



UOHSX008QJPE

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0532/2016/VZ-34644/2016/511/KLi

Brno: 18. srpna 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 27. 7. 2016 na návrh ze dne 26. 7. 2016, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Bohumín, IČO 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín,
- navrhovatel – ENERGIE DIRECT, s.r.o., IČO 29237980, se sídlem Údolní 599/37, 602 00 Brno,
- vybraný uchazeč – BM servis a.s., IČO 47672315, se sídlem Krátká 775, 735 81 Bohumín,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Opatření ke snížení energetické náročnosti veřejného osvětlení v Bohumíně“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 5. 2016 odesláním výzvy k podání nabídky ze dne 18. 5. 2016,

rozhodl takto:

Správním řízením **se** podle ustanovení § 117a písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť k návrhu navrhovatele – ENERGIE DIRECT, s.r.o., IČO 29237980, se sídlem Údolní 599/37, 602 00 Brno – ze dne 26. 7. 2016 a zasílanému Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku „Opatření ke snížení energetické náročnosti veřejného osvětlení v Bohumíně“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 5. 2016 odesláním výzvy k podání nabídky ze dne 18. 5. 2016, nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 27. 7. 2016 návrh navrhovatele – ENERGIE DIRECT, s.r.o., IČO 29237980, se sídlem Údolní 599/37, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel“) – ze dne 26. 7. 2016 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – město Bohumín, IČO 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín (dále jen „zadavatel“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Opatření ke snížení energetické náročnosti veřejného osvětlení v Bohumíně“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 24. 5. 2016 odesláním výzvy k podání nabídky ze dne 18. 5. 2016 (dále jen „veřejná zakázka“). Dnem 27. 7. 2016, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle ustanovení § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
2. Navrhovatel ve svém návrhu brojí proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že realizace projektu musí zajistit celkovou minimální úsporu elektrické energie ve výši 35 %. Míra roční úspory elektrické energie regulací byla současně jedním z dílčích hodnotících kritérií s váhou 35 %. Navrhovatel konstatuje, že vybraný uchazeč – BM servis a.s., IČO 47672315, se sídlem Krátká 775, 735 81 Bohumín (dále jen „vybraný uchazeč“) – ve své nabídce uvedl míru roční úspory elektrické energie regulací ve výši 40 %. Podle navrhovatele je však tato hodnota nabídnutá vybraným uchazečem nedosažitelná. Dle navrhovatele *„se hodnotící komise měla zabývat tím, zda se ze strany vítězného uchazeče nejedná o nepřijatelnou nabídku s ohledem na to, že pokud by postupoval dle příslušných norem ČSN, nemohl by při svém výpočtu dosáhnout výše míry roční úspory ve výši 40 %.“* Navrhovatel se dále domnívá, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nedostatečně vypořádal s argumenty vznesenými v námitkách. Dále navrhovatel poukazuje na možnou podjatost členů hodnotící komise. Navrhovatel žádá Úřad, aby uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Zároveň navrhovatel žádá, aby Úřad vydal předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona.
3. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0532/2016/VZ-31537/2016/511/KLi ze dne 29. 7. 2016.

ZÁVĚRY ÚŘADU

5. Úřad přezkoumal náležitosti návrhu a na základě zjištěných skutečností konstatuje, že návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve věci předmětné veřejné zakázky nesplňuje podmínky stanovené v § 114 odst. 3 zákona, neboť neobsahuje doklad o doručení námitek zadavateli,

a proto správní řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavil. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

6. Podle § 114 odst. 3 zákona návrh vedle obecných náležitostí podání musí obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o veřejné zakázce. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 115 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
7. Podle § 117a písm. d) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže k návrhu zasílanému Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku není připojen doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona.
8. K návrhu navrhovatele ze dne 26. 7. 2016 doručenému Úřadu dne 27. 7. 2016 prostřednictvím datové schránky byly připojeny následující přílohy:
 - výzva k podání nabídky ze dne 18. 5. 2016,
 - protokol o otevírání obálek s nabídkami ze dne 13. 6. 2016,
 - oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 28. 6. 2016,
 - námitky navrhovatele ze dne 8. 7. 2016,
 - rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 18. 7. 2016, včetně dokladu o doručení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatelů,
 - doklad o složení kauce.
9. Úřad konstatuje, že v samotném textu návrhu není uvedeno, že jeho součástí je doklad o doručení námitek zadavateli, a tento doklad není ani obsahem příloh datové zprávy doručené Úřadu.
10. Zákonodárce v ustanovení § 114 odst. 3 zákona výslovně stanovil požadavek, že součástí návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku má být doklad o doručení námitek.
11. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že zákon rozlišuje náležitosti návrhu, jejichž nesplnění lze odstranit ve lhůtě stanovené Úřadem [srov. § 117a písm. a) zákona] a náležitosti, jejichž absence je důvodem pro zastavení řízení bez dalšího, kam patří mj. i ustanovení § 117a písm. d) zákona. V naposledy uvedeném ustanovení zákona, pod které je třeba podřadit také šetřený případ, zákonodárce možnost zhojení nesplnění náležitostí návrhu v dodatečně lhůtě stanovené Úřadem nezakotvil. Úřad proto nemůže navrhovatele k odstranění takové vady řízení vyzvat či zkoumat důvody absence zákonné náležitosti návrhu.
12. Přílohou návrhu navrhovatel učinil námitky ze dne 8. 7. 2016 proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 8. 7. 2016. K tomu Úřad uvádí, že je zapotřebí rozlišovat mezi písemností – námitkami – která obsahuje text samotných námitek, a dokladem o doručení těchto námitek. Námitky obsahují zejména informace o tom, proti jakým úkonům zadavatele

navrhovatel brojí, a čeho se domáhá. Oproti uvedenému je doklad o doručení námitek dokumentem prokazujícím řádnost a včasnost doručení námitek, nebo naopak jejich opožděnost. S ohledem na výše uvedené nelze zaměňovat námitky s dokladem o jejich doručení zadavateli.

13. Navrhovatel zaslal Úřadu jako přílohu návrhu rovněž rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 18. 7. 2016, kterým zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl. K okamžiku doručení námitek se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevyjadřuje, pouze uvádí, že podané námitky přezkoumal, tuto skutečnost však nelze považovat za doklad, který prokazuje řádnost a včasnost doručení námitek, neboť dle Úřadu je třeba rozlišovat mezi písemností, kterou je o námitkách rozhodováno, a vlastním dokladem o doručení námitek. Úřad dodává, že rozhodnutí o námitkách by za doklad o doručení námitek nebylo možno považovat ani v případě, kdy by zadavatel v textu tohoto rozhodnutí uvedl konkrétní datum, kdy mu byly námitky doručeny, neboť z takové písemnosti nelze prokazatelně zjistit, že byly námitky skutečně doručeny řádně a včas.
14. Rozdíl mezi rozhodnutím o námitkách a dokladem o doručení námitek je tedy v tom, že rozhodnutí o námitkách obsahuje informaci o tom, jak zadavatel s námitkami navrhovatele naložil, a případně poučení navrhovatele v souladu s ustanovením § 114 odst. 3 zákona, zatímco doklad o doručení námitek by měl jednoznačně prokazovat samotné doručení takových námitek zadavateli. Zjednodušeně řečeno, přiložené rozhodnutí o námitkách neprokazuje způsob doručení a včasnost podaných námitek, a není tedy dokladem o jejich doručení, který je zákonodárcem, jednoznačně užitou formulací ustanovení § 114 odst. 3 zákona, požadován. Úřad pro úplnost dodává, že součástí zasláného rozhodnutí o námitkách ze dne 18. 7. 2016 byl i výpis z datové schránky navrhovatele prokazující datum dodání tohoto rozhodnutí do datové schránky navrhovatele. Tento výpis však ničeho nevyovídá o datu a způsobu doručení námitek zadavateli, a není tak dokladem o jejich doručení.
15. To, že samo rozhodnutí o námitkách (či případný postup zadavatele dle § 111 odst. 4 zákona) nelze považovat za doklad o včasnosti (či opožděnosti) jejich doručení, lze ostatně demonstrovat i pomocí argumentu a simili. Nelze jistě pochybovat o tom, že v situaci, kdy by navrhovatel učinil přílohou návrhu rozhodnutí zadavatele o odmítnutí námitek z důvodu, že byly doručeny opožděně, by Úřad nebyl oprávněn návrh bez dalšího zamítnout jako podaný neoprávněnou osobou podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona s odůvodněním, že má k dispozici doklad o opožděném doručení námitek. Není-li pak tvrzení o opožděném doručení námitek dokladem o jejich skutečně opožděném doručení, nemůže být logicky ani postup zadavatele odpovídající včasnému doručení námitek (tj. jejich přezkoumání a rozhodnutí o nich) dokladem o tom, že byly skutečně doručeny včas (a řádně).
16. Zákonodárce v ustanovení § 114 odst. 3 zákona uvedl výslovně požadavek, že přílohou návrhu musí být doklad o doručení námitek zadavateli. Přesné stanovení okamžiku doručení námitek je přitom rozhodující pro stanovení počátku běhu dalších lhůt v zadávacím i správním řízení. Žádnou z navrhovatelem přiložených příloh k návrhu nelze považovat za doklad o doručení námitek zadavateli. Z uvedeného vyplývá, že návrh navrhovatele nenaplnuje požadavky zákona na doložení dokladu o doručení námitek.
17. V souvislosti s řešenou problematikou je možno dodat, že v případech, kdy je požadováno prokázání způsobu a doby doručení, tedy kdy je třeba, aby bylo doručení doloženo, jako je

tomu ve zde posuzovaném případě, musí být zajištěn písemný doklad stvrzující, že písemnost byla doručena, nebo že poštovní zásilka obsahující písemnost byla dodána, včetně dne, kdy se tak stalo. V případě užití elektronických komunikací je možno za doklad o doručení považovat záznam (informaci), který jednotlivé elektronické prostředky umožňují, ze kterého je zřejmé datum a způsob doručení.

18. Dokladem o doručení námitek Úřad nerozumí toliko „doručenku“. Byť by se mohl jevit ve výroku uvedený závěr jako vysoce formalistický, není tomu tak v posuzovaném případě. Pokud by předložil navrhovatel „doklad“, z něhož by mohl být postaven najisto okamžik doručení námitek, což je stěžejní pro další postup Úřadu (důležitost je akcentována tím, že zákonodárce doklad o doručení námitek výslovně stanovil jako náležitost, kterou musí navrhovatel spolu s návrhem předložit, a dále tím, že k jeho předložení Úřad nemá dodatečně vyzývat a poskytovat k tomu dodatečnou lhůtu, poněvadž jde o požadavek jasně plynoucí ze zákona a je chybou navrhovatele, pokud jej nepřiloží), a to např. vlastní právní jednání – listinu obsahující námitky, na které by např. bylo razítko s datem a další náležitosti převzetí (podpis atd.), resp. doručení těchto námitek zadavateli, šlo by ještě o takový, zákonem předvídaný „doklad o doručení námitek“. V posuzovaném případě však navrhovatel přiložil mj. námitky a rozhodnutí o námitkách, z nichž není možné ověřit, zda skutečně byly námitky resp. následný návrh na zahájení správního řízení doručeny řádně a včas.
19. Úřad s ohledem na výše uvedené v daném případě nemá najisto postaveno, zda navrhovatel v souvislosti s podáním námitek splnil to, co mu zákon ukládá, což má navrhovatel v souladu s ustanovením § 114 odst. 3 zákona právě prokázat prostřednictvím dokladu o doručení námitek, který má tvořit přílohu návrhu. Úřad dodává, že přesné stanovení okamžiku doručení námitek je klíčové pro stanovení počátku běhu dalších lhůt, jako je například zákonná blokační lhůta, ve které nelze uzavřít smlouvu. I ze zde předestřené argumentace Úřadu je evidentní, jaký dopad má to, že součástí návrhu navrhovatele nebyl doklad o doručení námitek, a že přiložené rozhodnutí o námitkách není schopno nahradit doklad o jejich doručení.
20. Povinnost připojit k návrhu zasílanému Úřadu před uzavřením smlouvy doklad o doručení námitek zadavateli, jejíž nesplnění má za následek zastavení správního řízení, vyplývá rovněž z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, viz např. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0801/2015/VZ-43555/2015/522/JKr ze dne 9. 12. 2015, rozhodnutí č. j. ÚOHS-S853/2015/VZ-01289/2016/511/BMa ze dne 12. 1. 2016 nebo rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0010/2016/VZ-02939/2016/MOn ze dne 26. 1. 2016 (všechna pravomocná rozhodnutí Úřadu dostupná z: www.compet.cz).
21. Pro úplnost Úřad v daném případě nad rámec již uvedeného doplňuje, že nepřehlédl skutečnost, že navrhovatel přílohou návrhu učinil námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 8. 7. 2016, stejně jako rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 18. 7. 2016, z čehož lze usoudit, že navrhovatel svoje námitky zadavateli doručil. Nicméně tato skutečnost nemůže nahradit zákonem požadovaný doklad o doručení námitek, ačkoliv v zásadě strany doručení námitek nečiní primárně sporným. Tato okolnost však nic nemění na skutečnosti, že Úřad má povinnost z moci úřední při přijetí návrhu ověřit, zda návrh splňuje všechny zákonem vyžadované náležitosti, kdy, jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, navrhovatel nesplnil všechny požadavky, jež jsou na něj ustanovením § 114 odst. 3 zákona kladeny.

22. K uvedenému Úřad uvádí, že v dané věci by nebylo možno přijmout ani případnou argumentaci navrhovatele vycházející z ustanovení § 19 odst. 5 a 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Na šetřený případ nelze výše uvedená ustanovení § 19 odst. 5 a 6 správního řádu, kde je v těchto ustanoveních in fine uvedeno „*písemnost se považuje za doručenou jen v případě, že adresát písemnosti její převzetí od příjemce uzná nebo že je z jeho postupu v řízení zjevné, že mu bylo doručeno.*“ a dále, že „*Písemného dokladu o doručení nebo dodání však není zapotřebí, je-li z postupu účastníka řízení v řízení zjevné, že mu bylo doručeno*“, aplikovat, neboť jak dovodil Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 As 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2013, vztah mezi dodavatelem a zadavatelem je primárně vztahem soukromoprávním. Z uvedeného plyne, že doručování námitek zadavateli nepodléhá právní úpravě obsažené ve správním řádu. V této souvislosti nicméně Úřad pro úplnost dodává, že i v případě, že by se jednalo o písemnost doručovanou podle správního řádu, nic by to neměnilo na aplikaci zvláštní úpravy § 114 odst. 3 zákona, který stanoví povinnost přiložit k návrhu doklad o doručení námitek, o jehož nutných náležitostech bylo pojednáno výše. Nadto účelem doložení dokladu o doručení námitek není pouze ověření skutečnosti, že námitky byly zadavateli doručeny, a zadavatel se s nimi mohl seznámit, což je právě účelem ustanovení § 19 odst. 5 a 6 správního řádu, kdy je v komentáři k těmto ustanovením uvedeno „*jedná-li účastník v řízení tak, že je z jeho jednání zřejmé, že je mu obsah písemnosti znám, není písemného dokladu zapotřebí*“¹, nýbrž i posouzení toho, zda byly splněny veškeré zákonem požadované náležitosti a podmínky (viz § 114 odst. 3 zákona a § 110 odst. 7 šestá věta zákona). Doklad o doručení námitek zadavateli má pro Úřad, jak již bylo řečeno, význam taktéž z hlediska zjištění počátku běhu blokační lhůty ve smyslu § 111 odst. 5 zákona, tedy pro zajištění efektivního průběhu správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v některém ze zadávacích řízení.
23. Pro Úřad je tedy nezbytné mít najisto postaveno přesné datum, kdy byly námitky zadavateli doručeny, nikoliv tedy pouze mít potvrzení, že se s námitkami navrhovatele zadavatel seznámil. Za situace, kdy by Úřad vyšel jen z tvrzení stran(y) a okamžik doručení námitek by byl jiný, přičemž toto musí být postaveno najisto ve lhůtě pro podání návrhu a doplňovat toto (doklad o doručení námitek) nelze, mělo by to fatální důsledky do vedeného správního řízení, poněvadž by bylo např. vedeno správní řízení, přestože být nemělo (pokud by tvrzení stran nebyla správná) či by to mělo zásadní dosah do úvah Úřadu o uložení předběžného opatření (a jakého), které by však mohly mít (včetně eventuálně vydaného rozhodnutí o předběžném opatření) takové vady, jež by vedly k tomu, že takové rozhodnutí o uložení předběžného opatření by bylo právně či fakticky neuskutečnitelným (nicotnost) atd.
24. Závěrem tedy Úřad konstatuje, že z dokumentů zaslaných navrhovatelem společně s návrhem pouze vyplývá, že navrhovatel zadavateli svoje námitky doručil (okamžik doručení námitek však zřejmý není), což však nemůže být pro Úřad dostačující. Na daný případ přitom nelze aplikovat ustanovení § 19 odst. 5 a 6 správního řádu, neboť Úřadu nepostačuje, že zadavatel nepopírá, popř. konkludentně potvrzuje, že mu byly námitky podány, resp. doručeny, nýbrž Úřad zároveň potřebuje ověřit i její náležitosti a prokazatelně, na základě relevantních podkladů, zjistit přesné datum jejich doručení.

¹ JUDr. Josef Vedral, Ph.D. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2012. s. 254. ISBN 978-80-7273-166-4.

25. Pro úplnost Úřad uvádí, že i na svých webových stránkách www.uohs.cz výslovně uvádí, že doklad o doručení námitek zadavateli musí být součástí návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy.
26. Zároveň zákon nepřipouští, jak již bylo uvedeno výše, aby navrhovatel tento nedostatek návrhu odstranil, neboť Úřad je v souladu s § 117a písm. d) zákona povinen správní řízení v případě, že doklad o doručení námitek nebyl k návrhu připojen, bez dalšího zastavit.
27. Vzhledem k tomu, že k návrhu navrhovatele nebyl připojen doklad o doručení námitek zadavateli, což je dle § 117a písm. d) zákona důvodem pro zastavení správního řízení, rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. město Bohumín, Masarykova 158, 735 81 Bohumín
2. ENERGIE DIRECT, s.r.o., Údolní 599/37, 602 00 Brno
3. BM servis a.s., Krátká 775, 735 81 Bohumín

Vypraveno dne

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