



UOHSX001PBVS

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S8,11/2010/VZ-5502/2010/540/LZa

V Brně dne: 10. června 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném na návrh ze dne 29.12.2009 a ze dne 8.1.2010, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa vojenského bytového fondu Praha, IČ 60460580, se sídlem U Prioru 1047/8, 161 00 Praha 6, zast. Romanem Hoštou Mgr. et Mgr., ředitelem,
- navrhovatel – Alfa - COM, s.r.o., IČ 253 25 451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno, za niž jedná Václav Krajíček, jednatel, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 8.12.2009 Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem, ev. č. ČAK 9848, advokátní kanceláře ŘANDA HAVEL LEGAL s.r.o., se sídlem Truhlářská 13-15, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – SIVRES, a. s., IČ 251 83 265, se sídlem Palackého 12, 301 16 Plzeň, za niž jedná Kamil Mašek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 20.5.2010 doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem, se sídlem Čápkova 44, 602 00 Brno,
- vybraný uchazeč – STAEG, spol. s r.o., IČ 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 11.3.2010 Mgr. Ondřejem Lakomým, advokátem, ev. č. ČAK 11809, se sídlem Kobližná 19, 602 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 18.9.2009 pod ev. č. 60036357 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22.9.2009 pod ev. č. 2009/S182-261969,

**rozhodl takto:**

I.

Správní řízení **se** podle § 118 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**.

II.

Správní řízení ve věci návrhu navrhovatele Alfa - COM, s.r.o., IČ 253 25 451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno, v části týkající se přezkoumání postupu zadavatele při stanovení požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, požadavku na certifikát OHSAS 18001 a zadávání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony se podle ust. § 114 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, zadavateli nevzniká povinnost uhradit náklady řízení.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Správa vojenského bytového fondu Praha, IČ 60460580, se sídlem U Prioru 1047/8, 161 00 Praha 6 (dále jen „zadavatel“), uveřejnila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) v informačním systému o veřejných zakázkách dne 18.9.2009 pod ev. č. 60036357 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22.9.2009 pod ev. č. 2009/S182-261969 oznámení veřejné zakázky „Zajištění provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla“ zadávané v otevřeném řízení.
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je poskytování služeb při provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy.
3. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 3.11.2009 vyplývá, že zadavatel obdržel 6 nabídek. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 25.11.2009 vyplývá, že zadavatel vyřadil nabídky dvou uchazečů ze zadávacího řízení. Nabídku uchazeče Spektrum, spol. s r.o., IČ 42660157, se sídlem Brněnská 8, 682 01 Vyškov, vyřadil zadavatel z důvodu nesplnění kvalifikace. Nabídku uchazeče VV TOP s.r.o., IČ 49977202, se sídlem Durdřákova 353/55, 613 00 Brno, vyřadil zadavatel z důvodu provedení nepřijatelných změn v návrhu smlouvy, která byla součástí nabídky uchazeče. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek dále vyplývá, že jako nejvhodnější byla hodnotící komisí doporučena nabídka uchazeče STAEG, spol. s r.o., IČ 25520059, se sídlem Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 11.3.2010 Mgr. Ondřejem Lakomým, advokátem, ev. č. ČAK 11809, se sídlem Kobližná 19, 602 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel se s tímto doporučením ztotožnil rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky z téhož dne.

4. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal uchazeč Alfa - COM, s.r.o., IČ 253 25 451, se sídlem Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno, za niž jedná Václav Krajíček, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 8.12.2009 Mgr. Tomášem Rydvanem, advokátem, ev. č. ČAK 9848, advokátní kanceláře ŘANDA HAVEL LEGAL s.r.o., se sídlem Truhlářská 13-15, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel Alfa - COM“), námitky, které zadavatel obdržel dne 11.12.2009. Zadavatel námitkám po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což navrhovateli Alfa - COM oznámil rozhodnutím o námitkách, které navrhovatel obdržel dne 21.12.2009. Vzhledem k tomu, že navrhovatel Alfa - COM nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 29.12.2009 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh společnosti Alfa - COM“), k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který Úřad obdržel dne 29.12.2009. Téhož dne obdržel stejnopis návrhu i zadavatel. Dnem 29.12.2009 bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení S8/2010 ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele Úřadem.
5. Navrhovatel Alfa – COM v podaném návrhu namítá, že se zadavatel dopustil porušení zákona tím, že hodnotil nabídku vybraného uchazeče a uchazeče ERDING, a.s., IČ 255 12 455, se sídlem Kosmákova 2195/28, 615 00 Brno (dále jen „uchazeč ERDING“), ačkoliv nabídky těchto uchazečů obsahují smluvní pokutu v nepřiměřené výši, která neodpovídá povaze nabízených služeb. Podle názoru navrhovatele Alfa – COM měl zadavatel nabídky těchto uchazečů vyřadit z důvodu nepřiměřenosti výše nabízených smluvních pokut, popř. měl zadavatel vyzvat uchazeče k podání vysvětlení nabízených hodnot v tomto hodnotícím kritériu. Podle navrhovatele Alfa – COM zadavatel porušil povinnost hodnocení podle ekonomické výhodnosti nabídky, která mu je uložena zákonem, a to vymezením dílčího kritéria „smluvní pokuty“ a jeho váhového koeficientu, které neodpovídá objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky a výši zajišťovaného závazku a představuje pouze sankci v případě nekvalitního plnění. Podle názoru navrhovatele Alfa – COM výše smluvních pokut obecně nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, ani kvalitu nabízených služeb, neboť nevytváří o technické hodnotě nabízeného plnění, o estetických a funkčních vlastnostech, o vlivu na životní prostředí, rentabilitě, o poskytovaném servisu a dodacích lhůtách, přičemž základním účelem hodnocení by měl být pro zadavatele výběr cenově a kvalitativně nejvýhodnější nabídky. Navrhovatel Alfa – COM uvádí, že zadavatel nemůže institut smluvní pokuty reálně využít, neboť podle jeho názoru, vybraný uchazeč nebude schopen smluvní pokutu v nabízené výši uhradit. Dále navrhovatel Alfa – COM namítá, že zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci, jaké parametry v hodnotícím kritériu „smluvní pokuty“ uvedené v nabídkách uchazečů bude považovat za přiměřené a jaké nikoli. Pokud se zadavatel rozhodne pro hodnocení nabídek podle kritéria ekonomické výhodnosti, je podle názoru navrhovatele Alfa – COM povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají ekonomické výhodnosti nabídky a její kvality. Zadavatel se podle názoru navrhovatele Alfa – COM dopustil porušení § 81 odst. 3 zákona tím, že v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neuvedl výsledek hodnocení nabídek. Navrhovatel Alfa – COM dále namítá, že zadavatel odmítl v rozhodnutí o námitkách část námitek s odůvodněním, že nesměřují proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, ale proti zadávacím podmínkám, a jsou tedy podány po lhůtě.

6. Na základě výše uvedených skutečností požaduje navrhovatel uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadání veřejné zakázky, a navrhuje, aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým uloží zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do rozhodnutí ve věci samé.
7. Dne 14.12.2009 podala společnost SIVRES, a. s., IČ 251 83 265, se sídlem Palackého 12, 301 16 Plzeň, za níž jedná Kamil Mašek, předseda představenstva, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 20.5.2010 doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem, se sídlem Čápkova 44, 602 00 Brno (dále jen „navrhovatel SIVRES“), námitky, které zadavatel obdržel dne 14.12.2009. Zadavatel námitkám po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, což navrhovateli SIVRES oznámil rozhodnutím o námitkách, které navrhovatel obdržel dne 5.1.2009. Vzhledem k tomu, že navrhovatel SIVRES nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 8.1.2010 k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh společnosti SIVRES“), který Úřad obdržel dne 8.1.2010. Téhož dne obdržel stejnopis návrhu i zadavatel. Dnem 8.1.2010 bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení S11/2010 ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele Úřadem.
8. Navrhovatel SIVRES v podaném návrhu namítá, že se zadavatel dopustil porušení zákona tím, že v oznámení o zakázce uvedl chybnou klasifikaci CPV kódu č. 98390000-3 „Jiné služby“. Uvedení chybné klasifikace podle navrhovatele SIVRES způsobilo, že oznámení o veřejné zakázce navrhovatel SIVRES nezjistil včas a zadávacího řízení se proto nezúčastnil. Navrhovatel SIVRES se domnívá, že kód CPV by měl být stanoven přesně, tak aby odpovídal předmětu plnění veřejné zakázky, a uvádí příklady odpovídajících CPV kódů (např. ze skupiny 713 – Technicko-inženýrské služby, a dále např. kategorie 09300000-2 Elektrická energie, vytápění, solární a jaderná energie, 09321000-5 Horká voda, 09322000-2 Pára, 09323000-9 Místní vytápění, 09324000-6 Dálkové vytápění. Na základě výše uvedených skutečností požaduje navrhovatel SIVRES uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadání veřejné zakázky.
9. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - zadavatel,
  - navrhovatel Alfa - COM,
  - navrhovatel SIVRES,
  - vybraný uchazeč.
10. Zadavatel doručil Úřadu dokumentaci týkající se předmětné veřejné zakázky dne 12.1.2010 včetně vyjádření k podaným návrhům.
11. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S8/2010/VZ-735/2010/540/LZa a ÚOHS-S11/2010/VZ-739/2010/540/LZa ze dne 14.1.2010. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S8/2010/VZ-725/2010/540/LZa a ÚOHS-S11/2010/VZ-747/2010/540/LZa ze dne 14.1.2010 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S8,11/2010-1309/2010/540/LZa ze dne 25.1.2010 Úřad zahájena správní řízení spojil.

12. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v návrhu navrhovatele Alfa – COM vyjádřil dopisem ze dne 13.1.2010, ve kterém uvádí, že nesouhlasí s tvrzením navrhovatele Alfa – COM, že nabídky dvou uchazečů obsahují smluvní pokutu v nepřiměřené výši, přičemž odkazuje na rozsudek Nejvyššího soudu č.j. 31 Cdo 2707/2007, ze dne 14.10.2009, ze kterého vyplývá, že ani úrok 365 % ročně nemusí být v rozporu s dobrými mravy a takové ujednání obsažené ve smlouvě není považováno za absolutně neplatné. Zadavatel je toho názoru, že soud by v případě soudního sporu smluvní pokutu, ke které se vybraný uchazeč zavázal, nesnížil. Zadavatel se domnívá, že hodnotící kritérium „smluvní pokuty“ zcela jednoznačně vyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, neboť v případě nesplnění smluvních podmínek vybraným uchazečem umožňuje efektivně vymáhat náhradu v podobě smluvní pokuty. Z rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že toto hodnotící kritérium je přípustné a v souladu se zákonem. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele Alfa – COM, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky neobsahuje náležitosti uvedené v § 81 odst. 3 zákona. Tvrzení navrhovatele Alfa – COM, že se o pochybení zadavatele při vymezení hodnotícího kritéria „smluvní pokuty“, požadavku na předložení certifikátu OHSAS 18001 a požadavku na kvalifikaci obsluhy dozvěděl teprve po té, co 4.12.2009 nahlédl do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, je podle názoru zadavatele zcela účelové, neboť hodnotící kritéria a požadavky na kvalifikaci uchazečů jsou součástí zadávací dokumentace a navrhovatel se s nimi musel seznámit již při vyzvednutí zadávací dokumentace. S ohledem na ust. § 13 odst. 3 zákona zadavatel zadal veřejnou zakázku na celý předmět plnění jako nadlimitní veřejnou zakázku v otevřeném řízení. Vzhledem k výše uvedenému se zadavatel domnívá, že postupoval v souladu se zákonem.
13. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v návrhu navrhovatele SIVRES vyjádřil dopisem ze dne 26.1.2010 a dopisem ze dne 31.3.2010, ve kterých uvádí, že se nedopustil porušení zákona použitím nesprávné klasifikace služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, podle CPV kódů. S ohledem na předmět plnění veřejné zakázky nebylo podle zadavatele možné stanovit CPV kód jiným způsobem, než způsobem uvedeným v oznámení o zakázce, neboť použitý CPV kód jako jediný odpovídá předmětu plnění veřejné zakázky. Podle názoru zadavatele je předmětem plnění veřejné zakázky specifická služba, kterou není možné jednoznačným způsobem pojmenovat, a proto použil zcela záměrně CPV kód pro „jiné služby“, neboť se snažil zpřístupnit veřejnou zakázku co nejširšímu okruhu dodavatelů. Podle názoru zadavatele jednotná klasifikace CPV kódů neobsahuje přesný kód, který by plně pokryl předmět plnění veřejné zakázky, neboť předmětem plnění je zejména obsluha tepelných zařízení a spolu s tím související běžná údržba, zejména čištění, těsnění apod. Na tyto činnosti nemusí mít uchazeč odborné znalosti ani speciální oprávnění. Licenční oprávnění k výrobě a rozvodu tepla vlastní zadavatel, který rovněž zajišťuje rozvod tepla a opravy zařízení. Vybraný uchazeč tedy bude zajišťovat pouze obsluhu tepelných zařízení, závady na tepelných zařízeních bude obsluha hlásit zadavateli. Dále zadavatel v plném rozsahu odkázal na vyjádření k návrhu na zahájení správního řízení navrhovatele Alfa – COM.
14. Po předběžném přezkoumání šetřeného případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při použití klasifikace služeb podle CPV kódu na základě nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 2195/2002, v platném znění, a to při oznámení zadávacího řízení v Informačním systému veřejných zakázek a

v Úředním věstníku Evropské unie. Na základě těchto pochybností rozhodl Úřad v rozsahu nezbytném pro zajištění účelu řízení předběžným opatřením č. j. ÚOHS-S8,11/2010-1040/2010/540/LZa ze dne 25.1.2010 o uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

15. Dopisem ze dne 1.2.2010 zadavatel oznámil Úřadu, že dne 29.1.2010 uzavřel v šetřené veřejné zakázce smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky.
16. Dne 17.2.2010 obdržel Úřad podání zadavatele, jehož obsahem je rozklad proti rozhodnutí o předběžném opatření. V rozkladu se zadavatel domáhá zrušení napadeného rozhodnutí. O podaném rozkladu bude rozhodnuto samostatně.
17. Dne 2.3.2010 obdržel Úřad žádost od navrhovatele SIVRES o nahlédnutí do spisu, konkrétně do nabídky vybraného uchazeče v části, která obsahuje doklady o kvalifikaci.
18. Úřad si dopisem ze dne 29.3.2010 vyžádal vyjádření vybraného uchazeče k možnosti nahlédnutí do jeho nabídky navrhovatele SIVRES. Dne 2.4.2010 obdržel Úřad vyjádření vybraného uchazeče, v němž konstatuje, že nesouhlasí se zpřístupněním jeho nabídky, jelikož podstatná část (i údaje z kvalifikační části) nabídky má povahu obchodního tajemství. Usnesením č.j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-7288/2010/540/PVé ze dne 24.5.2010 byl o této skutečnosti navrhovatel SIVRES obeznámen.
19. Dne 4.5.2010 obdržel Úřad od zadavatele doplnění jeho stanoviska ve věci určení CPV kódu veřejné zakázky. Zadavatel v něm konstatuje, že předmět plnění veřejné zakázky není služba nijak specifická, a proto se domnívá, že nelze použít pro označení této zakázky jinou skupinu CPV kódů, pod něž spadají úkony, které jsou vysoce odborné. Dále pak popisuje obsah a vylučuje použití konkrétně navrhovatelem doporučovaných kategorií CPV kódů ze skupiny 713 – Technicko-inženýrské služby, tj. 71314000-2 Energetické a související služby, 71314000-3 Služby v oblasti elektrické energie, 71314310-8 Poradenství v oblasti energetické účinnosti topných zařízení pro budovy, 71314200-4 Správní služby při zabezpečování energie, a dále kategorie 09300000-2 Elektrická energie, vytápění, solární a jaderná energie, 09321000-5 Horká voda, 09322000-2 Pára, 09323000-9 Místní vytápění, 09324000-6 Dálkové vytápění. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že se v oblasti teplárenství ve slovníku CPV kódů nevyskytuje obdobný kód tak jako v oblasti elektrárenství, kde je uveden kód 65410000-0 Provoz elektráren, a proto zadavatel použil při vymezení předmětu veřejné zakázky kód 98390000-3 Jiné služby.
20. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S8,11/2010/VZ-6890/2010/540/PVé ze dne 14.5.2010 účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí.
21. Dne 20.5.2010 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele SIVRES, který uvádí, že mu nebylo umožněno nahlédnout do předmětného spisu a proto není schopen se k podkladům rozhodnutí vyjádřit.
22. Dne 21.5.2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž nadále konstatuje, že v rámci předmětné veřejné zakázky postupoval zcela v souladu se zákonem.

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění správní řízení podle § 118 zákona zastavil. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
24. Podle § 47 zákona má zadavatel povinnost při vymezení předmětu veřejné zakázky v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení použít klasifikaci zboží, služeb a stavebních prací podle referenční klasifikace platné pro veřejné zakázky na základě přímo použitelného předpisu Evropských společenství. Smyslem této referenční klasifikace je nejen popis předmětu veřejné zakázky, ale i sjednocení klasifikace, která umožňuje dodavatelům z jednotlivých členských států Evropské unie snadněji se orientovat v zadávacích řízeních uveřejněných nejen na národní úrovni, ale také v Úředním věstníku Evropské unie. Cílem klasifikace veřejné zakázky dle CPV kódů je identifikace veřejné zakázky dodavatelem, který má tak možnost posoudit, zda daná veřejná zakázka spadá do jeho zájmové oblasti, a rozhoduje o jeho účasti ve veřejné zakázce. Tato klasifikace je základním údajem pro vyhledávání relevantních veřejných zakázek, a proto by měl CPV kód odpovídat předmětu veřejné zakázky. Chybná klasifikace veřejné zakázky tak může mít za následek diskriminaci potenciálních zájemců o veřejnou zakázku, zejména u zahraničních dodavatelů.
25. Z bodu č. 2 zadávací dokumentace vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je poskytování služeb při provozu vybraných energetických zařízení určených k výrobě a rozvodu tepla v rozsahu povinností obsluhy. Vybraný uchazeč bude provádět obsluhu a běžnou údržbu zařízení. Údržbou se rozumí pravidelná péče o hmotný majetek spočívající v čištění a kontrole těsnění, předcházení škodám, zajištění provozuschopnosti a bezpečnosti zařízení. Předmětem veřejné zakázky není výroba ani rozvod tepelné energie, neboť provozovatelem energetických zařízení zůstává zadavatel, který je držitelem licence na výrobu a rozvod tepla. Veškeré závady na zařízeních bude vybraný uchazeč hlásit zadavateli, který bude zajišťovat nezbytné opravy tepelných zařízení.
26. Zadavatel klasifikoval služby, které jsou předmětem veřejné zakázky, CPV kódem č. 98390000-3 „Jiné služby“. Společný slovník pro veřejné zakázky obsahuje položky, které se svým označením dotýkají oblasti předmětu veřejné zakázky S ohledem na skutečnost, že jednotná klasifikace CPV kódů neobsahuje přesný kód, který by plně vystihoval předmět plnění veřejné zakázky (tak jak tomu je obdobně například v oblasti elektrárenství, kde je uveden kód 65410000-0 Provoz elektráren), zadavatel podřadil předmět plnění veřejné zakázky pod CPV kód pro „Jiné služby“, pod který je umožněno podřadit služby širšího obsahu. Učinil tak především s ohledem na skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky není určen výhradně pro uchazeče podnikající v oblasti výroby a rozvodu tepelné energie, teplárenství nebo topenářství. Předmět plnění veřejné zakázky mohou provádět uchazeči, kteří vlastní živnostenské listy pro živnosti volné v rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, a z tohoto důvodu považoval za nutné zařadit předmětnou veřejnou zakázku do takové kategorie CPV kódů, jež umožní širšímu okruhu uchazečů dozvědět se o jejím zadávání.
27. Zadavatel ve svém vyjádření, které obdržel Úřad dne 4.5.2010 argumentuje, že navrhovatelem SIVRES nabízené alternativní CPV kódy neodpovídají zcela předmětu veřejné zakázky, a proto by jejich využití mohlo vést k eliminaci

potencionálních uchazečů o tuto veřejnou zakázku. K těmto kódům zadavatel uvádí následující:

Kód 71314000-2 Energetické a související služby – vzhledem k tomu, že za energetickou službu jsou podle ust. § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, považovány činnosti, které vedou ke zvýšení energetické účinnosti a k úsporám primární energie, za což nelze považovat v zadávací dokumentaci stanovený předmět veřejné zakázky, tj. obsluha, kontrola a údržba tepelných zařízení, nebylo by zcela přesné označit předmět veřejné zakázky tímto kódem.

Kód 71314000-3 Služby v oblasti elektrické energie - tento kód zcela evidentně s předmětem předmětné veřejné zakázky nesouvisí, jelikož jeho označení směřuje k jinému typu energie.

Kód 71314310-8 Poradenství v oblasti energetické účinnosti topných zařízení pro budovy – ani tento kód nevystihuje předmět veřejné zakázky, jelikož poradenství nebylo poptávanou činností v tomto zadávacím řízení.

Kód 71314200-4 Správní služby při zabezpečování energie – v tomto vymezení je nutné pojímat pojem „správní“ ve veřejnoprávním smyslu a s ohledem na to, že zadavatel není v postavení správního orgánu, nenaplnuje obsah tohoto označení předmět veřejné zakázky.

Kódy 09300000-2 Elektrická energie, vytápění, solární a jaderná energie, 09321000-5 Horká voda, 09322000-2 Pára, 09323000-9 Místní vytápění, 09324000-6 Dálkové vytápění – podle logiky zařazení těchto kódů představují označení pro dodávku konečného produktu. V daném případě však dodávky těchto produktů nejsou předmětem zakázky, jelikož vybraný uchazeč má být pouze „dodavatelem“ obsluhy zařízení zadavatele.

28. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se přiklání k argumentaci zadavatele a to v tom ohledu, že poptávané plnění v rámci předmětné veřejné zakázky je činností běžnějšího charakteru, jelikož jde pouze o obsluhu a minimální údržbu zadavatelem provozovaného zařízení. Přestože některé navrhovatelem SIVRES nabízené CPV kódy jsou směřovány k téže hospodářské oblasti, v níž má být požadované plnění prováděno, jsou tyto nabízené alternativy kategoriemi ze slovníku CPV kódu, které jsou svým obsahem zaměřeny na mnohem sofistikovanější činnosti spojené s provozováním energetických zařízení. Spektrum dodavatelů, kteří mají zájem o veřejné zakázky s takovými CPV kódy, je velmi zúženo právě jejich specifičností a požadavky na odbornost dodavatelů. Lze proto předpokládat, že dodavatelé, kteří by byli schopni zrealizovat předmět poptávaného plnění, tj. dodavatelé s mnohem menšími odbornými předpoklady, by jeho zveřejnění pod navrhovatelem SIVRES nabízenými CPV kódy, právě s ohledem na jejich „náročnější“ zaměřenost, neočekávali. To by ve svém důsledku mohlo vést k omezení počtu potencionálních dodavatelů.
29. Zadavatel při stanovení CPV kódu pro zadávanou veřejnou zakázku nepostupoval v rozporu se zákonem, když použil kód 98390000-3 „Jiné služby“, jelikož slovník CPV kódů nenabízí kód, který by s určitostí definoval zadavatelem poptávané plnění a použitý CPV kód „Jiné služby“ lze považovat za univerzální kategorií pro taková



plnění, pro něž neexistuje odpovídající označení jiným CPV kódem. Skutečnost, že navrhovatel SIVRES veřejné zakázky zadávané v rámci této obecnější kategorie, pod níž mohou být zveřejněny veřejné zakázky týkající se jeho podnikatelských aktivit, avšak pro které neexistuje jiný odpovídající CPV kód, nesleduje, pak nelze přičítat k tíži zadavatele. Z uvedených důvodů proto nepovažuje Úřad postup zadavatele při stanovení CPV kódu za učiněný v rozporu se zákonem.

30. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Podle § 44 odst. 3 písm. f) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat mimo jiné způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
31. Podle ustanovení § 78 odst. 4 zákona rozhodne-li se zadavatel pro zadání veřejné zakázky podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, stanoví vždy dílčí hodnotící kritéria. Dílčí hodnotící kritéria se musí vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky. Jednotlivým dílčími kritériím musí zadavatel stanovit váhu, kterou vyjádří v procentech. Jedním z dílčích kritérií je vždy nabídková cena a dále zejména kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení. Hodnocení nabídek provede hodnotící komise podle hodnotících kritérií uvedených v dokumentech § 78 odst. 6 zákona.
32. Pokud se zadavatel rozhodne, že bude nabídky hodnotit podle kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, je povinen stanovit taková dílčí kritéria, která se výhradně týkají nabídky a její ekonomické výhodnosti, tzn. její kvality. Zadavatel tak hodnotí vlastní ekonomickou výhodnost nabídky uchazeče, tj. zabývá se hodnocením konkrétních podmínek obsažených v nabídce, za nichž uchazeč zadavateli nabízí splnění dané veřejné zakázky. Výsledkem tohoto procesu je tedy hodnocení konkrétního obsahu dané nabídky ve vztahu k její ekonomické výhodnosti a zjištění míry této ekonomické výhodnosti pro zadavatele.
33. Z bodu č. 7 zadávací dokumentace vyplývá, že základním hodnotícím kritériem je ekonomická výhodnost nabídky. Zadavatel stanovil následující dílčí hodnotící kritéria a jejich váhy „nabídková cena“ (váha 65%) a „smluvní pokuty“ (váha 35%).
34. K namítaným nepřiměřeným hodnotám uvedených v nabídkách uchazečů v hodnotícím kritériu smluvní pokuty Úřad uvádí, že zadavatel je povinen hodnotit nabídky způsobem, který byl předem zveřejněn, v tomto případě uveden v zadávací dokumentaci. Zadavatel v šetřeném případě nestanovil maximální hodnotu, kterou mohou uchazeči nabízet a ani si nevyhradil možnost přiřadit nulovou hodnotu nabídce, kterou bude v kritériu „smluvní pokuty“ považovat za zjevně nepřiměřenou. Úřad dále podotýká, že případné uzavření smlouvy v rozporu s nabídkou vybraného uchazeče nebo neuplatnění smluvních sankcí by bylo považováno za podstatnou změnu smlouvy (tzn. mající vliv na průběh zadávacího řízení), která je nepřijatelná. Smlouva s vybraným uchazečem byla v tomto případě uzavřena v souladu se zněním nabídky vybraného uchazeče. Uplatnění smluvních sankcí nebylo možné

ověřit, neboť předmět plnění veřejné zakázky nebyl doposud vybraným uchazečem realizován.

35. K námitce navrhovatele Alfa – COM, že hodnotící kritérium „smluvní pokuty“ a jeho váhové koeficienty neodpovídají jejich objektivnímu dopadu na ekonomickou výhodnost nabídky a výši zajišťovaného závazku a smluvní pokuta obecně nevyjadřuje ekonomickou výhodnost nabídky, Úřad uvádí, že toto hodnotící kritérium je obecně přípustné. Z vyjádření zadavatele vyplývá, že zadavatel klade důraz nejen na nabídkovou cenu, ale i na kvalitu poskytovaných služeb, proto stanovil jako druhé hodnotící kritérium smluvní pokutu, která má vybraného uchazeče motivovat ke kvalitnímu plnění předmětu veřejné zakázky a dodržování podmínek uvedených ve smlouvě.
36. Zadavatel hodnotil nabídky 5 uchazečů, ze kterých vyplynulo, že obsahují hodnoty, na základě kterých zadavatel mohl provést objektivní hodnocení. Zadavatelem stanovená dílčí hodnotící kritéria vyjadřují ekonomickou výhodnost nabídek uchazečů. Zadavatel tedy mohl na základě těchto hodnot provést hodnocení tak, aby vybral ekonomicky nejvýhodnější nabídku. Úřad proto konstatuje, že zadavatel zvolil hodnotící kritéria v souladu se zákonem a při hodnocení nabídek podle nich také postupoval, a proto nelze považovat provedené hodnocení za učiněné v rozporu se zákonem.
37. Podle § 81 odst. 3 zákona zadavatel v oznámení o výběru nejvhodnější nabídky uvede
  - a) identifikační údaje uchazečů, jejichž nabídka byla hodnocena,
  - b) výsledek hodnocení nabídek, z něhož bude zřejmé pořadí nabídek,
  - c) odůvodnění výběru nejvhodnější nabídky, pokud veřejný zadavatel vybral jako nejvhodnější nabídku jiného uchazeče, než jak odpovídá doporučení hodnotící komise; v takovém případě veřejný zadavatel rovněž uvede, jaké údaje z nabídky byly veřejným zadavatelem hodnoceny jinak než hodnotící komisí a jak byly nabídky veřejným zadavatelem hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií, a
  - d) počet a pořadí nabídek, které byly hodnoceny v jednacím řízení s uveřejněním na základě jednání o nabídkách, a rovněž jaké údaje z nabídky byly hodnoceny zadavatelem na základě jednání jinak a jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií.
38. V oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 26.11.2009 jsou uvedeny v bodě č. I. identifikační údaje uchazečů, jejichž nabídka byla hodnocena, v bodě č. II. výsledek hodnocení, z něhož je zřejmé pořadí hodnocených nabídek. S ohledem na tuto skutečnost Úřad konstatuje, že oznámení o výběru nejvhodnější nabídky obsahuje všechny náležitosti stanovené v § 81 odst. 3 zákona.
39. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K dalším částem návrhu navrhovatele Alfa – COM**

40. Podle ust. § 110 odst. 5 zákona je podání řádných námitek podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ve stejné věci. Ustanovení § 110 odst. 5 zákona zužuje okruh dodavatelů, kteří jsou oprávněni podat návrh u Úřadu, přičemž jako nutnou podmínku pro podání návrhu stanoví předchozí podání

řádných námitek u zadavatele. Pod pojmem řádné námitky je přitom nutno chápat námitky, které obsahují náležitosti stanovené v § 110 odst. 6 zákona, podané ve lhůtách stanovených v § 110 odst. 3 nebo 4 zákona.

41. Podle ust. § 114 odst. 3 zákona, jestliže návrh nemá předepsané náležitosti podle odstavce 2 a navrhovatel jej ve lhůtě stanovené Úřadem nedoplní nebo nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 113 odst. 2 nebo 3 nebo nebyl podán oprávněnou osobou nebo není-li Úřad věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu, Úřad zahájené řízení zastaví; pokud má důvodné podezření, že došlo k porušení tohoto zákona, zahájí správní řízení z moci úřední.
42. V první řadě se tedy Úřad zabýval otázkou oprávnění k podání návrhu, jejíž vyřešení je rozhodné pro to, zda se bude Úřad zabývat návrhem navrhovatele v meritě věci či nikoliv. Bylo tedy nutné posoudit, zda navrhovatel Alfa – COM skutečně podal námitky proti výběru nejvhodnější nabídky či jeho námitky směřovaly proti jiným úkonům zadavatele v zadávacím řízení.
43. Námitky navrhovatele týkající se stanovení požadavku na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče, požadavku na certifikát OHSAS 18001 a zadávání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony se vztahují k zadávacím podmínkám veřejné zakázky, a nikoli k úkonu hodnocení nabídek. Z uvedeného důvodu je měl navrhovatel uplatnit dříve, a to ve lhůtě do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona postupem zadavatele dozvěděl, jak stanoví ust. § 110 odst. 3 zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že námitky vztahující se k předmětným záležitostem byly zadavateli doručeny dne 11.12.2009 a poslední den lhůty pro podání nabídek, který lze považovat za poslední den, kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem ve vztahu k zadávacím podmínkám mohl dozvědět, byl 3.11.2009, Úřad konstatuje, že tyto námitky byly podány opožděně.
44. Ve vztahu k těmto skutečnostem tedy Úřad dospěl k závěru, že nebyly podány řádné námitky, neboť namítané skutečnosti jsou uplatněny opožděně, a to až po rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Domáhat se nápravy postupu zadavatele musí dodavatel podáním námitek do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona dozví, nikoliv ode dne, kdy lze u tohoto jednání namítat možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
45. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepodal ve výše uvedených skutečnostech řádné námitky ve smyslu § 110 odst. 5 zákona, nedodržel zákonem stanovenou podmínku pro podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Návrh tak nebyl podán k tomu oprávněnou osobou, a z uvedeného důvodu Úřad správní řízení v těchto částech návrhu podle § 114 odst. 3 zákona zastavil.
46. Vzhledem k tomu, že návrh není v uvedených částech podán oprávněnou osobou, Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a zahájené řízení v těchto částech zastavil.
47. Pro úplnost Úřad k těmto námitkám navrhovatele Alfa – COM dodává, že požadavek na plnění části veřejné zakázky pouze vlastními zaměstnanci uchazeče lze pojímat jako omezení subdodavatelského plnění, které je dle ust. § 44 odst. 6 zákona možné. V případě požadavku na certifikát OHSAS 18001 Úřad konstatuje, že jde v tomto konkrétním případě o legitimní požadavek na zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, a proto byl zadavatel oprávněn tento certifikát od uchazečů vyžadovat.

K formě zadání veřejné zakázky jako celku pro čtyři regiony Úřad konstatuje, že zákon takovýto postup výslovně nezakazuje a vzhledem k tomu, že se proti tomuto způsobu zadání neohradil žádný z potenciálních uchazečů, který by byl tímto omezen ve své účasti, nelze označit tento postup zadavatele za nezákonný.

## 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, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

Mgr. Kamil Rudolecký  
místopředseda

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 27.3.2011

### Obdrží:

1. Správa vojenského bytového fondu Praha, U Prioru 1047/8, 161 00 Praha 6
2. Mgr. Tomáš Rydvan, advokát, advokátní kancelář ŘANDA HAVEL LEGAL s.r.o., Truhlářská 13-15, 110 00 Praha 1,
3. doc. JUDr. Ing. Radkem Jurčíkem, Ph.D., advokátem, Čápkova 44, 602 00 Brno
4. Mgr. Ondřej Lakomý, advokát, Koblížná 19, 602 00 Brno

### Na vědomí:

1. Alfa - COM, s.r.o., Moravské nám. 12/753, 602 00 Brno
2. SIVRES, a. s., Palackého 12, 301 16 Plzeň
3. STAEG, spol. s r.o., Průmyslová 738/8F, 682 01 Vyškov

### Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy