



UOHSX004GH2H

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R146/2012/VZ-16687/2012/310/PMo

Brno 5. září 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 14. 5. 2012 návrhovatelem –

- **společností Dial Telecom, a.s.**, se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 – Karlín, IČ 28175492, ve správním řízení zastoupenou na základě plné moci ze dne 27. 9. 2011 Mgr. Andreou Stachovou, advokátkou, ev. č. ČAK 10097, AK Schulmann a Stachová, se sídlem Valentinská 92/3, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-3888/2012/540/ZČa, o přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Nejvyššího kontrolního úřadu**, se sídlem Jankovcova 1518/2, 170 04 Praha 7 – Holešovice, IČ 49370227,

učiněných v rámci podlimitní veřejné zakázky „**Provoz datových sítí WAN Nejvyššího kontrolního úřadu**“, zadávané formou zjednodušeného podlimitního řízení, jehož oznámení bylo učiněno výzvou uveřejněnou na profilu zadavatele dne 4. 8. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 2. 5. 2012, č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-3888/2012/540/ZČa,

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Nejvyšší kontrolní úřad, se sídlem Jankovcova 1518/2, 170 04 Praha 7 – Holešovice, IČ 49370227 (dále jen „**zadavatel**“), uveřejnil na profilu zadavatele dne 4. 8. 2011 výzvu k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení na veřejnou zakázku s názvem „**Provoz datových sítí WAN Nejvyššího kontrolního úřadu**“ (dále jen "**veřejná zakázka**").
2. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel 7 nabídek¹, přičemž všechny vyhověly kontrole úplnosti s tím, že z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 31. 8. 2011 vyplývá, že 4 uchazeči byli písemně vyzváni, aby předložili požadované doklady prokazující splnění kvalifikace (z protokolu č. 2 z jednání hodnotící komise ze dne 9. 9. 2011 pak vyplývá, že všichni uchazeči prokázali splnění kvalifikace). Nadto hodnotící komise posoudila splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách, přičemž dospěla k závěru, že z důvodu nejasnosti je třeba požádat o písemné vysvětlení nabídky 3 uchazeče a zároveň doporučila zadavateli vyloučit navrhovatele – společnost Dial Telecom, a.s., se sídlem Křižíkova 36a/237, 186 00 Praha 8 – Karlín, IČ 28175492 (dále jen "**navrhovatel**"), z účasti v zadávacím řízení. Následně dne 9. 9. 2011 rozhodl zadavatel (v souladu s doporučením hodnotící komise) o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení – rozhodnutí o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení obdržel navrhovatel dne 12. 9. 2011 s tím, že proti tomuto rozhodnutí podal navrhovatel dne 26. 9. 2011 námitky².

¹ Tato skutečnost vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 29. 8. 2011.

² V rámci námitek navrhovatel mimo jiné uvedl, že rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení bylo učiněno v rozporu s § 46 odst. 6 zákona s tím, že zadavatel je oprávněn stanovit technické podmínky pro realizaci veřejné zakázky. Je však v rozporu se zákonem, pokud odmítne nabídku uchazeče z důvodu, že nabízené dodávky nebo služby splňují rovnocenným způsobem požadavky vymezené technickými podmínkami. Navrhovatel takové řešení navrhl a doložil potřebnou technickou dokumentaci tak, aby bylo zřejmé, že jím navrhované plnění je v souladu s požadavky

3. Dne 10. 10. 2011 zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení, jelikož na základě dostupných informací dospěl k závěru, že pro plnění veřejné zakázky je způsobilé i jiné technické řešení než požadované, přičemž stávající znění zadávací dokumentace toto jiné technické řešení nepřipouští. Dne 10. 10. 2011 zadavatel navrhovateli oznámil, že s ohledem na to, že zrušil zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku, považuje vypořádání námitek navrhovatele ze dne 26. 9. 2011 za bezpředmětné. Dne 31. 10. 2011 zadavatel rozhodl o námitkách jiného uchazeče ze dne 20. 10. 2011, kterým vyhověl a zrušil tak své rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Téhož dne zadavatel námitky navrhovatele ze dne 26. 9. 2011 odmítl³.
4. Navrhovatel se neztotožnil s odmítnutím jeho námitek, pročež dne 9. 11. 2011 podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad"). V návrhu navrhovatel mimo jiné uvedl, že výjimečnost požadovaného technického řešení je patrná i z toho, že ze sedmi podaných nabídek pouze jediná nabízí toto technické řešení. Zadavatel mohl postupovat i tak, že by nabídky hodnotil bez přihlídnutí k použitému technickému řešení za splnění podmínek § 46 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), přičemž jeho rozhodnutí by bylo v souladu s § 84 odst. 3 písm. b) zákona.
5. Dle něj nebyly splněny podmínky pro odmítnutí jeho námitek, když směřovaly proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, a nikoli proti zadávacím podmínkám. Připustil, že zadávací podmínky byly rovněž v rozporu s § 6 zákona ve spojení s § 45 zákona, když v části týkající se technického řešení měly diskriminující charakter (který pak byl potvrzen v rámci podaných nabídek), když je zřejmé, že uvedenému technickému řešení odpovídá pouze jediná nabídka. Zároveň uvedl, že uchazeč, který splní podmínky dle § 46 odst. 6 zákona, nemá důvod podávat námitky proti zadávací dokumentaci, když zákon výslovně zakazuje zadavateli takovou nabídku vyloučit. S ohledem na výše uvedené navrhl zrušení zadávacího řízení; k zajištění účelu řízení dále navrhl nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení.
6. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 10. 11. 2011⁴, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. O zahájení správního řízení informoval Úřad účastníky řízení oznámením č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-18853/2011/540/ZČa

stanovenými v zadávací dokumentaci. S ohledem na uvedené navrhovatel požadoval, aby zadavatel námitce vyhověl a své rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení zrušil.

³ Jako důvod odmítnutí zadavatel uvedl, že i přes název a použité pojmy v námitkách se jedná o námitky proti zadávacím podmínkám, které se podávají nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek – tato lhůta dle zadavatele marně uplynula. Technologie přenosu dat má dle něj vliv na kvalitu přenosu, což vyplývá ze zkušeností zadavatele, který provozuje spojení jak bezdrátové, tak i světlovodné. Bezdrátové spojení je oproti spojení světlovodnému méně spolehlivé a mají na něj větší vliv vnější okolnosti, zejména meteorologické jevy, což má vliv na kvalitu a celkovou funkčnost. Proto v zadávacích podmínkách požadoval spojení světlovodným vodičem. Nadto podotkl, že rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení bylo napadeno námitkami jiného uchazeče, které byly řádně zdůvodněné, a proto jim musel vyhovět.

⁴ Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 11. 11. 2011.

ze dne 2. 12. 2011, přičemž usnesením č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-18855/2011/540/ZČa z téhož dne stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy, a v níž byli oprávněni vyjádřit své stanovisko, a lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

7. Dne 16. 11. 2011 se k návrhu navrhovatele vyjádřil zadavatel. Pro podání návrhu na přezkum úkonu zadavatele spočívajícího v rozhodnutí zadavatele o vyloučení nabídky navrhovatele z účasti v zadávacím řízení nebyly splněny zákonné podmínky. Navrhovatel dle něj brojil proti zadávacím podmínkám, přičemž lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám uplynula (dle § 110 odst. 3 zákona) dne 5. 9. 2011, neboť lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 29. 8. 2011, přičemž v této lhůtě zadavatel námítky neobdržel. Navrhovatel doručil námítky dne 29. 9. 2011. Dle zadavatele námítky věcně směřují proti zadávacím podmínkám. I v případě, že by bylo možno stěžovateli přisvědčit, že se jedná o námítky proti vyloučení z účasti v zadávacím řízení (a zadavatel fakticky námítky odmítl dne 10. 10. 2011 sdělením navrhovateli, že vypořádání námitek považuje za bezpředmětné), jednalo by se o pozdě podaný návrh z důvodu marného uplynutí lhůty 25 dnů (podle § 114 odst. 5 zákona). Na základě toho zadavatel usoudil, že navrhovatel není oprávněnou osobou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele a navrhl, aby ho Úřad zamítl.
8. Dne 9. 3. 2011 vydal Úřad usnesení, jímž navrhovateli stanovil lhůtu k provedení úkonu – doložení dokladu o datu doručení námitek ze dne 26. 9. 2011 zadavateli s tím, že navrhovatel ve stanovené lhůtě doklad Úřadu nedoručil. Dne 13. 3. 2012 doručil Úřadu podání – odpověď na výzvu Úřadu, jehož obsahem je tvrzení, že vzhledem k tomu, že zadavatel je při doručování do datové schránky orgánem veřejné moci ve smyslu § 18 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "**zákon o elektronických úkonech**"), pro splnění lhůty není rozhodné datum doručení datové zprávy, ale její dodání do datové schránky příjemce. V této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen "**NSS**") sp. zn. 9Afs 28/2010-79 ze dne 15. července 2010, dle něhož podání prostřednictvím datové schránky vůči orgánu veřejné moci (ve smyslu § 18 zákona o elektronických úkonech) je učiněno již okamžikem dodání datové zprávy do schránky orgánu veřejné moci.
9. Dne 15. 3. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-3964/2012/540/ZČa, kterým zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření, jímž měl být zadavateli dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.

II. Napadené rozhodnutí

10. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 2. května 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-3888/2012/540/ZČa (dále jen "**napadené rozhodnutí**"), v jehož výroku dle § 117a písm. a) zákona zastavil předmětné správní řízení, neboť návrh navrhovatele ze dne 10. 11. 2011 neměl předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplnil.

11. Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí následující skutečnosti. V daném případě bylo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 9. 9. 2011 doručeno navrhovateli dne 12. 9. 2011 – posledním dnem pro doručení námitek proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení zadavateli bylo 27. 9. 2011. Z příslušné dokumentace však vyplynulo, že námítka navrhovatele byly zaslány datovou zprávou s datem dodání do datové schránky zadavatele dne 27. 9. 2011, 18:16:40 hod. Ze záznamu elektronického systému spisové služby zadavatele pak vyplynulo, že námítka navrhovatele ze dne 26. 9. 2011 byly zadavateli doručeny až dne 28. 9. 2011 v 9:00 hod., a to automatickým přihlášením zadavatele do datové schránky. Proto Úřad navrhovatele vyzval k zaslání dokladu o doručení námitek zadavateli – ten však v určené lhůtě nedodal.
12. Ve vztahu k tvrzení navrhovatele, že jelikož je zadavatel při doručování do datové schránky orgánem veřejné moci ve smyslu § 18 zákona o elektronických úkonech, není pro splnění lhůty rozhodné datum doručení datové zprávy, ale její dodání do datové schránky příjemce, Úřad uvedl tyto skutečnosti. Komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem upravuje ustanovení § 148 zákona, který v odstavci 2 ponechává volbu prostředků pro doručování na účastnících zadávacího řízení. Při volbě těchto prostředků by zadavatel i dodavatel měli přihlídnout nejen ke spolehlivosti a rychlosti zvoleného způsobu doručování, ale také k tomu, že v případě sporu ponese důkazní břemeno doručení odesílající strana. Zde Úřad poukázal na stanovisko Ministerstva vnitra České republiky (dále jen „**Ministerstvo vnitra**“) ze dne 10. 2. 2011 k otázce doručování prostřednictvím datové schránky při provádění úkonů v zadávacím řízení, dle něhož se na doručení písemnosti podle tohoto zákona použije ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech – taková písemnost je dle Ministerstva vnitra doručena okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k této písemnosti.
13. Tento závěr dle Úřadu vyplývá z aktualizovaného znění metodiky Ministerstva pro místní rozvoj České republiky (dále jen „**Ministerstvo pro místní rozvoj**“) k otázce komunikace prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení. Dle této metodiky platí pro zadavatele – orgán veřejné moci ohledně počítání lhůt v případě doručování prostřednictvím datových schránek při zadávání veřejných zakázek následující: a) dokument je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu, b) fikci doručení dle § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech nebude možné při komunikaci mezi zadavatelem – orgánem veřejné moci a dodavatelem uplatnit s ohledem na soukromoprávní charakter komunikace.
14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se dále Úřad zabýval otázkou, zda byl zadavatel povinen komunikovat prostřednictvím datových schránek s tím, že pro zařazení zadavatele do kategorie zadavatelů, kteří mají zároveň postavení orgánu veřejné moci, není rozhodující, zda vykonává „*vrchnostenskou moc*“, ale pouze to, zda je zadavatel uveden v seznamu orgánů veřejné moci, ve výčtu § 1 odst. 1 zákona o elektronických úkonech – tito zadavatelé jsou povinni komunikovat prostřednictvím datových schránek⁵. Z hlediska správné aplikace

⁵ Ostatní zadavatelé a dodavatelé mohou komunikovat prostřednictvím datových schránek dobrovolně.

zákona o elektronických úkonech je tedy při provádění úkonů v zadávacím řízení stěžejní posouzení, zda zadavatel je či není zároveň i orgánem veřejné moci. Zadavatel je jako státní orgán uveden v seznamu orgánů veřejné moci ve smyslu § 1 odst. 1 zákona o elektronických úkonech, a tudíž je povinen v zadávacím řízení komunikovat prostřednictvím datových schránek.

15. Ve vztahu k rozsudku NSS sp. zn. 9Afs 28/2010-79 ze dne 15. července 2010 Úřad poznamenal, že se předmětné rozhodnutí vztahuje k otázce doručování orgánem veřejné moci (který má postavení účastníka řízení) vůči soudu – orgánu veřejné moci, který měl nezpochybnitelné vrchnostenské postavení, a kdy se jedná o vztah veřejnoprávní povahy a nelze jej tedy aplikovat v zadávacím řízení, kdy bylo navrhovatelem doručováno do datové schránky zadavatele, který toto postavení v zadávacím řízení neměl. Z uvedených časových údajů vyplynulo, že navrhovatel doručil námitky zadavateli až dne 28. 9. 2011 v 9:00 hod., kdy se do datové schránky zadavatele přihlásila osoba, která měla přístup k této písemnosti.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 10. 5. 2012 podal navrhovatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 14. 5. 2012, tedy v zákonem stanovené lhůtě.

Námitky byly dodány do datové schránky zadavatele poslední den lhůty – pro splnění lhůty není rozhodné datum jejich doručení, nýbrž jejich dodání do dat. schránky; podání mělo zákonné náležitosti – nebyl dán důvod k zastavení správního řízení

17. Navrhovatel v první řadě uvádí, že těžiště napadeného rozhodnutí spočívá v otázce doručení námitek navrhovatele zadavateli v zákonné (prekluzivní) lhůtě a dodává, že námitky proti svému vyloučení z další účasti v zadávacím řízení odeslal dne 27. 9. 2011 prostřednictvím datové schránky. Zadavatel si však předmětné námitky z datové schránky vyzvedl až dne 28. 9. 2011. Námitky tak byly dodány (a současně doručeny) do datové schránky zadavatele poslední den lhůty. Navrhovatel poukazuje na argumentaci Úřadu, v rámci níž odkazoval na ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech, a v rámci níž uvedl, že "*dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu*". Uvedené ustanovení však dle navrhovatele dopadá na doručování orgánů veřejné moci prostřednictvím datové schránky, a nikoliv na doručování orgánům veřejné moci, jak vyplývá ze systematického výkladu tohoto ustanovení zákona o elektronických úkonech.
18. Následně navrhovatel deklaruje, že sám zadavatel nikdy nenamítl pozdní doručení námitek, a to ani v řízení o námitkách, ani v řízení před Úřadem. Navrhovatel předložil výpis z datové schránky, z něhož bylo jasně patrné, kdy byly námitky do datové schránky zadavatele dodány, a sice poslední den lhůty. Podání navrhovatele tedy mělo náležitosti dle ustanovení § 114 odst. 3 zákona. Na základě toho má navrhovatel za to, že v daném případě nebyl dán důvod k zastavení správního řízení dle ustanovení § 117a písm. a) zákona.

Úřad se nezabýval argumenty navrhovatele, dle nichž zadavatel spáchal správní delikt

19. Dle navrhovatele se Úřad vůbec nezabýval jeho argumenty, na jejichž základě vyvstává podezření, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, přičemž se zabýval pouze otázkou doručování námitek, o níž mezi navrhovatelem a zadavatelem nikdy nebylo sporu; navíc dle předpisů, které pro navrhovatele nemají závazný charakter.

Stanovisko Ministerstva vnitra ani metodika Ministerstva pro místní rozvoj není závazným právním předpisem

20. Dle další námitky navrhovatele je v odůvodnění napadeného rozhodnutí dále odkazováno na stanovisko Ministerstva vnitra a na metodiku Ministerstva pro místní rozvoj, které uvádějí, že v otázce doručování prostřednictvím datové schránky v zadávacím řízení se aplikuje výše citované ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech. Ani stanovisko Ministerstva vnitra, ani metodika Ministerstva pro místní rozvoj není závazným právním předpisem, který by mohl zavazovat jinak, než jako vnitřní předpis pro těmto ministerstvům podřízené osoby a orgány. Podotýká, že ačkoli zákon o elektronických úkonech připouští v některých (zejména technických) případech, že Ministerstvo vnitra upraví vyhláškou některé podrobnosti k provedení tohoto zákona, toto zmocnění se však týká pouze přesně označených otázek a dle zmocnění obsaženého v tomto zákoně se netýká stanovování pravidel pro doručování prostřednictvím datových schránek.
21. Za situace, kdy by navrhovatel připustil, že výše zmiňované vnitřní předpisy jsou závazné i pro třetí osoby, nemohl by souhlasit s jejich závěry. Na jednu stranu totiž určuje moment doručení okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu, avšak zároveň vylučuje doručení fikcí dle ustanovení § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech, pokud se oprávněná osoba nepřihlásí do datové schránky. De facto tak připouští situaci, kdy by navrhovatel musel uvažovat, že se oprávněná osoba za celých 10 dnů do datové schránky nepřihlásí (např. z technických důvodů) a jím zasláný dokument nebude nikdy doručen – z toho důvodu by navrhovatel měl pro jistotu zvolit zaslání jiným způsobem. Tento výklad odporuje účelu, pro který byly datové schránky určeny a navíc v doručování (ve vztahu k orgánům státní moci) vytváří nepřípustné překážky směřující nad rámec veškerých právních předpisů vztahujících se k institutu doručování.

Úřad tím, že pro zadavatele připouští pravidla pro doručování datovou schránkou vylučující doručování fikcí, zvýhodňuje zadavatele – ve vztahu k doručování navrhovateli se aplikují jen ustanovení zákona předpokládající doručování fikcí, což zakládá nerovnost účastníků

22. Dále navrhovatel poukazuje na nezákonnost napadeného rozhodnutí, neboť to se neopírá o zákonná ustanovení, ale o jiné normativní akty ministerstev, které nejsou všeobecně závazné. Navrhovatel připouští, že zákon o elektronických úkonech neobsahuje explicitní ustanovení týkající se okamžiku doručení vůči orgánům veřejné moci, avšak toto již bylo dovozeno dříve citovanou judikaturou, a proto není možné analogicky aplikovat ustanovení vztahující se k jinému případu doručování. Následně (opakovaně) upozorňuje na to, že se

Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí ztotožnil s výše citovanými metodikami ministerstev. Na druhou stranu mají navrhovatel i zadavatel v rámci zadávacího řízení soukromoprávní postavení, a proto platí rovnost stran. Úřad však tím, že pro zadavatele připouští pravidla pro doručování prostřednictvím datových schránek dle metodiky Ministerstva pro místní rozvoj vylučující doručování fikcí, zvýhodňuje zadavatele, neboť ve vztahu k doručování navrhovateli se aplikují pouze taková ustanovení zákona, která předpokládají doručování fikcí. V důsledku tohoto je přípustné, že zatímco zadavateli nebude moci být datovou schránkou doručeno vůbec, navrhovateli bude doručeno vždy, čímž vzniká nerovné postavení účastníků.

23. Navrhovatel dále poukazuje na skutečnost, že zadavatel je orgánem veřejné moci, jehož činnost není vázána na otevírací dobu či nastavení systému pro odběr datových zpráv z datové schránky s tím, že jeho činnost je nepřetržitá. Opakovaně namítá, že lhůta pro podání námitek má procesní charakter, a proto je rozhodné dodání datové zprávy do sféry vlivu zadavatele, a nikoliv její doručení. S ohledem na to, že námitky navrhovatele byly dodány do datové schránky zadavatele dne 27. 9. 2011, tedy poslední den lhůty, byla zpráva řádně doručena. Výklad zadavatele a Úřadu dle něj dle něj vede k situaci, kdy splnění lhůty je závislé na vůli zadavatele, neboť je zcela v jeho kompetenci, kdy, jak a zda vůbec budou zprávy z jeho datové schránky vybírány, což znamená, že pokud by byl zadavatel v poslední den lhůty v očekávání avizovaných zásilek, datovou schránku by vůbec nevybral. Dle navrhovatele Úřad nepochopitelně souhlasí s interními předpisy ministerstev, že doručování do datových schránek má mnohem horší postavení než doručování do elektronické podatelny, kde k doručení není třeba ze strany zadavatele (kromě technické připravenosti) uskutečnit žádný další krok (zejména pak jeho aktivní přístup k vybírání datových zpráv).

Závěr rozkladu

24. Na základě shora uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
26. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S555/2011/VZ-3888/2012/540/ZČa ze dne 2. 5. 2012 podle § 117a písm. a) zákona zastavil předmětné správní řízení, neboť návrh

navrhovatele neměl předepsané náležitosti ve smyslu § 114 odst. 3 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplnil, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

K námitkám rozkladu

Námítky byly dodány do datové schránky zadavatele poslední den lhůty – pro splnění lhůty není rozhodné datum jejich doručení, nýbrž jejich dodání do dat. schránky; podání mělo zákonné náležitosti – nebyl dán důvod k zastavení správního řízení

28. S argumentací navrhovatele se nelze v žádném případě ztotožnit. V souvislosti s jeho tvrzením, v rámci něhož uvádí, že ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech dopadá na doručování orgánů veřejné moci prostřednictvím datové schránky, a nikoli na doručování orgánům veřejné moci (což má vyplývat ze systematického výkladu tohoto zákona), je třeba uvést následující skutečnosti. V první řadě zdůrazňuji, že tato argumentace obsažená v rozkladu navrhovatele není v odůvodnění napadeného rozhodnutí nijak zpochybňována.
29. Jak bylo správně uvedeno v bodě 29. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech je dokument, který byl dodán do datové schránky, doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu. V tomto případě bylo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 9. 9. 2011 doručeno navrhovateli dne 12. 9. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení zadavateli bylo 27. září 2011. Z předložené dokumentace vyplynulo, že námítky navrhovatele byly zaslány datovou zprávou s datem dodání do datové schránky zadavatele dne 27. 9. 2011 v 18:16:40 hod. K tomu je třeba doplnit, že námítky navrhovatele ze dne 26. 9. 2011 byly zadavateli doručeny až dne 28. 9. 2011 v 9:00 hod., a to automatickým přihlášením zadavatele do datové schránky. Z uvedeného důvodu tak Úřad vyzval navrhovatele k zaslání dokladu o doručení námitek zadavateli v zákonem stanovené lhůtě, který však v dané lhůtě nedodal.
30. Je zcela zřejmé, že komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem upravuje ustanovení § 148 zákona, který v odstavci 2 ponechává volbu prostředků pro doručování na účastnících zadávacího řízení. Při volbě těchto prostředků by zadavatel i dodavatel měli přihlídnout nejen ke spolehlivosti a rychlosti zvoleného způsobu doručování, ale také k tomu, že v případě sporu ponese důkazní břemeno doručení odesílající strana. Nadto Úřad postupoval zcela správně a v souladu se zákonem, když se v bodě 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval otázkou, zda byl zadavatel povinen komunikovat prostřednictvím datových schránek. Pro zařazení zadavatele do kategorie zadavatelů, kteří mají zároveň postavení orgánu veřejné moci, není rozhodující, zda vykonává „vrchnostenskou moc“, ale pouze to, zda je zadavatel uveden v seznamu orgánů veřejné moci – ve výčtu obsaženém v ustanovení § 1 odst. 1 zákona o elektronických úkonech. Tito zadavatelé jsou povinni komunikovat prostřednictvím datových schránek. Ostatní zadavatelé a dodavatelé mohou komunikovat prostřednictvím datových schránek

dobrovolně. Z hlediska správné aplikace zákona o elektronických úkonech je tedy při provádění úkonů v zadávacím řízení klíčové posouzení, zda zadavatel je či není zároveň i orgánem veřejné moci.

31. V tomto případě je naprosto zřejmé, že zadavatel je jakožto státní orgán uveden v seznamu orgánů veřejné moci ve smyslu ustanovení § 1 odst. 1 zákona o elektronických úkonech, a je tudíž povinen v zadávacím řízení komunikovat prostřednictvím datových schránek. K tomu doplňuji, že ustanovení § 17 zákona o elektronických úkonech upravuje doručování dokumentů orgánů veřejné moci prostřednictvím datové schránky, přičemž, jak bylo výše uvedeno, ustanovení § 17 odst. 3 téhož zákona obsahuje úpravu okamžiku doručení takového dokumentu. V této souvislosti poukazuji na to, že ustanovení § 18 zákona o elektronických úkonech upravuje provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci prostřednictvím datové schránky – neobsahuje však úpravu okamžiku doručení takového dokumentu. S ohledem na výše uvedené se tedy plně ztotožňuji s dílčím závěrem obsaženým v bodě 40. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož v rámci komunikace dodavatele se zadavatelem prostřednictvím datových schránek (při provádění úkonů v zadávacím řízení, kdy musí být zachována rovnost postavení stran) je písemnost doručena okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k této písemnosti. Dodání písemnosti podle zákona proto není potřeba aktivně potvrzovat ve smyslu § 18a odst. 2 zákona o elektronických úkonech.
32. Ve vztahu k tvrzení, že navrhovatel předložil výpis z datové schránky, z něhož bylo jasně patrné, kdy byly námítky do datové schránky zadavatele dodány s tím, že jeho podání mělo náležitosti vyplývající z ustanovení § 114 odst. 3 zákona a nebyl tak dán důvod k zastavení správního řízení dle § 117a písm. a) zákona, uvádím následující. Ani s touto námitkou navrhovatele se nelze ztotožnit. Navrhovatel prokazatelně nezaslal Úřadu doklad o doručení námítek zadavateli ve smyslu ustanovení § 114 odst. 3 zákona, přičemž návrh nedoplnil ani ve lhůtě stanovené Úřadem. Podání navrhovatele tedy nemělo předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 zákona, což zakládá důvod pro zastavení správního řízení ve smyslu ustanovení § 117a písm. a) zákona. A to navzdory tomu, že mezi navrhovatelem a zadavatelem nebylo v otázce doručování v zadávacím řízení sporu – tato otázka je navíc v daném kontextu zcela irelevantní.

Úřad se nezabýval argumenty navrhovatele, dle nichž zadavatel spáchal správní delikt

33. Ve vztahu k námitce navrhovatele, dle které se Úřad vůbec nezabýval jeho argumenty, na jejichž základě vyvstává podezření, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, přičemž se zabýval pouze otázkou doručování námítek (o níž mezi navrhovatelem a zadavatelem nikdy nebylo sporu), deklaruji následující. Ani tato argumentace navrhovatele nemůže obstát. V prvé řadě je třeba odkázat na ustanovení § 114 odst. 3 zákona, dle něhož musí být součástí návrhu doklad o složení kauce ve smyslu § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námítek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty dle § 67 odst. 4 zákona s tím, že dle § 117a písm. a) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle § 114 odst. 3 zákona a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní.

34. S ohledem na výše uvedené skutečnosti je zcela zřejmé, že navrhovatel ve stanovené lhůtě Úřadu nedoručil doklad o doručení námitek zadavateli. Jelikož tak návrh navrhovatele neměl předepsané náležitosti dle § 114 odst. 3 zákona (navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplnil), Úřad předmětné správní řízení dle § 117a písm. a) zákona zastavil. Doplnuji, že uvedený postup Úřadu byl zcela správný a souladný se zákonem s tím, že zkoumání, zda se zadavatel dopustil spáchání tvrzeného správního deliktu, tak již bylo v daném kontextu bezpředmětné.

Stanovisko Ministerstva vnitra ani metodika Ministerstva pro místní rozvoj není závazným právním předpisem

35. Neobstojí ani další námitka navrhovatele, v jejímž rámci zpochybňuje konstatování Úřadu, že se v otázce doručování prostřednictvím datové schránky v zadávacím řízení aplikuje ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech, a to s odkazem na stanovisko Ministerstva vnitra a na metodiku Ministerstva pro místní rozvoj s tím, že se nejedná o závazné právní předpisy, které by mohly zavazovat jinak, než jako vnitřní předpisy pro těmito ministerstvům podřízené osoby a orgány. V této souvislosti je předně nezbytné zdůraznit, že se v případě kontraktace veřejných zakázek jedná o soukromoprávní vztah, neboť zde není přítomen žádný prvek vrchnostenského charakteru, dle něhož by mělo být jednání zadavatele v zadávacím řízení posuzováno jako státně-mocenské. Na základě výše uvedeného je tedy třeba učinit dílčí závěr, že úkony zadavatele v zadávacím řízení mají soukromoprávní povahu s tím, že zadavatel ve vztahu k dodavateli vystupuje v zadávacím řízení jako subjekt soukromého práva – oba subjekty tak při uzavírání smlouvy mají rovné postavení, což se z podstaty věci (s ohledem na jejich soukromoprávní povahu) vztahuje i na doručování písemností dle zákona.
36. Ve vztahu k navrhovatelem citovanému stanovisku Ministerstva vnitra a metodice Ministerstva pro místní rozvoj poukazují na tyto skutečnosti. Podle stanoviska Ministerstva vnitra ze dne 10. 2. 2011 k otázce doručování prostřednictvím datové schránky při provádění úkonů v zadávacím řízení se na doručení písemnosti podle tohoto zákona použije ustanovení § 17 odst. 3 zákona o elektronických úkonech, dle něhož *"Dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu"*. Stejný závěr pak vyplývá z aktualizovaného znění metodiky Ministerstva pro místní rozvoj z ledna 2012 k otázce komunikace prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení.
37. S ohledem na výše uvedené je třeba se ztotožnit s konstatováním Úřadu obsaženým v odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož je písemnost doručena okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k této písemnosti, zejména s ohledem na absenci zákonné úpravy okamžiku doručení dokumentů v rámci provádění úkonů vůči orgánům veřejné moci prostřednictvím datové schránky. A rovněž i s ohledem na skutečnost, že v případě komunikace dodavatele se zadavatelem prostřednictvím datových schránek při provádění úkonů v zadávacím řízení

musí být zachována rovnost postavení stran a zároveň i s ohledem na existenci předmětného stanoviska Ministerstva vnitra a předmětné metodiky Ministerstva pro místní rozvoj.

38. Ve vztahu k námitce navrhovatele, že stanovisko Ministerstva vnitra ani metodika Ministerstva pro místní rozvoj nemají charakter závazného právního předpisu, který by mohl zavazovat jinak než jako vnitřní předpis pro těmto ministerstvům podřízené osoby a orgány, deklarují následující skutečnosti. V obecné rovině je třeba poukázat na to, že v případech obdobných tomuto, kdy právní předpis jednoznačně neřeší všechny eventuelní situace, které mohou nastat při jeho aplikaci, je na místě, aby takto nastalé situace vyřešil samotný "tvůrce", respektive "navrhovatel" příslušného právního předpisu, kterým je v případě zákona o elektronických úkonech právě Ministerstvo vnitra, a to v podobě příslušného výkladového stanoviska. Je pravdou, že stanovisko Ministerstva vnitra nemá povahu závazného právního předpisu – i v obecné rovině je vhodné poznamenat, že výkladová stanoviska jako taková nejsou závazná. Jejich nerespektování by však mělo přicházet v úvahu pouze v odůvodněných případech, o který se v dané věci nejedná. Zadavateli, resp. Úřadu, tak nemůže nic bránit v tom, aby se s předmětným stanoviskem Ministerstva vnitra ztotožnil a případně dle něj postupoval. Lze totiž důvodně předpokládat, že Ministerstvo vnitra jakožto "autor" uvedeného právního předpisu poskytne nejlepší odpověď na otázku, co bylo jeho záměrem.

Úřad tím, že pro zadavatele připouští pravidla pro doručování datovou schránkou vylučující doručování fikcí, zvýhodňuje zadavatele – ve vztahu k doručování navrhovatele se aplikují jen ustanovení zákona předpokládající doručování fikcí, což zakládá nerovnost účastníků

39. Neobstojí ani další námitka navrhovatele, v rámci které poukazuje na to, že Úřad v důsledku svého postupu, kdy pro zadavatele připouští pravidla pro doručování prostřednictvím datových schránek dle metodiky Ministerstva pro místní rozvoj vylučující doručování fikcí, zvýhodňuje postavení zadavatele, neboť ve vztahu k doručování navrhovatele se aplikují pouze taková ustanovení zákona, která předpokládají doručování fikcí (čímž má vzniknout nerovné postavení účastníků), uvádím následující. V této souvislosti je třeba poukázat na skutečnost, že z metodiky Ministerstva pro místní rozvoj (která je volně dostupná na www.portal-vz.cz v sekci *Metodiky/stanoviska*) vyplývá, že ohledně počítání lhůt v případě doručování prostřednictvím datových schránek při zadávání veřejných zakázek platí pro zadavatele – orgán veřejné moci mimo jiné následující pravidlo: *fikci doručení podle ustanovení § 17 odst. 4 zákona o elektronických úkonech není možné při komunikaci mezi zadavatelem – orgánem veřejné moci a dodavatelem uplatnit s ohledem na soukromoprávní charakter komunikace.*
40. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, že zadavatel je orgánem veřejné moci, jehož činnost není vázána na otevírací dobu (či nastavení systému pro odběr datových zpráv z datové schránky) s tím, že jeho činnost je nepřetržitá, a též v souvislosti s jím deklarovaným nerovným postavením účastníků při doručování datovou schránkou, je nezbytné uvést následující. Je neoddiskutovatelným faktem, že v případě zadavatele se jedná o orgán veřejné moci – avšak pouze při výkonu kontrolní činnosti s tím, že tuto činnost lze označit jako nepřetržitou. Nelze ovšem předpokládat, že běžné činnosti a agendy, které mají

zabezpečovat chod zadavatele, mají rovněž nepřetržitý charakter. Z výše uvedeného důvodu je třeba i tuto námitku jako zcela neodůvodněnou zamítnout.

41. Ve vztahu k tvrzení, že Úřad má jakožto orgán veřejné moci povinnost k obsluhování a používání datových schránek, pak doplňuji následující. Jak již bylo uvedeno v odůvodnění tohoto (i napadeného) rozhodnutí, jednání zadavatele v zadávacím řízení nemůže být posuzováno jako státně-mocenské. Jak dodavatel, tak zadavatel (ač jindy skutečně je v postavení orgánu veřejné moci) tedy mají při uzavírání smlouvy rovné postavení, což se vztahuje i na doručování písemností dle zákona (s ohledem na jejich soukromoprávní povahu). Proto na zadavatele nelze pohlížet optikou doktríny kontinuity výkonu veřejné moci, dle níž by mu měla být datová zpráva doručena dnem jejího dodání do datové schránky (viz přecházející odstavce). I tuto námitku navrhovatele s ohledem na výše uvedené jako neopodstatněnou zamítám.

V. Závěr

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

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. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Nejvyšší kontrolní úřad, Jankovcova 1518/2, 170 04 Praha 7 – Holešovice
2. Mgr. Andrea Stachová, AK Schulmann a Stachová, Valentinská 92/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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