UOHSX001APEU

V Brně dne 6. srpna 2009

Čj: R34,39/2009/VZ--7663/2009/310/JHr

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 17. 3. 2009 zadavatelem

- **Fakultní Thomayerova nemocnice s poliklinikou, státní příspěvková organizace, IČ 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha, za niž jedná MUDr. Karel Filip, CSC., MBA, ředitel**

a rozkladu podaném dne 10. 3. 2009 vybraným uchazečem

- **České teplo s. r. o., IČ 25055925, se sídlem Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8, za niž jednají Ing. Václav Viaček a RNDr. Petr Turek, jednatelé**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 2. 2009, č.j. ÚOHS-S264/2008/VZ-1389/2009/520/ABr, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Fakultní Thomayerova nemocnice s poliklinikou, IČ 00064190, Vídeňská 800, 140 59 Praha, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Dodávka tepelné energie pro FTNsP v areálu Praha 4, Vídeňská 800“,** zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 5. 2008 pod evidenčním číslem 60017706 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 5. 2008 pod číslem 2008/S90-122215,

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 27. 2. 2009 č.j. ÚOHS-S264/2008/VZ-1389/2009/520/ABr

p o t v r z u j i

a podané rozklady

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 Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou, IČ 00064190, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha (dále jen „zadavatel“), při stanovení technických kvalifikačních předpokladů a při hodnocení nabídek ve veřejné zakázce „Dodávka tepelné energie pro FTNsP v areálu Praha 4, Vídeňská 800“, (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky. Po jejím přezkoumání Úřad zjistil, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení v části III. „Podmínky účasti“ mimo jiné uvedl, že podle § 56 odst. 1 zákona požaduje předložení „seznamu techniků a technického vybavení pro realizaci veřejné zakázky“ a rovněž upřesnil, že uchazeč je povinen prokázat, že disponuje (případně je má subdodavatelsky zajištěno) následujícím technickým vybavením nutným k řádnému plnění zakázky: servisním vozidlem a provozovnou, ve které je zaměstnáno nejméně 10 servisních pracovníků a kde je uložena základní zásoba servisního materiálu určeného k odstraňování závad.

3. Na základě uvedené veřejné zakázky byla dne 26. 8. 2008 uzavřena mezi zadavatelem a vybraným uchazečem „Smlouva o realizaci veřejné zakázky“ a současně s touto smlouvou byla rovněž uzavřena i „Smlouva o nájmu, provozování a rekonstrukci“ současných tepelných zdrojů a rozvodných tepelných zařízení v areálu zadavatele. Zadavatel na základě uvedené smlouvy pronajal vybranému uchazeči tepelná zařízení, budovy, nebytové prostory a rozvody zemního plynu, aby mu umožnil realizovat na základě veřejné zakázky dodávky tepelné energie pro zadavatele. Uvedená smlouva o nájmu byla uzavřena na dobu 8 let s tím, že nájem bude moci být prodloužen, avšak opět na dobu v trvání nejdéle 8 let. Vybraný uchazeč se pak zavázal v souladu se Smlouvou o realizaci veřejné zakázky, provést ve lhůtě do dvou let rekonstrukci stávajících výrobních a rozvodných zařízení tepelné energie a předávacích stanic v areálu zadavatele. Po skončení smluvního vztahu mezi pronajímatelem (zadavatelem) a nájemcem (vybraným uchazečem) se uchazeč zavázal převést nová zařízení i provedené rekonstrukce na zadavatele za cenu určenou znaleckým posudkem.

4. Po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, zahájil dne 20. 10. 2008 ve věci správní řízení z moci úřední, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče.

5. Zadavatel se k oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 30. 10. 2008, v němž k pochybnostem Úřadu o správnosti jeho postupu ve veřejné zakázce uvedl, že požadavek na servisní vozidlo, provozovnu s minimálně 10 servisními

techniky a základní zásobu materiálu, považuje za opodstatněný, vzhledem k rozsahu technického zařízení, které spadá do kompetence a odpovědnosti servisních techniků. K otázce stanovení hodnotícího kritéria „nejnižší nabídkové ceny“ za dodávku tepla, které bylo v rámci veřejné zakázky stanoveno, zadavatel uvedl, že zastává názor, že cena tepelné energie zahrnuje i náklady vynaložené na rekonstrukci zařízení a cena rekonstrukce je tedy v rámci hodnotících kritérií zohledněna, což podle zadavatele plyne i z platného cenového rozhodnutí Energetického regulačního úřadu.

6. K zahájení správního řízení a jeho důvodům se dne 5. 11. 2008 vyjádřil i vybraný uchazeč, který se domnívá, že zahájení správního řízení nepovažuje za opodstatněné, neboť k němu došlo na základě podnětu, který Úřad obdržel. Požaduje proto přezkoumat, co bylo důvodem uplatnění podnětu. Vybraný uchazeč se dále vyjadřuje k otázce technického vybavení servisním vozidlem, provozovnou s určitým počtem techniků a zásobou servisního materiálu, které je podle jeho názoru pro plnění veřejné zakázky nezbytné. Dále se vybraný uchazeč ve svém stanovisku k zahájení správního řízení rovněž zabývá konstrukcí nabídkové ceny a stanovením hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny za dodávku tepla. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že zadavatel v této otázce postupoval správně, neboť sice požadoval určit nabídkovou cenu ve vazbě na množství spotřebovaného tepla, avšak současně stanovil, že cena musí zahrnovat i náklady na rekonstrukci výrobních a rozvodných zařízení. Uchazeč rovněž uvedl, že konstrukce ceny za dodávku tepla vychází z metodiky Energetického regulačního úřadu a obsahuje tedy položku lineárních odpisů investic. Z tohoto důvodu jednotková cena tepla (GJ) musí obsahovat i poměrnou část realizovaných investic (nákladů na rekonstrukci výše zmíněných výrobních a rozvodných zařízení tepelné energie). Uchazeč proto nespatřuje v postupu zadavatele cokoliv závadného.

Napadené rozhodnutí

7. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 27. 2. 2009 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S264/2008/VZ-1389/2009/520/ABr, kterým rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že jednak nedodržel postup v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona v návaznosti na ustanovení § 6 téhož zákona, když v zadávacích podmínkách nevymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a to při vymezení požadavku na provozovnu podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona a porušil tak zásadu zákazu diskriminace v zadávacím řízení a jednak porušil § 78 odst. 1 a 3 zákona, neboť nezvolil základní hodnotící kritérium podle druhu a složitosti veřejné zakázky a stanovil v zadávacích podmínkách jako hodnotící kritérium cenu roční dodávky tepla, ačkoliv součástí předmětu plnění je i modernizace technologických výrobních a rozvodných zařízení a hodnocená cena tak nezahrnovala veškeré platby zadavatele. Tyto postupy přitom mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem o realizaci veřejné zakázky, jejíž součástí je smlouva o nájmu, provozování a rekonstrukci. Za spáchání správního deliktu byla zadavateli uložena podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 80 000,- Kč.

8. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v daném případě Úřad přijal podnět k zahájení řízení v souladu s ust. § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád a povinnost zahájit správní řízení z moci úřední vyplývá rovněž z ust. § 114 odst. 3 zákona. Úřad přitom není vázán podaným podnětem a při podání podnětu není rozhodující, zda podnět podal účastník řízení či nikoliv. Úřad zkoumá postup zadavatele

a zahájí správní řízení z moci úřední, při důvodném podezření, že došlo k porušení zákona zadavatelem, jak tomu bylo v předmětném případě, kdy zadavatel stanovil jako hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu za dodávku tepla, avšak v zadávací dokumentaci požadoval provedení rekonstrukce výrobních a rozvodných zařízení tepelné energie a v rámci hodnotících kritérií nebyla cena rekonstrukce zohledněna.

9. V napadeném rozhodnutí Úřad k problematice stanovení technických kvalifikačních předpokladů uvedl, že v předmětné veřejné zakázce nebyl relevantní důvod pro vyloučení uchazečů, kteří nemají k datu podání nabídky zajištěnu v místě provozovnu. V pronajímaných prostorách zadavatele jsou totiž umístěny kanceláře, dílny a sklad, které mohl uchazeč využívat, a proto je požadavek zadavatele, aby uchazeč měl k datu podání nabídky dispozici provozovnu se servisními pracovníky, kde je zároveň uložena i základní zásoba materiálu, nedůvodný. V šetřeném případě se podle názoru Úřadu rovněž jedná o nepřípustné omezování základních zásad svobodného podnikání a usazování a dalších zásad práva Evropské unie, jak je podrobně uvedeno na str. 10 napadeného rozhodnutí i vnitrostátní legislativy, zejména zásady transparentnosti, rovného zacházení, zákazu diskriminace podle § 6 zákona i zásady přiměřenosti podle § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 písm. c) zákona.

10. Další část napadeného rozhodnutí Úřad věnuje rozboru hodnotících kritérií pro zadání veřejné zakázky. Z oznámení zadávacího řízení je zřejmé, že tímto kritériem byla „nejnižší nabídková cena“. Úřad reaguje zejména na tvrzení vybraného uchazeče, že tato cena vychází z platné metodiky ERÚ, a proto obsahuje i složku odpisů investic a zohledňuje tedy náklady na provedenou rekonstrukci. Zadavatel proto dle názoru uchazeče oprávněně požadoval stanovit nabídkovou cenu ve vazbě na množství spotřebovaného tepla a současně stanovil, že cena musí obsahovat i náklady na rekonstrukci. Mezi cenou tepla a náklady na rekonstrukční práce je tedy úzký matematický vztah. K těmto závěrům Úřad uvedl, že s nimi lze souhlasit pouze za podmínky, pokud by uchazeč po skončení smluvního vztahu převedl nová zařízení a provedené rekonstrukce na zadavatele za cenu předem stanovenou pevnou částkou, bez ohledu na výši investic nebo, že by cena rekonstrukce byla spolu s cenou za dodávky tepla předmětem hodnocení zadavatelem, a tím by došlo k soutěži o cenu v celém předmětu plnění, k čemuž však nedošlo.

11. Postup zadavatele v předmětné veřejné zakázce tak vedl k tomu, že při hodnocení ceny dodávky tepla nebyla zadavatelem hodnocena její podstatná část – zbytková hodnota, za kterou zadavatel zařízení odkoupí. Zadavatelem hodnocená cena nezahrnovala všechny její složky, tedy výdaje které zadavatel nakonec uhradí. Z uvedeného učinil Úřad závěr, že cena rekonstrukce nebyla předmětem hodnocení a nedošlo tedy k soutěži o cenu v celém předmětu plnění. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 78 odst. 1 zákona, který umožňuje dva druhy základních hodnotících kritérií, a to ekonomickou výhodnost nabídky, nebo nejnižší nabídkovou cenu. K tomu Úřad v napadeném rozhodnutí dodává, že zadavatelem zvolené kritérium nepochybně není ekonomickou výhodností nabídky, neboť nebyla zvolena žádná dílčí kritéria, která by tuto výhodnost vyjadřovala. Tímto kritériem není ani „nejnižší nabídková cena“, neboť zadavatel zohlednil pouze její část, jak je výše uvedeno. Na základě takto zadavatelem stanovených kritérií, kdy nedošlo k soutěži o cenu předmětu plnění v celém rozsahu, pak zadavatel přesto uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o realizaci veřejné zakázky.

II. Námitky rozkladů

12. Proti shora uvedenému rozhodnutí podal dne 10. 3. 2009 rozklad vybraný uchazeč a dne 17. 3. 2009 zadavatel. V rozkladu vybraného uchazeče je uvedeno, že rozkladem napadené rozhodnutí je v řadě ohledů neurčité a neodůvodněné. Z těchto důvodů tedy vybraný uchazeč uvádí, že nemůže reagovat na veškeré důvody vydání rozhodnutí. Uchazeč dále žádá, aby předseda Úřadu zvážil, zda je rozhodnutí řádně odůvodněno, ve věci pravidel pro kalkulaci ceny tepla, uchazeč doporučuje Úřadu využít znalce z oblasti tepelného hospodářství a požaduje, aby se předseda Úřadu vyjádřil k tomu, zda orgán dohledu může nahrazovat subjektivní úvahy zadavatele úvahami svými a aby byl přezkoumán vztah mezi údajnými pochybeními zadavatele a možností, zda by tato pochybení mohla mít vliv na pořadí nabídek, pokud by se potvrdila.

13. Uchazeč uvádí, že nesouhlasí s argumentací Úřadu ohledně nepřiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu vybavení uchazeče servisním vozidlem a provozovnou s 10 servisními techniky, kde by byla uložena i základní zásoba servisního materiálu, určeného k odstraňování vzniklých závad. Uchazeč dále uvedl, že je mu známo, že zadavatel považoval za výhodné, pokud by provozovna byla umístěna v blízkosti areálu nemocnice, tato podmínka však nebyla v zadávacích podmínkách obsažena. Uchazeč dále ve svém vyjádření k výše označenému technickému kvalifikačnímu předpokladu odmítá argument, že by nemusel disponovat provozovnou jako neracionální, neboť zadavatelem poskytnuté prostory jsou nedostatečné. V závěru námitek, které se týkají existence vlastní provozovny uchazeč uvedl, že si neumí představit situaci, že by byl schopen plnit předmět veřejné zakázky bez existence provozovny umístěné v blízkosti nemocnice.

14. V další části rozkladu vybraný uchazeč nesouhlasí se stanoviskem Úřadu v otázce zvolených hodnotících kritérií, neboť má za to, že systém hodnocení nabídek neměl vliv na výsledné pořadí nabídek za situace, kdy hodnocení neproběhlo, neboť po posouzení zbyla pouze jediná nabídka. Vybraný uchazeč ve svém rozkladu rovněž tvrdí, že cena rekonstrukce byla součástí hodnocení nabídek neboť vstupovala do položky odpisů a názor Úřadu, že cena investic se v hodnocení nabídek neprojevila, považuje za mylný a za nepochopení principu tvorby ceny tepla v rámci její regulace Energetickým regulačním Úřadem.

15. Dne 17. 3. 2009 podal vůči rozhodnutí Úřadu rozklad rovněž zadavatel. Úvodem zadavatel namítá nesrozumitelnost odůvodnění napadeného rozhodnutí, z něhož není zřejmé, zda se jedná o řízení podle části páté hlavy II dílu 2 zákona, tedy řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, nebo o řízení o správním deliktu podle části páté hlavy II díl 3 zákona.

16. Zadavatel nesouhlasí se stanoviskem Úřadu, který požadavek na dispozici provozovnou považuje za nedůvodný. Úřad se dle mínění zadavatele dostatečně nevypořádal s tím, proč je stanovení kvalifikačního předpokladu na provozovnu s určitým počtem servisních pracovníků v rozporu se zákonem a nezdůvodnil, proč neměl zadavatel po uchazečích provozovnu požadovat. Zadavatel je totiž přesvědčen, že prostory, nacházející se v areálu zadavatele, které budou případně k dispozici uchazeči, nejsou dostačující pro provádění činností, potřebných pro realizaci zakázky.

17. Další nesouhlasné stanovisko vyjadřuje zadavatel k použití odkazu Úřadu na rozsudek ESD ze dne 27. 10. 2005 č. C-158/03, který nelze dle jeho mínění aplikovat na předmět veřejné zakázky, a přesto je Úřadem uváděn jako vhodný příklad, kdy bylo konstatováno porušení zásady diskriminace, obdobně jako je tomu v uvedené veřejné zakázce.

18. Zadavatel dále uvádí, že nemůže souhlasit ani se stanoviskem Úřadu, uvedeným na straně 10 napadeného rozhodnutí v němž je požadavek na provozovnu považován za nezákonné kritérium, zužující okruh potencionálních uchazečů pouze na ty uchazeče, kteří disponují provozovnou, neboť se nejedná o kritérium výběru, ale o technický kvalifikační předpoklad podle § 56 zákona.

19. V dalších částech svého rozkladu se zadavatel věnuje otázce vymezení hodnotícího kritéria nejnižší nabídkové ceny, k němuž uvádí, že při jeho stanovení vycházel z příslušných ustanovení zákona a byl povinen řídit se rovněž dalšími právními předpisy, které se na problematiku dodávek tepelné energie vztahují. Uvedl, že jde zejména o předpisy v působnosti Energetického regulačního úřadu, jakožto autority, která vydává podmínky a zásady pro stanovení cen tepelné energie.

20. Zadavatel v rozkladu shrnul závěry Úřadu učiněné v napadeném rozhodnutí, zejména tu skutečnost, že Úřad nesouhlasil s tím, že zadavatel jako hodnotící kritérium zadal pouze nejnižší cenu tepla, přičemž veřejná zakázka v sobě zahrnuje i požadavek na provedení rekonstrukčních prací a modernizaci rozvodných zařízení. Dále zadavatel upozornil na nesouhlas Úřadu s tím, že při hodnocení ceny tepla, nebyla zadavatelem hodnocena její podstatná složka, a to zbytková hodnota, za kterou bude zařízení zadavatelem odkoupeno. K tomu zadavatel uvedl, že takto postupoval zcela záměrně, neboť konstrukce ceny vychází z metodiky Energetického regulačního úřadu, podle níž je třeba k výpočtu ceny tepla použít předepsaného kalkulačního vzorce, který v sobě mimo jiné již zahrnuje i náklady na rekonstrukci a modernizaci technických zařízení. Úřad tedy dle stanoviska zadavatele nezohlednil při hodnocení ceny tepla podmínky stanovené Energetickým regulačním Úřadem.

21. Další námitky rozkladu zadavatele se opakovaně týkají volby základního hodnotícího kritéria, kdy zadavatel uvedl, že pokud by stanovil zvlášť hodnotící kritérium za cenu provedení rekonstrukce technických zařízení a zvlášť za dodávku tepla, došlo by k hodnocení téhož ukazatele dvakrát, neboť provedení rekonstrukce je již do kalkulačního vzorce pro výpočet ceny tepla začleněno. Zadavatel rovněž poukazuje na to, že Úřad dostatečně nevyjádřil závislost nákladnosti rekonstrukce, případně délky nájmu provozovaných zařízení, inflačních vlivů a dalších ukazatelů, na výši provozních nákladů zařízení (údržba, opravy apod.) a tvrdí, že hodnocení efektivnosti rekonstrukce bylo provedeno zjednodušeným způsobem. Zadavatel vytýká Úřadu i to, že nepočítá s rozdílností reálných odpisových sazeb, platných pro různá zařízení, a proto úvahy o výši zbytkové ceny zařízení, jsou podle něj teoretické.

22. Závěrem rozkladu zadavatel uvádí, že si je vědom složitosti předmětného zadávacího řízení. Vzhledem k požadavkům platných předpisů Energetického regulačního úřadu však považuje svůj postup v zadávacím řízení, včetně zvoleného kritéria nejnižší nabídkové ceny za správný.

Závěr rozkladů zadavatele a vybraného účastníka

23. Zadavatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil. Vybraný uchazeč požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladech

24. Dopisem ze dne 24. 3. 2009 k rozkladu podanému dne 10. 3. 2009 vybraným uchazečem, společností České teplo s. r. o., zaslal své stanovisko zadavatel, který k předmětnému rozkladu uvedl, že se k jeho obsahu, ani k učiněným závěrům nebude vyjadřovat a nebude je rovněž hodnotit. Dne 26. 3. 2009 pak k rozkladu zadavatele zaujal stanovisko vybraný uchazeč, který uvedl, že s obsahem rozkladu podaného zadavatelem souhlasí.

25. Po projednání rozkladů 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 rozkladech zadavatele a vybraného uchazeče a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k níže uvedenému závěru.

26. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 27. 2 2009 č.j. ÚOHS-S264/2008/VZ-1389/520/ABr rozhodl, že zadavatel se při vymezení minimální úrovně technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a při volbě základního hodnotícího kritéria podle druhu a složitosti předmětné veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 80 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladů zadavatele a vybraného uchazeče

27. V námitkách vybraného uchazeče je Úřadu vytýkána nejasnost a neurčitost napadeného rozhodnutí ve vztahu k technickému kvalifikačnímu požadavku dispozice servisním vozidlem a zejména provozovnou, ve které je zaměstnáno minimálně 10 servisních techniků a je zde uložena alespoň základní zásoba materiálu potřebného k průběžnému odstraňování závad na spravovaných technologických výrobních a rozvodných zařízeních. K otázce dispozice vlastní provozovnou, jako jedné ze základních otázek pro posouzení zákonnosti požadavků zadavatele při vymezení technických kvalifikačních předpokladů, zastává jak vybraný uchazeč, tak i zadavatel názor, že v tomto případě nemá tento kvalifikační předpoklad diskriminační charakter. Zadavatel nestanovil povinnost, že se má jednat o provozovnu nacházející se v blízkosti areálu nemocnice a nejde tedy o teritoriální podmínku. K tomuto stanovisku vybraného uchazeče a zadavatele uvádím, že obecně lze podmínku dispozice vlastní provozovnou považovat za podmínku, která má teritoriální charakter. Pojem provozovny upravuje § 7 odst. 3 obchodního zákoníku. Ze začlenění ustanovení o provozovně v § 7 obchodního zákoníku vyplývá, že jde o organizační složku nižšího právního významu. V žádném případě však organizační upořádání uchazeče a existence provozovny k datu podání nabídky nemůže být podmínkou pro účast v zadávacím řízení, neboť tím dochází

k omezování hospodářské soutěže z teritoriálního hlediska. Zadavatel není oprávněn stanovit organizační opatření, kterými má být dosaženo splnění veřejné zakázky, např. limit dosahu činnosti uchazeče. Podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona může zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů pouze požadovat přehled nástrojů či pomůcek, provozních a technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Z tohoto důvodu byl technický požadavek na servisní vozidlo oprávněný a Úřad se jím nezabýval, požadavek na dispozici vlastní provozovnou však oprávněný nebyl.

28. Nemohu proto souhlasit s názorem vybraného uchazeče, že existence provozovny je nezbytná pro plnění některých činností v rámci veřejné zakázky. Je na uchazeči samotném, jaká organizační opatření k zajištění požadované rekonstrukce zvolí. Zadavatel ostatně ani nestanovil požadavek na dispozici provozovnou pro účely rekonstrukce, ale pro uložení alespoň základních zásob servisního materiálu určeného k odstraňování vzniklých závad, jak uvedl v zadávacích podmínkách.

29. K výše uvedeným skutečnostem dále konstatuji, že Úřad si v citovaném napadeném rozhodnutí nepřisvojil právo posuzovat, zda prostory pronajaté zadavatelem budou dostačující pro plnění předmětné veřejné zakázky na dodávku tepla, či nikoliv, zabýval se však otázkou, zda je požadavek na existenci provozovny oprávněný, když prostor provozovny není tím prostorem, ve kterém bude veřejná zakázka realizována. Dodávka tepla se bude realizovat v areálu zadavatele, v zařízeních v majetku zadavatele, respektive v zařízení, které po rekonstrukci bude majetkem uchazeče, přičemž i tento majetek bude umístěn v areálu zadavatele.

30. S názory vybraného uchazeče, které se týkají otázky zvolení základního hodnotícího kritéria nemohu souhlasit. Účelem zadávacího řízení je výběr dodavatele zakázky, který nabídne cenově nejvýhodnější nabídku pro celou zakázku, a to v tomto případě jak ve vztahu k ceně dodávky za teplo, tak i ve vztahu k budoucím nákladům zadavatele, tedy k ceně plánované rekonstrukce. K tomu rovněž dále uvádím, že dodavatele této rekonstrukce nemůže zadavatel, vzhledem k dané smluvní koncepci, hledat na volném trhu, jak by tomu bylo v případě, pokud by zadavatel zadal zvlášť dodávku tepla a zvlášť provedení rekonstrukce. Postup zvolený zadavatelem, kdy tento získá dodavatele tepla i provedení rekonstrukce současně (v jedné osobě), se tedy může zadavateli jevit jako výhodný, avšak jedině za podmínky, že se uskuteční soutěž i o cenu rekonstrukce, jejíž podíl v závislosti na délce smluvního vztahu a tudíž na době provádění odpisů, zaplatí zadavatel vedle ceny za dodávku tepla. V opačném případě, kdy o část zakázky nebyla uskutečněna soutěž, a to vzhledem k nesprávně zvolenému hodnotícímu kritériu (roční cena dodávky tepla), však uvedená výhoda na straně zadavatele zaniká právě z důvodu absence soutěže v části zakázky, tedy při rekonstrukci technických zařízení.

31. Nemohu proto v žádném případě souhlasit s názorem vybraného uchazeče, že ze strany Úřadu došlo k nepochopení složitosti tvorby ceny tepla v rámci její regulace Energetickým regulačním úřadem. Tvorba ceny dodávky tepla je regulována obecně závazným předpisem v působnosti regulátora, který stanoví, které položky lze do kalkulace zahrnout, přičemž některé z těchto položek jsou stanoveny jako maximální hranice na jednu položku. V zadávacím řízení může proto uspět uchazeč, který této hranice plně nevyužije, neboť docílí úspor například organizačními opatřeními. V daném případě však snížení ceny za dodávku tepla bude dosaženo vyšší platbou za provedenou rekonstrukci, hrazenou při skončení smluvního vztahu zadavatelem, která

však zadavatelem nebyla zohledněna v zadávacím řízení, neboť stanoveným základním hodnotícím kritériem byla zhodnocena pouze dodávka tepla, tedy pouze část veřejné zakázky, nikoliv však rekonstrukce, která je její nedílnou součástí.

32. Z výše uvedených důvodů nelze akceptovat ani závěr učiněný vybraným uchazečem, že zvolené základní hodnotící kritérium a celý systém hodnocení nabídek neměl vliv na výsledné hodnocení nabídek za situace, kdy po posouzení zbyla pouze nabídka vybraného uchazeče jako jediná. Jak jsem již výše uvedl, o rekonstrukční práce neproběhla soutěž a tyto práce, jako důležitá součást veřejné zakázky nebyly rovněž uvedeny ani v oznámení v informačním systému o veřejných zakázkách v části Společný slovník pro veřejné zakázky (CPV). V případě pokud by tomu tak bylo, mohl mít takový postup nepochybně vliv na okruh potencionálních dodavatelů. Ze zvoleného postupu zadavatele proto vyplývá, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když nezohlednil všechny platby, k nimž se zavázal, a to zejména platbu za rekonstrukční práce.

33. V rozkladu zadavatele je dále namítána údajná nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí v části zabývající se důvody pro zahájení správního řízení (viz str. 8 napadeného rozhodnutí), když dle názoru zadavatele není zřejmé, zda se jedná o řízení podle části páté hlavy II dílu 2 zákona, tedy o řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, nebo o správní řízení o správním deliktu podle části páté hlavy II dílu 3 zákona. K těmto údajným nejasnostem uvádím, že ustanovení § 114 odst. 3 zákona, citovaná v napadeném rozhodnutí, dostatečně přesně uvádí důvody zahájení správního řízení a je tedy zřejmé, že v případě, že Úřad má podezření, že došlo k porušení zákona o veřejných zakázkách, je povinen zahájit řízení z moci úřední tak, jak tomu bylo i v tomto případě. Postup Úřadu je tedy v naprostém souladu se zákonem.

34. Pokud zadavatel vytýká Úřadu chybné vymezení technických kvalifikačních předpokladů ve vztahu k požadavku na dispozici provozovnou u uchazečů, a to z toho důvodu, že zadavatel připustil, že se může jednat i o provozovnu zajištěnou subdodavatelským způsobem, uvádím k této námitce, že ani s tímto argumentem nesouhlasím. V šetřeném případě se totiž jedná o organizačně teritoriální požadavek, který však není přípustný, jak bylo podrobněji vysvětleno výše a nejde tedy o technický kvalifikační předpoklad.

35. V případě šetření předmětné veřejné zakázky konstatuji, že Úřad si počínal správně, když poukázal na to, že postupem zadavatele došlo k porušení zásady transparentnosti, rovného zacházení, zákazu diskriminace uvedeného v § 6 zákona a zásady proporcionality obsažené například v ustanovení § 56 odst. 7 písm. c) zákona.

36. Považuji rovněž za vhodné upozornit, že pokud Úřad použil v napadeném rozhodnutí praktické příklady při nichž provedl například srovnání levnější a dražší rekonstrukce technických zařízení, byly tyto příklady uvedeny v rozhodnutí z důvodu názorné demonstrace skutečnosti, že při posuzování ceny dodávky tepla je třeba posuzovat veškeré budoucí náklady, k nimž se zadavatel zavázal, a které nelze pominout. Bude však rozhodující, jak zadavatel nastaví dílčí hodnotící kritéria pro cenu dodávky tepla a pro cenu rekonstrukce technických zařízení. V této souvislosti dodávám, že pro stanovení těchto kritérií v rámci předmětné složité veřejné zakázky mohl zadavatel využít i znalců, kteří mohli vypracovat příslušné posudky za účelem stanovení váhy obou zmíněných kritérií, aby mohla být posouzena optimálnost vztahu ceny dodávky

tepla a ceny rekonstrukce, a aby byla rovněž posouzena výhodnost nabídek uchazečů z obou těchto aspektů. Mám však za to, že zadavatel měl stanovit taková kritéria hodnocení nabídek již v zadávacím řízení. Pokud by tak zadavatel učinil, je možné, že by se přihlásili rovněž uchazeči, kteří by měli zájem soutěžit nejen o cenu dodávky tepla, ale i o zbytkovou cenu rekonstrukce za předem stanovených podmínek.

V. Závěr

37. 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 rozkladech.

38. 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. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Fakultní Thomayerova nemocnice s poliklinikou, se sídlem Vídeňská 800, 140 59 Praha

2. České Teplo s. r. o., se sídlem Klapkova 731/34, 182 00 Praha 8

3. spis

Vypraveno dne**:** viz otisk razítka na poštovní obálce