

Č. j.: 2R 16/02 – Hr

V Brně dne 24. května 2002

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26.3.2002 podaném společností ČEPS, a. s., se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, zast. na základě plné moci ze dne 12.3.2002 Ing. Václavem Hoškem, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 30/02-151/1211/02-Hm ze dne 8.3.2002 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – společnosti ČEPS, a. s., se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, učiněných při zadávání veřejné zakázky „na dodávku 1 ks nově vyrobeného venkovního olejového trojfázového trojvinutového regulačního výkonového autotransformátoru jádrového typu (ne plášťový) s jmenovitým převodem  $400/121 \pm 8 \times 1,5\%/10,5$  kV, jmenovitým výkonem 350/350/100 MVA, a s monitorovacím systémem pro TR 400/110 kV Mírovka“ formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé 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. a zákona č. 142/2001 Sb., zveřejněním v Obchodním věstníku č. 43/01 pod zn. 136195-43/01 dne 24. 10. 2001, jsem podle § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., na základě návrhu zvláštní komise, ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 30/02-151/1211/02-Hm ze dne 8.3.2002

**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

Obchodní společnost ČEPS, a. s., se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, zast. na základě plné moci ze dne 12.3.2002 Ing. Václavem Hoškem (dále jen „zadavatel“), vyhlásil dne 24.10.2001 zveřejněním v Obchodním věstníku č. 43/01 pod zn. 136195-43/01 obchodní veřejnou soutěž podle části druhé 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. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon“), na veřejnou zakázku „na dodávku 1 ks nově vyrobeného venkovního olejového trojfázového trojvinuťového regulačního výkonového autotransformátoru jádrového typu (ne plášťový) s jmenovitým převodem  $400/121 \pm 8 \times 1,5\%/10,5$  kV, jmenovitým výkonem 350/350/100 MVA, a s monitorovacím systémem pro TR 400/110 kV Mírovka“.

Z předložené dokumentace vyplývá, že nabídky podali čtyři uchazeči, přičemž dne 18.12.2001 se rozhodl zadavatel vyloučit ze soutěže uchazeče Siemens Aktiengesellschaft, Berlin, München, Spolková republika Německo, zastoupeného na základě plné moci ze dne 4.1.2002 obchodní společností Siemens s. r. o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, zast. prokuristou Ing. Pavlem Kopečným a Ing. Ivanou Francovou (dále jen „Siemens“) a uchazeče ALSTOM Schorch Transformatoren GmbH, Mönchengladbach, Spolková republika Německo, zastoupeného na základě plné moci ze dne 3.12.2001 obchodní společností ALSTOM CZECH s. r. o., se sídlem Na Podkovce 10, 147 00 Praha 4, zast. jednatelem Ing. Vitalijem Švicem (dále jen „ALSTOM“). Jako důvod pro vyloučení obou uchazečů zadavatel uvedl, že uchazeči nenabízejí autotransformátor, jehož budou výrobcí.

Rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení obdržel uchazeč Siemens dne 27.12.2001 a uchazeč ALSTOM dne 4.1.2002, přičemž uchazeč Siemens podal proti tomuto rozhodnutí dne 9.1.2002 námitky, kterým zadavatel po jejich přezkoumání rozhodnutím ze dne 15.1.2002 nevyhověl a současně poučil uchazeče Siemens o možnosti podat návrh na přezkoumání tohoto rozhodnutí (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“). Uchazeč Siemens rozhodnutí zadavatele o námitkách obdržel dne 18.1.2002, svého práva využil a dne 28.1.2002 návrh k ÚOHS podal. Tímto dnem bylo také zahájeno správní řízení, ve kterém jako účastníky označil ÚOHS zadavatele, uchazeče Siemens a uchazeče ALSTOM.

V návrhu uchazeč Siemens uvádí, že podle zadávací dokumentace bodu 1/ musel být uchazeč právníkou osobou i výrobcem nabízeného autotransformátoru, přičemž k osobě výrobce neobsahovala zadávací dokumentace žádné bližší údaje. Předmětný autotransformátor vyrábí firma Končar Power Transformers Ltd. Zagreb, Chorvatsko (dále jen „společnost Končar“), která patří do skupiny firem Siemens, neboť „Siemens AG je majoritním vlastníkem a společníkem této firmy (51 %)“. Vzhledem k této skutečnosti je uchazeč Siemens přesvědčen, že splnil požadavek zadavatele podle čl. 1/ zadávací dokumentace tak, že Siemens AG je výrobcem předmětného transformátoru. Uchazeč Siemens požaduje, aby ÚOHS rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče Siemens zrušil a uložil zadavateli provést nový výběr.

K zahájení správního řízení se vyjádřil zadavatel a uvádí, že vzhledem ke složitosti a nákladnosti předmětu veřejné zakázky, na jehož kvalitním provozu závisí spolehlivé fungování elektrizační soustavy České republiky, chtěl mít zadavatel smluvně zajištěnou výrobu, dodávku, záruční a pozáruční servis u konkrétního subjektu, který je právníkou osobou a nikoliv nadnárodním konsorciem. K tomuto svému požadavku byl zadavatel veden

„obavami z turbulentních změn subjektů držících akcie výrobních závodů ve svých portfoliích a obavou o zachování závazků ze smluv a o možnost jejich efektivního vymáhání.“ Společnost Siemens AG podle názoru zadavatele není společností Končar, společnost Končar je jinou, odlišnou a samostatnou právnickou osobou, a proto uchazeč Siemens nesplnil podmínku být současně výrobcem nabízeného transformátoru. Zadavatel dále uvádí, že ze stejných důvodů vyloučil i uchazeče ALSTOM.

Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal ÚOHS dne 8.3.2002 rozhodnutí č. j. S 30/02-151/1211/02-Hm, kterým zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 18.12.2001 o vyloučení uchazeče Siemens a uchazeče ALSTOM, neboť oba uchazeči byli svým vyloučením podle názoru ÚOHS znevýhodněni v rozporu s ustanovením § 11 odst. 1 zákona. ÚOHS uložil zadavateli zařadit nabídky obou uchazečů zpět do soutěže.

V odůvodnění svého rozhodnutí ÚOHS uvádí, že není možné vyloučit uchazeče, který nabízí předmět veřejné zakázky plně srovnatelný s uchazeči, kteří jsou přímými výrobci autotransformátorů. Ustanovení § 11 odst. 1 zákona zakazuje zadavateli diskriminovat některého z uchazečů a zadavatel tím, že vyloučil ze soutěže uchazeče, který je schopen nabídnout plnění předmětu veřejné zakázky, znevýhodnil tohoto uchazeče oproti ostatním. ÚOHS uvádí, že zajištění realizace záruk nelze řešit znevýhodněním skupiny uchazečů, ale naopak co nejpřesnější formulací záručních podmínek v zadání veřejné zakázky. V této souvislosti ÚOHS dále uvádí, že ustanovení § 2 písm. c) zákona výslovně stanoví možnost podání společných nabídek a zadavatel nemůže tuto možnost vyloučit, stejně tak jako nemůže vyloučit podání nabídek fyzickými osobami. Zadavatel nemůže podle názoru ÚOHS vylučovat uchazeče na základě jejich právní formy. Naposled ÚOHS konstatuje, že nezrušil zadání veřejné zakázky, neboť přes pochybení zadavatele bylo podáno dostatečné množství nabídek zaručujících konkurenci mezi uchazeči.

Proti uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 26.3.2002 rozklad, ve kterém v celém rozsahu odkazuje na své dřívější vyjádření ze dne 31.1.2002 a následně popisuje podle svého názoru mimořádné nároky na kvalitu a spolehlivost, které jsou kladeny na předmět veřejné zakázky. Zadavatel je přesvědčen, že použil všech obvyklých nástrojů zajištění závazku prodávajícího, která zmiňuje i napadené rozhodnutí ÚOHS, ale jejich účinnost a vymahatelnost může být podle názoru zadavatele značně oslabena rozdělením odpovědnosti mezi zprostředkovatele, obchodního zástupce a servisní organizace, odlišné od subjektu výrobce, přičemž zadavatel rovněž uvádí, že v daném oboru obchodů není zvykem požadovat vysoké smluvní pokuty, které by se projevíly zvýšením kupní ceny. Zadavatel má za to, že se mu podařilo prokázat, že při použití dosti univerzálního znění zákona na tuto velmi atypickou veřejnou zakázku neporušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona, a proto navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a aby námitkám uchazeče Siemens nebylo vyhověno.

K podanému rozkladu se vyjádřil uchazeč Siemens a uvádí, že je stále přesvědčen o tom, že splnil podmínky stanovené zadávací dokumentací zadavatele a o kvalitě jím nabízených výrobků prohlašuje, že ji zná, když provozuje významný počet těchto výrobků ve své síti.

Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru:

ÚOHS tím, že svým rozhodnutím č. j. S 30/02-151/1211/02-Hm ze dne 8.3.2002 zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení dotčených uchazečů a uložil zadavateli nabídky obou uchazečů zařadit zpět do soutěže, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí se plně ztotožňuji.

K argumentaci zadavatele v rozkladu uvádím následující.

Při formulování zadání veřejné zakázky není možné a priori předpokládat a formulaci zadání tomuto soudu přizpůsobovat, že některý z potenciálních uchazečů je schopen plnit veřejnou zakázku pouze v nižší kvalitě než jiný, tedy např. nelze a priori předpokládat, že prodejci budou plnit své smluvní závazky hůře než výrobci, nebo že každá právnická osoba je schopna poskytnout lepší plnění veřejné zakázky než kterákoliv fyzická osoba. Každá podmínka zakládající se na těchto soudech a obsažená v zadání veřejné zakázky, je diskriminační, a tedy v rozporu s ustanovením § 11 odst. 1 zákona, neboť v zájmu zachování rovných příležitostí pro všechny potenciální uchazeče o veřejnou zakázku a zajištění transparentnosti zadávacího procesu je nezbytné porovnávat kvalitu jednotlivých nabídek nikoliv před vyhlášením veřejné zakázky, ale až po jejich předložení a objektivním zhodnocení.

Proto pokud zadavatel v zadání předmětné veřejné zakázky vyloučil z okruhu potenciálních zájemců o veřejnou zakázku všechny nevýrobce poptávaného zboží a všechny fyzické osoby, je tato podmínka diskriminační, a pokud podle ní zadavatel vyloučil uchazeče Siemens a uchazeče ALSTOM ze soutěže, nedovoleně znevýhodnil tyto uchazeče oproti ostatním uchazečům ve smyslu § 11 odst. 1 zákona. Zadavatel by proto neměl k diskriminačním ustanovením zadání veřejné zakázky v dalším průběhu obchodní veřejné soutěže vůbec přihlížet.

Na druhé straně je potřeba konstatovat, že lze do jisté míry chápat důvody, které zadavatele k formulaci těchto podmínek účasti v soutěži vedly, stejně jako je potřeba respektovat právo zadavatele vybrat si jemu nejvhodnější nabídku. Za tímto účelem však zadavatel nesmí uplatňovat diskriminační kritéria ve vyhlášení veřejné zakázky, ale např. vhodně a dostatečně přesně volit taková kritéria pro posuzování a hodnocení nabídek, která mu umožní vybrat pro něj nejvhodnější nabídku.

Pro úplnost dodávám, že ÚOHS vzhledem k ekonomii správního řízení nezkoumal, zda a nakolik jsou uchazeč Siemens (resp. společnost Siemens AG) a přímý výrobce jím nabízeného zboží společnost Končar totožné subjekty, neboť jejich právní vztahy se řídí zahraničním právním řádem, který není ÚOHS z jeho úřední činnosti znám, a zodpovězení této otázky nebylo vzhledem k výše uvedené argumentaci pro celkové posouzení případu rozhodné.

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

## **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb. o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. ČEPS, a. s., se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, zast. Ing. Václavem Hoškem,
2. Siemens s. r. o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6, zast. Ing. Pavlem Kopečným,
3. ALSTOM CZECH s. r. o., se sídlem Na Podkovce 10, 147 00 Praha 4, zast. Ing. Vitalijem Švicem,
4. spis.