

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE
604 55 Brno, třída Kpt. Jaroše 7

ROZHODNUTÍ

Č.j.: S270/2006-00118/2007/550-VŠ

V Praze dne 7.5.2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle ustanovení § 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 7.9.2006 na návrh ze dne 5.9.2006, jehož účastníky jsou

- zadavatel Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, IČ 601602694, zastoupený ředitelem Vojenské ubytovací a stavební správy Praha Mgr. Ing. Robertem Bochníčkem,
 - navrhovatel společnost COM-TIP s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, IČ 45788677, právně zastoupený advokátem JUDr. Vladimírem Töglem, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5, IČ 12493031,
 - společnost ERDING a.s., se sídlem Kosmákova 2195/28, 615 00 Brno, IČ 25512455, za níž jedná předseda představenstva a ředitel společnosti ing. František Vlaha,
 - společnost BOPS a.s., se sídlem Jinonická 329, 150 07 Praha 5, IČ 60193743, za níž jedná předseda představenstva ing. Vladimír Kmoch,
 - společnost VV TOP s.r.o., se sídlem Durďákova 363/55, 613 00 Brno, IČ 49977202, za níž jedná jednatel Ctibor Pokorný a společnost KRASPO, spol. s r.o., se sídlem Hybešova 21, 602 00 Brno, IČ 60725281, za níž jedná jednatel Petr Hirt, právnické osoby sdružené podle ustanovení § 829 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů,
 - společnost EXPOL HK, s.r.o., se sídlem Machkova 587, 500 11 Hradec Králové, IČ 25279921, za níž jedná jednatel PhDr. Lubomír Sedláček,
- kterým byla zakázka přidělena,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „VUSS Praha – obsluhování tepelných zdrojů“, zadávané podle 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. formou otevřeného zadávacího řízení, jehož oznámení bylo dne 4.5.2006 uveřejněno na centrální adrese pod evid. číslem 50020940,

rozhodl podle ustanovení § 101 citovaného zákona o veřejných zakázkách takto:

- I. Zadavatel Česká republika – Ministerstvo obrany nesplnil povinnost stanovenou v ustanovení § 48 odst. 1 a § 25 odst. 1 druhá věta 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. tím, že v zadávací dokumentaci nevymezil určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky, přičemž nesplnění povinností stanovené v ustanovení § 48 odst. 1 mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek a hodnocení nabídek a rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky učinil v rozporu se zásadou transparentnosti zadávacího řízení.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 101 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá zadavateli České republiky - Ministerstvu obrany zrušit zadání veřejné zakázky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

- II. Podle ustanovení § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle ustanovení § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, ukládá Úřad pro ochranu hospodářské soutěže zadavateli České republiky – Ministerstvu obrany uhradit náklady řízení ve výši 1 000,-- Kč (slovy jedentisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 27006550.

Odůvodnění

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“) byl dne 7.9.2006 doručen návrh navrhovatele COM-TIP s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, IČ 45788677, právně zastoupeného advokátem JUDr. Vladimírem Töglem, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5, IČ 12493031 (dále jen „navrhovatel“), na přezkoumání úkonů zadavatele České republiky – Ministerstva obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, IČ 601602694, zastoupeného ředitelem Vojenské ubytovací a stavební správy Praha Mgr. Ing. Robertem Bochníčkem (dále jen „zadavatel“). Uvedené zadávací řízení bylo zadavatelem zahájeno uveřejněním oznámení podle ustanovení § 42 odst. 1 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“) na centrální adrese dne 4.5.2006 pod evidenčním číslem 50020940.

Ve lhůtě pro podání nabídky, tj. do 26.6.2006, podalo svoje nabídky šestnáct uchazečů, jedním z nichž byl navrhovatel.

Rozhodnutím Č.j. 102632-32/2006/DP-7103/32 ze dne 25.7.2006 rozhodl zadavatel podle ustanovení § 65 odst. 1 písm. b) zákona o přidělení veřejné zakázky čtyřem uchazečům, kteří v souladu se zadavatelem zvoleným základním kritériem pro zadání veřejné zakázky předložili nabídky s nejnižší nabídkovou cenou v zadavatelem stanovených dílčích plnění A až E. Uvedené rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky bylo navrhovateli doručeno dne 31.7.2006.

S datem 12.8.2006 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky a způsobu posouzení a hodnocení nabídek námitky, které byly zadavateli doručeny dne 15.8.2006.

Zadavatel námitkám navrhovatele s odůvodněním dne 25.8.2006 nevyhověl; písemné sdělení o tom bylo navrhovateli doručeno dne 28.8.2006.

Orgán dohledu byl dne 7.9.2006 doručen návrh navrhovatele ze dne 5.9.2006 na přezkoumání úkonů zadavatele v otevřeném zadávacím řízení; prvně uvedeným dnem bylo zahájeno správní řízení u orgánu dohledu ve smyslu ustanovení § 96 odst. 2 zákona.

Navrhovatel ve svém návrhu, v zásadě shodném s jeho námitkami, uvádí, že zadavatel závažným způsobem porušil zákon tím, že 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 je koncipováno tak, že umožňuje 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. Pakliže se v tomto případě jedná o veřejnou zakázku, kde jediným hodnotícím kritériem je nejnižší nabídková cena, pak takové pojetí „jednokriteriální“ veřejné zakázky je v hrubém rozporu s ustanovením § 25 odst. 1 druhá věta zákona, uvádí navrhovatel.

Navrhovatel dále uvádí, že 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. Obslužné hodiny každého topného zařízení vychází z provozního řádu, tj. je-li obsluha trvalá nebo občasná, s uvedením pracovníků ve směně. Zadavatel však na jedné straně vyžaduje po uchazečích konečnou, tj. nepřekročitelnou nabídkovou cenu, ale na druhé straně pro zpracování nabídkové ceny za obsluhu tepelných zařízení odkazuje 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 občasné obsluze tepelných zařízení.

Zadavatel v bodu 6 písm. a) zadávací dokumentace výslovně uvádí, že počet obslužných hodin uvedených v bodu 2.1.1. návrhu smlouvy je pouze orientační a pro uchazeče není závazný. Navíc počet obslužných hodin pro jednotlivá tepelná zařízení byl v zadávací dokumentaci uveden s chybami, na které navrhovatel před podáním nabídky v rámci kladení dotazů k zadávací dokumentaci zadavatele upozornil, uvádí dále navrhovatel. Zadavatel zřejmě vychází ze statistických či jiných předpokládaných údajů, které nemají závazný charakter, protože konkrétní počet obslužných hodin zadavatel sdělí dle bodu 6.10 návrhu smlouvy teprve až v harmonogramu, který předá zadavatel vybranému uchazeči po uzavření smlouvy ve lhůtě 30-ti dnů po převzetí tepelného zařízení uchazečem.

V rozhodnutí k námitce zadavatel na str. 3 uvádí, že „tuto formu orientačního množství obslužných hodin na konkrétní zdroj zvolil zadavatel úmyslně z toho důvodu, aby co nejvíce byly využity konkrétní podmínky jednotlivých uchazečů, jejich know-how, vzdálenost od místa tepelného zdroje, vlastní technické a personální podmínky“. Navrhovatel tuto podle jeho názoru nejen účelovou, ale i protiprávní argumentaci odmítá, 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. Posouzení

výhodnosti jedné nabídky proti ostatním nabídkám lze určit pouze stanovením pevného nebo minimálně nutného a nebo také maximálně přípustného počtu obslužných hodin, proti kterým uchazeč postaví nabídkovou cenu a výsledkem je pak srovnatelná nabídková cena za poskytnutí trvalé nebo občasné obsluhy. Jakýkoliv jiný způsob stanovení rozsahu předmětu veřejné zakázky ve vztahu k počtu obslužných hodin potřebných k provozu tepelných zařízení je spekulativní a nesrozumitelný, při kterém zadavatel z jednotlivých nabídek vzájemně 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, uvádí navrhovatel ve svém návrhu. Další otázkou je, jak budou chápány ve smlouvě uvedené počty „orientačních“ obslužných hodin, pokud budou ve skutečnosti, zejména dle dodatečně poskytnutého harmonogramu, překročeny. Na tuto otázku navrhovatel nedostal odpověď jak v rámci dotazů k zadávací dokumentaci, tak ani v rozhodnutí zadavatele při odmítnutí námítky. Je tedy zřejmé, že zadavatel není na tuto situaci připraven, a všechny tzv. více služby nad rámec zadávacích podmínek bude řešit protiprávně dodatkem k té části veřejné zakázky, která nebyla v rámci tohoto zadávacího řízení tzv. vysoutěžena.

Pro názornost navrhovatel ve svém návrhu uvádí počet obslužných hodin na některých tepelných zařízeních se stálou obsluhou a dále uvádí, že je tedy zřejmé, že zadavatel po uchazečích dle zadávací dokumentace a v návrhu smlouvy vyžaduje přesnou, konečnou a nepřekročitelnou nabídkovou cenu na základě toliko orientačních údajů o časovém průběhu a množství obslužných hodin při plnění veřejné zakázky. Uvádí, že jeho nabídka byla proto předložena s výhradou a upozorněním na skutečnost, že způsob určování nabídkové ceny je absolutně nekonkrétní. Podle zadávacích podmínek měla být totiž nabídková cena určena cenou paliva, cenou práce obsluhy a cenou plánovaných oprav. Zatímco na straně jedné je měrné množství paliva uvedené v zadávacích podmínkách stejně jako cena oprav zadavatelem stanovena pevně, na druhé straně je počet hodin (doba) obsluhy uveden pouze orientačně s odkazem na provozní řád, který především určuje způsob obsluhy, ne však počet obslužných hodin k zajištění dodávek tepla a teplé užitkové vody. Dopisem ze dne 9.6.2006 navrhovatel v průběhu zadávacího řízení upozornil zadavatele na nesrovnalosti v zadávacích podmínkách. Tento zásadní rozpor hodnotil zadavatel v odpovědi na dotaz k zadávací dokumentaci jako omyl, ale přesto u některých tepelných zařízení upravil dobu obsluhy. Opětovně však zadavatel zdůraznil, že doba obsluhy je údaj pouze orientační. V zadávací dokumentaci zadavatel vůbec nespécifikoval harmonogram s časovým rozvrhem dodávek tepla pro vytápění a teplou užitkovou vodu. Tento údaj měl být podle zadávací dokumentace a bodu 6.10. návrhu smlouvy, jakožto náhražky obchodních podmínek upřesněn až ve lhůtě do 30-ti dnů po převzetí tepelných zařízení.

Takový postup, uvádí dále navrhovatel, umožňuje 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, zda při tomto počtu hodin lze reálně zajistit dodávku tepla a teplé užitkové vody při dodržení požadavků provozního řádu kotelny a ostatních právních předpokladů. Zásadní problém proto navrhovatel spatřuje ve skutečnosti, že tímto zadáním veřejné zakázky je jednotlivým uchazečům umožněno kalkulovat dobu obsluhy nekontrolovatelně, libovolně, bez kontroly, zda je kalkulovaná doba obsluhy způsobilá zajistit výrobu tepla a především bezpečný provoz kotelny. Ostatní si nemohou ověřit kalkulaci a posoudit její správnost a následně cokoli namítat proti úkonům zadavatele.

Navrhovatel dále ve svém návrhu uvádí, že zadávacími podmínkami se dle ustanovení § 17 písm. a) zákona rozumí veškeré požadavky zadavatele obsažené v oznámení zadávacího

řízení, případně dále upřesněné v zadávací dokumentaci, které musí být uchazečem v nabídce striktně splněny. Dle ustanovení § 48 odst. 1 zákona vymezuje zadávací dokumentace předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, včetně požadovaného množství. Ze strany zadavatele došlo především k porušení základních zásad při zadávání veřejných zakázek dle ustanovení § 25 odst. 1 druhá věta zákona, tj. zásady nediskriminace a stejného zacházení se všemi uchazeči. Tím, že zadavatel umožnil, aby někteří uchazeči si dle svého uvážení modifikovali konkrétní údaje uvedené v zadávací dokumentaci, nikoliv však jako minimálně, popř. nejvýše přípustné, zvýhodnil tyto uchazeče oproti ostatním, neboť v důsledku snížení nebo zvýšení počtu hodin potřebných k obsluze oproti údajům stanoveným v zadávací dokumentaci zadavatelem, dochází u těchto uchazečů ke značnému snížení nebo zvýšení nákladů na obsluhu tepelných zařízení, a tedy i ke snížení nebo zvýšení nabídkové ceny. Tímto postupem se stávají nabídky jednotlivých uchazečů z hlediska porovnání nabídkových cen zcela neporovnatelnými a uchazeči, kteří vypracovali své nabídky zcela v souladu s požadavky zadavatele dle údajů v zadávací dokumentaci jsou tímto postupem diskriminováni. Zadavatel je povinen vymezit v zadávací dokumentaci předmět veřejné zakázky zcela jednoznačně a konkrétně, včetně požadovaného množství, aby měli uchazeči zcela srovnatelné výchozí podklady pro zpracování svých nabídek a tyto nabídky byly v rámci hodnocení nabídek z hlediska počtu obslužných hodin nabídkami porovnatelnými.

V závěrečné části svého návrhu navrhovatel v obecné a teoretické rovině uvádí, 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. V případě, že by se při vlastní realizaci veřejné zakázky ukázalo, že množství hodin potřebných k obsluze je nižší, než zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci, je možné tuto situaci řešit dodatkem ke smlouvě a na základě jednotkových cen dle cenové nabídky vybraného uchazeče určit cenu méně služeb. Je to zcela běžný postup zadavatelů v situaci, kdy v určitých případech není možné stanovit přesný rozsah určité části veřejné zakázky, stanovit vyšší hodnoty a popřípadě uzavřít dodatek ke smlouvě na méně služeb, než řešit situaci, kdy by vznikla potřeba více služeb majících dopad na zvýšení ceny, kdy by zadavatel musel postupovat opět v zadávacím řízení. V případě této veřejné zakázky dle obchodních podmínek zadavatele obsažených v návrhu smlouvy na realizaci veřejné zakázky platí, že poskytovatelem budou účtovány a objednatel budou proplaceny pouze skutečně provedené služby.

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, uvádí navrhovatel. Pokud chtěl zadavatel předmět této veřejné zakázky pojmout tak, že se bude soutěžit o co nejnížší počet hodin potřebných k obsluze předem definovaných technických zařízení, pak měl tuto skutečnost všem potencionálním uchazečům relevantním způsobem sdělit. Nízké nabídkové ceny vybraných uchazečů pro jednotlivé dílčí části jsou dány právě v důsledku porušení zadávacích podmínek zadavatele, jak je uvedeno výše, neboť jejich nabídkové ceny při respektování zadávacích podmínek jsou zcela nereálné.

Na závěr svého návrhu navrhovatel vzhledem k výše uvedenému navrhuje, aby orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky ze dne 25.7.2006 a uložil zadavateli zrušit zadání této veřejné zakázky.

Podle ustanovení § 99 zákona jsou účastníky řízení:

- a) zadavatel Česká republika – Ministerstvo obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 01 Praha 6, IČ 601602694, zastoupené ředitelem Vojenské ubytovací a stavební správy Praha Mgr. Ing. Robertem Bochníčkem,
- b) navrhovatel COM-TIP s.r.o., se sídlem Družstevní 8/1395, 140 00 Praha 4, IČ 45783677, právně zastoupený advokátem JUDr. Vladimírem Töglem, se sídlem Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5, IČ 12493031,
- c) ERDING a.s., se sídlem Kosmákova 2195/28, 615 00 Brno, IČ 25512455,
- d) BOPS a.s., se sídlem Jinonická 329, 150 07 Praha 5, IČ 60193743,
- e) VV TOP s.r.o., se sídlem Durdřákova 363/55, 613 00 Brno, IČ 49977202 a KRASPO, spol. s r.o., se sídlem Hybešova 21, 602 00 Brno, IČ 60725281,
- f) EXPOL HK, s.r.o., se sídlem Machkova 587, 500 11 Hradec Králové, IČ 25279921, kterým byla zakázka přidělena.

Výše uvedeným účastníkům řízení orgán dohledu dopisem Č.j.: S270/2006-00554/2006/550-VŠ ze dne 18.9.2006 oznámil zahájení správního řízení a vyzval zadavatele, aby v souladu s ustanovením § 97 odst. 4 zákona do 7 dnů od obdržení návrhu navrhovatele, jehož fotokopie tvořila přílohu tohoto dopisu (oznámení), zaslal orgánu dohledu vyjádření k návrhu, dokumentaci o zadání veřejné zakázky, tj. včetně nabídek uchazečů, zároveň aby sdělil, zda ve veřejné zakázce učinil další kroky k uzavření smlouvy, popřípadě smlouvy již uzavřel.

Spolu s dokumentací o zadání veřejné zakázky obdržel orgán dohledu dne 2.10.2006 vyjádření zadavatele ze dne 27.9.2006, ve kterém zadavatel uvádí, že stanovil předmět plnění jako obsluhu tepelných zařízení, nákup a dodávku pevných paliv a likvidaci odpadů z tepelných zdrojů, dále pak jako dodávku tepla, teplé užitkové vody a opravy tepelných zařízení do stanoveného finančního limitu (část 3. zadávací dokumentace). Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny byly stanoveny v části 6. zadávací dokumentace. Cena měla být stanovena na předmět plnění veřejné zakázky dle návrhu smlouvy (příloha zadávací dokumentace) jako cena nejvýše přípustná a platná po celou dobu realizace v členění na části veřejné zakázky. Nabídkovou cenu bylo možno upravit pouze za podmínek uvedených v článku 4.4 návrhu smlouvy. Podrobný popis toho, co bude obsahovat nabídková cena je uveden v části 6. písm. a) zadávací dokumentace, kde je zahrnuto dělení ceny jednotlivého zdroje takto: 1. Vlastní obsluha, 2. Pevná paliva, 3. Opravy.

Za vlastní obsluhu bylo stanoveno, uvádí dále zadavatel, že uchazeč nabídne cenu obsluhy za jeden rok a pro stanovení ceny využije údaj o zdroji uvedený v článku 2.1.1 návrhu smlouvy. Uvedené obslužné hodiny nejsou pro uchazeče závazné, ale pouze orientační. Pro stanovení nabídkové ceny pak měl uchazeč vyjít z vlastních poznatků, učiněných při prohlídce místa plnění, při které měl možnost nahlédnout do provozní dokumentace zdroje, jejíž absenci ve své námitce také zmiňuje. Podle přílohy k zadávací dokumentaci, návrhu smlouvy, konkrétně bodu 2.1.1 „Technické parametry kotelen, výměňkových stanic a předávacích stanic“, je ke každému konkrétnímu tepelnému zdroji stanoveno, v jaké budově se nachází, konkrétní umístění v budově, typ zdroje, palivo, spotřeba paliva za rok, velikost skládky paliva, topné médium, způsob obsluhy, provoz a dále

konkrétní číslo je v souladu s částí 6. písm. a) bod 1. zadávací dokumentace pro uchazeče pouze orientační, nikoliv závazné.

Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu dále uvádí, že tuto formu orientačního množství obslužných hodin na konkrétní tepelný zdroj zvolil úmyslně z toho důvodu, aby co nejvíce byly využity konkrétní podmínky jednotlivých uchazečů, jejich know-how, vzdálenost od místa tepelného zdroje, vlastní technické a personální podmínky, apod. Tedy nikoliv diskriminační zadávací podmínky, ale takové, které co nejvíce ctí zásadu objektivitu a rovného přístupu ke všem uchazečům; tím se i tato podmínka jeví jako podmínka zvyšující objektivitu celého procesu zadání veřejné zakázky. Uvedené zadávací podmínky byly známy všem zájemcům o veřejnou zakázku, proto se nemohlo jednat o porušení stěžejní zásady zadávacího řízení uvedené v ustanovení § 25 odst. 1 zákona, tj. zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči o veřejnou zakázku. Pevně stanovené počty hodin obsluhy by mohly být právě k některým zájemcům či uchazečům vzhledem k jejich místním a hospodářským podmínkám diskriminující, a mohly by vést k tomu, že by touto podmínkou zadavatel kategoricky omezil trh.

Zadavatel si zvolil jako kritérium pro zadání veřejné zakázky nejnižší nabídkovou cenu v souladu s ustanovením § 55 odst. 1 písm. b) zákona. Nelze tedy koncipovat stanovení tohoto kritéria, tak jak uvádí navrhovatel ve svém návrhu, jako kritérium, které je hrubě v rozporu s ustanovením § 25 odst. 1 věta druhá zákona. Není možné zákonný způsob hodnocení nabídek považovat za porušení zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči a zákaz diskriminace a transparentnosti, uvádí zadavatel. Tímto tvrzením by navrhovatel popřel i nezadatelné právo zadavatele na to, že si může zvolit takový způsob hodnocení nabídek, který považuje za vhodný. Právo zvolit si kritérium pro zadání veřejné zakázky je dáno ze zákona pouze zadavateli a navrhovatel nemá právo jej zpochybňovat. Zadavatel takto zvoleným kritériem žádnou ze základních zásad neporušil. Zadavatel dále uvádí, že je-li u tepelných zdrojů stanovena trvalá obsluha, neznamená to ještě, že pro jejich provoz nemůže některý z uchazečů využít svého know-how. Tyto aspekty se navzájem nikterak nevyklučují a podmínky u uchazeče mohou ovlivnit i tvorbu cen u tepelných zdrojů, které vyžadují trvalou obsluhu.

V závěrečné části svého vyjádření k návrhu zadavatel uvádí, že navrhovatel zaslal písemně i faxem zadavateli dne 13.6.2006 dotazy k zadávací dokumentaci pod značkou CT/186/GŘ/06. V uvedeném dokumentu navrhovatel žádá o upřesnění podkladů k zadávací dokumentaci veřejné zakázky, konkrétně se jedná o článek 2.1.1 návrhu smlouvy „Technické parametry kotelen, výměňkových stanic a předávacích stanic“. V dotazu se konstatuje: „V zadání k výše uvedené veřejné zakázce jsou údaje o způsobu obsluhy („občasná, trvalá“) a „počtu obslužných hodin“ za stanovené období. Níže uvedeným rozborem poukazujeme na možné nesrovnalosti. Někde vychází až 36 obslužných hodin na den. Žádáme Vás o odpověď k uvedeným tepelným zdrojům, které údaje jsou v zadání nesprávně a jak má vypadat jejich správné znění“. Dále následuje výčet konkrétních tepelných zdrojů. Druhým bodem dotazů je otázka: „Jaký bude postup při potřebě navýšení obslužných hodin u jednotlivých zdrojů.“.

Zadavatel uvádí, že na základě uvedených dotazů zpracoval odpověď, kterou zaslal všem uchazečům. Navrhovatel obdržel odpověď zadavatele dne 19.6.2006. Ve své odpovědi zadavatel konstatuje, že byl překontrolován počet předpokládaných obslužných hodin v roce, a že při přepisování návrhu smlouvy došlo k chybám, které následně napravuje novým počtem obslužných hodin u konkrétně uvedených tepelných zdrojů. V závěru své odpovědi zadavatel uvádí, že v souladu se zadávací dokumentací, bod 6. písm. a), není počet

obslužných hodin pro uchazeče závazný, ale pouze orientační. Záleží tedy na každém uchazeči jaký počet obslužných hodin bude pro jednotlivé tepelné zdroje bezpodmínečně nutný při zachování bezpečného plynulého provozu a respektování provozního řádu.

Na závěr svého vyjádření k návrhu zadavatel uvádí, že dosud neuzavřel smlouvu s vybranými uchazeči a vzhledem k tomu, že ze shora uvedených skutečností je patrné, že postupoval v souladu se zákonem a vyhlášenými podmínkami zadání, navrhuje, aby orgán dohledu správně řízení zastavil s odůvodněním, že zadavatel se porušení zákona nedopustil.

S datem 25.9.2006 vyjádřil své stanovisko v řízení jeden z jeho dalších účastníků, jeden z vybraných uchazečů, uchazeč EXPOL HK, s.r.o. Ve svém stanovisku uvádí, že celý systém zadávání, hodnocení a výběru veřejných zakázek je typem hospodářské soutěže řízené konkrétními pravidly, v tomto případě zadávacími podmínkami, regulovanými zákonem. Stanovit vlastní kritéria a pravidla soutěže je právem každého zadavatele, pokud tato neodporují zákonu o veřejných zakázkách. Podle názoru uvedeného uchazeče tomu tak v daném případě rozhodně není. Podmínky zadavatele byly předem známy, jasně formulovány, bylo na rozhodnutí každého zájemce, zda tyto zadávací podmínky přijme a soutěže se zúčastní, nebo je nepřijme a soutěže neúčastní. Podmínky soutěže akceptovat, soutěže se zúčastnit a poté, co se nedostaví úspěch podle vlastních představ si stěžovat na špatná pravidla, je dost zvláštní přístup.

Uchazeč EXPOL HK, s.r.o. dále ve svém stanovisku vyjadřuje přesvědčení, že záměrem navrhovatele je všemožnými obstrukcemi natahovat za každou cenu čas s cílem dosáhnout zrušení celé soutěže nebo alespoň oddálení podepsání nových smluv s uchazeči, kteří v soutěži uspěli a vytvořit tak situaci, kdy tzv. „nebude jiná možnost“, než pro zabezpečení topné sezóny pokračovat dál ve stávajícím stavu, tzn., že i samotný navrhovatel bude nadále plnit úkoly, které jsou částečně obsahem veřejné zakázky, a to na základě smluvních podmínek, za kterých činnost probíhala v minulém období. Navrhovatel se cítí poškozen postupem zadavatele. Poškozenými se však postupně stávají uchazeči, kteří v soutěži o tuto veřejnou zakázku uspěli, protože nemohou řádně a v klidu organizovat zabezpečení všech potřebných činností pro plnění veřejné zakázky, a to jak v oblasti personálního zajištění, tak i například v návozu paliv na jednotlivá tepelná zařízení.

Na závěr svého stanoviska uvedený uchazeč vyjadřuje přesvědčení, že návrh navrhovatele bude zamítnut jako neodůvodněný a dojde tak k rychlému ukončení nejistoty v uvedeném slova smyslu.

Ve svém vyjádření ke shora uvedenému stanovisku uchazeče EXPOL HK, s.r.o. ze dne 5.10.2006 navrhovatel uvádí, že se jedná o pouhé zpochybňování zcela legálního a legitimního postupu navrhovatele bez jakýchkoli důvodů a argumenty uvedené ve stanovisku jsou pouhou spekulací tohoto účastníka řízení. V žádném případě není záměrem navrhovatele podáním návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele účelově prodlužovat zadávací řízení s cílem dosáhnout udržení stávajícího stavu pro nadcházející topnou sezónu, jak je mu ve stanovisku podsouváno. Uchazeč EXPOL HK, s.r.o., uvádí dále navrhovatel, zcela popírá zákonné právo každého uchazeče domáhat se přezkoumání úkonů zadavatele orgánem dohledu v situaci, kdy z průběhu zadávacího řízení vyplývá, že byl zadavatelem porušen zákon, což také navrhovatel svými věcnými argumenty uvedenými v návrhu dokládal. Pokud je ve stanovisku uváděno, že se postupem navrhovatele, který je však zcela legální, stávají poškozenými uchazeči, kteří v zadávacím řízení uspěli, pak to svědčí pouze o neznalosti zákona a velmi nízké úrovni právního vědomí. Každý z uchazečů, který zná opravné

prostředky dle zákona a možný průběh zadávacího řízení, musí počítat i s možností, že kterýkoli z uchazečů podá námitky, popřípadě návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, čímž dojde z hlediska zákonných lhůt k prodloužení zadávacího řízení.

Na závěr svého vyjádření ke stanovisku uchazeče EXPOL HK, s.r.o. navrhovatel uvádí, že nadále trvá na skutečnostech a argumentech uvedených v námitkách a v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

Orgán dohledu přezkoumal podle ustanovení § 96 a násl. zákona napadené úkony zadavatele a na základě obsahu dokumentace o zadání veřejné zakázky, obsahu návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, obsahu vyjádření zadavatele k návrhu, jakož i dalších podání účastníků řízení shledal, že zadavatel zákon porušil.

Rozhodnutím Č.j.: S270/2006-005541/2006/550-VŠ ze dne 8.11.2006 uložil zadavateli zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky i zadání veřejné zakázky, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

Ve správním řízení o rozkladech podaných proti uvedenému rozhodnutí dne 4.12.2006 uchazečem EXPOL HK, s.r.o., dne 1.12.2006 uchazečem ERDING a.s. a dne 6.12.2006 zadavatelem rozhodl předseda orgánu dohledu svým rozhodnutím Č.j.: R144, 145, 148/2006/03-04058/2007/300-Šp ze dne 23.2.2007. Tímto rozhodnutím zrušil napadené rozhodnutí orgánu dohledu Č.j.: S270/2006-005541/2006/550-VŠ ze dne 8.11.2006 a věc vrátil orgánu dohledu k novému projednání.

K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí předseda orgánu dohledu ve svém rozhodnutí uvádí, že ustanovení § 101 odst. 1 zákona stanoví, že shledá-li orgán dohledu před uzavřením smlouvy (§ 66 zákona), že zadavatel úkonem učiněným při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, uvede tuto skutečnost písemně v rozhodnutí. Současně zadavateli uloží opatření k nápravě, zejména zrušení rozhodnutí zadavatele o přidělení zakázky, jestliže takový úkon podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Orgán dohledu však nikde (tj. ani ve výroku, ani v odůvodnění) v textu napadeného rozhodnutí neuvádí, že zadatelovo porušení povinnosti zakotvené v § 48 odst. 1 zákona (povinnosti vymezit určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky) mělo nebo mohlo mít podstatný vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Pro uložení opatření k nápravě podle § 101 odst. 1 zákona musí být prokázáno, že k porušení zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob je přitom naplněn tehdy, pokud v důsledku konkrétního porušení zákona ze strany zadavatele alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek. Závěr o uložení nápravného opatření musí být opřen o zjištění, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem (učinil to, co učinit měl, ale opožděně či nesprávně) a v důsledku toho konkrétní nabídka mohla být vyhodnocena jinak, než by ke konstatovanému pochybení ze strany zadavatele nedošlo. V rozhodnutí tak musí být vždy splnění této podmínky přesvědčivě odůvodněno.

Ve svém rozhodnutí ze dne 23.2.2007 se předseda orgánu dohledu v ostatním se závěry napadeného rozhodnutí ztotožnil.

Dopisem Č.j.: S270/2006-00074/2007/550-VŠ ze dne 22.3.2007 oznámil orgán dohledu účastníkům řízení pokračování správního řízení.

K rozhodnutí předsedy orgánu dohledu ze dne 23.2.2007 a pokračování správního řízení se dne 30.3.2007 vyjádřil navrhovatel. Konstatuje, že rozhodnutí předsedy orgánu dohledu dalo jednoznačně za pravdu právní argumentaci navrhovatele a navrhuje, aby orgán dohledu zrušil rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky, uložil zadavateli zrušit zadání veřejné zakázky a ponechat dále v platnosti vydané předběžné opatření spočívající v zákazu uzavření smlouvy.

K posledně uvedenému požadavku navrhovatele orgán dohledu konstatuje, že k jeho naplnění není třeba žádného úkonu orgánu dohledu, neboť v rozhodnutí orgánu dohledu o předběžném opatření Č.j.: S270/2006-005541/2006/550-VŠ ze dne 25.9.2006 je zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu až do doby nabytí právní moci rozhodnutí orgánu dohledu ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, tedy ve věci samé.

K podkladům rozhodnutí se dne 11.4.2007 vyjádřil i uchazeč VV TOP s.r.o. a KRASPO, spol. s.r.o. Konstatuje, že tímto vyjádřením se připojuje k závěrům uchazeče ERDING a.s. a uchazeče EXPOL HK, s.r.o., vyjádřeným v jejich rozkladech proti napadenému rozhodnutí orgánu dohledu ze dne 8.11.2006 a navrhuje, aby orgán dohledu toto napadené rozhodnutí, kterým uložil zadavateli zrušit své rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, změnil a návrh navrhovatele zamítl jako neodůvodněný.

Orgán dohledu přezkoumal podle ustanovení § 96 a násl. zákona napadené úkony zadavatele a na základě obsahu návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, obsahu vyjádření zadavatele k návrhu, rozhodnutí předsedy orgánu dohledu ze dne 23.2.2007, jakož i dalších podání účastníků řízení shledal, že zadavatel porušil zákon.

V článku 3. zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „Předmětem plnění veřejné zakázky je obsluha tepelných zařízení, nákup a dodávka pevných paliv a likvidace odpadů z tepelných zdrojů. Dále dodávka tepla, TUV a opravy tepelných zařízení do stanoveného finančního limitu“, v článku 6. zadávací dokumentace pak stanovil, že „Smluvní cena bude stanovena v souladu se zákonem číslo 526/1990 Sb., o cenách v platném znění, na základě cenové nabídky uchazeče na předmět plnění dle návrhu Smlouvy (příloha ZD), jako cena nejvýše přípustná a platná po celou dobu realizace služeb v členění na části (dílčí plnění) VZ. Nabídkovou cenu bude možno upravit pouze za podmínek uvedených v „návrhu smlouvy „v článku 4.4. Uchazeč uvede jen to dílčí plnění veřejné zakázky, na které podává nabídku. Nabídku lze podat na jedno dílčí plnění, více dílčích plnění nebo všechny dílčí plnění veřejné zakázky“.

Pokud jde o způsob zpracování nabídkové ceny, pod písm. a) článku 6. zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „Nabídková cena každého dílčího plnění jako nejvýše přípustná bude uvedena v českých korunách a za 1 rok, zaokrouhlena na celé koruny. V každém dílčím plnění bude uvedena celková cena dílčího plnění bez DPH, DPH dle sazby a cena včetně DPH. Součástí návrhu smlouvy budou cenové kalkulace nákladů na obsluhu jednotlivých zdrojů uspořádaných do dílčích plnění „A“ až „E“. Tyto náklady zahrnou vedle vlastní obsluhy náklady na dodávku pevných paliv, manipulaci na skládce paliva a likvidaci popela případně škváry. Dále pak opravy tepelných zdrojů do výše finančního limitu předepsaného pro každý tepelný zdroj a kalendářní rok. Návrh ceny za konkrétní dílčí plnění uvede uchazeč do tabulek uvedených pod bodem 4 návrhu smlouvy a dále pak do krycího listu nabídky. Pro hodnocení nabídek bude rozhodující celková cena konkrétního dílčího plnění bez DPH. Cena obsluhy jednotlivého zdroje bude tedy sestavena takto: 1. Vlastní obsluha. Uchazeč nabídne cenu obsluhy za jeden rok. Pro stanovení ceny využije údaj o zdroji

uvedený v článku 2.1.1 návrhu smlouvy. Uvedené obslužné hodiny nejsou pro uchazeče závazné, ale pouze orientační. Dále údaje provozního řádu a vlastní poznatky z prohlídky místa plnění“.

Dále text pokračuje stanovením způsobu zpracování nabídkové ceny pro 2. Pevná paliva a 3. Opravy.

Dne 13.6.2006 obdržel zadavatel ve faxové i písemné podobě pod značkou CT/186/GŘ/06 dotazy navrhovatele k zadávací dokumentaci ze dne 9.6.2006 výše ve vyjádření zadavatele uvedeného obsahu. Zadavatel dne 13.6.2006 vypracoval odpověď na navrhovatelem vznesené dotazy, ve které uvádí, že „Na základě upozornění uchazečů byl překontrolován počet předpokládaných obslužných hodin v roce. Při prepisování návrhu smlouvy došlo k chybám, které jsou napraveny takto“, aby dále u konkrétních tepelných zdrojů uvedl nový počet obslužných hodin. Na závěr této odpovědi zadavatel uvádí, že „V souladu se zadávací dokumentací, bod 6. a, není počet obslužných hodin pro uchazeče závazný, ale pouze orientační. Záleží tedy na každém uchazeči jaký počet obslužných hodin bude pro jednotlivé tepelné zdroje bezpodmínečně nutný při zachování bezpečného plynulého provozu a respektování provozního řádu“.

Přestože uvedená odpověď zadavatele byla navrhovateli doručena dne 19.6.2006, tedy do 7 dnů před uplynutím lhůty stanovené pro obdržení nabídek, jak ukládá ustanovení § 52 odst. 2 zákona a poskytnuta byla i všem ostatním, kterým byla poskytnuta zadávací dokumentace, 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 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, 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, 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 (povinnosti vymezit určitě a srozumitelně rozsah, množství předmětu veřejné zakázky) 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, 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.

S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti, které byly posouzeny a prokázány ve správním řízení, orgán dohledu rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku.

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, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 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 být zaslán jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Rozhodnutí obdrží:

1. Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha 6
2. JUDr. Vladimír Tögel, advokát, Plzeňská 181/183, 150 00 Praha 5
3. ERDING a.s., Kosmákova 2195/28, 615 00 Brno
4. BOPS a.s., Jinonická 329, 150 07 Praha 5
5. VV TOP s.r.o., Durďákova 363/55, 613 00 Brno
6. KRASPO, spol. s r.o., Hybešova 21, 602 00 Brno
7. EXPOL HK, s.r.o., Machkova 587, 500 11 Hradec Králové