

Rozhodnutí o námitkách

Zadavatel:

Město Bohušovice nad Ohří

IČ:

002 63 362

Adresa zadavatele:

Husovo náměstí 42, 411 56 Bohušovice nad Ohří

Zastoupen:

Ivo Hynlem – starostou města

Název veřejné zakázky:

„Provozování tepelného hospodářství pro veřejnou potřebu ve městě Bohušovice nad Ohří“

Evidenční číslo VZ:

017-2015

Druh veřejné zakázky:

Koncesní smlouva malého rozsahu uzavíraná na dobu

od 1. 2. 2016 do 30. 6. 2019

Druh řízení:

Koncesní řízení malého rozsahu (§ 5 odst. 2 koncesního zákona), jednofázové, mimo režim zákona při dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 3a koncesního zákona) a dále při dodržení zásady vzájemného uznávání a zásady přiměřenosti proporcionality (viz. Ustanovení Smlouvy o ES).

V rámci veřejné zakázky s výše uvedeným názvem a na základě výsledků posouzení a hodnocení nabídek provedené hodnotící komisí, bylo dne 11.2.2016 vydáno rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky:

EKOENERGY MORAVIA s.r.o., IČ 292 85 780, sídlem Nádražní 1000, 696 03 Dubňany, která v rámci hodnocení provedeném hodnotící komisí obdržela 100 bodů, čímž byla pro zadavatele ekonomicky nejvýhodnější.

Dne 22. 2. 2016 byly formou emailu doručeny námitky uchazeče NRG provoz tepelných zdrojů s.r.o., v zastoupení jednatele Richarda Richtermoce, přičemž stěžovatel ve svém písemném vyjádření z téhož dne sděluje:

1) předně namítá, že celé řízení směřující k udělení veřejné zakázky trpí neodstranitelnou procesní vadou, přičemž dále uvádí, že řešená veřejná zakázka nespadá pod úpravu koncesního zákona, čili, že nebyla zadavatelem vypsána v souladu se zákonem, a nabádá zadavatele, aby zohlednil tuto skutečnost, která by dle vyjádření stěžovatele měla vést ke zrušení celé veřejné zakázky, neboť předmět veřejné zakázky – dodávky tepla a teplé vody, jakožto i činnost provozovatele tepelného hospodářství pro veřejnou potřebu ve městě Bohušovice nad Ohří nelze dle stěžovatele chápat jako předmět pro uzavření koncesní smlouvy, ale jako veřejnou zakázku na dodávku „zboží“.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Odůvodnění:

Koncesní smlouvou 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.

Pramen

§ 16 zákona č. 139/2006, koncesního zákona

Zadavatel v rámci řešeného řízení postupoval podle dosavadní běžné praxe s ohledem na charakter veřejné zakázky, **jejímž předmětem je poskytování dodávek tepla a teplé vody včetně souvisejících služeb vztahujících se k provozu tepelného hospodářství a to do 30. 6. 2019.**

Zadavatel není kompetentní k podání výkladu, zda se v takovém případě jedná o zakázku na dodávky podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění (za předpokladu, pokud by existoval relevantní výklad či judikaturní výrok o tom, že předmět řešeného řízení lze

chápat jako „zboží“). Podstatnou roli zde sehrávají přenesená rizika, která provozovatel za dobu provozu nese na svůj účet a svým jménem, tudíž nelze o dodávkách tepla a teplé vody a souvisejících službách pojednávat jako o prostém „zboží“.

Zadavatel použil výklad jak zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění, tak i zákona číslo 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon) v platném znění a dospěl k závěru, že postup zadavatele není v žádném případě v rozporu se zákonem, tudíž není důvodu řešení řízení jakkoliv „rušit“.

Citace obou zákonů nezná pojem „vypsat zakázku v souladu se zákonem“.

Zadavatel zahájil koncesní řízení malého rozsahu a to v souladu s koncesním zákonem, podle kterého se jedná o koncesní smlouvu, kde předpokládáný příjem koncesionáře činí méně než 20.000.000,-Kč bez DPH, tudíž zadavatel nemusí postupovat podle druhé části téhož zákona, avšak je zadavatel povinen dodržet zásady uvedené v §3a – což jsou zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Zadavatel tyto zásady v plném rozsahu dodržel, současně dodržel veškeré lhůty stanovené zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách podle kterého by jinak rovněž mohl postupovat v případě zadávacího řízení na dodávky, kdy postup zadavatele je co se týká uveřejnění informací o veřejné zakázce na Profilu zadavatele obdobný. **Zadavatel má tedy za to, že zvolený postup pro zadání veřejné zakázky s předmětem plnění dodávek a služeb na dobu do 30.6.2019 naplňuje všechny zákonem požadovaná pravidla a lhůty, postup je transparentní, nediskriminační a byly dodrženy všechny zásady včetně zásady rovného zacházení.**

Přestože jsou další námitky stěžovatele s ohledem na dříve uvedené nadbytečné, vznáší stěžovatel z důvodu procesní opatřnosti další námitky takto:

2) 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 zadavatel povinen v souladu s ust. § 30 koncesního zákona vyžádat si předchozí stanovisko MFČR, bez něhož není možné koncesní smlouvu platně uzavřít, přičemž stěžovatel uvádí, že pokud zadavatel o stanovisko nepožádal, postupoval zjevně v rozporu se zákonem a zatížil celé řízení neodstranitelnou vadou, jelikož bez uvedeného stanoviska není zadavatel schopen platně uzavřít předloženou koncesní smlouvu s vybraným uchazečem.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Odůvodnění:

Zadavatel není vázán předložením stanoviska již ve fázi zahájení řízení na výběr provozovatele tepelného hospodářství. Uchazeč tak předjímá nepodložené skutečnosti, které jsou v této fázi, kdy ještě nebyla koncesní smlouva uzavřena nerelevantní. Zadavatel má písemné vyjádření z Ministerstva pro místní rozvoj, z jehož obsahu vyplývá, že dosud nebyla Ministerstvem vydána závazná Metodika pro uzavírání koncesních smluv malého rozsahu, jakožto obdoba Závazných metodických postupů pro zadávání veřejných zakázek malého rozsahu, která je z MMR pro obce závazná. Zadavateli není zákonem určena lhůta pro podání žádosti o stanovisko, zákonem je pouze určeno, že vyžádání stanoviska k uzavření smlouvy je podmínkou platnosti koncesní smlouvy, stejně tak je určena povinnost uveřejnit koncesní smlouvu po jejím podpisu v rejstříku koncesních smluv. **Zadavatel si je svých povinností plně vědom.**

3) Stěžovatel dále namítá, že vítězný uchazeč nesplnil zadávací podmínky (konkrétně pak procesní kvalifikační předpoklady) – zde měl stěžovatel zřejmě na mysli profesní kvalifikační předpoklady, když vítězný uchazeč nedisponuje oprávněním k provádění revizí tepelného hospodářství.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Odůvodnění:

Zadavatel stanovil profesní kvalifikační předpoklady takto:

Profesní kvalifikační předpoklady (§ 54 Zákona)

Zadavatel stanovuje minimální podmínku pro splnění této kvalifikace v přesném a úplném znění Zákona, přičemž určuje, že příslušným živnostenským oprávněním pro plnění této veřejné zakázky je živnostenské oprávnění v rozsahu koncesované živnosti:

Výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW.

Obsahová náplň:

Výroba a rozvod (doprava, akumulace, přeměna parametrů a dodávka tepelné energie rozvodným tepelným zařízením) tepelné energie, na které se neuděluje licence podle jiného právního předpisu. Instalovaným výkonem jednoho zdroje u této živnosti se rozumí celkový výkon kotelný, ve které může být instalován jeden zdroj s výkonem nad 50 kW, nebo více zdrojů o nižším výkonu, které ve svém součtu překročí hodnotu 50 kW.

Splnění profesních kvalifikačních předpokladů prokáže dodavatel, který předloží v kopii:

- a) *kopii výpisu z obchodního rejstříku, pokud je v něm zapsán, či výpis z jiné obdobné evidence, pokud je v ní zapsán,*
- b) *kopii dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím předmětu koncese, tj., příslušné živnostenské oprávnění provozovat tepelné hospodářství.*

S ohledem na dikci Energetického zákona, podle které platí, že:

„Podnikat v energetických odvětvích na území České republiky mohou za podmínek stanovených tímto zákonem fyzické či právnické osoby pouze na základě licence udělené Energetickým regulačním úřadem“ **zadavatel stanovil, že uchazeč může k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložit též licenci udělenou podle energetického zákona.**

Licence podle tohoto zákona se nevýžaduje na obchod, výrobu, distribuci a uskladňování svítiplynu, koksárenského plynu čistého, degazačního a generátorového plynu, bioplynu, propanu, butanu a jejich směsí, pokud se nejedná o distribuci potrubními systémy, k nimž je připojeno více než 50 odběrných míst, a na výrobu tepelné energie určené pro dodávku konečným spotřebitelům

jedním odběrným tepelným zařízením ze zdroje tepelné energie umístěného v těmže objektu nebo mimo objekt v případě, že slouží ke stejnému účelu.

Dále se licence podle tohoto zákona neuděluje na činnost, kdy zákazník či odběratel poskytuje odebranou elektřinu, plyn nebo tepelnou energii jiné fyzické či právnické osobě prostřednictvím vlastního nebo jím provozovaného odběrného elektrického, plynového nebo tepelného zařízení, přičemž náklady na nákup elektřiny, plynu nebo tepelné energie na tyto osoby pouze rozúčtuje dohodnutým nebo určeným způsobem a nejedná se o podnikání.

Z uvedeného vyplývá, že uchazeči nebyli povinni v rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dokazovat, že disponují oprávněním k provádění revizí. Ačkoliv je v závazném návrhu „Smlouvy o provozu tepelného hospodářství pro veřejnou potřebu ve městě Bohušovice nad Ohří“ požadováno plnění revizí, není nikterak vyloučeno, že tuto revizní činnost nemůže vítězný uchazeč zajistit příslušným revizním technikem, který příslušným oprávněním disponuje.

Vítězný uchazeč disponuje platným živnostenským oprávněním pro koncesovanou živnost:

Výroba tepelné energie a rozvod tepelné energie, nepodléhající licenci realizovaná ze zdrojů tepelné energie s instalovaným výkonem jednoho zdroje nad 50 kW,

Přičemž obsahem této koncese je:

Výroba a rozvod (doprava, akumulace, přeměna parametrů a dodávka tepelné energie rozvodným tepelným zařízením) tepelné energie, na které se neuděluje licence podle jiného právního předpisu. Instalovaným výkonem jednoho zdroje u této živnosti se rozumí celkový výkon kotelný, ve které může být instalován jeden zdroj s výkonem nad 50 kW, nebo více zdrojů o nižším výkonu, které ve svém součtu překročí hodnotu 50 kW.

Obsahem živnosti není dodávka tepelné energie, kterou zajišťují vlastníci domů (pronajímatelé) pro své vlastní nájemníky.

Uchazeč EKOENERGY MORAVIA s.r.o. v plném rozsahu splnil zadavatelem požadované profesní kvalifikační předpoklady. Podmínky navrhované provozní smlouvy ve smyslu provádění revizí může uchazeč splnit zajištěním příslušného revizního technika.

3) Stěžovatel dále namítá, že uchazeč 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.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Odůvodnění:

Nabídka uchazeče EKOENERGY MORAVIA s.r.o. obsahuje jak zadavatelem stanovenou přílohu č. 2 – Přehled hodnotících kritérií – a to řádně vyplněnou se všemi náležitostmi – tak formulář, který si uchazeč sám vypracoval, přičemž tento formulář obsahuje pouze jedno z hodnotících kritérií. Zadavatel se domnívá, že v rámci přítomnosti jednatele uchazeče NRG provoz tepelných zdrojů s.r.o. při procesu „otvírání obálek“ nabyt pan Richard Richtermoc dojmu, že nabídka uchazeče EKOENERGY MORAVIA s.r.o. nebyla vzhledem k zadavatel stanoveným zadávacím podmínkám úplná, když členové komise nahlíželi do obsahu formuláře, který byl uchazečem vypracován jako vlastní příloha, aniž by si všimli, že na následujících stránkách za další záložkou je formulář obdobný, avšak podle závazného vzoru zadavatele, přičemž tento formulář obsahuje všechny náležitosti zadavatelem požadované, tj. hodnoty obou hodnotících kritérií, včetně hodnoty ročního nájemného. Zadavatel konstatuje shodně se členy komise, že **nabídka uchazeče EKOENERGY MORAVIA s.r.o. je úplná a bez vad.**

4) Stěžovatel ve svém vyjádření uvádí, že vítězný uchazeč 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, s tím, že namítá, že v daném případě se tak nepochybně jedná o nesplnění zadávacích podmínek ze strany vítězného uchazeče, resp. o jejich závažné porušení.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Členům komise jakožto ani zadavateli není známo, že by uchazeč EKOENERGY MORAVIA s.r.o. neoprávněně pozměnil nebo doplnil závazný návrh provozní smlouvy. Texty zadání – závazného návrhu provozní smlouvy byly porovnány s texty podepsané smlouvy, která byla přiložena v nabídce uchazeče, a nebylo shledáno žádného porušení zadávacích podmínek.

5) Další námitka stěžovatele směřuje opět k porušení zadávacích podmínek ze strany vítězného uchazeče, spočívající v nemožnosti dodržet podmínky stanovené v Návrhu provozní smlouvy, když uchazeč měl prohlásit, že

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;

3.1.4. Provozovatel nemá žádné závazky, jejichž splnění by mělo nepříznivý vliv na jeho schopnost plnit povinnosti vyplývající z této Smlouvy;

Přičemž stěžovatel sděluje, že z veřejně dostupných zdrojů je stěžovateli známo, že vítězný uchazeč má závazek ve výši nejméně 1.138.400,- Kč vůči městu Kostelec nad Orlicí z titulu sankčních poplatků z nájemné smlouvy.

Zadavatel tuto námitku neakceptuje.

Odůvodnění:

Zadavatel využil svého práva na ověření informací a skutečností uvedených uchazečem v jeho nabídce a proto může zadavatel konstatovat, že

1) ověřením referencí z blízkého místa plnění ve stejném regionu zadavatele, kde vítězný uchazeč již delší dobu poskytuje své služby, bylo potvrzeno, že služby jsou poskytovány řádně, bez vad a nedostatků, což potvrzuje, že smlouva je plněna ke spokojenosti odběratele.

2) telefonickým ověřením skutečnosti namítané stěžovatelem přímo se zástupcem zadavatele, u kterého bylo možné reference ověřit - místostarosta města Kostelec nad Orlicí, p. Ing. T. Langrem, bylo potvrzeno, že namítaná skutečnost nemá žádnou spojitost s plněním nabízených služeb, s tím že se jedná o historickou událost, která čeká na soudní rozřešení a to již déle než 4 roky. Vzhledem ke skutečnosti, že v této věci dosud nebylo pravomocně rozhodnuto, nelze takovou událost považovat za skutečnost, která by zadavateli bránila v uzavření provozní smlouvy s vybraným uchazečem, nad to nelze ze strany zadavatele bezdůvodně zpochybňovat věrohodnost učiněných čestných prohlášení, která byla součástí předložené nabídky, přičemž obsahem těchto prohlášení byla skutečnost, že uchazeč je ekonomicky a finančně způsobilý k plnění řešené veřejné zakázky.

6) Stěžovatel vzhledem ke svým argumentům navrhol, aby zadavatel bez zbytečného odkladu po obdržení jeho námítky, 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.

Zadavatel tento návrh neakceptuje.

Odůvodnění:

Zadavatel nemá důvod ke zrušení svého původního rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky a rovněž tak nebyly shledány důvody, pro které by zadavatel měl rozhodovat o zrušení již proběhlého výběrového řízení.

Zadavatel považuje za vhodné upozornit stěžovatele, že jím podané námítky nepodléhají dikci zákona číslo 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách v platném znění podle § 110 odst. 4, jak ve svém podání stěžovatel uvádí.

Zadavatel postupuje v rámci Koncesní řízení malého rozsahu (§ 5 odst. 2 koncesního zákona), **jednofázové, mimo režim zákona** při dodržení zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (§ 3a koncesního zákona) a dále při dodržení zásady vzájemného uznávání a zásady přiměřenosti proporcionality (viz. Ustanovení Smlouvy o ES).

Tyto námítky byly vypořádány při zachování všech zákonem stanovených zásad pro řádný postup zadavatele v rámci výběrového řízení pro výběr provozovatele tepelného hospodářství ve městě Bohušovice nad Ohří, přičemž se jedná o výběrové řízení mimo režim zákona.

V Bohušovicích dne
2.3.2016.


.....

Ivo Hynl
starosta města

Na vědomí:

Uchazeč NRG provoz tepelných zdrojů s.r.o.
Uchazeč EKOENERGY MORAVIA s.r.o.

Uveřejněno na Profilu zadavatele v sekci příslušné veřejné zakázky.