

Č.j. S391/2006-01920/2007/530-MČ

V Brně dne 26. února 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném dne 27.12.2006 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – statutární město Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupené PhDr. Irenou Ondrovou, primátorkou,
- uchazeč – EVC s. r. o., IČ 13582275, se sídlem Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Bohuslav Skalecký, jednatel, kterému byla veřejná zakázka přidělena,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro školní budovy (25) v majetku města Zlín“ zadané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 7.10.2005 pod evidenčním číslem 50013685,

rozhodl podle § 102 citovaného zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 67 zákona č.500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., **takto:**

Naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) citovaného zákona o veřejných zakázkách nebylo prokázáno.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č.179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., (dále jen „zákon“) provedl ve dnech 31.5.2006 a 1.6.2006 v sídle zadavatele statutárního města Zlín, IČ 00283924, nám. Míru 12, 761 40 Zlín, zastoupeného PhDr. Irenou Ondrovou, primátorkou (dále jen „zadavatel“), podle zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole, ve znění pozdějších

předpisů (dále jen „zákon o státní kontrole“), kontrolu postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro školní budovy (25) v majetku města Zlín“ zadané podle § 26 odst. 2 písm. a) zákona, formou jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo dne 7.10.2005 uveřejněno na centrální adrese pod evidenčním číslem 50013685.

Zadavatel zveřejnil dne 7.10.2005 zadání veřejné zakázky „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro školní budovy (25) v majetku města Zlín“ v jednacím řízení s uveřejněním. Zadavatel vyzval dopisem ze dne 15.11.2005 k podání nabídky 5 zájemců, z nichž nabídku podali 3 zájemci. Z protokolu o čtvrtém jednání hodnotící komise ze dne 10.2.2006 vyplývá, že komise posuzovala nabídku č. 1 - Siemens, s. r. o., IČ 60724694, Evropská 33a, 160 00 Praha, nabídku č. 2 - MVV Energie CZ, s. r. o., IČ 49685490, Chrudimská 2526/2a, 130 00 Praha 3 a nabídku č. 3 - EVČ, s. r. o., IČ 1358275, Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice. Ze Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, která je přílohou k Protokolu o čtvrtém jednání hodnotící komise, vyplývá, že komise hodnotila nabídky podle jejich ekonomické výhodnosti v rozmezí 1 – 100 bodů v každém kritériu. Komise doporučila zadavateli uzavřít smlouvu s uchazečem EVČ, s. r. o., Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice, za niž jedná Ing. Bohuslav Skalecký, jednatel (dále jen „EVČ, s. r. o.“). Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem „Smlouvu o zaručených úsporách energie“ č. 200 00 60282 dne 5.6.2006.

V souvislosti s provedenou kontrolou orgán dohledu uvádí, že zadavatel v souladu s § 17 zákona o státní kontrole podal dopisem ze dne 26.9.2006 proti „Protokolu o kontrole postupu zadavatele statutárního města Zlína při zadávání veřejných zakázek“ ze dne 25.8.2006 námítky. Kontrolní pracovníci rozhodli o námitkách rozhodnutím č.j. C001/2006-20138/2006/540-RP ze dne 15.11.2006 tak, že námítky budou vyřízeny v jednotlivých správních řízeních.

V námitkách ke kontrolním zjištěním v šetřené veřejné zakázce zadavatel uvedl, že tento typ výběrového řízení byl vybrán v souladu se zákonem č. 40/2004 Sb., jelikož jednacím řízení s uveřejněním lze v souladu s § 26 odst. 2 písm. a) zákona použít, jestliže „ve výjimečných případech povaha stavebních prací nebo povaha služeb nebo povaha rizik s nimi spojených neumožňuje stanovit celkovou cenu předmětu předem.“

Zadavatel namítá, že EPC (název jak se tyto služby označují) je přesně ten případ, kdy pro povahu služeb a specifických rizik, nelze stanovit celkovou cenu předmětu plnění.

Po přezkoumání dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o zákonnosti úkonů učiněných zadavatelem při zadávání veřejné zakázky, a proto zahájil ve věci přezkoumání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele správní řízení z vlastního podnětu.

Účastníky správního řízení podle § 99 zákona ve znění pozdějších předpisů jsou:

- zadavatel,
- uchazeč EVČ, s. r. o

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S391/2006-21893/2006/530-MČ ze dne 20.12.2006, ve kterém účastníky řízení seznámil

s předběžnými výsledky šetření a stanovil jim usnesením lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dnem 27.12.2006, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků správního řízení, bylo podle § 96 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Zadavatel se ke skutečnostem, které budou podkladem pro rozhodnutí, vyjádřil dopisem ze dne 10.1.2007, ve kterém uvedl, že předmětem veřejné zakázky byl projekt EPC (Energy Performance Contracting), který představuje metodu, na základě které firma energetických služeb (ESCO) nabízí na klíč komplexní služby s cílem snížit spotřebu energie v objektu zákazníka. ESCO se svému zákazníkovi zaručí za dosažení úspor energie ve spotřebě a za vyšší budoucích nákladů na energii a realizuje energeticky úsporná opatření s výsledným efektem snížení spotřeby energie i dalších nákladů. Služby většinou zahrnují energetickou analýzu, návrh projektu (návrh opatření na úsporu nákladů na energie), instalaci zařízení, pravidelnou údržbu a kontrolu výkonnosti zařízení, měření a vyhodnocování dosažených výsledků, výcvik obsluhy a financování projektu. Investice, úroky a náklady na služby ESCO splácí zákazník firmě ESCO po dosažení úspory v provozních nákladech a po dobu sjednanou smluvně. Smlouva o energetických službách se obvykle uzavírá na 2-8 let. Během této doby se ESCO a zákazník dělí o částku, která představuje úsporu nákladů. Zadavatel dále uvádí, že zadávací řízení na dodavatele projektu EPC musí respektovat tyto zvláštnosti oproti jiným typům dodavatelských vztahů:

- předem není známa ani nejvhodnější koncepce modernizace, natož pak přesná specifikace dodávek technologií,
- je obtížné, někdy přímo nemožné stanovit předpokládanou cenu předmětu veřejné zakázky dle § 18 zákona, neboť tato se odvíjí od navržených energeticky úsporných opatření, dosažených úspor nákladů na energie atd.,
- jedná se o dlouhodobý a poměrně složitý kontrakt,
- hlavním smluvním závazkem kontraktu je dosažení maximálního ekonomického efektu pro zadavatele. Rozsah služeb navrhuji sami uchazeči tak, aby dosáhli co největšího výše uvedeného efektu. Zadavatel by se měl omezit na stanovení okrajových podmínek, případně poskytnout pouze přehled opatření, která požaduje zahrnout do nabídky a zrealizovat.

Dále zadavatel sděluje, že dodavatelům byla před podáním nabídky umožněna prohlídka školských zařízení, které zadavatel uvedl jako potencionální objekty pro zavedení energeticky úsporných opatření. Na základě této prohlídky a potřebných informací dodavatelé navrhli jejich způsob řešení, tzn. konkrétní energeticky úsporná opatření tak, aby bylo dosaženo co největší úspory nákladů na energie, a aby byly co nejvíce minimalizovány pořizovací i budoucí provozní náklady energeticky úsporných opatření. Řešení navržená v nabídkách jednotlivých uchazečů se velmi výrazně lišila (každý z uchazečů navrhnul řešení s jiným počtem smluvních objektů apod.) a od toho se pak odvíjely i rozdíly v nabídkových cenách.

Zadavatel dále považuje volbu jednacního řízení s uveřejněním dle § 26 odst. 2 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky „Poskytování energetických služeb se zaručeným

výsledkem pro školní budovy (25) v majetku města“ v souladu se zákonem a navrhuje, aby orgán dohledu správní řízení zastavil. V neposlední řadě konstatuje, že vzhledem k tomu, že nemohl předvídat, jaká řešení a v jakých cenových relacích uchazeči nabídnou, nebylo možné předem stanovit celkovou cenu předmětu veřejné zakázky.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících ustanovení zákona v platném znění případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání veřejné zakázky, stanoviska předloženého zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro školní budovy (25) v majetku města Zlína“ nedopustil porušení zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Ustanovení § 26 odst 1 a 2 zákona stanoví podmínky pro použití jednacího řízení s uveřejněním.

Zadavatel může použít jednací řízení s uveřejněním, jestliže:

- v předchozím otevřeném nebo užším řízení nebyly podány vhodné nabídky a zadavatel podstatně nezmění zadávací podmínky. Uveřejnění jednacího řízení není nezbytné, pokud zadavatel vyzve k jednání všechny uchazeče, kteří podali v předchozím otevřeném řízení nebo užším řízení nabídku a splnili kvalifikaci požadovanou zadavatelem,
- ve výjimečných případech, jestliže povaha stavebních prací nebo služeb (nevztahuje se na dodávky) nebo povaha rizik s nimi spojených neumožňuje stanovit celkovou cenu předmětu předem,
- stavební práce jsou prováděny pouze pro účely výzkumu a vývoje a nelze je využít za účelem dosažení zisku nebo k pokrytí nákladů výzkumu a vývoje.

Jednací řízení s uveřejněním lze tedy použít především v případě, kdy při předchozím otevřeném nebo užším řízení nebyly podány žádné vhodné nabídky. Jedná se o zadávání veřejných zakázek na stavební práce a služby uvedené v odstavci 2 pro účely výzkumu nebo vývoje nebo pokud cenu nelze předem z různých příčin stanovit.

Zákon v odstavci 2 umožňuje zadavateli použít jednací řízení s uveřejněním i v případě, že mu nepředcházelo otevřené nebo užší řízení. Tento postup může být výjimečně použit, když povaha stavebních prací nebo služeb (ne však dodávek) nebo riziko spojené se stavebními pracemi neumožňuje předem stanovit celkovou cenu.

Vzhledem k vyjádření zadavatele, ve kterém zdůvodnil zadání veřejné zakázky v jednacím řízení s uveřejněním tak, že nebylo možné stanovit celkovou cenu předmětu předem, nepovažuje orgán dohledu postup zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky za postup v rozporu se zákonem. Důvody pro použití jednacího řízení s uveřejněním byly v šetřeném případě naplněny, neboť cena veřejné zakázky se odvíjí až od konkrétních technických řešení nabízených uchazeči, které zadavatel nemohl předem znát.

Podle § 102 odst. 1 písm. a) se právnická nebo fyzická osoba, která je zadavatelem dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení

veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek.

Podle § 102 odst. písm. b) se právnická nebo fyzická osoba dopustí správního deliktu tím, že uzavře smlouvu s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatuje, že naplnění skutkové podstaty správního deliktu nebylo prokázáno.

Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl orgán dohledu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, Joštova 8, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Statutární město Zlín, nám. Míru 12, 761 40 Zlín

EVČ, s. r. o., Arnošta z Pardubic 676, 530 02 Pardubice

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce