



UOHSX00CDH5D

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0167/2019/VZ-18195/2019/523/DFi

Brno: 28. června 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 25. 4. 2019 na návrh ze dne 23. 4. 2019, jehož účastníky jsou

- centrální zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava,
- navrhovatel – Český Energetický Dodavatel a.s., IČO 22795090, se sídlem Václavské náměstí 806/62, Nové Město, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání postupu centrálního zadavatele při zadávání veřejné zakázky „**Dodávky elektrické energie pro statutární město Ostrava a městské organizace na rok 2020 – 2021**“, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 3. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-004432, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 058-133256,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Český Energetický Dodavatel a.s., IČO 22795090, se sídlem Václavské náměstí 806/62, Nové Město, 110 00 Praha 1 – ze dne 23. 4. 2019 se podle ustanovení § 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.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava – který má v posuzovaném případě postavení centrálního zadavatele dle ustanovení § 9 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) a který je veřejným zadavatelem ve smyslu ustanovení § 4 odst. 1 písm. d) zákona (dále jen „zadavatel“), zahájil podle zákona dne 20. 3. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „*Dodávky elektrické energie pro statutární město Ostrava a městské organizace na rok 2020 – 2021*“; oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 3. 2019 pod ev. č. Z2019-004432 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 058-133256 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě 6.1 zadávací dokumentace veřejné zakázky je vymezen předmět veřejné zakázky jako „*(...) fyzická dodávka elektřiny do odběrných míst centrálního zadavatele a jednotlivých pověřujících zadavatelů v režimu smlouvy o sdružených službách dodávky elektřiny s přenesením odpovědnosti za odchylku ve smyslu ust. § 50 energetického zákona a vyhlášky č. 408/2015 Sb., o Pravidlech trhu s elektřinou, ve znění pozdějších předpisů, a dalších prováděcích vyhlášek k energetickému zákonu (...)*“.
3. V bodě 6.1 zadávací dokumentace veřejné zakázky rozdělil zadavatel předmět veřejné zakázky na 3 části:
 - Část 1 - Dodávka elektřiny v hladině NN
 - Část 2 - Dodávka elektřiny v hladině NN (veřejné osvětlení) pro pověřujícího zadavatele Ostravské komunikace, a.s.
 - Část 3 - Dodávka elektřiny v hladině VN“
4. V bodě 6.3 zadávací dokumentace veřejné zakázky je stanovena doba plnění veřejné zakázky od 1. 1. 2020 do 31. 12. 2021.
5. Dne 5. 4. 2019 byly zadavateli doručeny námitky Českého Energetického Dodavatele a.s., IČO 22795090, se sídlem Václavské náměstí 806/62, Nové Město, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“) ze dne 4. 4. 2019 (dále jen „námitky“) směřující proti zadávací dokumentaci, konkrétně stanovení kvalifikačních kritérií veřejné zakázky.
6. Zadavatel rozhodnutím ze dne 15. 4. 2019 námitky navrhovatele v celém rozsahu odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“).
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasí s důvody uvedenými zadavatelem v rozhodnutí o námitkách, doručil dne 25. 4. 2019 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgánu dozoru nad dodržováním zákona, návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 23. 4. 2019 (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

8. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám posuzované veřejné zakázky, resp. vůči nastavení kritérií technické a ekonomické kvalifikace a vůči minimální úrovni

pro jejich splnění. Navrhovatel tvrdí, že způsob stanovení kritérií technické a ekonomické kvalifikace „(...) neodpovídá a nikterak nesouvisí s objektivními skutečnost[m]i a okolnostmi [v]eřejné zakázky a předmětu jejího plnění (...)“ a je v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení – zásadou zákazu diskriminace, přiměřenosti a rovného zacházení. Navrhovatel tvrdí, že kvalifikační kritéria byla stanovena bez jakékoliv souvislosti s předmětem veřejné zakázky.

9. Navrhovatel dále uvádí, že je stávajícím dodavatelem elektrické energie pro zadavatele, a to na základě úspěchu v předchozím zadávacím řízení na veřejnou zakázku „*Dodávky elektrické energie pro statutární město Ostrava a městské organizace na rok 2019*“, ev. č. Z2018-021865 (dále jen „*předchozí VZ*“). Navrhovatel tvrdí, že v rámci zadávacího řízení na předchozí VZ zadavatel nepožadoval splnění žádných kritérií ekonomické či technické kvalifikace. Navrhovatel zdůrazňuje, že předchozí VZ plní bezvadně a má zájem v dodávkách elektrické energie pokračovat, nicméně stanovením požadavků ekonomické a technické kvalifikace mu byla účast v předmětném zadávacím řízení prakticky znemožněna. Tím mu dle jeho tvrzení hrozí újma spočívající v nemožnosti realizace zisku z veřejné zakázky.
10. Navrhovatel v návrhu rozporuje argument zadavatele, že je předmětná veřejná zakázka oproti předchozí VZ dvojnásobného rozsahu. Navrhovatel v návrhu porovnává rozsah obou veřejných zakázek a tvrdí, že „*[o]bě veřejné zakázky se týkají dodávky elektrické energie do shodného počtu odběrných míst (...) pro shodné subjekty.*“ Navrhovatel dovozuje, že předmět plnění obou veřejných zakázek je totožný a že odlišná může být pouze předpokládaná hodnota veřejných zakázek. A to jedině z důvodu, že předchozí VZ se týkala dodávek na dobu 1 roku, kdežto stávající veřejná zakázka se týká dodávek pro období 2 let. „*Tento rozdíl však dle názoru [n]avrhovatele nemůže nikterak odůvodnit stanovení kritérií ekonomické a technické kvalifikace.*“
11. Dále navrhovatel argumentuje, že jako aktuální dodavatel elektrické energie již „*(...) dostatečně prokázal, že je schopen řádně plnit předmět [v]eřejné zakázky (...)*“, a dovozuje, že neexistují „*(...) žádné objektivní okolnosti, které by odůvodňovaly stanovení kritérií ekonomické a technické kvalifikace, natož (...) [v] konkrétním rozsahu, který naprosto evidentně diskriminuje z účasti v zadávacím řízení dodavatele schopného [v]eřejnou zakázku plnit.*“
12. Navrhovatel v návrhu zdůrazňuje, že nerozporuje oprávnění zadavatele stanovit kritéria technické a ekonomické kvalifikace, ani formální dodržení jejich zákonných mezí. Tvrdí však (s odkazem na rozhodovací praxi), že i formálně správným postupem může dojít k porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek.
13. Navrhovatel dále zpochybňuje argument zadavatele, že „*[k]ritéria ekonomické kvalifikace byla stanovena tak, aby [z]adavatel minimalizoval rizika, že vybraný dodavatel nebude schopen po celou dobu, tj. po dobu 2 let, předmět plnění [v]eřejné zakázky poskytovat, a to zejména s ohledem na rychle se měnící ceny elektrické energie na trhu*“. Navrhovatel uvádí, že „*(...) z žádných okolností nevyplývá, že by jen z obratu jednotlivých potenciálních dodavatelů v posledních třech účetních obdobích a ze skutečnosti, že cena elektrické energie na trhu je pohyblivá, bylo možné vyvodit vysoké riziko [z]adavatele (...)*“.
14. Navrhovatel zdůrazňuje, že předmět plnění veřejné zakázky není „*(...) nijak neobvyklý či exkluzivní*“, neboť „*[d]odávky elektrické energie probíhají do každé domácnosti, zpravidla*

i do sídla každé právnické osoby apod.“ Navíc je dle navrhovatele dohled Energetického regulačního úřadu nad licencovanou činností dostatečnou zárukou schopnosti dodavatelů dodávky elektrické energie uskutečňovat. „V daném případě tak není dán žádný zvláštní důvod se domnívat, že by [n]avrhovatel nebo někteří další dodavatelé, byť nesplňují [z]adavatelem stanovené ekonomické či technické kvalifikační předpoklady, skutečně nebyli reálně způsobilí [v]eřejnou zakázku splnit.“

15. Navrhovatel zpochybňuje zejména zákonnost „(...) stanovení podmínky technické kvalifikace pro část 1 a 2 [v]eřejné zakázky (...)“, kde zadavatel požaduje, aby významné dodávky dosáhly určitého počtu odběrných míst „souhrnně pro jednu právnickou osobu“. Podle navrhovatele není zřejmé, jak by měla skutečnost, že mají dodavatelé předchozí zkušenosti s dodávkou elektrické energie do určitého počtu odběrných míst jediné právnické osoby, ovlivnit způsobilost dodavatelů plnit veřejnou zakázku. Podle navrhovatele se dodávky elektrické energie „(...) nijak neliší, jsou-li realizovány do určitého počtu odběrných míst rozličných subjektů nebo subjektu jednoho. O to více je pak nerozhodné, zda je odběratelem elektrické energie právnická osoba nebo člověk.“ Irelevanci uvedeného kritéria podle navrhovatele zvyšuje fakt, že zadavatel poptává dodávky „(...) do odběrných míst různých subjektů - městských organizací, městských částí, obchodních společností, v nichž má [z]adavatel obchodní podíl apod.“
16. Navrhovatel tvrdí, že kvalifikační kritéria byla stanovena tak, „(...) aby omezila okruh dodavatelů schopných kritériím vyhovět na velmi malý počet velkých, tzv. ‚tradičních‘, dodavatelů. Navrhovatel k tomuto uvádí, že z jeho zkušeností se obdobných zadávacích řízení většina tradičních velkých dodavatelů neúčastní a vyvozuje, že podmínky zadávacího řízení mohou být zvoleny ‚na míru‘ jedinému dodavateli. Navrhovatel má za to, že tímto jediným dodavatelem může být společnost Pražská plynárenská, a.s. (...)“ a své tvrzení dokládá seznamem smluv vyhotoveným dle údajů v registru smluv, uzavřených mezi tímto dodavatelem a veřejnými zadavateli veřejných zakázek. Z dokládaného seznamu je dle navrhovatele „(...) zřejmá dominance tohoto dodavatele v případě veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou dodávky energií – elektrické energie a plynu.“ Navrhovatel uvádí, že je „zřejmé, že Pražská plynárenská, a.s. je aktuálně dodavatelem energií pro celkem 1612 veřejných zadavatelů (z toho 262 smluv se týká dodávky elektrické energie a 1350 smluv se týká dodávky plynu). Z účetních dokladů zveřejněných ve sbírce listin obchodního rejstříku této společnosti je pak zřejmé, že vzhledem ke své velikosti a významnému postavení na trhu, je schopná bez jakýchkoliv obtíží splnit i [z]adavatelem stanovené kritérium ekonomické kvalifikace. Tento dodavatel je tak dle názoru [n]avrhovatele, s ohledem na výše uvedené zkušenosti [n]avrhovatele s účastí dodavatelů v zadávacích řízeních, v zásadě jediným subjektem schopným splnit [z]adavatelem požadovaná kritéria ekonomické a technické kvalifikace.“
17. V neposlední řadě navrhovatel také rozporuje argument zadavatele, že je zjevné, že je množství dodavatelů schopno požadovaná kvalifikační kritéria splnit, protože v zadávacím řízení podalo nabídku více dodavatelů. Dle navrhovatele totiž „[s]kutečnost, že nabídku podalo více dodavatelů, ještě nemusí odůvodňovat závěr, že kvalifikační kritéria nejsou stanovena v rozporu se zákonem.“
18. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad zadávací řízení veřejné zakázky zrušil.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

19. V souladu s ustanovením § 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 dnem 25. 4. 2019, kdy byl Úřadu doručen návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
20. Účastníky správního řízení dle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
21. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-11882/2019/523/DFi ze dne 26. 4. 2019. Vyjádření zadavatele k návrhu včetně dokumentace Úřad obdržel dne 3. 5. 2019 (dále jen „*vyjádření zadavatele k návrhu*“).
22. Usnesením č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-12787/2019/523/DFi ze dne 7. 5. 2019 Úřad určil zadavateli 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 zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
23. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13588/2019/523/DFi ze dne 15. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie ČEZ Prodej, a.s., IČO 27232433, se sídlem Duhová 1/425, 140 53 Praha 4 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 27. 5. 2019.
24. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13589/2019/523/DFi ze dne 15. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie Pražská energetika, a.s., IČO 60193913, se sídlem Na hroudě 1492/4, Vršovice, 100 00 Praha 10 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 22. 5. 2019.
25. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13591/2019/523/DFi ze dne 15. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie EP ENERGY TRADING, a.s., IČO 27386643, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 02 Praha 1 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 27. 5. 2019.
26. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13593/2019/523/DFi ze dne 15. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie Veolia Komodity ČR, s.r.o., IČO 25846159, se sídlem 28. října 3337/7, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 23. 5. 2019 a následně dne 24. 5. 2019 ve znění oprav.
27. Usnesením č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13766/2019/523/DFi ze dne 17. 5. 2019 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k objasnění a odůvodnění stanovení požadavku technické kvalifikace v bodě 11.12 zadávací dokumentace veřejné zakázky pro část 1 a část 2 veřejné zakázky, konkrétně stanovení požadavků na minimální počet odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“. Objasnění zadavatele Úřad obdržel dne 24. 5. 2019 (dále jen „*objasnění zadavatele*“).

28. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14952/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie ČEZ ESCO, a.s., IČO 03592880, se sídlem Duhová 1444/2, Michle, 140 00 Praha 4 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 3. 6. 2019.
29. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14961/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie Amper Market, a.s., IČO 24128376, se sídlem Na poříčí 1046/24, Nové Město, 110 00 Praha 1 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 3. 6. 2019.
30. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14962/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie CENTROPOL ENERGY, a.s., IČO 25458302, se sídlem Vaníčkova 1594/1, Ústí nad Labem-centrum, 400 01 Ústí nad Labem o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 30. 5. 2019.
31. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14965/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie CONTE spol. s r.o., IČO 00565342, se sídlem Ovocný trh 572/11, Staré Město, 110 00 Praha 1 o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 30. 5. 2019.
32. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14970/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie Pražská plynárenská, a.s., IČO 60193492, se sídlem Národní 37, 110 00 Praha 1 - Nové Město o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 3. 6. 2019.
33. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14971/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie TAURON Czech Energy s.r.o., IČO 28602455, se sídlem Na Rovince 879, Hrabová, 720 00 Ostrava o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 30. 5. 2019.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-15619/2019/523/DFi ze dne 5. 6. 2019 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.
35. Dne 7. 6. 2019 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k usnesení č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-15619/2019/523/DFi ze dne 5. 6. 2019, datované ke dni 6. 6. 2019, ve kterém zadavatel sděluje, že trvá na svých stanoviscích vyjádřených v objasnění zadavatele a ve vyjádření zadavatele k návrhu.
36. Dne 7. 6. 2019 bylo navrhovateli umožněno nahlédnout do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0167/2019/VZ.
37. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-16490/2019/523/DFi ze dne 12. 6. 2019 Úřad uložil zadavateli předběžné opatření spočívající v pozastavení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.
38. Přípisem č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-14969/2019/523/DFi ze dne 29. 5. 2019 Úřad požádal dodavatele elektrické energie E.ON Energie, a.s., IČO 26078201, se sídlem F. A. Gerstnera 2151/6, České Budějovice 7, 370 01 České Budějovice o poskytnutí stanoviska k projednávané věci. Stanovisko Úřad obdržel dne 12. 6. 2019, tj. 8 dní po uplynutí lhůty stanovené pro poskytnutí stanoviska. Vzhledem k tomu, že Úřad ke dni 5. 6. 2019 nashromáždil dostatek podkladů pro vydání rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 50 správního

řádu, vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-15619/2019/523/DFi, kterým v souladu s ustanovením § 261 odst. 3 zákona určil účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí. S ohledem na to, že obsah poskytnutého stanoviska nemohl nikterak ovlivnit rozhodnutí Úřadu v této věci¹, Úřad v zájmu hospodárnosti a rychlosti správního řízení k pozdě poskytnutému stanovisku nepřihlížel, a toto stanovisko tudíž není podkladem rozhodnutí. Úřad proto neposkytnul účastníkům řízení novou lhůtu dle ustanovení § 261 odst. 3 zákona.

39. Dne 13. 6. 2019 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí. Obsah tohoto vyjádření je uveden níže v bodech 67. až 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k návrhu

40. Úvodem zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 2. 5. 2019 shrnuje tvrzení a argumentaci navrhovatele a odkazuje na své rozhodnutí o námitkách. Následně zadavatel zdůrazňuje a rozvádí některé body rozhodnutí o námitkách a vyjadřuje se ke skutečnostem a námitkám, které dle zadavatele navrhovatel uvádí nově a rozšiřuje a doplňuje jimi své námitky. Zadavatel uvádí, že z návrhu ani námitek není zřejmé, k jaké z částí veřejné zakázky se vztahují, s výjimkou rozporování kvalifikačního požadavku pro část 1 a část 2 veřejné zakázky, „(...) aby významné dodávky byly realizovány do 100, resp. 250, odběrných míst, přičemž se má jednat o počet odběrných míst souhrnně pro jednu právnickou osobu (...)“. Zadavatel zdůrazňuje, že „(...) navrhovatel ve svých námitkách nenapadal žádný z parametrů a požadavků požadovaných zadavatelem k prokázání ekonomické a technické kvalifikace (reference), napadal čistě jen to, že tyto jsou obsaženy v zadávacích resp. kvalifikačních podmínkách“.
41. Zadavatel uvádí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 195 000 000 Kč bez DPH, respektive pro část 1 veřejné zakázky 45 000 000 Kč bez DPH, pro část 2 veřejné zakázky 50 000 000 Kč bez DPH, pro část 3 veřejné zakázky 100 000 000 Kč bez DPH).
42. Dále dovozuje, že navrhovatel v návrhu fakticky konstatuje, že je pro danou veřejnou zakázku „nepřiměřené a diskriminační požadovat prokázání jakékoliv technické a ekonomické kvalifikace“, což zadavatel považuje za absurdní. Zadavatel argumentuje tím, že „[s]myslem prokazování kvalifikace je zvýšit jistotu zadavatele, že bude plněno řádně, kvalitně a současná minimalizace rizik a škod“ a odkazuje na veřejné zakázky jiných zadavatelů, „(...) kteří zcela standardně požadují prokázání ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace“.
43. Zadavatel ve vyjádření odkazuje na svá práva požadovat prokázání ekonomické a technické kvalifikace na základě ustanovení § 73 odst. 3, § 78 odst. 1, § 78 odst. 2, § 79 odst. 2 písm. b) a § 28 odst. 1 písm. c) zákona. K tomuto uvádí, že mu tato práva „(...) svědčí bez ohledu na to, zda v předchozím zadávacím řízení obdobné požadavky na prokázání kvalifikace požadoval či nikoliv“, „(...) nelze dovozovat, že pokud zadavatel jednou nepožadoval prokázání určité kvalifikace, již nikdy v budoucnu nebude oprávněn požadovat prokázání takové kvalifikace“ a je zcela v působnosti zadavatele, zda, kdy a proč ne/požaduje prokázání kvalifikace. Dle zadavatele na uvedeném nic nemění ani skutečnost, že je navrhovatel současným dodavatelem a uvádí, že by kvalifikační kritéria obstála i v předchozí VZ. Zadavatel

¹ Úřad poznamenává, že oslovený dodavatel ve stanovisku uvedl, že není dodavatelem pro žádnou fyzickou osobu, která by měla v souhrnu 100, resp. 250 odběrných míst.

argumentuje, že navrhovatel dodává elektrickou energii teprve 4 měsíce a je tedy předčasné tvrdit, že je schopen plnit veřejnou zakázku. Zadavatel dále uvádí, že schopnost navrhovatele v současnosti dodávat elektrickou energii automaticky neznamená, že toho bude schopen i v budoucnu, „(...) zvláště pak v takovém segmentu trhu, jako je dodávka energií, který co do vývoje cen resp. samotného trhu s těmito komoditami velmi dynamický (...)“. Zadavatel uvádí, že je pro něj veřejná zakázka zcela zásadní a je u ní důležitá jistota a stabilita, „(...) což přímo souvisí s dostatečnou způsobilostí a schopností dodavatele provést řádně, včas a v potřebné kvalitě požadované plnění. Jakékoliv selhání v dodávkách elektrické energie může být pro zadavatele resp. jeho organizace kritickým momentem, kdy nebude moci naplňovat své povinnosti a může mu býti způsobena značná škoda.“ K tomu zadavatel dodává, že již z minulosti negativní zkušenosti s dodavateli elektrické energie má.

44. Zadavatel se rovněž vyjadřuje k argumentu navrhovatele, že dohled Energetického regulačního úřadu je dostatečnou zárukou schopnosti řádně plnit předmět veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že licence od Energetického regulačního úřadu je pouze zákonným předpokladem pro obchod s energiemi a může být dodavateli odebrána, např. v důsledku ekonomických či technických nedostatků. „Předmětná licence pak sama o sobě není zárukou řádného splnění dodávek a nenahrazuje tak technickou a ekonomickou kvalifikaci, kterou je zadavatel oprávněn nadto požadovat podle zákona.“
45. Dále se zadavatel vyjadřuje k přiměřenosti kritérií ekonomické kvalifikace a uvádí, že ekonomickou kvalifikaci stanovil v souladu se zákonem a že u žádné veřejné zakázky nelze dohledat souvislost ekonomické kvalifikace s předmětem veřejné zakázky. K požadavku technické kvalifikace na doložení dodávky do určitého počtu odběrných míst „souhrnně pro jednu právnickou osobu“ zadavatel uvádí, že je pro něj „(...) relevantní zejména z důvodu ověření zkušeností dodavatele s procesem specifického managementu fakturace a komunikace ve vztahu k více odběrným místům jednoho subjektu, způsobu rozúčtování, způsobu realizace zálohových plateb popř. způsobu souhrnného zálohování, výkaznictví, hromadných statistik atp. (tyto činnosti v případě odběratelů s jednotkami odběrných míst nejsou relevantní). Dále pak dodávky elektrické energie pro právnické osoby vč. jejich organizačních složek a zřizovaných organizací mají svá specifika, reprezentovaná např. individuálními obchodními podmínkami, kterým se musí dodavatel umět přizpůsobit, tedy i jiné požadavky nad rámec energetické legislativy (např. data o spotřebě ve strukturované elektronické podobě, atp.). Zadavatel má za to, že specifický management fakturace obsahující nutnost nastavení systému dodavatele a jeho zkušenost se zpracováváním dat odběrných míst horizontálně v rámci potřeb jednotlivých odběratelů či vertikálně napříč organizačními složkami odběratele či odběratelů, a to jak v případě agregace, tak i difference dat, je nutno řešit požadavkem technické kvalifikace realizace referencí určitého počtu odběrných míst pro jednu právnickou osobu de facto kvalitativně. Požadavek správy určitého počtu odběrných míst pro více subjektů se dle výše uvedeného jeví jako kvantitativní bez vypovídající hodnoty o schopnosti agregace či difference dat značného počtu odběrných míst zadavatelů.“
46. Závěrem zadavatel označuje za nepravdivé tvrzení navrhovatele, že kvalifikační kritéria „(...) mohou být nastaven[a] na míru jedinému dodavateli, a to spol. Pražské plynárenské, a.s.“ Navrhovatelem doložený seznam smluv považuje ve vztahu k veřejné zakázce za irelevantní. Uvádí, že na trhu existuje řada dodavatelů s více odběrnými místy, než Pražská

plynárenská, a.s. a vyvrací navrhovatelovo tvrzení tím, že mu byly „(...) *doručeny nabídky od 4-5 dodavatelů na každou část [v]eřejné zakázky, které požadavky zadavatele na kvalifikaci splňují.*“

Obsah námitek

47. Vzhledem k tomu, že Úřad v této věci mimo jiné posuzoval, zda nedošlo k neoprávněnému rozšíření uváděných skutečností ve smyslu ustanovení § 251 odst. 4 a 5 zákona, shrnuje na tomto místě obsah námitek, obsah rozhodnutí o námitkách, obsah objasnění zadavatele a obsah vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí.
48. Navrhovatel v námitkách uvádí, že je aktuálním dodavatelem elektrické energie pro zadavatele v návaznosti na předchozí VZ. Navrhovatel uvádí, že plní bezvadně a má zájem nadále v dodávkách pokračovat, nicméně v důsledku stanovení kvalifikačních kritérií veřejné zakázky mu byla účast v zadávacím řízení prakticky znemožněna a z tohoto důvodu mu hrozí újma. Navrhovatel v námitkách uvádí, že je „(...) *dotčen na svém právu na řádný a zákonný průběh zadávacího řízení a právu na řádný průběh hospodářské soutěže (...)*“, již se navrhovatel „(...) *v rámci svého podnikání účastní.*“ Navrhovatel v námitkách uvádí, že kvalifikační podmínky „(...) *jsou stanoveny v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1, 2 a § 36 odst. 1 ZZVZ*“ a odkazuje na znění těchto ustanovení.
49. Navrhovatel v námitkách uvádí, že nerozporuje oprávnění zadavatele stanovit kritéria technické a ekonomické kvalifikace. Tvrdí však, že nastavení parametrů kvalifikačních kritérií je zcela v rozporu s ustanoveními § 6 odst. 1 a 2 a § 23 odst. 1 zákona, a to zejména s přihlédnutím k předchozí praxi zadavatele.
50. Navrhovatel dále v námitkách tvrdí, že zadávací podmínky veřejné zakázky jsou „(...) *nastaveny diskriminačně pouze ve prospěch velmi úzkého okruhu potenciálních dodavatelů. Ba do konce lze s jistou pravděpodobností, s ohledem na situaci na trhu v oblasti elektroenergetiky, konstatovat, že zadávací podmínky, zejména požadavky na ekonomickou a technickou kvalifikaci dodavatele, jsou stanoveny pouze ve prospěch jednoho dodavatele*“, který je jako jediný schopen ekonomické a technické kvalifikační požadavky veřejné zakázky splnit.
51. Dále navrhovatel v námitkách zadavateli vytýká, že stanovení kvalifikačních požadavků neodůvodnil, ač by dle názoru navrhovatele bylo odůvodnění, s přihlédnutím k předchozí VZ, vhodné. Navrhovatel tvrdí, že z předchozí VZ vyplývá, že je dodavatelem, který nesplňuje „(...) *nově požadovaná kritéria ekonomické a technické kvalifikace*“, přesto je schopen předmět veřejné zakázky plnit.
52. Na základě výše uvedeného navrhovatel v námitkách tvrdí, že je „(...) *více než zřejmé, že zadávací podmínky Veřejné zakázky nemohou naplnit zásadu přiměřenosti a zákazu konkurenčních výhod a vytváření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže. Kritéria ekonomické a technické kvalifikace byla [z]adavatelem nastavena způsobem, který bez jakéhokoliv rozumného důvodu ve vztahu k předmětu plnění [v]eřejné zakázky, diskriminuje [s]těžovatele a nepochybně i jiné dodavatele, a vytváří tak nedovolenou konkurenční výhodu omezenému počtu dodavatelů, v daném případě pravděpodobně i pouhému jednomu dodavateli.*“

53. Dále navrhovatel v námitkách uvádí, že postup zadavatele naplňuje znaky nepřímého diskriminačního jednání a odkazuje na rozhodovací praxi. Tvrdí, že ekonomická a technická kvalifikační kritéria „(...) *naprosto neodpovídají velikosti, složitosti a technické náročnosti [v] veřejné zakázky*“ a že kvalifikační kritéria musí být přiměřená a „(...) *nesmí být přímo nastaven[a] tak, aby je současný dodavatel nemohl splnit*“.
54. Závěrem navrhovatel v námitkách podporuje svá tvrzení účelem zákona, kterým je dle navrhovatele „(...) *hospodárnost, efektivnost a účelnost nakládání s veřejnými prostředky, přičemž těchto cílů má být dosaženo zajištěním hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli*“ a uvádí, že „(...) *je přesvědčen, že stanovení kvalifikačních předpokladů tak, jak bylo v minulosti u [z]adavatele běžnou praxí, je přiměřené předmětu plnění [v] veřejné zakázky*“.

Obsah rozhodnutí o námitkách

55. Úvodem zadavatel v rozhodnutí o námitkách shrnuje námitky navrhovatele. Dále zadavatel cituje požadavky ekonomické kvalifikace a k těmto uvádí, že „[c]elková předpokládaná hodnota [v] veřejné zakázky činí 195 000 000 Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota pro část 1 činí 45 000 000 Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota pro část 2 činí 50 000 000 Kč bez DPH. Předpokládaná hodnota pro část 3 činí 100 000 000 Kč bez DPH.“ Následně zadavatel cituje požadavky technické kvalifikace.
56. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách odkazuje na ustanovení § 73 odst. 3, § 78 odst. 1, § 78 odst. 2, § 79 odst. 2 písm. b) a § 28 odst. 1 písm. c) zákona, uvádí, jaký je účel stanovení kvalifikačních požadavků a odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu.
57. Dále zadavatel uvádí, že „(...) *nepřísluší účastníkovi zadávacího řízení, aby určoval zadavateli, zda má či nemá požadovat prokázání jakékoliv kvalifikace*“. Zadavatel tvrdí, že má právo „(...) *požadovat prokázání technické či ekonomické kvalifikace v souladu se zákonem*“ bez ohledu na předchozí VZ. Zadavatel uvádí, že předchozí VZ byla polovičního rozsahu oproti předmětné veřejné zakázce a zmiňuje, že má „(...) *historickou zkušenost se situací, kdy ekonomickou a technickou kvalifikaci v obdobné veřejné zakázce nepožadoval, což skončilo nuceným ukončením plnění veřejné zakázky pro nespolehlivost dodavatele a pro jeho následnou neschopnost dalšího plnění veřejné zakázky, přičemž tato skutečnost měla za následek vznik škody zadavateli*“. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí, že navrhovatel v námitkách „(...) *fakticky konstatuje, že přiměřené pro veřejnou zakázku takového rozsahu, tj. v řádu stovek milionů Kč, je požadovat pouze prokázání základní způsobilosti a profesní způsobilosti. Nepřiměřené a diskriminační je pak (...) požadovat prokázání jakékoliv technické a ekonomické kvalifikace (a to bez dalšího tvrzení, např. rozporování nastavených parametrů těchto kvalifikací (...), neboť v předchozím zadávacím řízení na shodný předmět veřejné zakázky prokázání takových kvalifikací nebylo zadavatelem požadováno. Dle stěžovatele pak zřejmě zadavatel v případě soutěžení elektrické energie, již nikdy nebude mít právo požadovat ekonomickou a technickou kvalifikaci, neboť ji nepožadoval v roce 2018.*“
58. Dle zadavatele „(...) *nelze vyloučit situaci, kdy dodavatel nebude splňovat některý požadavek (jakéhokoliv) zadavatele na prokázání technické, ekonomické kvalifikace či i dokonce základní způsobilosti, ale za určitých okolností bude schopen realizovat požadované plnění, byť i příp. s vysokou mírou rizika pro daného zadavatele. Smyslem prokazování kvalifikace je*

ale zvýšit jistotu zadavatele, že bude plněno řádně, kvalitně a současná minimalizace rizik a škod.“

59. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvádí, že navrhovatel v námitkách nerozporuje žádný konkrétní parametr ekonomické a technické kvalifikace a jedná se o „blanketní“ námitku. Zadavatel zmiňuje, že „(...) z námitek nedokáže jednoznačně určit, jaké kritérium/parametr kvalifikace konkrétně obhajovat resp. prokazovat jeho přiměřenost.“ Dovojuje, že navrhovatel požaduje odstranění kvalifikačních požadavků v celém rozsahu. Dále uvádí, že dle zákona není povinen kvalifikační požadavky v zadávací dokumentaci odůvodňovat.
60. Vzhledem k tomu, že dle zadavatele navrhovatel v námitkách nenapadl žádný konkrétní parametr kvalifikačních kritérií, odůvodňuje zadavatel kvalifikační požadavky v obecné rovině. K požadavku na ekonomickou kvalifikaci zadavatel uvádí, že „(...) se ani v jedné z částí [v]eřejné zakázky zdaleka nepřibližuje limitu dle § 78 odst. 2 zákona, kdy minimální výše ročního obrátu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky.“ K tomuto blíže rozvádí, že „(...) požaduje prokázání ekonomické kvalifikace k prokázání ekonomické síly a stability dodavatele. Dodavatel, který prokáže (...) ekonomickou kvalifikaci, by tak měl být potenciálně ekonomicky způsobilý splnit budoucí předmět zakázky, a to po celou dobu trvání zakázky (2 roky). Cena elektrické energie se zejména v poslední době zásadně mění. Pořizování elektrické energie se odvíjí od jejího nákupu na burze, přičemž každý dodavatel k jejímu nákupu přistupuje odlišně. Je pak jednoznačně v zájmu zadavatele, aby tuto, pro něj zcela klíčovou komoditu, dodával ekonomicky stabilní dodavatel, kterého výkyvy cen této komodity a ani další tržní a konkurenční tlaky neohrozí, resp. budou minimalizovány a bude po celou dobu plnění disponovat nezbytnou licenci. Zadavatel zvolil hodnoty prokazovaného obrátu pro každou část [v]eřejné zakázky, a to právě s ohledem na finanční stabilitu dodavatele a jeho ekonomickou schopnost plnit danou část [v]eřejné zakázky a dále s ohledem na velikost, hodnotu a charakter dané části [v]eřejné zakázky. Zadavatel zároveň dodržel limit stanovený zákonem dle § 78 odst. 2 zákona, resp. se mu ani nepřiblížil.“
61. K požadavkům technické kvalifikace zadavatel uvádí, že „(...) stanovil parametry pro prokázání referenčních zakázek založené na minimálním objemu dodávek a počtu odběrných míst. Jejich přiměřenost lze jednoduše odvodit z porovnání skutečně požadovaného/předpokládaného objemu dodávek [v]eřejné zakázky resp. dané části [v]eřejné zakázky a obdobně tomu je i u počtu odběrných míst. Zadavatel stanovil určitou minimální hranici pro každou část [v]eřejné zakázky, a to jak pro objem odběru elektrické energie, tak pro počet odběrných míst, přičemž respektoval charakter, velikost, složitost a technickou náročnost každé konkrétní části [v]eřejné zakázky. Dodavatel s ohledem na předmět plnění [v]eřejné zakázky musí mít zkušenosti s dodáváním elektrické energie do více odběrných míst a rovněž musí mít zkušenost s dodávkou alespoň minimálně stanoveného objemu elektrické energie.“
62. Zadavatel shrnuje, že požadavky ekonomické i technické kvalifikace jsou s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky velmi mírné. Zadavatel rozporuje tvrzení navrhovatele, že jsou kvalifikační podmínky diskriminační. V tomto ohledu odkazuje na odůvodnění přiměřenosti stanovení kvalifikačních kritérií a podporuje své tvrzení sdělením, že do každé části veřejné zakázky byly podány minimálně 3 nabídky. Závěrem se zadavatel vyjadřuje k odkazu navrhovatele na rozhodovací praxi Úřadu.

Obsah objasnění zadavatele

63. Zadavatel byl Úřadem usnesením č. j. ÚOHS-S0167/2019/VZ-13766/2019/523/DFI ze dne 17. 5. 2019 vyzván k objasnění a odůvodnění stanovení požadavku technické kvalifikace v bodě 11.12 zadávací dokumentace veřejné zakázky pro část 1 a část 2 veřejné zakázky, konkrétně stanovení požadavků na minimální počet odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“. Zadavatel v objasnění zadavatele adekvátnost požadavku na minimální počet odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“ odůvodňuje následovně. Specifikum dodávky elektrické energie, která je předmětem veřejné zakázky, „*(...) spočívá ve značně komplikovaném fakturačním resp. účetním procesu a ve zcela odlišných obchodních podmínkách oproti fyzickým osobám resp. právnickým osobám s jedním či několika odběrnými místy.*“
64. Zadavatel uvádí, že je v tomto případě jednou právnickou osobou (veřejnoprávní korporací), která má právní osobnost a bylo jí přiděleno IČO. Zadavatel je však tvořen „*(...) jak jednotlivými městskými obvody, magistrátem, tak kupříkladu městskou policií, kdy každá z těchto složek vykazuje shodné IČO ve vztahu k dodavateli elektrické energie. Pro zadavatele je nezbytné, aby dodavatel byl schopen již v první úrovni rozlišit platební kalendáře, fakturace, výkazy a statistiky jednotlivých odběrných míst dle výše uvedených složek. Zpravidla každá z těchto složek je pak dále rozdělena na několik jak organizačních, tak i účetních jednotek, ke kterým jsou přidělena jednotlivá odběrná místa. V praxi, tak zadavatel nezbytně potřebuje členění platebních kalendářů, účtování zálohových plateb, fakturaci, apod. tedy ‚specifický management‘, minimálně pro tři úrovně jedné právnické osoby. Tento specifický management je pak typický pro jeden subjekt – právnickou osobu (pro fyzickou osobu není z principu možné takové členění) s vysokým počtem (řádově stovky) odběrných míst.*“ Dále zadavatel odůvodňuje „*specifický management*“ potřebou získání informací o spotřebách a distribučních nákladech odběrných míst, „*(...) ke srovnání energetické náročnosti objektů, k plánování budoucích investic do energetických úspor, či dokonce odhalování neoprávněných odběrů energií.*“ Zadavatel uvádí, že požadovaný „*specifický management*“ je typický pro „*(...) veřejnoprávní či obchodní korporace obdobné velikosti a členění a které poptávají dodávky energií v obdobném rozsahu.*“ „*Pokud by zadavatel požadoval referenci na shodný počet odběrných míst a o stejném objemu pro více odběratelů (právnických nebo fyzických osob), taková reference neprokazuje schopnost dodavatele poskytovat i výše uvedený specifický management.*“
65. Zadavatel dále uvádí, že požadavek na určitý počet odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“ požaduje rovněž kvůli předchozím negativním zkušenostem a dokládá čtyři případy, kdy musel v rámci plnění předcházejících veřejných zakázek, v nichž nepožadoval doložit technické kvalifikační požadavky, reklamovat plnění, které nebylo v souladu se smluvními (a obchodními) podmínkami a právními předpisy. Zadavatel dodává, že čtyři uváděné případy „*(...) jsou pouze typické příklady, když při počtu cca 1500 resp. 500 odběrných míst a době poskytování elektrické energie má neschopnost realizace specifického managementu zcela zásadní dopad do fungování a nákladů zadavatele a jeho organizací. Nadto zadavatel uvádí, že opakované reklamace, výzvy a urgency ve vztahu k dodavateli, jsou pro něj náročné také z hlediska administrativního a časového a mohou mít dopad na cash-flow jednotlivých složek centrálního zadavatele (...)*“.

66. V neposlední řadě rovněž zadavatel požadavek technické kvalifikace odůvodňuje specifičností obchodních podmínek. Uvádí, že rozdílnost je především v postavení fyzické osoby, která zpravidla uzavírá smlouvu adhezním způsobem, a zadavatele, který si smluvní i obchodní podmínky určuje sám. Dále specifičnost obchodních podmínek shledává ve specifických ustanoveních, která se běžně ve smlouvách s fyzickými osobami nevyskytují a tato uvádí příkladem. Zadavatel také blíže odkazuje na konkrétní ustanovení obchodních podmínek, která se vztahují ke specifické fakturaci a zálohovým platbám, se kterými se „(...) v podmínkách dodávek elektřiny fyzickým osobám nebo právnických osob s menším odběrem elektrické energie a menším počtem odběrných míst nesetkáme vůbec anebo jen výjimečně“.

Obsah vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

67. Úvodem se navrhovatel vyjadřuje k Úřadem zasláným žádostem o stanoviska (viz body 23. až 26. a 28. až 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvádí, že mu není zřejmé, kam směřuje dotaz Úřadu, zda jsou oslovení dodavatelé dodavatelem elektrické energie pro alespoň jednu fyzickou osobu, která má nejméně 100, resp. 250 odběrných míst (pokud ano, kolik takových fyzických osob je). Navrhovateli rovněž není zřejmé, jak takto formulované otázky mohou být relevantní pro posouzení zákonnosti kvalifikačních kritérií veřejné zakázky, a domnívá se, že mohlo jít o administrativní chybu – zaměnění slov „*právnickou*“ za „*fyzickou*“ osobu.
68. Dále se navrhovatel vyjadřuje k obsahu vyjádření zadavatele k návrhu. Uvádí, že má za to, že v návrhu neuvedl žádné nové skutečnosti ve smyslu ustanovení § 251 odst. 4 zákona. Dále uvádí, že je zřejmé, že se námitky i návrh vztahují ke všem částem veřejné zakázky. Navrhovatel rozvádí svá tvrzení uvedená v návrhu a vytýká zadavateli, že neuvedl žádné konkrétní odůvodnění kvalifikačních kritérií. Navrhovatel také rozvádí argumentaci ohledně licence pro činnost obchodníka s elektřinou, která je dle navrhovatele dostatečnou zárukou schopnosti plnit předmět veřejné zakázky (jak vyplývá z návrhu). Navrhovatel pokládá otázku, proč by mělo doložení požadované výše obratu zaručit ekonomickou stabilitu dodavatele lépe, než udělená licence, kde je Energetickým regulačním úřadem požadováno prokázání finančních a technických předpokladů k zajištění výkonu licencované činnosti (schopnost žadatele finančně zabezpečit provozování činnosti a schopnost zabezpečit závazky nejméně na období 5 let).
69. Navrhovatel také zpochybňuje zadavatelovo podložení důvodnosti stanovení kvalifikačních požadavků na základě předchozích negativních zkušeností a tvrdí, že zadavatelem uvedené předchozí negativní zkušenosti nesouvisely s porušením požadavků „*specifického managementu*“.
70. Závěrem se navrhovatel vyjadřuje k objasnění zadavatele a zpochybňuje zadavatelovo odůvodnění technického kvalifikačního kritéria „*souhrnně pro 1 právnickou osobu*“ „*specifickým managementem*“. Navrhovatel odkazuje na stanovisko poskytnuté jedním z oslovených dodavatelů, které potvrzuje existenci 1 fyzické osoby s celkem 134 odběrnými místy, a tvrdí, že tedy existují i fyzické osoby, které mají řádově stovky odběrných míst. Navrhovatel také uvádí, že v části 1 veřejné zakázky je jediným odběratelem se sty odběrnými místy statutární město Ostrava a ostatní odběratelé mají několik desítek odběrných míst. V části 2 veřejné zakázky je pak odběratelem se stovkami odběrných míst

společnost Ostravské komunikace a.s., se sídlem Novoveská 25/1266, 709 00 Ostrava-Mariánské hory (dále jen „*Ostravské komunikace, a.s.*“).

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

71. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení, stanovisek třetích osob, jež si vyžádal, a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že se návrh zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

72. Podle ustanovení § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle ustanovení § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
73. Podle ustanovení § 73 odst. 3 zákona může zadavatel v nadlimitním režimu požadovat prokázání ekonomické kvalifikace podle ustanovení § 78 zákona nebo technické kvalifikace podle ustanovení § 79 zákona. Podle ustanovení § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a minimální úroveň pro jejich splnění.
74. Podle ustanovení § 78 odst. 1 zákona může zadavatel požadovat, aby minimální roční obrat dodavatele nebo obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku.
75. Podle ustanovení § 78 odst. 2 zákona podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
76. Podle ustanovení § 78 odst. 4 zákona pokud je veřejná zakázka rozdělena na části, stanoví zadavatel podmínku ekonomické kvalifikace na každou část zvlášť. Zadavatel však může stanovit podmínku ekonomické kvalifikace odkazem na soubory částí v případě, že vybranému dodavateli bude zadáno několik částí současně. Podle ustanovení § 78 odst. 5 zákona dodavatel prokáže obrat výkazem zisku a ztrát dodavatele nebo obdobným dokladem podle právního řádu země sídla dodavatele.
77. Podle ustanovení § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
78. Podle ustanovení § 79 odst. 2 zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich

poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

79. Podle ustanovení § 251 odst. 1 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
80. Podle ustanovení § 251 odst. 4 zákona nemohou být náležitosti návrhu podle odstavce 1 věty první a druhé 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 přihlídně 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.
81. Podle ustanovení § 251 odst. 5 zákona mohou účastníci řízení navrhopvat důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy nejpozději ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení oznámení o zahájení řízení, nevztahuje-li se na ně omezení podle odstavce 4; k později uvedeným skutečnostem, návrhům důkazů a jiným návrhům Úřad nepřihlíží s výjimkou skutečností, návrhů důkazů a jiných návrhů, jimiž má být zpochybněna věrohodnost podkladů pro vydání rozhodnutí.

K obsahu návrhu a rozšiřujícím skutečnostem

82. Úvodem Úřad vyhodnotil, že navrhovatel v rozporu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona rozšířil návrh o některé nové skutečnosti, které nebyly obsaženy v námitkách, a nejedná se přitom o skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli v námitkách.

K neoprávněnosti rozšíření skutečností obecně

83. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. V souladu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona navrhovateli fakticky není dána možnost v návrhu poukazovat na jiná porušení zákona, než v námitkách, ale ani uplatnit nové argumenty k pochybením již dříve uvedeným (tj. rozšiřovat argumentaci a důvody k uplatněným námitkám, jinak řečeno uvádět „nové skutečnosti“). Smyslem daného pravidla je právě zachování institutu námitek coby primární ochrany dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele; bez jeho zakotvení by se námitky staly pouhým „formálním předstupněm“ řízení u Úřadu, kterému by mohl navrhovatel zcela libovolně předkládat k autoritativnímu posouzení otázky, ke kterým se zadavatel nemohl v rámci vyřizování námitek vůbec vyjádřit. Tak jako dodavateli, který má zájem na získání dané veřejné zakázky, svědčí právo na podání námitek (v případě jejich odmítnutí pak právo iniciovat správní řízení před Úřadem), je i právem zadavatele dozvědět se ještě předtím, než je vedeno ohledně jeho postupu správní řízení, co mu ve vztahu

k zadávání konkrétní veřejné zakázky dodavatel vyčítá, resp. mít možnost napravit své pochybení (na základě námitek) sám, bez ingerence Úřadu.

84. Výjimkou z tohoto zákazu uvádění nových skutečností jsou skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli, přičemž pokud navrhovatel hodlá takové skutečnosti uplatnit, musí prokázat, že tyto skutečnosti nemohl v námitkách uplatnit. Pod uváděnou výjimku mohou spadat zejména nové skutečnosti, které navrhovatel uvádí v reakci na tvrzení a argumenty zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách.

K neoprávněnosti rozšíření skutečností v této věci

85. Navrhovatel v rozporu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona rozšířil návrh o tvrzení, že jsou kvalifikační kritéria nastavena diskriminačně tak *„(...) aby omezila okruh dodavatelů schopných kritériím vyhovět na velmi malý počet velkých, tzv. ‚tradičních‘, dodavatelů.“* Navrhovatel k tomuto uvádí, že dle jeho zkušeností se obdobných zadávacích řízení většina tradičních velkých dodavatelů neúčastní a vyvozuje, že podmínky zadávacího řízení mohou být zvoleny *„na míru“* jedinému dodavateli. Navrhovatel má za to, že tímto jediným dodavatelem může být společnost Pražská plynárenská, a.s. Navrhovatel nově uvádí skutečnost, že dodavatel Pražská Plynárenská, a.s. má být dominantním dodavatelem *„(...) v případě veřejných zakázek, jejichž předmětem jsou dodávky energií – elektrické energie a plynu“*, kterou dokládá seznamem smluv *„(...) uzavřených mezi zadavatelem spadajícími do kategorie zadavatelů podle § 4 odst. 1 ZZVZ a dodavatelem Pražská plynárenská, a.s.“*, který je čerpán z registru smluv.
86. Nově je uváděna také skutečnost, že *„[z] uvedeného podkladu je zřejmé, že Pražská plynárenská, a.s. je aktuálně dodavatelem energií pro celkem 1612 veřejných zadavatelů (z toho 262 smluv se týká dodávky elektrické energie a 1350 smluv se týká dodávky plynu). Z účetních dokladů zveřejněných ve sbírce listin obchodního rejstříku této společnosti je pak zřejmé, že vzhledem ke své velikosti a významnému postavení na trhu, je schopná bez jakýchkoliv obtíží splnit i [z]adavatelem stanovené kritérium ekonomické kvalifikace. Tento dodavatel je tak dle názoru [n]avrhovatele, s ohledem na výše uvedené zkušenosti [n]avrhovatele s účastí dodavatelů v zadávacích řízeních, v zásadě jediným subjektem schopným splnit [z]adavatelem požadovaná kritéria ekonomické a technické kvalifikace.“*
87. V námitkách navrhovatel pouze obecně tvrdí, že *„(...) zadávací podmínky [v] veřejné zakázce jsou nastaveny diskriminačně pouze ve prospěch velmi úzkého okruhu potenciálních dodavatelů. Ba dokonce lze s jistou pravděpodobností, s ohledem na situaci na trhu v oblasti elektroenergetiky, konstatovat, že zadávací podmínky, zejména požadavky na ekonomickou a technickou kvalifikaci dodavatele, jsou stanoveny pouze ve prospěch jednoho dodavatele.“* Navrhovatel však své tvrzení o diskriminačním nastavení kvalifikačních podmínek v námitkách nijak nerozvádí, nedokládá, ani neuvádí, kterého konkrétního dodavatele považuje za onoho jediného dodavatele, v jehož prospěch měly být údajně kvalifikační podmínky nastaveny. Navrhovatel přitom měl a mohl již v námitkách své tvrzení vůči zadavateli konkretizovat a podložit důkazy. Navrhovatel totiž není oprávněn neomezeně rozšiřovat důvody k uplatněným námitkám a nemohl výše uvedeným způsobem rozšířit argumenty k velmi obecně uplatněné námitce o diskriminačně nastavených kritériích kvalifikačních podmínek. Nově uváděné skutečnosti v tomto případě rovněž nelze považovat za navrhovatelovu reakci na určité zadavatelovo tvrzení např. v rozhodnutí o námitkách

o tom, že navrhovatelovu námitku považuje za nepravdivou, spekulativní a účelovou. Je tedy nepřípustné, aby navrhovatel návrh v tomto rozsahu neoprávněně rozšiřoval. Úřad k těmto rozšiřujícím skutečnostem v souladu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona nepřihlíží.

88. Navrhovatel rovněž v rozporu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona rozšířil návrh o tvrzení, že za závadné považuje „(...) zejména stanovení podmínky technické kvalifikace pro část 1 a 2 [v]eřejné zakázky, u nichž [z]adavatel nad rámec požadovaného objemu významných referenčních dodávek požaduje rovněž, aby tyto významné dodávky byly realizovány do 100, resp. 250 odběrných míst, přičemž se má jednat o počet odběrných míst souhrnně pro jednu právnickou osobu. Z žádné okolnosti není zřejmé, jak by měl způsobilost [n]avrhovatele, a případně dalších potenciálních dodavatelů, ovlivnit fakt, že mají zkušenost s dodávkou elektrické energie do určitého počtu odběrných míst jedné jediné právnické osoby. Dodávky elektrické energie se nijak neliší, jsou-li realizovány do určitého počtu odběrných míst rozličných subjektů nebo subjektu jednoho. O to více je pak nerozhodné, zda je odběratelem elektrické energie právnická osoba nebo člověk. Tento požadavek [z]adavatele se jeví o to irelevantnější, vezmeme-li v potaz, že sám [z]adavatel poptává plnění [v]eřejné zakázky, tj. dodávku elektrické energie, do odběrných míst různých subjektů – městských organizací, městských částí, obchodních společností, v nichž má [z]adavatel obchodní podíl apod.“ K tomuto Úřad uvádí, že navrhovatel měl a mohl rozporovat konkrétní parametr technické kvalifikace již vůči zadavateli v rámci námitek. Navrhovatel přitom v námitkách pouze velmi obecně tvrdí, že kritéria ekonomické a technické kvalifikace jsou v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek - zásadou zákazu diskriminace, přiměřenosti a rovného zacházení a že tato kvalifikační kritéria neodpovídají předmětu plnění veřejné zakázky. Navrhovatel v námitkách blíže neuvádí, v jakém konkrétním parametru kvalifikačních podmínek spatřuje nezákonnost. Navrhovateli nic nebránilo v tom, aby již v námitkách vůči zadavateli tvrdil, že požadavek technické kvalifikace pro část 1 a 2 veřejné zakázky, kde zadavatel požaduje doložení alespoň jedné významné dodávky, která dosahuje určitého objemu (300 MWh/rok, resp. 10.000 MWh/rok) a která byla realizována do určitého počtu odběrných míst (100, resp. 250), přičemž se má jednat o počet odběrných míst „souhrnně pro jednu právnickou osobu“, považuje za nepřiměřený, a mohl rovněž uvést konkrétní důvody, pro které nepřiměřenost požadavku „souhrnně pro jednu právnickou osobu“ shledává. Úřad zdůrazňuje, že se v tomto případě nemůže jednat o reakci na zadavatelovo konstatování v rozhodnutí o námitkách o tom, že jsou námitky „blanketní“ a že navrhovatel nerozporuje žádný konkrétní parametr ekonomické ani technické kvalifikace, v důsledku čehož se zadavatel s námitkami vypořádal z obecného hlediska. Navrhovatel nemůže tímto způsobem obcházet smysl a účel institutu námitek. Úřad dodává, že byť se jedná o nepřípustné rozšíření návrhu a v souladu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona Úřad k nepřípustným rozšiřujícím skutečnostem nepřihlíží, v návaznosti na námitku navrhovatele o rozporu ekonomických a kvalifikačních kritérií veřejné zakázky se zásadou přiměřenosti a zákazu diskriminace Úřad jednotlivá kritéria kvalifikace přesto přezkoumal (blíže viz níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).
89. Pokud jde o obsah vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 6. 2019, Úřad uvádí následující. V uvedeném vyjádření navrhovatel neoprávněně v rozporu s ustanovením § 251 odst. 4 zákona rozšířil svá tvrzení, když uvedl, že „[v] rozhodnutí o námitkách ani ve vyjádření [z]adavatele k návrhu [n]avrhovatele podanému ÚOHS [z]adavatel neuvedl, proč konkrétně volil ta která kvalifikační kritéria. Proč např. nepovažuje za dostačující obrat

ve výši 50 mil. Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za tři bezprostředně předcházející účetní období namísto požadovaných 60 mil. Kč, hovoříme-li o podmínkách ekonomické kvalifikace pro část 1 a 2 veřejné zakázky, nebo z jakého důvodu byl požadovaný počet odběrných míst u jedné právnické osoby stanoven na 100 či 250 v případě požadavků na splnění technické kvalifikace u části 1 a 2 veřejné zakázky. Právě absence konkrétního zdůvodnění nastavení těchto kvalifikačních kritérií vedlo a vede [n]avrhovatele k názoru, že [z]adavatel sice formálně, alespoň ve vztahu k podmínkám ekonomické kvalifikace, dodržel zákonné limity pro nastavení těchto kritérií, nicméně došlo k porušení základních zásad, které zákon pro zadávání veřejných zakázek stanoví.“ S odkazem na výše uvedené v bodě 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad konstatuje, že navrhovatel měl a mohl konkrétně rozporovat jednotlivá kvalifikační kritéria již v námitkách vůči zadavateli. Úřad v posuzovaném případě dospěl k závěru, že zadavatel řádně vypořádal navrhovatelovy velmi obecné námitky. V tomto případě by bylo zjevně nespravedlivé a zjevně nepřiměřené po zadavateli požadovat, aby se v rozhodnutí o námitkách v podrobnostech zabýval všemi myšlenkovými pochody, které jej vedly ke stanovení kvalifikačních požadavků, a tyto podrobně odůvodňoval, když navrhovatel podal velmi obecné námitky a nerozporoval žádné konkrétní kvalifikační kritérium. Úřad dlouhodobě zastává názor, že vyšší míra obecnosti či ne zcela jasně vymezené dílčí argumenty v námitkách do jisté míry předurčují rozsah a podrobnost rozhodnutí o nich. I k obecným námitkám, např. námitce nepřiměřenosti, se však zadavatel musí v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným způsobem vyjádřit, což zadavatel v šetřeném případě učinil. Ve smyslu navrhovatelových výše uvedených úvah by Úřad mohl ad absurdum dospět k závěru, že zadavatel měl odůvodnit do podrobností celou zadávací dokumentaci, neboť navrhovatel v námitkách i v návrhu uvedl, že považuje za nezákonné „(...) zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci [v] veřejné zakázce, zejména požadavek na splnění a prokázání ekonomické kvalifikace podle § 78 ZZVZ a technické kvalifikace podle § 79 ZZVZ (...)“. K takovému výkladu však Úřad nemůže přistoupit, neboť by způsobil zjevný nepoměr požadavků kladených zákonem na zadavatele a stěžovatele (resp. navrhovatele). Ad absurdum by pak mohlo v dalších případech docházet k účelovému podávání banketních námitek, které by v krajních případech mohly směřovat právě i proti celé zadávací dokumentaci. Úřad proto dospěl k závěru, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách náležitě vypořádal se všemi námitkami navrhovatele v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona a rozhodnutí o námitkách je přezkoumatelné.

K posouzení přiměřenosti kvalifikačních kritérií a skryté diskriminaci

90. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že účelem stanovení kvalifikačních předpokladů je zajištění realizace předmětu plnění veřejné zakázky takovými dodavateli, kteří jsou ve skutečnosti schopni veřejnou zakázku, v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení, řádně plnit, čímž je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření plnění předmětu veřejné zakázky. Kvalifikační podmínky však musí být stanoveny objektivním, přiměřeným, transparentním a nediskriminačním způsobem. Pokud by požadavky zadavatele vybočovaly z jeho oprávněných potřeb ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, došlo by k porušení zásady přiměřenosti a rovněž k porušení zákazu diskriminace dle ustanovení § 6 odst. 2 zákona, neboť excesivní stanovení kvalifikačních kritérií by mohlo vést k nedůvodnému omezení okruhu dodavatelů. Projevem zásady přiměřenosti je přímo formulace ustanovení § 73 odst. 6 zákona, když uvádí, že kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace musí být

stanovena přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky. Také z ustálené rozhodovací praxe Úřadu i soudů vyplývá, že je zadavatel při určování kvalifikačních kritérií omezen nejen konkrétními zákonnými ustanoveními přímo stanovujícími limity kvalifikace, ale rovněž také základními zásadami zadávacího řízení. Zejména je třeba zdůraznit, že kvalifikační kritéria nesmí být nastavena zjevně nepřiměřeně ve vztahu ke složitosti a rozsahu předmětu konkrétní veřejné zakázky tak, aby zadavatel znemožnil některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, když je zřejmé, že ji mohou splnit někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými (viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2013-47 ze dne 27. 6. 2013). Každý kvalifikační požadavek přitom znamená určité omezení hospodářské soutěže. Takové omezení hospodářské soutěže je pak přípustné jen tehdy, když je přiměřené ve vztahu k oprávněným potřebám zadavatele zajistit si dodavatele, který bude schopen veřejnou zakázku řádně realizovat a když nevede k fatálnímu omezení trhu. Úřad proto vzhledem k obecné námitce navrhovatele o rozporu kvalifikačních kritérií se základními zásadami zadávacího řízení a vzhledem k navrhovatelovu tvrzení, že kvalifikační kritéria neodpovídají předmětu veřejné zakázky a nesouvisí s ním, přistoupil k posouzení adekvátnosti kvalifikačních kritérií veřejné zakázky v kontextu takto formulovaných námitek, a to ve všech částech veřejné zakázky.

K posouzení kritérií ekonomické kvalifikace

91. V bodě 11.11 zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel stanovil následující požadavky na ekonomickou kvalifikaci.

Pro část 1 veřejné zakázky: „Dodavatel prokáže splnění podmínky dosažení celkového obratu dodavatele v minimální výši 60 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku. Dodavatel prokáže obrat výkazem zisku a ztrát dodavatele nebo obdobným dokladem podle právního řádu země sídla dodavatele.“

Pro část 2 veřejné zakázky: „Dodavatel prokáže splnění podmínky dosažení celkového obratu dodavatele v minimální výši 60 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku. Dodavatel prokáže obrat výkazem zisku a ztrát dodavatele nebo obdobným dokladem podle právního řádu země sídla dodavatele.“

Pro část 3 veřejné zakázky: „Dodavatel prokáže splnění podmínky dosažení celkového obratu dodavatele v minimální výši 120 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku. Dodavatel prokáže obrat výkazem zisku a ztrát dodavatele nebo obdobným dokladem podle právního řádu země sídla dodavatele.“

92. Úřad se zabýval přiměřeností požadavku zadavatele na minimální úroveň pro splnění ekonomické kvalifikace. Úřad uvádí, že v souladu s ustanovením § 78 odst. 2 zákona podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané

hodnoty veřejné zakázky. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky dle vyjádření zadavatele k návrhu a rozhodnutí o námitkách činí celkem 195 000 000 Kč bez DPH – pro část 1 veřejné zakázky 45 000 000 Kč bez DPH, pro část 2 veřejné zakázky 50 000 000 Kč bez DPH a pro část 3 veřejné zakázky 100 000 000 Kč bez DPH.

93. Úřad v první řadě vyhodnotil, zda je předpokládaná hodnota pro jednotlivé části veřejné zakázky stanovena odpovídajícím způsobem. K tomuto Úřad uvádí, že přihlédl k písemným zprávám zadavatele k předchozí VZ s obdobným předmětem plnění (s dobou plnění 1 rok), podle kterých ceny sjednané ve smlouvách činily – pro část 1 předchozí VZ 24 018 869,09 Kč bez DPH, pro část 2 předchozí VZ 22 907 040,80 Kč bez DPH a pro část 3 předchozí VZ 52 352 625,00 Kč bez DPH. Vzhledem k těmto částkám sjednaným ve smlouvách k předchozí VZ Úřad vyhodnotil, že předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky je stanovena v mezích zákona pro všechny její části. S ohledem na to, že námitky navrhovatele jsou do značné míry obecné a navrhovatel nijak nerozporuje stanovení předpokládané hodnoty, činí Úřad dílčí závěr, že nebyly zjištěny žádné okolnosti, které by nasvědčovaly tomu, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky nebyla stanovena v souladu se zákonem.
94. V souladu se stávající rozhodovací praxí Úřad uplatnil konzistentní přístup ke stanovení ekonomického kvalifikačního kritéria veřejné zakázky zadávané na dobu delší jednoho roku, neboť předmětná veřejná zakázka je zadávána pro období od 1. 1. 2020 do 31. 12. 2021, tj. 2 roky. V souladu s ustálenou rozhodovací praxí vzal Úřad v potaz předpokládanou hodnotu veřejné zakázky odpovídající období jednoho roku plnění, tedy celkem 97 500 000 Kč bez DPH – pro část 1 veřejné zakázky 22 500 000 Kč bez DPH, pro část 2 veřejné zakázky 25 000 000 Kč bez DPH a pro část 3 veřejné zakázky 50 000 000 Kč bez DPH.
95. Vzhledem k tomu, že minimální úroveň pro splnění ekonomické kvalifikace je zadavatelem stanovena tak, že je třeba doložit určitou minimální výši obratu „*souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období*“ (pozn.: podmínku je tedy možné splnit i doložením obratu v požadované výši za jedno účetní období, přičemž v dalších dvou účetních obdobích by obrat mohl být teoreticky nulový; nebo doložením obrátů, které až v součtu za všechna tři účetní období dosáhnou požadované výše), je třeba pro výpočet maximálně možné požadované výše ročního obratu v rámci ekonomické kvalifikace podle ustanovení § 78 odst. 2 zákona v tomto případě přepočítat celkovou výši obratu požadovaného „*souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období*“ na hodnotu odpovídající požadovanému průměru ročního obratu, tj.:
- pro část 1 veřejné zakázky: průměrný požadovaný roční obrat ve výši 20 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období;
- pro část 2 veřejné zakázky: průměrný požadovaný roční obrat ve výši 20 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období;
- pro část 3 veřejné zakázky: průměrný požadovaný roční obrat ve výši 40 000 000 Kč bez DPH a daně z elektrické energie souhrnně za 3 bezprostředně předcházející účetní období.
96. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že ekonomická kvalifikační kritéria veřejné zakázky jsou nastavena v rámci zákonných limitů a nejsou zjevně nepřiměřená vzhledem k předmětu veřejné zakázky.

K posouzení kritérií technické kvalifikace

97. V bodě 11.12 zadávací dokumentace veřejné zakázky zadavatel stanovil následující požadavky na technickou kvalifikaci:

„Dodavatel předloží seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele.“ „Dodavatel prokáže splnění tohoto kritéria technické kvalifikace předložením seznamu ve formě čestného prohlášení, z něhož bude patrné splnění níže vymezené úrovně kritéria technické kvalifikace. Dodavatel může prokázat splnění tohoto kritéria technické kvalifikace rovněž předložením smlouvy s objednatelem a doklad o uskutečnění plnění dodavatele.“

98. Minimální úroveň pro splnění tohoto kritéria zadavatel vymežil následovně:

Pro část 1 veřejné zakázky: *„Dodavatel splňuje toto kritérium technické kvalifikace, pokud v posledních 3 letech realizoval minimálně 2 významné dodávky elektrické energie s uvedením jejich rozsahu, doby poskytnutí, jména/názvu veřejných či soukromých příjemců poskytnutého plnění, z nichž:*

a) každá byla v objemu minimálně 300 MWh/rok

b) z nichž alespoň jedna byla s počtem odběrných míst nejméně 100 odběrných míst (souhrnně pro jednu právnickou osobu)“

Pro část 2 veřejné zakázky: *„Dodavatel splňuje toto kritérium technické kvalifikace, pokud v posledních 3 letech realizoval alespoň 2 významné dodávky elektrické energie s uvedením jejich rozsahu, doby poskytnutí, jména/názvu veřejných či soukromých příjemců poskytnutého plnění, z nichž:*

a) každá byla v objemu minimálně 10.000 MWh/rok

b) z nichž alespoň jedna byla s počtem odběrných míst nejméně 250 odběrných míst (souhrnně pro jednu právnickou osobu)“

Pro část 3 veřejné zakázky: *„Dodavatel splňuje toto kritérium technické kvalifikace, pokud v posledních 3 letech realizoval alespoň 2 významné dodávky elektrické energie s uvedením jejich rozsahu, doby poskytnutí, jména/názvu veřejných či soukromých příjemců poskytnutého plnění, z nichž:*

a) každá byla v objemu minimálně 600 MWh/rok.“

99. Jak již Úřad uvedl výše v bodě 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí, v souladu s konstantní rozhodovací praxí nesmí být kritéria technické kvalifikace nastavena zjevně nepřiměřeně ve vztahu ke složitosti a rozsahu konkrétní veřejné zakázky. K tomuto úvodem Úřad uvádí, že požadavek na doložení počtu 2 významných dodávek se nejeví jako zcela zjevně nepřiměřený. Navíc je v praxi časté, že si zadavatelé chtějí ověřit opakovanou zkušenost s plněním obdobného předmětu veřejné zakázky např. v podobě dvou zkušeností, neboť s ohledem na poptávaný předmět plnění nemusí být z pohledu zadavatele realizace jednoho předchozího plnění dostatečná k prokázání schopnosti dodavatele předmět veřejné zakázky řádně splnit. S přihlédnutím k tomu, že navrhovatel nerozporuje žádné konkrétní kritérium, ani počet požadovaných dodávek, ale jeho námítky jsou velmi obecné, Úřad počet

požadovaných dodávek považuje z hlediska obecného pohledu za zákonný, resp. nikoli zjevně excesivní.

100. Úřad uvádí, že zadavatel stanovil celkem tři technická kritéria:

- dosažení určitého objemu plnění dodávek;
- dosažení určitého počtu odběrných míst;
- počet odběrných míst musí být dosažen „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“.

101. Úřad v šetřené věci provedl průzkum trhu – viz body 23. až 26. a 28. až 33. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad požádal o poskytnutí stanoviska celkem 4 významné dodavatele elektrické energie, kteří se účastní zadávacích řízení s obdobným předmětem plnění a kteří v zadávacím řízení nepodali nabídku, a dále požádal o poskytnutí stanoviska dodavatele, kteří v zadávacím řízení podali své nabídky. První skupiny dodavatelů se Úřad dotázal, zda splňují ekonomickou a technickou kvalifikaci (pokud ne, měli uvést, které konkrétní kritérium nespĺňují), dále zda jsou dodavatelem elektrické energie pro alespoň jednu fyzickou osobu, která má nejméně 100, resp. 250 odběrných míst (pokud ano, kolik takových fyzických osob je) a z jakých důvodů nepodali nabídku v zadávacím řízení. Druhé skupiny se Úřad dotázal, zda jsou dodavatelem elektrické energie pro alespoň jednu fyzickou osobu, která má nejméně 100, resp. 250 odběrných míst (pokud ano, kolik takových fyzických osob je).² Z provedeného průzkumu trhu vyplynulo, že všichni oslovení dodavatelé, kteří nepodali nabídky na veřejnou zakázku, splňují kvalifikační kritéria a nastavení kvalifikačních kritérií nebylo v žádném z případů důvodem pro nepodání nabídky. Celkem 9 dodavatelů sdělilo, že nejsou dodavatelem elektrické energie pro alespoň jednu fyzickou osobu, která má nejméně 100, resp. 250 odběrných míst. Pouze jeden dodavatel sdělil, že je dodavatelem elektrické energie pro 1 fyzickou osobu, která má 134 odběrných míst. Sdělení jednoho z oslovených dodavatelů Úřad obdržel 8 dní po uplynutí lhůty stanovené k jeho poskytnutí a stanovisko nebylo podkladem tohoto rozhodnutí (viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

102. K prvnímu kritériu technické kvalifikace, tj. dosažení určitého objemu plnění dodávek, Úřad konstatuje, že kritérium se vztahuje k předmětu veřejné zakázky a souvisí se schopností dodavatele řádně plnit předmět veřejné zakázky. Předmětem plnění veřejné zakázky je totiž dodávka elektrické energie o určitém předpokládaném objemu plnění. Není tedy pochyb, že toto kritérium technické kvalifikace úzce souvisí s předmětem plnění veřejné zakázky. Úřad rovněž nepovažuje požadovanou výši – pro část 1 veřejné zakázky 300 MWh/rok, pro část 2 veřejné zakázky 10.000 MWh/rok a pro část 3 veřejné zakázky 600 MWh/rok – za zjevně nepřiměřenou, neboť výše předpokládaného objemu veřejné zakázky činí – pro část 1 veřejné zakázky 2 116,410 MWh/rok (NT) a 13 989,136 MWh/rok (VT), pro část 2 veřejné zakázky 17 762,041 MWh/rok a pro část 3 veřejné zakázky 30 885,323 MWh/rok – jak vyplývá z příloh 3a, 3b, 3c zadávací dokumentace veřejné zakázky. Úřad kritérium technické kvalifikace přezkoumal s ohledem na obecnost navrhovatelových tvrzení a dospěl

² Na tomto místě Úřad v návaznosti na vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 13. 6. 2019 uvádí, že záměrně dotaz formuloval tak, že směřoval na dodávky elektrické energie pro fyzickou osobu. Tento dotaz Úřad položil, aby ověřil, zda fyzické osoby s tak vysokým počtem odběrných míst existují a zda nemohlo v daném případě dojít k diskriminaci dodavatelů, kteří dodávají elektrickou energii právě takovým fyzickým osobám. Blíže v bodě 106. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

závěru, že kritérium nelze s ohledem na zjištěné skutečnosti považovat za zjevně nepřiměřené.

103. Ke druhému kritériu technické kvalifikace, tj. dosažení určitého počtu odběrných míst, Úřad obdobně jako výše konstatuje, že kritérium se rovněž vztahuje k předmětu veřejné zakázky a souvisí se schopností dodavatele řádně plnit předmět veřejné zakázky. Předmětem plnění veřejné zakázky je totiž dodávka elektrické energie do určitého počtu odběrných míst. Úřad rovněž nepovažuje požadovaný počet odběrných míst – pro část 1 veřejné zakázky 100, pro část 2 veřejné zakázky 250 - za zjevně nepřiměřený, neboť počet odběrných míst v rámci plnění veřejné zakázky činí – pro část 1 veřejné zakázky 1519, pro část 2 veřejné zakázky 525 – jak vyplývá z příloh 3a, 3b, 3c zadávací dokumentace veřejné zakázky. K uvedenému nutno dodat, že zadavatel požaduje doložit realizaci pouze jedné významné dodávky splňující toto kritérium. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem nelze usoudit, že by předmětné kritérium technické kvalifikace bylo zjevně nepřiměřené.
104. Ke třetímu kritériu technické kvalifikace, tj. dosažení počtu odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“, Úřad konstatuje, že i toto kritérium se vztahuje k předmětu veřejné zakázky a souvisí se schopností dodavatele řádně plnit předmět veřejné zakázky. Z informací vyplývajících z vyjádření zadavatele k návrhu, objasnění zadavatele, zadávací dokumentace veřejné zakázky a Úřadem provedeného průzkumu trhu Úřad dovodil, že požadavek na doložení určitého minimálního počtu odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“ není svévolným a diskriminačním požadavkem zadavatele a je schopen ověřit schopnost dodavatele řádně plnit předmět veřejné zakázky. Konkrétně Úřad uvádí, že posuzované kritérium technické kvalifikace je způsobilé ověřit schopnost dodavatele řádně plnit obchodní podmínky stanovené v bodě 7. zadávací dokumentace veřejné zakázky, tzv. „*specifický management*“, jak jej zadavatel označuje ve vyjádření k návrhu a objasnění zadavatele. Zadavatel požaduje „*specifický management*“ z důvodu, že jako centrální zadavatel (kterému bude vedle dalších pověřujících zadavatelů³ na základě veřejné zakázky plněno) je jednou právnickou osobou disponující právní osobností a poptává dodávky elektrické energie také pro své organizační složky, městské obvody, magistrát města, městskou policii apod., které disponují několika dalšími odběrnými místy. Prakticky tak dochází k rozdělení do tří úrovní v rámci jedné právnické osoby s přiděleným identifikačním číslem osoby. Zadavatel v zadávacích podmínkách požaduje schopnost dodavatele jednotlivá odběrná místa rozlišit z hlediska fakturací, rozúčtování záloh, komunikace a rovněž je pro něj důležité získat řádně rozdělená data z důvodů statistických, plánování budoucích investic, srovnání energetické náročnosti objektů a odhalování neoprávněných odběrů energií. Obdobně je tomu v části 2 veřejné zakázky, kde je odběratelem elektrické energie pověřující zadavatel Ostravské komunikace, a.s. Z těchto důvodů zadavatel také začlenil své specifické potřeby do zadávacích podmínek (a na tyto konkrétně odkázal v objasnění zadavatele).
105. Úřad se ztotožnil s argumentací zadavatele, že výskyt požadovaného stupňovitěho „*specifického managementu*“ přichází v úvahu právě u právnických osob s větším počtem odběrných míst a u fyzických osob je výskyt takového stupňovitěho „*specifického*

³ Mezi pověřujícími zadavateli jsou další právnické osoby, které disponují větším počtem odběrných míst, např. Dopravní podnik Ostrava a.s., se sídlem Poděbradova 494/2, 701 71 Ostrava; Ostravské komunikace, a.s.; OVANET a.s., se sídlem Hájkova 1100/13, 702 00 Ostrava – Přívoz.

managementu“ prakticky vyloučen. Úřad tedy souhlasí s tím, že doložení významné dodávky, v rámci níž dodavatel plnil fyzickým osobám, by neověřilo schopnost plnit zadavatelovy požadavky na „*specifický management*“. Úřad vzhledem ke specifickým potřebám zadavatele konstatuje, že dané kritérium technické kvalifikace neshledal jako zjevně nepřiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, neboť uváděné požadavky na „*specifický management*“ úzce souvisí se samotnou dodávkou elektrické energie. S dodávkou elektrické energie se zcela běžně pojí povinnost řádné fakturace, rozúčtování záloh a poskytování souvisejících informací. Pokud má zadavatel v tomto ohledu odůvodněné specifické požadavky, není zjevně nepřiměřené požadovat pomocí posuzovaného kritéria technické kvalifikace po dodavateli doložit schopnost jejich řádného splnění. Navíc zadavatel požaduje doložení pouze jedné významné dodávky splňující toto kritérium.

106. Úřad také ověřil, zda nemůže být požadavek na doložení určitého počtu odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“ diskriminační. Úřad uvážil, že by toto kritérium technické kvalifikace mohlo potenciálně diskriminovat dodavatele, kteří dodávají elektrickou energii osobě fyzické, která má v souhrnu požadovaný počet odběrných míst. Úřad se proto v rámci provedeného průzkumu trhu dotázal celkem 11 dodavatelů elektrické energie, zda jsou dodavatelem elektrické energie pro alespoň jednu fyzickou osobu, která má nejméně 100, resp. 250 odběrných míst (a kolik takových fyzických osob případně je), aby ověřil, jestli fyzické osoby s tak velkým počtem odběrných míst vůbec existují. Úřad oslovil dodavatele elektrické energie na relevantním trhu, kteří se účastní veřejných zakázek s obdobným předmětem plnění (tedy takové, kteří by byli schopni obsloužit dodávkami elektrické energie požadovaný počet odběrných míst a kteří mají předchozí zkušenost s dodávkami elektrické energie pro kraj nebo krajské město, příp. kteří se účastnili předchozí VZ)⁴, u kterých považoval možnost výskytu fyzické osoby s velkým počtem odběrných míst za pravděpodobnější, než u menších dodavatelů. Úřadu bylo pouze v jednom případě potvrzeno, že dodavatel dodává elektrickou energii jedné fyzické osobě s celkem 134 odběrnými místy. V jednom z poskytnutých stanovisek dodavatel uvedl, že „*(...) je zcela neobvyklé, aby fyzická osoba měla takový vysoký počet odběrných míst, zpravidla, pokud má fyzická osoba více odběrných míst, tak to může být v případě, kdy uzavírá smlouvu na dodávky do bytového domu. Na energetickém[m] trhu takové případy určitě nejsou běžné.*“ Od jednoho dodavatele Úřad stanovisko obdržel 8 dní po uplynutí lhůty stanovené k jeho poskytnutí a stanovisko není podkladem tohoto rozhodnutí (viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V návaznosti na skutečnosti zjištěné průzkumem trhu Úřad dospěl k závěru, že výskyt fyzických osob s tak velkým počtem odběrných míst je zcela ojedinělý a kritérium technické kvalifikace z tohoto pohledu nelze považovat za diskriminační. Je prakticky nepředstavitelné, že by na trhu mohl existovat dodavatel, který by byl schopen doložit významnou dodávku, kdy poskytoval elektrickou energii fyzické osobě, která má v souhrnu 100, resp. 250 odběrných míst, a který by současně nebyl schopen doložit významnou dodávku, ve které poskytoval elektrickou energii právnické osobě s požadovaným počtem odběrných míst (100, resp. 250) souhrnně.
107. Dále se Úřad vyjadřuje k argumentu navrhovatele z vyjádření k podkladům rozhodnutí, že je „*(...) jediným odběratelem s několika sty odběrnými místy pouze Statutární město Ostrava*“

⁴ Informace Úřad čerpal ze seznamu aktivních licencí obchodníků s elektrickou energií, registru smluv a Věstníku veřejných zakázek.

(...)“ a v části 2 veřejné zakázky pak Ostravské komunikace a.s. Úřad konstatuje, že dodávky elektrické energie do odběrných míst centrálního zadavatele činí více než 3/5 z celkového počtu odběrných míst v části 1 veřejné zakázky. Byť jsou v části 1 veřejné zakázky též odběratelé (pověřující zadavatelé), kteří mají např. i jen jedno odběrné místo, jedná se pouze o menšinovou část předmětu veřejné zakázky v části 1. Požadováno je doložení významné dodávky s celkovým počtem 100 odběrných míst „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“, což činí přibližně 1/10 z počtu odběrných míst centrálního zadavatele v části 1 veřejné zakázky. Jinak řečeno, lze uzavřít, že zadavatel při stanovení kvalifikačních požadavků reflektoval zejména podstatnou většinovou část veřejné zakázky z hlediska jejího rozsahu, a sice tu, týkající se dodávek samotnému centrálnímu zadavateli. V tomto ohledu tedy nelze shledat zjevnou nepřiměřenost ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Navíc se specifické smluvní podmínky vztahují i na odběrná místa pověřujících zadavatelů (byť u některých odběratelů s menším počtem odběrných míst nebudou některé požadavky „*specifického managementu*“ tak komplikované, jako u odběrných míst centrálního zadavatele).

108. Úřad se zabýval argumentem navrhovatele uvedeným výše v bodě 107. odůvodnění tohoto rozhodnutí také ve vztahu k části 2 veřejné zakázky. Zadavatel vymezil tuto část veřejné zakázky jako samostatnou a zvolil pro ni specifické smluvní podmínky i zvláštní kvalifikační kritéria. Oddělení této části veřejné zakázky lze vnímat jako úkon zadavatele ve prospěch potenciální soutěže o tuto část veřejné zakázky. Ani v tomto případě nelze shledat, že by kvalifikační kritéria byla zjevně nepřiměřená ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. I v této části veřejné zakázky je totiž požadován „*specifický management*“ pro jednu právnickou osobu s celkem 525 odběrnými místy v souhrnu. V tomto případě je požadováno doložení významné dodávky s celkem 250 odběrnými místy „*souhrnně pro jednu právnickou osobu*“, což činí méně než 1/2 z požadovaného a nelze tak dospět k závěru o zjevné nepřiměřenosti ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Úřad k tomuto závěrem poznamenává, že námitky navrhovatele, ani návrh nesměřují vůči vymezení předmětu veřejné zakázky, ale vůči nastavení kvalifikačních kritérií a s ohledem na ustanovení § 251 odst. 4 zákona Úřad výše uvedený argument navrhovatele vypořádal s ohledem na navrhovatelem tvrzené porušení zákona obsažené v návrhu, který vymezuje předmět tohoto správního řízení.
109. Zadavatel odůvodněnost svých potřeb podložil také předchozími negativními zkušenostmi, kdy dodavatelé nebyli schopni řádně smluvní podmínky plnit, bylo třeba reklamovat jednotlivé vady plnění a neschopnost dodavatele řádně plnit smluvní podmínky měla zásadní dopad do fungování a nákladů zadavatele i jednotlivých odměrných míst, zejména po stránce administrativních a časových nákladů a cash-flow. Navrhovatel tyto předchozí negativní zkušenosti rozporuje a tvrdí, že nespojují s požadavky „*specifického managementu*“. Úřad v tomto ohledu konstatuje, že z hlediska posouzení adekvátnosti kvalifikačních kritérií nejsou uváděné historické negativní zkušenosti v tomto případě zásadní, proto jejich existenci a bližší okolnosti dále nezkontroluje. Úřad zdůrazňuje, že to, že by zadavatel při zadávání minulých veřejných zakázek kvalifikační kritéria nestanovil, neznamená, že v posuzované veřejné zakázce, či v dalších v budoucnu zadávaných veřejných zakázkách nemůže kvalifikační kritéria požadovat. Úřad konstatuje, že uváděné negativní zkušenosti sice mohly zadavatele vést k rozhodnutí, že do předmětné veřejné zakázky zařadí kvalifikační kritéria, nicméně tento motiv není pro posouzení věci stěžejní, neboť zadavatel je dle zákona oprávněn kvalifikační kritéria požadovat a je čistě na jeho rozhodnutí, zda tak ne/učiní.

Z hlediska posouzení adekvátnosti kvalifikačních kritérií, resp. minimální úrovně pro jejich splnění, je pak stěžejní, zda jsou účelná (tj. zda dokážou ověřit schopnost dodavatelů splnit předmět veřejné zakázky) a zda nejsou zjevně nepřiměřená vzhledem k předmětu veřejné zakázky. K těmto úvahám nebyla ne/existence přechozích negativních zkušeností pro Úřad zásadní.

110. Úřad tedy dospěl k závěru, že kritéria technické kvalifikace jednotlivě jsou stanovena v souladu se zákonem. V návaznosti na ustálené závěry rozhodovací praxe Úřad přistoupil také k vyhodnocení, zda technická kvalifikační kritéria nemohou být nepřiměřená a diskriminační ve svém souhrnu, neboť přestože jsou jednotlivá kvalifikační kritéria stanovena v souladu se zákonem, mohou ve své kombinaci představovat zásadní omezení hospodářské soutěže a nepřímou diskriminaci potenciálních dodavatelů. Úřad neshledal, že by kritéria technické kvalifikace v jejich vzájemné kombinaci vedla k výraznému omezení dodavatelů schopných splnit předmět veřejné zakázky, neboť kvalifikační podmínky je schopno splnit více dodavatelů elektrické energie, což Úřad dokládá závěry zjištěnými z provedeného průzkumu trhu. Úřad tedy dospěl k závěru, že nedošlo k omezení hospodářské soutěže, a že kvalifikační podmínky nejsou stanoveny „na míru jedinému dodavateli“, jak tvrdí navrhovatel. Vzhledem k obecnosti navrhovatelových tvrzení a s ohledem na závěry zjištěné průzkumem trhu Úřad neshledal jako potřebné zabývat se přiměřeností kritérií technické kvalifikace detailněji, neboť nastavení minimální úrovně pro jejich splnění se nejeví zjevně nepřiměřeně.

K dalším argumentům navrhovatele

111. K argumentům zadavatele ohledně srovnání předmětné veřejné zakázky a předchozí VZ s tím, že navrhovatel je aktuálním dodavatelem elektrické energie pro zadavatele na základě plnění přechozí VZ, jejíž předmět je téměř shodný, a plní bezvadně, což dle navrhovatele dostatečně osvědčuje jeho schopnost předmět veřejné zakázky plnit, Úřad konstatuje následující. Navrhovatel, zadavatel, jakož i Úřad se shodují v tom, že předměty plnění předchozí VZ a předmětné veřejné zakázky jsou obdobné a zásadní rozdíl je pouze v době plnění (1 rok vs. 2 roky).
112. Je třeba obecně souhlasit s tezí, že skutečnost, že stávající dodavatel, který řádně plní (dřívější) veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění je téměř shodný s předmětem aktuálně zadávané veřejné zakázky, nespĺňuje kvalifikační kritéria aktuálně zadávané veřejné zakázky, může představovat indicii nepřiměřenosti kvalifikačních kritérií. Indikátorem nepřiměřenosti pak může být zejména situace, kdy dřívější veřejná zakázka s obdobným předmětem plnění nemůže být akceptována jako významná dodávka prokazující splnění minimální úrovně požadované kvalifikace. V posuzované věci nicméně navrhovatel jako stávající dodavatel plní veřejnou zakázku pouze relativně krátkou dobu, a to cca 6 měsíců, což představuje zhruba polovinu sjednané délky dodávek. Nelze tedy hovořit o tom, že by se jednalo z pohledu zadavatele o ověřeného a stabilního dodavatele. Pouze z faktu, že je navrhovatel stávajícím dodavatelem elektrické energie pro zadavatele na základě předchozí VZ a přitom nespĺňuje kvalifikační požadavky posuzované veřejné zakázky, nelze usoudit na nezákonnost stanovení kvalifikačních kritérií. K závěrům Úřadu o stanovení kvalifikačních kritérií Úřad odkazuje na body 91. až 110. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

113. Argument navrhovatele, že dohled Energetického regulačního úřadu nad licencovanou činností obchodníků s elektřinou je dostatečnou zárukou schopnosti dodavatelů dodávky elektrické energie uskutečňovat, Úřad v této věci považuje za nedůvodný. Energetický regulační úřad při udělování licence v souladu s ustanovením § 5 odst. 3 zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „energetický zákon“) požaduje doložení dokumentů prokazujících finanční a technické předpoklady k zajištění výkonu licencované činnosti (schopnost finančně zabezpečit provozování činnosti, na kterou je vyžadována licence, a schopnost zabezpečit závazky nejméně na období 5 let). V souladu s ustanovením § 5 odst. 6 energetického zákona a s ustanovením § 2 vyhlášky č. 8/2016 Sb., o podrobnostech udělování licencí pro podnikání v energetických odvětvích, tyto předpoklady ověřuje pouze doložením:

- potvrzení o neexistenci nedoplatků u orgánů Finanční správy České republiky;
- potvrzení o neexistenci nedoplatků u orgánů Celní správy České republiky;
- potvrzení o neexistenci nedoplatků na pojistném a na penále na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti vydaným příslušnou okresní správou sociálního zabezpečení odpovídající aktuálnímu stavu ke dni podání žádosti;
- výstupu z insolvenčního rejstříku (dokládajícího, že v průběhu uplynulých 3 let nedošlo ke zrušení konkursu vedeného na majetek žadatele proto, že bylo splněno rozvrhové usnesení, nebo k zamítnutí insolvenčního návrhu proto, že majetek dlužníka nebude postačovat k úhradě nákladů insolvenčního řízení, nebo k rozhodnutí o zrušení konkursu proto, že majetek dlužníka je zcela nepostačující);
- prohlášení účastníka o neexistenci nedoplatků na pojistném na veřejném zdravotním pojištění a jiných nedoplatcích na pokutách a poplatcích;
- měsíčních výpisů z bankovního účtu o počátečních a konečných zůstatcích za posledních 12 předcházejících kalendářních měsíců nebo za kratší období, nevykonává-li podnikatelskou činnost po dobu alespoň jednoho roku, nebo vyjádření banky, u níž má žadatel veden účet, o schopnosti žadatele plnit své finanční závazky a o pohybech na účtu za posledních 12 předcházejících kalendářních měsíců nebo za kratší období, nevykonává-li žadatel podnikatelskou činnost po dobu alespoň jednoho roku, nebo smlouvy o úvěru nebo jiné smlouvy obdobného typu, pokud žadatel nemá dostatečné vlastní zdroje.
- daňové evidence nebo záznamu o příjmech a výdajích podle zákona o daních z příjmů nebo poslední účetní závěrky včetně její přílohy ve zjednodušeném rozsahu v případě, že žadatel v předcházejícím účetním období vykonával podnikatelskou činnost (poslední účetní závěrka je předkládána v plném rozsahu v případě, že žadatel má povinnost zpracovat audit).

Je tedy zřejmé, že rozsah ověřovaných předpokladů je odlišný, když v souladu s ustanovením § 78 odst. 1 zákona může zadavatel požadovat doložení obratu za 3 bezprostředně předcházející účetní období, kdežto v rámci řízení o udělení licence před Energetickým

regulačním úřadem jsou dokládány doklady obsahující informace o účetním stavu za posledních 12 kalendářních měsíců, a to v době udělování licence. Nadto je Úřad toho názoru, že účely obou právních úprav jsou zcela odlišné, a uvádí, že v obecné rovině nelze požadování kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem omezovat tím, že dodavatel již splnil požadavky pro udělení licencované činnosti podle jiného (zde energetického) zákona. V tomto případě pak zřejmě nelze dovozovat, že pokud dodavatel disponuje aktivní platnou licencí pro činnost obchodníka s elektřinou, je automaticky dostatečně finančně stabilní pro plnění předmětu veřejné zakázky. Tuto skutečnost Úřad dokládá např. tím, že v souladu s ustanovením § 10 odst. 3 písm. b) energetického zákona Energetický regulační úřad může, ale nemusí zrušit licenci, pokud ohledně majetku držitele licence bylo vydáno rozhodnutí o úpadku nebo byl insolvenční návrh zamítnut proto, že majetek držitele licence nepostačuje k úhradě nákladů insolvenčního řízení, nebo držitel licence vstoupil do likvidace. I z tohoto ustanovení je zřejmé, že držitel aktivní platné licence pro činnost obchodníka s elektřinou nemusí být ve všech případech z ekonomického hlediska dostatečně způsobilý k plnění předmětu veřejné zakázky.

114. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se podle ustanovení § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

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. 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. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. statutární město Ostrava, Prokešovo náměstí 1803/8, 702 00 Ostrava
2. Český Energetický Dodavatel a.s., Václavské náměstí 806/62, Nové Město, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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