

Č.j.: 3R42/03-Ku

V Brně dne 27.8.2003

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 17.6.2003 podaném společností Tebodin Czech Republic, s.r.o., se sídlem Prvního pluku 20/224, 186 59 Praha 8, zast. Ing. Petrem Bílkem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S 531-R/03-318/140/OŠ ze dne 6.6.2003, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Středočeský kraj, zast. hejtmánem Ing. Petrem Bendlem, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha 5, v obchodní veřejné soutěži na „Pořízení energetických auditů na provozované energetické hospodářství a budovy v majetku Středočeského kraje“ vyhlášené dne 5.2.2003 v Obchodním věstníku č. 05/03 pod zn. 165492-05/03 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., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb., jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb. o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb., zákona č. 227/2000 Sb. a zákona č. 226/2002 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 531-R/03-318/140/OŠ ze dne 6.6.2003

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

Odůvodnění

Středočeský kraj, zast. hejtmánem Ing. Petrem Bendlem, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha 5, v níže uvedené obchodní veřejné soutěži zast. Ladislavem Kutíkem, členem Rady Středočeského kraje (dále jen „zadavatel“) vyhlásil dne 5.2.2003 obchodní veřejnou soutěž na „Pořízení energetických auditů na provozované energetické hospodářství a budovy v majetku Středočeského kraje“ (dále jen „soutěž“) v Obchodním věstníku č. 05/03 pod zn. 165492-05/03 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., zákona č. 39/2001 Sb., zákona č. 142/2001 Sb., zákona č. 130/2002 Sb., zákona č. 211/2002 Sb., zákona č. 278/2002 Sb., zákona č. 320/2002 Sb., zákona č. 424/2002 Sb. a zákona č. 517/2002 Sb. (dále jen „zákon“).

Zadavatel obdržel v soutěžní lhůtě tři nabídky, z nichž dvě byly z dalšího posuzování a hodnocení vyřazeny. Mezi vyřazenými nabídkami byla i nabídka společnosti Tebodín Czech Republic, s.r.o., se sídlem Prvního pluku 20/224, 186 59 Praha 8, zast. jednatelem Ing. Petrem Bílkem (dále jen „uchazeč“). Zadavatel pak dne 19.3.2003 pod č.j. 128/REG/03 rozhodl o vyloučení uchazeče za soutěže. Důvodem vyloučení uchazeče byla skutečnost, že uchazeč nepředložil doklad o zapsání do seznamu energetických auditorů pro Ing. Michala Doležala.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč dne 26.3.2003 námitky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání svým rozhodnutím ze dne 31.3.2003 č.j. 205/REG/03, nevyhověl. Uchazeč pak podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání rozhodnutí zadavatele (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). ÚOHS i zadavatel obdrželi výše uvedený návrh dne 9.4.2003 a tímto dnem bylo podle § 57 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení, v němž jako účastníky označil ÚOHS zadavatele a uchazeče.

Ve svém návrhu uchazeč zejména uvádí, že: „Důvodem pro naše vyloučení z další účasti v OVS byla dle zadavatele skutečnost, že jsme neprokázali požadovaným způsobem splnění dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky dle bodu 4. písm. (a) podmínek OVS, neboť jsme nepředložili doklad o zapsání do seznamu energetických auditorů pro Ing. Michala Doležala, kterého jsme ve své nabídce uvedli, vedle dalších šesti energetických auditorů. Tento doklad jsme skutečně nedoložili z důvodu, který jsme podrobně popsali v odůvodnění námitek proti úkonům zadavatele ze dne 26.3. 2003, totiž proto, že přestože Ing. Michal Doležal splnil dne 18.2.2003 zákonné podmínky, nebyl dosud do seznamu energetických auditorů zapsán. Tento stav jsme v nabídce netajili a uvedli jsme v prohlášení, že neprodleně po zapsání do seznamu energetických auditorů předáme zadavateli příslušný doklad o zapsání.“ Dále uchazeč uvádí, že požadavky uvedené v bodu 4. písm. (a) podmínek soutěže jsou splněny tím, že uchazeč prokázal požadovaným způsobem kvalifikaci celkem šesti energetických auditorů, a že Ing. Michal Doležal v uvedeném dni úspěšně složil zkoušku a předložil další potřebné doklady se fakticky stal energetickým auditorem s tím, že zápis do seznamu energetických auditorů vedeného Ministerstvem průmyslu a obchodu ČR je následným formálním krokem dle zákona č. 406/2000 Sb. stvrzujícím skutečnost, že podmínky zák. 406/2000 Sb. byly splněny. Uchazeč také tvrdí, že jeho nabídka byla úplná, neboť pro všechny energetické auditory zapsané v seznamu energetických auditorů předložil řádným způsobem požadované doklady, tj. doklad zapsání do seznamu energetických auditorů, čestné prohlášení energetického auditora a doklad prokazující pojištění energetického auditora.

Dále se uchazeč domnívá, že jeho nedůvodným vyloučením bylo zabráněno korektnímu hodnocení nabídek dle kritérií uvedených v bodu 5. podmínek soutěže a jeho porovnání s ostatními nabídkami. Při hodnocení kritéria „Výše nabídkové ceny“, které disponuje váhou 40 %, by například zadavatel porovnáním nabídkové ceny mezi uchazečem pořadové číslo 1 (24 500 000,- Kč) a uchazečem (18 732 105,- Kč) zaznamenal nižší cenu o 5 767 895,- Kč, a tím i značnou potenciální úsporu finančních prostředků z rozpočtu Krajského úřadu Středočeského kraje.

Závěrem návrhu se uchazeč domáhá, aby rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení, včetně rozhodnutí o námitkách bylo zrušeno. Uchazeč dále žádá o přezkoumání postupu zadavatele při přezkoumání námitek u zadavatele, kdy námitky přezkoumal a ve věci rozhodoval pan Ladislav Kutík, člen Rady Středočeského kraje. Uchazeč se domnívá, že tímto krokem bylo porušeno ustanovení § 56 zákona o povinnosti přezkoumání námitek statutárním orgánem.

ÚOHS po provedeném přezkoumání a prošetření případu vydal dne 6.6.2003 pod č.j. S 531-R/03-318/140/OŠ rozhodnutí, kterým konstatoval, že zadavatel rozhodnutím č.j. 128/REG/03 ze dne 19.3.2003 o vyloučení uchazeče ze soutěže neporušil zákon a jeho návrh podle § 60 písm. a) zákona zamítl.

Své rozhodnutí ÚOHS odůvodnil zejména tím, že zadavatel požadoval v podmínkách soutěže, jako jeden z dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky, aby uchazeč prokázal, že pro plnění veřejné zakázky použije osobu nebo osoby zapsané do seznamu energetických auditorů v souladu s ustanovením § 10 zákona č. 406/2000 Sb., o hospodaření energií. Způsob prokázání tohoto dalšího předpokladu stanovil zadavatel v bodě 4. písm. (a) podmínek soutěže tak, že požadoval pro každého energetického auditora, kterého uchazeč použije pro plnění veřejné zakázky, předložit v nabídce doklad prokazující zapsání této osoby do seznamu energetických auditorů. Zadavatel výslovně v podmínkách soutěže požadoval předložit průkaz pro každého energetického auditora, tj. bez ohledu na jejich počet. Uchazeč však doklad o zapsání do seznamu energetických auditorů pro Ing. Michala Doležala nepředložil a pouze konstatoval, že Ing. Michal Doležal úspěšně vykonal zkoušku před zkušební komisí dne 18.2.2003, obdržel doklad o jejím absolvování a spolu s dalšími doklady, tj. dokladem o odborné praxi, výpisem z rejstříku trestů a kopiemi zpráv o dvou provedených energetických auditech požádal Ministerstvo průmyslu a obchodu České republiky o zapsání do seznamu energetických auditorů. Tyto skutečnosti jsou v nabídce uchazeče pouze konstatovány, bez uvedení jakýchkoliv dokladů. Uchazeč dále v nabídce prohlásil, že pro Ing. Michala Doležala dodatečně předloží osvědčení o jeho zápisu do seznamu energetických auditorů. Tuto možnost zákon nepřipouští. Zadavatel by se dopustil porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona, protože by uchazeče zvýhodnil oproti ostatním uchazečům tím, že dodatečně připustil doplnění nabídky.

K žádosti uchazeče o přezkoumání postupu zadavatele, že o vyloučení uchazeče, tak i o námitkách, rozhodoval člen Rady Středočeského kraje Ladislav Kutík ÚOHS uvádí, že zadavatel předložil výpis z Usnesení č. 29-02/2003/RK ze dne 22.1.2003, který je ověřený Krajským úřadem Středočeského kraje. V citovaném výpisu je pod bodem V. uvedeno, že Rada Středočeského kraje zmocňuje svého člena Ladislava Kutíka k provádění všech potřebných právních úkonů v rámci obchodní veřejné soutěže směřujících k uzavření smlouvy s vítězem soutěže, včetně rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze soutěže, oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, podpisu smlouvy, vypořádání opravných prostředků spojených s námitkami, rozhodnutím či rozkladem orgánu dohledu.

Proti tomuto rozhodnutí podal uchazeč v zákonné lhůtě rozklad, v němž zejména uvádí, že předmětem sporu je skutečnost, zda nabídka uchazeče vyhověla kontrole úplnosti, když nepředložil doklad o zapsání do seznamu energetických auditorů pro Ing. Michala Doležala. Dále uchazeč cituje bod 4 písm. a) vyhlášení soutěže, včetně způsobu prokázání. K tomu pak uchazeč uvádí, že klíčovým místem tohoto požadavku je, že „...pro každého energetického auditora, kterého uchazeč použije pro plnění veřejné zakázky předloží...“. Dále uvádí, že podle § 10 odst. 1 zákona č. 406/100 Sb., „Energetický auditor je fyzická osoba, která je zapsána do seznamu energetických auditorů vedeného ministerstvem“. K tomu uchazeč uvádí, že v nabídce předložil všechny doklady požadované zadavatelem pro všechny energetické auditory, kteří v době předání nabídky byli zapsáni v seznamu energetických auditorů, vedeného Ministerstvem průmyslu a obchodu, a byli členy pracovního týmu. Také uchazeč uvedl úmysl použít Ing. Michala Doležala, který v té době již úspěšně vykonal zkoušky, ale dosud nebyl zapsán v seznamu energetických auditorů. Návrhem na dodatečné předložení dokladu o zapsání Ing. Doležala do seznamu auditorů nesledoval uchazeč porušení § 11 zákona, ale poskytnutí korektní informace zadavateli. Uchazeč tak naplnil požadavek na uvedení všech energetických auditorů, kteří by byli použiti při zpracování veřejné zakázky. Dále uchazeč uvádí, že zadavatel při vyřizování námitek uchazeče mohl požádat o předložení ověřené žádosti o zapsání do seznamu energetických auditorů.

Ve věci pověření pana Kutíka k potřebným úkonům v rámci obchodní veřejné soutěže uchazeč namítá, že nepochybně jeho kompetence, ale pozastavuje se nad účelem § 53 až § 56 zákona, kdy o námitkách i o přezkoumání námitek rozhoduje stále stejná osoba a dále to, jak má uchazeč identifikovat, že v jeho věci jedná oprávněná osoba, když zadavatel tyto údaje uchazeči neposkytl.

Závěrem svého rozkladu pak uchazeč uvádí, že svým postupem zákon neporušil, pozastavuje se nad neochotou zadavatele i ÚOHS podrobně prostudovat znění zadávacích podmínek ve vztahu ke znění § 10 odst. 1 zákona č. 406/2000 Sb. a trvá na názoru, že zadavatel svým postupem, kdy vyloučil uchazeče ze soutěže zabránil posouzení a vyhodnocení nabídek, ze kterého by vyplynulo, že nabídka uchazeče byla o 5,7 mil. Kč nižší než cena „zbývajícího uchazeče“.

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 531-R/03-318/140/OŠ ze dne 6.6.2003, návrh uchazeče podle § 60 písm. a) zákona zamítl s tím, že zadavatel vyloučením uchazeče ze soutěže zákon neporušil, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

K jednotlivým námitkám rozkladu pak uvádím následující. Z textu vyhlášení soutěže zcela nepochybně vyplývá, že zadavatel jako jeden z dalších předpokladů pro plnění veřejné zakázky požadoval, aby uchazeč prokázal, že pro plnění veřejné zakázky použije osobu nebo osoby zapsané do seznamu energetických auditorů v souladu s ustanovením § 10 zákona č. 406/2000 Sb., o hospodaření energií. V bodě 4. písm. (a) podmínek soutěže pak zadavatel stanovil i způsob prokázání tohoto dalšího předpokladu. Zadavatel požadoval pro každého energetického auditora, kterého uchazeč použije pro plnění veřejné zakázky, předložit v nabídce doklad prokazující zapsání této osoby do seznamu energetických auditorů. Zadavatel požadoval předložit průkaz pro každého energetického auditora, tj. bez ohledu na jejich počet. V bodě 4 podmínek soutěže zadavatel také stanovil, že neprokázání kteréhokoli

z dalších předpokladů požadovaným způsobem bude posuzováno jako nesplnění podmínek soutěže s následkem vyloučení uchazeče ze soutěže, není-li v jednotlivém případě stanoveno jinak (v případě dalšího předpokladu pro plnění veřejné zakázky uvedeného v bodě 4. písm. a) podmínek soutěže nebylo uvedeno jiné ustanovení podmínek soutěže pro neprokázání tohoto dalšího předpokladu). U Ing. Michala Doležala však uchazeč nepředložil požadované doklady. Námitky uchazeče, že „tento stav netajili a uvedli v nabídce“, a že návrhem na dodatečné předložení dokladu o zapsání nesledoval uchazeč porušení § 11 zákona uvádím, že pokud by zadavatel uchazeče ze soutěže nevyloučil, porušil by zákon tím, že by zvýhodnil uchazeče oproti ostatním uchazečům. Není přípustné, aby uchazeč jakýmkoliv způsobem doplňoval nebo měnil předloženou nabídku. Nabídka uchazeče musí být jasná a srozumitelná a zpracována v souladu se zadáním. Zadavatel nemůže tolerovat odlišné zpracování nabídky, či přijmout jakoukoliv spekulaci o určitém úmyslu uchazeče, poněvadž takovýto postup by byl porušením § 11 zákona. V této souvislosti odkazují i na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 7/2001 ze dne 15.1.2002, ve kterém se mimo jiné konstatuje, že „...zákon je poznamenán značným důrazem na formální postupy, a tedy zadavateli nic nebrání stanovit i takové podmínky, které uchazeči mohou považovat za striktně formální, neboť za věcnou i formální správnost zadávací dokumentace odpovídá v souladu s ustanovením § 2h odst. 1 zákona pouze zadavatel...“.

K námitce uchazeče ve věci „neochoty zadavatele a ÚOHS podrobně prostudovat § 10 odst. 1 zákona č. 406/2000 Sb.“ uvádím, že zmíněnou námitkou chce uchazeč zřejmě naznačit, že Ing. Doležal energetickým auditorem není a tím dovozuje, že není tedy povinen pro tuto osobu předkládat požadované doklady. K tomu uvádím, že uchazeč uvedl ve své nabídce Ing. Doležala jako energetického auditora a jeho opačné tvrzení je toliko účelové, když např. v čestném prohlášení energetického auditora Ing. Michala Doležala, které dotyčný podepsal, ke svému jménu uvedl „energetický auditor“.

K námitkám ve věci zastupování zadavatele Ladislavem Kutíkem, členem Rady Středočeského kraje uvádím, že zadavatel předložil ÚOHS výpis z Usnesení Rady č. 29-02/2003/RK ze dne 22.1.2003, který je ověřený Krajským úřadem Středočeského kraje a pod bodem V. je uvedeno, že „Rada Středočeského kraje zmocňuje svého člena Ladislava Kutíka k provádění všech potřebných právních úkonů v rámci obchodní veřejné soutěže směřujících k uzavření smlouvy s vítězem soutěže, včetně rozhodnutí o vyloučení uchazeče ze soutěže, oznámení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, podpisu smlouvy, vypořádání opravných prostředků spojených s námitkami, rozhodnutím či rozkladem orgánu dohledu“. K tomu uvádím, že uchazeč využil možnosti nahlédnutí do spisu, kde mu byl doklad předložený zadavatelem poskytnut, nehledě k tomu, že již v textu vyhlášení soutěže je v bodě 12. uvedeno, že zadavatele bude v předmětné soutěži zastupovat Ladislav Kutík. Pro úplnost uvádím, že uchazeč si mohl vyžádat výpis z Usnesení Rady, případně nahlédnout na internetové stránky Středočeského kraje, kde jsou jednotlivá usnesení zveřejňována.

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

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. Středočeský kraj, zast. hejtmanem Ing. Petrem Bendlem, Zborovská 11, 150 21 Praha 5,
2. Tebodin Czech Republic, s.r.o., Prvního pluku 20/224, 186 59 Praha 8, zast. Ing. Petrem Bílkem,
3. spis.