

Č. j.: R117,118,122,125/2007/03-15362/2007/310-Šp

V Brně dne 22. srpna 2007

Ve správním řízení o rozkladech doručených

dne 29. 6. 2007 společností **VV TOP, s.r.o.**, se sídlem Durdřákova 363/55, 613 00 Brno, za niž jedná Ctibor Pokorný, jednatel, která se sdružila podle ustanovení § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů se společností **KRASPO, spol. s r.o.**, se sídlem Hybešova 21, 602 00 Brno, za niž jedná Petr Hirt, jednatel, (spis. zn. R125/2007/03)

dne 22. 6. 2007 společností **BOPS, a.s.**, se sídlem Jinonická 329, 150 07 Praha 5, za niž jedná Ing. Vladimír Kmoch, předseda představenstva, (spis. zn. R122/2007/03),

dne 20. 6. 2007 společností **EXPOL HK, spol. s r. o.**, se sídlem Machkova 587, 500 11 Hradec Králové, za niž jedná PhDr. Lubomír Sedláček, jednatel, (spis. zn. R118/2007/03), a

dne 20. 6. 2007 společností **ERDING, a.s.**, se sídlem Kosmákova 28, 615 00 Brno, za niž jedná Ing. František Vlaha, předseda představenstva, (spis. zn. R117/2007/03),

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 5. 2007, č.j. S270/2006-00118/2007/550-VŠ, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **České republiky – Ministerstva obrany**, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, za něhož jedná Mgr. Ing. Robert Bochníček, ředitel Vojenské ubytovací a stavební správy Praha, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**VUSS Praha – obsluhování tepelných zdrojů**“ zadávané v otevřeném řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) 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., jehož oznámení bylo zveřejněno na centrální adrese dne 4. 5. 2006 pod evidenčním číslem 50020940, jehož dalším účastníkem je

společnost **COM-TIP, s.r.o.**, se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, za niž jedná Václav Krajíček, jednatel, ve správním řízení právně zastoupena JUDr. Vladimírem Tögelem, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 5. 2007, č.j. S270/2006-00118/2007/550-VŠ,

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

I. Zadávací řízení a prvostupňové řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, za něhož jedná Mgr. Ing. Robert Bochníček, ředitel Vojenské ubytovací a stavební správy Praha (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 84 odst. 1 písm. a) 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“) dne 4. 5. 2006 na centrální adrese pod evidenčním číslem 50020940 oznámení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „VUSS Praha – obsluhování tepelných zdrojů“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel dne 7. 9. 2006 od společnosti COM-TIP, s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, za niž jedná Václav Krajíček, jednatel, ve správním řízení právně zastoupena JUDr. Vladimírem Tögelem, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5, návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „navrhovatel“), neboť jeho včas podaným námitkám nebylo zadavatelem vyhověno. Ke dni 7. 9. 2006 proto bylo zahájeno správní řízení, za jehož účastníky označil Úřad zadavatele, navrhovatele a uchazeče, jimž byla veřejná zakázka přidělena, tj. společnosti:
 - společnost EXPOL HK, spol. s r. o., se sídlem Machkova 587, 500 11 Hradec Králové, za niž jedná PhDr. Lubomír Sedláček, jednatel (dále jen „EXPOL HK“),
 - společnost BOPS, a.s., se sídlem Jinonická 329, 150 07 Praha 5, za niž jedná Ing. Vladimír Kmoč, předseda představenstva (dále jen „BOPS“),
 - společnost VV TOP, s.r.o., se sídlem Durďákova 363/55, 613 00 Brno, za niž jedná Ctibor Pokorný, jednatel, a společnost KRASPO, spol. s r.o., se sídlem Hybešova 21, 602 00 Brno, za niž jedná Petr Hirt, jednatel, právnické osoby sdružené podle ustanovení § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „VV TOP“), a
 - společnost ERDING, a.s., se sídlem Kosmákova 28, 615 00 Brno, za niž jedná Ing. František Vlaha, předseda představenstva (dále jen „ERDING“).

3. Navrhovatel spatřoval porušení zákona v tom, že zadavatel zcela nedostatečným způsobem definoval předmět veřejné zakázky ve vztahu k počtu hodin potřebných na obsluhu jednotlivých tepelných zařízení. Zadání určité části předmětu veřejné zakázky ve vztahu k požadavkům na stanovení nabídkové ceny tedy bylo koncipováno tak, že umožňovalo zadavateli nesrovnatelné posouzení výše jednotlivých nabídkových cen, čímž se jedná o nerovné zacházení se všemi uchazeči, a v konečném důsledku takové zadání veřejné zakázky obchází základní soutěžní podmínku, tedy stanovení nabídkové ceny jako konečné, tedy nejvýše přípustné. Základním ukazatelem pro stanovení nabídkové ceny za obsluhu tepelných zařízení je přesné určení počtu obslužných hodin uvedených v bodu 2.1.1. návrhu smlouvy, jakožto části předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel však na jedné straně vyžadoval po uchazečích konečnou, tj. nepřekročitelnou nabídkovou cenu, ale na druhé straně pro zpracování nabídkové ceny za obsluhu tepelných zařízení odkázal uchazeče na jeho poznatky z provozních řádů, kde se počty provozních hodin tepelných zařízení neuvádí, neboť je zde uveden pouze údaj o trvalé obsluze tepelných zařízení či občasně obsluze tepelných zařízení.
4. Zadavatel dokonce v bodu 6 písm. a) zadávací dokumentace výslovně uvedl, že počet obslužných hodin uvedených v bodu 2.1.1. návrhu smlouvy je pouze orientační a pro uchazeče není závazný. V rozhodnutí o námitkách zadavatel dále uvedl, že tuto formu orientačního množství obslužných hodin na konkrétní zdroj zvolil úmyslně, aby co nejvíce byly využity konkrétní podmínky jednotlivých uchazečů, jejich know-how, vzdálenost od místa tepelného zdroje a vlastní technické a personální podmínky. Navrhovatel tuto podle jeho názoru nejen účelovou, ale i protiprávní argumentaci odmítl, protože pokud je provozním řádem vydaným zadavatelem stanovena trvalá obsluha a případně i určen počet obsluh na směně, pak žádné know-how uchazeče nemůže tuto skutečnost změnit. Postup zadavatele umožnil manipulaci s nabídkovou cenou, tedy určení její výše nejen cenou práce, ale i snížením, byť i nereálným, počtu hodin nutných k obsluze a údržbě, bez ohledu na to, zda při tomto počtu hodin lze zajistit dodávku tepla a teplé užitkové vody při dodržení požadavků provozního řádu kotelny a ostatních právních předpokladů. Zásadní problém proto navrhovatel spatřoval ve skutečnosti, že tímto zadáním veřejné zakázky je jednotlivým uchazečům umožněno kalkulovat dobu obsluhy nekontrolovatelně, libovolně, bez kontroly, zda je doba obsluhy způsobila zajistit výrobu tepla a bezpečný provoz kotelny. Tímto postupem se stávají nabídky jednotlivých uchazečů zcela neporovnatelnými a uchazeči, kteří vypracovali své nabídky zcela v souladu s požadavky zadavatele dle údajů v zadávací dokumentaci, jsou tímto postupem diskriminováni.
5. V závěrečné části svého návrhu navrhovatel v obecné a teoretické rovině uvedl, že i v případě, že by uchazeči posoudili údaje obsažené v zadávací dokumentaci za nadhodnocené a neodpovídající skutečnosti a potřebám zadavatele pro splnění předmětu veřejné zakázky, jsou při podání své nabídky vázáni zadávacími podmínkami zadavatele a nemohou si zcela svévolně a jednostranně měnit toto zadání. Navíc zadavatel se při takto koncipovaném zadání veřejné zakázky nemohl ani vyrovnat s případnou otázkou mimořádně nízké nabídkové ceny u některých uchazečů, pakliže bylo na jejich volném a dost možná i svévolném uvážení, jaký počet hodin bude potřebný k obsluze jednotlivých tepelných zařízení.
6. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8. 11. 2006 rozhodnutí č.j. S270/2006-05541/2006/550-VŠ, kterým rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnosti stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 a § 25 odst. 1 druhá věta zákona tím, že v zadávací

dokumentaci nevymezil určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky, a hodnocení nabídek a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky učinil v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Za uvedené porušení zákona mu Úřad uložil povinnost zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, jakož i zrušit zadání veřejné zakázky, a to ve lhůtě 1 měsíce ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Současně rozhodl také o nákladech řízení ve smyslu § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“).

7. Orgán dohledu v odůvodnění citovaného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel porušil zákon tím, že zcela nedostatečným a nekonkrétním způsobem definoval předmět veřejné zakázky ve vztahu k počtu hodin potřebných na obsluhu jednotlivých tepelných zařízení, a proto je třeba námitku navrhovatele přijmout. Zadavatel v článku 6 písm. a) zadávací dokumentace a svojí odpovědi, dodatečné informaci ze dne 13. 6. 2006, nevymezil určitě a srozumitelně rozsah předmětu veřejné zakázky, resp. jeho části, a nevymezil požadované množství tak, aby bylo možné na jeho základě stanovit nabídkovou cenu, která je ve srovnání s ostatními nabídkovými cenami objektivně nejnižší nabídkovou cenou ve smyslu zadavatelem zvoleného základního kritéria pro zadání veřejné zakázky. Protože nebyl výše uvedeným způsobem určitě a srozumitelně vymezen počet obslužných hodin, který je jedním ze základů pro stanovení nabídkové ceny obsluhy jednotlivých tepelných zdrojů, je třeba konstatovat, že hodnocení nabídek podle kritéria nejnižší nabídkové ceny a rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky je v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení podle ustanovení § 25 odst. 1 druhá věta zákona. Na podporu výše uvedeného závěru citoval Úřad v odůvodnění předmětného rozhodnutí údaje ze zadávací dokumentace, návrhu smlouvy a z odpovědi zadavatele na dotazy vznesené navrhovatelem.
8. Proti uvedenému rozhodnutí ze dne 8. 11. 2006, č.j. S270/2006-05541/2006/550-VŠ, podal uchazeč EXPOL HK, uchazeč ERDING a zadavatel rozklady. O těchto rozkladech předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím ze dne 23. 2. 2007, č.j. R144,145,148/2006/03-04058/2007/300-Šp, kterým rozhodnutí ze dne 8. 11. 2006, č.j. S270/2006-05541/2006/550-VŠ, zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Zrušenému rozhodnutí bylo vytknuto, že neobsahovalo odůvodnění, proč zadavatelovo porušení povinnosti zakotvené v § 48 odst. 1 zákona (povinnosti vymežit určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky) mělo nebo mohlo mít podstatný vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Vzhledem k tomu, že se jednalo o klíčový závěr, neboť pouze při prokázání, že zadavatelovo pochybení mělo nebo mohlo ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, lze zadavateli za jeho porušení zákona uložit opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona ve formě uložení povinnosti zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, bylo třeba přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí, neboť bylo stíženo závažnou vadou mající vliv na jeho zákonnost a současně i přezkoumatelnost.

Napadené rozhodnutí

9. Po vrácení věci k novému projednání pokračoval orgán dohledu ve správním řízení, ve kterém vydal rozhodnutí ze dne 7. 5. 2007, č.j. S270/2006-00118/2007/550-VŠ, kterým konstatoval, že zadavatel nesplnil povinnosti stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 a § 25 odst. 1 druhá věta zákona tím, že v zadávací dokumentaci nevymezil určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky, přičemž nesplnění povinnosti stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí

úspěšnosti nabídek a hodnocení nabídek a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky učinil v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Za uvedené porušení zákona mu Úřad uložil zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, jakož i zrušit zadání veřejné zakázky, a to ve lhůtě 1 měsíce ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Současně rozhodl také o náhradě nákladů řízení ve výši 1 000,- Kč ve smyslu § 79 odst. 5 správního řádu.

10. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad odkázal na čl. 3 zadávací dokumentace a dále na čl. 6 písm. a) zadávací dokumentace, který se týká způsobu zpracování nabídkové ceny. V posledně zmiňovaném článku zadavatel stanovil, že uvedené obslužné hodiny nejsou pro uchazeče závazné, ale pouze orientační. V průběhu zadávacího řízení obdržel zadavatel dotazy navrhovatele k zadávací dokumentaci. Na tyto dotazy zadavatel odpověděl a současně upozornil, že při přepisování návrhu smlouvy došlo k chybám týkajícím se předpokládaného počtu obslužných hodin. Přesto však znovu zdůraznil, že předpokládaný počet obslužných hodin není pro uchazeče závazný, ale pouze orientační. Záleží tedy na každém uchazeči, jaký počet obslužných hodin bude pro jednotlivé zdroje bezpodmínečně nutný při zachování bezpečného plynulého provozu a respektování provozního řádu. Přestože uvedená odpověď byla doručena všem uchazečům do sedmi dnů před uplynutím lhůty stanovené pro obdržení nabídek (jak požaduje § 52 odst. 2 zákona) a poskytnuta všem, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, namítá-li navrhovatel, že zadavatel porušil zákon tím, že zcela nedostatečným a nekonkrétním způsobem definoval předmět veřejné zakázky ve vztahu k počtu hodin potřebných na obsluhu jednotlivých tepelných zařízení, je třeba jeho námitku přijmout. Zadavatel v čl. 6 zadávací dokumentace a ve své odpovědi na položené dotazy nevymezil určitě a srozumitelně rozsah předmětu veřejné zakázky, resp. jeho části, protože nevymezil požadované množství tak, aby bylo možné na jeho základě stanovit nabídkovou cenu, která je ve srovnání s ostatními nabídkovými cenami objektivně nejnižší nabídkovou cenou ve smyslu zadavatelem zvoleného kritéria pro zadání veřejné zakázky, čímž nesplnil povinnost stanovenou v ustanovení § 48 odst. 1 zákona, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Nelze totiž vyloučit, že při splnění této povinnosti mohla být vybrána nabídka jiného uchazeče, popřípadě by nabídku podali další dodavatelé s nižší nabídkovou cenou než uchazeči, kterým byla zakázka přidělena. Protože nebyl výše uvedeným způsobem určitě a srozumitelně vymezen počet obslužných hodin, který je jedním ze základů pro stanovení nabídkové ceny obsluhy jednotlivých tepelných zdrojů, hodnocení nabídek podle kritéria nejnižší nabídkové ceny a rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky je v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení podle ustanovení § 25 odst. 1 druhá věta zákona. S ohledem na posouzené skutečnosti orgán dohledu uložil zadavateli zrušit zadávací řízení.

II. Námitky rozkladu

Rozklad uchazeče VV TOP

11. Proti citovanému rozhodnutí obdržel Úřad dne 29. 6. 2007 rozklad uchazeč VV TOP (spis. zn. R125/2007/03). Tento uchazeč zpochybňuje, že „požadovaným množstvím“ pro kalkulaci nabídkové ceny předmětné části veřejné zakázky by mělo být přesné stanovení počtu obslužných hodin pro každý zdroj. Ze zadání veřejné zakázky vyplývá, že jejím předmětem nebylo odpracování zadavatelem pevně stanoveného počtu obslužných hodin, ale zajištění komplexní údržby, jejímž výsledkem je dodávka tepla a

TUV v zadavatelem požadovaném časovém režimu. Z tohoto pohledu jsou údaje uvedené v zadávací dokumentaci pro stanovení nabídkové ceny dostačující.

Závěr rozkladu

12. Uchazeč VV TOP proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení podle § 101 odst. 5 zákona zastavuje.

Rozklad uchazeče BOPS

13. Úřad dále obdržel dne 22. 6. 2007 rozklad uchazeče BOPS (spis. zn. R122/2007/03). Podle názoru uchazeče BOPS zadavatel § 48 odst. 1 zákona neporušil. V zadávací dokumentaci bylo jednoznačně stanoveno, že kalkulace na vlastní obsluhu tepelného zdroje bude vycházet z provozního řádu zdroje, provozních podmínek objednatele a přesně specifikovaného předmětu prací a povinností zajišťovaných v rámci služby, a to za provozu i mimo provoz zdroje. U počtu obslužných hodin bylo výrazně upozorněno, že jde o orientační ukazatel, nezávazný pro stanovení ceny (stejně jako například číslo centrální evidence zdroje nebo číslo budovy). Cenu za vlastní obsluhu přirovnává uchazeč BOPS ke mzdě za vykonanou práci, ne ke mzdě časové. Obsluha je uváděna pracovníky uchazeče a je plně v jeho kompetenci, jak se s dohodnutou smluvní cenou vyrovná z hlediska celkových výsledků hospodaření a vnitřních pracovněprávních předpisů. Nejzávažnějším argumentem, proč nemůže být stanoven závazný počet obslužných hodin, jsou podle uchazeče BOPS klimatické podmínky. Rozsah vykonané roční/sezónní práce je na nich plně závislý. Firmy zajišťující energetické služby musí s tímto rizikovým faktorem počítat. Z uvedeného důvodu se taky smluvní vztahy neuzavírají za jednu sezónu. Závěrem uchazeč BOPS uvádí, že nerozumí závěru, že zadavatel učinil rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení. Klade si otázku, co je v zadávací dokumentaci neprůhledné a nejasné, a domnívá se, že problém byl vykonstruován neúspěšným uchazečem.

Závěr rozkladu

14. Uchazeč BOPS proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení podle § 101 odst. 5 zákona zastavuje.

Rozklad uchazeče EXPOL HK

15. Orgánu dohledu dále obdržel dne 20. 6. 2007 rozklad uchazeč EXPOL HK (spis. zn. R118/2007/03). Jak uvádí uchazeč EXPOL HK v podaném rozkladu, závěr Úřadu není správný a vychází z mylného předpokladu, že rozhodujícím základem pro kalkulaci nabídkové ceny je přesné stanovení počtu obslužných hodin pro každý tepelný zdroj a že „požadované množství“ ve smyslu zákona je dáno právě přesným počtem obslužných hodin. Uchazeč EXPOL HK nesouhlasí s názorem, že zadavatel zcela nedostatečným a nekonkrétním způsobem definoval předmět veřejné zakázky. Podle názoru uchazeče EXPOL HK byly nezbytné podrobnosti o veřejné zakázce ze strany zadavatele v zadávací dokumentaci poskytnuty s tím, že požadavek zadavatele, aby si zájemci o předmětnou veřejnou zakázku další informace obstarali prostřednictvím fyzické prohlídky jednotlivých tepelných zdrojů, považuje uchazeč EXPOL HK za legitimní a zákonu neodporující postup. Požadavek, aby zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci

přesný počet obslužných hodin na jednotlivé tepelné zdroje, se uchazeči EXPOL HK jeví jako stejně nelogický, jako kdyby například u veřejné zakázky na stavbu byla zadána do zadávací dokumentace závazná podmínka, kolika pracovníky a za kolik hodin musí být stavba realizována, bez ohledu na to, jaké technické prostředky a technologické postupy ta která firma k realizaci díla použije. Smyslem a cílem předmětné veřejné zakázky nebylo hodnotit cenu odpracovaných obslužných hodin, ale posuzovat a hodnotit míru produktivity práce a cenu dodávaných tuhých paliv. Nedošlo tak k porušení zásady transparentnosti a ovlivnění stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.

Závěr rozkladu

16. Uchazeč EXPOL HK proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení podle § 101 odst. 5 zákona zastavuje.

Rozklad uchazeče ERDING

17. Úřad obdržel dne 20. 6. 2007 také rozklad uchazeče ERDING (spis. zn. R117/2007/03). V tomto rozkladu uchazeč ERDING nesouhlasí se závěrem Úřadu, že se zadavatel dopustil porušení § 48 odst. 1 zákona. Při akceptaci názoru Úřadu, že rozhodujícím podkladem pro stanovení nabídkové ceny obsluhy jednotlivých zdrojů je údaj o počtu obslužných hodin, by to znamenalo, že předmětem této části veřejné zakázky by bylo odpracování zadavatelem zadaného počtu hodin. Zadavatel by na sebe převzal odpovědnost za to, aby jím stanovený počet hodin odpovídal platné legislativě a potřebám konkrétního provozu. Dále by musel počet obslužných hodin pro každý zdroj strukturovat dle profesí (topič, zauhlovač, technik), a vystavil by se riziku, že jím stanovený počet hodin bude nízký nebo příliš vysoký a nebude efektivně využíván. Plnění takto definovaného předmětu by zadavatel prováděl průběžnou kontrolou skutečně odpracovaných hodin pro každý zdroj, což je v reálných podmínkách daných lokalit těžko představitelné. Zadavatel při zadání veřejné zakázky nesledoval, aby měl zajištěno odpracování zadaných obslužných hodin. Pod pojmem „obsluhování tepelných zdrojů“ sledoval zadavatel zajištění komplexní služby, tedy souhrnu činností, které je nutné vykonat. Jednoznačně definoval technické charakteristiky jednotlivých zdrojů, jejich počet, časový režim jejich provozu, požadavky na časovost obsluhy (např. požadavek na trvalou přítomnost po celou dobu denního provozu), apod. V tomto pojetí předmětu veřejné zakázky podle uchazeče ERDING splnil ustanovení § 48 odst. 1 zákona i § 25 odst. 1 zákona. Ponechal na uchazečích, aby při plném respektování požadavků zadavatele a legislativy sami navrhli počet a strukturu potřebných obslužných pracovníků a techniků pro každou oblast, vytvořili časový model jejich nasazení a přesunů, stanovili mzdové a ostatní náklady a potažmo nabídkovou cenu. Tímto postupem zadavatel sledoval jak odborné zajištění služby, tak její ekonomickou hospodárnost. Plnění definovaného předmětu by zadavatel kontroloval nikoliv dle skutečného množství obslužných hodin, ale dle skutečnosti, zda požadovaná služby byla v časovém období poskytnuta. Napadené rozhodnutí tudíž vychází z nesprávné interpretace zadání předmětné veřejné zakázky.

Závěr rozkladu

18. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se správní řízení podle § 101 odst. 5 zákona zastavuje.

Vyjádření navrhovatele k podaným rozkladům

19. Navrhovatel se k podaným rozkladům vyjádřil dopisy ze dne 4. 7. 2007 a 16. 7. 2007. Odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 2. 2007, č.j. R144,145,148/2006/03-04058/2007/300-Šp, v němž byl vysloven právní názor, jímž je orgán dohledu při novém projednání věci vázán. Upozorňuje, že zadavatel rozklad nepodal, a tedy pravděpodobně závěr orgánu dohledu respektuje. K samotné věci uvádí, že zadavatel, chtěl-li skutečně optimalizovat vynaložené náklady, měl tomu uzpůsobit i zadání a nikoliv po uchazečích požadovat stanovení nabídkové ceny na základě dvou proti sobě stojících požadavků. Opět upozorňuje na to, že počet obslužných hodin byl pouze orientační, a tedy pro uchazeče nezávazný. U takto koncipované veřejné zakázky vůbec zadavateli nejde o odpracování počtu stanovených hodin obsluhy, ale o stanovení ceny obsluhy v Kč za přesně definovaný časový úsek. Bohužel zadávací podmínky tak nejsou koncipovány, což umožňuje manipulaci s vysoutěženou nabídkou a nesrovnatelné posouzení výše jednotlivých nabídkových cen, a to zakládá zvýhodnění některých uchazečů oproti ostatním. K přirovnání k veřejné zakázce na stavební práce uvedl navrhovatel, že se takto srovnává nesrovnatelné, neboť podmínky pro realizaci veřejné zakázky na služby a na stavební práce jsou odlišné (jmenovitě odkazuje na existenci výkazu výměr, kdy uchazečům také není dána možnost jakéhokoliv doplňování tohoto dokumentu). Navrhovatel tedy trvá na tom, že základem pro stanovení nabídkové ceny za obsluhu tepelného zdroje, je přesné určení počtu obslužných hodin, které vychází z provozního řádu. Zadavatel však na jednu stranu vyžaduje konečnou a nepřekročitelnou nabídkovou cenu, ale na druhé straně pro zpracování ceny obsluhy odkazuje na jeho poznatky z provozních řádů, kde se počty provozních hodin neuvádí, neboť zde je uveden jen údaj o trvalé či občasně obsluze tepelného zdroje. Posouzení výhodnosti jedné nabídky proti ostatním nabídkám lze určit pouze stanovením pevného nebo min. nutného nebo také max. přípustného počtu obslužných hodin, proti kterým uchazeč postaví nabídkovou cenu. Výsledkem pak je vzájemně srovnatelná nabídková cena za poskytnutí trvalé nebo občasně obsluhy. Jakýkoli jiný způsob je nesrozumitelný a zadavatel nezjistí, jestli uchazeč dodržel podmínky provozních řádů, právních a bezpečnostních předpisů, tedy i zadávací podmínky, když není stanoven konečný, a tedy i závazný počet hodin pro výkon činnosti. Závěrem navrhovatel upozornil, že se Úřad nezabýval námitkou navrhovatele, že zadavatel patrně uzavřel na předmětné služby pro topnou sezónu roků 2006/2007 smlouvy se všemi 5 vybranými uchazeči, ale v rámci jiného druhu zadávacího řízení. Navrhovatel závěrem navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo potvrzeno.

III. Řízení o rozkladu

20. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru:
22. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. S270/2006-00118/2007/550-VŠ ze dne 7. 5. 2007 rozhodl, že zadavatel nesplnil povinnosti stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 a § 25

odst. 1 druhá věta zákona tím, že v zadávací dokumentaci nevymezil určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky, přičemž nesplnění povinnosti stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 zákona mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a hodnocení nabídek a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky učinil v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení, za což mu Úřad uložil zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, jakož i zrušit zadání veřejné zakázky, a to ve lhůtě 1 měsíce ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, rozhodl v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K vymezení předmětu veřejné zakázky podle § 48 odst. 1 zákona

23. Jak vyplývá z podaných rozkladů i z napadeného rozhodnutí, v šetřeném případě je stěžejní odpověď na otázku, zda zadavatel vyznačil předmět veřejné zakázky v souladu s § 48 odst. 1 zákona. Podle tohoto ustanovení zadávací dokumentace vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství, a obsahuje technické specifikace předmětu veřejné zakázky. Citované ustanovení je neoddělitelné od obecných zásad vyjádřených v § 25 odst. 1 zákona, podle kterých v zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti. Při výkladu sousloví „v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky“ je proto třeba vycházet z účelu, který zákon sleduje, což je v tomto případě požadavek, aby veškeré úkony zadavatele byly dostatečně transparentní. Při vypracování zadávací dokumentace by tedy měl zadavatel co nejpřesněji a nejjednoznačněji vymežit, co po uchazečích požaduje, při hodnocení nabídek pak zase co nejobjektivněji vyjádřit, jaké skutečnosti z nabídek hodnotil a jak, neboť v opačném případě jsou úkony zadavatele nepřezkoumatelné.
24. Jestliže je předmět veřejné zakázky vymezen tak, že neumožňuje vypracování vzájemně objektivně srovnatelných nabídek, pak ani z provedeného hodnocení nemůže být zřejmé, k jakým skutečnostem zadavatel přihlédl a v jaké míře je hodnotil. Z uvedeného vyplývá, že vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídek, které jsou vzájemně porovnatelné, je základním předpokladem pro jejich transparentní a nediskriminační hodnocení, což je zase základním předpokladem zákonného a spravedlivého průběhu soutěže o veřejnou zakázku.
25. V uvedeném případě zadavatel v zadávací dokumentaci závazně formuloval spotřebu paliva za rok a také pevný roční limit oprav na každý tepelný zdroj. Pokud však jde o počet obslužných hodin vztahujících se k jednotlivým tepelným zdrojům, tyto oproti spotřebě paliva a limitu oprav označil pouze za orientační a nezávazné. Bez ohledu na pravdivost námítky zadavatele, že přesný počet hodin obsluhy není nikdy možné zcela přesně odhadnout z důvodu nepředvídatelných klimatických podmínek, trvám na závěru, že u provozu tepelného zdroje musí být zajištěno určité penzum péče tak, aby tento provoz probíhal bezpečně a v souladu s právními předpisy. Nelze proto zcela rezignovat na pevně stanovený rozsah hodin obsluhy, protože by mohlo dojít k situaci, kdy by uchazeč veden snahou nabídnout co nejnižší cenu za tuto službu při zachování zisku například počet hodin obsluhy podhodnotil, anebo by dokonce (uvedeno *ad absurdum*) neprováděl obsluhu prakticky vůbec, když by počet hodin obsluhy nepovažoval za závazný, ale pouze za orientační. Zadavatel by pak nedisponoval

- žádnými donucovacími právními nástroji k tomu, aby zajistil provoz tepelného zařízení v souladu se zákonnými požadavky v případě, kdy by se ukázalo, že uchazeč potřebný počet hodin nestanovil v souladu s objektivními požadavky. Souhlasím také s navrhovatelem, že v situaci, kdy každý uchazeč stanoví a ocení odlišný počet hodin obsluhy, nejenže takové nabídky nejsou objektivně porovnatelné, ale navíc takový postup znemožňuje identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny podle § 61 odst. 1 zákona.
26. Nelze nic namítat proti samotnému záměru zadavatele, aby dosáhl úspory vynaložených prostředků tím, že dá uchazečům prostor pro jejich vlastní invenci a organizační schopnosti. Jakkoli je hospodárné zacházení s veřejnými prostředky jedním z cílů, ke kterému by zadání veřejné zakázky mělo vést, nelze je vnímat odděleně od dalšího cíle, kterým je zajištění dostatečné kvality a úrovně poskytnutých služeb. Vzhledem k tomu, že jediným kritériem pro hodnocení nabídky byla její cena, jež se z logiky věci odvíjela i od počtu obslužných hodin a jejich ceny, nesplnil zadavatel povinnost stanovenou v § 48 odst. 1 zákona, aby předmět veřejné zakázky vymezil v podrobnostech pro zpracování nabídky, když počet hodin obsluhy stanovil pouze orientačně a nezávazně, takže cena za hodinu obsluhy nebyla garantována. Pro příště by tedy zadavatel mohl například stanovit alespoň rámcově počet hodin obsluhy, které budou uchazeči oceňovat ve svých nabídkách. Jako další možnost se jeví – jestliže skutečně bylo záměrem zadavatele hodnotit invenci uchazečů pokud jde o navržený způsob obsluhy tepelného zařízení – zvolení jako kritéria hodnocení ekonomickou výhodnost nabídky. V šetřeném případě totiž zadavatel sice argumentuje právě snahou dát prostor pro návrhy uchazečů, avšak tyto návrhy a jejich kvalitu, invenci a organizační schopnosti uchazeče komplexně nehodnotí a s odhledem na způsob zadání veřejné zakázky (zvolení základního hodnotícího kritéria „výše nabídkové ceny“) ani hodnotit nemůže. Tato skutečnost je dalším důvodem, proč porušení zákona zadavatelem mohlo mít vliv na konečné pořadí úspěšnosti nabídek. Kdyby zadavatel stanovil požadované množství obslužných hodin objektivně, mohly by být nabídky hodnoceny zcela jinak, což by se odrazilo i na jejich konečném pořadí.
27. Ztotožňuji se také se závěrem napadeného rozhodnutí, že při takto vymezeném zadání veřejné zakázky nelze provést zadávací řízení dostatečně transparentně, což vede nejen k nutnosti provést nový výběr, ale i nové zadání veřejné zakázky po předchozím zrušení šetřeného zadávacího řízení. Pokud jde tedy čistě o posouzení, zda zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v souladu s § 48 odst. 1 zákona, tedy v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství, plně jsem se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí.
28. Co se týče přirovnání ceny za vlastní obsluhu tepelných zdrojů k mzdě za vykonanou práci (resp. poskytnutou službu) a nikoli ke mzdě časové, odkazuji na předchozí odstavce odůvodnění tohoto rozhodnutí. Jak již bylo řečeno, i když přesný počet hodin obsluhy není nikdy možné zcela přesně odhadnout z důvodu nepředvídatelných klimatických podmínek, u provozu tepelného zdroje musí být zajištěn určitý minimální rozsah obsluhy, aby tento provoz probíhal bezpečně a v souladu s právními předpisy. Mohlo by například dojít k situaci, kdy by uchazeč veden snahou nabídnout co nejnižší cenu za tuto službu při zachování zisku například počet hodin obsluhy podhodnotil. Navíc pokud není počet hodin pevně dán, je prakticky nemožné podané nabídky vzájemně objektivně porovnat. K tomu přispívá i to, že cena byla stanovena jako konečná a nepřekročitelná.

29. K porovnání šetřené veřejné zakázky s veřejnými zakázkami na stavební práce souhlasím s navrhovatelem v tom smyslu, že veřejné zakázky na stavební práce jsou vysoce specifické, a proto obecně neporovnatelné se zakázkami na služby.

V. Závěr

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, veden závěry vyslovenými v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 2. 2007, č.j. R144,145,148/2006/03-04058/2007/300-Šp, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
31. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. EXPOL HK, spol. s r. o., se sídlem Machkova 587, 500 11 Hradec Králové, za niž jedná PhDr. Lubomír Sedláček, jednatel
2. ERDING, a.s., se sídlem Kosmákova 28, 615 00 Brno, za niž jedná Ing. František Vlaha, předseda představenstva
3. Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, za něhož jedná Mgr. Ing. Robert Bochníček, ředitel Vojenské ubytovací a stavební správy Praha
4. JUDr. Vladimír Tögel, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5
5. BOPS, a.s., se sídlem Jinonická 329, 150 07 Praha 5, za niž jedná Ing. Vladimír Kmoč, předseda představenstva
6. VV TOP, s.r.o., se sídlem Durdřákova 363/55, 613 00 Brno, za niž jedná Ctibor Pokorný, jednatel
7. spis

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce