



UOHSX00ANWG9

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0344/2017/VZ-33371/2017/532/PHn

Brno: 13. listopadu 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 8. 2017 na návrh ze dne 23. 8. 2017, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Městská část Praha 14, IČO 00231312, se sídlem Bratří Venclíků 1073, 198 21 Praha 9,
- navrhovatel – Enerfis s.r.o., IČO 24160202, se sídlem Drtinova 557/10, 150 00 Praha 5 – Smíchov,
- vybraný dodavatel – PREměření, a.s., IČO 25677063, se sídlem Na Hroudě 2149/19, 100 05 Praha 10,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Vybudování energetického managementu s automatickým zápisem dat“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 12. 6. 2017, která byla uveřejněna na profilu zadavatele téhož dne pod systémovým číslem zakázky P17V00000100,

### rozhodl takto:

**Návrh navrhovatele** – Enerfis s.r.o., IČO 24160202, se sídlem Drtinova 557/10, 150 00 Praha 5 – Smíchov – ze dne 23. 8. 2017, se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Městská část Praha 14, IČO 00231312, se sídlem Bratří Venclíků 1073, 198 21 Praha 9 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 12. 6. 2017 uveřejněním výzvy k podání nabídek zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Vybudování energetického managementu s automatickým zápisem dat“, přičemž výzva k podání nabídek byla uveřejněna na profilu zadavatele pod systémovým číslem zakázky P17V00000100 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 4.1. „*Předmět veřejné zakázky*“ výzvy k podání nabídek a textové části zadávací dokumentace (dále jen „výzva“) zadavatel v bodě 4.1.1. vymezil předmět veřejné zakázky následovně: „*Předmětem veřejné zakázky je zejména:*
  - a) *Licencované užívání software pro energetický management*
  - b) *Vybudování infrastruktury tak, aby data zapisovaná do software na energetický management byla daty z fakturačních měřidel a z podružných měřidel (tam kde jsou osazena)*
  - c) *Ukládání dat včetně zajištění bezpečnosti dat a jejich zálohování*
  - d) *Nastavení systému energetického managementu pro potřeby MČ Praha 14*“.
3. Z Protokolu o otevírání obálek ze dne 28. 6. 2017 vyplývá, že zadavatel obdržel celkem čtyři nabídky.
4. „Rozhodnutím o vyloučení dodavatele“ ze dne 17. 7. 2017 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele – Enerfis s.r.o., IČO 24160202, se sídlem Drtinova 557/10, 150 00 Praha 5 – Smíchov (dále jen „navrhovatel“) z předmětného zadávacího řízení, a to z důvodu nesplnění zadávacích podmínek (dále jen „rozhodnutí o vyloučení“). Předmětné rozhodnutí bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 17. 7. 2017 (v bodu 14.1.9. výzvy bylo uvedeno, že „*Zadavatel si vyhrazuje právo uveřejnit oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení (...) na profilu zadavatele. V takovém případě se oznámení považují za doručená (...) okamžikem jejich uveřejnění.*“). Dne 17. 7. 2017 zadavatel rovněž rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky vybraného dodavatele – PREměření, a.s., IČO 25677063, se sídlem Na Hroudě 2149/19, 100 05 Praha 10 (dále jen „vybraný dodavatel“).
5. Proti rozhodnutí zadavatele ze dne 17. 7. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne, podal navrhovatel dopisem ze dne 28. 7. 2017, který zadavatel osobně převzal téhož dne, námitky. Rozhodnutí ze dne 14. 8. 2017 o námitkách navrhovatele, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), bylo navrhovateli doručeno téhož dne.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele ze dne 14. 8. 2017 o jeho námitkách ze dne 28. 7. 2017 za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 24. 8. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který byl zadavateli doručen ve stejnopisu téhož dne.

## Obsah návrhu

7. Navrhovatel v návrhu odkazuje na své námitky ze dne 28. 7. 2017, kde shodně s návrhem, uvádí, že zadavatel navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení v rozporu se zákonem, neboť nesprávně aplikoval příslušná ustanovení zákona týkající se vyloučení navrhovatele, postupoval v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, dopustil se chyb v průběhu posuzování nabídek a nesprávně vyhodnotil údaje uvedené v nabídce navrhovatele.
8. Navrhovatel uvádí, že důvodem jeho vyloučení ze zadávacího řízení byla jím učiněná výhrada k položkovému rozpočtu. Podle názoru navrhovatele nemůže takový důvod vyloučení obstát, neboť položkový rozpočet, ke kterému měl údajně učinit výhradu, nebyl zadavatelem vůbec požadován. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, uvedeným v rozhodnutí o námitkách, že Příloha č. 3, jež měla určit cenu, byla zadavatelem definována jako položkový rozpočet, když Příloha č. 3 je v návrhu smlouvy o spolupráci určena jako cenová nabídka, nikoliv jako položkový rozpočet. Navrhovatel tvrdí, že zadavatel ve výzvě (čl. 9) definoval cenovou nabídku jako absolutní částku v Kč, přičemž jím uvedená cenová nabídka je určena absolutní částkou v Kč, a to zcela jednoznačně, a tedy tvrzení zadavatele je zcela liché a ničím nepodložené. Postup zadavatele, kdy z rozhodnutí o vyloučení ani z rozhodnutí o námitkách srozumitelně nevyplývá důvod vyloučení, je dle navrhovatele netransparentní a v rozporu se smyslem a účelem zákona. Na základě podané nabídky nemohl zadavatel dle navrhovatele pochybovat o záměru navrhovatele provést zakázku v celém rozsahu, když v návrhu smlouvy je rozsah plnění uveden totožně s požadovaným rozsahem plnění v zadávací dokumentaci.
9. Navrhovatel dále uvádí, že pokud měl zadavatel pochybnosti o kompletnosti údajů předložených navrhovatelem, měl postupovat v souladu s ustanovením § 46 zákona a žádat o jejich objasnění, což zadavatel neučinil a bez jakékoliv žádosti o vysvětlení navrhovatele vyloučil. Navrhovatel opakuje, že hlavním kritériem byla podle bodu 10.1.3. výzvy celková nabídková cena, kterou navrhovatel jasně uvedl jak v příloze smlouvy na poslední straně, tak v krycím listu. Pokud tedy zadavatel nabyl pochybnosti o ceně a i přesto nepožádal o vysvětlení, měl dle navrhovatele zadavatel rozhodnout na základě celkové nabídkové ceny. Pro podporu své argumentace navrhovatel odkazuje na odbornou literaturu a rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, sp. zn. 62 Af 50/2010, z nichž má dle navrhovatele vyplývat, že žádat o objasnění pochybností o ceně bylo pro zadavatele povinné, nikoliv pouze možné. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že případné nejasnosti není zadavatel povinen objasňovat, nýbrž je k tomu pouze oprávněn, přičemž takovou „libovůli“ považuje navrhovatel za nepřipustnou a dodává, že postupem zadavatele dojde k prodražení zakázky.
10. Kromě výše uvedeného navrhovatel poukazuje i na další vady postupu zadavatele. Zejména se dle navrhovatele zadavatel nevypořádal s námitkou proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky a navrhovateli doručil pouze rozhodnutí o námitkách proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka. Rozhodnutí o námitkách proti výběru nejvhodnější nabídky navrhovatel dle jeho tvrzení doposud od zadavatele neobdržel.
11. Námitka navrhovatele proti výběru nejvhodnější nabídky směřovala proti skutečnosti, že dle čl. 14 výzvy vybraný dodavatel vypracoval část zadávací dokumentace „Popis skutečného stavu“, čímž si vlastně stanovil některé okolnosti soutěže, které se následně sám účastní,

čímž dle navrhovatele došlo k narušení hospodářské soutěže. Zadavatel měl v tomto případě postupovat v souladu s ustanovením § 48 odst. 5 písm. c) zákona a účastníka (vybraného dodavatele) vyloučit. Tím, že zadavatel vybraného dodavatele nevyločil ve smyslu zmíněného ustanovení, došlo dle navrhovatele k porušení zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvených v § 6 zákona. Navrhovatel doplňuje, že část předmětu plnění veřejné zakázky je částečně závislá na rozhodnutí společnosti PREDistribuce a.s. (poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů), přičemž vybraný dodavatel a společnost PREDistribuce a.s. mají totožného vlastníka (jediného akcionáře – společnost Pražská energetika a.s.), a tím tvoří koncern. Navrhovatel zároveň uvádí, že není zřejmé, proč se vybraný dodavatel podílel na zpracování zadávací dokumentace, když taková činnost by měla být v silách zadavatele. Argumentaci zadavatele, že vše o spolupráci s vybraným dodavatelem uvedl ve výzvě, navrhovatel nepovažuje za relevantní, neboť i přes transparentní oznámení této skutečnosti, takovým postupem zadavatele došlo k narušení hospodářské soutěže, tj. ke zvýhodnění jednoho z účastníků zadávacího řízení.

12. Navrhovatel shrnuje, že zadavatel nesprávně aplikoval ustanovení zákona týkající se vyloučení ze zadávacího řízení, postupoval v rozporu se základními zásadami, dopustil se chyb při posuzování a hodnocení nabídek, nevypořádal se s námitkami navrhovatele proti výběru nejvhodnější nabídky a rozhodnutí o námitkách neodůvodnil tak, aby navrhovatel mohl seznat úvahy, které zadavatele k vyloučení vedly, přičemž tedy již z důvodu netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti je rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí o námitkách nezákonné.
13. Na základě výše uvedeného navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o jeho vyloučení ze dne 17. 7. 2017, rozhodnutí a oznámení o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne a uložil provedení nového hodnocení nabídek, nebo aby zrušil celé zadávací řízení, a dále navrhuje, aby bylo konstatováno porušení zákona v souvislosti s nevyřízením námitek.

#### **Vyjádření zadavatele k návrhu**

14. Ve vyjádření k návrhu ze dne 4. 9. 2017, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, zadavatel nejprve uvádí, že ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona obdržel od navrhovatele pouze samotný návrh bez příloh, tzn. i bez dokladu o složení kauce, z čehož dle jeho názoru vyplývá, že návrh neobsahuje všechny náležitosti stanovené zákonem, pročež zadavatel navrhuje, aby Úřad správně řízení ve smyslu § 257 písm. a) zákona, zastavil.
15. Zadavatel odkazuje na argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách a tuto dále rozvádí.
16. Zadavatel uvádí, že v souladu s čl. 9.1.2 výzvy musí být nabídková cena zpracována v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami. Současně v návrhu smlouvy o spolupráci je v článku V. Cena za poskytnutí Služby uvedeno, že *„Zákazník se zavazuje platit Poskytovateli za Službu cenu uvedenou v příloze č. 3.“*. Tato příloha je dle zadavatele definována jako položkový rozpočet a navrhovatel ji předložil. Zadavatel se neztotožňuje s tvrzením, že položkový rozpočet nebylo nutné předložit, naopak by bez něj nebylo možné stanovit nabídkovou cenu.
17. Jak dále zadavatel uvádí, příloha „položkový rozpočet“ obsahuje několik listů excelu, jako například list s názvem „elektrina“, kde jsou uvedeny položky související s náklady na vybudování infrastruktury pro sběr dat z elektroměrů. Zde navrhovatel doplnil, že *„Poplatek*

*distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn. Umožnění je vždy na žádost zákazníka, tj. MČ PRAHA 14 a je možné, že nebude distributorem účtován.*“. Toto sdělení navrhovatele považuje zadavatel za výhradu k položkovému rozpočtu a ve svém vyjádření uvádí další kapitoly rozpočtu, kde je podobná výhrada učiněna například k nákladům na vybudování infastruktury pro sběr dat z plynoměrů, vodoměrů, kalorimetrů a dalších. Na základě výše uvedeného zadavatel shrnuje, že celková cenová nabídka je učiněna s výhradou a není kompletní, když zadavatel požadoval v rámci veřejné zakázky mimo jiné vybudování infrastruktury pro sběr dat ze 4 utilit a u všech těchto dílčích ocenění je uvedena výhrada k ceně.

18. Dále se zadavatel vypořádává s argumentem navrhovatele, že nevyužil možnost nechat si objasnit nejasnosti v rozpočtu a nepostupoval tak ve shodě s judikaturou. K tomu zadavatel uvádí, že navrhovatel se nemůže automaticky domáhat, aby zadavatel využil svého práva požádat jakéhokoliv dodavatele o objasnění nabídky. Zadavatel tvrdí, že v případě, že by měl jakékoliv pochybnosti o kompletnosti nabídky, požádal by navrhovatele o objasnění nabídky. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel zcela jednoznačně učinil výhrady k položkovému rozpočtu, neměl zadavatel pochybnosti o obsahu nabídky a byl přesvědčen, že navrhovatel nedodržel zadávací podmínky, a nebyla tedy shledána žádná nejasnost, která by měla být objasňována.
19. K tvrzení navrhovatele, že došlo k narušení hospodářské soutěže tím, že část zadávacích podmínek vypracoval vybraný dodavatel, zadavatel uvádí, že tato část zadávacích podmínek je popis skutečného stavu (seznam veškerých měřidel, a to včetně typu, výrobního či evidenčního čísla, vlastníka měřidla a statusu měřidla). Z popisu skutečného stavu plynou dle zadavatele skutečnosti faktické a nemohlo tak dojít k tomu, že by vybraný dodavatel stanovil některé okolnosti soutěže. Jak dále zadavatel uvádí, vybraný dodavatel se žádným způsobem nepodílel na zpracování jiných zadávacích podmínek a neznal jiné zadávací podmínky dříve, než byla veřejná zakázka zveřejněna. Zadavatel také uvádí, že na vyžádání umožnil všem potenciálním účastníkům, aby si místo plnění prohlédli samostatně a případně popis skutečného stavu konfrontovali se svým zjištěním.
20. K argumentu navrhovatele, že mu dosud nebylo doručeno rozhodnutí o námitkách proti výběru nejvhodnější nabídky, zadavatel konstatuje, že obdržel jedny námitky, které směřovaly proti rozhodnutí o vyloučení a proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel tyto námitky v plném rozsahu odmítl, tudíž rozhodl o všech námitkách podaných navrhovatelem.
21. Zadavatel s ohledem na výše uvedené požaduje, aby Úřad správní řízení ve smyslu ustanovení § 257 písm. a) zákona zastavil, nebo aby (alternativně) rozhodl tak, že se zadavatel porušení zákona nedopustil.

## **II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

22. Podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 24. 8. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
23. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:

- zadavatel,
  - navrhovatel,
  - vybraný dodavatel.
24. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-25041/2017/532/PHn ze dne 28. 8. 2017, kterým zároveň určil zadavateli lhůtu k vyjádření se k obdrženému návrhu a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení.
25. Usnesením č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26226/2017/532/PHn ze dne 8. 9. 2017 určil Úřad zadavateli dodatečnou lhůtu pěti dní k provedení úkonu – doručení dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku ve smyslu § 216 odst. 1 zákona.
26. Dopisem č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26576/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017 požádal Úřad účastníka předmětného zadávacího řízení – ČEZ Energetické služby, s.r.o., IČO 27804721, se sídlem Výstavní 1144/103, Vítkovice, 703 00 Ostrava (dále jen „společnost ČEZ“) – o sdělení informace, zda společnost ČEZ zakalkulovala do své nabídkové ceny příp. poplatky distributorům za umožněné dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu.
27. Dopisem č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26579/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017 požádal Úřad účastníka předmětného zadávacího řízení – TESCO SW a.s., IČO 25892533, se sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, Hodolany, 779 00 Olomouc (dále jen „společnost TESCO SW“) – o sdělení informace, zda společnost TESCO SW zakalkulovala do své nabídkové ceny příp. poplatky distributorům za umožněné dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26591/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení informace z jaké konkrétní části zadávací dokumentace veřejné zakázky vyplývá požadavek na zohlednění, resp. zakalkulování příp. poplatků distributorům za umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu. Úřad dále určil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony – a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
29. Výše zmíněným usnesením dále Úřad určil vybranému dodavateli lhůtu ke sdělení informace, zda zakalkuloval do své nabídkové ceny příp. poplatky distributorům za umožněné dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu.
30. Usnesením č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-27809/2017/532/PHn ze dne 25. 9. 2017 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
31. Vzhledem k výsledkům provedeného šetření dospěl Úřad k závěru, že je pro řádné prošetření věci potřeba dále zjistit, v čem spočívá poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů, resp. co je v tomto poplatku zahrnuto, v jakých případech a jakým způsobem jsou poplatky za umožnění dálkových odečtů distributorem účtovány, a zda jsou s umožněním provádění dálkových odečtů spojeny další distributorovi hrazené poplatky, resp. zda se jedná pouze o poplatek za případnou výměnu měřidla nebo jsou s umožněním dálkových odečtů

spojeny i jiné distributorovi hrazené poplatky. Tyto informace Úřad zjišťoval žádostmi ze dne 6. 10. 2017, které adresoval společností PREdistribuce, a. s., se sídlem Svornosti 3199/19a, 150 00 Praha 5 (žádost č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28959/2017/532/PHn), (dále jen „společnost PREdistribuce“), VEOLIA ČESKÁ REPUBLIKA, a.s., se sídlem Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1 (žádost č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28961/2017/532/PHn), (dále jen „společnost Veolia“), Pražská plynárenská Servis distribuce, a.s., se sídlem U Plynárny 1450/2a, 140 00 Praha 4 – Michle (žádost č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28966/2017/532/PHn), (dále jen „společnost Pražská plynárenská“) a Pražská teplárenská a.s., se sídlem Partyzánská 1/7, 170 00 Praha 7 (žádost č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28986/2017/532/PHn), (dále jen „společnost Pražská teplárenská“). Dopisem doručeným Úřadu dne 13. 10. 2017 požádala společnost Pražská teplárenská o prodloužení stanovené lhůty, a to do 18. 10. 2017, přičemž dopisem č. j. UOHS-S0344/2017/VZ-29970/532/KSt ze dne 16. 10. 2017 Úřad dle žádosti společnosti Pražská teplárenská stanovenou lhůtu prodloužil.

32. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-58949/2017/532/PHn ze dne 13. 10. 2017 Úřad nařídil z moci úřední předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení, a to až do pravomocného skončení vedeného správního řízení.
33. S ohledem na doplnění dalších podkladů do spisu předmětného správního řízení Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-30544/2017/532/PHn ze dne 20. 10. 2017 stanovil opětovně lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### *Vyjádření zadavatele ze dne 18. 9. 2017*

34. Dopisem ze dne 18. 9. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne, se zadavatel vyjádřil k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26591/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017. Reagoval tak na žádost Úřadu o sdělení informace, z jaké konkrétní části zadávací dokumentace veřejné zakázky vyplývá požadavek na zohlednění, resp. zakalkulování případných poplatků distributorům za umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu.
35. Zadavatel nejprve popsal, jakým způsobem v současné době realizuje energetický management, kdy jsou údaje o stavu jednotlivých měřidel zapisovány do sešitu, přičemž tento je nadále zcela nevyhovující, neboť tento postup je procesně a technicky náročný a s jeho pomocí nelze předcházet haváriím či únikům vody, pročež se rozhodl realizovat energetický management, který bude založen na automatickém zasílání dat do systému, který bude online přístupný jednotlivým správcům budov. Aby takový systém mohl fungovat, je třeba vybudovat infrastrukturu pro zápis dat, což znamená, že na jednotlivých distribučních sítích, musí dodavatel vybudovat technické zařízení, které bude zajišťovat sběr dat a následně tato data zasílat do systému. Zadavatel dále uvedl, že některé zásahy na distribuční síti je nezbytné koordinovat s distribuční společností, přičemž „(...) Distribuční společnosti mimo jiné vykonávají dohled nad spolehlivým provozem distribuční soustavy. Dodavatel bez koordinace s distribučními společnostmi není schopen zhotovit předmět plnění veřejné zakázky. Laicky řečeno, pokud by dodavatel vybudoval část infrastruktury, ke které je dle smlouvy se zadavatelem povinen, ale na distribuční síti bylo instalováno měřidlo, které neumožňuje komunikaci s infrastrukturou dodavatele a dodavatel nezařídil a nezapltil u distribuční společnosti výměnu měřidla (slovy navrhovatele „jménem Městské části nepožádal distribuční společnost o umožnění dálkového odečtu“), nebyl by systém

*dodavatele funkční a on by nesplnil předmět plnění veřejné zakázky. Předpoklad navrhovatele, že by distribuční společnosti prováděly případné výměny měřidel bez úplaty je ničím nepodložený, či spíše spekulativní, neboť není v rámci daného segmentu trhu obvyklý. Zadavatel z doby, kdy připravoval veřejnou zakázku a konzultoval s jednotlivými distribučními společnostmi, ví, že tuto činnost distribuční společnosti provedou, ale za úplatu.“*

36. Dále zadavatel odkazuje na článek 2.1.1. „Technického popisu plnění veřejné zakázky“ (dále jen „technický popis předmětu plnění“), kde je popsáno, že předmět veřejné zakázky tvoří mimo jiné „*Vybudování infrastruktury tak, aby data zapisovaná do software na energetický management byla daty fakturačními*“. V článku 3 technického popisu předmětu plnění je v rámci podrobného popisu plnění mimo jiné stanoven požadavek, že „*Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribuční společnosti*“. Z „Popisu skutečného stavu“, který je součástí zadávacích podmínek, pak dle zadavatele osoba s odbornou způsobilostí pozná, která měřidla jednotlivých distribučních soustav bude nutné vyměnit; právě z toho důvodu zadavatele nechal popis skutečného stavu zpracovat.
37. Dle zadavatele z článku 9.1.4. výzvy jednoznačně plyne požadavek, že nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky, přičemž v případě výhrady poplatku distributorům za umožnění dálkových odečtů tak cena navrhovatele není úplná. Dle zadavatele tak ze shora zmíněných částí zadávací dokumentace jednoznačně plyne požadavek na zakalkulování případných poplatků distributorům za dálkový odečet do nabídkové ceny.
38. Zadavatel dále uvádí, že: „*Pokud totiž z Technického popisu a Popisu skutečného stavu vyplývá, že k zajištění přenosu fakturačních dat je nutná výměna měřidla, k čemuž je oprávněn dle zákona pouze a jedině distributor, pak je zřejmé, že takovýto náklad musí být zahrnut do nabídkové ceny. Pokud jeden ze soutěžitelů, konkrétně navrhovatel, tento náklad nezahrnul, navíc evidentně vědomě, činí tento postup jeho nabídku s nabídkami ostatními soutěžitelů nesrovnatelnou, neboť část nákladů přenáší mimo nabídkovou cenu na zadavatele*“. Zadavatel dle jeho vyjádření předpokládal, že takové skutečnosti jsou odborně zdatnému dodavateli známy, o čemž svědčí i skutečnost, že nabídky ostatních dodavatelů tyto náklady obsahují (například nabídka společnosti ČEZ).
39. Zadavatel dále uvádí, že skutečnost, že část zadávacích podmínek („Popis skutečného stavu“) zpracoval jeden z účastníků šetřeného zadávacího řízení, nemohla mít na budoucí soutěž jakýkoliv vliv, neboť se jedná o čistě technický popis skutečností, které nemohla osoba zpracovávající tento popis žádným způsobem ovlivnit. Naopak pokud by se o takový popis pokoušel zadavatel, mohlo by to mít negativní vliv na zadání veřejné zakázky, neboť zadavatel nedisponuje odbornými kapacitami a zadávací dokumentace by tak mohla obsahovat nedostatečné informace.

*Vyjádření navrhovatele – doplnění podkladů ze dne 25. 9. 2017*

40. Dopisem ze dne 25. 9. 2017 navrhovatel zaslal Úřadu záznam e-mailové komunikace probíhající v rámci zřízení automatického sběru dat z měřidel společnosti PREdistribuce, z níž má vyplývat, že navrhovatel musí v rámci šetřené veřejné zakázky spoléhat na vybraného dodavatele a nikoliv na společnost PREdistribuce, jak tvrdí zadavatel, neboť i přesto, že se jedná o měřidla společnosti PREdistribuce, tak schválení, montáž a následná fakturace byla



vždy čistě na vybraném dodavateli. Z uvedeného dle navrhovatele vyplývá, že vybraný dodavatel bude stanovovat podmínky instalace zařízení pro ostatní soutěžitele.

*Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 26. 10. 2017*

41. Dopisem ze dne 26. 10. 2017, který byl Úřadu doručen dne 27. 10. 2017, se zadavatel vyjádřil k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-30544/2017/532/PHn ze dne 20. 10. 2017, kterým Úřad stanovil účastníkům předmětného správního řízení lhůtu 7 dnů k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
42. Zadavatel ve výše zmíněném dopisu odkazuje na svoji argumentaci v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 17. 7. 2017 a rozhodnutí o námitkách ze dne 14. 8. 2017 a shrnuje, že argumentace navrhovatele, že položkový rozpočet nebyl zadavatelem vůbec požadován, nemá oporu v zadávací dokumentaci, ani v nabídce předložené navrhovatelem, která tento položkový rozpočet obsahuje.
43. Zadavatel dále uvedl, že s využitím jazykového hlediska nemohl, v případě, že nabídka navrhovatele obsahovala upozornění, že *„poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn, je možné, že nebude distributorem účtován“*, dojít k jinému závěru, než že cenová nabídka je neúplná.
44. Nad rámec své předchozí argumentace zadavatel dále uvádí, že před zadáním předmětné veřejné zakázky kontaktoval všechny distribuční společnosti v Praze a informoval se u nich o možnostech realizace dálkových odečtů. Díky tomu zjistil, že některé úkony distributorů jsou zpoplatněny a že není možné, aby distributor neúčtoval poplatky za umožnění dálkových odečtů. Jestliže tedy navrhovatel na několika místech položkového rozpočtu uvedl, že poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn, zadavatel vyhodnotil navrhovatelovu nabídku jako neúplnou a z toho důvodu jej vyloučil ze zadávacího řízení.
45. K Úřadem provedenému šetření, v rámci něhož Úřad zjišťoval, zda ostatní účastníci zadávacího řízení zahrnuli poplatky distributorům do svých cenových nabídek, zadavatel uvedl, že z něj vyplývá, že ostatní účastníci zadávacího řízení poplatky distributorům do své cenové nabídky zahrnuli. K odpovědi společnosti TESCO SW zadavatel uvedl, že ji považuje za vnitřně rozpornou, neboť na jedné straně společnost TESCO SW uvádí, že *„žádné poplatky nebyly specifikovány“*, na straně druhé však tvrdí, že *„si byl poplatků za výměnu měřidel vědom, ale výměnu nepovažoval pro své plnění za nutnou“*; zadavatel nemůže dle jeho vyjádření toto tvrzení posoudit, neboť společnost TESCO SW byla vyloučena a její technické řešení tedy neposuzoval. Co se týče šetření Úřadu, kdy Úřad zjišťoval, zda byl požadavek na poplatek distributorovi řádně zahrnut v zadávacích podmínkách, zadavatel citoval části technického popisu předmětu plnění (čl. 2.1.1. bod 2, čl. 3) a výzvy (čl. 9.1.4.), z nichž má požadavek na zakalkulování případných poplatků distributorům vyplývat. Pokud tedy z technického popisu předmětu plnění a „Popisu skutečného stavu“ vyplývá, že je k zajištění přenosu fakturačních dat nutná výměna měřidla, pak je zřejmé, že takovýto náklad musí být zahrnut do celkové nabídky. Právě uvedené je dle zadavatele zřejmé i z odpovědí jednotlivých distributorů, které si Úřad vyžádal v průběhu správního řízení.
46. K samotné podobě položkového rozpočtu zadavatel uvádí, že cenová tabulka rozpočtu byla strukturována tak, aby výslednou cenu rozdělila do 3 celků, konkrétně na cenu za

vybudování infrastruktury potřebné k zajištění sběru fakturačních dat, cenu za licenci k software a cenu za dálkový odečet a byla v něm explicitně dána možnost uvést další položky ceny, tzv. „jiné“, které bylo nutné vysvětlit v poznámce.

47. Svoji předchozí argumentaci zadavatel doplňuje o vysvětlení, že při posuzování jeho postupu při vyloučení navrhovatele je třeba vzít v úvahu, že: *»(...) Zadavatel poptává exaktně popsané řešení, definovaný „koncový stav“, tedy konkrétně dodávku fakturačních dat, přičemž soutěžitelům nepředepisuje technické řešení. Jakkoli bez výhrady platí předchozí tvrzení, že zadávací dokumentace požadavek na zahrnutí **případného** poplatku distributorům zahrnovala, je klíč k pochopení celé problematiky právě v onom termínu „případný“. Pokud totiž Zadavatel, právě s ohledem na volnou hospodářskou soutěž, šel tak daleko, že soutěžitelům nepředepsal technické řešení (jakkoli by k tomu byl podle svého přesvědčení oprávněn) nemohl ani předpokládat, že **každé** technické řešení bude platbu poplatkům distributorům automaticky **vyžadovat**. Nelze totiž vyloučit ani existenci takového technického řešení, které hrazení takovýto poplatků **nebude vyžadovat**. Pokud ovšem některý ze soutěžitelů zvolil **takové technické řešení**, které účtování poplatků **vyžaduje**, nemůže být s ohledem na již uvedenou argumentaci pochyb o tom, že tento **měl být do cenové nabídky zahrnut**.«.* Tato znalost pak dle zadavatele musí být jednoznačně na straně dodavatele, neboť ten má být odborně zdatný nabídku podat.
48. K argumentaci navrhovatele, že došlo k narušení hospodářské soutěže tím, že část zadávací dokumentace vypracoval vybraný dodavatel, zadavatel opětovně uvádí, že se jedná pouze o popis skutečného stavu, ze kterého vyplývá seznam měřidel, která se v jednotlivých budovách nacházejí, a jejich podrobný popis; jedná se tedy pouze o skutečnosti faktické a není možné, aby si tímto popisem dodavatel, který ho bude zpracovávat, stanovil vlastní podmínky soutěže, jak tvrdí navrhovatel. Nadto zadavatel zdůrazňuje, že tuto skutečnost transparentně deklaroval ve výzvě.
49. Zadavatel pak podrobněji popisuje distribuční společnosti, které v Praze zajišťují distribuci elektřiny, plynu, tepla a vody, z čehož dovozuje, že vybraný dodavatel, který není distributorem energií, nemohl nijak ovlivnit „poplatek distributorům za umožnění dálkových odečtů“. Zadavatel se dále vyjadřuje k navrhovatelem předložené e-mailové komunikaci mezi ním a vybraným dodavatelem, ze které dle navrhovatele vyplývá, že vybraný dodavatel stanovuje podmínky instalace pro ostatní dodavatele. Zadavatel k tomu uvádí, že: *»Z dané komunikace sice nevyplývá bližší obsah komunikace, než že „montáž ve středu 7:45 na Vinohradské“, nicméně v předmětu emailu je uvedeno „montáž separátoru“. Nahlédnutím do ceníku PREdistribuce, a.s., (...), lze zjistit, že se jedná o ceníkovou položku, (...). Stěžovatelem dodané emaily tak jednoznačně potvrzují tvrzení Zadavatele, že PREměření, a.s. nemůže jakkoliv ovlivnit cenovou politiku PREdistribuce, a.s. a rovněž svědčí o tom, že distributorem stanovené poplatky jsou řádně stanovené a veřejně dohledatelné.«.* Zadavatel následně shrnuje, že *„PREměření, a.s. je subdodavatelem PREdistribuce, a.s., který vykonává některé zásahy do distribuční soustavy na základě objednávek PREdistribuce, a.s., nicméně v rámci předmětu veřejné zakázky je třeba komunikovat s dalšími třemi distributory energie, přičemž logikou stěžovatele pokud PREměření, a.s. patří do koncernu PRE, pak by distributor plynu, který spadá do skupiny Pražská plynárenská, mohl záměrně stanovovat větší poplatky v případě, že by o ně požádalo PREměření, a.s., tj. jeden ze soutěžitelů, neboť skupina PRE a*

*Pražská plynárenská jsou v rámci prodeje elektřiny a plynu v Praze konkurenty (obě společnosti obchodují s oběma utilitami).“*

50. S ohledem na výše uvedené zadavatel trvá na svých předcházejících stanoviscích.

#### **Zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení**

##### *Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 17. 9. 2017*

51. Dopisem ze dne 17. 9. 2017, který byl Úřadu doručen dne 21. 9. 2017, se vybraný dodavatel vyjádřil k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26591/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017.
52. Vybraný dodavatel ve výše zmíněném dopisu uvádí, že: *»V nabídce společnosti PREměření, a.s., podané v zadávacím řízení na výše uvedenou zakázku byly zakalkulovány ceny distributorům za umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu. Jejich výše jsme konzultovali s příslušnými distributory, tedy v případě „elektřiny“ se společností PREdistribuce a.s., u „vody“ s Pražské vodovody a kanalizace, a.s., u „plynu“ s Pražská plynárenská servis distribuce, a.s. a u „tepla“ s Pražská teplotárenská, a.s., a požadované náklady jsme následně zahrnuli do příslušných položek u jednotlivých komodit položkového rozpočtu.«*

##### *Vyjádření společnosti ČEZ ze dne 19. 9. 2017*

53. Dopisem ze dne 19. 9. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne, se společnost ČEZ vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26576/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017.
54. Společnost ČEZ ve výše zmíněném dopisu uvádí, že: *„Do celkové nabídkové ceny byly ze strany uchazeče ČEZ Energetické služby zakalkulovány náklady na umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst podle položkového rozpočtu. Tyto náklady byly ovšem určeny velmi hrubým odhadem, jelikož zadávací lhůta byla příliš krátká na to, aby jej bylo možno získat běžným postupem založeným na standardní komunikaci s distributory energií. Nad to distributoři/dodavatelé energií nemají povinnost dálkový odečet povolit/umožnit, čímž může být teoreticky některý z uchazečů zvýhodněn (vazba na distributora/dodavatele, dohoda o exkluzivitě apod.). V zadávacích podmínkách jsme identifikovali více nesrovnalostí a před uplynutím lhůty pro podání nabídek jsme o nich informovali zadavatele (...).“*

##### *Vyjádření společnosti TESCO SW ze dne 22. 9. 2017*

55. Dopisem ze dne 22. 9. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne, se společnost TESCO SW vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-26579/2017/532/PHn ze dne 14. 9. 2017.
56. Společnost TESCO SW ve výše zmíněném dopisu uvádí, že: *»V zadávací dokumentaci k příslušné veřejné zakázce nebyly specifikovány žádné informace týkající se konkrétních „poplatků“ distributorům, a tudíž naše společnost žádné „poplatky“ distributorům v nabídkové ceně nezohlednila. V zadávací dokumentaci naopak bylo uvedeno, že „Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribuční společnosti.“ S tímto požadavkem zadavatele jsme počítali, ale výměnu měřidel jsme nepovažovali pro naše plnění za nezbytnou. Jinak by sám o sobě tento požadavek byl diskriminační vůči účastníkům, kteří nejsou distributorem těchto energií, protože ti jediní do svého majetku mohou zasahovat.«*

*Vyjádření společnosti PREdistribuce ze dne 11. 10. 2017*

57. Dopisem ze dne 11. 10. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne se společnost PREdistribuce vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28959/2017/532/PHn ze dne 6. 10. 2017.
58. Společnost PREdistribuce ve výše zmíněném dopisu k otázce, v čem spočívá poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů, resp. co je v tomto poplatku zahrnuto, uvedla, že: *»Zákon č. 458/2000 Sb., energetický zákon v § 49 upravuje, že PDS instaluje měřicí zařízení vyššího typu než měřicí zařízení stanoveného typu (uvedeného ve vyhlášce č. 82/2011 Sb., o měření elektřiny a o způsobu stanovení náhrady škody při neoprávněném odběru, neoprávněné dodávce, neoprávněném přenosu nebo neoprávněné distribuci elektřiny) na základě žádosti zákazníka. Zákazník je v takovém případě povinen uhradit PDS rozdíl nákladů na měřicí zařízení, jeho instalaci, provoz a odečty požadovaného měřicího zařízení oproti měřicímu zařízení stanoveného typu – jedná se o náklady distributora za službu umožnění dálkového odečtu (v otázce uvedený „poplatek distributorovi“). Umožnění dálkových odečtů nad rámec vyhlášky č. 82/2011 Sb., není samostatně legislativně definovanou kategorií, náklady za tuto službu nejsou uvedeny v cenovém rozhodnutí, jsou dohodnuty ve smlouvě. V případě společnosti PREdistribuce, a.s., je součástí ceny této služby za umožnění dálkového odečtu adekvátní část pořizovací hodnoty elektroměru (odpisy) včetně montáže, dále pak náklady na komunikaci (poplatky provozovateli komunikační sítě)«. K otázce v jakých případech a jakým způsobem jsou poplatky za umožnění dálkových odečtů účtovány, společnost PREdistribuce uvedla následující: „V případě, že se jedná o odběrné místo, pro které je určen dálkový odečet vyhláškou č. 82/2011 Sb., jsou náklady spojené s dálkovým odečtem zahrnuty v ceně za související službu v elektroenergetice a další regulované ceny (cena za distribuci). Cena za službu umožnění dálkových odečtů je účtována pro odběrná místa, pro která není výše uvedenou vyhláškou předepsaný dálkový odečet, tento lze umožnit zákazníkovi instalací měřicího zařízení vyššího typu na základě žádosti zákazníka a po uzavření samostatné smlouvy – viz. vše je detailně popsáno v odpovědi na první otázku. Účtování je realizováno samostatně (mimo ceny za distribuci) na základě uzavřené smlouvy.“*

*Vyjádření společnosti Veolia ze dne 13. 10. 2017*

59. Dopisem ze dne 13. 10. 2017, který byl Úřadu doručen téhož dne se společnost Veolia vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28961/2017/532/PHn ze dne 6. 10. 2017.
60. Společnost Veolia ve výše zmíněném dopisu k otázce, v čem spočívá poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů, resp. co je v tomto poplatku zahrnuto, uvedla, že: *»Dálkový odečet je způsob, jak jednoduše, rychle a pohodlně sledovat stav počítadla vodoměru, případně dalších měřidel pomocí bezdrátové technologie prostřednictvím webové aplikace anebo „chytrým“ telefonem. Dálkový odečet mimo jiné umožňuje sledovat v reálném čase spotřebu vody a pomáhá tak odhalit nefunkční měřidla, a například SVJ/bytovým družstvům pomáhá odhalit skryté úniky vody a neoprávněné manipulace s bytovými vodoměry. Platba provozovateli vodovodu za umožnění dálkových odečtů zpravidla zahrnuje poplatek za výměnu běžného vodoměru za typ umožňující dálkový odečet, odvoz starého a přivezení nového vodoměru, provoz datového výstupu po dobu platnosti ověření vodoměru (převážně pulzního, proudového či MBUS) aj. Datový výstup je poskytnut na dobu platnosti ověření*

vodoměru (stanoveného měřidla) dle zákona č. 505/1990 Sb. o metrologii a jeho vyhlášek v platném znění. Umožnění „datového“ výstupu není nárokovou záležitostí a je podmíněno min. kompatibilitou dálkového odečtu s telemetrickým a zákaznickým systémem provozovatele a samozřejmě technickou a metrologickou realizovatelností za podmínek dodržení zákona č. 274/2001 Sb. o vodovodech a kanalizacích v platném znění a zákona č. 505/1990 Sb. o metrologii.«. K otázce v jakých případech a jakým způsobem jsou poplatky za umožnění dálkových odečtů účtovány, společnost Veolia uvedla, že: „Poplatek za umožnění dálkového odečtu je účtován vždy na základě podpisu předávacího protokolu potvrzujícího předání objednané služby na základě objednávky nebo smlouvy a to jednorázově.“

*Vyjádření společnosti Pražská plynárenská ze dne 11. 10. 2017*

61. Dopisem ze dne 11. 10. 2017, který byl Úřadu doručen dne 13. 10. 2017, se společnost Pražská plynárenská vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28966/2017/532/PHn ze dne 6. 10. 2017.
62. Společnost Pražská plynárenská ve výše zmíněném dopisu k otázce, v čem spočívá poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů, resp. co je v tomto poplatku zahrnuto, uvádí, že: „Aby mohl být poplatek stanoven, musí být každé měřicí místo (dále jen MM) individuálně posouzeno. Na základě posouzení je možné určit, jaké kroky je potřeba provést, aby mohl být dálkový odečet zprovozněn (Zda je na MM plynoměr umožňující dálkový odečet, zda na MM už nějaký dálkový odečet existuje, případně zda je MM nutné upravit, aby mohl být dálkový odečet umožněn, atd.).“ K otázce v jakých případech a jakým způsobem jsou poplatky za umožnění dálkových odečtů účtovány, společnost Pražská plynárenská uvedla, že: „Poplatky jsou účtovány zejména na MM, kde je nutné provést nějakou úpravu tak, aby byl dálkový odečet možný (výměna starého typu plynoměru, který dálkový odečet neumožňuje, pořízení a instalace snímačů impulsů, rozdvojování impulsů na MM, kde už nějaký odečet probíhá, instalace napájení k bateriovým přepočítávačům množství plynu tak, aby k nim mohl být připojen nový modul pro dálkový odečet, případně rekonstrukce MM, atd.). Jak jsme uvedli u první otázky, každé MM je nutno posoudit individuálně, zejména u kategorií odběratelů maloodběr, střední odběr a velkoodběr.“

*Vyjádření společnosti Pražská teplárenská ze dne 16. 10. 2017*

63. Dopisem ze dne 16. 10. 2017, který byl Úřadu doručen dne 19. 10. 2017, se společnost Pražská teplárenská vyjádřila k žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-S0344/2017/VZ-28986/2017/532/PHn ze dne 6. 10. 2017.
64. Společnost Pražská teplárenská ve výše zmíněném dopisu uvádí, že: »(...) PT a.s. je dle zákona č. 458/2000 Sb. o podmínkách a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“) povinna dodávku tepelné energie měřit, vyhodnocovat a vyúčtovat odběrateli tepelné energie podle skutečných parametrů teplonosné látky a údajů měřicího zařízení, které na svůj náklad osadí, zapojí, udržuje a pravidelně ověřuje správnost měření v souladu se zvláštním právním předpisem (Zákon č. 505/1990 Sb., o metrologii, ve znění pozdějších předpisů), přičemž odběratel tepelné energie má právo na ověření správnosti odečtu naměřených hodnot. Blíže jsou práva a povinnosti dodavatele tepelné energie z hlediska měření popsána v § 78 energetického zákona. Z uvedeného vyplývá, že měřidla osazuje dodavatel tepelné energie a na základě údajů z nich provádí fakturaci odebraného množství odběrateli. Jedná se

*tedy o měřidla, jejichž data slouží dodavateli tepelné energie a také jako jediný tato data využívá. Z tohoto je též zřejmé, že data z těchto přístrojů naše společnost dálkově nikomu standardně neposkytuje a již vůbec ne třetím osobám. Standardně taktéž všechny výstupy z měřidel alokujeme pro potřeby naší společnosti. V reakci na Vaše dotazy lze říci (vnímáme-li správně, že pojmem distributor je myšlena naše společnost), že žádné poplatky naše společnost neúčtuje, neboť dálkové odečty a přístupy standardně neposkytuje, a to ani odběrateli. Odběratel má k dispozici fakturační údaje z měřidla na faktuře a v případě potřeby má právo, jak již bylo výše uvedeno, na přezkoušení měřidel dle zákonných oprávnění, případně dle platných Obchodních podmínek naší společnosti může využít i oprávnění na provedení kontrolních odečtů z měřidla za přítomnosti oprávněného zaměstnance naší společnosti nebo osoby jiné, naší společností určené. V případě, že by odběratel dal souhlas s poskytováním fakturačních dat z měřidel třetí osobě a zejména v případě, že by požadoval poskytovat data jiná, pak by naše společnost musela nejdříve posoudit a stanovit jaká data a za jakých podmínek by bylo možné vůbec technicky poskytovat nad rámec běžně uváděných a sdělovaných fakturačních údajů na faktuře. Dále, pokud by se naše společnost vůbec rozhodla tato data poskytovat, musela by stanovit, jaké náklady (investiční a provozní) s tím spojené (počet předávaných měřených veličin, způsob odečtů dat, jejich četnost, způsob sdílení těchto dat prostřednictvím různých komunikačních systémů a prostředků atd.) by společnosti vyvstaly nad rámec běžných zákonných povinností dodavatele z výše zmíněné legislativy energetického a metrologického zákona. Tyto veškeré náklady by pak mohly tvořit základ Vámi dotazovaných „poplatků“ pro umožnění a zajištění dálkových odečtů (myšleno, jak uvedeno nad rámec zákonných povinností dodavatele tepelné energie).«.*

### III. ZÁVĚRY ÚŘADU

65. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

#### **K právnímu postavení zadavatele**

66. Úřad v šetřeném případě nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 4 zákona.
67. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.
68. Zákon č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o hlavním městě Praze“), upravuje postavení hlavního města Prahy jako hlavního města České republiky, kraje a obce a dále postavení městských částí. Z uvedeného vyplývá, že hlavní město Praha je územní samosprávný celek.
69. Podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze se hlavní město Praha člení na městské části.
70. 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 vyplývajících.

71. Podle § 2 odst. 1 zákona o hlavním městě Praze úkoly patřící do samosprávy hlavního města Prahy plní hlavní město Praha v rozsahu stanoveném tímto nebo zvláštním zákonem a v rozsahu odpovídajícím potřebám hlavního města Prahy. Úkoly patřící do samosprávy městských částí plní městské části v rozsahu stanoveném tímto nebo zvláštním zákonem a Statutem hlavního města Prahy a v rozsahu odpovídajícím potřebám městských částí.
72. Podle § 34 odst. 3 zákona o hlavním městě Praze městské části nakládají za podmínek stanovených tímto zákonem a Statutem se svěřeným majetkem hlavního města Prahy. Městské části vykonávají při nakládání se svěřeným majetkem hlavního města Prahy práva a povinnosti vlastníka v rozsahu vymezeném tímto zákonem a Statutem.
73. Úřad na tomto místě konstatuje, že je-li předmětem veřejné zakázky vybudování energetického managementu na území městské části Praha 14 (viz bod 2. odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze konstatovat, že veřejná zakázka souvisí s výkonem samostatné působnosti městské části Praha 14.
74. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona, neboť je územním samosprávným celkem.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

75. Dle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
76. Dle § 6 odst. 2 zákona musí ve vztahu k dodavatelům zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Dle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
77. Dle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
78. Dle § 36 odst. 4 zákona pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala. Pokud zadávací dokumentace obsahuje informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, zadavatel označí v zadávací dokumentaci tyto informace, identifikuje osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvede všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace.
79. Dle § 48 odst. 5 písm. c) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení, jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo.
80. Dle § 251 odst. 4 náležitosti návrhu podle § 251 odstavce 1 věty první a druhé zákona nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných

zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

### **Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení**

81. V článku 4.1. „Předmět veřejné zakázky“ výzvy zadavatel stanovil, že: *„Cílem zadávacího řízení je uzavření smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem, jejímž předmětem je zajištění energetického managementu s automatickým zápisem dat na územní městské části Praha 14.*

*Předmětem veřejné zakázky je zejména:*

- a) Licencované užívání software pro energetický management*
- b) Vybudování infrastruktury tak, aby data zapisovaná do software na energetický management byla data z fakturačních měřidel a z podružných měřidel (tam kde jsou osazena)*
- c) Ukládání dat včetně zajištění bezpečnosti dat a jejich zálohování*
- d) Nastavení systému energetického managementu pro potřeby MČ Praha 14“.*

82. V článku 2. „Předmět veřejné zakázky“ technického popisu předmětu plnění zadavatel dále uvedl, že předmětem veřejné zakázky je mimo jiné: *„Vybudování infrastruktury tak, aby data zapisovaná do software na energetický management byla data fakturačními“.*

83. V článku 9. „Zpracování nabídkové ceny“ výzvy zadavatel uvedl:

*„9.1.1. Dodavatel je povinen stanovit nabídkovou cenu pro veřejnou zakázku absolutní částkou v Kč bez DPH, samostatně DPH v Kč a absolutní částku v Kč včetně DPH.*

*9.1.2. Nabídková cena bude zpracována v souladu s touto zadávací dokumentací a jejími přílohami v závazném návrhu smlouvy o spolupráci, který bude součástí nabídky.*

*9.1.3. Nabídková cena musí být stanovena jako nejvýše přípustná, kterou není možné překročit nebo změnit, pokud to výslovně neupravuje tato zadávací dokumentace.*

*9.1.4. Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky. Nabídková cena obsahuje předpokládaný vývoj cen až do konce platnosti smlouvy, rovněž obsahuje i předpokládaný vývoj kurzů české koruny k zahraničním měnám až do konce její platnosti.“.*

84. V článku 10. „Hodnotící kritéria“ výzvy, bodu 10.1.1. zadavatel stanovil, že: *„Zadavatel stanovil pro zadání zakázky základní hodnotící kritérium, kterým je ekonomická výhodnost nabídky.“.* Dále zadavatel v tomto článku stanovil, že se základní hodnotící kritérium dělí do 2 dílčích kritérií v poměru 60 % z celkového hodnocení pro „Nabídkovou cenu za předmět plnění v Kč bez DPH“ a 40 % z celkového hodnocení pro „Návrh technického řešení“. V bodu 10.1.3. výzvy zadavatel uvedl, že: *„1. kritérium: Celková nabídková cena v Kč bez DPH. Hodnotí se celková nabídková cena v Kč bez DPH, a to tak, že nejvhodnější nabídka je nabídka s nejnižší celkovou nabídkovou cenou.“.*

85. V článku 14. „Další informace a výhrady“, bodu 14.1.1. výzvy zadavatel uvádí, že: *„V souladu s ustanovením § 36 odst. 4 zákona zadavatel konstatuje, že část zadávací dokumentace*



*„Popis skutečného stavu“ vypracovala společnost PRe měření, a.s., se sídlem Praha 10, Na Hroudě 2149/19, PSČ 10005, IČO: 25677063. Zadavatel považuje tento popis za úplný a bezvadný. V případě požadavku dalších účastníků zadávacího řízení bude zadavatel realizovat prohlídku místa plnění. S ohledem na rozsah objektů a měřidel bude prohlídka místa plnění konána v délce 2 dní, které zadavatel určí v případě žádosti.“*

86. V konkrétních podkapitolách (Měřidla elektřiny, Měřidla plynu) v článku 3 „Podrobný popis plnění“ technického popisu předmětu plnění zadavatel stanovil, že: *„Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribuční společnosti.“*
87. V rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze dne 17. 7. 2017 zadavatel uvedl následující: *»V souladu s čl. 9.1.2. musí být nabídková cena zpracována v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami. Účastník v rámci své nabídky učinil výhradu k položkovému rozpočtu, když na několika místech uvedl „Poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn“. Z tohoto hlediska pak není možné nabídku, respektive nabídkovou cenu, považovat za úplnou, neboť zadavatel požaduje provedení veřejné zakázky v celém rozsahu a zadávací dokumentace nepřipouští, aby platby tohoto charakteru byly přenášeny na zadavatele veřejné zakázky. Účastník tak nesplnil stanovené zadávací podmínky a dle ustanovení § 48 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), a zadavatel tak rozhoduje o vyloučení tohoto účastníka.«*

### **Právní posouzení**

*K tvrzení navrhovatele o jeho nezákonném vyloučení z důvodu výhrady k položkovému rozpočtu*

88. Navrhovatel v návrhu nejprve uvádí, že odůvodnění jeho vyloučení (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí) *„(...) nemůže po řádném přezkoumání zadávací dokumentace obstát, neboť onen položkový rozpočet, ke kterému měl Navrhovatel údajně učinit výhradu, nebyl Zadavatelem vůbec požadován. Zadavatel nesprávně a nepravdivě v Rozhodnutí o námitkách uvádí, že Příloha č. 3, jež měla určit cenu, byla Zadavatelem definována jako položkový rozpočet. Ona Příloha č. 3 je ale přitom v návrhu smlouvy o spolupráci určena jako **cenová nabídka, nikoliv jako položkový rozpočet**, přičemž rozdíl mezi těmito pojmy je zřejmý i vzhledem k definici nabídkové ceny dle Výzvy k podání nabídek a textové části zadávací dokumentace, (...).“*
89. Úřad se tedy nejprve zabýval skutečností, zda byla zadávací dokumentace, resp. zadávací podmínky v tomto smyslu transparentní, tedy zda z nich vyplývalo, že položkový rozpočet, ve kterém měl navrhovatel učinit výhradu k ceně, resp. ve kterém na několika místech uvedl, že *„Poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn. Umožnění je vždy na žádost zákazníka, tj. MČ PRAHA 14 a je možné, že nebude distributorem účtován.“*, měl být součástí jednotlivých nabídek.
90. Úřad nejprve obecně uvádí, že zadávací dokumentace obsahující zadávací podmínky je základním dokumentem zadávacího řízení a nejvýznamnějším zdrojem informací, na jejímž základě dodavatelé zpracovávají své nabídky. Zákon proto zadavateli ukládá povinnost vymežit jejím prostřednictvím veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci je tedy základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu

zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podávají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle stanovených kritérií. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení veškerých zadávacích podmínek, provedené natolik podrobným, srozumitelným a co do významu jednotlivých údajů jednoznačným způsobem, který umožní samotné sestavení nabídky. Ze zadávací dokumentace (z veškerých zadávacích podmínek) musí být zcela jednoznačně patrné, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou nabídky „soutěžit“ a jak mají být zpracovány, např. jaké dokumenty, doklady, popř. jiné přílohy mají být součástí podávané nabídky, aby spolu „soutěžily“ vůbec mohly. Jinými slovy řečeno, zadávací dokumentace musí být pro dodavatele, jež mají v úmyslu soutěžit o veřejnou zakázku, natolik čitelná, aby po seznámení se s jejím obsahem bez pochybností věděli, „co“ mají zadavateli nabídnout a jakým způsobem mají koncipovat svoji nabídku; tedy zásadní součástí zadávacích podmínek (zadávací dokumentace) je bezpochyby i transparentní stanovení požadavků zadavatele na způsob zpracování nabídkové ceny. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení, tedy i při tvorbě zadávacích podmínek.

91. Účelem zmíněné zásady transparentnosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, je zajištění toho, aby zadávání veřejné zakázky proběhlo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli. Porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. S ohledem na uvedené musí zadavatel zpracovat zadávací dokumentaci dostatečně kvalitně v detailu nezbytném pro zpracování nabídky a s náležitou pečlivostí, aby dodavatelé mohli podat odpovídající a vzájemně porovnatelné nabídky.
92. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. K tomu Úřad dodává, že za netransparentní lze podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.
93. V této souvislosti Úřad odkazuje i na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 86/2008 ze dne 25. 3. 2009, který se zabýval povinností zadavatele vypracovat transparentní zadávací dokumentaci, a ze kterého mimo jiné vyplývá, že „ (...) *Nemůže tedy obstát taková zadávací dokumentace, z níž požadavky na zpracování nabídky a následně hodnotící kritéria nejsou zcela srozumitelná a jednoznačná, tj. pokud objektivně připouštějí rozdílný výklad a vzniká tak interpretační nejistota.*“.
94. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že obdobný názor je patrný i z rozhodovací praxe Úřadu, kdy je kladen důraz na to, aby požadavky zadavatele byly v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný

výklad. Je tedy na místě konstatovat, že nepřesnosti v zadávací dokumentaci nemohou jít k tíži uchazeče, neboť stanovit zadávací podmínky a požadavky přesně a jednoznačně, je povinností zadavatele. V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 30/2010 ze dne 16. 11. 2010, kde soud uvedl, že „(...) *zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností (...).*“ Zadavatel je tedy dle konstantní rozhodovací praxe Úřadu i soudů povinen stanovit zadávací podmínky konkrétně, přesně, srozumitelně a jednoznačně tak, aby nepřipouštěly rozdílný výklad. Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené požadavky zadavatele na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z dodavatelů, ale zadavatele samotného. Pro úplnost Úřad dodává, že všechny výše uvedené rozsudky lze aplikovat i v předmětném správním řízení, ačkoliv se vztahují k již neúčinné právní úpravě, neboť povinnost zadavatele vypracovat transparentní zadávací dokumentaci nebyla zákonem (zákonem č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, pozn. Úřadu) nijak dotčena.

95. Po přezkoumání zadávací dokumentace však Úřad dospěl k závěru, že zadávací podmínky byly (co do povinnosti dodavatelů učinit součástí nabídky i rozpad nabídkové ceny v podobě oceněného položkového rozpočtu) zadavatelem zpracovány v souladu s výše uvedenými pravidly, tzn. není dle názoru Úřadu pochyb o tom, že položkový rozpočet měl být součástí nabídek podaných v předmětném zadávacím řízení a zadávací dokumentaci tak lze v tomto smyslu považovat za srozumitelnou.
96. Zadavatel v čl. 9. výzvy mimo jiné uvedl, že „*Nabídková cena bude zpracována v souladu s touto zadávací dokumentací a jejími přílohami v závazném návrhu smlouvy o spolupráci, který bude součástí nabídky. (...) Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky.*“ V článku 15. „Poskytnutí zadávací dokumentace“, bodu 15.1.2 výzvy, zadavatel uvedl, že přílohy výzvy tvoří: Příloha č. 1 – Návrh smlouvy o spolupráci, Příloha č. 2 – Technická specifikace, popis skutečného stavu a položkový rozpočet, Příloha č. 3 – Vzorové prohlášení o významných službách. V závazném návrhu smlouvy je pak uvedeno, že její přílohy tvoří: č. 1: Technická specifikace řešení v zadávací dokumentaci, č. 2: Technický návrh řešení zpracovaný Poskytovatelem, č. 3: Cenová nabídka.
97. Navrhovatel se snaží dovodit, že přílohou návrhu smlouvy měla být pouze „Cenová nabídka“, nikoliv tedy „Položkový rozpočet“, a zadavatel byl tedy oprávněn posuzovat pouze tabulku, ve které navrhovatel uvedl celkovou nabízenou cenu, nikoliv tedy i položkový rozpočet, který dle jeho tvrzení vůbec nemusel být součástí nabídky. S tímto tvrzením navrhovatele se však Úřad neztotožňuje, neboť nemá oporu v zadávacích podmínkách, a je rovněž v rozporu se skutečným stavem věci, když navrhovatel položkový rozpočet, který zadavatel uveřejnil na svém profilu, do své nabídky vložil, tzn. učinil jej součástí své nabídky. Jak vyplývá z výše citovaného čl. 9 výzvy, nabídková cena měla být zpracována v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami; přílohou zadávací dokumentace byl i „Položkový rozpočet“ (příloha č. 2 výzvy), jehož vzor zadavatel dodavatelům poskytl, resp. uveřejnil ho na svém profilu. Položkový rozpočet obsahoval jednak souhrnné tabulky, ve kterých byla uvedena celková cena, členěná v rozpadu na souhrnné náklady vztahující se k vodě, elektřině, plynu a teple, a dále podrobné tabulky, do kterých měli dodavatelé uvést náklady vztahující se

k jednotlivým odběrným místům. Jestliže zadavatel ve výzvě požadoval, aby byla nabídková cena dodavatelů zpracována v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami, pak bylo povinností dodavatelů vyplnit položkový rozpočet (položkový rozpočet se logicky vždy vztahuje k nabídkové ceně a obsahuje její podrobnou kalkulaci), který tvořil přílohu zadávací dokumentace a tento vložit do své nabídky. Úřad nikterak nezastírá, že jednou z příloh zadávací dokumentace, resp. výzvy, byl i návrh smlouvy o spolupráci (příloha č. 1), který, shodně jako zadávací dokumentace, obsahuje tři přílohy, mimo jiné přílohu č. 3 „Cenová nabídka“. V daném případě nelze přehlédnout, že žádnou přílohu označenou jako „Cenová nabídka“ zadavatel jako „vzorovou“ neposkytl, tzn. vzor pro zpracování nabídkové ceny tak vyplýval z položkového rozpočtu (z přílohy č. 3 zadávací dokumentace). Ze zadávacích podmínek jako celku tudíž vyplývalo, že se mělo jednat právě o položkový rozpočet, dle kterého má být nabídková cena zpracována a tudíž oceněný položkový rozpočet měl být součástí nabídky. Dle názoru Úřadu ze zadávací dokumentace, resp. ze zadávacích podmínek jako celku bylo zcela zřejmé, co zadavatel požaduje, a že součástí nabídky má být i položkový rozpočet. V této souvislosti Úřad odkazuje např. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0318/2016/VZ-27139/2016/531/EST ze dne 28. 6. 2016, kde Úřad konstatoval, „(...) že pokud zadavatel stanoví, jako tomu ostatně je i ve zde posuzovaném případě, že součástí zadávací dokumentace jsou i přílohy, pak jsou potenciální dodavatelé při přípravě jejich nabídek vázáni i jednotlivými přílohami zadávací dokumentace, resp. požadavky zadavatele, jež jsou v těchto přílohách obsaženy. Není tudíž možné přílohy zadávací dokumentace chápat izolovaně a neřídit se jimi při tvorbě nabídky, nýbrž je na ně nutno nazírat jako na nedílnou součást zadávací dokumentace.“. Dále lze odkázat taktéž na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R304/2014/VZ-17222/2015/322/IJu ze dne 10. 7. 2015, kde předseda Úřadu dospěl k závěru, že „(...) jednotlivé části zadávací dokumentace nelze interpretovat izolovaně, ale pouze ve vzájemné souvislosti, jelikož jednotlivé části zadávací dokumentace se vzájemně doplňují.“. Na základě výše uvedeného Úřad uvádí, že požadavek na doložení rozpadu nabídkové ceny do oceněného položkového rozpočtu byl jednoznačný a nebylo pochyb o tom, že dodavatelé byli povinni učinit ho součástí svojí nabídky. Tu Úřad akcentuje, že takto své nabídky zpracovali všichni účastníci zadávacího řízení, včetně navrhovatele.

98. I z logiky věci je zřejmé, že oceněný položkový rozpočet měl být součástí nabídky, neboť pokud zadavatel „slepý“ položkový rozpočet poskytl jako přílohu výzvy a zároveň v čl. 9 výzvy požadoval, aby byla nabídková cena zpracována v souladu se zadávací dokumentací a jejími přílohami, je zřejmé, že po dodavatelích požadoval ocenění jednotlivých položek, aby měl přehled o tom, jakým způsobem dodavatelé jednotlivé položky ocenili. Nelze se tedy ztotožnit s navrhovatelem, že zadavatel měl hodnotit pouze celkovou cenu, tzn. absolutní částku uvedenou dodavatelem v jeho nabídce, neboť z výše uvedeného vyplývá, že položkový rozpočet byl povinnou součástí podaných nabídek.
99. Tuto skutečnost také potvrzuje fakt vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení, resp. z podaných nabídek, jak již Úřad ostatně výše uvedl, když všichni účastníci zadávacího řízení, včetně navrhovatele, předmětný položkový rozpočet ke svým nabídkám přiložili. Úřad se tak neztotožňuje s argumentem navrhovatele, že položkový rozpočet nebyl zadavatelem vůbec požadován a uzavírá, že zadávací podmínky byly v této části nastaveny jasně. Pakliže nyní navrhovatel uplatňuje jím předestřenou argumentaci o tom, že položkový rozpočet neměl být součástí nabídky, v kontextu výše uvedených skutečností se Úřadu tato argumentace jeví jako čistě účelová. Úřad v této souvislosti dodává, že i v případě, že by platil „výklad“

zadávacích podmínek tvrzený navrhovatelem, tzn. i pokud by ze zadávacích podmínek nevyplývalo, že položkový rozpočet měl být součástí nabídky, tak v situaci, kdy navrhovatel položkový rozpočet, který obsahoval podrobný rozpad nabízené ceny, učinil součástí nabídky, byl by zadavatel i za takových okolností oprávněn a zároveň povinen informace v něm uvedené posoudit a v případě, pokud by shledal, že nabídnutá cena není kompletní, musel by postupovat stejným způsobem a navrhovatele vyloučit.

100. Úřad tedy uzavírá, že dodavatelé (účastníci) byli povinni součástí své nabídky učinit oceněný položkový rozpočet a tento byl tak povinnou součástí nabídky dodavatelů a zadavatel byl tedy oprávněn, resp. zároveň i povinen posuzovat údaje v něm uvedené. Dále se tedy Úřad zabýval skutečností, zda navrhovatel skutečně učinil výhradu k ceně, tedy zda byl zadavatel z důvodu nekompletní cenové nabídky oprávněn navrhovatele vyloučit z předmětného zadávacího řízení.
101. Úřad opakuje, že navrhovatel byl dle obsahu rozhodnutí o vyloučení ze dne 17. 7. 2017 vyloučen z důvodu učinění výhrady k položkovému rozpočtu, ve kterém navrhovatel na několika místech uvedl, že „poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn“ a nebylo tak možno nabídkovou cenu považovat za úplnou, neboť zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci provedení veřejné zakázky v celém rozsahu a zadávací dokumentace nepřipouštěla, aby některé platby byly přenášeny na zadavatele.
102. V bodu 9.1.4. výzvy zadavatel uvedl, že *„Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky.“*
103. Z výše uvedeného vyplývá, že nabídková cena navrhovatele měla zahrnovat veškeré náklady spojené s realizací předmětu veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného lze dospět k závěru, že v případě, kdy navrhovatel uvedl, že určitý náklad (v tomto případě poplatek distributorům za umožnění dálkových odečtů) nebyl v ceně zahrnut, jak navrhovatel v položkovém rozpočtu výslovně uvedl, lze to bezpochyby považovat za výhradu k ceně, tzn. že cena nabízená navrhovatelem není kompletní a nezohledňuje všechny náklady. Úřad se tedy dále zabýval otázkou, zda byl poplatek distributorům za umožnění dálkových odečtů součástí požadovaného plnění, tedy zda ze zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce skutečně vyplýval požadavek na zohlednění, resp. zakalkulování případných poplatků distributorům za umožnění dálkových odečtů. Je třeba uvést, že navrhovatel ve svém návrhu v tomto smyslu neargumentoval, tzn. výslovně netvrdil, že by případné poplatky distributorům neměly být součástí zadavatelem požadovaného plnění, nicméně s ohledem na povinnost Úřadu zjistit řádně skutkový stav věci, zabýval se Úřad i touto skutečností, a za tímto účelem provedl šetření.
104. Nejprve Úřad zjišťoval, zda jednotliví účastníci šetřeného zadávacího řízení případný poplatek distributorům do své nabídkové ceny zakalkulovali. Jak vybraný dodavatel, tak společnost ČEZ, uvedli, že v jejich nabídkových cenách byly zakalkulovány náklady na umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst (viz body 52. a 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Společnost TESCO SW uvedla, že *»(...) žádné „poplatky“ distributorům v nabídkové ceně nezohlednila.«*, dále však společnost TESCO SW uvedla, že *»V zadávací dokumentaci naopak bylo uvedeno, že „Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribučních společností.“ S tímto požadavkem zadavatele jsme počítali, ale výměnu měřidel jsme nepovažovali pro naše plnění za nezbytnou.«*. S ohledem na

odpověď společnosti TESCO SW Úřad od jednotlivých distributorů předmětných komodit (plyn, teplo, elektřina, voda) zjišťoval, v čem spočívá poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů, resp. co je v tomto poplatku zahrnuto, v jakých případech a jakým způsobem jsou poplatky za umožnění dálkových odečtů distributorem účtovány, a zda jsou s umožněním provádění dálkových odečtů spojeny další distributorovi hrazené poplatky, resp. zda se jedná pouze o poplatek za případnou výměnu měřidla nebo jsou s umožněním dálkových odečtů spojeny i jiné distributorovi hrazené poplatky (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

105. Společnost PREDistribuce ve svém vyjádření ze dne 11. 10. 2017 uvedla, že *„Zákon č. 458/2000 Sb., energetický zákon v § 49 upravuje, že PDS instaluje měřicí zařízení vyššího typu než měřicí zařízení stanoveného typu (...) na základě žádosti zákazníka. Zákazník je v takovém případě povinen uhradit PDS rozdíl nákladů na měřicí zařízení, jeho instalaci, provoz a odečty požadovaného měřicího zařízení oproti měřicímu zařízení stanoveného typu – jedná se o náklady distributora za službu umožnění dálkového odečtu (v otázce uvedený „poplatek distributorovi“).“*
106. Společnost Veolia ve vyjádření ze dne 13. 10. 2017 uvedla, že *»(...) Platba provozovateli vodovodu za umožnění dálkových odečtů zpravidla zahrnuje poplatek za výměnu běžného vodoměru za typ umožňující dálkový odečet, odvoz starého a přivezení nového vodoměru, (...) Poplatek za umožnění dálkového odečtu je účtován vždy na základě podpisu předávacího protokolu potvrzujícího předání objednané služby na základě objednávky nebo smlouvy a to jednorázově.«*
107. Společnost Pražská plynárenská ve vyjádření ze dne 11. 10. 2017 uvedla, že *„Aby mohl být poplatek stanoven, musí být každé měřicí místo (dále jen MM) individuálně posouzeno. Na základě posouzení je možné určit, jaké kroky je potřeba provést, aby mohl být dálkový odečet zprovozněn (Zda je na MM plynoměr umožňující dálkový odečet, zda na MM už nějaký dálkový odečet existuje, případně zda je MM nutné upravit, aby mohl být dálkový odečet umožněn, atd.). (...) Poplatky jsou účtovány zejména na MM, kde je nutné provést nějakou úpravu tak, aby byl dálkový odečet možný (výměna starého typu plynoměru, který dálkový odečet neumožňuje, pořízení a instalace snímačů impulsů, rozdvojování impulsů na MM, kde už nějaký odečet probíhá, instalace napájení k bateriovým přepočítávačům množství plynu tak, aby k nim mohl být připojen nový modul pro dálkový odečet, případně rekonstrukce MM, atd.).“*
108. Společnost Pražská teplárenská v dopisu ze dne 16. 10. 2017 uvedla, že *»V reakci na Vaše dotazy lze říci (vnímáme-li správně, že pojmem distributor je myšlena naše společnost), že žádné poplatky naše společnost neúčtuje, neboť dálkové odečty a přístupy standardně neposkytuje, a to ani odběrateli. Odběratel má k dispozici fakturační údaje z měřidla na faktuře a v případě potřeby má právo, jak již bylo výše uvedeno, na přezkoušení měřidel dle zákonných oprávnění, případně dle platných Obchodních podmínek naší společnosti může využít i oprávnění na provedení kontrolních odečtů z měřidla za přítomnosti oprávněného zaměstnance naší společnosti nebo osoby jiné, naší společností určené. V případě, že by odběratel dal souhlas s poskytováním fakturačních dat z měřidel třetí osobě a zejména v případě, že by požadoval poskytovat data jiná, pak by naše společnost musela nejdříve posoudit a stanovit jaká data a za jakých podmínek by bylo možné vůbec technicky poskytovat nad rámec běžně uváděných a sdělovaných fakturačních údajů na faktuře. Dále,*

*pokud by se naše společnost vůbec rozhodla tato data poskytovat, musela by stanovit, jaké náklady (investiční a provozní) s tím spojené (počet předávaných měřených veličin, způsob odečtů dat, jejich četnost, způsob sdílení těchto dat prostřednictvím různých komunikačních systémů a prostředků atd.) by společnosti vyvstaly nad rámec běžných zákonných povinností dodavatele z výše zmíněné legislativy energetického a metrologického zákona. Tyto veškeré náklady by pak mohly tvořit základ Vámi dotazovaných „poplatků“ pro umožnění a zajištění dálkových odečtů (myšleno, jak uvedeno nad rámec zákonných povinností dodavatele tepelné energie).«.*

109. Z provedeného šetření Úřad zjistil, že poplatek distributorům za umožnění dálkových odečtů má přímou souvislost s výměnou měřidel, kterou je nezbytné provést tam, kde stávající měřidla neumožňují dálkový odečet. Z výše citovaných vyjádření společností PREdistribuce, Veolia a Pražská plynárenská vyplývá, že platba za umožnění dálkových odečtů spočívá právě v případné výměně měřidla, pokud by stávající měřidlo neumožňovalo provádění dálkových odečtů, přičemž tyto náklady je povinen hradit zákazník. Uvedené pak vyplývá i ze závěru vyjádření společnosti Pražská teplárenská, která nejprve akcentovala, že přístup k datům v zásadě neumožňuje, nicméně pokud by jej umožnila „(...) musela by stanovit, jaké náklady (...) s tím spojené (...) by společnosti vyvstaly (...). Tyto veškeré náklady by pak mohly tvořit základ Vámi dotazovaných „poplatků“ pro umožnění a zajištění dálkových odečtů (...)“. Totéž pak vyplývá i z § 49 odst. 7 zákona č. 458/2000 Sb., energetický zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“), kde je explicitně uvedeno, že „(...) **Pokud zákazník požádá provozovatele distribuční soustavy o instalaci měřicího zařízení vyššího typu než měřicí zařízení stanoveného typu, provozovatel distribuční soustavy požadované měřicí zařízení instaluje. Zákazník je v takovém případě povinen uhradit provozovateli distribuční soustavy rozdíl nákladů na měřicí zařízení, jeho instalaci, provoz a odečty požadovaného měřicího zařízení oproti měřicímu zařízení stanoveného typu.**“ (zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu). Z uvedeného šetření plyne závěr, že i společnost TESCO SW odpověděla shodně jako ostatní účastníci, když ve svém vyjádření ze dne 22. 9. 2017 uvedla, že: »V zadávací dokumentaci naopak bylo uvedeno, že „Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribuční společnosti.“ S tímto požadavkem zadavatele jsme počítali, ale výměnu měřidel jsme nepovažovali pro naše plnění za nezbytnou.«, a počítala tak s případnými náklady ke zprovoznění systému jako celku, pokud by to její řešení vyžadovalo.
110. V článku 2.1.1. „Předmět veřejné zakázky“ technického popisu předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil, že předmětem veřejné zakázky je mimo jiné: „*Vybudování infrastruktury tak, aby data zapisovaná do software na energetický management byla daty fakturačními*“. V konkrétních podkapitolách (Měřidla elektřiny, Měřidla vody, Měřidla plynu) v článku 3 „Podrobný popis plnění“ technického popisu předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel stanovil, že: „(...) *Dodavatel systému musí zajistit v případě nutnosti výměnu měřidla u distribuční společnosti*“.
111. Z výše uvedeného vyplývá, že v případě, že dodavatel (navrhovatel) nabídl takové řešení, které vyžaduje výměnu měřidla, pak předmětný poplatek distributorům za umožnění dálkových odečtů (kdy možnost dálkového odečtu je závislá právě na jednotlivých měřidlech, která musí být v určitých případech vyměněna) měl být jednoznačně zahrnut v nabídkové ceně, protože bez výměny měřidel na předem definovaných odběrných místech by nebylo

možné veřejnou zakázku realizovat. Z uvedeného důvodu zadavatel také nechal vypracovat „Popis skutečného stavu“ (příloha č. 2 výzvy), ze kterého, jak zadavatel uvedl ve vyjádření ze dne 18. 9. 2017, osoba s odbornou způsobilostí pozná, která měřidla jednotlivých distribučních soustav bude nutné vyměnit. V této souvislosti Úřad také zdůrazňuje, že ostatní účastníci (vyjma společnosti TESCO SW, která dle svého vyjádření nabídla takové řešení, které výměnu měřidel nevyžadovalo) tyto poplatky ve své cenové nabídce zohlednili, resp. zakalkulovali. Jestliže tedy navrhovatel v položkovém rozpočtu, který jak vyplývá z výše uvedeného, byl povinnou součástí nabídky, uvedl, že „*Poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn. Umožnění je vždy na žádost zákazníka, tj. MČ PRAHA 14 a je možné, že nebude distributorem účtován.*“, pak je s ohledem na výše uvedené zřejmé, že tím jednoznačně učinil výhradu k ceně, tzn. uvedl, že jím nabízená cena neobsahuje tento náklad. Z výše uvedených vyjádření jednotlivých distribučních společností pak je rovněž zřejmé, že náklady na výměnu měřidla jsou účtovány, tzn. nemůže platit ani jakýsi předpoklad navrhovatele uvedený v položkovém rozpočtu, že takový poplatek „*(...)nebude distributorem účtován.*“ Úřad tak uzavírá, že cenovou nabídku navrhovatele, který jasně uvedl u vybraných kapitol položkového rozpočtu, že cena není kompletní (když nezahrnuje předmětné poplatky) není možné považovat za úplnou. Úřad považuje za vhodné poukázat taktéž na část nabídky navrhovatele, kde uvedl, že „*V případě možnosti napojení na internetový router v budově (...) nebude poplatek za SIM účtován.*“ Je zřejmé, že v této části nabídky navrhovatel poplatek za SIM do své cenové nabídky zahrnul; poplatky za umožnění dálkových odečtů však navrhovatel do nabídky nezahrnul. I z tohoto rozdílného přístupu je zřejmé, že část nabídkové ceny nebyla navrhovatelem zapracována.

112. Zadavatel v této souvislosti ve svém vyjádření ze dne 18. 9. 2017 dále uvedl, že „*Pokud totiž z Technického popisu a Popisu skutečného stavu vyplývá, že k zajištění přenosu fakturačních dat je nutná výměna měřidla, k čemuž je oprávněn dle zákona pouze a jedině distributor, pak je zřejmé, že takovýto náklad musí být zahrnut do nabídkové ceny. Pokud jeden ze soutěžitelů, konkrétně navrhovatel, tento náklad nezahrnul, navíc evidentně vědomě, činí tento postup jeho nabídku s nabídkami ostatními soutěžitelů nesrovnatelnou, neboť část nákladů přenáší mimo nabídkovou cenu na zadavatele.*“
113. S takovým tvrzením zadavatele se Úřad musí s ohledem na výše uvedené skutečnosti ztotožnit, neboť navrhovatel ve své nabídce výslovně uvedl, že část nákladů (jak Úřad zjistil z provedeného šetření, jedná se o náklady spočívající v uhrazení poplatku distributorovi za výměnu měřidla, k nimž navrhovatel uvedl, že: „*Poplatek distributorovi za umožnění dálkových odečtů není v nabídce zohledněn.*“) není v nabídkové ceně vůbec zohledněna a tu tedy nelze považovat za kompletní a splňující zadávací podmínku uvedenou v bodu 9.1.4. výzvy, že „*Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky.*“
114. Ohledně argumentace navrhovatele, že zadavatel nevyužil možnosti nechat si navrhovatelem objasnit nejasnosti v položkovém rozpočtu podle § 46 odst. 1 zákona, Úřad uvádí, že příslušné ustanovení zákona umožňuje zadavateli dodatečně objasnit skutečnosti obsažené v nabídce dodavatele, které jsou nejasné; jedná se tedy primárně o možnost, nikoliv povinnost zadavatele. V této souvislosti Úřad akcentuje, že zadavatel nevyužil této možnosti u žádného z účastníků, tzn. žádný účastník nebyl dle § 46 odst. 1 zákona požádán o vysvětlení své nabídky a zadavatel v tomto ohledu přistupoval ke všem účastníkům stejně.



K odkazu navrhovatele na rozsudek sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 10. 2011 Úřad uvádí, že dle uvedeného rozsudku *»(...) jeho aplikace přichází v úvahu tam, kde zadavateli, jednoduše řečeno, není zřejmé, „jak to uchazeč svojí nabídkou konkrétně myslel“.*«. V daném případě však, jak vyplývá z nabídky podané navrhovatelem, nebylo žádných pochybností o informacích uvedených v navrhovatelově nabídce, neboť z položkového rozpočtu jednoznačně vyplývalo, že navrhovatel ocenil jednotlivé položky položkového rozpočtu, avšak nezakalkuloval do nich částky za poplatky distributorům za umožnění dálkových odečtů z konkrétních odběrných míst a o údajích, které zadavateli předložil tak nebylo žádných pochyb. Zadavatel tedy neměl pochybnost o tom, zda navrhovatelem nabídnutá cena je či není kompletní a neměl ani jiné pochybnosti o jím uvedené cenové nabídce, neboť v ní navrhovatel jasně deklaroval, že část nákladů není v nabídce zohledněna. Úřad tak neshledává postup zadavatele, který nevyzval navrhovatele k objasnění jeho nabídky podle § 46 odst. 1 zákona za rozporný se zákonem.

115. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že navrhovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen v souladu s ustanovením § 48 odst. 2 písm. a) zákona, neboť nesplnil zadávací podmínky, když nabídková cena uvedená v jeho nabídce neobsahovala všechny náklady nezbytné k plnění předmětu veřejné zakázky, čímž nesplnil zadávací podmínku uvedenou v bodu 9.1.4. výzvy, že *„Nabídková cena musí obsahovat veškeré náklady dodavatele nutné k řádnému a včasnému provedení příslušné části zakázky.“*.

*K tvrzení navrhovatele o porušení základních zásad zadávacího řízení a narušení hospodářské soutěže z důvodu účasti vybraného dodavatele na zpracování části zadávací dokumentace*

116. Navrhovatel dále rozporuje skutečnost, že část zadávací dokumentace (příloha č. 2) *„Popis skutečného stavu“* byla vypracována vybraným dodavatelem. Z uvedeného navrhovatel dovozuje, že tímto došlo k narušení hospodářské soutěže, neboť si tím vybraný dodavatel stanovil některé okolnosti soutěže, které se následně sám účastní. Dle tvrzení navrhovatele dále došlo k porušení zásad zadávání veřejných zakázek tím, že část plnění předmětu veřejné zakázky je částečně závislá na rozhodnutí společnosti PŘEdistribuce, která má s vybraným dodavatelem totožného vlastníka – společnost Pražská energetika a.s., IČO 60193913, se sídlem Na hroudě 1492/4, 100 00 Praha 10 (dále jen „společnost Pražská energetika“). Navrhovatel v uvedeném spatřuje naplnění ustanovení § 48 odst. 5 písm. c) zákona, dle něhož zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost, pokud prokáže, že došlo k narušení hospodářské soutěže předchozí účastí účastníka zadávacího řízení při přípravě zadávacího řízení, jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo. Vzhledem k tomu, že nedošlo k vyloučení účastníka – vybraného dodavatele, navrhovatel má za to, že došlo k porušení zásad zadávání veřejných zakázek zakotvených v ustanovení § 6 zákona, zejména zásad rovného zacházení a zákazu diskriminace.
117. Úřad v obecné rovině primárně uvádí, že podstatou zásady zákazu diskriminace, jakož i zásady rovného zacházení je pravidlo, že žádný z dodavatelů nesmí být přímo nebo nepřímo, vědomě nebo nevědomě zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům ve stejném postavení.
118. K významu zásady zákazu diskriminace se Nejvyšší správní soud vyjádřil např. v rozsudku sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008, v němž uvedl, že: *„Porušení zásady nediskriminace*

*zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči“. V rozsudku č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008 pak Nejvyšší správní soud konstatoval, že „(...) toto ustanovení totiž v první řadě směřuje k cíli samotného zákona o veřejných zakázkách, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (...) smysl a cíl zákazu diskriminace nutně vede interpreta § 6 ZVZ k závěru, že tento zákaz zahrnuje jednak zákaz diskriminace zjevné, tedy odlišného zacházení s jednotlivcem ve srovnání s celkem, jednak též zákaz diskriminace skryté, pokud tato vede v podstatě k obdobným právním zakázaným důsledkům (v oblasti práva veřejných zakázek tedy poškozování hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli)“. Pro úplnost Úřad dodává, že i výše uvedené rozsudky lze aplikovat i v předmětném správním řízení, ačkoliv se vztahují k již neúčinné právní úpravě, neboť povinnost zadavatele dodržovat základní zásady nebyla zákonem (zákonem č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, pozn. Úřadu) nijak dotčena.*

119. Úřad tedy v daném případě ověřil, zda skutečnost, že se vybraný dodavatel podílel na zpracování části zadávací dokumentace, mohla přímo či nepřímo omezit účast některých potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, či zda bezdůvodně zaručuje konkurenční výhodu vybraného dodavatele, jak dovozuje v návrhu navrhovatel, popř. zda byla způsobilá jinak narušit hospodářskou soutěž o předmětnou veřejnou zakázku.
120. Z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel v článku 14.1.1. výzvy uvedl, že část zadávací dokumentace – „Popis skutečného stavu“ – vypracoval vybraný dodavatel. Ve zmíněném článku zadavatel dále stanovuje pravidla pro prohlídku místa plnění, tj. odběrných míst s měřidly popsanými vybraným dodavatelem.
121. Podle § 36 odst. 4 zákona pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala. Pokud zadávací dokumentace obsahuje informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, zadavatel označí v zadávací dokumentaci tyto informace, identifikuje osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvede všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace.
122. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souladu s ustanovením § 36 odst. 4 zákona, když informaci o vypracování části zadávací dokumentace osobou odlišnou od zadavatele transparentně zveřejnil a tuto osobu ve výzvě podrobně označil. Úřad akcentuje, že důvod vyloučení dodavatele dle § 48 odst. 5 písm. c) zákona je koncipován jako možnost, nikoliv povinnost zadavatele vyloučit dodavatele, u kterého došlo k narušení hospodářské soutěže jeho předchozí účastí při přípravě zadávacího řízení, a to pouze za situace, kdy jiné opatření k nápravě není možné a účastník zadávacího řízení na výzvu zadavatele neprokázal, že k narušení hospodářské soutěže nedošlo. Z postupu zadavatele v předmětném zadávacím řízení je zřejmé, že neshledal, že by

vypracováním části zadávací dokumentace „Popisu skutečného stavu“ mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže a nepovažoval tedy za nutné vybraného dodavatele z tohoto důvodu vyloučit ze zadávacího řízení. S ohledem na dikci § 48 odst. 5 písm. c) zákona, nemůže být nevyločení vybraného dodavatele zadavatelem z tohoto důvodu, považováno za porušení zákona, neboť se jedná pouze o „možnost“ zadavatele takto postupovat a nadto je tento důvod vyloučení podmíněn dalšími skutečnostmi, které jsou právě pouze v kompetenci zadavatele, kdy tento musí prokázat naplnění důvodů zde uvedených (§ 48 odst. 8 zákona). Zadavatel tedy musí vybraného dodavatele vyloučit pouze tehdy, pokud má důkazy o tom, že došlo k narušení hospodářské soutěže, které již nelze napravit; je zřejmé, že zadavatel k takovému závěru nedospěl a nebyl tedy povinen (a bez dalšího ani oprávněn) vybraného dodavatele z předmětného zadávacího řízení vyloučit.

123. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel nechal vypracovat vybraným dodavatelem technický popis („Popis současného stavu“) měřidel jednotlivých distribučních společností. Jak vyplývá z předmětné přílohy č. 2 výzvy „Popis skutečného stavu“ jedná se pouze o popis stávajícího stavu, tedy o pouhé sepsání faktických dat a údajů o jednotlivých měřidlech nacházejících se v budovách zadavatele. Vybraný dodavatel tím dle názoru Úřadu nemohl nijak zasáhnout do jiných podmínek předmětné veřejné zakázky, popř. jinak si stanovit pro něho příznivější podmínky plnění předmětu veřejné zakázky. Úřad se neztotožňuje s tím, že by sepsání výše uvedených faktických skutečností dodavatelem mohlo vést k narušení hospodářské soutěže o předmětnou veřejnou zakázku. Tento popis neměl další vliv na účast vybraného dodavatele v zadávacím řízení a nelze se ztotožnit s argumentací navrhovatele, že si vybraný dodavatel tímto popisem vlastně stanovil některé okolnosti soutěže, které se následně sám zúčastnil, protože se jednalo o odborný popis aktuálního stavu měřidel, jehož vypracování osobou odlišnou od zadavatele samo o sobě nevyklučuje takového dodavatele ze zadávacího řízení. V této souvislosti Úřad také zdůrazňuje, že si všichni dodavatelé mohli jednotlivá odběrná místa prohlédnout a přesvědčit se o aktuálním stavu měřidel (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a tedy i o případné potřebě vyměnit stávající měřidla za měřidla umožňující dálkový odečet. Vybraný dodavatel tedy neměl konkurenční výhodu ani v tom, že by jako jediný měl možnost jednotlivá odběrná místa osobně vidět. Úřad tak konstatuje, že postupem zadavatele nedošlo k porušení zásady zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 2 zákona, když vypracováním popisu aktuálního stavu měřidel osobou odlišnou od zadavatele nedošlo k vytvoření konkurenční výhody pro některého z dodavatelů.
124. K tvrzení navrhovatele, že k porušení zásad zadávání veřejných zakázek došlo tím, že část plnění předmětu veřejné zakázky je částečně závislá na rozhodnutí společnosti PREDistribuce, která má s vybraným dodavatelem totožného vlastníka – společnost Pražská energetika, Úřad uvádí, že právě uvedené dle názoru Úřadu taktéž nemůže mít vliv na narušení hospodářské soutěže, neboť společnost PREDistribuce a vybraný dodavatel jsou jednak samostatnými subjekty (jsou spojeny pouze osobou společného akcionáře), jednak nelze dle názoru Úřadu tvrdit, že část předmětu plnění (poplatek za umožnění dálkových odečtů) je závislá na rozhodnutí společnosti PREDistribuce, když z již výše citovaného § 49 odst. 7 energetického zákona vyplývá, že „(...) **Pokud zákazník požádá provozovatele distribuční soustavy o instalaci měřicího zařízení vyššího typu než měřicí zařízení stanoveného typu, provozovatel distribuční soustavy požadované měřicí zařízení instaluje.**“. Je tudíž zřejmé, že z energetického zákona vyplývá povinnost distributora na žádost zákazníka

výměnu měřidla provést a není tedy na uvážení distributora, zda výměnu povolí či nikoliv; k výměně je ze zákona povinen, tudíž nelze konstatovat, že část plnění je závislá na rozhodnutí společnosti PREdistribuce, když ta je ze zákona povinna takovou výměnu na požádání zákazníka provést.

*K ostatním namítaným skutečnostem*

125. K tvrzení navrhovatele, že navrhovatel podal také námitky proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, avšak zadavatel se s tímto nevypořádal a navrhovateli doručil pouze rozhodnutí o námitkách proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka, z čehož navrhovatel dovozuje, že se zadavatel řádně s podanými námitkami nevypořádal, Úřad uvádí následující. Úřad se primárně při posuzování dané věci zabýval, v souladu s ustálenou praxí, tím, zda zadavatel dostal své povinnosti ve smyslu ustanovení § 245 odst. 1 zákona a zda příp. nejsou dány důvody pro postup dle § 263 odst. 5 zákona. V šetřeném případě však Úřad důvody pro postup dle § 263 odst. 5 zákona neshledal.
126. Z předmětného rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele vyplývá, že zadavatel se v něm vypořádává se všemi námitkami navrhovatele, přestože se tato skutečnost nepromítá v označení samotného rozhodnutí. Rozhodnutí o námitkách je sice označeno jako „Rozhodnutí zadavatele o námitkách proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka“, nicméně jeho obsah se vztahuje ke všem navrhovatelem namítaným skutečnostem, tzn. obsahuje i argumentaci zadavatele vztahující se k námitkám navrhovatele proti rozhodnutí o výběru dodavatele. V této souvislosti Úřad upozorňuje na subsidiární použití ustanovení § 555 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), které stanovuje pravidlo pro posuzování právního jednání tak, že právní jednání se posuzuje podle svého obsahu. Přestože zadavatel nazval předmětné rozhodnutí, jako rozhodnutí o námitkách proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení účastníka, v textu se vypořádal i s námitkou proti výběru nejvhodnější nabídky. Úřad se tak neztotožňuje s vágním tvrzením navrhovatele o nepřekoumatelnosti předmětného rozhodnutí a konstatuje, že zadavatel reagoval jak na námitky navrhovatele proti jeho vyloučení, tak na další navrhovatelem namítané skutečnosti směřující proti výběru dodavatele. Zadavatel se dle názoru Úřadu v předmětném rozhodnutí o námitkách naopak vyjadřuje ke všem argumentům uvedeným navrhovatelem a tvrzení navrhovatele o nepřekoumatelnosti tohoto rozhodnutí Úřad nemůže přisvědčit.

*K doplnění návrhu navrhovatele ze dne 25. 9. 2017*

127. Podle § 251 odst. 4 zákona přihlédne Úřad k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, což musí navrhovatel prokázat.
128. V souladu s § 251 odst. 5 zákona mohou účastníci řízení navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději **ve lhůtě 15 kalendářních dnů ode dne doručení tohoto oznámení, a to s výjimkou navrhovatele**, na něhož se vztahuje omezení podle § 251 odst. 4 zákona. K později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad přihlédne v případech, kdy jimi má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí. Uvedené je vyjádřením zásady koncentrace řízení.

129. Z výše uvedených ustanovení zákona vyplývá, že všechny skutečnosti, které navrhovatel nepovažuje za souladné se zákonem, musí být nejprve obsaženy v námitkách a tytéž následně v návrhu podaném za účelem přezkumu postupu zadavatele Úřadem. Jedinou výjimku představují skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli (v námitkách) a tedy jediné k takovým skutečnostem, které jsou obsaženy v návrhu (avšak nebyly tvrzeny v námitkách) Úřad při přezkumu přihlíží. Úřad upozorňuje, že navrhovatel je povinen prokázat, že argumenty uvedené pouze v návrhu (s absencí uvedení v námitkách) nemohl vůči zadavateli uplatnit.
130. V podání ze dne 25. 9. 2017 (viz bod 40. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které Úřad obdržel od navrhovatele téhož dne a které bylo označeno jako „Komentář k připomínce P14“ (dále jen „doplnění návrhu“), navrhovatel doplnil důkazy ke své argumentaci týkající se nezákonnosti výběru vybraného dodavatele, konkrétně zaslal Úřadu emailovou komunikaci mezi navrhovatelem a vybraným dodavatelem, která má potvrzovat skutečnost, že navrhovatel musí v rámci zadávacího řízení spoléhat na vybraného dodavatele, tedy jednoho z účastníků a vybraný dodavatel tak stanovuje podmínky pro ostatní soutěžitele. Zasláné e-maily jsou datovány dnem 23. 11. 2015.
131. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad uvádí, že v souvislosti s obsahem podání ze dne 25. 9. 2017 navrhovatel nedostal podmínek stanovených v ustanovení § 251 odst. 4 zákona, když neprokázal, že skutečnosti, které uvedl v doplnění návrhu, nemohl uplatnit již v námitkách, potažmo koncentrovat tuto skutečnost již v podaném návrhu ze dne 23. 8. 2017, neboť e-mailová komunikace, kterou navrhovatel jako důkaz předložil je datována dnem 23. 11. 2015. Z uvedeného důvodu Úřad ke skutečnostem uvedeným v doplnění návrhu při posuzování předmětného případu nepřihlížel.

*K návrhu zadavatele na zastavení předmětného správního řízení*

132. Zadavatel ve vyjádření k návrhu ze dne 4. 9. 2017 uvedl, že ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona obdržel od navrhovatele pouze samotný návrh, bez příloh (i bez dokladu o složení kauce), z čehož dle jeho názoru vyplývá, že návrh neobsahuje všechny náležitosti stanovené zákonem, pročež zadavatel navrhl, aby Úřad správní řízení ve smyslu § 257 písm. a) zákona, zastavil.
133. K návrhu zadavatele na zastavení předmětného správního řízení Úřad uvádí, že z ustanovení § 251 odst. 2 zákona vyplývá povinnost navrhovatele doručit zadavateli stejnopis návrhu, nikoliv i přílohy návrhu. Účelem doručení stejnopisu návrhu zadavateli je informovat zadavatele o skutečnosti, že návrh byl podán, tzn. že bylo zahájeno správní řízení. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2014, kde se Nejvyšší správní soud zabýval samotným smyslem a účelem povinnosti zaslat zadavateli stejnopis návrhu, přičemž k tomu uvedl, že „(...) se jedná o nadstandardní povinnost vyplývající z využití možnosti směrnice Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce. Smyslem tohoto ustanovení je primárně informovat zadavatele o záměru dodavatele podat návrh na přezkoumání jeho úkonů a o jeho obsahu. (...) Zatímco doručení návrhu Úřadu je úkonem způsobilým zahájit správní řízení, doručení stejnopisu návrhu zadavateli má za účel jej bezprostředně informovat o podání návrhu a jeho obsahu.“. Úřad opakovaně uvádí, že i předmětný rozsudek lze v dané věci

aplikovat, i přestože se vztahuje k již neúčinné právní úpravě, neboť povinnost doručení stejnopisu návrhu, resp. smysl a účel tohoto institutu, nebyl zákonem nijak dotčen.

134. Z citovaného rozsudku je zřejmé, že účelem zaslání stejnopisu návrhu zadavateli je informování zadavatele o tom, že došlo k podání návrhu. Účelem této povinnosti tudíž není, aby zadavatel kontroloval náležitosti podaného návrhu (např. právě zadavatelem zmíněný doklad o složení kauce) a suploval tím činnost Úřadu. Pokud má zadavatel pochybnosti, resp. chce si ověřit, zda byl návrh podán v souladu se zákonem, má možnost tak učinit, a s návrhem a jeho případnými přílohami se seznámit prostřednictvím nahlížení do spisu v souladu s § 38 správního řádu. Nadto v konkrétním případě předmětného správního řízení přílohy návrhu tvořily pouze části zadávací dokumentace, které měl zadavatel k dispozici, a nejednalo se o nové skutečnosti, ke kterým by se měl zadavatel vyjádřit. Vzhledem k výše uvedenému má Úřad za to, že navrhovatel splnil svoji povinnost, když zadavateli doručil stejnopis návrhu v zákonné lhůtě 10 dnů, a v souladu se zákonem tak informoval zadavatele o podání návrhu.
135. Podle § 265 písm. a) zákona platí, že Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
136. S ohledem na všechny shora popsané skutečnosti Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil v intencích v návrhu namítaných skutečností porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## 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. Včas podaný rozklad má 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. Městská část Praha 14, Bratří Venclíků 1073, 198 21 Praha 9
2. Enerfis s.r.o., Drtinova 557/10, 150 00 Praha 5 – Smíchov
3. PREměření, a.s., Na Hroudě 2149/19, 100 05 Praha 10

### Vypraveno dne

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