

Č.j.: 3R51/01, 3R52/01- Ku

V Brně dne 22.1.2002

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14.11.2001 podaném Všeobecnou fakultní nemocnicí v Praze, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2, zast. MUDr. Martinem Holcátem a rozkladu z téhož dne společnosti Landis&Staefa ESCO (CZ), s.r.o., se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 – Lhotka, zast. jednatelem Ing. Jiřím Jirkovským, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 143-R/01-1077/140/OŠ ze dne 25.10.2001, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Všeobecné fakultní nemocnice v Praze, se sídlem U Nemocnice 2, 128 08 Praha 2, zast. MUDr. Martinem Holcátem, v obchodní veřejné soutěži o „Nejvhodnější návrh smlouvy na zajištění provozu zařízení pro výrobu a rozvod tepla a teplé vody a páry ve Všeobecné fakultní nemocnici v Praze (dále jen VFN)“ vyhlášené dne 21.3.2001 v Obchodním věstníku č. 12/2001 pod zn. 116593-12/01 podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., na základě návrhu zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona, rozhodl takto:

Napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 143-R/01-1077/140/OŠ ze dne 25.10.2001

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

O d ů v o d n ě n í

Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, se sídlem U nemocnice 2, 128 08 Praha 2, zast. ředitelem MUDr. Martinem Holcátem (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 21.3.2001 v Obchodním věstníku č. 12/2001 pod zn. 116593-12/01 podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb. a zákona č. 39/2001 Sb. (dále jen „zákon“) obchodní veřejnou soutěž o „Nejvhodnější návrh smlouvy na zajištění provozu zařízení pro výrobu a rozvod tepla a teplé vody a páry ve Všeobecné fakultní nemocnici v Praze (dále jen VFN)“ (dále jen „soutěž“).

Jako kritéria hodnocení nabídek si zadavatel ve vyhlášení soutěže stanovil:

1. Nabídková cena za kompletní provoz tepelných zařízení (po jednotlivých zdrojích a celkem), průměrné roční přepočtené náklady po dobu smlouvy
2. Způsob zpracování nabídkové ceny a platební podmínky
3. Způsob účtování plateb za provozování (skutečné náklady, paušál měsíční, čtvrtletní...)
4. Záruky za výši energetických úspor za dodržení technickoekonomických parametrů, další záruky poskytované v souvislosti s dodávkou, záruky za vlastní realizaci provozu
5. Reference a odborná způsobilost uchazeče
6. Seznam obdobných zakázek, které uchazeč vykonává
7. Ekonomická a finanční charakteristika projektu rekonstrukce (komplexní náklady projektu, citlivost na změny vnějších podmínek, zdroje financování projektu), technická charakteristika projektu (úroveň technického řešení, celkové úspory, stanovení referenční spotřeby, metody stanovení úspor)
8. Nabídka musí být zpracována ve formě návrhu smlouvy

ad 1. Nabídková cena musí být uvedena jako maximální za celý rozsah předmětu zakázky. Jejím obsahem musí být veškeré položky potřebné pro provozování tepelného hospodářství (ve struktuře – předpokládaná výroba tepla, palivové náklady, elektrická energie, vodné, stočné, provozní náklady, údržba, opravy, ostatní náklady). VFN se nebude žádným způsobem podílet na financování tepelného hospodářství nad rámec dohodnuté ceny. Obsahem cenové nabídky musí být její jasná struktura, tvorba a rozbor po jednotlivých položkách. Při kalkulaci ceny nezahrnovat do výpočtu nájem. Nabídková cena musí být uvedena ve složení bez DPH a s DPH (uved'te výši DPH).

Nabídkovou cenu je možno měnit pouze tehdy, jestliže by došlo ke změně předmětu plnění veřejné zakázky, který je vymezen v odst. a).

Platební podmínky: zadavatel požaduje minimální splatnost daňových dokladů minimálně 90 dní.

Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 30.4.2001 vyplývá, že zadavatel obdržel tři nabídky, z nichž žádná nebyla vyřazena z dalšího posuzování a hodnocení. Komise pro posouzení a hodnocení nabídek (dále jen „komise“), která byla ustavena usnesením vlády č. 608 ze dne 13.6.2001, zasedala ve dnech 25.6.2001, 10.7.2001 a 24.7.2001. Po provedeném posouzení a hodnocení stanovila následující pořadí nabídek, které se umístily na prvním až třetím místě takto:

1. Landis&Staefa (CZ), s.r.o., se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 – Lhotka, zast. jednatelem Ing. Jiřím Jirkovským (dále jen „Landis&Staefa“),
2. EKOTERM ČR a.s., se sídlem Americká 36, 120 00 Praha 2, zast. členy představenstva Gerardem Levetem a Alainem Cochepinem (dále jen „uchazeč“),
3. sdružení společnosti COM-TIP s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, zast. jednatelem Václavem Krajíčkem a společností Pražské služby, a.s., se sídlem Pod Šancemi 444/1, 180 77 Praha, zast. předsedou představenstva Ing. Lubomírem Němejcem a členem představenstva Ing. Zdeňkem Kováříkem, uzavřené smlouvou o sdružení ze dne 19.4.2001 za účelem společného podnikání (dále jen „CP sdružení“).

Statutární zástupce zadavatele se s tímto doporučením komise ztotožnil a své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky č.j. ON 261/01 ze dne 24.7.2001 zaslal všem hodnoceným uchazečům.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 3.8.2001 námitky, kterým zadavatel dne 10.8.2001 pod č.j. ON 268/01 nevyhověl. Uchazeč převzal rozhodnutí zadavatele o nevyhovění jeho námitkám dne 13.8.2001 a dne 22.8.2001 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) i zadavatel návrh uchazeče na přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon po novele“) zahájeno správní řízení, jehož účastníky podle § 58 zákona po novele jsou zadavatel, uchazeč, Landis&Staefa a CP sdružení.

Ve svém návrhu uchazeč uvádí, že:

- zadavatel stanovil nereálný termín pro zahájení provozování zařízení na 1.7.2001, vzhledem k tomu, že rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky vydal 24.6.2001,
- zadavatel vyhlásil kritéria, zejména pod bodem 2 a 3 natolik neurčitě, že uchazečům znemožňuje posoudit, jakým způsobem komise jejich splnění hodnotila. Zadavatel měl určit při vyhlášení veřejné zakázky jasné platební podmínky a způsob účtování plateb za provozování. Vyhlášená kritéria, zejména pod bodem 5 a 6 mají charakter popisný, nikoli hodnotící. Nabídky měly být hodnoceny podle ekonomické a technické vhodnosti, avšak technické řešení je z hlediska váhy až předposledním kritériem,
- odborné posouzení svěřil zadavatel společnosti SEVEN, jako nezávislému poradci v oblasti energetiky, jehož nezávislost lze snadno zpochybnit tím, že v ní působí pan Pavel Kárník, který je bývalý zaměstnanec společnosti Landis & Gyr a Ing. Vladimír Sochor působí ve společnosti SEVEN externě a přitom je zaměstnancem společnosti Landis&Staefa,
- zpráva o posouzení a hodnocení nabídek je vypracována tak, že plně neodpovídá § 37 odst. 1 zákona, zejména písm. c), g) a h). Výsledek posouzení jednotlivých nabídek, stručný popis hodnocení jednotlivých nabídek jako i zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, jak to požaduje zákon je ze zprávy prakticky nezjistitelný a tudíž pro uchazeče nepřezkoumatelný.
- uchazeč poukazuje na konstatování komise, že nabídka návrhu smlouvy na ekonomické zhodnocení zařízení podané vítězným uchazečem obsahuje návrh provozování na 93 měsíců, což je v rozporu se zadáním podmínek této veřejné soutěže odst. b) doba pronájmu a provozování zařízení po dobu 5 let. Pokud Landis&Staefa počítal s rozložením technických zhodnocení zařízení v délce 93 měsíců, ekonomicky tak zvýhodnil svoji nabídku oproti ostatním uchazečům,

- konstatování komise (písm. c) zprávy), že mimořádně nízkou nabídkovou cenu CP sdružení komise shledala za objektivně prokázanou, považuje uchazeč za řádně neodůvodněné a neprokázané,
- zadavatel nevybral nejvhodnější nabídku a dále porušil § 39 odst. 2 zákona, neboť součástí oznámení o výběru nejvhodnější nabídky musí být též poučení o odvolání,
- uchazeč se neztotožňuje s názorem zadavatele, že nešlo o soutěž podle zákona. Zadavatel zcela pomíjí skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky vymežil ve vyhlášení OVS ve dvou bodech, a to:
 1. nájem zařízení pro výrobu a rozvod tepelné energie, návrh provozních úsporných opatření, provozování tepelného hospodářství,
 2. návrh rekonstrukce a modernizace pronajatého zařízení v co nejkratší době a v souladu se současnou úrovní rozvoje technologií vytápění s uvedením návrhu úsporných opatření (rekonstrukce a modernizace), včetně financování s minimálním zatížením rozpočtu VFN, formou EPC.
- dalšího podstatného porušení zákona, konkrétně § 56 odst. 2 zákona, se zadavatel dopustil tím, že ani v dopisu, kterým oznamuje, že námitkám uchazeče nevyhověl neuvedl poučení o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení.

Na základě výše uvedených skutečností se uchazeč domáhá provedení nového výběru nejvhodnější nabídky nebo zrušení veřejné zakázky.

Po posouzení a prošetření případu vydal ÚOHS dne 25.10.2001 pod č.j. S 143-R/01-1077/140/OŠ rozhodnutí, kterým pro porušení § 5 odst. 1 písm. a) s § 2h, § 5 odst. 3 v návaznosti na § 6, § 25 odst. 1 a odst. 5, § 37 odst. 1 písm. g) a h), § 38 odst. 1, § 39 odst. 2 a § 56 odst. 2 zákona, zadání soutěže podle § 59 písm. a) zákona po novele zrušil.

Své rozhodnutí odůvodnil ÚOHS zejména tím, že zadavatel stanovil nereálný termín pro zahájení provozování zařízení a měl zadat veřejnou zakázku s dostatečným předstihem. Také kritéria vyhlášená zadavatelem č. 2 a 3 nejsou kritérii, ale podmínkami. Komise byla jmenována usnesením vlády č. 608 ze dne 13.6.2001, všichni členové komise i náhradníci podepsali čestná prohlášení o nepodjatosti a zadavatel nepřihlížel k vypracovanému odbornému posudku zaměstnanci společnosti SEVEN.

Zadavatel porušil i ustanovení § 37 odst. 1 písm. g) a písm. h) zákona, protože ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek neuvedl stručný popis způsobu hodnocení nabídek ani zdůvodnění výběru nejvhodnější nabídky. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek je pouze konstatováno, že komise provedla hodnocení nabídek podle vyhlášených kritérií klasifikační stupnicí v rozmezí známek 1 - 3 a příslušných vah a přiložena výsledná tabulka a sedm individuálních tabulek. Současně pod písm. d) je uvedeno, že při posuzování nabídek komise nevyužila žádných přizvaných odborníků. Odborný posudek, který si nechala vypracovat nebyl použit.

Dále ÚOHS uvádí, že Landis&Staefa podmínky zadané zadavatelem na dobu nájmu a provozování v době pěti let splnil.

Komise se důsledně nezabývala zdůvodněním mimořádně nízké nabídkové ceny CP sdružení. Komise pouze konstatovala, že shledala důvody CP sdružení za objektivně prokázané.

Zadavatel porušil i ustanovení § 39 odst. 2 zákona tím, že v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neuvedl poučení o možnosti podat námitky.

ÚOHS také konstatuje, že se jedná o veřejnou zakázku ve smyslu ustanovení § 2 písm. a) zákona, neboť pro účely tohoto zákona se rozumí veřejnou zakázkou úplatná smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jejímž předmětem jsou dodávky provedení prací nebo poskytování služeb.

K tomu ÚOHS uvádí, že z textu zadání „a) Vymezení plnění veřejné zakázky:

Předmětem plnění veřejné zakázky je výběr nejvhodnějšího modelu komplexního zajištění provozování tepelného hospodářství VFN formou uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jejímž předmětem bude:

1. nájem zařízení na výrobu a rozvod tepelné energie ve formě topné vody, teplé vody a páry pro potřeby vytápění a technologií VFN. Seznam zařízení je uveden v zadávací dokumentaci; návrh provozních úsporných opatření v tepelném hospodářství VFN provozování tepelného hospodářství garantující jeho dlouhodobou provozní spolehlivost a úspornost
2. návrh rekonstrukce pronajatého zařízení co nejkratší době a v souladu se současnou úrovní rozvoje technologií vytápění s uvedením návrhu úsporných opatření (rekonstrukce a modernizace) vč. financování s minimálním zatížením rozpočtu VFN formou EPC. O využití tohoto návrhu rozhodne vedení VFN v souladu se svojí investiční politikou“.

Z citovaného textu vyhlášení soutěže pak vyplývá, že se jedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, neboť ze zadání této veřejné zakázky vznikne zadavateli peněžitý závazek a půjde o uzavření úplatné smlouvy. Zadavatel je ve smyslu § 2 písm. b) bod 1 zákona zadavatelem a je proto povinen postupovat podle zákona.

Zadavatel porušil ustanovení § 56 odst. 2 zákona tím, že v rozhodnutí o námitkách neuvedl poučení o možnosti podat návrh na zahájení správního řízení u orgánu dohledu.

Vzhledem k tomu, že ÚOHS ve smyslu ustanovení § 57 odst. 5 zákona po novele není vázán návrhem uchazeče a přezkoumal napadené rozhodnutí v celém rozsahu a zjistil, že zadavatel zadal posouzení nezávislé firmě a to společnosti SEVEN. V odborném posudku na str. 2 se konstatuje: „Hodnocení je ztíženo nesouměřitelností navrhovaných řešení“. Na str. 7 cit. posudku je uvedeno „V podmínkách soutěže nebyla stanovena výchozí spotřeba energie. Bylo proto nutno provést objektivizaci údajů přepočtením na stejné podmínky“ a v tabulce je u nabídky Landis&Staeefa odečteno roční nájemné hrazené pronajímateli - nájemní smlouva. U ostatních nabídek tento odečet není proveden.“ Na str. 10 cit. posudku je uvedeno: „V zadání není definováno, jakým způsobem mají být vypočteny „přepočtené roční náklady“. Ani další potřebné ekonomické ukazatele (čistá současná hodnota, míra návratnosti aj.) nejsou v nabídkách uváděny, protože nebyly požadovány. Určitý modelový příklad uvádí firma Landis & Staefa (CZ), s.r.o., výsledek však není možno porovnat s ostatními nabídkami, kde podobné výpočty vůbec nejsou.“

K tomu ÚOHS uvádí, že na základě uvedených skutečností je zcela zřejmé, že zadavatel porušil ustanovení § 5 odst. 1 písm. a) zákona ve spojení s § 2h zákona tím, že jednoznačně nevymezil plnění veřejné zakázky, a proto nemohl ani objektivně hodnotit předložené nabídky, které nebyly objektivně porovnatelné.

Proti tomuto rozhodnutí podal zadavatel a Landis&Staefa v zákonné lhůtě rozklad.

Zadavatel ve svém rozkladu zejména namítá, že:

1. nelze souhlasit se závěry ÚOHS, že se v předmětném případě jedná o veřejnou zakázku. Jak vyplývá z bodu 1 citovaného vymezení plnění veřejné zakázky, zadavatel soutěží o uzavření smlouvy na nájem zařízení včetně služeb s ním souvisejících, tj. provozování tepelného hospodářství včetně jeho pronájmu provozovateli. Předmětem zakázky včetně vyhlášených podmínek však není dodávka tepelných energií a následný nákup. Pokud by tomu tak bylo, jednalo by se nepochybně o veřejnou zakázku, neboť zadavatel by na dodávku tepelných energií uzavíral úplatnou smlouvu. Veřejnou zakázkou nemohou být ani činnosti uvedené pod bodem 2 citovaného předmětu zakázky, a to návrh rekonstrukce zařízení, včetně návrhu financování formou EPC, kdy se jednoznačně jedná o průzkum návrhů úsporných opatření od uchazečů. Vzhledem k tomu, že předmětem zakázky včetně vyhlášených podmínek soutěže nebyla dodávka tepelných energií a následný nákup, zadavatel neporušil ustanovení § 5 odst. 1 písm. a), § 5 odst. 3, § 25 odst. 1 a odst. 5, § 37 odst. 1 písm. g) a h), § 38 odst. 1, § 39 odst. 2 a § 56 odst. 2 zákona.
2. k uzavření úplatné smlouvy na dodávku tepelných energií včetně modernizace pronajatého zařízení formou EPC by zadavatel teprve následně vyzval uchazeče. Podmínky výzvy by vycházely z návrhu rekonstrukce vybraného uchazeče se zohledněním ostatních návrhů a z investiční politiky zadavatele.

Zadavatel použil jednu z forem zadání zakázky upravenou v zákoně, i když se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona, tzn. že soutěž použil jako podpurný prostředek pro volbu nejvhodnějšího partnera provozujícího zařízení ve vlastnictví zadavatele. Pak ale není zákonem vázán. V tom případě neměl ÚOHS o průběhu soutěže rozhodovat. Zadavatel připouští, že jím zvolená forma mohla vyvolat dojem, že se jedná o obchodní veřejnou soutěž zcela podle zákona, ale to nemění nic na skutečnosti, že k porušení zákona nedošlo.

Závěrem rozkladu zadavatel požaduje, aby předseda ÚOHS oprávněnost rozkladu přezkoumal a rozhodl, že se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona a zrušil napadené rozhodnutí.

Společnost Landis&Staefa ve svém rozkladu uvádí, že zadavatel dle názoru ÚOHS porušil § 5 odst. 1 písm. a) zákona a své tvrzení opírá pouze na větách vytržených z kontextu z odborného posouzení, zpracovaného firmou SEVEN. Firma SEVEN obecně upozorňuje na rozdílný přístup soutěžitelů k zadání a k různosti navrhovaných řešení, přičemž nelze k jejich vyhodnocení použít jednoduchých lineárních a statistických metod. Zákon však nikde nepožaduje, aby takové metody byly při hodnocení nabídek jedinými. Způsob hodnocení byl zadavatelem jednoznačně stanoven pod písm. d) zadání soutěže velmi podrobně, přičemž je zjevné, že zadavatel klade důraz na komplexnost řešení a soulad hledisek ekonomických a technických, aniž by bylo zvýhodňováno některé z nich na úkor druhého při respektování investičního potenciálu zadavatele, tj. formou EPC. Není pravdou, že v podmínkách soutěže nebyla stanovena výchozí spotřeba energie, neboť tato byla součástí zadávací dokumentace. Jestliže firma SEVEN pro své posouzení považovala za nutné provést objektivizaci údajů jejich přepočtením na stejné podmínky, jednalo se pouze o její interní přístup k hodnocení. Jestliže uchazeč ve své nabídce nabídl modelový příklad možného přepočtu na statisticky srovnatelné ukazatele, je to jen důkazem toho, že pochopil na rozdíl od ostatních uchazečů zadání. Nedostatečnost nabídek ostatních uchazečů však nelze využívat ve prospěch těch neúspěšných uchazečů, kteří se se zadáním nevyrovnali v souladu s požadovanými kritérii.

Landis&Staefa odkazuje na vymezení plnění pod bodem a) - 2 požadavek na zajištění zakázky formou EPC. Sama tato forma je syntézou optimálního řešení zadané veřejné zakázky a pokud ji všichni zúčastnění aplikují, rozhodují dále jen měřitelné kategorie – rozsah a cena modernizace a rekonstrukce, resp. poměr rozsahu a ceny a odkazuje na Vzorový postup při aplikaci EPC.

Pokud jde o námitku uchazeče o nereálnosti termínu pro zahájení provozování zařízení – tuto námitku podal uchazeč opožděně – měl ji podat do 10 dnů od zveřejnění zadání, nejpozději do dne 1.7.2001 + 10 dnů, když již bylo zjevné, že lhůta byla nereálná.

Landis&Staefa se neztotožňuje se závěrem ÚOHS, že podle daných kritérií nelze hodnotit ekonomickou vhodnost nabídek, neboť na ukazatele ekonomické vhodnosti lze převést jak způsob zpracování nabídkové ceny (např. zjištění výše úroku z dodavatelského úvěru použitého při aplikaci metody EPC), tak platební podmínky (delší lhůta splatnosti = možnosti zhodnocení finančních prostředků na termínovaném vkladu nebo možnost jejich použití jinde).

Pro tvrzení, že „způsob zpracování nabídkové ceny a platební podmínky“ je povinen stanovit zadavatel..., a také způsob účtování plateb za provozování...“ Landis&Staefa nenašel oporu v zákonu.

Také Landis&Staefa uvádí, že dle názoru ÚOHS zadavatel porušil § 39 odst. 2 zákona a § 56 odst. 2 zákona – nesplnění formálních náležitostí – poučení o odvolání – není odvolacím důvodem a není důvodem pro zrušení soutěže.

Stejným způsobem by bylo třeba hodnotit formální pochybení zadavatele, když dopisem ze dne 28.8.2001 uvolnil uchazeči jistotu. Ani zde tento zmatečný postup zadavatele nemůže mít za následek zrušení veřejné soutěže. V tomto případě jde o problém zcela jiný. Jistota uchazeče – bankovní záruka – od počátku nesplňovala náležitosti zákona a byla tedy neplatná. Jen s ohledem na to, že zadavatel nepovažoval vyhlášenou soutěž za veřejnou zakázku ve smyslu zákona upozornil sice uchazeče na tuto skutečnost, avšak ponechal jistotu i s vytknutými vadami. Tato jistota navíc pozbyla platnosti ještě před podáním námitek uchazeče a tento, aby splnil podmínky zákona pro podání námitek, jistotu obnovil, resp. podal zcela novou a jiného znění. Správně pokud bychom se ztotožnili s názorem, že na vypsanou soutěž se zákon vztahuje, měl být uchazeč vyloučen pro nesplnění podmínek.

Ke způsobu hodnocení se nechce Landis&Staefa vyjadřovat, protože předpokládá, že bude předmětem rozkladu podaného zadavatelem.

Zásadní pro posouzení celého případu je podstatné stanovisko, zda se v daném případě jedná o veřejnou zakázku, či nikoliv. Předmětem zakázky je dle zadání „nájem zařízení, návrh úsporných opatření, provozování tepelného hospodářství a návrh rekonstrukce a modernizace“. V žádném případě se nejedná o věcné dodávky, provedení prací nebo poskytování služeb. Zadavatel není v postavení kupujícího, ale „najímá si správce“ vlastního majetku a vlastní výroby některých energií, tedy nájemce. Na smlouvy o nájmu se pak zákon nevztahuje, k čemuž odkazujeme na ÚOHS známá a publikovaná rozhodnutí v obdobných případech (např. 3R5/01-Ku z 20.3.2001) a dále na srovnání znění zákona platného před novelizací a po novelizaci provedenou zákonem č. 28/2000 Sb. Jestliže tedy zadavatel postupoval při zadání zakázky, formulaci zadání, jeho zveřejnění, způsobu hodnocení analogicky dle zákona, činil tak z vlastní vůle, a proto, že typ a rozsah zakázky si podobný postup zasluhoval. Protože však posuzovaný případ není veřejnou zakázkou ve smyslu § 2 zákona, nelze postup zadavatele přezkoumávat dle § 51 a násl. zákona.

Závěrem rozkladu se společnost Landis&Staefa domáhá, aby předseda ÚOHS rozhodnutí ÚOHS ze dne 25.10.2001 č.j. S 143-R/01-1077/140/OŠ změnil tak, že návrh uchazeče se zamítá v celém rozsahu jako nedůvodný.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č.j. S 143-R/01-1077/140/OŠ ze dne 25.10.2001 pro porušení § 5 odst. 1 písm. a) s § 2h, § 5 odst. 3 v návaznosti na § 6, § 25 odst. 1 a odst. 5, § 37 odst. 1 písm. g) a h), § 38 odst. 1, § 39 odst. 2 a § 56 odst. 2 zákona zadavatelem, zadání soutěže podle § 59 písm. a) zákona po novele zrušil, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K námitkám zadavatele a společnosti Landis&Staefa, že se v daném případě nejedná o veřejnou zakázku podle zákona, protože se jedná pouze o nájem a k uzavření úplatné smlouvy by došlo až následně po výzvě zadavatele, uvádím následující:

Souhlasím s námitkou Landis&Staefa, že zásadní pro posouzení celého případu je podstatné stanovisko, zda se v daném případě jedná o veřejnou zakázku či nikoliv. K tomu uvádím, že ÚOHS při posuzování a hodnocení věci vycházel správně ze zadání soutěže, kdy zadavatel v zadání veřejné zakázky nejen formuloval a vyhlášenou soutěž nazval „obchodní veřejnou soutěží vyhlášenou podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění“, ale i bod a) vyhlášení nazval „Vymezení plnění veřejné zakázky“, a uvedl v něm, že „Předmětem plnění veřejné zakázky je výběr nejvhodnějšího modelu komplexního zajištění provozování tepelného hospodářství VFN formou uzavření úplatné smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, jejímž předmětem bude:

1. nájem zařízení na výrobu a rozvod tepelné energie ve formě topné vody, teplé vody a páry pro potřeby vytápění a technologií VFN. Seznam zařízení je uveden v zadávací dokumentaci;
 - návrh provozních úsporných opatření v tepelném hospodářství VFN
 - provozování tepelného hospodářství garantující jeho dlouhodobou provozní spolehlivost a úspornost
2. návrh rekonstrukce pronajatého zařízení co nejkratší době a v souladu se současnou úrovní rozvoje technologií vytápění s uvedením návrhu úsporných opatření (rekonstrukce a modernizace) vč. financování s minimálním zatížením rozpočtu VFN formou EPC. O využití tohoto návrhu rozhodne vedení VFN v souladu se svojí investiční politikou“.

Jestliže zadavatel nehodlal vyhlásit soutěž podle zákona, jak sám tvrdí v rozkladu, a že soutěž byla vyhlášena pouze analogicky dle zákona, samotné vyhlášení se tím stalo pro uchazeče nesrozumitelným a zadané postupy zadavatele netransparentní, neboť není zřejmé, podle jakého právního režimu se měl výběr nejvhodnější nabídky řídit.

Z výše uvedeného však vyplývá, že soutěž se týká nejenom nájmu zařízení na výrobu a rozvod tepelné energie, ale i návrhu úsporných opatření (EPC) a návrhu rekonstrukce.

V daném případě nelze tudíž vyslovit nekompetentnost ÚOHS při přezkoumávání zákonnosti postupů zadavatele při zadávání soutěže z důvodu, že se jedná pouze o nájem a tudíž se nejedná o zakázku dle zákona či zákona po novele. V této souvislosti odkazují i na bod 8. zadání – „Nabídka musí být zpracována ve formě návrhu smlouvy“, podbod ad 1., kde je v poslední větě uvedeno, že „Při kalkulaci ceny nezahrnovat do výpočtu nájem“. K námitkám rozkladu odkazující na rozhodnutí ÚOHS č.j. 3R5/01-Ku ze dne 20.3.2001

upřesňuji, že citované rozhodnutí se týká vyslovení nekompetentnosti ÚOHS k přezkoumávání postupů zadavatele z důvodu, že obchodní veřejná soutěž „na nájem a zajištění provozu tepelných zařízení pro výrobu a rozvod tepla a teplé užitkové vody v majetku svěřeném Městské části Praha 7“ není veřejnou zakázkou ve smyslu zákona. K tomu dále uvádím, že v daném případě se však nejedná o pouhý nájem zařízení na výrobu a rozvod tepelné energie, ale i návrh úsporných opatření (EPC) a návrh rekonstrukce a jak je uvedeno výše, zadavatel požadoval nezahrnovat při kalkulaci ceny do výpočtu nájem.

K argumentaci zadavatele i Landis&Staefa, že se nejedná o veřejnou zakázku dle zákona také uvádím, že zadavatel předpokládal uzavření úplatné smlouvy a požadoval stanovení nabídkové ceny a všechny nabídky nabídkovou cenu obsahují. Např. v nabídce Landis&Staefa je na straně 18 uvedeno, že objednatel hradí provozovateli celkový odběr tepla a na str. 19 je uvedena nabídková cena za jeden rok, a to 92 253 877,- Kč, včetně DPH. Provozovatel bude účtovat objednateli měsíčně vždy do 5. dne měsíce paušální částku vypočtenou jako 1/12 z celkové ceny pro jeden rok tvořené cenou za sjednané množství a cenou za plánované množství tepla k odběru.

Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel by přímo vítěznému uchazeči platil za služby - teplo. V ceně tepla jsou obsaženy všechny náklady (plyn, elektřina, voda, obsluha a údržba, materiál na údržbu a opravy, správní režie). Nelze se tudíž ztotožnit s názorem zadavatele, že předmětem zakázky nebyla dodávka tepelných energií a následný nákup. I v předložených nabídkách jsou kromě smlouvy o nájmu uvedeny vždy i nabídkové ceny za dodávku tepelných energií, údržbu, opravy, rekonstrukce i investice do modernizace.

K vymezení předmětu soutěže pak uvádím, že se ztotožňují se zjištěními ÚOHS, že zadání nebylo zcela jednoznačně vymezeno a tím bylo i samotné hodnocení ztíženo nesouměřitelností navrhovaných řešení. Např. v nabídce společnosti Landis&Staefa je odečteno nájemné, ale tento odečet není již proveden u ostatních nabídek. Tyto skutečnosti také vyplývají z odborného posouzení nabídek provedeného společností SEVEN, Středisko pro efektivní využívání energie, o.p.s., se sídlem Slezská 7, 120 00 Praha 2 a nic nemění na situaci ani skutečnost, že tento odborný posudek je v rozkladech napadán jako neobjektivní a věty z něho použity ÚOHS vytržením z kontextu. K námitce Landis&Staefa, že není pravdou, že v podmínkách soutěže nebyla stanovena výchozí spotřeba energie, neboť tato byla součástí zadávací dokumentace, pouze uvádím, že toto tvrzení je uvedeno v posudku společnosti SEVEN a nejedná se o tvrzení nebo zjištění ÚOHS a bylo uvedeno v souvislosti s nutností objektivizace údajů uvedených v nabídkách jejich přepočtením na stejné podmínky.

Také k vyhlášeným kritériím uvádím, že kritéria vyhlášená zadavatelem pod bodem č. 2 a 3 nejsou vlastně kritérií, ale měly být vyhlášeny jako podmínky podle ustanovení § 5 odst. 3 zákona.

Ztotožňuji se i s ostatními ÚOHS zjištěnými pochybeními zadavatele (porušením § 39 odst. 2 a § 56 odst. 2 zákona), kdy uchazeč nebyl poučen o možnosti podat námitky a návrh. V této souvislosti poukazují i na nález Ústavního soudu ČR č.j. I.ÚS 12/99, ze kterého vyplývá, že tato povinnost zadavatele vyplývá přímo ze zákona a nelze ho považovat za formální pochybení. Tvrzení zadavatele, že záměrně nepoučil uchazeče o možnosti podat námitky i návrh, protože vycházel z toho, že se nejedná o veřejnou zakázku ve smyslu zákona uvádím, že toto tvrzení je na základě výše uvedených skutečností v rozporu se zákonem i zákonem po novele, protože o veřejnou zakázku se jednalo.

Jak jsem také zjistil ze zadání soutěže, zadavatel v rozporu se zákonem uvedl pod písm. „k) Výhrada zadavatele:“ že si vyhrazuje mimo jiné právo jednat o konečném znění smlouvy. Tímto postupem zadavatel porušil ustanovení § 2 písm. g) zákona, které stanoví, že nabídkou je návrh na uzavření smlouvy, doložený doklady požadovanými v zadání veřejné zakázky. O návrhu smlouvy se nejedná a zadavatel tento návrh buď přijme nebo odmítne. Pokud by zadavatel s vítězným uchazečem jednal o konečné podobě smlouvy, došlo by k porušení § 11 zákona odst. 1 zákona, který stanoví, že žádný z uchazečů nesmí být zvýhodněn proti ostatním účastníkům soutěže.

Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Všeobecná fakultní nemocnice v Praze, se sídlem U nemocnice 2, 128 08 Praha 2, zast. ředitelem MUDr. Martinem Holcátem,
2. EKOTERM ČR a.s., se sídlem Americká 36, 120 00 Praha 2, zast. členy představenstva společnosti Gérardem Levetem a Alainem Cochepinem,
3. Landis & Staefa ESCO (CZ), s.r.o., se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4, zast. jednatelem Ing. Jiřím Jirkovským,
4. COM-TIP s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, zast. jednatelem Václavem Krajíčkem,
5. Pražské služby, a.s., se sídlem Pod šancemi 444/1, 180 77 Praha 9, zast. předsedou představenstva Ing. Lubomírem Němejcem,
6. spis.

