

Město Bohušovice nad Ohří

Husovo náměstí 42
411 56 Bohušovice nad Ohří

Veřejná zakázka: „Provozování tepelného hospodářství pro veřejnou potřebu ve městě Bohušovice nad Ohří“, ev. číslo zakázky 017-2015

(dále jen „**Veřejná zakázka**“)

Zadavatel: Město Bohušovice nad Ohří

IČ: 002 63 362, Husovo náměstí 42, Bohušovice nad Ohří

(dále jen „**zadavatel**“)

Stěžovatel: NRG provoz tepelných zdrojů s.r.o.

IČ: 254 75 681, se sídlem Na Pile 1109/3, Střekov, 400 03 Ústí nad Labem

(dále jen „**stěžovatel**“)

Věc: Námitky stěžovatele proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 11. 2. 2016

J e d n o u

Přílohy dle textu námitek

I.

Stěžovatel tímto ve shora označené věci podává **námítky** podle ust. § 110 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „**ZVZ**“), a to proti:

- **rozhodnutí zadavatele ze dne 11. 2. 2016 o výběru nejvhodnější nabídky.**

II.

Stěžovatel obdržel od zadavatele dne 12. 2. 2016 oznámení ze dne 11. 2. 2016 o rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, v němž se uvádí, že jakožto nejvhodnější nabídka v rámci Veřejné zakázky byla vyhodnocena nabídka společnosti EKOENERGY MORAVIA s.r.o., se sídlem Nádražní 1000, 696 03 Dubňany, IČ: 292 85 780 (dále též jako „**vítězný uchazeč**“), přičemž sám stěžovatel se umístil na druhém místě.

III.

Stěžovatel předně namítá, že celé řízení směřující k udělení Veřejné zakázky trpí **neodstranitelnou procesní vadou**. Zadavatel totiž zadal Veřejnou zakázku dle zákona č. 139/2006 Sb., zákon o koncesních smlouvách a koncesních řízeních (dále jen „**ZK**“), přičemž v oznámení o zahájení výběrového řízení – výzvě k podání nabídek, jednoznačně uvádí, že cílem řízení má být uzavření *koncesní smlouvy malého rozsahu*.

Koncesní smlouva je pak v ust. § 16 ZK definována jako smlouva, jíž se *koncesionář zavazuje poskytovat služby nebo i provést dílo a zadavatel se zavazuje umožnit koncesionáři brát užítky vyplývající z poskytování služeb nebo z využívání provedeného díla, popřípadě spolu s poskytnutím části plnění v penězích*. Přílohou koncesní dokumentace je pak závazný vzor Návrhu koncesní smlouvy (dále jen „**Návrh**“), v němž se (čl. 2.1.) podává, že „**předmětem této Smlouvy je zajištění plynulého a bezpečného zásobování tepelnou energií a teplou vodou ve městě Bohušovice nad Ohří...**“, a to s využitím souboru zařízení ve vlastnictví zadavatele, jež by mělo být přenecháno provozovateli do nájmu.

Je tak nepochybné, že **hlavním předmětem činnosti provozovatele by měly být dodávky tepla a teplé vody, a to za úplatu, tedy prodej zboží**. Tuto tezi podporuje i ust. čl. 5 Návrhu, zabývající se cenou dodávaného tepla, tedy kupní cenou dodávaného zboží. Nutno podotknout, že **kvalifikace tepla, coby zboží, vyplývá z ust. § 4 odst. 2 písm. e) zákona č. 235/2004 Sb.**, o dani z přidané hodnoty.

Z výše uvedeného je tak zřejmé, že zadavatelem požadované dodávky tepla nelze realizovat skrze institut koncesní smlouvy (nejedná se ani o poskytnutí služby, ani o provedení díla), a že tak **Veřejná zakázka vůbec nespadá pod úpravu koncesního zákona, neboli že nebyla zadavatelem vypsána v souladu se zákonem**. Již tato skutečnost sama o sobě by měla vést zadavatele ke zrušení celé Veřejné zakázky.

IV.

Přestože jsou další námítky stěžovatele s ohledem na právě uvedené patrně nadbytečné, stěžovatel je z procesní opatrnosti i tak vznáší.

- Stěžovatel namítá, že pokud zadavatel v rámci koncesní dokumentace stanovil, jakožto závazný, Návrh koncesní smlouvy a deklaroval tím, že v tomto znění bude nucen vítězný uchazeč smlouvu uzavřít, byl povinen v souladu s ust. § 30 ZK vyžádat si předchozí stanovisko Ministerstva financí ČR, bez něhož není možné koncesní smlouvu platně uzavřít, jak explicitně vyplývá z dikce zmíněného zákonného ustanovení. Pokud tak zadavatel neučinil, postupoval zjevně v rozporu se zákonem, zatížil celé řízení neodstranitelnou vadou, jelikož bez uvedeného stanoviska není vůbec schopen platně uzavřít jím předloženou koncesní smlouvu s vybraným uchazečem.
- Stěžovatel dále namítá, že vítězný uchazeč nesplnil zadávací podmínky (konkrétně pak procesní kvalifikační předpoklady), neboť, jak vyplývá z výpisu ze živnostenského rejstříku vítězného uchazeče (viz příloha těchto námítek), **vítězný uchazeč sám nedisponuje podnikatelským oprávněním k provádění revizí tepelného hospodářství** (což je jedna z činností, kterou by měl dle Návrhu koncesní smlouvy provádět provozovatel pro zadavatele – srov. např. čl. 1.2. přílohy č. 5 Návrhu). K výkonu citované činnosti je oprávněn toliko držitel podnikatelského oprávnění „*montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení*“ a „*montáž, opravy, revize a zkoušky plynových zařízení a plnění nádob plynů*“. Ani jedním z oprávnění však vítězný uchazeč nedisponuje a tento nedostatek pak nemůže zhojit ani skrze případného subdodavatele, když mu to zapovídá čl. 6 písm. b) koncesní dokumentace. Vítězný uchazeč tak vůbec není schopen plnit podmínky navrhované koncesní smlouvy, resp. zadavatelem požadované činnosti a měl být z účasti na veřejné zakázce vyloučen pro nesplnění kvalifikace. Stěžovatel nadto uvádí, že on zde rozebíranou podmínku, na rozdíl od vítězného uchazeče, splňuje a doložil to relevantními doklady.
- Vítězný uchazeč dále nesplnil zadávací podmínky, když v rozporu s přílohou č. 2 zadávací dokumentace k veřejné zakázce – Přehled hodnotících kritérií - neuvedl v této příloze *nabídkovou cenu nájemného za roční pronájem nebytových prostor*, nadto na více místech doplnil Návrh koncesní smlouvy, ačkoli se jednalo o části závazné, u nichž nebyl uchazeč o Veřejnou zakázku oprávněn cokoliv pozměňovat či doplňovat. V daném případě se tak nepochybně jedná o nesplnění zadávacích podmínek ze strany vítězného uchazeče, resp. o jejich závažné porušení, přičemž sám stěžovatel v namítaných bodech své povinnosti beze zbytku splnil.

- Další námitka stěžovatele směřuje opět k porušení zadávacích podmínek ze strany vítězného uchazeče, spočívající v nemožnosti dodržet podmínky stanovené v Návrhu koncesní smlouvy ze strany vítězného uchazeče. Stěžovatel v této souvislosti poukazuje na následující ustanovení Návrhu koncesní smlouvy, v němž osoba na straně provozovatele prohlašuje, že:
 - **čl. 3.1.3.** nebyl vznesen žádný nárok proti Provozovateli, neprobíhá žádné soudní, rozhodčí ani správní řízení ani spor řešený jiným způsobem a Provozovatel si při vynaložení řádné péče není vědom žádného probíhajícího nebo hrozícího sporu, které by se mohly nepříznivě dotknout schopnosti Provozovatele plnit jeho povinnosti vyplývající z této Smlouvy;
 - **čl. 3.1.4.** nemá žádné závazky, jejichž splnění by mělo nepříznivý vliv na jeho schopnost plnit povinnosti vyplývající z této Smlouvy;

Z veřejně dostupných zdrojů je stěžovateli známo, že vítězný uchazeč má závazek ve výši nejméně 1.138.400,- Kč z titulu sankčních poplatků z nájemní smlouvy vůči městu Kostelec nad Orlicí, jak vyplývá jednak z usnesení rady města č. 7/2014 ze dne 24. 3. 2014 a dále pak z usnesení zastupitelstva města č. 4/2015 ze dne 14. 9. 2015 (viz přílohy těchto námitek). S ohledem na dobu trvání, resp. zjevné prodlení s plněním tohoto závazku ze strany vítězného uchazeče, jakož i na výši jeho vlastního kapitálu, který vítězný uchazeč uvádí ve veřejně přístupné rozvaze za rok 2014 (pouhých 46 tis. Kč), lze pochybovat o způsobilosti vítězného uchazeče plnit své splatné závazky. Je přitom nesporné, že i v případě uzavření Koncesní smlouvy se zadavatelem by byl vítězný uchazeč povinen plnit vůči zadavateli peněžité závazky. Z právě naznačených skutečností jednoznačně vyplývá, že by vítězný uchazeč v případě, že by s ním měl zadavatel uzavřít koncesní smlouvu, nesplňoval již v okamžiku uzavření smlouvy přinejmenším shora citovaná ustanovení, resp. že vítězný uchazeč opět porušil zadávací podmínky a měl být z řízení vyloučen.

V.

Stěžovatel vzhledem ke shora uvedeným argumentům navrhuje, aby zadavatel, bez zbytečného odkladu po obdržení této námitek, zrušil své rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a rozhodl o tom, že vítězným uchazečem je stěžovatel, případně aby Veřejnou zakázku zrušil a vyhlásil řízení nové.



Richard Richtermoc

jednatel NRG provoz tepelných zdrojů s.r.o.

Přílohy:

- č. 1 - výpis z Živnostenského rejstříku vítězného uchazeče
- č. 2 - usnesení zastupitelstva města Kostelec nad Orlicí ze dne 14. 9. 2015
- č. 3 - usnesení rady města Kostelec nad Orlicí ze dne 24. 3. 2014
- č. 4 - rozvaha vítězného uchazeče za rok 2014