

Č. j. VZ/S 15/03-152/1516/03-Der

Brně dne 31. března 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 17.2.2003 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb., 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., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zast. ředitelkou Ing. Věrou Prouskovou, učiněných při zadávání veřejné zakázky „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“, výzvou ze dne 12.9.2002 více zájemcům o veřejnou zakázku podle § 49 odst. 2 písm. b) 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. a zákona č. 320/2002 Sb., **rozhodl takto:**

Zadavatel - Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně - porušil § 3 posledně cit. zákona tím, že na veřejnou zakázku „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“ nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž, přestože výše peněžitého závazku bez DPH nezbytného pro realizaci předmětu plnění takový postup vyžadovala, a předmětnou veřejnou zakázku zadal výzvou více zájemcům podle § 49 odst. 2 písm. b) zákona, byť nenaplněovala znaky specializované zakázky ve smyslu § 2 písm. m) zákona o zadávání veřejných zakázek.

Podle ustanovení § 60 písm. b) v návaznosti na § 60a 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. se zadání veřejné zakázky „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“, **ruší.**

O d ů v o d n ě n í

Zadavatel Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zastoupená ředitelkou Ing. Věrou Prouskovou (dále jen „zadavatel“), vyzval podle ust. § 49 odst. 2 písm. b) 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. a zákona č. 320/2002 Sb. (dále jen „zákon“), tři zájemce o veřejnou zakázku k podání nabídky na veřejnou zakázku „na komplexní provozování tepelného hospodářství v areálu NsP“

Jako kritéria pro hodnocení nabídek zadavatel v podmínkách zadání veřejné zakázky uvedl:

- 1) racionalizační opatření v tepelném hospodářství v jednotlivých letech po dobu plnění:
 - a) druh a výše investice v Kč
 - b) garance kvantifikované úspory energie v GJ
- 2) meziroční nárůst ceny
- 3) výše nabídkové ceny v Kč/rok
- 4) skladba ceny – jednoduchá nebo složená cena.

Ve lhůtě pro podání námitek obdržel zadavatel nabídky od všech třech zájemců, přičemž nabídky uchazečů Severomoravská plynárenská, a. s., a DOTEK-CT, s. r. o., nevyhověly kontrole úplnosti, a proto zadavatel oba uchazeče vyloučil, což jim oznámil dopisy ze dne 22.10.2002.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), který je orgánem dohledu nad dodržováním zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obdržel dne 27.11.2002 návrh vyloučeného uchazeče Severomoravská plynárenská, a. s., na přezkoumání postupu zadavatele. Jmenovaný uchazeč namítal, že jeho vyloučení z další účasti na veřejné zakázce z důvodu nepodepsání čestného prohlášení o splnění kvalifikačních předpokladů oprávněnými osobami bylo učiněno v rozporu se zákonem. O návrhu jmenovaného uchazeče bylo rozhodnuto v samostatném správním řízení tak, že návrh byl zamítnut, neboť zadavatel vyloučením uchazeče neporušil zákon. Příslušné rozhodnutí nabylo právní moci dne 5.3.2003. O výběru nejvhodnější nabídky zadavatel dosud nerozhodl.

Po posouzení dokumentace o zadání veřejné zakázky zaslal orgán dohledu zadavateli žádost č. j. VZ/S 219/02-152/508/03-Der ze dne 5.2.2003 o doplňující stanovisko k postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, zejména zdůvodnění zadání veřejné zakázky způsobem podle § 49 odst. 2 písm. b) zákona. Ke skutečnostem uvedeným v žádosti orgánu dohledu zaslal zadavatel dne 7.2.2003 písemné vyjádření, na jehož základě, s přihlédnutím k předložené dokumentaci, získal orgán dohledu pochybnosti o souladu úkonů a postupů zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky se zákonem, a proto zahájil z vlastního podnětu správní řízení ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele, jehož účastníky podle § 58 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 14 zákona č. 71/1967 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů jsou:

1) zadavatel,

2) Dalkia Morava, a. s., 28. října 3123/152, 709 74 Ostrava, za niž jedná Ing. Zdeněk Duba, předseda představenstva, a JUDr. Lubomír Lubojacký, člen představenstva.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu jeho účastníkům dopisem č. j. VZ/S 15/03-152/695/03-Der ze dne 13.2.2003, jež oba účastníci správního řízení obdrželi dne 17.2.2003. Současně stanovil orgán dohledu lhůtu, ve které se každý z nich mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Zadavatel se ke zjištění orgánu dohledu vyjádřil dopisem ze dne 21.2.2003, ve kterém se plně odvolává na již poskytnuté stanovisko ke zdůvodnění zvoleného způsobu zadání formou specializované veřejné zakázky, jež bylo orgánem dohledu vyžádáno v rámci správního řízení č. j. S 219/02-152-Der. Ve zmíněném stanovisku ze dne 7.2.2003 zadavatel ke zdůvodnění zvoleného způsobu zadání předmětné veřejné zakázky uvádí, že plnění veřejné zakázky je upraveno samostatným zákonem č. 458/2000 Sb. (zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „energetický zákon“ – pozn. orgánu dohledu), z jehož ust. § 3 odst. 2 vyplývá, že se jedná o plnění prováděné ve veřejném zájmu, tj. o činnost, kterou provádí omezený okruh zájemců majících k předmětné činnosti příslušné oprávnění – licenci. Předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění provozování tepelného hospodářství (zajištění tepelné energie, teplé užitkové vody a technologie) z větší míry nájemním vztahem mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, který musí splnit všechny náležitosti předepsané energetickým zákonem. Plnění veřejné zakázky je možno zajistit na stávajících plynových kotlích nákupem primárního paliva z distribuční soustavy nebo napojením na soustavu centralizovaného zásobování teplem. Zadavatel ve svém stanovisku upozorňuje na povinnost provozovatele distribuční soustavy, kterým je v současné době na daném území společnost Severomoravská plynárenská, a. s. (dále jen „SmP, a. s.“), zajistit bezpečný a spolehlivý provoz distribuční soustavy na území vymezeném licenci (§ 59 energetického zákona) a na právo odběratele na připojení ke zdroji tepla nebo k rozvodnému zařízení v případě, že se nachází v místě výkonu licencované činnosti. Zadavatel upozorňuje na skutečnost, že je chráněným zákazníkem a po dobu plnění předmětné veřejné zakázky nebude moci uzavřít smlouvu s jiným dodavatelem paliva, přičemž nákup paliva od SmP, a. s., by byl vždy za regulované ceny. Vymezením veřejné zakázky jako specializované došlo k oddělení (separaci) možných provozovatelů, jejichž cena by byla podle názoru zadavatele zákonitě vyšší, neboť palivo nebo teplo by vždy nakupovali od provozovatele distribuční soustavy, přičemž zdroj tepla nelze v šetřeném případě nahradit. Ke dni zadání veřejné zakázky tedy zadavatel zajistil ze serveru Energetického regulačního úřadu aktuální výpis společností ze Seznamu držitelů licencí pro podnikání v energetických odvětvích, které jsou vlastníky potřebné licence pro vymezené území Nový Jičín. Zadavatel ve svém stanovisku vyjadřuje přesvědčení, že všichni držitelé licencí z uvedeného seznamu, kteří splňují podmínky zadání veřejné zakázky, byli osloveni, a všem bylo po potvrzení jejich účasti v předmětné veřejné zakázce předáno její zadání.

K žádosti orgánu dohledu o zdůvodnění požadavku zadavatele, že uchazeč o veřejnou zakázku musí být přímým dodavatelem primárního paliva či tepla na území města Nový Jičín, který zadavatel vymezil jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky, zadavatel v témže stanovisku uvádí, že zadavatel je jako odběratel vždy chráněným zákazníkem, který nakupuje palivo za regulované ceny bez možnosti volby dodavatele. Současně zadavatel upozorňuje na omezený rozsah tepelné sítě, z čehož vyplývá, že dodávka tepla je omezena

možností napojení na soustavu centralizovaného zásobování teplem v daném místě. Z výše uvedených skutečností zadavatel vyvozuje, že přímý dodavatel primárního paliva či tepla má z důvodů technického, materiálního a odborného zázemí v místě plnění předpoklad pro nejnižší náklady na provozování tepelného hospodářství, neboť jakýkoliv mezičlánek mezi držitelem licence a konečným spotřebitelem s sebou přináší navýšení ročních nákladů zadavatele.

Ve svém stanovisku ze dne 21.2.2003 zadavatel mimo odkaz na výše uvedené vyjádření zdůrazňuje skutečnost, že předmětem veřejné zakázky není jen výroba a dodávka tepla pro potřeby zadavatele, ale také výroba a dodávka tepla pro třetí subjekty na území města Nového Jičína, z čehož vyplývá, že je nezbytné splnění všech podmínek stanovených pro daný případ energetickým zákonem. K pochybnostem orgánu dohledu ohledně stanovení povinnosti předložit licenci na území města Nový Jičín nezbytnou pro splnění dalšího předpokladu veřejné zakázky zadavatel dodává, že za situace, kdy dochází k výrobě a dodávce tepla také jiným subjektům, nelze jinak než v souladu s podmínkami stanovenými energetickým zákonem vyžadovat mimo jiné i předložení příslušné licence, neboť uchazeč o veřejnou zakázku musí být oprávněn podnikat v oblasti tepelného hospodářství. Zadavatel zásadně odmítá vznesené pochybnosti orgánu dohledu o možném stanovení diskriminačních podmínek, neboť dle názoru zadavatele se naopak jedná o podmínky, které jsou v souladu s obecně závaznými právními předpisy jediné možné.

K otázce nejednoznačného a nesrozumitelného stanovení hodnotících kritérií, zejména kritéria „meziroční nárůst ceny“ a „skladba ceny – jednoduchá nebo složená cena“ zadavatel předložil vysvětlující komentář k jednotlivým použitým pojmům, s odkazem na skutečnost, že se v dané oblasti jedná o pojmy běžně používané a subjektům podnikajícím v oboru energetiky všeobecně známé. Na podporu svého tvrzení uvádí zadavatel skutečnost, že žádný z uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku nevznesl vůči zadavateli dotaz k podrobnějšímu vysvětlení použitých pojmů. Stanovená hodnotící kritéria byla všem uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku zřejmá, což také dokládá skutečnost, že na ně v podaných nabídkách reagovali adekvátním způsobem.

Na námitku orgánu dohledu, že předložená dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky neobsahuje doručky od rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazečů z další účasti na veřejné zakázce (příp. doklad o jejich osobním převzetí), zadavatel dodatečně předložil příslušné doručky od rozhodnutí o vyloučení uchazečů o veřejnou zakázku. Zasláný listinný důkaz byl, včetně zaslané dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky a stanovisek zadavatele, podkladem pro rozhodnutí orgánu dohledu.

Orgán dohledu po posouzení veškerých materiálů včetně vyjádření zadavatele uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Ke způsobu zadání veřejné zakázky

Zadavatel posoudil veřejnou zakázku s ohledem na předmět jejího plnění jako specializovanou a zadal ji způsobem podle § 49 odst. 2 písm. b) zákona. Specializovaná veřejná zakázka je definována v ust. § 2 písm. m) zákona jako taková veřejná zakázka, kterou může pro zadavatele provést pouze omezený okruh zájemců majících k tomu příslušné oprávnění k podnikání, nejvýše však sedm.

Orgán dohledu při přezkoumávání předložené dokumentace získal pochybnosti, zda zadavatel při volbě způsobu zadání postupoval v souladu se zákonem, neboť nesdílí názor zadavatele, že předmětná veřejná zakázka má natolik specifický předmět plnění, který může provést jen omezený počet zájemců. Své pochybnosti vyjádřil orgán dohledu v žádosti o písemné stanovisko č. j. VZ/S 19/02-152/508/03-Der ze dne 5.2.2003, na niž zadavatel reagoval zasláním písemného zdůvodnění zvoleného způsobu zadání veřejné zakázky č. j. HTS/89/03 ze dne 7.2.2003.

Ve svém vyjádření zadavatel argumentuje, že předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění provozování tepelného hospodářství (nejen pro potřeby zadavatele, ale také pro třetí subjekty na území města Nový Jičín), z čehož vyplývá, že je nezbytné splnění všech podmínek stanovených pro daný případ energetickým zákonem. Podle zadavatele se jedná o činnost prováděnou ve veřejném zájmu, kterou může provádět jen omezený okruh zájemců, jež disponují příslušnou licenci, přičemž se odvolává na požadavky předepsané energetickým zákonem. Zadavatel má jako odběratel ve smyslu energetického zákona právo na připojení ke zdroji tepla nebo k rozvodnému zařízení, ovšem současně upozorňuje na skutečnost, že jako chráněný zákazník současného provozovatele distribuční soustavy na daném území, kterým je SmP, a. s., nebude moci po dobu plnění předmětné veřejné zakázky uzavřít smlouvu s jiným dodavatelem paliva. Nákup paliva od SmP, a. s., probíhá vždy za regulované ceny, a z toho důvodu zadavatel zadal veřejnou zakázku jako specializovanou, aby došlo k oddělení dalších možných provozovatelů, jejichž cena by byla dle názoru zadavatele vyšší, neboť palivo nebo teplo by vždy nakupovali od provozovatele distribuční soustavy. Ke dni zadání veřejné zakázky zajistil zadavatel aktuální výpis všech subjektů ze Seznamu držitelů licencí pro podnikání v energetických odvětvích, vedeného Energetickým regulačním úřadem, které jsou držiteli příslušné licence pro vymezené území Nový Jičín. Všichni držitelé licencí, kteří splňovali podmínky zadání veřejné zakázky, byli následně zadavatelem osloveni a po potvrzení jejich účasti v předmětné veřejné zakázce jim byla předána zadávací dokumentace.

Orgán dohledu zaslal dne 20.2.2003 žádost Energetickému regulačnímu úřadu (dále jen „ERÚ“), evidovanou pod č. j. VZ/S 15/03-152/800/03-Der, o odborné stanovisko ke sporným otázkám v postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky. Z odpovědi ERÚ č. j. P-2946/2003/300, jež byla orgánu dohledu doručena dne 18.3.2003, ohledně způsobu zadání šetřené veřejné zakázky vyplývá, že provozování energetických zařízení je „specializovaná záležitost“, neboť fyzická či právnická osoba, jež tuto činnost hodlá vykonávat, musí splnit kritéria stanovená právními předpisy Ministerstva práce a sociálních věcí, resp. Úřadu bezpečnosti práce, který určuje a kontroluje způsob obsluhy a údržby energetického zařízení, a dále kritéria stanovená energetickým zákonem. Doplnujícím šetřením orgánu dohledu bylo zjištěno, že pod termínem „specializovaná záležitost“ byla ERÚ míněna specifická odborná činnost, která na její provozovatele klade vysoké nároky zejména z pohledu bezpečnosti práce, neboť se jedná o činnost provozovanou ve veřejném zájmu. Podle názoru ERÚ se však nejedná o specializovanou veřejnou zakázku ve smyslu ust. § 2 písm. m) zákona o zadávání veřejných zakázek.

Pojem specializovaná veřejná zakázka je definován v § 2 písm. m) zákona jako zakázka, kterou může pro zadavatele provést pouze omezený okruh zájemců majících k tomu příslušné oprávnění k podnikání, nejvýše sedm. Z uvedené definice je zřejmé, že předmět veřejné zakázky musí být natolik specifický, že vede k výrazné eliminaci okruhu možných zájemců, jež jsou reálně schopni veřejnou zakázku splnit.

Aplikace ust. § 49 odst. 2 písm. b) zákona je tedy možná pouze v případě, že prokazatelně existuje maximálně sedm zájemců o veřejnou zakázku schopných splnit předmět plnění. O aplikaci příslušného způsobu zadání rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Důkazní břemeno existence objektivních podmínek, a tedy oprávněnosti použití zvoleného způsobu zadání veřejné zakázky, leží na zadavateli, což znamená, že zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více jak sedm zájemců o veřejnou zakázku. Pouhé subjektivní uvážení zadavatele je při volbě výjimečného způsobu zadání, kterým zadání veřejné zakázky podle ust. § 49 odst. 2 písm. b) zákona bezesporu je, z hlediska zákona nedostatečné.

Přezkoumáním předložené dokumentace dospěl orgán dohledu ke zjištění, že dokumentace neobsahuje žádný důkaz, který by prokázal, že provozování tepelného hospodářství je specializovanou veřejnou zakázkou ve smyslu zákona o zadávání veřejných zakázek, jež je schopno zrealizovat maximálně sedm zájemců o předmětnou veřejnou zakázku. Z dokumentace o zadání veřejné zakázky je pouze zřejmé, že zadávací dokumentaci si prokazatelně vyzvedli tři zájemci o veřejnou zakázku, následně však již nejsou zadavatelem uvedeny důvody, které by přesvědčivě vypovídaly o skutečnosti, že okruh tří uchazečů o veřejnou zakázku je úplný a jediný možný. Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel existenci objektivních důvodů pro zvolený způsob zadání předmětné veřejné zakázky v dokumentaci o jejím zadání neprokázal.

Nelze ani souhlasit s následnou argumentací zadavatele, že se jedná o činnost ve veřejném zájmu, kterou může provozovat jen omezený počet zájemců, majících k činnosti potřebnou licenci. Předmět plnění je vysoce odbornou činností, jež vyžaduje splnění všech podmínek daných zejména energetickým zákonem a příslušnými předpisy z oblasti bezpečnosti práce. Není však natolik specifickou činností, která by odpovídala možnosti jejího splnění maximálně sedmi zájemci o veřejnou zakázku.

Vlastním důkazním šetřením orgánu dohledu bylo zjištěno, že na tuzemském trhu prokazatelně existuje široký okruh (nikoliv maximálně sedm) subjektů, jejichž předmět činnosti může pokrýt celý předmět zadání veřejné zakázky a jež jsou schopny předmětnou veřejnou zakázku splnit. Skutečnost lze ověřit mimo jiné také v zadavatelem uváděném Seznamu držitelů licencí pro podnikání v energetických odvětvích, vedeném Energetickým regulačním úřadem, v němž lze nalézt více než sedm subjektů s odpovídajícím předmětem podnikání (včetně již obdržených licencí), operujících na českém trhu.

Zjištění orgánu dohledu potvrdil ve svém stanovisku také ERÚ, který uvádí, že existuje mnoho subjektů, podnikajících např. ve výrobě, projekci a instalaci energetických zařízení. Pro stanovení okruhu možných zájemců o veřejnou zakázku je držení potřebného oprávnění – licence – až druhotnou otázkou, neboť ji ERÚ uděluje až následně s vazbou na konkrétní zařízení (podrobněji viz níže).

V této souvislosti nelze přijmout ani argumentaci zadavatele, že okruh zájemců eliminoval záměrně s cílem omezení přístupu zájemců o veřejnou zakázku, kteří by podle názoru zadavatele navýšili finální cenu plnění veřejné zakázky nákupem energie od provozovatele distribuční soustavy, jehož ceny jsou pro zadavatele jako chráněného zákazníka regulované, a tudíž nejvyšší.

Vyšší nabídková cena ostatních uchazečů o veřejnou zakázku, s výjimkou provozovatele distribuční sítě, je důkazně nepodloženou subjektivní úvahou zadavatele, byť vyvozenou a odůvodněnou logickými argumenty. V prostředí regulovaných cen za dodávky energie není poskytován široký prostor pro vytváření kvantitativně odlišných nabídkových cen. Uchazeč o předmětnou veřejnou zakázku může, při zachování regulované ceny dodávky energie, operovat s konečnou výší nabídkové ceny v rámci svého podnikatelského zisku, přičemž pohyb cen může být směrem nahoru, ale i dolů (tedy na úkor možného podnikatelského zisku). Uvedené skutečnosti však lze zjistit až v procesu zadání veřejné zakázky porovnáním nabídkových cen jednotlivých uchazečů v předložených nabídkách, nikoli a priori na základě úvahy zadavatele, na základě které předem omezil přístup ostatních zájemců k účasti na veřejné zakázce. Případné rozdíly ve výši nabídkových cen lze rozlišit ve fázi hodnocení nabídek (při použití stanovených hodnotících kritérií – zejména kritéria uvedeného v čl. 5 bodu 3 výzvy k podání nabídek – výše nabídkové ceny), přičemž je logické, že zadavatel v rámci hodnocení upřednostní nabídku toho uchazeče, jehož nabídka bude zárukou nejnižších nákladů zadavatele na provozování tepelného hospodářství.

Zdůvodnění zvoleného způsobu zadání je navíc v rozporu s dalšími úkony zadavatele při zadávání veřejné zakázky, neboť vedly-li by ho výše popisované důvody k úvahám o specializované veřejné zakázce, musel by veřejnou zakázku zadat výzvou jednomu zájemci, jímž by byl pouze provozovatel distribuční sítě, v šetřeném případě SmP, a. s. Z předložené dokumentace o zadání veřejné zakázky je však zřejmé, že zadavatel takový způsob zadání veřejné zakázky nezvolil.

Vzhledem ke zjištěným skutečnostem nezbyvá orgánu dohledu než konstatovat, že pojmové znaky specializované veřejné zakázky nebyly v šetřeném případě naplněny, a zadavatel nebyl oprávněn k aplikaci ust. § 49 odst. 2 písm. b) zákona. Zadavatel při volbě způsobu zadání veřejné zakázky nepostupoval s ohledem na aktuální situaci na trhu a s přihlédnutím k základnímu účelu zákona, kterým je hospodárné a efektivní vynakládání veřejných finančních prostředků. Pochybením zadavatele došlo k porušení ust. § 3 zákona, neboť nevyhlásil obchodní veřejnou soutěž, přestože výše peněžitého závazku bez DPH nezbytného pro realizaci předmětu plnění takový postup vyžadovala, a předmětnou veřejnou zakázku zadal výzvou více zájemcům podle § 49 odst. 2 písm. b) zákona, byť nenaplněvala znaky specializované zakázky ve smyslu § 2 písm. m) zákona o zadávání veřejných zakázek.

K omezení okruhu uchazečů o veřejnou zakázku na přímé dodavatele primárního paliva či tepla na území města Nový Jičín

V článku 4 výzvy k podání nabídek stanovil zadavatel jako další předpoklad pro plnění veřejné zakázky, že uchazeč je přímým dodavatelem primárního paliva či tepla na území města Nový Jičín a má možnost jeho využití pro plnění předmětu výzvy, přičemž je povinen doložit příslušná oprávnění k podnikání a příslušnou listinu licence dle energetického zákona, a to formou ověřené kopie.

Na žádost orgánu dohledu o bližší interpretaci a zdůvodnění stanovení uvedeného předpokladu pro plnění veřejné zakázky zadavatel reagoval opakovaným sdělením, že zadavatel je jako odběratel vždy chráněným zákazníkem, který nakupuje palivo za regulované ceny bez možnosti volby dodavatele. Současně zadavatel upozornil na limitovaný rozsah tepelné sítě, neboť dodávka tepla je omezena možností napojení na soustavu centralizovaného zásobování teplem v daném místě. Z výše uvedených skutečností zadavatel vyvozuje, že přímý dodavatel primárního paliva či tepla má z důvodů technického,

materiálního a odborného zázemí v místě plnění předpoklad pro nejnižší náklady na provozování tepelného hospodářství, neboť jakýkoliv mezičlánek mezi držitelem licence a konečným spotřebitelem s sebou přináší navýšení ročních nákladů zadavatele. K pochybnostem orgánu dohledu ohledně stanovení povinnosti předložit licenci na území města Nový Jičín nezbytnou pro splnění dalšího předpokladu veřejné zakázky zadavatel dodává, že za situace, kdy dochází k výrobě a dodávce tepla také jiným subjektům, nelze jinak, než v souladu s podmínkami stanovenými energetickým zákonem, vyžadovat mimo jiné i předložení příslušné licence, neboť uchazeč o veřejnou zakázku musí být oprávněn podnikat v oblasti tepelného hospodářství. Zadavatel zásadně odmítá vznesené pochybnosti orgánu dohledu o možném stanovení diskriminačních podmínek, neboť dle názoru zadavatele se naopak jedná o podmínky, které jsou v souladu s obecně závaznými právními předpisy jediné možné.

Ze stanoviska ERÚ, v části, která se věnuje otázce udělování licencí, vyplývá, že v souladu s požadavky energetického zákona se licence vždy vydává až následně, tzn. na konkrétní energetické zařízení, přičemž žadatel o licenci musí mít, mimo splnění ostatních požadavků energetického zákona, k předmětnému zařízení vlastnický či nájemní vztah (příp. alespoň doložit perspektivu takového vztahu uzavřenou smlouvou o smlouvě budoucí). Veřejné zakázky se podle názoru ERÚ mohou účastnit i subjekty, podnikající v příslušném oboru, jež prozatím nejsou držiteli žádné licence, neboť není vyloučena možnost, že právě některý z těchto subjektů ji získá v následném správním řízení před ERÚ o udělení licence na konkrétní energetické zařízení, jež bylo předmětem veřejné zakázky. Vzhledem k výše uvedenému mohou tedy uchazeči v nabídkách předložit pouze licence udělené na obdobná zařízení, nikoli na zařízení, které je teprve předmětem veřejné zakázky. Doložené licence lze tedy zohlednit až ve fázi hodnocení nabídek (např. v rámci referencí o jednotlivých provozovaných oprávněních), nikoli předem omezovat okruh možných zájemců o veřejnou zakázku v dalších předpokladech pro její plnění, které nejsou fakticky splnitelné. Omezení okruhu uchazečů již v zadávacích podmínkách veřejné zakázky jen na osoby licencované či koncesované podle energetického zákona není nutné a směrem k potenciálním zájemcům o veřejnou zakázku působí jako blokační podmínka.

Orgán dohledu posoudil spornou otázku omezení okruhu zájemců o veřejnou zakázku v intencích obou zákonů (energetický zákon, zákon o zadávání veřejných zakázek) a konstatuje, že s ohledem na standardně probíhající řízení o udělování licencí není fakticky možné po zájemcích o předmětnou veřejnou zakázku vyžadovat předložení licence na energetické zařízení, jež je předmětem veřejné zakázky, jako podmínku nutnou pro účast ve výběrovém řízení o veřejnou zakázku. Jak vyplývá ze stanoviska ERÚ, licence je udělena vždy na konkrétní energetické zařízení, které žadatel o příslušnou licenci vlastní nebo které má v nájmu. Popisovaný postup je odůvodněn vysoce náročnou činností v oblasti energetiky, prováděnou ve veřejném zájmu, přičemž ERÚ je udělením licence nositelem záruky její kvality a bezpečnosti, tudíž neudělí licenci na dané zařízení předem, bez znalosti a ověření žadatele o licenci a současně energetického zařízení.

Z vyjádření ERÚ vyplývá, že zájemcem o předmětnou veřejnou zakázku může být jakýkoliv subjekt za splnění podmínky oprávnění k podnikání v příslušné oblasti. Splní-li následně jako žadatel o licenci podmínky stanovené energetickým zákonem, udělí mu ERÚ licenci na provozování konkrétního energetického zařízení. Zadavatel tedy nepostupoval v souladu se zákonem, pokud a priori vyloučil v podmínkách zadání veřejné zakázky potenciální zájemce o veřejnou zakázku, kteří dosud nevlastní žádnou licenci, popř. licenci vlastní, ovšem nikoliv na zařízení v zadavatelem vymezeném území města Nový Jičín.

Probíhajícím šetřením bylo prokázáno, že okruh možných zájemců o veřejnou zakázku je širší a omezení okruhu zájemců o veřejnou zakázku pouze na subjekty disponující některou z licencí na energetické zařízení působí jako diskriminační kritérium, neboť předmět plnění veřejné zakázky je prokazatelně schopno splnit více zájemců, než stanovil zadavatel. V této souvislosti je nutno opětovně připomenout, že vzhledem ke skutečnosti, že ERÚ udělí licenci na předmětné energetické zařízení následně po zadání veřejné zakázky, se ze strany zadavatele jedná o podmínku fakticky nesplnitelnou. Orgán dohledu se rovněž přiklání k názoru ERÚ, že již obdržené licence na energetická zařízení by bylo vhodnější a efektivnější zohlednit ve fázi hodnocení nabídek v rámci referencí jednotlivých uchazečů.

Hlavní princip zákona o zadávání veřejných zakázek – účelnost a hospodárnost vynakládání veřejných finančních prostředků – nelze aplikovat na úkor vytváření soutěžního prostředí v procesu zadávání veřejných zakázek omezením přístupu ekonomických subjektů do výběrového řízení. Pokud objektivně neexistují překážky pro vytváření soutěžního prostředí, tzn. v případě, kdy se o veřejnou zakázku může ucházet více zájemců, je povinností zadavatele rozhodnout o výběru nejvhodnější nabídky pro zabezpečení svých potřeb při zachování základních principů zákona. Nelze tedy akceptovat omezování přístupu zájemců o veřejnou zakázku např. tím, že veřejná zakázka je účelově zadána jako specializovaná podle § 49 odst. 2 písm. b) zákona, aniž by byla naplněna zákonná definice specializované veřejné zakázky v § 2 písm. m) zákona.

Ke stanovení hodnotících kritérií

Pro hodnocení nabídek uchazečů podle ekonomické vhodnosti stanovil zadavatel následující hodnotící kritéria:

- 1) racionalizační opatření v tepelném hospodářství v jednotlivých letech po dobu plnění:
 - a) druh a výše investice v Kč
 - b) garance kvantifikované úspory energie v GJ
- 2) meziroční nárůst ceny
- 3) výše nabídkové ceny v Kč/rok
- 4) skladba ceny – jednoduchá nebo složená cena.

Orgán dohledu získal pochybnosti o určitosti a srozumitelnosti stanovených kritérií hodnocení, zejména kritérií uvedených pod body 2) a 4), pro uchazeče o veřejnou zakázku, což uvedl v oznámení o zahájení správního řízení. Současně upozornil na skutečnost, že v zadávací dokumentaci nebyl nalezen žádný odkaz na jejich podrobnější vysvětlení.

Zadavatel ve svém stanovisku podrobně popsal a podal vysvětlení k jednotlivým použitým termínům ve stanovených kritériích hodnocení, přičemž zdůrazňuje, že se jedná o v daném oboru všeobecně známé pojmy, kterých se běžně používá. Na podporu svého tvrzení dodává, že hodnotící kritéria byla pro všechny uchazeče zřejmá a srozumitelná, neboť v průběhu zadávání veřejné zakázky proběhla u zadavatele dvě setkání za účelem podrobné prohlídky energetického zařízení a seznámení se s podmínkami veřejné zakázky, s možností vznést dotazy k předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel zdůrazňuje, že žádný z uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku nežádal podrobnější vysvětlení hodnotících kritérií, což dokazuje, že všem uchazečům byla kritéria hodnocení jasná. O uvedené skutečnosti svědčí také předložené nabídky jednotlivých uchazečů, z nichž je zřejmé, že na stanovená hodnotící kritéria reagovali adekvátním způsobem.

Po posouzení všech výše uvedených skutečností současně s přezkoumáním nabídek jednotlivých uchazečů o veřejnou zakázku orgán dohledu konstatuje, že hodnotící kritéria byla zadavatelem stanovena jednoznačně a srozumitelně pro všechny uchazeče o veřejnou zakázku a že zadavatel při jejich stanovení postupoval v souladu se zákonem.

K chybějícímu prokázání doručení rozhodnutí zadavatele

Podle § 68 odst. 2 zákona musí být rozhodnutí zadavatele, u nichž zákon stanoví povinnost oznámit je příslušnému uchazeči, odeslány doporučeně s doručenkou nebo osobně proti podpisu doručeny uchazeči.

Po přezkoumání předložené dokumentace získal orgán dohledu pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při doručování rozhodnutí o vyloučení uchazečů SmP, a. s., a DOTEK-CZ, s. r. o., z další účasti ve veřejné zakázce, neboť dokumentace příslušné doručeny neobsahovala a nebyl doložen ani doklad o osobním převzetí rozhodnutí.

Na skutečnost uvedenou orgánem dohledu v oznámení o zahájení správního řízení reagoval zadavatel zasláním listinného důkazu – rozhodnutí o vyloučení jmenovaných uchazečů včetně příslušných doručenek. Vzhledem k doplnění dokumentace ve lhůtě k tomu stanovené považuje orgán dohledu dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky za kompletní, a konstatuje, že zadavatel při doručování rozhodnutí o vyloučení uchazečů z další účasti ve veřejné zakázce postupoval v souladu s § 68 odst. 2 zákona.

Po posouzení všech zjištěných skutečností dospěl orgán dohledu k závěru, že postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné vykazuje pochybení (nesprávný způsob zadání veřejné zakázky a bezdůvodné omezení okruhu potenciálních zájemců o veřejnou zakázku), která nelze napravit jinak, než zrušením zadání veřejné zakázky a tudíž rozhodl, 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 – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Miroslav Šumbera
vrchní ředitel

Obdrží:

- 1) Nemocnice s poliklinikou v Novém Jičíně, K Nemocnici 76, 741 11 Nový Jičín, zast. Ing. Věrou Prouskovou
- 2) Dalkia Morava, a. s., 28. října 3123/152, 709 74 Ostrava, zast. Ing. Zdeňkem Dubou

