



UOHSX008CSQK

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R138/2015/VZ-22069/2016/321/OHo

Brno 24. května 2016

V řízení o rozkladu ze dne 14. 5. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- společnost **Euro Energie CZ, s.r.o.**, IČO 27256103, se sídlem Pod Javory 1416/38, 148 00 Praha 4 – Kunratice,

proti usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2015/VZ-10022/2015/541/MSc ze dne 29. 4. 2015, kterým bylo zastaveno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Armádní Servisní, příspěvková organizace**, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zprostředkování obchodu s elektrickou energií a zemním plynem na komoditní burze pro období 2015-2017**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2014, pod ev. č. 401261, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **FIN-servis, a.s.**, IČO 26439573, se sídlem Dr. Vrbenského 2040, 272 01 Kladno,

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:

Usnesení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S191/2015/VZ-10022/2015/541/MSc ze dne 29. 4. 2015

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Dne 25. 3. 2015 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel návrh navrhovatele – společnosti Euro Energie CZ, s.r.o., IČO 27256103, se sídlem Pod Javory 1416/38, 148 00 Praha 4 – Kunratice, zastoupené v řízení před správním orgánem na základě plné moci ze dne 1. 3. 2015 Mgr. Martinou Otrubovou, advokátkou, ev. č. ČAK 03880, Advokátní kancelář Otrubová, Kučera a spol., se sídlem Bohdalecká 1490/25, 101 00 Praha 10 (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Armádní Servisní, příspěvková organizace, IČO 60460580, se sídlem Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „Zprostředkování obchodu s elektrickou energií a zemním plynem na komoditní burze pro období 2015-2017“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 12. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 12. 2014 pod ev. č. 401261 (dále jen „**veřejná zakázka**“). Navrhovatel se domáhal nápravného opatření, spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, kterou byla nabídka vybraného uchazeče – společnosti FIN-servis, a.s., IČO 26439573, se sídlem Dr. Vrbenského 2040, 272 01 Kladno (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Dne 2. 4. 2015 obdržel Úřad od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce, ze které vyplynulo, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem na předmět veřejné zakázky dne 24. 3. 2015 smlouvu o poskytování služeb.

### **II. Napadené usnesení**

3. Dne 29. 4. 2015 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S191/2015/VZ-10022/2015/541/MSc (dále jen „**napadené usnesení**“), kterým bylo správní řízení zastaveno podle § 66 odst. 1 písm. b)

---

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), neboť byla podána žádost (návrh) zjevně nepřijatelná.

4. V odůvodnění napadeného usnesení Úřad uvedl, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel uzavřel před podáním návrhu smlouvu s vybraným uchazečem, je zřejmé, že návrhu navrhovatele nelze vyhovět, neboť se svým podáním domáhá něčeho, co již není právně možné. Úřad může uložit nápravné opatření pouze, pokud nedošlo k uzavření smlouvy a nelze tak zrušit rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, jak se domáhá navrhovatel.
5. Vzhledem k tomu, že byl navrhovatelem podán návrh zjevně právně nepřijatelný, rozhodl Úřad o zastavení správního řízení.

### **III. Námitky rozkladu**

6. Dne 14. 5. 2015 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené usnesení bylo navrhovateli doručeno dne 30. 4. 2015. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
7. Dle navrhovatele zadavatel úmyslně porušil zákaz v § 111 odst. 5 zákona. Z komentářové literatury pak vyplývá, že takto protizákonně uzavřená smlouva je absolutně neplatná a tedy není možné dovodit, že nelze uložit nápravné opatření dle §118 odst. 1 zákona.
8. Dále navrhovatel namítá nepřipadnost argumentace judikaturou uvedenou v napadeném usnesení, když ve věci rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015 byla smlouva uzavřena až poté, co Úřad pravomocně rozhodl. Předmětná situace je tak dle navrhovatele fakticky zcela odlišná, když v předmětném případě zadavatel uzavřel smlouvu v době, kdy mu to zákon výslovně zakazoval.

#### **Závěr rozkladu**

9. Navrhovatel navrhuje, aby bylo napadené usnesení zrušeno a věc vrácena k dalšímu řízení.

### **IV. Řízení o rozkladu**

10. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele**

11. Dne 25. 5. 2015 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k rozkladu navrhovatele. Zadavatel sděluje, že přílohou námitek ze dne 3. 3. 2015 byla plná moc advokátky, a proto doručoval na adresu příslušné advokátní kanceláře, kam bylo rozhodnutí o námitkách doručeno dne 13. 3. 2015. Z toho vyplývá, že měl být návrh navrhovatele Úřadu doručen nejpozději dne 23. 3. 2015.
12. Zadavatel dále poukazuje na skutečnost, že měl být návrh podán prostřednictvím zplnomocněné advokátní kanceláře, že stěžovatel, který nepodal námitky, není oprávněn podat Úřadu v téže věci podnět a že byl návrh navrhovatele podán v rozporu s § 114 odst. 4 zákona po uplynutí stanovené lhůty. Zadavatel je přesvědčen, že dodržel všechny zákonné lhůty a navrhuje, aby byl rozklad zamítnut.

### Stanovisko předsedy Úřadu

13. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného usnesení a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
14. Úřad tím, že svým usnesením č. j. ÚOHS-S191/2015/VZ-10022/2015/541/MSc ze dne 29. 4. 2015 zastavil správní řízení, neboť byl podán návrh zjevně právně nepřípustný, postupoval 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 usnesení.

### V. K námitkám rozkladu

15. Podle § 118 odst. 1 zákona, nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
16. Jak vyplývá z výše uvedeného ustanovení a jak uvedl Úřad v napadeném usnesení, podmínkou pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona, jehož se dovolával v návrhu navrhovatel, tedy zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 12. 3. 2015, je mimo jiné stav, kdy nebyla dosud uzavřena smlouva. V předmětném případě smlouva uzavřena byla dne 24. 3. 2015, což je důvodem proč Úřad rozhodl tak, že je návrh navrhovatele zjevně nepřípustný.
17. Navrhovatel tento závěr napadá z důvodu, že byla smlouva na předmět plnění veřejné zakázky uzavřena neplatně. Navrhovatel se tak dožaduje, aby Úřad vyslovil neplatnost smlouvy na základě údajného porušení zákona. Ponechává stranou otázku, zda je vůbec Úřad oprávněn k přímému rozhodování o platnosti či neplatnosti smlouvy (srov. rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 594/2012 ze dne 30. 7. 2013), považuji za klíčové východisko vyplývající ze zákona to, že konstatování o neplatnosti smlouvy je koncipováno jako řešení *ultima ratio* v § 118 odst. 6 zákona. Toto ustanovení stanoví následující: „*Smlouva na plnění veřejné zakázky se stává neplatnou z důvodu nedodržení postupu podle tohoto zákona pouze v případech, kdy Úřad uloží zákaz jejího plnění podle odstavce 2. Neplatnost z jiných důvodů tím není dotčena.*“ Z uvedeného vyplývá, že aby bylo na základě rozhodnutí Úřadu možno považovat smlouvu na veřejnou zakázku za neplatnou, musí Úřad nejprve pravomocně uložit zákaz jejího plnění, který se dle § 118 odst. 2 zákona ukládá na návrh podle § 114 odst. 2 zákona. Toto ustanovení zní: „*Po uzavření smlouvy lze podat návrh pouze*
  - a) *proti uzavření smlouvy bez předchozího uveřejnění zadávacího řízení,*
  - b) *proti porušení zákazu uzavření smlouvy stanovenému tímto zákonem nebo předběžným opatřením podle § 117 odst. 1, nebo*
  - c) *v případě postupu zadavatele podle § 82 odst. 3.*

*Navrhovatel se může domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy.“*

18. Z uvedeného je tedy zřejmé, že aby Úřad vůbec mohl konstatovat neplatnost smlouvy, musí být dodržena souslednost určitých kroků podle zákona a to tak, že bude navrhovatelem podán návrh podle § 114 odst. 2 zákona, v němž se navrhovatel bude domáhat pouze uložení zákazu plnění smlouvy. Pokud by tomuto návrhu bylo vyhověno z důvodů podle § 118 odst. 2 zákona, a tedy byl by Úřadem uložen zákaz jejího plnění, pak teprve by se smlouva mohla stát neplatnou podle § 118 odst. 6 zákona.
19. V daném případě však navrhovatel nepodal návrh podle § 114 odst. 2 zákona, v němž by se domáhal uložení zákazu plnění smlouvy. Již první z výše uvedených předpokladů tak nebyl naplněn, jelikož návrh navrhovatele byl podán proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Za takovéto situace tak Úřad nemohl rozhodnout o uložení zákazu plnění smlouvy, který je možno uložit jen na příslušný návrh, a je tedy i zcela mimo pravomoc Úřadu jakákoliv úvaha o možné neplatnosti smlouvy.
20. Pro srovnání považuji za důležité poukázat i na ust. § 120 odst. 1 písm. d) zákona, které stanoví, že se zadavatel dopustil správního deliktu i tím, že uzavřel smlouvu v rozporu s § 111 odst. 5 zákona. Ustanovení o správním deliktu ale již nijak dále nestanoví, že by se takto uzavřená smlouva zároveň stávala neplatnou. I na základě této skutečnosti tak nelze než dojít k závěru, že byla na předmět plnění veřejné zakázky uzavřena z pohledu zákona platná smlouva. Tato smlouva pak vylučuje věcný přezkum rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, v souladu s judikaturními závěry, jež uvedl Úřad v napadeném usnesení. Lze tedy konstatovat, že Úřad postupoval správně, když správní řízení podle § 66 odst. 1 písm. b) správního řádu zastavil, neboť byla podána žádost (návrh) zjevně právně nepřijatelná.
21. K námitce navrhovatele o nemožnosti aplikace závěrů z rozsudku č. j. 4 As 249/2014-43 ze dne 31. 3. 2015 uvádím, že specifické okolnosti obou případů nemají žádný vliv na obecné teze o nutnosti aplikace ustanovení správního řádu o zastavení řízení na případy, kdy byl podán návrh na uložení nápravného opatření až po uzavření smlouvy. Jak vyplývá i z výše uvedeného, je nutno rozlišovat mezi jednotlivými druhy návrhů podle zákona a návrh na uložení nápravného opatření nelze ztotožňovat s návrhem na uložení zákazu plnění smlouvy. Pakliže byl přitom navrhovatel přesvědčen, že nastala situace, která by odůvodňovala uložení zákazu plnění smlouvy, nic mu nebránilo takový návrh podat. V předmětném případě byl návrh podán za účelem vydání nápravného opatření v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, tudíž je aplikace obecného závěru z výše uvedeného rozsudku zcela na místě.
22. Nad rámec výše uvedeného k otázce doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, což je skrytou podstatou námitek navrhovatele, vycházející ze stanoviska, jež předložila jeho zástupkyně ve sdělení ze dne 17. 4. 2015 (dále jen „sdělení“), tedy že bylo rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky doručeno dne 16. 3. 2015, protože lhůta k podání návrhu uplynula dne 26. 3. 2015, a proto byl návrh navrhovatele ze dne 25. 3. 2015 podán včas, uvádím následující.
23. Ust. § 111 odst. 5 zákona stanoví, že zadavatel nesmí „(...) před uplynutím lhůty pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a je-li tento návrh podán včas, ve lhůtě 45 dnů ode dne doručení námitek uzavřít smlouvu.“ Lhůta, ve které zadavatel nesmí uzavřít smlouvu, tak automaticky není 45 dní, jak naznačuje navrhovatel v rozkladu, ale

nejprve 10 kalendářních dní v souladu se lhůtou pro podání návrhu podle § 114 odst. 4 zákona. Tím se myslí 10 kalendářních dnů ode dne, v němž navrhovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.

24. V této souvislosti konstatuji, že i přes úpravu ve veřejnoprávním předpise je charakter vztahu mezi zadavatelem a uchazeči o veřejnou zakázku zásadně vztahem soukromoprávním, jak vyplývá kupříkladu z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2013. Z toho důvodu je tak i při komunikaci mezi zadavatelem a uchazeči postupováno podle obecných soukromoprávních zásad, když ani zákon sám neobsahuje speciální ustanovení k otázce samotného doručování, jen obecně v § 148 odst. 2 zákon stanovuje, kterými způsoby je doručování možné, když z uvedeného výčtu nevyplývá prakticky žádné reálné omezení při volbě preferovaného doručovacího prostředku. Jen na okraj připomínám, že zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jež nabyl účinnosti dne 1. 4. 2012, byla z § 148 zákona vypuštěna věta: *„Pokud to povaha písemností umožňuje, doručují se písemnosti podle tohoto zákona prostřednictvím datové schránky podle jiného právního předpisu.“*
25. Zákon dále nijak nestanoví, že by bylo povinností při komunikaci s uchazeči doručovat podání „do vlastních rukou“, tak jak stanoví kupříkladu správní řád pro doručování ze strany správního orgánu dle § 19 odst. 4 správního řádu. V této souvislosti je tak nutno vyvrátit i tezi předestřenou ve výše zmiňovaném sdělení prostřednictvím odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 8 As 64/2011, jenž se zabýval doručováním advokátovi podle správního řádu. Jak vyplývá z výše uvedené povahy komunikace v zadávacím řízení, v daném případě nebylo ze strany zadavatele doručováno v režimu správního řádu, jako ve věci výše uvedeného rozsudku, a tedy ani při doručování advokátnímu zástupci navrhovatele se neuplatňuje ust. § 20 odst. 6 správního řádu. Na doručování rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele tedy nebyly kladeny žádné specifické požadavky zákonem ani správním řádem, a proto bylo toto rozhodnutí doručováno jako obyčejná zásilka kurýrní službou v režimu soukromého práva. V tomto režimu se pak uplatňují obecné zásady doručení právního jednání podle § 570 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, tedy teorie dojití. K té uvedl Nejvyšší soud kupříkladu v rozsudku sp. zn. 32 Odo 442/2003 ze dne 15. 1. 2004 následující: *„Z povahy adresovaných právních úkonů vyplývá, že ke své perfekci (vzniku) vyžadují, aby byly seznatelné těmi osobami, kterým jsou určeny (uplatňuje se tzv. teorie dojití). Nedošel-li projev vůle jednatelů do sféry adresáta, právní úkon není perfektní. Projev vůle dojde adresátovi, jakmile se dostane do sféry jeho dispozice, tzn. v okamžiku, kdy adresát nabude objektivní možnost seznámit se s obsahem projevu vůle. Dojití projevu vůle do sféry adresáta dovršuje proces vzniku jednostranného právního úkonu. Z použití teorie dojití vyplývá i závěr, že od okamžiku dojití projevu vůle do sféry adresáta je právní úkon pro jednatelů subjekt závazný a nelze jej jednostranně odvolat. Není přitom nezbytné, aby se adresát seznámil s obsahem právního úkonu, dostačuje, že měl objektivně možnost seznat jeho obsah.“*
26. Z výše uvedeného a ze sdělení zástupkyně navrhovatele je zřejmé, že v souladu s výše uvedenou teorií bylo ze strany zadavatele zákonným způsobem (kurýrní službou) rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele doručeno do sféry dispozice zástupkyně navrhovatele (osobě oprávněné přebírat běžné zásilky) dne 13. 3. 2015. V této souvislosti připomínám, že ve sdělení uvedená tvrzení, že se zástupkyně navrhovatele s rozhodnutím zadavatele měla

možnost seznámit až 16. 3. 2015, a že byla zásilka s uvedeným rozhodnutím předána osobě oprávněné přejímat jen běžné zásilky České pošty, s.p., nebyla nijak důkazně podpořena. Nebylo nijak prokázáno, že by existovala plná moc opravňující třetí osobu k přejímání běžných zásilek od České pošty s.p., a že by touto plnou mocí bylo zároveň vyloučeno přijímání jiných běžných zásilek. Zástupkyně navrhovatele rovněž nijak neprokázala, z jakého důvodu jí předmětná zásilka nebyla předána tentýž den, když dle dokladu o doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele došlo k převzetí zásilky od kurýrní služby již 13. 3. 2015 v 8:36 hod, tedy v ranních hodinách standardního pracovního dne. Jak jsem již uvedl výše v dané věci je podstatné, kdy byla předmětná zásilka doručena do dispoziční sféry adresáta, tedy v tomto případě zástupkyně navrhovatele. Z předloženého dokladu o doručení přitom nevyplývá, že by k němu došlo až v pondělí 16. 3. 2015, jak uvádí zástupkyně navrhovatele, a tedy teze navrhovatele vyjádřená v rozkladu, že zadavatel nesměl uzavřít smlouvu minimálně do 17. 4. 2015, je i vzhledem ke znění § 111 odst. 5 zákona nesprávná. Vzhledem k uvedenému tak uzavírám, že poslední den lhůty, v níž měl zadavatel zakázáno uzavřít smlouvu, připadl (po uplynutí 10 kalendářních dnů ode dne doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele) na 23. 3. 2015. Zadavatel přitom smlouvu uzavřel následujícího dne, tedy 24. 3. 2015, kdy již zákaz uzavřít smlouvu uplynul, stejně jako lhůta pro podání návrhu ve věci předmětných námitek.

27. Z výše uvedeného tak plyne, že ani při posouzení otázky doručení nemohl Úřad dojít k jinému závěru, než že případnému rozhodnutí ve věci návrhu navrhovatele na uložení nápravného opatření v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bránila platná smlouva, uzavřená ještě před podáním návrhu navrhovatele. Napadené usnesení je proto správné a v souladu se zákonem.

## **VI. Závěr**

28. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného usnesení z důvodů uváděných v rozkladu.
29. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené usnesení 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. Armádní Servisní, příspěvková organizace, Podbabská 1589/1, 160 00 Praha 6
2. Euro Energie CZ, s.r.o., Pod Javory 1416/38, 148 00 Praha 4
3. FIN-servis, a.s., Dr. Vrbenského 2040, 27201 Kladno

### **Vypraveno dne:**

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