedostatek certifikátu podpisu není. Zákon o zadávání veřejných zakázek má specifickou úpravu doručování prostřednictvím prostředků elektronické komunikace, a tudíž doručení datovou schránkou nemůže představovat fikci podepsání, což shodně vyjádřil shora nadepsaný správní orgán ve svém rozhodnutí ze dne 1. 8. 2012 č. j. S147/2012/VZ-6827/2012/540/JNv.

[24] Nad uvedené pokud někdo má zákonem svěřené právo, jež lze uplatnit jednostranným právním úkonem, jako například podání námitek, a učiní obsahově totožný právní úkon k uplatnění takového práva dvakrát po sobě, je možné přihlídnout pouze k jednomu takto učiněnému úkonu, a to takovému, který byl učiněn v čase jako první. Samozřejmě pokud má první právní úkon nedostatek formy, byl by absolutně neplatný, tudíž by se k němu nepřihlíželo. Naposledy zmíněné ale platí pouze pro obecnou úpravu uzavírání smluv, přičemž zákon o veřejných zakázkách obsahuje specifickou úpravu nakládání s imperfektními úkony uplatnění námitek v zadávacím řízení, obsaženou v § 110 odst. 7 téhož zákona, která ukládá zadavateli zabývat se i imperfektním úkonem a takový odmítnout.

Z uvedeného a logiky věci tedy nemůže zadavatel přihlídnout k, byť by platně učiněnému, následujícímu druhému obsahově totožnému úkonu. Tato úvaha je však bezpředmětná v okamžiku, kdy navrhovatel v řízení neprokázal platný certifikát svého podpisu, a tudíž dostatek formy u obou podání.

[25] Z uvedeného je tedy patrné, že zadavatel nepochybil podle zákona o zadávání veřejných zakázek, námitky odmítl po právu a o této skutečnosti poté písemně uvědomil stěžovatele, tj. nemohl se tak dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

[26] V návrhu dále navrhovatel argumentuje tím, že celé zadávací řízení bylo od počátku stíženo vadou, která spočívala v nesplnění podmínky podle ustanovení § 50 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, za kterou považuje povinnost zadavatele v oznámení o zakázkách označit požadavky na splnění základních kvalifikačních předpokladů uchazečů.

[27] Zadavatel v oznámení, resp. jím zmocněná osoba, uvedl požadavky na prokázání kvalifikace v části III. 2), veřejně dostupných oznámení k veřejné zakázce ve Věstníku veřejných zakázek. Z oznámení je patrné, že zadavatel označil speciální prostředky k prokázání splnění kvalifikace podle § 54 zákona o veřejných zakázkách. Námitka tedy může směřovat pouze k neoznačení požadavků na splnění základních kvalifikačních předpokladů v rozsahu podle ustanovení § 53 zákona o veřejných zakázkách.

[28] Ustanovení § 53 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uvádí povinné a neměnné základní kvalifikační předpoklady, včetně požadavků na jejich splnění a způsobu prokázání jejich splnění, ze kterých nelze slevit, protože by jinak byl porušen zákonem sledovaný účel v rozsahu komentovaného paragrafu a nelze je rozšířit, protože by tím došlo k prolomení zákazu diskriminace podle ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách. Z uvedeného je tedy naprosto zřejmé, že není možné jejich neuvedením zatížit zadávací řízení takovou vadou, aby mohlo být od počátku prohlášeno za neplatné nebo některý z uchazečů získal nepřiměřenou výhodu oproti ostatním uchazečům.

[29] Navrhovatel uvádí na podporu svých tvrzení v tomto rozsahu rozhodnutí Úřadu pro hospodářskou soutěž č. S216,224/2010/VZ-12032/2010/510/HOd, ze dne 4. 10. 2010 (resp. 27. 8. 2010 – viz. komentář shora v odst. [16] tohoto podání), která je však podle zadavatele značně nepřiléhavá a zavádějící.

[30] Zadavatel má za to, že rozhodnutí označené v odst. [29] tohoto podání bylo vydáno v rozporu s ustanovením § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, když v době vydání rozhodnutí existovalo rozhodnutí stejného správního orgánu (srov. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. S181/2008/VZ – 15975/2008/530/JW), které jasně uvádělo, že neoznačení požadavků na základní kvalifikační předpoklady podle § 50 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách v oznámení o veřejné zakázce, nezakládá podstatné porušení pravidel pro zadávání veřejných zakázek, přičemž správní orgán dostatečně v novějším rozhodnutí nepopsal k jaké změně politiky zadávání veřejných zakázek, popřípadě ukládání nápravných opatření došlo a proč mu přijde předchozí rozhodnutí nesprávné a neuvedl důvody, proč by právě jeho novější rozhodnutí mělo mít přednost tak, jak mu ukládá citované ustanovení správního řádu.

[31] Nad uvedené má zadavatel za to, že rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, na něž se stěžovatel odkazuje, není správně odůvodněno a výklad zákona v něm uvedený je v rozporu s fundamentálními pravidly pro výklad práva. Při použití výkladového pravidla ignoratia iuris non excusat a skutečnosti, že od ustanovení § 53 zákona o veřejných zakázkách se prakticky nelze v žádném případě odchýlit, není možné dospět k závěru o případném vážném narušení zadávacího řízení pro případ, že nebudou v oznámení označeny požadavky na splnění základních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 50 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách v rozsahu ustanovení § 53 zákona o veřejných zakázkách. Zjednodušeně napsáno, žádný uchazeč se nemůže dovolávat toho, že nevěděl, že plnit na veřejnou zakázku může pouze jako bezúhonný a že svoji bezúhonnost může prokázat výhradně prostředky na to zákonem vytvořenými.

[32] Opačný závěr by odporoval obecně uznávanému pravidlu o přirozeném působení práva. Závěr, že neuvedení kvalifikačních předpokladů, taxativně stanovených zákonem v jeho ustanovení § 53, od kterého se nelze odchýlit, je způsobilé podstatně ovlivnit hospodářskou soutěž, a to v podobě nepřihlášení se zákona neznalých potenciálních uchazečů, nadřazuje prostý gramatického výklad práva v extrémním rozměru, tj. amplifikuje právní jistotu, a tím pádem ji převažuje nad účelnost a spravedlnost práva, což při existenci napětí mezi účely práva, jež musí být rovnoměrně rozloženo do všech třech stran (účelnost, spravedlnost a právní jistota) přenáší citované rozhodnutí správního orgánu až do roviny zákonného nepráva.

[33] Navíc tato navrhovatelem uvedená námitka byla námitkou do kvality zadávací dokumentace, popřípadě do úkonu zadavatele v zadávacím řízení, která má být podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uplatněna nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, resp. do 15 dnů od okamžiku, kdy se o úkonu, jenž byl domnělým porušením, stěžovatel dozvěděl. Jak ostatně navrhovatel sám uvádí, učinil aktivně námitky do zadávací dokumentace, resp. kvalifikačních předpokladů již v prvopočátku, a tudíž musel být s obsahem oznámení a zadávací dokumentace seznámen a mohl tak uplatnit námitku v rozsahu, ve kterém ji uplatnil nově až nyní v návrhu podaném shora nadepsanému správnímu orgánu.

[34] Podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, lze uplatnit návrh na přezkoumání postupu zadavatele pouze pro případ, že stěžovatel uplatnil platně námitky v zadávacím řízení. Vzhledem k tomu, že tak ve světle shora uvedeného neučinil vůbec, nemá možnost se domáhat zrušení úkonu zadavatele a nového rozhodnutí návrhem tak, jak to učinil.

[35] S ohledem na uvedené, podal navrhovatel zjevně právně nepřipustný návrh a shora nadepsaný správní orgán by měl podle ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, řízení o jeho návrhu v rozsahu uvedeném shora v této části podání zastavit. I v případě, že by byla námitka platně podaná, je z argumentace zadavatele patrné, že návrh navrhovatele není důvodný a shora nadepsaný správní orgán by měl podle ustanovení § 118 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, návrh navrhovatele, v rozsahu uvedeném shora v této části, zamítnout.

[36] Zadavatel se dále neztotožňuje s argumentací navrhovatele ohledně neplatného vyloučení navrhovatele z další účasti na zadávacím řízení. Zadavatel poukazuje na ustanovení § 76 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jež svěřuje hodnotící komisi právo v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise v žádosti uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise je povinna nabídku uchazeče vyřadit, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti, nestanoví-li hodnotící komise delší lhůtu. Hodnotící komise může lhůtu na žádost uchazeče prodloužit.

[37] Navrhovatel ve své nabídce nedostatečně jasně uvedl údaj o nabídkové ceně a dále nedostatečně jasně označil dobu dodání oběhového čerpadla, tj. dvou dílčích hodnotících kritérií. Hodnotící komise po posouzení nabídky navrhovatele dospěla k závěru, že spatřuje nejasnosti v jeho nabídce, a to v rozsahu dílčího hodnotícího kritéria nabídkové ceny za plnění na veřejnou zakázku v délce trvání 4 roky a dále, že spatřuje nejasnosti v rozsahu dílčího hodnotícího kritéria doby dodání oběhového čerpadla, jež není uvedena žádným údajem, resp. nulou, proto dne 17. 4. 2013 vypracovala hodnotící komise žádost o písemné vysvětlení nabídky, ve kterém podrobně popsala tuto nejasnost nabídky navrhovatele a poskytla navrhovateli lhůtu 5 pracovních dnů od doručení žádosti k písemnému vysvětlení nabídky. Žádost byla doručena dne 22. 4. 2013. Navrhovatel ve lhůtě podle zákona nepožádal o prodloužení lhůty k doručení písemného vysvětlení, ani po uplynutí lhůty nepožádal o prominutí lhůty. Navrhovatel na žádost nereagoval a svojí nabídku nevysvětlil způsobem aprobovaným zákonem o veřejných zakázkách.

[38] Z textu návrhu vyplývá, že se podle navrhovatele zadavatel, resp. jí pověřená osoba pro zastupování zadavatele v zadávacím řízení, měl dopustit trestného činu podvodu tím, že vydává zaslanoú žádost o vysvětlení nabídky v zadávacím řízení o zadání jedné veřejné zakázce za žádost o vysvětlení nabídky v zadávacím řízení o zadání druhé veřejné zakázky, přičemž její záměnou mělo

4 energetická

dojít k vyvolání omylu na straně navrhovatele, jenž údajně v důsledku tohoto omylu nesplnil svoji povinnost v zadávacím řízení, pro kterou byl vyloučen a následně mu nebyla zadána veřejná zakázka „Provoz a servis plynových kotelen společnosti 4-Energetická, a.s.“ přičemž mu ušel zisk ve výši nejméně 1,000.000,- Kč. Navrhovatel dále netvrdí, kde nabyl jistoty, že by v řízení uspěl a nebere v úvahu, že jeho nabídka nebyla ekonomicky nejvýhodnější.

[39] Zadavatel, jak je ostatně patrné z obsahu dokumentace, postupoval v zadávacím řízení o zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem o veřejných zakázkách a podle ustanovení § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Svá tvrzení zadavatel opírá zejména o skutečnost, že veškeré úkony a komunikace zadavatele je podrobně dokumentována a označována tak, aby nedošlo k záměně v rámci zadávacího řízení s jinými zadávacími řízeními.

[40] Z dokumentace je patrné, že žádost byla vypracována ve stejný den, žádala o vysvětlení obdobných nejasností v podaných nabídkách v obou řízeních, přičemž však byla označena platným číslem uveřejněným ve věstníku veřejných zakázek a platným názvem. Obě žádosti, byly učiněny prostřednictvím České pošty s. p., tj. prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu a jako forma způsobu doručení byla volena doporučená zásilka s dodejkou (doručenkou), zabalená a odeslaná v obálce schváleného tvaru, jež obsahovala předepsané údaje.

[41] Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, představuje speciální úpravu k právnímu institutu uzavírání smluv a veřejné obchodní soutěže. Na práva a povinnosti neupravené v zákoně o veřejných zakázkách je tedy nezbytně nutné aplikovat obecná ustanovení občanského práva. Práva a povinnosti spojené s doručováním jsou částečně upravena v zákoně o veřejných zakázkách a dále pak je potřeba na ně vztáhnout obecná pravidla pro doručování. Podle ustálené judikatury doručenky potvrzené držitelem poštovní licence představují veřejnou listinu a prokázání nesprávnosti údajů na nich uvedených je následně na tom, kdo se dovolává jejich neplatnosti, nikoliv na tom, kdo jejím pomocí prokazuje splnění povinnosti (srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 28. 1. 2009, č. j. 21 Cdo 658/2008, publikované ve sbírce rozhodnutí Nejvyššího soudu, ročník 2009, svazek 7, str. 498; nebo ze dne 27. 1. 2010, č. j. 23 Cdo 236/2008).

[42] Z doložených dodejek je naprosto zřejmé, podle značky v pravé horní části pod uvedením odesílatele, že jedna se týkala veřejné zakázky na „Provoz a servis rozvodného zařízení tepla společnosti 4-Energetická, a.s.“ (RS) a druhá se týkala veřejné zakázky na „Provoz a servis plynových kotelen společnosti 4-Energetická, a.s.“ (PK). Obě doručenky jsou opatřeny unikátním kódem České pošty, s. p., podle něhož je možné je vystopovat v systému doručování Českou poštou, s. p., obě tudíž existují a je možné tuto skutečnost dokázat prostřednictvím třetí osoby.

[43] Zadavatel sice připouští, že ve stejný den vypracoval žádosti o vysvětlení do obou zadávacích řízení, avšak je si jist, že nezaměnil jednotlivé žádosti a i pokud by tak učinil, obě byly adresovány stejnému uchazeči, tudíž pokud by byly zaměněny, obě by dorazily na místo určení ve stejný den. Dále ze skutečnosti, že byly v ten stejný den doručovány stejné osobě dvě zásilky, je možné usuzovat, že by stěžovatel v případě, že by mu byly doručeny dvě stejné žádosti, upozornil zadavatele, případně podal námitku oproti úkonu zadavatele podle § 110 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jak ostatně učinil několikrát v minulosti. Pokud by tak neučinil, připravil by se o možnost v budoucnu namítat takovou vadu řízení. Je tedy zřejmé, že navrhovatelé byly obě zásilky doručeny se správným obsahem, přičemž stěžovatel ignoroval svoji povinnost a nyní se snaží své pochybení zastít tím, že napadá zadavatele nejen návrhem, ale i trestním oznámením.

[44] Ze shora uvedeného je tedy patrné, že zadavatel nemohl uvést navrhovatele v omyl, a to ani z nedbalosti, natož úmyslně, přičemž na podporu tohoto tvrzení nabízí zadavatel právě důkaz dokumentací vedenou ve věci obou veřejných zakázek, ze které bude patrné, že dodržel veškeré povinnosti v souvislosti s doručováním jednotlivým uchazečům. Nemohl je tedy zkrátit na jejich právech v zadávacím řízení, a to proto nebylo stiženo vadou.

[45] Z argumentace zadavatele je tedy patrné, že návrh navrhovatele není důvodný a shora nadepsaný správní orgán by měl podle ustanovení § 118 odst. 5 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, návrh navrhovatele, v rozsahu uvedeném shora v této části, zamítnout.

[46] Zadavatel by dále rád poukázal na skutečnost, že navrhovatel poskytl jistotu podle § 67 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve formě bankovní záruky v rozsahu trvání pouze do 31. 12. 2013, přičemž zadavatel má za to, že taková jistota se nejeví dostatečná vzhledem ke komplexnosti a trvání řízení o návrhu uchazeče do jeho pravomocného skončení.

V.

Shrnutí argumentací

[47] Zadavatel má za to, že při odmítnutí námitek navrhovatele nepostupoval v rozporu s ustanovením § 110, ustanovením § 148 a ustanovením § 149 zákona o veřejných zakázkách, když imperfektní, první podaný právní úkon označený jako námitky odmítl a spravil o tom navrhovatele, přičemž k druhému podanému právnímu úkonu nepřihlížel, a tudíž se nemohl dopustit správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. g) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

[48] Zadavatel má za to, že námitky, co do neuvedení prostředků prokázání kvalifikace podle § 50 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách jsou námitkami proti zadávacím podmínkám a jako takové je měl navrhovatel doručit nejpozději do pěti dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, což neučinil a jeho návrh je tak v tomto rozsahu zjevně právně nepřipustný pro nedodržení lhůty stanovené zákonem pro jeho podání.

[49] Vposledku má zadavatel za to, že v řízení nebylo prokázáno, že by zcela záměrně zaměnil, zasílané žádosti o vysvětlení nabídky uchazeče, resp. že by je zaměnil vůbec a nemohl tedy tento postup podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a shora nadepsanému správnímu orgánu tudíž nevzniklo právo zrušit výběr zadavatele.

VI.

Závěrečný návrh

[50] S ohledem na vše shora uvedené, dokumentaci k zadávacímu řízení na zadání veřejné zakázky a skutečnosti, že navrhovatel netvrdil a neprokázal jiná pochybení, než byla vyvrácena shora v tomto textu, navrhuje zadavatel, aby Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, shora označené řízení, vedené pod č. j. ÚOHS-S484/2013/VZ-15276/514/MPr

z a s t a v í l ,

v části správního deliktu neplatného odmítnutí námitek, protože nebylo zjištěno a prokázáno spáchání správního deliktu odmítnutí námitek v rozporu s ustanovením § 110 zákona o veřejných zakázkách,

z a s t a v í l ,


protože navrhovatel podal zjevně právně nepřipustný návrh v rozsahu namítané nedostatečnosti oznámení o veřejné zakázce a

z a m í t l ,

protože nebyl zjištěn postup zadavatele, který by podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, tj. nevznikly důvody pro uložení nápravného opatření podle zákona o veřejných zakázkách.

V Praze dne 26. 8. 2013

Pavel Fikar
místopředseda představenstva


Pavel Jaroš
Předseda představenstva

4-Energetická, a.s.
zadavatel

Energie pro Váš domov
www.4-energeticka.cz

