Rozhodnutí nabylo právní moci dne 6.1.2009

Č. j.: R165/2008/02-24697/2008/310-ZČ V Brně dne 22. prosince 2008

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 29.8.2008 zadavatelem

- **Olomouckým krajem, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc**,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.8.2008, č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Olomouckého kraje, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“**, **„Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“** a **„Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“**, zadávané jako tři zakázky malého rozsahu na základě výzev ze dne 19.7.2007, ve kterém je dalším účastníkem správního řízení vybraný uchazeč

- **Siemens s. r. o., IČ 00268577, se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6**,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.8.2008 č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět k přezkoumání postupu Olomouckého kraje, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc (dále jen „zadavatel“), při uzavírání smluv na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“, „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ a „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“ (dále jen „veřejné zakázky“ či „veřejná zakázka“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci, kterou zadavatel v souvislosti s uzavřením smluv na výše uvedené plnění pořídil. Po jejím přezkoumání Úřad zjistil, že zadavatel zadal realizaci úsporných opatření ve vybraných objektech jako tři veřejné zakázky malého rozsahu. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel v rámci každého z vytipovaných objektů jednu nabídku, a to od uchazeče Siemens s. r. o., IČ 00268577, se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6 (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 12.10.2007 tři smlouvy o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor ve třech objektech ve svém vlastnictví, přičemž celková cena za plnění předmětu všech tří smluv byla 13 990 010,- Kč bez DPH.

3. Protože po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, zahájil ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče. Oznámení o zahájení správního řízení bylo prvnímu účastníku doručeno dne 4.7.2008 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8.8.2008 rozhodnutí č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj, kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavírání smluv na předmětné veřejné zakázky nedodržel postup dle § 13 odst. 1, 2 a 3 zákona, když před zahájením zadávacího řízení nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v souladu se zákonem a rozdělil předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Za výše uvedené porušení zákona byla zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložena pokuta ve výši 40 000,- Kč.

5. V odůvodnění rozhodnutí Úřad uvádí, že povinností zadavatele je řádně a v souladu se zákonem stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Dle svého tvrzení vycházel zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty z investičních nákladů navržených ve „Studii proveditelnosti realizace opatření z energetických auditů příspěvkových organizací Olomouckého kraje“ z dubna 2007 (dále jen „studie“), která obsahuje možnosti realizace energetických opatření a úspor v 99 objektech v majetku zadavatele. Tato studie obsahuje konkrétní opatření pro jednotlivé objekty ve třech variantách – beznákladové, nízkonákladové a vysokonákladové. Přestože z uzavřených smluv s vybraným uchazečem vyplývá, že ve výsledku byla realizována opatření, která jsou z velké části zařazená v tzv. vysokonákladové variantě, při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel vycházel zejména z opatření beznákladových a nízkonákladových. Je tedy zřejmé, že při stanovení předpokládané hodnoty zadavatel neuvažoval v maximálních možných hodnotách, které byly nakonec realizovány a v důsledku tohoto chybného postupu zadavatele nedošlo k zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem.

6. Skutečnost, že smlouvy na veřejné zakázky byly uzavřeny v tentýž den a na jejich základě byly na objektech ve vlastnictví zadavatele stejným dodavatelem (na základě jedné studie proveditelnosti) a v úzké časové návaznosti prováděny práce podobného druhu, svědčí o tom, že předmětné veřejné zakázky tvoří jeden celek, a to jak z hlediska věcného, tak i časového. Fakticky se tedy jedná o jednu veřejnou zakázku, jejíž předmět byl rozdělen na samostatné části. Rozdělení předmětu veřejné zakázky, kdy předpokládaná hodnota ve dvou ze tří samostatně zadávaných částí klesla pod zákonné limity stanovené v § 12 zákona, pak umožnilo zadavateli vyhnout se povinnosti zadat veřejnou zakázku v některém z odpovídajících zadávacích řízení postupem podle zákona. Napadené rozhodnutí u třetí z předmětných veřejných zakázek konstatuje, že cena plnění stanovena smlouvou ve výši 7 681 061,- Kč překračuje limit pro podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce a pokud by zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu řádným způsobem, musel by i při odděleném zadávání jednotlivých objektů zadat realizaci energetických opatření pro tuto část veřejné zakázky postupem pro podlimitní veřejné zakázky. U žádné z částí veřejné zakázky tedy nedošlo před výběrem dodavatele k transparentně provedenému zadávacímu řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky.

7. Argument zadavatele, že se rozhodl zadat veřejné zakázky samostatně, neboť vycházel z předpokladu, že se bude jednat o výrazně odlišné plnění stavebního charakteru na různých objektech, které vyžadují naprosto jiné řešení stávajících energetických potřeb, nelze dle názoru Úřadu akceptovat mimo jiné proto, že vybrané objekty jsou součástí jednoho záměru zadavatele v rámci tzv. pilotního projektu, ve kterém chce zadavatel po vyzkoušení pokračovat a i v dalších objektech realizovat energetická opatření.

II. Námitky rozkladu

8. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal zadavatel dne 29.8.2008 rozklad, ve kterém uvádí, že stanovení předpokládané hodnoty předmětných zakázek bylo značně složité. Metoda financování energeticky úsporných projektů (metoda EPC), která byla v tomto případě použita, je neobvyklá a nevyzkoušená a on tedy před stanovením předpokládané hodnoty jednotlivých veřejných zakázek nedisponoval informacemi, které by ji umožňovaly přesně stanovit, ani neměl možnost na aplikaci této nové metody financování provést průzkum trhu. Konkrétní soubor realizovaných opatření byl požadovanou součástí nabídky a nebyl tedy zadavateli v době stanovení předpokládané

ceny znám. Zadavatel dále uvádí, že v dobré víře akceptoval stanovisko Krajské energetické agentury Olomouckého kraje, která odhadla na základě výše uvedené studie předpokládanou hodnotu jednotlivých zakázek v úrovni do dvou miliónů korun českých bez DPH.

9. Dle zadavatele je možné metodou EPC realizovat pouze ta opatření, která přinášejí velkou úsporu energie s návratností 5-10 let. Vzhledem k tomu, že opatření, která jsou v auditech uvedena jako vysokonákladová v mnoha případech nesplňují uvedené podmínky návratnosti projektu, zadavatel předpokládal, že nabídky nebudou tato finančně náročná a dlouhodobá opatření obsahovat.

10. Dle zadavatele jsou všechny tři objekty, kterých se realizace energetických úsporných opatření týká, rozmístěny na různých místech Olomouckého kraje. Jedná se o příspěvkové organizace, které mají vlastní právní subjektivitu a samostatné IČ. Olomoucký kraj jako zřizovatel těchto objektů zatím metodu EPC u svých příspěvkových organizací nepoužil a výběr se rozhodl řešit samostatnými zakázkami, ve kterých následně uzavřel tři samostatné smlouvy. Toto své rozhodnutí zdůvodňuje mimo jiné existencí odlišného splátkového kalendáře s rozdílnou dobou splácení u každé zakázky a obavou, že případné problémy v realizaci jedné zakázky by mohly ohrozit plnění smluvního vztahu i u ostatních subjektů.

11. V závěru rozkladu zadavatel opětovně uvádí, že předem neznal předmět navrženého energetického opatření u jednotlivých objektů. K podobnosti zpracování smluv a ke skutečnosti, že smlouvy jsou uzavřeny v tentýž den a plnění z nich je prováděno jedním zhotovitelem, zadavatel uvádí, že toto není dáno záměrem zadavatele, ale účastí pouze jednoho uchazeče ve všech třech zakázkách. Zadavatel tedy nemohl v době zadání předmětných zakázek tyto skutečnosti ani předpokládat, ani jim účinně předcházet.

Závěr rozkladu

12. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a tím plně vyhověl rozkladu.

III. Řízení o rozkladu

13. Dopisem ze dne 10.9.2008 se k podanému rozkladu vyjádřil vybraný uchazeč, který uvádí, že se při zpracování nabídek snažil o navržení takových opatření, která by umožnila zadavateli dosažení maximálních úspor energie tak, aby vynaložil finanční prostředky hospodárně a doba návratnosti byla přijatelná.

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 8.8.2008 č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj konstatoval, že se zadavatel při uzavírání smluv na předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu uložil pokutu

ve výši 40 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

16. K argumentaci rozkladu úvodem konstatuji, že klíčovou skutečností pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při zadání předmětné veřejné zakázky je posouzení skutečnosti, zda se v tomto konkrétním případě jedná o jednu veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění byl nezákonně rozdělen na více částí, či zda se jedná o více samostatných veřejných zakázek.

17. V této souvislosti je třeba posoudit zejména věcné, geografické a časové souvislosti jednotlivých veřejných zakázek. K věcné souvislosti se Úřad vyčerpávajícím způsobem vyjádřil již v prvostupňovém rozhodnutí, kdy zdůraznil zejména skutečnost, že vybrané objekty, které jsou ve vlastnictví zadavatele, jsou součástí tzv. pilotního projektu, ve kterém chce zadavatel po vyzkoušení pokračovat a energetická opatření realizovat i v dalších objektech. Nade vší pochybnost byl tedy ve správním řízení prokázán záměr zadavatele zadat veřejnou zakázku na věcně shodné plnění. Časová souvislost jednotlivých veřejných zakázek pak vyplývá jak z výše zmíněného projektu, tak ze samotných smluv, které pod bodem III. společné podmínky plnění, bod 17. Termíny plnění (s odkazem na Přílohu 8 – harmonogram prací) ve všech třech případech časově identifikují fázi realizace s ukončením zkušebního provozu a předáním objektů vždy nejpozději do konce října 2008.

18. K argumentaci zadavatele, že vzhledem k rozmístění objektů na různých místech Olomouckého kraje a vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o příspěvkové organizace s vlastní právní subjektivitou, nelze dovodit místní souvislost, uvádím následující. Je zřejmé, že zadavatel veřejné zakázky zadal a hradil na základě jedné studie, v rámci tzv. pilotního projektu, na základě kterého chce po ukončení zkušební fáze realizovat energetická opatření i v dalších objektech. Existence jednoho záměru zadavatele, který všechny předmětné objekty sdružuje, je v tomto případě rozhodující. Místní hledisko zde proto nelze zužovat pouze na území jedné obce či dvou sousedících pozemků, ale vzhledem k celokrajskému dopadu těchto projektů, stejně jako s přihlédnutím s celokrajské působnosti zadavatele, je dostatečně geograficky určující i skutečnost, že k realizaci zakázek došlo vždy na území Olomouckého kraje. Opětovně však zdůrazňuji, že v tomto případě je determinující především výše zmíněná věcná souvislost, tedy existence jednoho záměru, který se zadavatel rozhodl dlouhodobě realizovat.

19. Vzhledem k výše uvedenému se plně ztotožňuji se závěry uvedenými v prvostupňovém rozhodnutí a konstatuji, že se v šetřeném případě jedná o jedinou veřejnou zakázku, jejíž předmět byl v rozporu se zákonem rozdělen na části, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limit stanovený zákonem pro podlimitní veřejnou zakázku. Toto pochybení zadavatele mělo za následek, že všechny jeho následné kroky byly v rozporu se zákonem.

20. Zadavatel dále namítá, že nebyl schopen lépe stanovit předpokládanou hodnotu předmětných zakázek, neboť použitá metoda financování je neobvyklá a nevyzkoušená a on tedy nedisponoval dostatečnými informacemi, které by mu umožnily přesně vyčíslit budoucí cenu jednotlivých veřejných zakázek a nemohl provést ani relevantní

průzkum trhu. Jak zadavatel uvádí, akceptoval tedy v dobré víře stanovisko Krajské energetické agentury Olomouckého kraje, která odhadla na základě výše uvedené studie předpokládanou hodnotu jednotlivých zakázek v úrovni do dvou miliónů korun českých bez DPH.

21. K tomuto uvádím, že za správnost svých úkonů při zadávání veřejné zakázky odpovídá pouze zadavatel. Proto pokud zadavatel uvádí, že vycházel z odborného stanoviska Krajské energetické agentury, pak i v takovém případě měl povinnost vyčíslit výši předpokládané hodnoty pro celou veřejnou zakázku dohromady v souladu s ustanovením § 13 zákona. Jestliže sám zadavatel argumentuje, že nová metoda financování byla v dané době neobvyklá a nevyzkoušená, nedá se předpokládat, že by odborné stanovisko Krajské energetické agentury bylo závazné co do konečné výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Bylo tedy na zadavateli, aby ceny uváděné ve výše zmíněném odborném stanovisku ve svých úvahách spíše zohlednil. Vzhledem k tomu, že po sečtení se výsledná předpokládaná hodnota celé zakázky pohybuje u hranice, která dělí veřejné zakázky malého rozsahu od veřejných zakázek podlimitních, měl zadavatel (vzhledem k závažnosti důsledků tohoto dělení) postupovat (s přihlédnutím k ustáleným výkladovým stanoviskům Úřadu i příslušné odborné literatury), postupem přísnějším, tedy postupem pro veřejné zakázky podlimitní. Úvahy zadavatele o charakteru opatření, která budou nabídky uchazečů obsahovat jsou pak vzhledem k výše zmíněnému irelevantní. V neposlední řadě je pak třeba zopakovat, že odkazovaná studie pracovala s několika variantami s různou nákladovou náročností, přičemž zadavatel při stanovení předpokládaného předmětu veřejné zakázky nevycházel z maximálních hodnot odkazované studie.

22. Zadavatel dále namítá, že se mu řešení realizace tří projektů pro tři samostatné subjekty jedním smluvním vztahem jevilo a stále jeví jako velmi problematické. Toto tvrzení opírá o odlišný splátkový kalendář s rozdílnou dobou splácení u každé veřejné zakázky a o obavu, že případné problémy v realizaci jedné zakázky by mohly ohrozit plnění smluvního vztahu i u ostatních subjektů. K tomuto uvádím, že zadávání všech poptávaných prací jako jediné veřejné zakázky v souladu s celkovým finančním objemem ještě neznamená nutnost realizovat následně tyto práce na základě jediné smlouvy. Pokud by zadavatel rozdělil veřejnou zakázku na jednotlivé části, v souladu s § 98 zákona, mohl na jednotlivé části uzavřít smlouvy nejenom v odlišném znění, ale případně i s různými dodavateli, podle jejich pořadí v té které části veřejné zakázky. Stejně tak i odlišné platební podmínky (na které zadavatel v rozkladu odkazuje) mohly být zohledněny v podmínkách zadání veřejné zakázky.

23. Pro úplnost uvádím, že argument zadavatele, že všechny smlouvy jsou prakticky totožné, neboť pro všechny veřejné zakázky dostal nabídku pouze od jednoho uchazeče, je nedůvodný. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a zadal předmětnou veřejnou zakázku jako podlimitní veřejnou zakázku v některém z odpovídajících zadávacích řízení, nelze vyloučit, že by obdržel nabídek více. Pro jednotlivé části pak mohl zadavatel uzavřít odlišné smlouvy tak, jak bylo uvedeno výše.

24. K sankci a její výši uvádím, že jsem setrval na závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nejsou tedy dány podmínky pro snížení pokuty nebo upuštění od ní. Při stanovení výše pokuty odkazuji na odůvodnění napadeného

rozhodnutí, přičemž zdůrazňuji, že částka je relativně nízká vzhledem k závažnosti porušení zákona, kterým došlo k vyloučení soutěžního prostředí a tedy nemožnosti výběru dodavatele s objektivně nejvýhodnějšími podmínkami pro realizaci předmětné veřejné zakázky.

V. Závěr

25. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

26. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

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

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

Obdrží:

1. Olomoucký kraj, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc

2. Siemens s. r. o., se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6

3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce