



UOHSX009YZU8

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0132/2017/VZ-17973/2017/512/MHr

Brno: 14. června 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 6. 4. 2017 na návrh ze dne 5. 4. 2017, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 4. 2017 společností QCM, s. r. o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno, Kohoutovice,

- navrhovatel – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při uzavírání rámcové dohody zadávané v otevřeném řízení „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – nedodržel v souvislosti s uzavíráním rámcové dohody zadávané v otevřeném řízení

„Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017, postup stanovený pro vyřizování námitek dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, když rozhodnutím ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov – jež byly zadavateli doručeny dne 15. 3. 2017, odmítl námitky podle ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) citovaného zákona, protože nesplňovaly náležitosti námitek podle § 244 citovaného zákona, přestože předmětné námitky stěžovatele náležitosti podle § 244 uvedeného zákona splňovaly, a přitom se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vyjádřil nesrozumitelně k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti uvedené v § 6 zákona, když z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě, přičemž navrhovatel současně odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se mělo v daném případě s přihlédnutím k postupu podle § 110 zákona použít,
- porušení ustanovení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení,

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 citovaného zákona, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách uvedeného stěžovatele srozumitelně nevyjádřil k výše uvedeným skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nesrozumitelnost, a rovněž se v odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí o námitkách vůbec nevyjádřil k následujícím námitkám stěžovatele ohledně

- skutečnosti, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost předmětný požadavek není, čímž se podle navrhovatele jedná o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody,
- použití vyhláskové účinnosti zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %) v zadávací dokumentaci, přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013, čímž zadavatel hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii,
- diskriminačního stanovení položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“ v zadávacích podmínkách, když je chybně navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla, ačkoliv se jedná o náklady hrazené za jednotlivý úkon,
- skutečnosti, že existuje rozpor ve zveřejněném rozsahu předmětu plnění šetřené zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek (i Úředním věstníkem Evropské unie) a profilem zadavatele, přičemž až na profilu zadavatele, nikoliv ve Věstníku veřejných

zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, potenciální dodavatel zjistí, že zadavatel některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a jistotu plně po sjednanou dobu;

čímž porušil ustanovení § 245 odst. 1 uvedeného zákona, když se v rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách uvedeného stěžovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž se rozhodnutí o námitkách stalo nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ruší** rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách stěžovatele – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov – učiněné v souvislosti s uzavíráním rámcové zadávané v otevřeném řízení dohody „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017.

III.

Zadavateli – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – se podle ustanovení § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. ÚOHS-S0132/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov – ze dne 5. 3. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít rámcovou dohodu** zadávanou v otevřeném řízení „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017.

IV.

Podle ustanovení § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady – ukládá povinnost

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Městská část Praha 2, IČO 00063461, se sídlem náměstí Míru 600/20, 120 00 Praha – Vinohrady, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 4. 2017 společností QCM, s. r. o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno, Kohoutovice (dále jen „zadavatel“ nebo také „městská část Praha 2“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) otevřené řízení na uzavření rámcové dohody „Energetické služby a dodávky“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek (dále též „VVZ“) dne 27. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007597 ve znění oprav ze dne 23. 1. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 13. 2. 2017, 27. 2. 2017, 6. 3. 2017, 23. 3. 2017, 27. 3. 2017, 31. 3. 2017 a 10. 4. 2017, a do Úředního věstníku Evropské unie (dále též „TED“) odesláno dne 22. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-158039 ve znění oprav ze dne 18. 1. 2017, 1. 2. 2017, 6. 2. 2017, 9. 2. 2017, 24. 2. 2017, 1. 3. 2017, 20. 3. 2017, 24. 3. 2017, 29. 3. 2017 a 5. 4. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Zadavatel se nechal ve smyslu ustanovení § 43 zákona zastoupit při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením společností QCM, s. r. o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno, Kohoutovice.
3. Předmětem šetřené veřejné zakázky podle článku 2 zadávací dokumentace » *je zajištění uzavření rámcové dohody se třemi účastníky, kteří se budou v následujících minitendrech ucházet o uzavření realizačních smluv. Na základě jednotlivých realizačních smluv bude zadavatel zajišťovat správu a komplexní a řádné zajištění výroby energie tepla pomocí soustavy ve vnitřních prostorách budov, na výrobu a rozvod teplé vody a zásobování teplem v souladu s požadavky zákona...*

Zadavatel zajišťuje dodávku tepla a teplé užitkové vody do zhruba 300 nemovitostí, svěřených do jeho správy, prostřednictvím tepelných zařízení – kotelen. V současné době se jedná o 98 kotelen, které byly pořízeny v převážné většině v letech 1993-2000 a které procházejí postupnou modernizací. Přehled kotelen tvoří přílohu č. 1 závazného textu návrhu smlouvy (nebo přílohu č. 1 zadávací dokumentace). Zadavatel plánuje, že pro účely realizace minitenderů a uzavření realizačních smluv budou všechny kotelny rozděleny do skupin (balíčků) a na zajištění správy každého z těchto balíčků bude realizován minitender k výběru dodavatele, jehož nabídka bude v daném minitenderu posouzena jako nejvýhodnější. Zadavatel předběžně předpokládá vznik 3 rozsahem obdobně velkých balíčků.

Předmětem veřejné zakázky je uzavření Dohody, na jejímž základě budou zadávány jednotlivé veřejné zakázky na energetické dodávky a služby. Zadavatel bude požadovat poskytnutí zejména následujících služeb:

- *zajištění provozu kotelen;*
- *zajištění dodávek všech energií nezbytných pro řádný provoz kotelen;*
- *provádění drobných oprav kotelen; za drobné opravy zadavatel považuje opravu, jejíž úhrnná hodnota nepřesáhne 10.000,- Kč bez DPH za rok na jednu kotelnu;*

- *poskytování podpory a nezbytné součinnosti při provádění oprav poté, kdy bude u kteréhokoliv z tepelných zdrojů vyčerpána roční finanční částka na tzv. drobné opravy (určená zadavatelem pro každý jednotlivý zdroj tepla), které je povinen na svůj náklad provádět dodavatel a jsou tedy zahrnuty v ceně tepelné energie; náklady za tyto nadlimitní opravy ponese zadavatel;*
 - *zajištění součinnosti centrálnímu dispečinku dodávek energie tepla a dodávku energie na ohřev teplé vody, provozovanému zadavatelem;«.*
4. Podle zadávací dokumentace stanovil zadavatel předpokládanou hodnotu šetřené zakázky na 183 000 000 Kč bez DPH, přičemž bude podle článku 5 zadávací dokumentace rámcová dohoda uzavřena na dobu určitou, a to na dobu 4 let.
 5. Jako základní hodnotící kritérium zvolil zadavatel v článku 9 zadávací dokumentace ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž za ekonomicky nejvhodnější nabídku bude v rámci hodnocení považována nabídka s nejnižší nabídkovou cenou bez DPH zpracovanou dle pokynů v bodě 8.3 a 8.6 zadávací dokumentace.
 6. Jak vyplývá z dokumentu vysvětlení zadávací dokumentace č. 8 ze dne 5. 4. 2017, resp. z informace zadavatele z téhož dne, byla zadavatelem stanovena lhůta pro doručení nabídek do 9. 5. 2017. Jak dále plyne z protokolu ze dne 9. 5. 2017 o otevírání obálek s nabídkami, doručilo zadavateli ve stanovené lhůtě svoji nabídku celkem 7 uchazečů.
 7. Dne 15. 3. 2017 byly zadavateli doručeny dodavatelem – TEPLO T s. r. o., IČO 25515926, se sídlem Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov (dále jen „navrhovatel“) – zdůvodněné námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám předmětného zadávacího řízení.
 8. Rozhodnutím ze dne 30. 3. 2017 zadavatel námitky navrhovatele odmítl. Předmětné rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 30. 3. 2017.
 9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel stále nepovažoval postup zadavatele při stanovení zadávacích podmínek za zákonný, podal dne 6. 4. 2017 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu vykonávající dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro uzavírání rámcové dohody podle části šesté zákona.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Úřad obdržel předmětný návrh dne 6. 4. 2016 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 249 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.
11. Účastníkem správního řízení podle § 256 zákona je:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.

Obsah návrhu ze dne 12. 12. 2016

12. V návrhu navrhovatel uvádí, že nesouhlasí s odmítnutím svých námitek ze dne 15. 3. 2017 a nepovažuje jej za souladné se zákonem, neboť se zadavatel řádně nevypořádal se všemi skutečnostmi uvedenými v námitkách tak, jak mu ukládá § 245 odst. 1 zákona. Navrhovatel

tak nejprve odmítá argumentaci zadavatele týkající se neprokázání vzniklé újmy, neboť je toho názoru, že zadavatel doposud „nedozrál k elementárním zásadám demokracie a právního státu, když zásah do cizích práv, ale také porušení svých zákonných povinností, nepovažuje za újmu.“ Zadavatel se podle navrhovatele tedy mýlí v tom, že újma „měla vzniknout“, neboť dle zákona postačuje, že pouze hrozí.

13. Dále navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele v části týkající se požadavku na formu komunikace při zadávání předmětné zakázky (elektronický nástroj E-ZAK), když podal své námítky prostřednictvím datové schránky. Podání námitek tak není podle navrhovatele zadávacím řízením a postupem v zadávacím řízení, ale ochranou proti nesprávnému postupu zadavatele, a proto nelze způsob či formu podání námitek ze strany zadavatele měnit. Takovýto postup je pak v rozporu se zásadami podle § 6 zákona, příp. § 36 odst. 1 zákona.
14. Navrhovatel též namítá při současném zrušení cenového limitu 170 Kč/GJ zemního plynu nezrušení požadavku na doložení smlouvy s dodavatelem zemního plynu společně s netransparentním vzorcem pro změnu ceny plynu v rozpočtovém vzorci ceny tepla, neboť se jedná o podstatnou změnu zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh potenciálních dodavatelů.
15. Dále navrhovatel namítá chybně zvolený CPV-kód v případě uveřejnění řádných i opravných oznámení o předmětné veřejné zakázce a v neposlední řadě i nezákonný požadavek na předložení nabídky v elektronické podobě i v případě, že je požadováno předložení originálu bankovní záruky v listinné podobě.
16. Zde Úřad s ohledem na skutečnost, že navrhovatel (blíže bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vymezil rozsah předmětného správního řízení nejen obsahem samotného návrhu ze dne 5. 4. 2017, ale i obsahem podaných námitek ze dne 15. 3. 2017, převzal Úřad pro lepší přehlednost ve zbytku námitkových bodů chronologii použitou navrhovatelem v samotných námitkách ze dne 15. 3. 2017.

Námitka č. 1 – CPV-kód

17. V souvislosti s chybně zvoleným CPV-kódem navrhovatel namítá i skutečnost, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost nic takového není. Jde tak podle navrhovatele o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody.
18. Dále ve vztahu k zadavatelem chybně zvolenému CPV-kódu (správně se má podle navrhovatele jednat o oddíl 71) navrhovatel uvádí, že dochází k porušení základních zásad ve spojení s ustanovením § 114 odst. 3 písm. b) bod 1. zákona, neboť citované ustanovení zakazuje zadavateli stanovit u předmětu poptávaných služeb přiřaditelných do oddílu 71 hlavního slovníku jednotného kvalifikačního systému jako hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti „pouze na základě nejnižší nabídkové ceny“. V neposlední řadě navrhovatel v souvislosti s chybně zvoleným CPV-kódem vznáší i námitku týkající se ustanovení § 78 odst. 6 zákona, podle něhož není zadavatel oprávněn požadovat ekonomickou kvalifikaci v případě zakázek na služby uvedené v oddílu 71 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému.

Námitka č. 2 – jistota

19. Navrhovatel v tomto bodě námitek napadá požadavek zadavatele uvedený v článku 11.4 zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel v rozporu s ustanovením § 132 odst. 6 zákona

požaduje po účastnících zadávacího řízení na uzavření rámcové poskytnutí jistoty ve výši 1 milionu Kč. Následně navrhovatel doplňuje, že ačkoliv zadavatel tento nezákonný požadavek vysvětlením zadávací dokumentace č. 4 ze dne 17. 2. 2017 (sám) zrušil, neprodloužil však lhůtu pro podání nabídek v souladu s § 57 zákona.

Námitka č. 3 – Lhůta pro podání nabídky, způsob poskytnutí

20. V tomto námitkovém bodě navrhovatel nejprve namítá, že měl zadavatel podle § 57 odst. 1 zákona ve spojení s § 96 odst. 2 zákona stanovit lhůtu pro podání nabídek nejméně na 30, resp. 35 dnů, přičemž skutečná lhůta činila pouze „32 dny a 13 hod.“ K tomuto navrhovatel dále uvádí, že zadávací dokumentace má být v souladu s § 96 odst. 1 zákona uveřejněna na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, k čemuž došlo až dne 27. 12. 2016, avšak v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno již 24. 12. 2016. Došlo tak ke zkrácení zákonné lhůty. Navrhovatel též brojí proti tomu, že podle jeho názoru není předmětná lhůta „přiměřená rozsahu a složitosti předmětu plnění“ veřejné zakázky, neboť se má jednat o velmi rozsáhlou zakázku, což potvrzuje i předpokládaná hodnota 183 milionů Kč.
21. Ve vztahu k času uveřejnění oznámení ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, tj. ve dnech 27. 12. 2016 a 24. 12. 2016, navrhovatel namítá prvek diskriminace, přičemž akcentuje, že jde o období vánočních svátků, které jsou ze zákona dny pracovního klidu. Nadto navrhovatel konstatuje i možné porušení § 36 odst. 5 zákona, tzn. nestanovení přiměřené lhůty pro podání nabídek s ohledem na vyžadované úkony dodavatelů, zvláště když zadavatel nejprve původní termín pro podání nabídek 2. 2. 2017 prodloužil dne 1. 2. 2017, načež následující konec lhůty připadající na 6. 2. 2017 v 13:00 hod. prodloužil cca 0,5 hod. před jeho uplynutím.
22. Navrhovatel také namítá i požadavek zadavatele na instalaci zařízení pro dálkový monitoring, neboť mu není známo, o čí majetek se bude jednat a kdo jej zaplatí.
23. Závěrem tohoto námitkové bodu navrhovatel konstatuje možné porušení § 36 odst. 1 zákona, neboť se domnívá, že soutěž byla v projednávaném případě ovlivněna již v samotném počátku a jakékoliv prodloužení lhůty pro podání nabídek nemůže tuto skutečnost zhojit, neboť zadavatel již do práv dodavatelů zasáhl.

Námitka č. 4 – trvání vztahu

24. Zde navrhovatel zprvu namítá chybné označení „Rámcová dohoda“ namísto „Rámcová smlouva“, jež je uvedeno ve vzoru výzvy k podání nabídek na základě rámcové dohody. Dále pak namítá navrhovatel i to, že z podmínek rámcové dohody a realizační smlouvy plyne, že „proběhne soutěž na dobu závazku až 2x 48 měsíců a nikoliv pouze na 48 měsíců, kdy má platit [r]ámcová dohoda“, což je v rozporu s § 131 odst. 3 zákona.

Námitka č. 5 – poučení o přezkumném řízení

25. V tomto námitkovém bodu navrhovatel namítá porušení zásady transparentnosti, neboť zadavatel v článku VI.4.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl „žádné informace o přezkumném řízení ani subjekt, u kterého lze případně získat informace o přezkumném řízení“.

Námítka č. 6 – Neveřejné otevírání elektronických nabídek

26. Navrhovatel v případě šestého námitkového bodu namítá porušení zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v § 6 zákona, neboť je toho názoru, že z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě. Zde navrhovatel odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se dle jeho názoru mělo použít. Z uvedeného důvodu by se mělo přihlídnout k postupu podle § 110 zákona.

Námítka č. 7 – Závazný příslib banky

27. Navrhovatel dále namítá oprávněnost požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci na závazný příslib banky, jehož platnost musí být po celou dobu zadávací lhůty (3 měsíce) prodloužena o 90 dnů, přičemž zadavatel požaduje i formu jistoty, která v případě bankovní záruky musí být platná nejméně 48 měsíců.
28. Jelikož banka pohlíží na bankovní příslib obdobně jako na bankovní záruku, jedná se podle názoru navrhovatele o požadavek zadavatele, který nemá zákonné opodstatnění, tj. je netransparentní a v rozporu se zásadou přiměřenosti, čímž vytváří neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže.

Námítka č. 8 – Uveřejnění odlišných údajů, neurčitost předmět(u) plnění

29. Další námitkou navrhovatel brojí proti porušení § 212 odst. 8 zákona, když našel rozdíly v uveřejněných informacích ve VVZ a TED a profilem zadavatele. Jde konkrétně o požadavek na jistotu podle § 41 zákona a současně závazný příslib banky, když tyto informace jsou dostupné pouze na profilu zadavatele.
30. Na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) je v zadávací dokumentaci navíc uveden u požadavku odborného týmu požadavek na doložení strukturovaných životopisů členů odborného týmu. Též je na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) požadavek držitele licence na výrobu tepelné energie.
31. Nad rámec shora uvedeného dochází podle navrhovatele na profilu zadavatele k rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky o instalaci a zprovoznění dálkového monitoringu, přičemž počítačový terminál má vybrat sám uchazeč. „V této části je předmět plnění“ podle navrhovatele „nejasný, neurčitý a nesrozumitelný, umožňuje více výkladů.“
32. Navíc navrhovatel namítá i skutečnosti, že se v projednávaném případě jedná o uzavření rámcové smlouvy se 3 účastníky, přičemž na profilu zadavatele je u položky „Jedná se o rámcovou dohodu“ vyplněno políčko „NE“ a současně chybí na témže profilu „Evidenční číslo veřejné zakázky ve VVZ“.

Námítka č. 9 – Osvědčení údržbáře

33. V devátém námitkovém bodu navrhovatel namítá porušení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení.

Námítka č. 10 – Organizace minitenderů

34. V tomto námitkovém bodu navrhovatel nejprve brojí proti skutečnosti, že až ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 zadavatel sdělil, že „plánuje zadat Realizační smlouvy, co

nejdříve, předpoklad I.Q/2017". Podle navrhovatele se tak jedná o podstatnou zadávací podmínku, která měla být známa již v době zahájení zadávacího řízení.

35. Dále navrhovatel namítá, že ze zadávacích podmínek neplyne, zda „*lze podat nabídku na jeden, více nebo všechny minitendery*“, přičemž závazný příslib banky má být vystaven „*na dobu, co sám zadavatel neví, zda nastane.*“ Z uvedeného navrhovatel proto dovozuje, že zadavatel nevhodně použil institutu rámcové dohody na předmět veřejné zakázky, pro který není tento institut vhodný. Je tomu tak proto, že zákonodárce zamýšlel použití rámcové dohody na plnění, která se opakují, ale zadavatel neví, kolik plnění bude v jednotlivých obdobích potřebovat, případně se jedná o dynamicky se rozvíjející trh, u kterého cena výrobků rychle klesá. V daném případě však zadavatel ví, jaký objem plnění bude potřebovat.
36. Zadavatel tak podle navrhovatele postupuje v rozporu s § 6 zákona, tj. zásadou transparentnosti a přiměřenosti, ve spojení s § 131 odst. 5 zákona, neboť musí změnit podmínky v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody.

Námítka č. 11 – Férová soutěž, fixace/zastropování cen

37. Navrhovatel zde namítá skutečnost, že zadavatel v rozporu s § 37 odst. 1 písm. c) zákona stanovil zadávací podmínky nevztahující se k předmětu veřejné zakázky. Jako důvod navrhovatel uvádí, že předmětné zadávací řízení „*není na dodávku paliva (zemního plynu), ale na předmět energetické služby a dodávky.*“ Z uvedeného tedy podle navrhovatele plyne, že lze omezit celkovou nabídkovou cenu zakázky, nikoliv však stanovit omezení pouze jedné položkové ceny kalkulačního vzorce ceny tepla, jak učinil zadavatel v případě cenového stropu 170,- Kč za 1 GJ zemního plynu.
38. Dále navrhovatel namítá, že zadavatel pracuje pouze s toliko vyhláškovou účinností zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %), přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013. Zadavatel tak podle navrhovatele hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii.
39. Navrhovatel také namítá, že není stanoven den zahájení dodávek, nebo ke kterému dni se mají určit výchozí ceny. V uvedeném postupu zadavatele navrhovatel spatřuje vyloučení soutěže pro malé a střední dodavatele (skrytá diskriminace), což odporuje záměru zákonodárce a preambuli evropské směrnice 2014/24 EU ze dne 26. 2. 2016 a vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 zákona).
40. V této souvislosti navrhovatel ještě dodává, že zadavatel chybně stanovil položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“, které navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla. „Nejedná se o variabilní náklady, ale náklady konstantní. Náklady na seřízení a servis hořáků jsou vždy hrazeny za úkon, stejně tak provádění revizí, kontrol, oprav kotlů a ověření měřičů tepla“. Proto navrhovatel považuje tuto zadávací podmínku za diskriminační a nezákonnou.
41. V druhé části tohoto námitkového bodu navrhovatel konstatuje, že v posuzovaném případě zvoleného hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny lze stanovit podmínku, že nabídková cena uchazeče nepřekročí předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, ale nelze stanovit horní mez ceny pro některou z dílčích rozpočtových položek. Takovýto požadavek je pak podle navrhovatele v rozporu s § 114 odst. 2 ve spojení s § 6 zákona, přičemž může odporovat i institutu mimořádně nízké nabídkové ceny (§ 113 zákona).

Námítka č. 12 – Rozsah předmětu plnění, podstatná změna smlouvy, resp. ceny

42. Navrhovatel v první části tohoto námitkového bodu nejprve namítá, že až na profilu zadavatele, nikoliv ve VVZ a TED, dodavatel v příloze č. 1 rámcové dohody zjistí, že zadavatel některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což podle navrhovatele „*podstatně mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a vůbec jistotu plnění pro sjednanou dobu.*“
43. V druhé části námitkového bodu č. 12 navrhovatel namítá, že zadavatel nepromítl shora uvedenou změnu rozsahu předmětu plnění do mechanismu ujednání změny ceny tepla a pro nakupování množství paliva.
44. V závěrečné části pak navrhovatel brojí proti podstatné změně smlouvy, která je v rozporu s § 222 odst. 4 písm. b) bod 1. zákona, když rozsah změny závazku může v případě plnění části první činit až 21,45 % a pro část druhou až 17,41 %.
45. *Námítka č. 13 – Důvody hodné zvláštního zřetele*
46. V posledním námitkovém bodě navrhovatel namítá, že zadavatel v článku 11.3 zadávací dokumentace uvedl ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) zákona jako možný důvod hodný zvláštního zřetele „*absenci ekonomicky přijatelných nabídek*“.
47. Na základě shora uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby Úřad předmětné zadávací řízení podle § 263 zákona zrušil, případně zrušil jednotlivý úkon zadavatele.

Další postup ve správním řízení

48. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-12003/2017/512/MHr ze dne 10. 4. 2017, které bylo navrhovateli a zadavateli doručeno dne 11. 4. 2017.

Vyjádření zadavatele ze dne 18. 4. 2017

49. Zadavatel ve svém vyjádření, které Úřad obdržel dne 18. 4. 2017, nejprve uvádí, že nadále trvá na tom, že jedním z důvodů pro odmítnutí námitek navrhovatele „*byl i nedostatečný popis újmy, která [n]avrhovateli měla vzniknout nebo hrozit.*“ Tvrzení navrhovatele pak považuje zadavatel za „*značně abstraktní, neurčité a nekonkrétní*“, přičemž takovýto postup dle zadavatele svědčí spíše o snaze navrhovatele blokovat zadávací řízení, než o úsilí podat nabídku. Uvedený nedostatek by pak měl podle zadavatele za následek zastavení řízení podle § 257 písm. b) zákona.
50. Dále zadavatel v reakci na podaný návrh navrhovatele konstatuje, že podání námitek považuje za úkon provedený v rámci zadávacího řízení, přičemž si v souladu s § 211 odst. 4 zákona vyhradil v článku 1 zadávací dokumentace právo komunikovat v průběhu zadávacího řízení prostřednictvím elektronického nástroje E-ZAK. Určení elektronického nástroje tak není podle zadavatele omezováním hospodářské soutěže. Tvrzení navrhovatele pak považuje zadavatel za účelová.
51. K námitkovému bodu č. 12 zadavatel nejprve odkazuje do textu rozhodnutí o námitkách, přičemž dodává, že pojem hodnota znamená cenový nárůst.
52. Ve vztahu k námitkovému bodu č. 11 zadavatel konstatuje, že prostřednictvím vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 odstranil požadavek na zastropování ceny zemního plynu. Ostatní podmínky jsou nastaveny v souladu se zákonem, přičemž informace o měřících tepla je

marginální, nemající vliv na stanovení nabídkové ceny. Proto zadavatel dodává, že předpokládanou hodnotu zakázky stanovil korektně a do hodnocení vstupuje pouze neregulovaná část ceny.

53. Dále se navrhovatel vyjadřuje k prvnímu námitkovému bodu, přičemž odkazuje na text rozhodnutí o námitkách, ve které jsou uvedeny důvody použití zvolených CPV kódů. Zadavatel též doplňuje, že navrhovatel uvádí nové skutečnosti, které mohl tvrdit již v podaných námitkách (např. průzkum jiných veřejných zakázek ve Věstníku veřejných zakázek, polemiku s dalším CPV kódem), k čemuž by Úřad neměl v souladu s § 251 odst. 4 zákona přihlížet.
54. K námitce navrhovatele týkající se vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 pak zadavatel uvádí následující. Zadavatel „*je oprávněn měnit zadávací podmínky i vydávat vysvětlení zadávací dokumentace.*“ Všechna vysvětlení a změny zadávacích podmínek zadavatel řádně uveřejnil a použití rámcové dohody je na jeho uvážení.
55. Ve vztahu k podání elektronické nebo listinné nabídky zadavatel konstatuje, že s ohledem na praxi bankovních ústavů zvolil kombinovaný postup. Povinnost elektronizace zadávacího řízení na zadavatele dolehne až od roku 2018. I zda se však podle zadavatele jedná o nové skutečnosti, ke kterým by podle § 251 odst. 4 zákona nemělo být přihlíženo.
56. K navrhovatelem uváděným řízením, jež byla se zadavatelem před Úřadem, zadavatel uvádí, že i v tomto případě jde o nové skutečnosti, které nebyly obsahem podaných námitek navrhovatele ze dne 15. 3. 2017. Obdobně zadavatel přistupuje i k závěrečnému bodu návrhu, jenž se týká trendů evropského soutěžního práva.
57. Na závěr zadavatel s ohledem na shora uvedené navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl podle § 265 písm. a) zákona.

Další postup ve správním řízení

58. Dne 21. 4. 2017 Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-12978/2017/512/MHr z téhož dne zamítl žádost navrhovatele na vydání předběžného opatření spočívajícího v uložení zakazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
59. Dne 3. 5. 2017 odeslal Úřad účastníkům řízení usnesení č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-13753/2017/512/MHr z téhož dne, v němž určil navrhovateli lhůtu k podání informace Úřadu, v čem v podaném návrhu spatřuje porušení zákona, a lhůtu, ve které má zadavatel informovat Úřad o úkonech, které v zadávacím řízení provedl v průběhu vedeného správního řízení.
60. V reakci na vydané usnesení ze dne 3. 5. 2017 doručil dne 5. 5. 2017 navrhovatel Úřadu své podání, ve kterém vymezil obsah vedeného správního řízení.
61. Zadavatel dne 10. 5. 2017 doručil Úřadu v souladu s vydaným usnesením ze dne 5. 5. 2017 podání, jehož přílohou je protokol o otevírání nabídek ze dne 9. 5. 2017.
62. Dne 15. 5. 2017 odeslal Úřad navrhovateli usnesení č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-14977/2017/512/MHr z téhož dne, v němž určil navrhovateli lhůtu, ve které měl Úřadu podat informaci o tom, zda se v podaném návrhu ze dne 5. 4. 2017 domáhá přerušení předmětného správního řízení z důvodu zahájení řízení o předběžné otázce podle § 64

odst. 1 písm. c) správního řádu, nebo se má jednat o předběžnou otázku podle článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie.

63. Vyjádření navrhovatele v této věci Úřad obdržel dne 18. 5. 2017, přičemž se z něj pojímá, že navrhovatel požaduje přerušování řízení z důvodu řízení o předběžné otázce podle článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie.

Další postup ve správním řízení

64. Následně dne 24. 5. 2017 určil Úřad účastníkům správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0132/2017/VZ-15729/2017/512/MHr z téhož dne lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
65. Dne 29. 5. 2017 Úřad umožnil na základě písemné žádosti ze dne 26. 5. 2017 zástupci zadavatele nahlédnout do správního spisu.
66. Úřad dne 30. 5. 2017 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0312/2017/VZ-16554/2017/512/MHr, kterým na návrh navrhovatele uložil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít rámcovou dohodu v šetřeném zadávacím řízení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

67. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o veřejné zakázce a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při vyřizování námitek navrhovatele, a proto přistoupil ke zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele.
68. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K určení kategorie zadavatele

69. Pro řádné prošetření případu považuje Úřad za rozhodné nejprve určení toho, pod kterou konkrétní kategorii zadavatelů upravenou v zákoně je třeba zadavatele podřadit, ve vztahu k čemuž uvádí následující skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

70. Podle ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
71. Podle článku 99 zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.
72. Podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o hlavním městě Praze“), se hlavní město Praha člení na městské části.
73. Podle ustanovení § 3 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze vystupují městské části v rozsahu stanoveném zákonem a Statutem hlavního města Prahy v právních vztazích svým jménem a nesou odpovědnost z těchto vztahů vyplývající.

Právní posouzení

74. Úřad se na prvním místě zabýval otázkou, zda městská část Praha 2 naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele.
75. Podle jazykového výkladu § 3 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze se hlavní město Praha člení na městské části. Vzhledem k tomu, že městská část Praha 2 je částí hlavního města Prahy, které je krajem (vyšším územním samosprávným celkem) a současně i obcí, přičemž současně platí, že městská část vystupuje v právních vztazích svým jménem a nese odpovědnost z těchto vztahů plynoucí, Úřad dospěl k závěru, že má za prokázané, že došlo k naplnění podmínky uvedené v ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona, a pohlíží proto na městskou část Praha 2 jako na veřejného zadavatele.
76. Po ověření kategorie zadavatele Úřad přistoupil k prošetření přípustnosti podaného návrhu navrhovatele ze dne 5. 4. 2017.

K VÝROKU I. ROZHODNUTÍ

Relevantní ustanovení zákona

77. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
78. Zadavatel může podle ustanovení § 213 odst. 1 zákona použít elektronické nástroje pouze za předpokladu, že použití těchto elektronických nástrojů neporušuje zákaz diskriminace a tyto elektronické nástroje jsou s ohledem na předmět veřejné zakázky obecně dostupné a slučitelné s běžně užívanými informačními a komunikačními technologiemi. Použití elektronického nástroje musí být pro dodavatele bezplatné.
79. Podle ustanovení § 213 odst. 2 zákona v případě elektronických nástrojů, jejichž prostřednictvím je prováděn příjem nabídek, předběžných nabídek, žádostí o účast, žádostí o zařazení do systému kvalifikace, případně žádostí o účast nebo návrhů v soutěži o návrh, zadavatel zajistí, aby
- a) mohlo být přesně určeno datum a čas provedení elektronického úkonu podle tohoto zákona,
 - b) před stanovenými lhůtami nikdo neměl přístup k jejich obsahu,
 - c) pouze oprávněné osoby mohly stanovit nebo změnit data pro zpřístupnění doručených údajů,
 - d) během zadávacího řízení nebo soutěže o návrh byl přístup ke všem nebo k části předaných údajů možný pouze na základě předchozího rozhodnutí oprávněných osob,
 - e) rozhodnutí oprávněných osob podle písmene d) mohlo umožnit přístup k předaným informacím nebo dokumentům až po předem stanoveném datu,
 - f) doručené a zpřístupněné informace nebo dokumenty byly přístupné pouze osobám, které jsou oprávněné se s nimi seznamovat, a byly chráněny proti neoprávněnému přístupu třetích osob,

- g) v případě porušení nebo pokusu o porušení podmínek podle § 213 odst. 2 písm. b) až f) bylo zajištěno, že porušení nebo pokus o porušení budou spolehlivě zjištěné, a
 - h) byla pro elektronické nástroje zajištěna technická podpora a servis v případě poruchy.
80. Podle ustanovení § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
81. Podle ustanovení § 241 odst. 2 zákona se námitky podle odstavce 1 podávají písemně a lze je podat proti
- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
82. Podle ustanovení § 244 odst. 1 zákona musí být v námitkách uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá. V případě, že účastník zadávacího řízení podává proti svému vyloučení námitky z důvodu obnovení své způsobilosti podle § 76, v námitkách neuvádí, v čem je spatřováno porušení zákona; uvede však popis nápravných opatření, která přijal k obnovení své způsobilosti.
83. Podle ustanovení § 244 odst. 2 zákona pokud nejde o námitky, na které se vztahují lhůty podle § 242 odst. 2 až 5, musí být také uvedeno, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
84. Podle ustanovení § 244 odst. 3 zákona v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
85. Podle ustanovení § 245 odst. 1 zákona odešle zadavatel do 15 dnů od doručení námitek rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
86. Zadavatel podle ustanovení § 245 odst. 3 zákona odmítne rovněž námitky, které
- a) nejsou podané oprávněnou osobou podle § 241,
 - b) jsou podány opožděně, nebo
 - c) nesplňují náležitosti podle § 244.
87. Podle ustanovení § 263 odst. 1 zákona není Úřad vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.

88. Podle ustanovení § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.

Skutečnosti plynoucí z dokumentace o veřejné zakázce

89. Zadavatel v článku 1 zadávací dokumentace uvedl mimo jiné následující požadavek: „*Veškeré úkony včetně předložení Dokladů o kvalifikaci, které jsou součástí nabídky, se provádějí elektronicky prostřednictvím elektronického nástroje E-ZAK.*“

Veškerá komunikace, která se týká zadávacího řízení, probíhá rovněž elektronicky prostřednictvím elektronického nástroje E-ZAK.“

90. Vzhledem ke skutečnosti, kterou uvedl navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 5. 5. 2017, že obsahem námitek navrhovatele ze dne 15. 3. 2017 a současně i návrhem ze dne 5. 4. 2017 je vymezen obsah předmětného správního řízení, Úřad níže uvádí výčet námitkových bodů, jež jsou rozhodné pro právní posouzení projednávané věci.
91. Jak již uvedl Úřad v bodě 17. odůvodnění tohoto rozhodnutí, namítal navrhovatel i skutečnost, že v profesních požadavcích absentuje povinnost vlastnit licenci pro výrobu tepelné energie, když je toto vyžadováno v jednotlivých minitendrech. Jde tak podle navrhovatele o podstatnou změnu smlouvy.
92. Další namítanou skutečností navrhovatele bylo mimo jiné pochybení zadavatele, že porušil zásady stanovené v § 6 zákona tím, že nehodlá provést veřejné otevírání nabídek (blíže bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
93. V devátém námitkovém bodě pak navrhovatel brojí proti porušení § 73 odst. 5 zákona, když měl zadavatel stanovit podmínku doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení neurčitě (viz bod 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
94. Dále pak navrhovatel v námitkovém bod č. 11 namítá zadavateli, že pracuje pouze s vyhláškovou účinností zdrojů tepla, což odporuje rozhodnutí Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013 (blíže bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále navrhovatel v témže námitkovém bodě brojí i proti požadavku zadavatele na ocenění položek „Oprava a údržba“ a „Nájemné“, které částkami navázal na konkrétní vyrobené množství tepla, přičemž se jedná o náklady konstantní (obdobně bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
95. V části 12 námitek navrhovatele (bod 12a podle značení navrhovatele) pak navrhovatel namítá tu skutečnost, že až z profilu zadavatele se dodavatel dozví, že zadavatel některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), čímž se podle navrhovatele „(...) podstatně mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a vůbec jistot(a) plnění pro sjednanou dobu.“ (viz bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
96. V rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 je pak uvedeno k šestému námitkovému bodu následující. »*Demagogické úvahy ohledně nemožnosti neveřejného otevírání nabídek nehodlá [z]adavatel rozebírat do hloubky. Zde pouze [z]adavatel odkazuje [s]těžovatele do*

komentáře k [z]ákonu: „Pokud zadavatel obdrží pouze nabídky v elektronické podobě, nekoná se elektronické otevírání nabídek.“¹«.

97. Dále pak zadavatel k námitkovému bodu č. 9 uvedl toto: *„Stěžovatel je odborníkem v dané oblasti, takže by měl znát doklady, které potřebuje k provádění činností, které má na základě zadávací dokumentace provádět vybraný dodavatel (zadavatel upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace, pakliže se přesvědčí, že je to potřebné).“*

Právní posouzení

98. Úřad nejprve v obecné rovině k problematice institutu námitek uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010–159), podle které požadavek transparentnosti *„(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Tato povinnost zadavatele, dovoditelná již ze samotných zásad zadávání veřejných zakázek, je pak v ustanovení § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
99. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za zcela nesouvisející, resp. lichou.
100. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinností zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku

¹ PODEŠVA a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, str. 456.

vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, nelze považovat za nepřiměřené, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.

101. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava uvedená v ustanovení § 245 odst. 1 a v § 263 odst. 5 zákona.
102. Jestliže totiž stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kauci) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (a propadnutí navrhovatelem složené kauce státu).
103. Právě s cílem předejít naposledy zmíněným situacím zákonodárce v předmětných zákonných ustanoveních konstruoval takové pojetí vyřizování námitek, které zajišťuje, že stěžovatel nebude na svých právech dotčen neochotou (či snad dokonce neschopností) zadavatele svůj postup racionálně hájit.

104. Pokud zadavatel, resp. jím vyhotovené rozhodnutí o námitkách, nevyhoví požadavku na přezkoumatelnost, může Úřad v souladu s ustanovením § 263 odst. 5 zákona uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zadavatel je v takovém případě povinen přezkoumatelným způsobem o námitkách rozhodnout znovu, neboť zákonodárce v předmětném ustanovení formuloval právní fikci, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Takto „podané“ námitky pak nemohou být považovány za opožděné.
105. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad předně přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele vyhoví nárokům, které na něj klade zákon, jinými slovy, zda se v rozhodnutí o námitkách zadavatel vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich tvrzených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné.
106. V rozhodnutí o námitkách je zadavatelem uveden více než jeden důvod k odmítnutí námitek. V přezkoumávaném případě jde o kombinaci důvodů, neboť zadavatel v rozhodnutí o námitkách formálně odkazuje pouze na ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) zákona, avšak přitom se s námitkami podle § 245 odst. 2 zákona věcně vypořádává. Uvede-li zadavatel jako důvod pro odmítnutí námitek skutečnost podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona, pak v takovém případě lze uvedení tohoto důvodu považovat za „podrobné a srozumitelné“ vyjádření se ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách ve smyslu § 245 odst. 1 zákona pouze tehdy, popíše-li své úvahy o tom, že podané námitky nespĺňují náležitosti uvedené v § 244 zákona. Pak je na posouzení Úřadu jako orgánu dozoru, zda bylo možné ze strany zadavatele tento zákonný institut odmítnutí námitek dle § 245 odst. 3 písm. c) zákona využít a nevyjadřovat se tak úplně a srozumitelně k v námitkách uplatněným skutečnostem, jež zpochybňují postup zadavatele např. při stanovení zadávacích podmínek. Jestliže však důvod pro odmítnutí podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona dán objektivně není, pak zadavatel nemohl využít (nezákonně využil) formálního odmítnutí námitek podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona a musel se zabývat (věcně vypořádat v souladu s § 245 odst. 1 zákona) v námitkách uplatněnými skutečnostmi a výtkami. Jiný postup by dle názoru Úřadu mohl vést k obcházení zákona. Pokud by totiž zadavatel nechtěl námitky vypořádat, odkazoval by jen na formální důvod uvedený v § 245 odst. 3 písm. c) zákona, přestože ten není dán.
107. S ohledem na výše uvedené se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval tím, zda je naplněn důvod odmítnutí námitek zadavatelem podle § 245 odst. 3 písm. c) zákona. Jak je uvedeno výše, odmítnutí námitek zadavatelem podle ustanovení § 245 odst. 3 písm. c) zákona (zadavatel odmítne námitky, které nespĺňují náležitosti podle § 244 zákona) by bylo možno považovat za řádný důvod k odmítnutí námitek (a tím i k nevyjadřování se věcně ke skutečnostem uplatněným v námitkách) pouze v případě, že by byl tento důvod oprávněný, tj. objektivně dán v souladu se zákonem.
108. Z tohoto důvodu se Úřad dále podrobně zabýval tím, zda námitky podané navrhovatelem spĺňují náležitosti podle § 244 zákona a zda tedy důvod uvedený v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele je objektivně naplněn.

K požadavku zadavatele na formu komunikace

109. S ohledem na výše konstatované se Úřad v šetřeném případě nejprve zabýval otázkou, zda navrhovatel své námitky ze dne 15. 3. 2017 doručené zadavateli prostřednictvím datové schránky, doručil v souladu se zadávacími podmínkami, resp. jestli se jedná o legitimní důvod pro odmítnutí námitek podle zákona. K tomuto Úřad uvádí následující.
110. Ze skutkových zjištění souzené věci plyne, že zadavatel „obdržel dne 15. 3. 2017 prostřednictvím datové schránky“ (citace z rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele) námitky navrhovatele, které v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 a odst. 3 písm. c) zákona odmítl.
111. Úřad v této věci konstatuje, že nelze souhlasit s odůvodněním odmítnutí námitek navrhovatele, jež zadavatel „spatřuje v porušení podmínky formy komunikace“, neboť jak plyne z ustanovení § 241 zákona ve spojení s § 213 zákona, je základní podmínkou způsobu podání námitek písemná forma. Ústní formu podání námitek zákon nepřipouští. Úřad nahlíží na šetřenou skutečnost tak, že v tomto správním řízení není jeho předmětem posouzení souladu předmětného požadavku na formu komunikace prostřednictvím elektronického nástroje E-ZAK stanoveného v zadávacích podmínkách se zákonem, ale jeho předmětem je zkoumání toho, zda došlo k naplnění účelu ustanovení zákona § 241 a § 244 zákona, které upravují právo dodavatele na podání námitek zadavateli, cítí-li se jeho postupem při zadávání veřejné zakázky krácen na svých právech. Úřad tak má za to, že aniž by musel být nutně vysloven závěr o zákonnosti výše uvedeného požadavku na formu komunikace zadavatele, je možno s ohledem na skutkové zjištění a nesporná tvrzení stran, že stěžovatel (navrhovatel) doručil dne 15. 3. 2017 zadavateli prostřednictvím datových schránek zdůvodněné námitky, přičemž je též zřejmé, že tyto byly učiněny písemně, konstatovat, že dodavatel naplnil shora uvedené základní podmínky pro podání námitek.
112. Vzhledem k výše uvedenému Úřad uzavírá, že nelze argumentaci zadavatele týkající se předmětného důvodu pro odmítnutí námitek navrhovatele přijmout, neboť z jazykového, teleologického i systematického výkladu relevantních ustanovení zákona plyne, že námitky jsou základním prostředkem dodavatelů pro jejich ochranu proti postupu zadavatelů, který nesmí být jakkoliv odepírán či (jako v právě projednávaném případě) omezován v případě, jsou-li dodržena ustanovení právních předpisů o jejich formě, neboť by mělo za následek disproportion v postavení zadavatele a dodavatele ve prospěch jedné strany (zadavatele). Úřad v této souvislosti konstatuje, že, ač jak vyplývá z bodu 111. odůvodnění tohoto rozhodnutí neřešil v tomto správním řízení výslovně otázku zákonnosti předmětného požadavku zadavatele uvedeného v zadávacích podmínkách, není možné po dodavatelích (i potenciálních) objektivně požadovat, aby své námitky podávali pouze prostřednictvím určitého komunikačního kanálu (v daném případě elektronického nástroje E-ZAK) již ze samotné podstaty věci, neboť pokud by námitky měly směřovat např. proti nesprávně fungujícímu elektronickému nástroji, bylo by tak fakticky zadavatelem vyloučeno jejich podání, a tím zmařen i případný následný efektivní přezkum zadávané veřejné zakázky, který je Česká republika jako členský stát Evropské unie na základě platných směrnic Evropského parlamentu a Rady povinna zajistit.

K navrhovatelem tvrzené újmě

113. Ve vztahu k druhému důvodu pro odmítnutí předmětných námitek navrhovatele, a to stěžovatelem neuvedené vzniklé či hrozící újmy, Úřad uvádí následující.
114. Jak uvedl zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele, navrhovatel pouze „*zcela vágně označuje, že mu vznikne újma na jeho právech tím, že by neproběhla řádná soutěž*“, přičemž v samotných námitkách navrhovatele ze dne 15. 3. 2017 se uvádí toto: „*(...) vzniká a hrozí újma na našich právech, když by neproběhla řádná, otevřená a férová soutěž.*“
115. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou není možné přesně stanovit. Navíc zákonodárce v ustanovení § 241 odst. 1, resp. § 244 odst. 3 zákona připouští i uvedení pouhé potenciality, tj. hrozby újmy na právech eventuálního dodavatele (stěžovatele).
116. Co se týče uvedení újmy jakožto náležitosti návrhu, resp. námitek, tak Úřad odkazuje na aktuální rozhodovací praxi týkající se zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kterou lze přiměřeně vztáhnout i na vymezení újmy dle zákona č. 134/2016 Sb., jež se co do obsahového vymezení nezměnila a je zřejmá i kontinuita na úpravu předcházející, a to např. na rozhodnutí předsedy č. j. ÚOHS-R292/2015/VZ-03515/2016/321/Edy ze dne 1. 2. 2016, v němž předseda konstatoval, že „*předmětem správního řízení není zjišťování, zda navrhovateli skutečně vznikla újma nebo zkoumání účelovosti postupu navrhovatele, ale přezkoumání úkonů zadavatele, v nichž navrhovatel spatřuje porušení zákona, v jehož důsledku mu hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, tj. i např. újma na právu podat nabídku v zadávacím řízení*“. K tomuto Úřad doplňuje, že v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, bylo dále konstatováno, že „*v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat*“.
117. V intencích posuzované věci pak Úřad dovozuje, že ačkoliv lze přisvědčit zadavateli v tom, že navrhovatel v podaných námitkách nikterak nespécifikuje konkrétní materiální či nemateriální újmu, která by mu měla v důsledku nezákonného postupu zadavatele vzniknout, je možné považovat citovanou formulaci navrhovatele za souladnou se zákonem. Je tomu tak zejména proto, že s ohledem na výše citované závěry předsedy Úřadu uvedené v rozhodnutí ze dne 15. 7. 2010 a rozhodnutí ze dne 1. 2. 2016, Úřad dovozuje, že v důsledku namítaných skutečností dochází podle názoru navrhovatele k zásahu do jeho práv, neboť je důsledkem zadavatelova postupu ohrožena řádnost, otevřenost a férovost zadávacího řízení. Následkem takového jednání pak z logiky věci je, neboť se jedná o potenciálního dodavatele schopného plnit předmět šetřené veřejné zakázky, že navrhovatel ztratil možnost se o zakázku ucházet, resp. tak alespoň ztratil teoretickou možnost předmětnou veřejnou zakázku získat.
118. Na základě shora konstatovaného Úřad považuje předmětnou část podaných námitek ze dne 15. 3. 2017 za dostačující a současně i vyhovující nárokům uvedeným v ustanovení § 244 odst. 3 zákona.

119. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené uzavírá, že zadavatel odmítl námitky z důvodu uvedeného v § 245 odst. 3 písm. c) zákona, tj. že nesplňují náležitosti námitek podle § 244 zákona, neoprávněně, neboť tento důvod pro odmítnutí námitek není ve skutečnosti dán. Úřad proto dále posoudil, zda věcné vypořádání námitek, která zadavatel nad rámec svých úvah o samotném splnění náležitostí námitek provedl, splňuje náležitosti ustanovení § 245 odst. 1 zákona.
120. Pro úplnost zde Úřad dodává, že ačkoliv zadavatel šetřené námitky odmítl z důvodu nesplnění náležitostí podle § 244 zákona, což výše Úřad označil za chybné, věcně se vypořádal s jednotlivými námitkovými body, čímž, v případě, že by nerezignoval na svoji povinnost plynoucí z ustanovení § 245 odst. 1 zákona ve vztahu ke skutečným uplatněným v námitkách dodavatele, mohl toto svoje pochybení zhojit, jestliže by srozumitelně a podrobně odůvodnil ve vztahu ke všem uplatněným skutečnostem, proč tyto nejsou důvodné. Úřad proto následně přistoupil i k posouzení samotného odůvodnění rozhodnutí o námitkách, kterým zadavatel reagoval na skutečnosti uplatněné dodavatelem v námitkách a které je uvedeno níže.
121. Platí totiž, že pokud zadavatel uplatnil jako důvod odmítnutí námitek ten, který je uveden v § 245 odst. 3 písm. c), nezákonně, stíhala jej povinnost se dle § 245 odst. 1 zákona vypořádat se srozumitelně a podrobně se všemi skutečnostmi uplatněnými dodavatelem v námitkách. Stejně Úřad ostatně postupoval i např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0123/2017/VZ-15529/2017/533/HKu ze dne 19. 5. 2017.

K nepřezkoumatelnosti odůvodnění v rozhodnutí o námitkách pro nesrozumitelnost

122. Úřad nejprve přistoupil k posouzení srozumitelnosti odůvodnění, které zadavatel uvedl ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 15. 3. 2017.
123. Ze skutkových zjištění, která Úřad v právě posuzovaném případě učinil (viz bod 96. odůvodnění tohoto rozhodnutí), plyne ve vztahu k námitce týkající se (ne)možnosti veřejného otevírání elektronických nabídek, že zadavatel nesplnil podmínku srozumitelnosti, když v odůvodnění příslušné části rozhodnutí o námitkách pouze odkázal navrhovatele (stěžovatele) do komentáře k zákonu s doplněním o citaci, která je naprosto bezobsažná. Tvrzení, že v případě, kdy zadavatel obdrží nabídky pouze v elektronické podobě, „*nekoná se elektronické otevírání nabídek*“, je nejenže naprosto mylné a v rozporu s ustanovením § 109 zákona, ale navíc vnáší do samotné argumentace zadavatele podstatný prvek nepochopitelnosti a nesrozumitelnosti. Úřadu pak zůstává otázkou, jak by se zadavatel s obsahem nabídek vypořádal (provedl posouzení a hodnocení), pokud by se s jejich obsahem neseznámil.
124. Nad rámec výše uvedeného Úřad provedl i porovnání citované části odůvodnění s komentářem, neboť na něj zadavatel v textu rozhodnutí odkazuje, a dodává, že ačkoliv jistě není podmínkou potenciálního dodavatele (navrhovatele) vlastnit předmětný komentář, dozvěděl by se, že zadavatel není schopen správně opsat text „*nekoná se veřejné otevírání nabídek*.“ O to většího prvku nesrozumitelnosti pak předmětné odůvodnění v této části nabývá, když jsou z něj patrné (možné) dva výstupy, přičemž pozorný čtenář nemůže vědět, pro který se rozhodnout. Zda pro ten uvedený v textu samotného rozhodnutí o námitkách, nebo pro ten uvedený v textu komentáře.

125. Vzhledem ke shora konstatovanému Úřad dodává, že předmětná část odůvodnění rozhodnutí o námitkách týkající se otevírání elektronických nabídek je z důvodu své nesrozumitelnosti učiněna v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.
126. Obdobně Úřad posoudil i zbylé části odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a konstatuje, že argumentace zvolená zadavatelem týkající se námítky navrhovatele č. 9, tj. (ne)určitosti požadavku na osvědčení údržbáře, taktéž nesplňuje požadavek srozumitelnosti ukotvený v ustanovení § 245 odst. 1 zákona. Je tomu tak proto, že odůvodnění, které zadavatel zvolil (blíže bod 97. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je ve světle úvah Úřadu vlivem obsahu samotné závorky vnitřně rozporné, a jako takové neplní svůj účel. Zadavatel na jednu stranu konstatuje, že stěžovatel (navrhovatel) je odborníkem v dané oblasti a měl by znát doklady potřebné k plnění předmětu veřejné zakázky, na straně druhé však uvádí, že uzná-li to za vhodné, upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace. Stěžovateli (navrhovateli) se tak podle názoru Úřadu nedostalo konkrétní zpětné vazby, neboť nemá najisto postaveno, jestli se svoji námitkou úspěšně či nikoliv, když sám zadavatel připouští, že stěžovatelem napadaný postup zadavatele by mohl být problematický.
127. Úřad na základě uvedených důkazů dospěl k závěru, že i část odůvodnění rozhodnutí o námitkách týkající se námítky č. 9 (osvědčení údržbáře) je pro svoji vnitřní rozpornost nesrozumitelná a tedy učiněna v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona.

K nepřezkoumatelnosti odůvodnění rozhodnutí o námitkách pro nedostatek důvodů

128. Poté co Úřad přezkoumal věcnost a především srozumitelnost argumentace, kterou zadavatel odůvodnil své rozhodnutí o námitkách navrhovatele, přistoupil Úřad i k posouzení toho, zda se zadavatel ve svém odůvodnění vypořádal se všemi skutečnostmi, které navrhovatel v námitkách ze dne 15. 3. 2017 uvedl.
129. Úřad předně připouští, že je nepochybné, že v určitých případech eventuální vyšší míra obecnosti či ne zcela jasně vymezené dílčí argumenty v námitkách do jisté míry předurčují rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich.
130. V právě posuzovaném případě pak jistě platí, že obsah námitek navrhovatele je velmi špatně „čitelný“, až nekonzistentní. To však není důvodem pro to, aby byly dílčí námítky stěžovatele (navrhovatele) přehlíženy či dokonce nevypořádány, či aby zadavatel rezignoval na jejich srozumitelné a úplné odůvodnění (byť například velmi krátké a stručné s ohledem na povahu námitek).
131. Na tomto místě tedy Úřad pro úplnost shrnuje obsah námitek navrhovatele, přičemž uvedená argumentace je shodná s podstatnou částí podaného návrhu navrhovatele ze dne 5. 4. 2017. Navrhovatel ve svých námitkách namítá:
- V prvním námitkovém bodě chybně zvolený CPV-kód i skutečnost, že v jednotlivých minitendrech je zadavatelem vyžadováno držení licence pro výrobu tepelné energie, přičemž v samotných požadavcích na profesní způsobilost nic takového není. Jde tak podle navrhovatele o plánované provedení podstatné změny rámcové dohody.
 - Dále ve vztahu k zadavatelem chybně zvolenému CPV-kódu (správně se má podle navrhovatele jednat o oddíl 71 jednotného klasifikačního systému) navrhovatel uvádí, že dochází k porušení základních zásad ve spojení

s ustanovením § 114 odst. 3 písm. b) bod 1. zákona, neboť citované ustanovení zakazuje zadavateli stanovit u předmětu poptávaných služeb přiřaditelných do oddílu 71 hlavního slovníku jednotného kvalifikačního systému jako hodnotící kritérium ekonomické výhodnosti „*pouze na základě nejnižší nabídkové ceny*“. V neposlední řadě navrhovatel v souvislosti s chybně zvoleným CPV-kódem vznáší i námitku týkající se ustanovení § 78 odst. 6 zákona, podle něhož není zadavatel oprávněn požadovat ekonomickou kvalifikaci v případě zakázek na služby uvedené v oddílu 71 hlavního slovníku jednotného klasifikačního systému.

- Ve druhém námitkovém bodě námitek článek 11.4 zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel v rozporu s ustanovením § 132 odst. 6 zákona požaduje po účastnících zadávacího řízení na uzavření rámcové poskytnutí jistoty ve výši 1 milionu Kč. Následně navrhovatel doplňuje, že ačkoliv zadavatel tento nezákonný požadavek vysvětlením zadávací dokumentace č. 4 ze dne 17. 2. 2017 zrušil, neprodloužil však lhůtu pro podání nabídek v souladu s § 57 zákona.
- Ve třetím námitkovém bodě skutečnost, že měl zadavatel podle § 57 odst. 1 zákona ve spojení s § 96 odst. 2 zákona stanovit lhůtu pro podání nabídek nejméně na 30, resp. 35 dnů, přičemž skutečná lhůta činila pouze „*32 dny a 13 hod.*“ K tomuto navrhovatel dále uvádí, že zadávací dokumentace má být v souladu s § 96 odst. 1 zákona uveřejněna na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, k čemuž došlo až dne 27. 12. 2016, avšak v Úředním věstníku Evropské unie bylo oznámení uveřejněno již 24. 12. 2016. Došlo tak ke zkrácení zákonné lhůty. Navrhovatel též brojí proti tomu, že podle jeho názoru není předmětná lhůta „*přiměřená rozsahu a složitosti předmětu plnění*“ veřejné zakázky, neboť se má jednat o velmi rozsáhlou zakázku, což potvrzuje i předpokládaná hodnota 183 milionů Kč.
 - Ve vztahu k času uveřejnění oznámení ve Věstníku veřejných zakázek a Úředním věstníku Evropské unie, tj. ve dnech 27. 12. 2016 a 24. 12. 2016, navrhovatel namítá prvek diskriminace z důvodu víry, neboť se jedná o období vánočních svátků, které jsou ze zákona dny pracovního klidu. Nadto navrhovatel konstatuje i možné porušení § 36 odst. 5 zákona, tzn., nestanovení přiměřené lhůty pro podání nabídek s ohledem na vyžadované úkony dodavatelů, zvláště když zadavatel nejprve původní termín pro podání nabídek 2. 2. 2017 prodloužil dne 1. 2. 2017, načež následující konec lhůty připadající na 6. 2. 2017 v 13:00 hod. prodloužil cca 0,5 hod. před jeho uplynutím.
 - Navrhovatel také namítá i požadavek zadavatele na instalaci zařízení pro dálkový monitoring, neboť mu není známo, o čí majetek se bude jednat a kdo jej zaplatí.
 - Závěrem tohoto námitkového bodu navrhovatel konstatuje možné porušení § 36 odst. 1 zákona, neboť se domnívá, že soutěž byla v projednávaném případě ovlivněna již v samotném počátku a jakékoliv prodloužování lhůty

pro podání nabídek nemůže tuto skutečnost zhojit, neboť zadavatel již do práv dodavatelů zasáhl.

- Ve čtvrtém námitkovém bodě chybné označení „Rámcová dohoda“ namísto „Rámcová smlouva“, jež je uvedeno ve vzoru výzvy k podání nabídek na základě rámcové dohody. Dále pak namítá navrhovatel i to, že z podmínek rámcové dohody a realizační smlouvy plyne, že *„proběhne soutěž na dobu závazku až 2x 48 měsíců a nikoliv pouze na 48 měsíců, kdy má platit [r]ámcová dohoda“*, což je v rozporu s § 131 odst. 3 zákona.
- V pátém námitkovém bodě porušení zásady transparentnosti, neboť zadavatel v článku VI.4.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl *„žádné informace o přezkumném řízení ani subjekt, u kterého lze případně získat informace o přezkumném řízení“*.
- V šestém námitkovém bodě porušení zásady transparentnosti a přiměřenosti uvedené v § 6 zákona, neboť je toho názoru, že z ustanovení § 109 zákona neplyne (oproti § 110 zákona), jak má zadavatel postupovat při otevírání obálek v elektronické podobě. Zde navrhovatel odkazuje na ustanovení § 10 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, které by se dle jeho názoru mělo použít. Z uvedeného důvodu by se mělo přihlídnout k postupu podle § 110 zákona.
- V sedmém námitkovém bodě oprávněnost požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci na závazný příslib banky, jehož platnost musí být po celou dobu zadávací lhůty (3 měsíce) prodloužena o 90 dnů, přičemž zadavatel požaduje i formu jistoty, která v případě bankovní záruky musí být platná nejméně 48 měsíců.
 - Jelikož banka pohlíží na bankovní příslib obdobně jako na bankovní záruku, jedná se podle názoru navrhovatele o požadavek zadavatele, který nemá zákonné opodstatnění, tj. je netransparentní a v rozporu se zásadou přiměřenosti, čímž vytváří neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže.
- V osmém námitkovém bodě porušení ustanovení § 212 odst. 8 zákona, když nalezl rozdíly v uveřejněných informacích ve VVZ a TED a profilem zadavatele. Jde konkrétně o požadavek na jistotu podle § 41 zákona a současně závazný příslib banky, když tyto informace jsou dostupné pouze na profilu zadavatele.
 - Na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) je v zadávací dokumentaci navíc uveden u požadavku odborného týmu požadavek na doložení strukturovaných životopisů členů odborného týmu. Též je na profilu zadavatele (oproti VVZ a TED) požadavek držitele licence na výrobu tepelné energie.
 - Nad rámec shora uvedeného dochází podle navrhovatele na profilu zadavatele k rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky o instalaci a zprovoznění dálkového monitoringu, přičemž počítačový terminál má vybrat sám uchazeč. *„V této části je předmět plnění“ podle navrhovatele „nejasný, neurčitý a nesrozumitelný, umožňuje více výkladů.“*

- Navíc navrhovatel namítá i skutečnosti, že se v projednávaném případě jedná o uzavření rámcové smlouvy se 3 účastníky, přičemž na profilu zadavatele je u položky „Jedná se o rámcovou dohodu“ vyplněno políčko „NE“ a současně chybí na témže profilu „Evidenční číslo veřejné zakázky ve VVZ“.
- V devátém námitkovém bodě porušení § 73 odst. 5 zákona, když zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil neurčitou zadávací podmínku na doložení osvědčení pro provádění oprav vybraných plynových zařízení.
- V desátém námitkovém bodě skutečnost, že až ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 zadavatel sdělil, že „plánuje zadat Realizační smlouvy, co nejdříve, předpoklad I.Q/2017“. Podle navrhovatele se tak jedná o podstatnou zadávací podmínku, která měla být známa již v době zahájení zadávacího řízení.
 - Dále navrhovatel namítá, že ze zadávacích podmínek neplyne, zda „lze podat nabídku na jeden, více nebo všechny minitendery“, přičemž závazný příslib banky má být vystaven „na dobu, co sám zadavatel neví, zda nastane.“ Z uvedeného navrhovatel proto dovozuje, že zadavatel nevhodně použil institutu rámcové dohody na předmět veřejné zakázky, pro který není tento institut vhodný. Je tomu tak proto, že zákonodárce zamýšlel použití rámcové dohody na plnění, která se opakují, ale zadavatel neví, kolik plnění bude v jednotlivých obdobích potřebovat, nebo se jedná o dynamicky se rozvíjející trh, u kterého cena výrobků rychle klesá. V daném případě však zadavatel ví, jaký objem plnění bude potřebovat.
 - Zadavatel tak podle navrhovatele postupuje v rozporu s § 6 zákona, tj. zásadou transparentnosti a přiměřenosti, ve spojení s § 131 odst. 5 zákona, neboť musí změnit podmínky v zadávacím řízení na uzavření rámcové dohody.
- V jedenáctém námitkovém bodě porušení § 37 odst. 1 písm. c) zákona, když stanovil zadávací podmínky nevztahující se k předmětu veřejné zakázky. Jako důvod navrhovatel uvádí, že předmětné zadávací řízení „není na dodávku paliva (zemního plynu), ale na předmět energetické služby a dodávky.“ Z uvedeného tedy podle navrhovatele plyne, že lze omezit celkovou nabídkovou cenu zakázky, nikoliv však stanovit omezení pouze jedné položkové ceny kalkulačního vzorce ceny tepla, jak učinil zadavatel v případě cenového stropu 170,- Kč za 1 GJ zemního plynu.
 - Dále navrhovatel namítá, že zadavatel pracuje pouze s toliko vyhláškovou účinností zdrojů tepla (85 %, příp. 86 %), přičemž je tento postup v rozporu se zákonnou úpravou, konkrétně s rozhodnutím Energetického regulačního Úřadu č. 2/2013 ze dne 1. 11. 2013. Zadavatel tak podle navrhovatele hodlá fakticky soutěžit pouze výrobní a správní režii.
 - Navrhovatel také namítá, že není stanoven den zahájení dodávek, nebo ke kterému dni se mají určit výchozí ceny. V uvedeném postupu zadavatele navrhovatel spatřuje vyloučení soutěže pro malé a střední dodavatele (skrytá diskriminace), což odporuje záměru zákonodárce a preambuli

evropské směrnice 2014/24 EU ze dne 26.2.2016 a vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže (§ 36 odst. 1 zákona).

- V této souvislosti navrhovatel ještě dodává, že zadavatel chybně stanovil položky „Oprava a údržba“ a „Nájemné“, které navázal konkrétní částkou na vyrobené množství tepla. „Nejedná se o variabilní náklady, ale náklady konstantní. Náklady na seřízení a servis hořáků jsou vždy hrazeny za úkon, stejně tak provádění revizí, kontrol, oprav kotlů a ověření měřičů tepla“. Proto navrhovatel považuje tuto zadávací podmínku za diskriminační a nezákonnou.
- V druhé části tohoto námitkového bodu navrhovatel konstatuje, že v posuzovaném případě zvoleného hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny lze stanovit podmínku, že nabídková cena uchazeče nepřekročí předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, ale nelze stanovit horní mez ceny pro některou z dílčích rozpočtových položek. Takovýto požadavek je pak podle navrhovatel v rozporu s § 114 odst. 2 ve spojení s § 6 zákona, přičemž může odporovat i institutu mimořádně nízké nabídkové ceny (§ 113 zákona).
- Ve dvanáctém námitkovém bodě skutečnost, že až na profilu zadavatele, nikoliv ve VVZ a TED, dodavatel v příloze č. 1 rámcové dohody zjistí, že zadavatel některé bytové domy plánuje privatizovat (prodat), což podle navrhovatele „*podstatně mění podmínky pro stanovení nabídkové ceny a vůbec jistotu plnění pro sjednanou dobu.*“
 - V druhé části námitkového bodu č. 12 navrhovatel namítá, že zadavatel nepromítl shora uvedenou změnu rozsahu předmětu plnění do mechanismu ujednání změny ceny tepla a pro nakupování množství paliva.
 - V závěrečné části pak navrhovatel brojí proti podstatné změně smlouvy, která je v rozporu s § 222 odst. 4 písm. b) bod 1. zákona, když rozsah změny závazku může v případě plnění části první činit až 21,45 % a pro část druhou až 17,41 %.
- V posledním (třináctém) námitkovém bodě skutečnost uvedenou v článku 11.3 zadávací dokumentace, když zadavatel uvedl ve smyslu § 127 odst. 2 písm. d) zákona jako možný důvod hodný zvláštního zřetele „*absenci ekonomicky přijatelných nabídek*“.

132. Zadavatel v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele uvedl

- K námitkovému bodu č. 1, že souhlasí se stěžovatelem (navrhovatelem) v tom, že je třeba stanovit správný CPV kód, avšak je toho názoru, že „*zakázka je zařazena pod správný CPV kód. CPV kódy, které [s]těžovatel navrhuje ve své námitce použít CPV kód 71314000-2 – Energetické služby a související služby nebo 71314200-4 – Správní služby při zabezpečení energie. Zadavatel odmítá názor, že se v daném případě jedná o CPV z oddílu 71 – ARCHITEKTONICKÉ, STAVEBNÍ, TECHNICKÉ A INSPEKČNÍ SLUŽBY, skupina 713 – Technicko-inženýrské služby.... (dále zadavatel cituje obsah činností, které skupina 713 podle dokumentu „CPV 2008 VYSVĚTLIVKY“ obsahuje, pozn. Úřadu) Stěžovatel sám musí uznat, že provoz kotelen, výroba tepla nespadá*

pod vysvětlivkami vymezený rámec. Zadavatel nepotřebuje například zpracovat projekt na zateplení kotelen, potřebuje zajistit jejich provoz a výrobu tepla. Zadavatel se neztotožňuje ani s podřazení pod skupinu 093. Předmětem zakázky není pouze dodávka či výroba komodit jako je vytápění či horká voda, ale s tím spojené činnosti – tedy i dodávka rozvod vyrobeného tepla. Navíc vzhledem k nastavenému modelu bude teplo vlastně vyrábět zařízení zadavatele, dodavatel bude zajišťovat obsluhu, dodávku surovin a následně spojené činnosti jako je rozvod vyrobeného tepla. Zadavatel je toho názoru, že oddíl 09 CPV nevystihuje předmět plnění [v]eřejné zakázky. Ve vysvětlivkách k oddílu 65 se uvádí, že pod oddíl nespádají činnosti uvedené v oddílech 09 a 41. Zadavatel již odpověděl proč nepovažuje oddíl 09 za vhodný, oddíl 41 se věnuje shromážděné a upravené vodě. Zadavatel tedy je přesvědčen o správnosti svého postupu – hlavní CPV kód byl stanoven správně. Svědčí o tom i poměrně velký zájem dodavatelů o zakázku, který se projevuje například žádostmi o vysvětlení nabídky. Je tedy jasné, že CPV kód byl stanoven správně, protože se subjekty, které běžně podnikají v předmětu [v]eřejné zakázky, o zakázce dozvěděly.

Snaha [s]těžovatele je v tomto případě jasně čitelná: Donutit zadavatele k akceptaci CPV kódu z oddílu 71. Tím pádem by zadavatel nemohl zakázku hodnotit v rámci ekonomické výhodnosti nabídky na nejnižší nabídkovou cenu. Tvrzení [s]těžovatele je taky ryze účelové. Zadavatel je toho názoru, že v dané komoditě je navíc značný veřejný zájem pro získání co největší úspory nákladů spojených s plněním [v]eřejné zakázky. Postup [z]adavatele je každopádně možný – nejedná se o zakázku z oddílu 71 CPV. Stěžovatel dále uvádí, že mají nyní dodavatelé omezenou možnost vyhledání ve Věstníku veřejných zakázek (...). Za to však [z]adavatel nemůže, za provoz VVZ odpovídá Ministerstvo pro místní rozvoj. Dodavatele, vč. osoby [s]těžovatele, se ale přesto o zakázce dozvěděli. Zadavatel z toho opět vyvozuje, že přes chybějící fulltextové vyhledávání byli schopni dodavatelé zakázku vyhledat na základě CPV kódů.“

- K námitkovému bodu č. 2, že není pouze jediným subjektem, který má znát zákon a že tuto povinnost mají i dodavatelé. Zadavatel je nadále přesvědčen, že se nejedná o změnu zadávacích podmínek, která by rozšířila okruh potenciálních dodavatelů. Ve vztahu k lhůtě pro podání nabídek pak zadavatel doplňuje, že ta se bude prodlužovat, čímž bude stanovená lhůta delší než původně stanovená.
- K námitkovému bodu č. 3, že není pravdivé tvrzení, že zadávací dokumentace nebyla uvedena na profilu zadavatele a že nebyla uveřejněna včas. Dále pak, že lhůta pro podání nabídek byla dostatečně dlouhá, přičemž ji mohl zadavatel dle § 57 odst. 2 písm. a) zákona zkrátit až o 15 dnů.
 - Ve vztahu k požadavku na instalaci dálkového monitoringu pak zadavatel uvádí, že instalace zařízení je v režii vybraného dodavatele, který služby poskytuje.
 - Argumentaci diskriminací víry považuje zadavatel za úsměvnou, přičemž dodává, že stěžovatel nemohl utrpět žádnou újmu.

- K námitkovému bodu č. 4 to, že opravdu mylně uvedl pojem rámcová dohoda namísto prováděcí smlouvy. Dále však zadavatel námitky (stěžovatele) navrhovatele nechápe, přičemž dodává, že konkrétní podmínky upřesní ve výzvě k podání nabídek.
- K námitkovému bodu č. 5 skutečnost, že původní verze VVZ (oproti současné) neuváděla poučení, přičemž to nemohlo vést k tomu, že by byl libovolný dodavatel omezen v podání námitek.
- K námitkovému bodu č. 6 následující: *»Demagogické úvahy ohledně nemožnosti neveřejného otevírání nabídek nehodlá [z]adavatel rozebírat do hloubky. Zde pouze [z]adavatel odkazuje [s]těžovatele do komentáře k [z]ákonu: „Pokud zadavatel obdrží pouze nabídky v elektronické podobě, nekoná se elektronické otevírání nabídek.“¹«*
- K námitkovému bodu č. 7 nesouhlas s názorem stěžovatele (navrhovatele), neboť chce zadavatel předejít situaci, kdy dojde k výběru dodavatele, kterému banka záruku neposkytne.
- K námitkovému bodu č. 8 tvrzení, že požadavek na předložení životopisů Věstník veřejných zakázek obsahuje. Dále, že zadavatel není povinen požadovat po účastnících všechna oprávnění k podnikání a že není zadavatel povinen uvádět do formuláře VVZ kompletní popis předmětu plnění. Ve vztahu k požadavku na dálkový monitoring zadavatel odkazuje na zadávací podmínky. Chyby zveřejněné na profilu zadavatel (že se nejedná o rámcovou dohodu a špatné evidenční číslo zakázky) zadavatel opravil.
- K námitkovému bodu č. 9 toto: *„Stěžovatel je odborníkem v dané oblasti, takže by měl znát doklady, které potřebuje k provádění činností, které má na základě zadávací dokumentace provádět vybraný dodavatel (zadavatel upřesní označení dokladu v budoucím vysvětlení zadávací dokumentace, pakliže se přesvědčí, že je to potřebné).“*
- K námitkovému bodu č. 10, že nedochází k porušení zákona, neboť je právem zadavatele zvolit typ zadání veřejné zakázky. Délka trvání rámcové dohody je nastavena v závislosti na jejím uzavření.
- K námitkovému bodu č. 11: *„Zadavatel se nadále domnívá, že jím nastavený cenový limit 170 Kč/GJ pro tuto položku je dostatečný (viz i pro uchazeče příznivý mezitímní vývoj ceny komodity – zemního plynu na energetických burzách). S ohledem na pokračování zadávacího řízení, kdy nelze vyloučit opačný (oproti dosavadnímu) vývoj ceny komodity, se zadavatel nicméně rozhodl cenový strop u této nabídkové položky (surovina – zemní plyn) zrušit – dodavatelé při zpracování nabídky nebudou muset přihlížet k cenovému stropu této položky a mohou nabídnout cenu vyšší.“*
- K námitkovému bodu č. 12: *„Dále [s]těžovatel protestuje ohledně smluvní podmínky, kdy je [z]adavatel oprávněn vyjmout z předmětu plnění část kotelen, v důsledku prodeje nemovitostí. Zadavatel je oprávněn tento požadavek stanovit, musí jako dobrý hospodář zajistit možnost prodeje svých nemovitostí. Stejně tak musí zajistit, aby nebyl nucen platit za plnění, které nebude potřebovat a které neodebere.“*

Z pohledu [z]adavatele se tak jedná o obchodní podmínku, kterou dopředu a transparentně stanovuje. Pokud by [z]adavatel přistoupil na závěry [s]těžovatele, neměl by možnost řádně spravovat svůj majetek a s nemovitostmi prakticky nakládat po dobu trvání jakéhokoliv smluvního vztahu, který se týká předmětu [v]eřejné zakázky, případně i každého dalšího, který se ke kotelnám váže. V daném případě se určitě nejedná o podstatnou změnu smlouvy – ekonomická rovnováha je zde na straně [z]adavatele. § 222 odst. 4 písm. b) bod 1. je třeba vykládat jako cenové navýšení, nikoliv snížení rozsahu předmětu plnění – což je dosti absurdní výklad.“

- K poslednímu (třináctému) námitkovému bodu, že ekonomické důvody pro zrušení zadávacího řízení mohou spočívat i v tom, že zadavatel obdrží nabídky, které přesáhnou jeho rozpočtové možnosti, příp. že žádná z nabídek nebude reálně odpovídat běžným cenám na trhu.

133. S ohledem na výše uvedené se tak zadavatel v rozhodnutí ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele vůbec nevypořádal s dílčí námitkou uvedenou v námitkovém bodě č. 1 (blíže např. bod 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí), která se týká absence požadavku vlastnit licenci pro výrobu tepelné energie v profesních požadavcích, ačkoliv je vyžadován v jednotlivých minitendrech.
134. Dále se pak zadavatel nevypořádal s dílčí námitkou (viz bod 94. odůvodnění tohoto rozhodnutí) týkající použití vyhláskové účinnosti zdrojů tepla, což má podle navrhovatele odporovat rozhodnutí Energetického regulačního Úřadu ze dne 1. 11. 2013, a s dílčí námitkou zabývající se požadavku na ocenění položek „Oprava a údržba“ a „Nájemné“.
135. V neposlední řadě se zadavatel opomněl vyjádřit i k dílčí námitce navrhovatele označené bodem 12a (blíže např. bod 95. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jež se týká rozporu mezi uveřejněním předmětu plnění veřejné zakázky mezi Věstníkem veřejných zakázek včetně Úředního věstníku Evropské unie a profilem zadavatele. Úřad proto konstatuje, že s ohledem na shora uvedené je rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2017 o námitkách navrhovatele učiněno v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, tj. je nepřezkoumatelné i pro nedostatek důvodů.
136. Úřad uzavírá, že účelu institutu námitek, tzn., aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nemohlo být dosaženo. Úřad proto dodává, že právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně spojeno s možností uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Lze tedy konstatovat, že pokud má zadavatel za to, že jeho postup je důvodný, měl by být schopen nikoli pouze obecnými frázemi, ale podrobně a srozumitelně (tj. přezkoumatelně) své stanovisko obhájit. Takové zdůvodnění postupu zadavatele by pak na druhé straně mělo sloužit stěžovateli jako základní podklad pro úvahu, zda si za svým názorem o nezákonném postupu zadavatele stojí natolik, že je ochoten vyvolat zahájení správního řízení před Úřadem na základě návrhu. Vzhledem k výše uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
137. Nad rámec výše uvedeného Úřad cítí povinnost vyjádřit se pro úplnost i k opakovaně uváděné žádosti navrhovatele ze dne 18. 5. 2017 (např. bod 63. odůvodnění tohoto

rozhodnutí) týkající se přerušení vedeného správního řízení (sp. zn. ÚOHS-S0132/2017/VZ) z důvodu řízení o předběžné otázce podle článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie u Soudního dvora Evropské unie.

138. Úřad v této věci akcentuje, že s ohledem skutkový stav právě projednávané věci, který Úřad uvedl v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí, nelze předmětné žádosti navrhovatele vyhovět, neboť má Úřad z učiněných skutkových zjištění za prokázané, že k takovému úkonu (podání žádosti k Soudnímu dvoru Evropské unie o rozhodnutí o předběžné otázce) není v tomto správním řízení žádného důvodu. Úřad se v šetřeném případě zabýval postupem zadavatele při vyřizování námitek a shledal, že byl nezákonný. Na tomto by pak nic nezměnilo požadované přerušení správního řízení a pokládání předběžné otázky, která nesouvisí s posouzením věci tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

K VÝROKU II. ROZHODNUTÍ

139. Úřad s odkazem na ustanovení § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom rozsahu, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je podle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
140. Vzhledem k tomu, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách navrhovatele podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem námitkám stěžovatele, jak mu ukládá ustanovení § 245 odst. 1 zákona, v důsledku čehož je předmětné rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů, rozhodl Úřad v souladu s ustanovením § 263 odst. 5 zákona toliko o zrušení rozhodnutí o námitkách, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
141. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle ustanovení § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele ze dne 15. 3. 2017 znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.

K VÝROKU III. ROZHODNUTÍ

142. Podle ustanovení § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
143. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

144. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení předmětnou rámcovou dohodu.

K VÝROKU IV. ROZHODNUTÍ

145. Podle ustanovení § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
146. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o námitkách, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
147. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2017000132.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. QCM, s. r. o., Bellova 370/40, 623 00 Brno, Kohoutovice
2. TEPLO T s. r. o., Jungmannova 1899, 666 01 Tišnov

Vypraveno dne

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