



UOHSX009CZ5N

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0025/2017/VZ-05437/2017/523/ASo

Brno: 10. února 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném 13. 1. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – Pražská energetika, a.s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10,
- vybraný uchazeč – Amper Market, a.s., IČO 24128376, se sídlem Antala Staška 1076/33a, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 2. 2017 Doucha Šikola advokáti s.r.o., IČO 04442687, se sídlem Mezibranská 579/7, 110 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 1 veřejné zakázky „Dodávka elektřiny a zemního plynu pro veřejné osvětlení na území hlavního města Prahy pro roky 2017 a 2018“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 7. 2016 pod ev. č. 639338 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 130-233373,

rozhodl takto:

Správním řízením se podle § 117a písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť navrhovatel – Pražská energetika, a.s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10 – nedoručil návrh ze dne 13. 1. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem

Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – učiněných při zadávání části 1 veřejné zakázky „Dodávka elektřiny a zemního plynu pro veřejné osvětlení na území hlavního města Prahy pro roky 2017 a 2018“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 7. 2016 pod ev. č. 639338 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 130-233373, Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve lhůtě podle § 114 odst. 4 citovaného zákona, tj. do 10 kalendářních dnů ode dne 29. 12. 2016, v němž navrhovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel nevyhověl jeho námitkám směřujícím proti postupu zadavatele při elektronické aukci konané dne 5. 12. 2016, proti kterému navrhovatel brojí i v návrhu, tedy do 9. 1. 2017, nýbrž až dne 13. 1. 2017.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 13. 1. 2017 návrh navrhovatele – Pražská energetika, a.s., IČO 60193913, se sídlem Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10 (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – při zadávání části 1 veřejné zakázky „Dodávka elektřiny a zemního plynu pro veřejné osvětlení na území hlavního města Prahy pro roky 2017 a 2018“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 6. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 7. 2016 pod ev. č. 639338 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 7. 2016 pod ev. č. 2016/S 130-233373 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dnem 13. 1. 2017, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
3. V návrhu navrhovatel namítá, že se nemohl řádně zúčastnit elektronické aukce konané dne 5. 12. 2016 od 13:00 hodin, prostřednictvím které probíhalo v souladu s článkem 7.2. a 7.3. zadávací dokumentace hodnocení části 1 veřejné zakázky (dále jen „elektronická aukce“), neboť mu nebylo umožněno zadat konečnou cenovou nabídku, která byla nižší než nabídka vybraného uchazeče – Amper Market, a.s., IČO 24128376, se sídlem Antala Staška 1076/33a, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 7. 2. 2017 Doucha Šikola advokáti s.r.o., IČO 04442687, se sídlem Mezibranská 579/7, 110 00 Praha (dále jen „vybraný uchazeč“), a z tohoto důvodu považuje průběh elektronické aukce za netransparentní, diskriminační a odporující zásadě rovného zacházení. Za odporující zásadám zakotveným v § 6 odst. 1 zákona považuje navrhovatel průběh elektronické aukce z toho důvodu, že poslední cenovou nabídku v rámci elektronické aukce navrhovatel, dle svého tvrzení, podepisoval „v čase 13:39:55 hodin, tedy 5 sekund před jejím ukončením. V uvedený čas evidujeme dle našeho protokolu o průběhu e-aukce ‚načtení podepisovacího apletu‘, který jsme bezprostředně podepsali. V případě našich předchozích cenových nabídek bylo obvyklé časové prodloužení od ‚načtení podepisovacího apletu‘ do ‚přijetí aukčních hodnot ke zpracování‘ zadavatelem v rozsahu 2 až 3 sekund. Je tedy důvodné se domnívat, že jsme naši poslední cenovou nabídku podali před skončení e-aukce“. Navrhovatel rovněž uvádí, že „[d]le pravidel elektronické aukce uvedených ve výzvě k účasti v elektronické aukci bylo dále

stanoveno, že minimální krok snížení nabídkové ceny je 1 procento z jednotkové nabídkové ceny v Kč bez DPH za 1 MWh. Minimální krok je vztažen k předchozí ceně uchazeče. Ačkoliv je však nabídková cena stanovena jako jednotková cena (tj. cena za 1 MWh), umožňuje elektronická aukce zobrazování pouze celkové ceny za předpokládaný objem dodávky elektřiny. Účastník aukce tedy musí nejprve z celkové nabídkové ceny spočítat jednotkovou nabídkovou cenu, aby mohl dodržet pravidlo minimálního kroku snížení ceny. Spolu s absencí jasných pravidel ohledně zaokrouhlování nabídkových cen pak takový postup způsobuje značné prodlení a chybovost účastníků při zadávání nabídkových cen“.

4. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

I. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0025/2017/VZ-01730/2017/523/ASo ze dne 16. 1. 2017. Vyjádření zadavatele k návrhu včetně dokumentace o veřejné zakázce obdržel Úřad ve dnech 20. 1. 2017 a 23. 1. 2017.
6. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0025/2017/VZ-02821/2017/523/ASo ze dne 26. 1. 2017 stanovil lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce, pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
7. Dne 30. 1. 2017 Úřad obdržel od zadavatele v souladu s § 114 odst. 11 zákona doplnění listinných důkazů o výzvu k účasti v elektronické aukci ze dne 29. 11. 2016 a související vyjádření.
8. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0025/2017/VZ-03096/2017/523/ASo ze dne 30. 1. 2017 stanovil lhůtu k provedení úkonu – doložení podrobných technických podmínek elektronické aukce a dále doložení listin, z nichž budou patrné informace logu provozovatele elektronické aukce, zejména průměr requestu (prodlení před zpracováním požadavku). Požadované listiny Úřad obdržel dne 3. 2. 2017.
9. Přípisem č. j. ÚOHS-S0025/2017/VZ-03334/2017/523/ASo ze dne 1. 2. 2017 si Úřad za účelem možnosti ověřit tvrzení účastníků řízení vyžádal stanovisko administrátora elektronické aukce, společnosti QCM, s.r.o., IČO 26262525, se sídlem Bellova 370/40, 623 00 Brno (dále jen „QCM, s.r.o.“) s tím, že QCM, s.r.o. zároveň provozuje certifikovaný elektronický nástroj E-ZAK, v rámci něhož byla elektronická aukce použita v souvislosti s veřejnou zakázkou administrována. Požadované stanovisko a listiny Úřad obdržel dne 6. 2. 2017.
10. Dne 8. 2. 2017 bylo zástupci vybraného uchazeče Mgr. Mikuláši Vargicovi na základě substituční plné moci ze dne 7. 2. 2017 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0025/2017/VZ.
11. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0025/2017/VZ-05243/2017/523/ASo ze dne 9. 2. 2017 Úřad zamítl návrh navrhovatele na nařízení předběžného opatření spočívajícího v uložení zákazu

zadavateli uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení dle ust. § 117 odst. 1 písm. a) zákona.

II. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Po přezkoumání splnění zákonných podmínek vázících se k úkonu podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřad konstatuje, že navrhovatel nenaplnil požadavky stanovené v ust. § 114 odst. 4 zákona, a proto Úřadu nezbylo, než správní řízení zastavit. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.
13. Podle ust. § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
14. Podle ust. § 110 odst. 4 zákona námitky proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky nebo proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení musí stěžovatel doručit zadavateli do 15 dnů a v případě zjednodušeného podlimitního řízení do 10 dnů ode dne doručení oznámení o výběru nejvhodnější nabídky veřejné zakázky podle § 81 zákona nebo rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení.
15. Podle ust. § 114 odst. 4 věty první zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.
16. Podle ust. § 117a písm. e) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 114 odst. 4 nebo 5 zákona.
17. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že elektronická aukce, proti jejímuž průběhu navrhovatel brojí, proběhla dne 5. 12. 2016 od 13:00 hodin. Z důvodu pochybností o jejím řádném průběhu podal navrhovatel dne 15. 12. 2016 námitky, v nichž navrhovatel vytýká zadavateli totožné skutečnosti, které později uvádí ve svém návrhu (viz bod 3. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V námitkách navrhovatel výslovně uvedl, že jsou podávány v souladu s ustanovením § 110 zákona ve stanovené lhůtě s tím, že „o porušení zákona jsme se dozvěděli dne 5. 12. 2016 v průběhu aukce“. Zadavatel námitkám navrhovatele ze dne 15. 12. 2016 svým rozhodnutím ze dne 23. 12. 2016 nevyhověl. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že rozhodnutí o námitkách ze dne 15. 12. 2016 bylo navrhovateli prostřednictvím datové schránky doručeno dne 29. 12. 2016.
18. Zadavatel dopisem ze dne 13. 12. 2016 oznámil uchazečům o veřejnou zakázku své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Dne 27. 12. 2016 podal navrhovatel námitky směřující proti výběru nejvhodnější nabídky, přičemž v nich uvedená argumentace je totožná s obsahem předchozích námitek navrhovatele ze dne 15. 12. 2016, které směřovaly proti průběhu elektronické aukce. Zadavatel námitkám navrhovatele ze dne 27. 12. 2016 svým rozhodnutím ze dne 4. 1. 2017 nevyhověl. Následně dne 13. 1. 2017 podal navrhovatel návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
19. Po posouzení obsahu obou námitek (včetně samotného návrhu navrhovatele) Úřadu nezbyvá než konstatovat, že jak oběma námitkami (ze dne 15. 12. 2016 a ze dne 27. 12. 2016), tak i podaným návrhem navrhovatel brojí proti průběhu elektronické aukce.

Podal-li navrhovatel námitky proti průběhu elektronické aukce dne 15. 12. 2016 (tedy dle § 110 odst. 2 zákona v patnáctidenní lhůtě ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděl, tedy ode dne konání elektronické aukce) a obdržel-li rozhodnutí zadavatele o těchto námitkách (ze dne 23. 12. 2016) dne 29. 12. 2016, pak lhůta pro podání návrhu uplynula dne 9. 1. 2017 (k tomu srov. výše citovanou větu první § 114 odst. 4 zákona).

20. Lhůtu pro podání návrhu přitom není možno prodloužit tím, že stěžovatel podá další námitky s věcně totožným obsahem (zde námitky ze dne 27. 12. 2016), byť formálně směřující proti jinému úkonu zadavatele (zde rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky). Úřad při formulaci tohoto závěru vychází z toho, že úprava námitek, jak je opakovaně potvrzováno soudní judikaturou, je založena na jisté míře koncentrace, kdy např. Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 25. 11. 2011 sp. zn. 2 Afs 67/2010 uvedl, že *„koncepce citovaných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek je totiž založena na souslednosti jednotlivých kroků a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co žadatel některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý tento proces musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“* V příkrém rozporu s takto vyloženou koncepcí právní úpravy by pak byla možnost stěžovatele brojit (dokonce, jak tomu bylo v tomto případě, opakovaně) v rámci námitek podaných proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky (ve lhůtě dle § 110 odst. 4 zákona) proti pochybením zadavatele, o kterých se dozvěděl již dříve (a ve vztahu ke kterým mu uplynula obecná lhůta pro podání námitek dle § 110 odst. 2 zákona). Taková možnost by pak *de facto* znamenala, že – snad s výjimkou námitek proti zadávacím podmínkám (k tomu srov. § 110 odst. 3 zákona) a proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení stěžovatele (§ 110 odst. 4 zákona) – by v rámci námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky bylo možno namítat (zřejmě i opakovaně) proti čemukoli, co se událo v průběhu zadávacího řízení, bez ohledu na to, zda se o údajném pochybení stěžovatel dozvěděl již dříve. Ustanovení § 110 odst. 2 zákona by tak ztratilo jakýkoli smysl a stalo by se obsolentním.
21. Racionální a smyslu právní úpravy odpovídající výklad naopak spočívá v tom, že dozví-li se zájemce či uchazeč o úkonu zadavatele, má následně k dispozici (v tomto případě patnáctidenní) lhůtu dle § 110 odst. 2 zákona, ve které může proti danému úkonu (má-li za to, že jím zadavatel porušil zákon) brojit podáním námitek. Po uplynutí této lhůty pak již zájemce či uchazeč námitky proti danému úkonu uplatnit nemůže. Námitky navrhovatele ze dne 27. 12. 2016 je tak třeba hodnotit jako podané opožděně, neboť nesměřují proti ničemu, co by se navrhovatel dozvěděl ze samotného rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, ale proti průběhu elektronické aukce konané dne 5. 12. 2016, tedy proti úkonu zadavatele, ve vztahu k němuž již zákonná lhůta (dle § 110 odst. 2 zákona) uplynula.
22. V předmětné věci tedy byly jedinými řádně podanými námitkami navrhovatele proti průběhu elektronické aukce námitky ze dne 15. 12. 2016 a jediné v návaznosti na tyto námitky, resp. nevyhovující rozhodnutí zadavatele o nich, se navrhovatel mohl domáhat přezkoumání průběhu elektronické aukce konané dne 5. 12. 2016 u Úřadu.
23. Dle ust. § 114 odst. 4 zákona navrhovatel v případě, kdy se chce domoci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení před uzavřením smlouvy na realizaci veřejné zakázky ze strany Úřadu, musí návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele

doručit Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel jeho námitkám nevyhověl. V šetřeném případě tak posledním dnem hmotněprávní lhůty pro podání návrhu byl vzhledem k obecným pravidlům pro počítání času (poslední den lhůty připadl na neděli 8. 1. 2017, a proto se lhůta posunula na nejbližší následující pracovní den) den 9. 1. 2017, avšak Úřad obdržel návrh navrhovatele prostřednictvím datové schránky až dne 13. 1. 2017 v 11:03:46 hodin (jak vyplývá z doručení datové zprávy), tedy o 4 dny později.

24. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že navrhovatel nedoručil Úřadu návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (směřující proti průběhu elektronické aukce konané dne 5. 12. 2016) ve lhůtě stanovené v ust. § 114 odst. 4 zákona, tedy do 9. 1. 2017, nýbrž až dne 13. 1. 2017, a Úřad proto rozhodl o zastavení správního řízení dle ust. § 117a písm. e) zákona, 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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. hlavní město Praha, Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1
2. Pražská energetika, a.s., Na Hroudě 1492/4, 100 05 Praha 10
3. Doucha Šikola advokáti s.r.o., Mezibranská 579/7, 110 00 Praha

Vypraveno dne:

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