



UOHSX001KK3Q

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd

V Brně dne: 8. 12. 2010

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správních řízeních zahájených dne 27. 11. 2009, dne 7. 12. 2009, dne 23. 12. 2009 a dne 8. 6. 2010, na základě nedatované žádosti, a žádostí ze dne 1. 12. 2009, 23. 12. 2009 a ze dne 7. 6. 2010, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Vodárenská společnost Tábořsko, s. r. o., IČ 26069539, se sídlem Kosova 2894, 390 02 Tábor, za niž jedná Ing. Hana Randová, jednatelka a Ing. Bedřich Beneš, jednatel,
- žadatel – vybraný koncesionář – ČEVAK, a. s. (jako právní nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, za niž jedná Dipl. Ing. Christian Hasenleithner předseda představenstva, a Ing. Jiří Heřman, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 6. 2010 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- žadatel – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jedná prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, místopředseda představenstva, a Ing. Václav Holeček, člen představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 12. 2009 JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou, IČ 71463071, s místem podnikání Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1,

ve věci koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy na „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury společnosti VST, s.r.o. na dobu deseti let“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 10. 10. 2008 pod ev. č. 60023473, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 12. 2008, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 10. 2008 pod ev. č. 2008/S 199-264438, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne

10. 12. 2008, zadavatelem Vodárenská společnost Tábořsko, s. r. o., IČ 26069539, se sídlem Kosova 2894, 390 02 Tábor, za níž jednájí Ing. Hana Randová, jednatelka a Ing. Bedřich Beneš, jednatel, rozhodl takto:

I.

**Žádost žadatele ČEVAK, a. s.** (jako právního nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, kterou Úřad obdržel dne 27. 11. 2009, o uložení nápravného opatření **se** podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**.

II.

**Žádost žadatele ČEVAK, a. s.** (jako právního nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, ze dne 1. 12. 2009, o uložení nápravného opatření **se** podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**.

III.

**Žádost žadatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.**, IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, ze dne 23. 12. 2009, o uložení nápravného opatření **se** podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**.

IV.

**Žádost žadatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.**, IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, ze dne 7. 6. 2010, o uložení nápravného opatření **se** podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**.

V.

Podle ust. § 24 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ust. § 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 Vodárenská společnost Tábořsko, s. r. o., nevzniká v tomto správním řízení povinnost nahradit náklady řízení.

## ODŮVODNĚNÍ

1. Vodárenská společnost Tábořsko, s. r. o., IČ 26069539, se sídlem Kosova 2894, 390 02 Tábor, za níž jednájí Ing. Hana Randová, jednatelka a Ing. Bedřich Beneš, jednatel (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním

řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 10. 2008 pod ev. č. 60023473, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 12. 2008, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 10. 2008 pod ev. č. 2008/S 199-264438, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 10. 12. 2008, oznámení koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy na „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury společnosti VST, s.r.o. na dobu deseti let“ (dále jen "koncesní řízení").

2. Podle protokolu o otevírání obálek zadavatel obdržel 4 žádosti o účast v koncesním řízení, přičemž 3 žádosti o účast vyhověly kontrole úplnosti s tím, že ve čtvrté žádosti chyběla elektronická verze dokladů. Z protokolu o posouzení kvalifikace pořízené zadavatelem vyplývá, toto formální pochybení zadavatel neposoudil jako důvod pro vyřazení nabídky. Podle téhož protokolu všichni dodavatelé, kteří předložili žádost o účast, prokázali splnění kvalifikace a byli vyzváni k podání nabídky.
3. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že hodnotící komise v koncesním řízení posuzovala dvě předložené nabídky, podané společností Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., IČ 60071371, se sídlem Boženy Němcové 12, 370 80 České Budějovice, jejímž právním nástupcem je společnost ČEVAK, a. s. IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice (dále jen "Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s." nebo "vybraný koncesionář"), a společností Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava (dále jen "Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s."). Po provedeném hodnocení se umístila podle počtu získaných bodů na prvním místě nabídka společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.
4. Z protokolu o konečném výsledku hodnocení je zřejmé, že hodnotící komise provedla jednání o nabídkách podaných dodavateli, kteří nebyli vyloučení z účasti v koncesním řízení a zadavatel po skončení jednání o nabídkách provedl hodnocení upravených nabídek obou dodavatelů. Nejvyšší počet bodů po provedeném hodnocení obdržela nabídka společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.
5. Dne 19. 11. 2009 zadavatel rozhodl o vyloučení společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení, a to z toho důvodu, že tento dodavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o veřejných zakázkách"), v návaznosti na ust. § 7 odst. 3 koncesního zákona.
6. Dne 1. 12. 2009 zadavatel rozhodl o výběru koncesionáře – společnosti Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
7. Dne 7. 5. 2010 zadavatel opětovně rozhodl o vyloučení společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení, a to z toho důvodu, že tento dodavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, v návaznosti na ust. § 7 odst. 3 koncesního zákona.
1. **Ke správnímu řízení zahájenému na žádost vybraného koncesionáře, doručené Úřadu dne 27. 11. 2009**
8. Proti úkonům zadavatele učiněných v souvislosti s jednáním o nabídkách konaným dne 30. 10. 2009 podal dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dopisy ze dne

2. 11. 2009 a 12. 11. 2009 (doplnění námitek) námitky, o nichž zadavatel rozhodl dne 23. 11. 2009, a to tak, že námitky částečně odmítl a částečně jim nevyhověl.

9. Vzhledem k tomu, že dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem doručeným Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dne 27. 11. 2009 žádost o uložení nápravného opatření.
10. V žádosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil přesvědčení, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem při jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009, a to konkrétně v rozporu s ust. § 9 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s ust. § 30 odst. 8 a § 6 zákona o veřejných zakázkách. Porušení zákona se zadavatel měl podle cit. dodavatele dopustit tím, že nezajistil, aby jednání o nabídkách mělo transparentní průběh, aby nedošlo k porušení zásad uvedených v ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách.
11. Podle názoru dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., celá procedura jednání o nabídkách byla v rozporu s právními předpisy, neboť jeho průběh se omezil na odevzdání zapečetěných obálek s upravenými soutěžními parametry, přičemž v době jejich odevzdání druhý dodavatel, ani hodnotící komise nevěděli, co dodavatelé na jednání o nabídkách nabídli. Faktická možnost jednat o nabídkách v průběhu jednání o nabídkách byla podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyloučena zadavatelem v důsledku prohlášení předsedy hodnotící komise v úvodu jednání o nabídkách, podle něhož *"Hodnotící komise nebude akceptovat žádné další nabídky, které případně učiníte v průběhu jednání"*. Tímto postupem došlo podle názoru cit. dodavatele k celkovému pokřivení a negaci institutu jednání o nabídkách podle ust. § 31 zákona o veřejných zakázkách, neboť se fakticky žádné jednání nekonalo. Dodavatel je toho názoru, že je esenciální najisto postavit skutečnost, zda v době stanovené zadavatelem pro uskutečnění jednání o nabídkách, tj. dne 30. 10. 2009 v 10:30 hod. byly v jednací místnosti přítomny nabídky obou dodavatelů a zda v této době byli dodavatelé přítomni v takovém personálním složení, které jim umožňovalo jednat jménem či v zastoupení daného dodavatele. Jako důkaz navrhl výše jmenovaný dodavatel výslech předsedy hodnotící komise.
12. V další části žádosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil nesouhlas s obsahem rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách a v této souvislosti mj. uvádí, že je nepřípustná argumentace, podle níž zadavatel připouští, aby v době uvedené v pozvánce k jednání nebyl některý z dodavatelů fyzicky přítomen v jednací místnosti s tím, že jeho pozdní příchod bude možný a nebude hodnocen jako neúčast daného dodavatele na jednání o nabídkách. V takové případě se podle cit. dodavatele jedná o narušení zásady transparentnosti a rovného zacházení.
13. Za zcela nesprávný označil dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., rovněž závěr zadavatele, podle něhož vyjádřil souhlas s průběhem jednání o nabídkách podpisem protokolu o předání a převzetí nabídky a protokolu z jednání, neboť by tímto byl negován institut námitek.
14. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dále v žádosti uvádí, že v důsledku organizačního pochybení zadavatele při svolávání jednání o nabídkách byla fakticky znemožněna účast jeho právního zástupce, a byl tedy znevýhodněn tím, že nemohl

bezprostředně reagovat na veškerá porušení právních předpisů, kterých se zadavatel dopustil.

15. K tvrzení zadavatele v rámci rozhodnutí o námitkách, podle něhož dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nemohl být zkrácen na svých právech, když jeho nabídka byla odevzdána až po nabídce dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že zkrácení na právech shledává ve faktu, že zadavatel připustil, aby dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., napravil své pochybení spočívající v tom, že v 10:30 hod. nebyl v jednací místnosti přítomen v personálním složení, které by tomuto dodavateli umožnilo nabídku předložit a podepsat protokol o jednání o nabídce.
16. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., zejména upozornil na tvrzení uvedené v jím podaných námitkách, a sice, že nelze aprobovat postup zadavatele, kdy po zahájení jednání umožnil vstup pana de Rivery do jednací síně a tím zhojil skutečnost, že v 10:30 hod. nebyl dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., reprezentován osobami, které byly oprávněny jeho jménem jednat nebo jej zastupovat a dále že tento postup mohl vést k tomu, že jeho nabídka nebyla v jednací místnosti vůbec přítomna.
17. Tvrzení zadavatele, uvedené v rozhodnutí o námitkách, o nemožnosti zrušení jednání o nabídkách a provedení nového předložení a hodnocení nabídek nemůže podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., obstát, neboť by byl zadavatel zbaven jakékoli možnosti dodatečně přijmout opatření k nápravě ve vztahu k jednání o nabídkách.
18. Za právně vadný považuje dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., názor zadavatele, podle kterého jím podaná námitka byla vadná z toho důvodu, že v ní nebyly uvedeny skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se dozvěděl o skutečnosti, že pan de Rivera je členem představenstva společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.
19. Skutečnost, podle níž dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., mohl na jednání o nabídkách jednat jen a pouze prostřednictvím dvou členů představenstva, tedy společně prof. Kynclem a panem de Riverou, je podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., relevantní pro závěr, že zadavatel tím, že nevyloučil dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., již v 10:30 z důvodu jeho neschopnosti řádně se účastnit jednání o nabídkách, zásadním způsobem narušil zásadu rovného zacházení s účastníky a zásadu transparentnosti. V této souvislosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., upozorňuje na relevantní judikaturu soudů České republiky, která se zabývá otázkou možnosti zastoupení právnické osoby některým z členů představenstva dané právnické osoby. Cit. dodavatel uvádí, že tato judikatura standardně uzavírá, že je-li daná osoba členem představenstva, nemůže současně jednat jako zástupce dané právnické osoby ať již v režimu § 15 obchodního zákoníku či na základě plné moci. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., v této souvislosti uzavírá, že bez přítomnosti de Rivery v jednací místnosti nebyl dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., na jednání o nabídkách schopen činit jakékoli právní úkony.
20. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., se domnívá, že protiprávní úkon zadavatele, tzn. hodnocení nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., má jednoznačný vliv na pořadí nabídek a toto jednání lze nejlépe napravit tak,

že bude Úřadem rozhodnuto o zrušení hodnocení nabídek, jak byly odevzdány dne 30. 10. 2009, přičemž v novém hodnocení zadavatel nepřihlédne k nabídce podané dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.

21. Úřad obdržel žádost dne 27. 11. 2009, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ust. § 26 odst. 2 koncesního zákona, zahájeno správní řízení o uložení nápravného opatření. Téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis žádosti.
22. Zadavatel se k žádosti vyjádřil dopisem ze dne 4. 12. 2009, v rámci něhož odkazuje na rozhodnutí o námitkách, a v jehož úvodu popsal skutkový stav související s obsahem žádosti, přičemž zmiňuje zejména následující skutečnosti
  - Dne 30. 9. 2009 obdržel zadavatel v koncesním řízení dvě nabídky, a to od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., a od dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
  - Dne 30. 10. 2009 uspořádal zadavatel s oběma dodavateli, kteří podali nabídku, jednání o nabídkách, na které byli pozváni písemnou pozvánkou, v níž však bylo nepřesně uvedeno číslo popisné budovy, ve které se jednání mělo konat (namísto MÚ Tábor 6 bylo uvedeno MÚ Tábor 3/3). Zadavatel při zjištění této nepřesnosti přijal opatření spočívající v tom, že se zaměstnankyně zadavatele dostavila do budovy MÚ Tábor 3/3 a před 10:30 požádala zástupce dodavatelů, aby přešli do budovy MÚ Tábor 6.
  - V 10:30 se v jednacích místnosti nacházeli mj. zástupci obou dodavatelů, přičemž v 10:39 do místnosti vstoupil pan de Rivera.
  - V 10:30 bylo zahájeno jednání o nabídkách úvodním proslovem předsedy hodnotící komise, v rámci něhož sdělil základní pravidla a zásady jednání o nabídkách a přítomní dodavatelé byli seznámeni s tím, že na začátku jednání oba dodavatelé odevzdají obálky s upravenou nabídkou. V 10:45 byli přítomní zástupci dodavatelů vyzváni k podpisu do listiny přítomných.
  - V 10:55 předal obálku s upravenou nabídkou dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., a v 10:58 dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
  - Následně byly upravené nabídky posuzovány.
  - Jednotlivými dodavateli byly sepsány a podepsány protokoly z jednání podle ust. § 31 odst. 2 a 3 zákona o veřejných zakázkách. Následně byly upravené nabídky hodnoceny a v souladu s ust. § 31 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách zadavatel vyhotovil protokol o konečném výsledku hodnocení. Podle tohoto protokolu se nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., umístila na prvním místě.
  - Dne 9. 11. 2009 obdržel zadavatel od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., oznámení, podle něhož dne 21. 10. 2009 přijala valná hromada tohoto dodavatele rozhodnutí o volbě pana de Rivery členem představenstva. Dne 19. 11. 2009 přijal zadavatel rozhodnutí o vyloučení

dodavatele z účasti v koncesním řízení pro nesplnění povinnosti podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

23. Zadavatel ve svém vyjádření mj. uvádí, že námitku dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., týkající se dodržení transparentnosti během jednání o nabídkách, považuje za spekulativní, a to vzhledem k tomu, že cit. dodavatel uvedl, že má důvodné podezření o tom, že nabídka druhého dodavatele nebyla v místnosti na začátku jednání, přičemž současně potvrzuje, že již zpětně není možné prokázat nebo vyvrátit toto podezření.
24. V souvislosti s personálním složením dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., umožňujícím jednat o nabídkách zadavatel považoval za vhodné vyjasnit následující skutečnosti.
  - Pan de Rivera se dostavil do jednací místnosti v 10:39, tj. v době, kdy probíhalo úvodní slovo předsedy hodnotící komise a kdy rovněž nedošlo k podpisu žádných protokolů. Pozdní příchod nemohl mít podle zadavatele žádný vliv na ohrožení zásad jednání o nabídkách a na jeho průběh. V této souvislosti zadavatel upozornil, že zákon, ani koncesní dokumentace, nestanoví žádná omezení ohledně vstupu do jednací místnosti. Pokud by se zadavatel zachoval tak, jak považuje dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., tj. znemožnil panu de Riverovi vstup do místnosti, dopustil by se porušení zásad transparentnosti a rovnosti účastníků. K tomu zadavatel dodává, že zástupci cit. dodavatele na místě nevznesli žádné výhrady či námítky.
  - Zadavatel uvádí, že oběma dodavatelům zaslal pozvánku na jednání o nabídkách a ponechal na jejich zvážení, jakým způsobem budou dodavatelé zastoupeni na jednání o nabídkách, přičemž v této souvislosti stanovil dva požadavky – aby nabídka byla podepsána osobami oprávněnými jednat a podepisovat jménem nebo za dodavatele a toto oprávnění bylo doloženo jako součást nabídky, a dále aby se jednání o nabídkách účastnily osoby oprávněné jednat jménem nebo za příslušného dodavatele. Za dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., se jednání o nabídkách účastnil mj. prof. Kyncl, místopředseda představenstva, který je generálním ředitelem pověřeným zástupcem cit. dodavatele pro účely podání nabídky tohoto dodavatele pro koncesní řízení (což podle zadavatele vyplývá z krycích listů nabídek).
  - Od 10:30 do 10:39 docházelo pouze k formálním, úvodním krokům, dodavatelé v této době sami žádné úkony nečinili, přičemž k hmotněprávním úkonům mohlo dojít až po odevzdání první z obálek s nabídkou.
25. Podle zadavatele nelze dovodit, že když nedošlo k předání obálek s nabídkami přesně v 10:30, tak tyto obálky nelze podat později za zachování všech základních zásad. Stanovení hodiny jednání má podle zadavatele pořádkovou povahu a nelze jej zaměňovat za lhůtu pro podání nabídek.
26. K průběhu jednání o nabídkách, které je napadáno v žádosti, zadavatel uvádí, že se uskutečnilo v souladu s příslušnými ustanoveními zákona o veřejných zakázkách upravujícími jednací řízení s uveřejněním. Dodavatelé byli podle zadavatele seznámeni s tím, že jednání se uskuteční tak, že na začátku jednání předají zadavateli obálky s upravenými nabídkami,

příčemž v pozvánce k jednání bylo stanoveno, že jednání o nabídkách bude probíhat pouze v jedné fázi.

27. Zadavatel upozornil, že v době odevzdání obálek dodavatelé, ani hodnotící komise, nevěděli, co dodavatelé na jednání o nabídkách nabídli, přičemž po podepsání protokolů z jednání hodnotící komise seznámila oba dodavatele s nabízenými parametry. Zadavatel dále upozornil na rozpornost některých tvrzení dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
28. Zadavatel k charakteru podané žádosti o uložení nápravného opatření mj. uvedl, že ze zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"), nelze dovodit, že je přípustná podmíněně podaná žádost o uložení nápravného opatření. Rovněž není podle zadavatele zřejmé, zda dodavateli Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., hrozí nějaká újma na jeho právech. Zadavatel dále vyjádřil pochybnost, zda tento dodavatel může podat žádost o uložení nápravného opatření ve vztahu k té části rozhodnutí o námitkách, kterou námitky odmítl.
29. Zadavatel má za to, že žádost o uložení nápravného opatření je třeba považovat za zmatečnou, a to s ohledem mj. na požadavek dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., aby zadavatel při novém hodnocení nepřihlédl k nabídce dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., když dne 30. 9. 2009 podal nabídku, kterou je vázán. Zadavatel dále vyjádřil názor, že je nesprávné dovodit, že nabídka byla odevzdána v rozporu s právními předpisy; teoreticky totiž mohl řádně podepsanou nabídku předat kurýr a zadavatel by se takovou nabídkou musel zabývat.
30. K výši kauce složené dodavatelem Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., ve výši 100 000 Kč zadavatel uvádí, že z jeho nabídky je možné určit předpokládaný příjem koncesionáře za prvních 5 let cenové fixace, a tedy i nabídkovou cenu. Proto by kauce měla být podle názoru zadavatele složena v maximální výši 2 000 000 Kč.
31. Účastníky správního řízení podle § 26 koncesního zákona jsou:
  - zadavatel,
  - žadatel – vybraný koncesionář – ČEVAK, a. s. (jako právní nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, za niž jednájí Dipl. Ing. Christian Hasenleithner předseda představenstva, a Ing. Jiří Heřman, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 6. 2010 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4.
32. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S339/2009/VZ-16043/2009/510/HOd ze dne 10. 12. 2009. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S339/2009/VZ-16047/2009/510/HOd ze dne 10. 12. 2009 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. Úřad tímto usnesením rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.



Tímto usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doplnění předložené dokumentace koncesního řízení, tj. mj. koncesního projektu ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona.

33. Dne 28. 12. 2009 obdržel Úřad od zadavatele koncesní projekt ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona a další doplňující dokumentaci k šetřenému koncesnímu řízení.
34. Dopisem ze dne 6. 1. 2010 zaslal zadavatel Úřadu stanovisko, v němž odkázal na jím dosud podaná vyjádření ve správních řízeních vedených pod sp. zn. S339/2009/HOd a S347/2009/KO/530-SWa a dále uvedl, že nadále platí to, že na straně dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., neexistuje žádná újma. K tomu zadavatel uvádí, že rozhodl o námitkách podaných dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., tak, že jim nevyhověl, a proto považuje obě žádosti o uložení nápravného opatření podané dodavatelem Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., za bezpředmětné a neopodstatněné, když tomuto dodavateli nevznikla ani nehrozí vznik jakékoli újmy.
35. Dne 7. 1. 2010 obdržel Úřad dopis dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., v němž se, v návaznosti na vyjádření zadavatele ze 4. 12. 2009, vyjádřil zejména k přítomnosti nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., v jednacích místnostech, k personálnímu složení tohoto dodavatele při jednání o nabídkách, k charakteru a petitu podané žádosti o uložení nápravného opatření.
36. Podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., skutečnost, že k předání nabídky došlo bez prodlení, nijak nepotvrzuje, že nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byla v jednacích místnostech přítomna již na počátku jednání. Za důležité považuje dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., to, zda druhý dodavatel nabídku předat měl a mohl, a pokud nabídka nebyla na počátku jednání v místnostech, neměla být vůbec zohledněna, neboť byla odevzdána pozdě. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil názor, že není přiměřené odmítnout tvrzení, týkající se nepřítomnosti nabídky druhého z dodavatelů, proto, že nemůže nepřítomnost nabídky dokázat. Dokazování však podle jeho názoru není nutné, neboť aby mohl být postup zadavatele považován za netransparentní postačí, že zadavatel připustil, aby na začátku jednání nebyla nabídka přítomna a nezajistil, aby bylo zřejmé, že tomu tak není.
37. K personálnímu složení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., při jednání o nabídkách dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., mj. uvedl, že mu není známo, že by se prof. Kyncl jakýmkoli pověřením prokazoval, a proto se domnívá, že mohl jednat jen v takovém složení, které je uvedeno v obchodním rejstříku. Současně cit. dodavatel vyjádřil názor, že k předání nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nemělo vůbec dojít, neboť v předepsaném čase zahájení jednání o nabídkách nebyl tento dodavatel v dostatečném personálním složení.
38. V souvislosti s hrozbou újmy dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že z dikce zákona plyne, že aby mohl žadatel podat žádost o uložení nápravného opatření, nemusí mu újma vzniknout, nýbrž postačí, aby hrozila. Za předpokladu, že by rozhodnutí zadavatele o vyloučení druhého z dodavatelů bylo Úřadem zrušeno, dodavateli podle jeho názoru hrozí, že jeho nabídka nebude vybrána jako nevhodnější.

39. K tvrzení zadavatele, kterým zpochybnil možnost podat ve vztahu k námitkám, které byly zadavatelem odmítnuty, žádost o uložení nápravného opatření, dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že podle jeho názoru především zadavatel neměl právo tyto námitky odmítnout, neboť námitky obsahovaly všechny zákonem předepsané náležitosti.
40. Co se týče petitu žádosti o uložení nápravného opatření dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že v žádosti nenavrhoval, aby zadavatel nehodnotil nabídku dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., ze dne 30. 9. 2009, nýbrž navrhoval, aby zadavatel nehodnotil upravenou nabídku tohoto dodavatele. V souvislosti s podáním nabídky dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že zadavatel interpretuje "odevzdání nabídky" ve smyslu samotného doručení nabídky, a nikoli ve smyslu podání nabídky.
41. Ke zmatečnosti žádosti o uložení nápravného opatření uváděné zadavatelem v jím podaném vyjádření, dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že institut zmatečnosti zákon, ani správní řád nezná a dodává, že nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že jeho žádost neobsahovala některou z předepsaných náležitostí.
42. Dne 15. 1. 2010 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž opakovaně upozorňuje, že dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., neuvedl jakékoli důkazy týkající se nepřítomnosti nabídky druhého z dodavatelů, a popisuje okolnosti předání nabídek na předmětném jednání o nabídkách a úpravy samotného institutu jednání o nabídkách. K personálnímu složení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zadavatel mj. uvedl, že účast na jednání o nabídkách je právem, nikoli povinností uchazeče a dodává, že jeho postup byl v souladu se zákonem, včetně zachování všech základních zásad veřejného zadávání, a rovněž nedošlo k porušení zásad uvedených v koncesní dokumentaci.
43. Podle zadavatele je třeba odmítnout nerozlišování pojmů hrozící a podmíněná újma, neboť podmíněná újma dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dokládá účelovost jeho postupu.
44. Zadavatel dále ve svém vyjádření odkázal na text žádosti o uložení nápravného opatření, v němž dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., požadoval, aby byla hodnocena pouze jeho nabídka. V této souvislosti zadavatel uvádí, že není možné, aby dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dodatečně opravoval či rozšiřoval svůj původní petit.
45. Do příslušného správního spisu nahlédl dne 19. 1. 2010 zadavatel a dne 20. 1. 2010 dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

## **II. Ke správnímu řízení zahájenému na žádost vybraného koncesionáře ze dne 1. 12. 2009**

46. Proti úkonům zadavatele učiněným v souvislosti s jednáním o nabídkách dne 30. 10. 2009 a proti úkonům zadavatele souvisejícím s hodnocením obdržených nabídek podal dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dopisy ze dne 16. 11. 2009 námitky, o nichž zadavatel rozhodl dne 26. 11. 2009, a to tak, že námitky částečně odmítl a částečně jim nevyhověl.

47. Úvodem žádosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil domněnku, že zadavatel postupoval při jednání o nabídkách v rozporu s koncesním zákonem a zákonem o veřejných zakázkách, a tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, neboť nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., měla být podle jeho názoru vyřazena alespoň z některého z důvodů popsaných v žádosti, přičemž jako nejvýhodnější by byla hodnocena nabídka dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
48. Za porušení právních předpisů považuje dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., především skutečnost, že v rozporu s ust. § 9 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s ust. § 77 zákona o veřejných zakázkách neposoudil nabídkovou cenu druhého z dodavatelů jako mimořádně nízkou, popř. nepřijatelnou podle ust. § 22 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách, a jím podanou nabídku proto nevyřadil. Dále se cit. domnívá, že zadavatel postupoval v rozporu s ust. § 9 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s ust. § 30 odst. 8 a § 6 zákona o veřejných zakázkách, když nezajistil transparentní průběh jednání o nabídkách.
49. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že si je vědom skutečnosti, že zadavatel rozhodl o vyloučení druhého z dodavatelů z účasti v koncesním řízení, a dále že žádost o uložení nápravného opatření podává pro případ, že by toto rozhodnutí zadavatele bylo zrušeno.
50. V souvislosti s jednáním o nabídkách dne 30. 10. 2009 dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že v pozvánce na toto jednání bylo jako místo konání uvedeno "Městský úřad Tábor, Žižkovo náměstí 3/3, 390 01 Tábor", avšak v den konání jednání se ukázalo, že pochybením zadavatele došlo k záměně adresy místa konání. V důsledku uvedeného nastala podle cit. dodavatele situace, kdy se jeho právní zástupce fakticky nemohl na jednání dostavit, čímž byl proti druhému dodavateli znevýhodněn při jednání o nabídkách. Podle názoru dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., tedy došlo k porušení zásady rovného zacházení a transparentnosti. Tento dodavatel dodává, že se nemůže ztotožnit s tvrzením zadavatele, podle něhož tím, že v podaných námitkách potvrdil přítomnost jeho zástupců v jednací místnosti, potvrdil účinnost opatření ve spojitosti s nesrovnalostí týkající se označení budovy.
51. V další části žádosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., napadá samotný průběh jednání o nabídkách, které se uskutečnilo dne 30. 10. 2009, a domnívá se, že toto jednání proběhlo nestandardním způsobem. V této souvislosti zadavatel mj. uvedl, že z podstaty institutu jednacího řízení s uveřejněním plyne, že poté, co uchazeči odevzdají své prvotní nabídky, bude s nimi zadavatel o jednotlivých obchodních podmínkách jednat v jednom či více kolech. V daném případě však podle cit. dodavatele neměli jednotliví dodavatelé možnost své nabídky prezentovat a učinit je v průběhu jednání zajímavější, čímž byla podstata jednacího řízení bez uveřejnění zcela potlačena. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., s ohledem na uvedené odkázal na prohlášení předsedy hodnotící komise, podle něhož "*hodnotící komise nebude akceptovat žádné další nabídky, které případně učiníte v průběhu jednání*".
52. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dále v podané žádosti napadá postup zadavatele, kdy v rozporu s právními předpisy hodnotil nabídku dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., a to i přesto, že cena nabídnutá tímto dodavatelem byla

mimořádně nízká ve smyslu ust. § 77 zákona o veřejných zakázkách. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., má za to, že kalkulace sestavená dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., jako podklad pro stanovení nabídkové ceny vodného a stočného musí být nutně pod hranicí ekonomicky odůvodnitelných nákladů. Toto přesvědčení plyne z toho, že sám sestavil kalkulaci na hranici ekonomické únosnosti a započítal minimální a ve srovnání s jinými projekty podprůměrnou míru zisku, má ve městě Tábor silné provozní a materiální zázemí, a proto musí být logicky schopen nabídnout své služby zadavateli za nižší náklady než dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., který dosud neprovozoval mimo region Severomoravského kraje žádný majetek. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., se tedy domnívá, že kalkulace dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., musí být nesprávná a lze mít důvodné obavy, že nebude schopen takovou kalkulaci dodržet a realizace projektu může být ohrožena. V této návaznosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že z výroční zprávy dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., lze zjistit, že před rokem 2000 přijal z veřejných rozpočtů návratnou finanční výpomoc, přičemž podle ust. § 77 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách je v takových případech nezbytné, aby hodnotící komise vyzvala cit. dodavatele k doložení, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropských společenství.

53. Podle názoru dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., se v případě nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., jedná o nabídku nepřijatelnou, neboť nabídková cena porušuje ust. § 2 odst. 3 zákona č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů, a dále ust. § 11 odst. 1 písm. e) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nabídl dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., ve druhém kole plnění předmětu koncesní smlouvy za podmínek, které neodrážejí náklady nutné pro provozování předmětného majetku a zneužila tak svého hospodářského postavení. Následně cit. dodavatel popisuje okolnosti zneužití dominance na trhu a dopady výběru dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., jako vybraného koncesionáře.
54. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že námitky proti postupu zadavatele ve spojitosti s nepřiměřeně nízkou nabídkovou cenou zadavatel odmítnul s tím, že neuvedl skutečnosti rozhodné pro stanovení okamžiku, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl. K tomu cit. dodavatel uvedl, že ust. § 110 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách mívá na okamžik, kdy došlo k porušení zákona úkonem zadavatele, a nikoli na okamžik, kdy měla nastat jakákoli jiná skutečnost. Uvedený dodavatel považuje za samozřejmé, že okamžikem podle ust. § 110 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách je samotné jednání o nabídkách, a námitka byla tedy zadavatelem odmítnuta bezdůvodně. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., se následně vyjádřil k prokazování svých tvrzení v námitkách.
55. V souvislosti s posuzováním mimořádně nízké nabídkové ceny dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že stanovení relativní či absolutní hodnoty pro posouzení mimořádnosti výše nabídkové ceny není reálně možné, neboť u různých služeb či zboží může existovat jiné cenové rozpětí. V návaznosti na uvedené dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., upozornil na skutečnost, že jakkoli se číslo procentuálního

vyjádření rozdílu mezi nabídkovými cenami obou dodavatelů může jevit nepatrné, ve skutečnosti se může jednat o značnou finanční sumu.

56. Závěrem žádosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., navrhl, aby Úřad rozhodl o zrušení hodnocení nabídek, jak byly odevzdány při jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 a dále, aby zadavatel v novém jednání o nabídkách nepřihlédl k nabídce dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., pro její nepřijatelnost.
57. Úřad obdržel žádost dne 7. 12. 2009, a tímto dnem bylo podle § 113 o veřejných zakázkách ve spojení s ust. § 26 odst. 2 koncesního zákona, zahájeno správní řízení o uložení nápravného opatření. Téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis žádosti.
58. Zadavatel se k žádosti vyjádřil dopisem ze dne 14. 12. 2009, v rámci něhož odkazuje na rozhodnutí o námitkách, a v jehož úvodu popsal skutkový stav související s obsahem žádosti, přičemž v návaznosti na tvrzení dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., v žádosti o uložení nápravného opatření uvádí zejména následující skutečnosti.
59. Zadavatel uvádí, že ihned poté, jakmile zjistil, že je na pozvánce k jednání o nabídkách napsáno nepřesné číslo budovy (namísto adresy Tábor, Žižkovo nám. 3/3), informoval zástupce uchazečů, kteří se v době před 10:30 hod. nacházeli v budově na adrese Žižkovo nám. 3/3, o tom, že jednání se uskuteční v asi 80 m vzdálené budově na adrese Žižkovo nám. 6. Ohledně skutečnosti, že se jednání o nabídkách měl zúčastnit i právní zástupce dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., zadavatel mj. uvedl, že se tento dodavatel v průběhu jednání nedožadoval umožnění vstupu jeho právního zástupce. Zadavatel následně popisuje, jakým způsobem se právní zástupce dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., mohl dozvědět o místu konání jednání o nabídkách, rozvádí související okolnosti a vyjádřil domněnku, že tvrzení uvedeného dodavatele o domnělém právním zástupci není prokázané a pravdivé.
60. K případným omezením vstupu do jednací místnosti o nabídkách zadavatel zejména uvedl, že zákon, ani koncesní dokumentace nestanovila žádná omezení ohledně vstupu do jednací místnosti, a proto by nemohl právního zástupce dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., z jednací místnosti vykázat.
61. K tvrzením dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., týkajícím se průběhu jednání o nabídkách zadavatel uvádí, že cit. dodavatel věděl, že jednání o nabídkách proběhne v jedné fázi a jeho nabídka ze dne 30. 10. 2009 bude konečná, a dále že nabídky předložené dne 30. 10. 2009 byly výrazně zlepšené oproti původním nabídkám. Soutěž dodavatelů při jednání o nabídkách se tak podle zadavatele osvědčila a jednání o nabídkách splnilo svůj účel. Zadavatel následně uvádí zejména některé argumenty týkající se způsobu jednání o nabídkách a hodnocení nabídek.
62. Ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně a nepřijatelné ceně zadavatel odkázal na obsah rozhodnutí o námitkách a dodává, že tvrzením, podle něhož je dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., přesvědčen, že nikdo nemůže podat lepší nabídku než on, popírá smysl výběrových řízení. Zadavatel uvádí, že nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., je orientována na snižování nákladů, outsourcing a efektivitu provozu, přičemž z porovnání obou nabídek plyne, že zisky obou dodavatelů po dobu smlouvy se liší v jednotkách milionů.

63. Zadavatel k tvrzení dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., podle něhož pochybil, když nepostupoval v souladu s ust. § 77 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách, uvádí, že s ohledem na skutečnost, že hodnotící komise nedospěla k závěru, že nabídková cena dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., je mimořádně nízkou, a proto pro postup podle cit. ustanovení neměla důvod.
64. K otázce tvrzené nepřijatelnosti nabídky zadavatel mj. uvedl, že rozdíl v položce nákladů mezi nabídkami jednotlivých dodavatelů je zcela minimální a z analýzy nabídek vyplývá, že ani jeden z uchazečů nepředložil nabídku, která by měla charakter dumpingové ceny. Zadavatel tedy dospěl k závěru, že v případě nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., se nejedná o podnákladovou nabídkovou cenu, a tudíž nelze dovodit ani mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ani nepřijatelnost nabídky. V této souvislosti zadavatel uvedl, že je připraven poskytnout Úřadu detailní analýzy obou nabídek, které vyvrátí podezření dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s. Otázku případného zneužití dominantního postavení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zadavatel ponechává na posouzení Úřadu.
65. V další části vyjádření zadavatel uvedl argumenty týkající se spekulativnosti námitek, posuzování nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny a další otázky související se žádostí dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.
66. K charakteru podané žádosti zadavatel uvedl, že má za to, že dodavateli Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nehrozí jakákoli újma na jeho právech a tuto hrozbu nelze podmiňovat tím, že mohou být výše uvedená rozhodnutí zadavatele zrušena. Proto nelze podle názoru zadavatele dovodit, že by podmíněně podaná žádost byla přípustná.
67. Zadavatel v podaném stanovisku dále vyjádřil pochybnost, zda dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., může podat žádost o uložení nápravného opatření ve vztahu k části námitek, které svým rozhodnutím odmítl, když ust. § 113 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách váže žádost na rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.
68. V souvislosti s vedeným správním řízením zadavatel uvedl, že Úřad by měl spojit řízení o obou žádostech o uložení nápravného opatření, podaných dodavatelem Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., a dále upozornil na právní zastoupení cit. dodavatele, přičemž požádal o prošetření případné mnohosti zástupců v téže věci a dalších okolností týkajících se předložené plné moci cit. dodavatelem.
69. K petitu žádosti dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., mj. uvedl, že dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nereflektuje skutečnost, že druhý dodavatel podal dne 30. 9. 2009 nabídku, a proto zadavatel nemůže hodnotit pouze nabídku dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s. Zadavatel se domnívá, že dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., směřuje různé úkony v rámci jednání o nabídkách, když se domáhá toho, aby Úřad rozhodl o zrušení hodnocení nabídek, které byly odevzdány při jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009.
70. K výši kaucí složené dodavatelem Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., ve výši 100 000 Kč zadavatel uvádí, že z jeho nabídky je možné určit předpokládaný příjem koncesionáře za prvních 5 let cenové fixace, a tedy i nabídkovou cenu. Proto by kauce měla být podle názoru

zadavatele složena v maximální výši 2 000 000 Kč. Zadavatel proto navrhl, aby Úřad přezkoumal mj. též správnost výše kauce zaplacené stěžovatelem.

71. Účastníky správního řízení podle § 26 koncesního zákona jsou:
- zadavatel,
  - žadatel – vybraný koncesionář – ČEVAK, a. s. (jako právní nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, za niž jednájí Dipl. Ing. Christian Hasenleithner předseda představenstva, a Ing. Jiří Heřman, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 6. 2010 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4.
72. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S347/2009/KO-16274/2009/530/SWa ze dne 15. 12. 2009. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S347/2009/KO-16277/2009/530/SWa ze dne 15. 12. 2009 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. Úřad tímto usnesením rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném koncesním řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
73. Dopisem ze dne 6. 1. 2010 zaslal zadavatel Úřadu stanovisko, v němž uvádí, že nadále platí stav z období vyjádření ze dne 4. 12. a 14. 12. 2009 a doplňuje, že v mezidobí rozhodl o námitkách dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., a to tak, že jim nevyhověl. Posledně cit. dodavatel podal podle zadavatele žádost o uložení nápravného opatření, přičemž v příslušné argumentaci neshledal zadavatel žádný důvod, který by mohl vést k závěru o nesprávnosti či nezákonnosti rozhodnutí o vyloučení. Proto se zadavatel domnívá, že obě žádosti o uložení nápravného opatření podané dodavatelem Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., jsou bezpředmětné a neopodstatněné, neboť tomuto dodavateli nevznikla ani nehrozí vznik jakékoli újmy.
74. Dne 13. 1. 2010 obdržel Úřad vyjádření dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., ke stanovisku zadavatele ze dne 14. 12. 2009, které opakuje některé právní argumenty již uvedené v žádosti a reaguje na tvrzení zadavatele v uvedeném stanovisku. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil domněnku, že byl zkrácen na svých právech, když jeho právní zástupce nebyl v jednací místnosti přítomen i přes podle zadavatele vhodné a dostatečné opatření k nápravě pochybení. V této souvislosti dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., zmínil, že příslušné námitky podal v zákonné lhůtě a že i přesto, že netransparentnost jednání o nabídkách nenamítal přímo na tomto jednání, nemění to nic na tom, že zadavatel transparentní průběh jednání nezajistil. K tvrzení zadavatele, podle něhož mohl dodavatel svého právního zástupce informovat, dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že svého právního zástupce informoval, avšak vzhledem ke zmatečné situaci se nemohl jednání o nabídkách zúčastnit a k tomu dodává, že neměl povinnost kohokoliv informovat. Podle cit. dodavatele rovněž ostatní tvrzení zadavatele v této věci nemají význam a jsou nedůležité. Pochybením zadavatele došlo podle dodavatele ke zmatečné situaci, přesunu z jedné budovy do druhé, a dodavatel tak neměl při jednání

o nabídkách stejné podmínky jako dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. Za nedůležitý považuje zadavatel také argument, podle něhož neuvedl jméno právního zástupce, a uvádí, že toto nebylo jeho povinností, ani k tomuto nebyl vyzván Úřadem. Co se týče tvrzení zadavatele, podle něhož nelze doplňovat koncesní dokumentaci o pravidlo zákazu vstupu, může podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., zadavatel doplnit koncesní dokumentaci, což plyne z ust. § 30 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách.

75. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., dále reaguje na argumenty zadavatele týkající se transparentnosti jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 ve spojitosti s průběhem jednání o nabídkách a mj. opakuje, že nebrotí proti tomu, že se jednání uskutečnilo během jednoho dne, ale proti tomu, že se v rámci tohoto jednání o nabídkách vůbec nejednalo, přestože se podle zákona jednat mělo (došlo k pouhému odevzdání obálek s nabídkou). Cit dodavatel se domnívá, že zadavatel nepostupoval podle ustanovení zákona o veřejných zakázkách, které upravují jednací řízení s uveřejněním. Rovněž předání, ani podpis protokolu nejsou podle jeho názoru automatickou akceptací s postupem zadavatele obecně.
76. V další části vyjádření dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., odkázal v souvislosti s tvrzeními týkajícími se mimořádně nízké nabídkové ceny na své námítky ze dne 16. 11. 2009 a žádost o uložení nápravného opatření a komentoval tvrzení zadavatele vztahující se ke spekulativnosti námitek. V souvislosti s charakterem podání dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvádí, že k tomu, aby mohl podat žádost o uložení nápravného opatření, nemusí újma vzniknout, nýbrž postačí, aby hrozila, a přitom nemůže ani záležet na to, zda je tato hrozba přímá či nepřímá. Podle dodavatele hrozí, že jeho nabídka nebude vybrána jako nejvhodnější, pokud bude rozhodnutí o vyloučení druhého dodavatele Úřadem zrušeno.
77. K pochybnosti zadavatele, podle níž dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., nemohl podat žádost ve vztahu k těm námítkám, které byly odmítnuty, cit. dodavatel uvedl, že je především toho názoru, že zadavatel neměl právo námítky odmítnout, neboť jeho námítky obsahovaly všechny zákonem předepsané náležitosti. Týká-li se námítka jediného úkonu zadavatele (tj. jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009), není podle dodavatele z povahy věci možné, aby zadavatel části námitek nevyhověl a část odmítnul z důvodu neuvedení okamžiku, kdy došlo k domnělému porušení zákona zadavatelem. I pokud by úplnost námitek byla sporná, je podle dodavatele argumentace zadavatele nelogická, neboť bylo-li by připuštěno, že proti svévolnému odmítnutí námítky, nemá stěžovatel ve smyslu ust. § 113 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách žádnou obranu, zadavatel by byl zvýhodněn tím, že může každou námítku jednoduše odmítnout.
78. Následně se dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil k jím udělené plné moci, která je součástí správního spisu a v závěru reaguje na tvrzení zadavatele týkající se petitu žádosti o uložení nápravného opatření. Současně dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že trvá na tom, aby Úřad vyhověl jeho žádosti a uložil nápravné opatření ve smyslu ust. § 25 koncesního zákona, a to tak, že bude zrušeno hodnocení nabídek, jak byly odevzdány dne 30. 10. 2009, přičemž v novém hodnocení nabídek zadavatel nepřihlédne k nabídce podané dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dne 30. 10. 2009.



79. Vzhledem k tomu, že z podané žádosti vyplývá podezření dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., o porušení právních předpisů souvisejících s ochranou hospodářské soutěže, postoupila sekce veřejných zakázek Úřadu dne 19. 1. 2010 podnět sekci hospodářské soutěže Úřadu k posouzení věci z hlediska dodržení zákona o ochraně hospodářské soutěže.
80. Dne 25. 1. 2010 obdržel Úřad stanovisko zadavatele k vyjádření dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., ze dne 12. 1. 2010, ve kterém se vyjádřil k nepřítomnosti domnělého právního zástupce cit. dodavatele, tvrzené netransparentnosti jednání o nabídkách, charakteru podané žádosti, plné moci dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., a k petitu žádosti o uložení nápravného opatření. Zadavatel zejména uvedl, dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., pojal nesprávný názor, že se právní zástupce nemohl po 10:30 hod. dostavit do jednací místnosti o nabídkách, opakuje, že po tomto čase nezaznamenal nikoho pohybujícího se v budově na adrese Žižkovo nám. 3/3 a dále vyjádřil domněnku, že postupoval v souladu s koncesním zákonem. K uvedenému zadavatel dodává, že ze zákona o veřejných zakázkách nelze dovodit žádné právo na zastoupení právním zástupcem při jednání o nabídkách.
81. V souvislosti s dodržением zásad transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace zadavatel mj. odkázal na protokoly z jednání o nabídkách, sepsané dne 30. 10. 2009. Podpisem předávacího protokolu, v němž bylo uvedeno, že jeho podpisem dodavatel souhlasí se zásadami jednání o nabídkách, vyslovil podle zadavatele dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., s těmito zásadami souhlas.
82. Ve vztahu k charakteru podané žádosti zadavatel odmítl nerozlišování mezi pojmy hrozící a podmíněná újma, kdy újma dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., je podmíněná tím, že bude zrušeno jiné rozhodnutí zadavatele. Takové podání je třeba podle zadavatele odmítnout z toho důvodu, že nelze čekat, jak dopadne jiné řízení.
83. Do příslušného správního spisu nahlédla dne 19. 1. 2010 zadavatel a ve dnech 5. 1. 2010 a 20. 1. 2010 dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

### **III. Ke správnímu řízení zahájenému na žádost dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., ze dne 23. 12. 2009**

84. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podal dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dopisem ze dne 30. 11. 2009 námitky, které zadavatel obdržel (podle dodejky) dne 2. 12. 2009. Tyto námitky cit. dodavatel doplnil dopisem ze dne 4. 12. 2009. Zadavatel po přezkoumání oprávněnosti námitek zaslal dodavateli rozhodnutí, kterým námitkám ze dne 30. 11. 2009 nevyhověl a o doplnění námitek ze dne 4. 12. 2009 rozhodl tak, že na ně hledí, jako by nebyly podány (z důvodu doručení prostřednictvím elektronické zprávy neopatřené zaručeným elektronickým podpisem). Rozhodnutí o námitkách obdržel cit. dodavatel dne 15. 12. 2009 (podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., toto rozhodnutí obdržel již dne 14. 12. 2009 elektronickou poštou).

85. Vzhledem k tomu, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nepovažoval rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 23. 12. 2009 žádost o uložení nápravného opatření.
86. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., v podané žádosti zejména uvádí, že dne 9. 11. 2009 od něho zadavatel obdržel elektronicky zaručeným podpisem nepodepsanou elektronickou zprávu, v níž oznamuje, že valná hromada dodavatele zvolila členem představenstva Álvara Pazos Rodriguez de Riveru. Přílohou této elektronické zprávy byla podle dodavatele neúplná kopie zápisu z valné hromady, konané dne 21. 10. 2009. K tomu dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dodává, že podle zadavatele v souvislosti s uvedenou změnou v kvalifikaci nesplnil povinnost, kterou mu ukládá ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách. Výše jmenovaný dodavatel je však přesvědčen, že jmenování pana de Rivery členem představenstva nebylo samo o sobě takovou změnou, která by znamenala nesplnění kvalifikace, a proto se domnívá, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení je nesprávné. Podle jeho názoru ne každá změna v kvalifikaci je takovou změnou, kterou podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách musí uchazeč zadavateli oznámit. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., odkazuje na komentářovou literaturu k zákonu o veřejných zakázkách, v níž jsou podle žádosti příkladmo uvedeny změny, které oznámení zadavateli nevyžadují, a to např. změna adresy člena statutárního orgánu, nebo zpracování nové účetní rozvahy. Komentáře podle textu žádosti uvádějí i příklady změn v kvalifikaci, které ve smyslu ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách vyžadují splnění informační povinnosti ze strany dodavatele, a to např. ztráta podnikatelského oprávnění, odsouzení člena statutárního orgánu dodavatele, vznik daňových nedoplatků dodavateli, prohlášení konkursu na dodavatele, pozbytí platnosti pojistné smlouvy či jmenování nového člena statutárního orgánu dodavatele, který není trestně bezúhonný. V návaznosti na výše uvedené dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., cituje vybranou komentářovou literaturu týkající se výkladu zákona o veřejných zakázkách v souvislosti s povinnostmi zakotvenou v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.
87. Podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nedošlo na jeho straně k nesplnění kvalifikačních kritérií ve smyslu ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť pan de Rivera nebyl pravomocně odsouzen za žádný trestný čin, a to ani v České republice, ani v žádném jiném státě. Pokud měl zadavatel pochybnosti, měl podle jmenovaného dodavatele postupem podle ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách vyzvat k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace ve vztahu k panu de Riverovi. Výše jmenovaný dodavatel v této souvislosti rovněž odkázal na výkladové stanovisko uveřejněné na internetových stránkách Úřadu, podle něhož lze dodavatele požádat o doplnění. Rozhodnutí o vyloučení jmenovaného dodavatele je proto podle jeho názoru nejen v rozporu se zákonem, ale je také příliš formalistické a v rozporu se zákonem, mj. v rozporu se zásadou diskriminace a rovného zacházení ve smyslu ust. § 3a koncesního zákona, a to z důvodů uvedených v žádosti.
88. Porušení zákazu diskriminace a rovného zacházení spatřuje dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zejména v následujícím postupu: Při otevírání obálek dne 30. 9. 2009 hodnotící komise zjistila, že nabídka dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., je neúplná, a to z důvodu chybějící Přílohy č. 14 části B (vytištěný list "Vstupy

a výstupy" v nabídce tohoto dodavatele), a proto hodnotící komise nabídku tohoto dodavatele vyřadila. Uvedený nedostatek však nebyl podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., jediným nedostatkem v nabídce druhého z dodavatelů, neboť v nabídce chyběly některé další podstatné části, např. část B02a část A (výpis z obchodního rejstříku), dále část B18b část B (plán financování obnovy vlastníka na léta 2009-2018), část B17b část B (vzor smlouvy s odběratelem). K těmto nedostatkům komise podle dodavatele nepřihlédla s odůvodněním, že uvedené přílohy nebyly součástí úplného znění koncesní dokumentace v elektronické verzi, ale byly součástí úplného znění koncesní dokumentace v tištěné podobě. Zadavatel následně podle obsahu žádosti svým rozhodnutím ze dne 6. 10. 2009 zrušil rozhodnutí komise o vyřazení nabídky dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., a to s odůvodněním, že soubor Soutěžní formulář byl na DVD poskytnutém posledně jmenovaným dodavatelem pouze v elektronické formě, aniž by byl elektronicky podepsán, avšak z nabídky (konkrétně z listu "Vstupy a výstupy" obsaženém v souboru Soutěžní formulář na DVD) lze dovodit, jaké jsou cenové parametry nabídky a touto částí nabídky je dodavatel vázán. Zadavatel dále podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., uvedl, že nedostatek formy jedné z příloh smlouvy lze vyjasnit dotazem, zda se dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., cítí být vázán obsahem listu "Vstupy a výstupy" na DVD, které poskytl jako součást své nabídky a zda je připraven tento list převzít do smlouvy v případě, že bude jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější. Podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zadavatel umožnil druhému dodavateli dodatečně odstranit veškeré vady, v důsledku čehož komise ve zprávě ze dne 16. 10. 2009 zhodnotila nabídku tohoto dodavatele jako úplnou. Uvedené jednání podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vzbuzuje podle jeho názoru pochybnosti o rovném zacházení zadavatele s oběma dodavateli a v této souvislosti odkazuje na výkladové stanovisko Úřadu týkající se objasnění informací či předložení dodatečných dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Vyřazením nabídky dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., se zadavatel podle jeho názoru zbavil podstatně levnější nabídky, což vyplývá z oznámení o předběžném hodnocení nabídek ze dne 16. 10. 2009.

89. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., se domnívá, že napadené rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení je rovněž v rozporu s ust. § 38 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon o obcích"), a dodává, že postup zadavatele, který připravil obyvatele regionu o dodávku vody za výrazně levnější ceny, vede k porušení zásady hospodárnosti a účelnosti.
90. Na základě výše uvedeného je dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., přesvědčen, že zadavatel porušil ust. § 3a (zásada proporcionality a rovného zacházení) ve vazbě na ust. § 58 a § 60 zákona o veřejných zakázkách a dále ust. § 38 zákona o obcích. Cit. dodavatel rovněž vyjádřil jistotu, že bez protiprávního vyloučení z účasti v koncesním řízení by jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější ve smyslu ust. § 81 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Koncesní řízení podle jeho názoru dále vykazuje závažné nedostatky, neboť podle tvrzení komise byla dodavatelům poskytnuta rozdílná verze požadované koncesní dokumentace v elektronické a tištěné podobě.
91. Závěrem dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení a nařídil zadavateli

zařadit zpět mezi hodnocení nabídky nabídku dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., případně aby Úřad celé zadání zrušil. Cit. dodavatel dále navrhl, aby Úřad přezkoumal rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení a rozhodnutí o přezkoumání námitek ze dne 14. 12. 2009 a tato rozhodnutí zrušil. Současně s výše uvedeným dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., navrhl podle ust. § 117 zákona o veřejných zakázkách, aby Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření, kterým by zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v předmětném koncesním řízení.

92. Úřad obdržel žádost dne 23. 12. 2009, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ust. § 26 odst. 2 koncesního zákona, zahájeno správní řízení o uložení nápravného opatření. Téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis žádosti.
93. Zadavatel se k žádosti vyjádřil dopisem ze dne 30. 12. 2009, v jehož úvodu popsal skutkový stav související s obsahem žádosti, přičemž uvádí mj. následující skutečnosti:
- Zadavatel od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., obdržel dne 9. 11. 2009 elektronickou zprávu, neopatřenou zaručeným elektronickým podpisem, jejíž přílohu tvořila neúplná kopie zápisu z valné hromady konané dne 21. 10. 2009 (písemnou podobu zadavatel podle jeho vyjádření dosud neobdržel). V textu cit. dodavatel zadavateli oznámil, že na jednání jeho valné hromady konané dne 21. 10. 2009 byla provedena volba Álvára Guzmán Pazos Rodrigues de Rivery za člena představenstva společnosti.
  - Dne 19. 11. 2009 zadavatel rozhodl o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení podle ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a to pro nesplnění povinností uložených v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když nesplnil včas a řádně povinnost oznámit zadavateli změnu v kvalifikaci, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace.
  - Dne 27. 11. 2009 obdržel zadavatel od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., výpis z obchodního rejstříku a dále kopii výpisu ze španělského rejstříku trestů (výpis z českého Rejstříku trestů nebyl přiložen).
94. V návaznosti na některé argumenty uvedené v žádosti zadavatel odkázal na rozhodnutí o námitkách, přičemž dodává, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nově vznáší v žádosti určitá tvrzení, která nebyla uvedena v námitkách. K tomu zadavatel poznamenává, že je nepřipustné a v rozporu se zásadou koncentrace, aby cit. dodavatel vznášel v žádosti nové důvody, které nebyly v námitkách a zadavatel je nemohl přezkoumat, příp., aby libovolně měnil důvody, ve kterých spatřuje rozpor koncesního řízení se zákonem.
95. Zadavatel vyjádřil domněnku, že předmětem meritorního rozhodování Úřadu by neměly být skutečnosti namítané v námitkách doručených zadavateli dne 26. 10. 2009, o nichž zadavatel rozhodl dne 5. 11. 2009, neboť dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nevyužil svého procesního práva a nepodal v tomto směru žádost o uložení nápravného opatření k Úřadu.
96. V souvislosti s důvody vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení zadavatel odkázal na ust. § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a z obsahu tohoto ustanovení vyvozuje, že jakákoliv volba nového člena

představenstva dodavatele provedená po posouzení kvalifikace má vliv na již prokázané kvalifikační předpoklady a u každého nového člena je nutné posoudit základní kvalifikační předpoklady. Komentářová literatura podle zadavatele rozlišuje mezi kvalifikovanými změnami, které by znamenaly nesplnění kvalifikace, a ostatními změnami (např. změna bydliště člena představenstva). Za kvalifikované změny se přitom považují takové změny, které by znamenaly skutečnou ztrátu kvalifikace, tj. v případě, že by nastaly již v okamžiku posuzování kvalifikace, by vedly zadavatele k závěru, že daný dodavatel nesplňuje kvalifikaci. Jelikož v případě akciové společnosti se základní kvalifikační předpoklady prokazují ve vztahu ke všem členům představenstva, lze jasně dovodit, že za kvalifikovanou změnu se nutně musí považovat volba nového člena představenstva.

97. S ohledem na ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách měl podle zadavatele dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., do 29. 10. 2009 oznámit volbu pana de Rivery za člena představenstva a současně předložit potřebné dokumenty. Tuto povinnosti však uvedený dodavatel podle tvrzení zadavatele nesplnil. Podle názoru zadavatele je navíc nepochybné, že lhůta stanovená v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách má hmotněprávní charakter, což znamená, že nelze prominout její zmeškání. Zadavatel vyvozuje, že povinnosti podle cit. ustanovení zákona o veřejných zakázkách přikládá zákon o veřejných zakázkách velkou důležitost, přičemž se jedná o účinný prostředek na straně zadavatele, neboť uzavření smlouvy s dodavatelem, který nesplňuje kvalifikaci může vést i k neplatnosti smlouvy.
98. Zadavatel dále uvedl, že pan de Rivera zastupoval dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., na jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 na základě předložené plné moci, přestože byl v té době členem představenstva.
99. K možnosti aplikace ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách zadavatel uvedl, že toto ustanovení nebylo možné na daný skutkový stav aplikovat, neboť podle tohoto ustanovení může postupovat v okamžiku, kdy dodavatel včas zadavateli určité údaje sdělí a prokáže. Zadavatel dále uvádí, že splnění dané části kvalifikace dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vůbec neprokázal. Zadavatel v této souvislosti rovněž upozornil, že ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách zakládá právo zadavatele určitým způsobem postupovat, avšak nikoli povinnost.
100. V návaznosti na výše uvedené zadavatel poznamenal, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., informoval o změně v představenstvu nejprve v tisku dne 2. 11. 2009.
101. K dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., tvrzené trestní bezúhonnosti zadavatel uvádí, že samotná volba člena představenstva valnou hromadou bezúhonnost příslušné osoby neprokazuje. Podle zadavatele platí, že k naplnění požadavků zákona nedostačuje samotný skutkový stav, ale skutkový stav musí být náležitým způsobem a v zákonem stanovených lhůtách prokázán. Pokud by byla správná úvaha dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., pak by dodavatelé vůbec nemuseli při prokazování kvalifikaci a požadavek v ust. § 53 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách by tak byl nadbytečný.
102. K výše uvedenému zadavatel dále dodává, že není rozhodné, zda zápis z valné hromady byl či nebyl vyhotoven v souladu s příslušnými právními předpisy a zda byl vyhotoven bez

zbytečného odkladu. Pokud dodavatel neměl ve lhůtě stanovené v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách k dispozici zápis z valné hromady konané dne 21. 10. 2009, mohl volbu pana de Rivery oznámit jakýmkoli vhodným způsobem spolu s předložením potřebných dokumentů. Na tomto místě zadavatel odkazuje na komentářovou literaturu k zákonu o veřejných zakázkách.

103. Zadavatel uvádí, že postupoval tak, jak mu ukládá ust. § 60 zákona o veřejných zakázkách a pokud nevyloučil dodavatele, kdy mu to přímo ukládá zákon, dopustil by se porušení tohoto zákona. Zadavatel ani neměl podle jeho názoru možnost dodavatele vyzvat k předložení chybějících dokumentů prokazujících splnění kvalifikace.
104. V souvislosti s dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., namítaným porušením zákazu diskriminace a rovného zacházení, zadavatel zejména odkázal na skutečnosti a postup související s formálními nedostatky nabídky druhého z dodavatelů, protokol o otevírání obálek, rozhodnutí ze dne 6. 10. 2009 a dále na protokoly z jednání hodnotící komise. Podle zadavatele je vhodné uvést, že rozhodnutí zadavatele ze dne 6. 10. 2009 napadl výše cit. dodavatel svými námitkami, avšak tento dodavatel nevyužil procesního práva a nepodal v tomto směru žádost o uložení nápravného opatření. Proto lze tuto část podle názoru zadavatele hodnotit jako opožděně podanou a tyto otázky by neměly být meritem rozhodnutí. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., podle vyjádření zadavatele nepřípadně uvádí na podporu tvrzení o údajném porušení zásad podle ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách postup zadavatele, kdy pro případ porušení ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách nepoužil postup podle ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, a v rámci posuzování nabídek podle ust. § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách využil možnosti dané ustanovením § 76 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a požádal o písemné vysvětlení nabídky. Tyto postupy (tj. podle ust. § 59 odst. 4 a § 76 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách) jsou však podle zadavatele zcela neporovnatelné, neboť se jedná o systematicky rozdílné instituty určené pro řešení rozdílných situací v různých fázích koncesního řízení. Vzhledem k nekonkretizaci porušení principu zákazu diskriminace dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., se zadavatel podle jeho vyjádření nemůže blíže vyjádřit, avšak nedomnívá se, že by tuto zásadu porušil.
105. K dodavatelem namítané zmatečnosti koncesního řízení zadavatel mj. uvedl, že související tvrzení byla zmíněna až v žádosti, dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., tuto námitku nikdy dříve nevznesl, a proto by tato otázka neměla být meritem rozhodování v řízení. Zadavatel nicméně uvádí, že veškerá znění koncesní dokumentace byla dodavatelům zasílána v tištěné podobě, jakož i v elektronické podobě na nosičích DVD. Skutečnost, že dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vycházel ze znění koncesní dokumentace uložené na nosiči DVD, která neobsahovala tři přílohy, nelze podle názoru zadavatele přičítat k tíži dodavatele. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by uvedené nedopatření bylo důvodem pro zrušení koncesního řízení.
106. K tvrzení o údajném porušení ust. § 38 zákona o obcích zadavatel předně uvádí, že tato skutečnost není předmětem přezkumu Úřadu, neboť je pochybné, zda dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., může tuto otázku vznést poprvé v žádosti o uložení nápravného opatření. K porušení zákona o obcích však podle zadavatele nedošlo a právě výběr provozovatele v koncesním řízení považuje za příkladný způsob

naplnění povinností stanovených v ust. § 38 zákona o obcích. Tvrzení uvedená v žádosti jsou podle zadavatele neopodstatněná mj. s ohledem na výsledky jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009.

107. Zadavatel uvádí, že z žádosti dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., neplyne, v jaké výši byla složena kauce a vyvozuje, že by kauce měla být složena v maximální výši 2 000 000 Kč. Zadavatel proto navrhuje, aby Úřad přezkoumal správnost výše kauce.
108. S ohledem na výše uvedené skutečnosti považuje zadavatel návrh dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., na vydání předběžného opatření za zjevně neopodstatněný a účelový, a proto navrhuje, aby Úřad tomuto návrhu nevyhověl a žádost v celém rozsahu zamítl.
109. Účastníky správního řízení podle § 26 koncesního zákona jsou:
  - zadavatel,
  - žadatel – vybraný koncesionář – ČEVAK, a. s. (jako právní nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, za niž jednájí Dipl. Ing. Christian Hasenleithner předseda představenstva, a Ing. Jiří Heřman, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 6. 2010 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
  - žadatel – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jednájí prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, místopředseda představenstva, a Ing. Václav Holeček, člen představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 12. 2009 JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou, IČ 71463071, s místem podnikání Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1.
110. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S359/2009/VZ-16819/2009/510/HOd ze dne 5. 1. 2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S359/2009/VZ-16820/2009/510/HOd ze dne 5. 1. 2009 stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout 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. Úřad tímto usnesením rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu.
111. Rozhodnutím ze dne 15. 1. 2010 č. j. ÚOHS-S359/2009/KO-479/2010/510/HOd o předběžném opatření Úřad zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném koncesním řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.
112. Dopisem ze dne 18. 1. 2010 zaslal zadavatel Úřadu stanovisko, v němž odkázal na svá předchozí stanoviska a vyjádření uvedená zejména v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení a rozhodnutí ze dne 14. 12. 2009 o námitkách a úvodem shrnul skutkové okolnosti případu.

113. V souvislosti s otázkami spojenými s kvalifikací a postupem zadavatele při nesplnění kvalifikace zadavatel nejprve uvádí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách a popisuje smysl kvalifikace. Zadavatel konstatuje, že dodavatel má vůči zadavateli v souvislosti s prokázáním splnění kvalifikace dvě povinnosti, a to povinnost tvrzení (tj. dodavatel musí uvést některé informace, např. uvedení členů představenstva, a dále uvést, že každá z těchto osob splňuje podmínku trestní bezúhonnosti) a povinnost důkazní, kterou splnění podmínky trestní bezúhonnosti zadavateli prokazuje. Pro úplnost zadavatel uvádí, že např. předložení výpisu dodavatele z obchodního rejstříku je z hlediska prokázání trestní bezúhonnosti členů statutárního orgánu nedostačující. Podle zadavatele teprve unesení břemena tvrzení a důkazního břemena lze považovat za splnění kvalifikace ve smyslu zákona o veřejných zakázkách. Břemeno důkazní je podle zadavatele prolomeno pouze u prvního prokazování kvalifikace, kdy je možné postupovat podle ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, avšak ve vztahu k ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách tomu tak není. V souvislosti s postupem při nesplnění kvalifikace zadavatel mj. uvedl, že v případě, kdy dodavatel nepředloží výpis z evidence Rejstříku trestů byt u jediného člena představenstva, jedná se o nesplnění kvalifikace, jehož důsledkem je vyloučení dodavatele z účasti v zadávacím resp. koncesním řízení.
114. V další části stanoviska se zadavatel vyjádřil k otázkám spojeným se změnami v kvalifikaci a postupu zadavatele při nesplnění povinností stanovených zákonem o veřejných zakázkách ze strany dodavatele. K tomu zadavatel uvádí příslušná zákonná ustanovení a cituje povinnost dodavatele podle ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel souhlasí s tím, že tato povinnost nedopadá na jakékoli změny na straně dodavatele (nikoli např. změna výše základního kapitálu, zánik funkce člena statutárního orgánu atd.), neboť se jedná o takové údaje, které neslouží k prokázání kvalifikace podle ust. § 53 zákona o veřejných zakázkách. Zcela nepochybně však takovou změnou je podle názoru zadavatele např. ztráta oprávnění k podnikání, volba nového člena statutárního orgánu, existence nedoplatku na daních atd., přičemž se jedná o tzv. kvalifikované změny. Výklad dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., by vedl podle zadavatele k zásadnímu porušení rovného zacházení, které spočívá v tom, že různé osoby by prokazovaly splnění kvalifikace v různém rozsahu. V této souvislosti zadavatel uvádí, že v krajním případě by mohl být veden k uzavření smlouvy i s dodavatelem, který nespĺňuje kvalifikaci vůbec, aniž by měl možnost si to jakkoli zjistit či ověřit. Rovněž není podle jeho názoru možné dovozovat, že splnění kvalifikace v určitém okamžiku nastává, pokud není prokázán opak. Zadavatel uvedl, že požadavek, aby splnění kvalifikace prokazovali zadavatelům dodavatelé, je zásada, kterou obsahují i komunitární zadávací směrnice, přičemž podle ust. čl. 45 odst. 2 písm. g) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/ES/18 ze dne 31. března 2004, o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, musí být z účasti na zakázce vyloučen každý hospodářský subjekt, který se dopustil vážného zkresení při poskytování informací nebo takové informace zatajil. Z uvedeného tedy podle zadavatele vyplývá, že důkazní povinnosti je na dodavateli. Následně zadavatel zmínil úpravu oznamovací povinnosti podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, a připomíná oznamovací a prokazovací povinnost pro dodavatele zapsané v seznamu kvalifikovaných dodavatelů.
115. V dalších částech písemného stanoviska zadavatel opakuje některé argumenty týkající se oznámení změny ve složení představenstva dodavatelem Severomoravské vodovody



a kanalizace Ostrava, a. s., a následného postupu zadavatele. Jako mylný výklad označil zadavatel domněnku cit. dodavatele, že jeho povinností bylo zadavateli poskytnout aktuální výpis z obchodního rejstříku. Podrobně se zadavatel ve stanovisku zabývá pozicí zadavatele, pokud by neměl možnost domoci se od dodavatelů informací a dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Pro doplnění zadavatel uvedl, že u druhého dodavatele, který předložil v koncesním řízení nabídku, rovněž došlo ke změnám v představenstvu, přičemž tento dodavatel bez zbytečného odkladu oznámil tuto skutečnost zadavateli a předložil příslušné doklady.

116. Zadavatel se dále v písemném stanovisku podrobně vyjádřil k postupu při nesplnění povinnosti podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, a z ust. § 60 zákona o veřejných zakázkách vyvozuje, že zadavatel musí vyloučit dodavatele, který tuto povinnost nesplní. Pokud by takto zadavatel nepostupoval, domnívá se, že by porušil zákon. Zadavatel uvádí, že postupoval v souladu se závaznými metodami interpretace právních norem, tj. zejména výklad jazykový, logický, systematický, historický a teleologický a tyto výklady dále vysvětluje a aplikuje na daný případ. Zadavatel vyvozuje, že by nemohl učinit svobodný právní úkon, pokud by neměl možnost vynutit si sdělení o nových skutečnostech, které se kryjí s materiálními znaky kvalifikace, a přesto by byl povinen uzavřít smlouvu. Poskytnutí právní ochrany takovému výkonu práva by bylo podle zadavatele v rozporu s ust. § 256 obchodního zákoníku resp. § 3 občanského zákoníku.
117. Zadavatel se dále vyjádřil k aplikaci základních zásad veřejného zadávání ve vztahu dodavatele k zadavateli a v této návaznosti vyslovil názor, že by bylo v rozporu se zásadou rovnosti stran v soukromém právu, pokud by jeden kontrahent měl a splnil povinnost se chovat transparentně (tj. zadavatel) a druhý nikoli (dodavatel). Z postupu dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zadavatel dále vyvozuje, že ačkoli na jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 musel vědět o změně v představenstvu, zadavatele o tomto neinformoval, což lze podle zadavatele kvalifikovat jako vědomé uvedení zadavatele v omyl.
118. Ve věci námitek proti koncesní dokumentaci zadavatel uvedl, že tyto výhrady nelze uplatňovat před Úřadem, neboť neproběhlo námitkové řízení podle ust. § 110 a násl. zákona o veřejných zakázkách. V závěru zadavatel shrnul zásadní skutečnosti a navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o nařízení předběžného opatření a rozhodl o zamítnutí žádosti.
119. Dopisem ze dne 20. 1. 2010 zadavatel Úřadu sdělil, že v plném rozsahu odkazuje na svá vyjádření a stanoviska, odůvodnění rozhodnutí o vyloučení a rozhodnutí ze dne 14. 12. 2009 o námitkách.
120. Dne 20. 1. 2010 obdržel Úřad písemné vyjádření vybraného koncesionáře – dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., v němž reaguje na některé argumenty dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vyjádřil přesvědčení, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyloučil z účasti v koncesním řízení, neboť vznik funkce pana de Rivery je podle jeho názoru kvalifikovanou změnou kvalifikace. Dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., má za to, že se jedná o kvalifikovanou změnu, neboť platí, že trestní bezúhonnost musí prokázat každý člen představenstva. O jinou situaci by se podle jeho názoru jednalo, pokud by např. některý člen

představenstva změnil místo trvalého pobytu. Podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., vzniká otázka, kdy má dodavatel v koncesním řízení povinnost prokazovat splnění kvalifikačního předpokladu podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách a argumentaci, podle níž se nejedná o kvalifikovanou změnu, je-li nový člen představenstva bezúhonný, považuje za zcela lichou. Zadavatel podle jeho názoru nemá žádnou jinou možnost, jak zjistit, zda je uchazeč trestně bezúhonný, než že mu tuto skutečnost sám dodavatel oznámí a prokáže. V jiném případě by podle dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., mohlo docházet k situacím, kdy vybraným dodavatelem by byla právnická osoba, jejíž člen představenstva má záznam v Rejstříku trestů, která by o sobě tvrdila, že je trestně bezúhonná. Přijetím argumentace druhé strany by rovněž podle dodavatele znamenalo, že v případě, že jsou členové statutárních orgánů trestně bezúhonní, není dodavatel povinen vůbec prokazovat splnění ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách. Za zásadní považuje dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., skutečnost, že zadavatel musí mít zájem být informovaný o těch změnách, které by mohly ovlivnit plnění koncesní smlouvy. Cit dodavatel dále upozorňuje, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byl srozuměn s tím, že předmětnou změnu je třeba oznámit, avšak dosud nedodal potřebné dokumenty. Díkce zákona je podle dodavatele zcela jednoznačná a zadavatel musel dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyloučit z účasti v koncesním řízení.

121. K tvrzení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., že zadavatel nepostupoval v souladu se zásadou rovného zacházení a se zásadou diskriminace, když přistoupil k oběma dodavatelům rozdílně, dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., uvedl, že tento argument je nad rámec rozhodovacích pravomocí Úřadu, neboť byl součástí námitek, o nichž zadavatel rozhodl dne 5. 11. 2009, přičemž proti tomuto rozhodnutí nebyla Úřadu podána žádost o uložení nápravného opatření.
122. Do příslušného správního spisu nahlédla dne 19. 1. 2010 zadavatel a dne 20. 1. 2010 dodavatel Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

#### **IV. Ke správnímu řízení zahájenému na žádost dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., ze dne 7. 6. 2010**

123. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení podal dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dopisem ze dne 20. 5. 2010 námitky, které zadavatel obdržel dne 21. 5. 2010. Tyto námitky cit. dodavatel doplnil dopisem ze dne 24. 5. 2010. Zadavatel po přezkoumání oprávněnosti námitek zaslal dodavateli rozhodnutí, kterým námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel cit. dodavatel podle dodejky dne 1. 6. 2010.
124. Vzhledem k tomu, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nepovažoval rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námitkám za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 7. 6. 2010 žádost o uložení nápravného opatření.
125. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., v podané žádosti zejména uvádí, že pouze z procesní opatrnosti a na základě probíhajícího správního řízení u Úřadu zaslal zadavateli oznámení o změně ve složení statutárního orgánu ze dne 4. 5. 2010 s přílohami, a to z důvodu, že se dne 28. 4. 2010 konala řádná valná hromada společnosti,

kteřá zvolila čtyři nové členy představenstva. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zaslal zadavateli rovněž příslušné dokumenty, tj. výpisy z Centrálního registru osob vydané Ministerstvem spravedlnosti v Madridu, čestná prohlášení nových členů představenstva, výpis z rejstříku trestů ČR jednoho nového člena představenstva, přičemž zadavateli oznámil, že výpisy z rejstříku trestů ČR zbývajících členů představenstva budou zaslány neprodleně, což bylo podle cit. dodavatele učiněno dne 7. 5. 2010. Jako důvod dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., označil komplikované doručení plných mocí členů představenstva, kteří jsou občany s trvalým pobytem na území Španělského království. Proto se uvedený dodavatel domnívá, že neobstojí argument zadavatele, podle něhož s ohledem na postup elektronizace veřejné správy obstarání výpisu jakékoliv osoby z rejstříku trestů je jednoduchou záležitostí s minimální časovou náročností. Uvedené dokumenty podle vyjádření dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., prokazují bezúhonnost nově zvolených členů představenstva.

126. Podle dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., volba nových členů představenstva nebyla takovou změnou, která by znamenala nesplnění kvalifikace, a tudíž je nesprávné rozhodnutí zadavatele o vyloučení tohoto dodavatele z účasti v koncesním řízení. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., v písemném vyjádření dále v obecné rovině uvádí příklady, kdy by se nejednalo o změny, které oznámení zadavateli nevyžadují (tj. např. změna adresy člena představenstva, zpracování nové účetní rozvahy) a naopak příklad změn v kvalifikaci vyžadující splnění informační povinnosti ze strany dodavatele. Dále dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., odkázal na komentářovou literaturu k zákonu o veřejných zakázkách. Vzhledem k tomu, že nově zvolení členové představenstva nebyli odsouzeni za žádný trestný čin, není podle názoru dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., jejich volba důvodem pro nesplnění kvalifikace. V případě, že měl zadavatel pochybnosti, měl zadavatel podle vyjádření dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyzvat podle ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách k předložení dokladů prokazujících splnění kvalifikace a odkazuje na výkladové stanovisko Úřadu. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení je tak podle názoru dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nejen v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách a se zásadou zákazu diskriminace a rovného zacházení podle ust. § 3a koncesního zákona, nýbrž i příliš formalistické.
127. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyjádřil domněnku, že v otázce kvalifikace a jejího prokázání přistoupil k jednotlivým uchazečům zcela rozdílně, a proto vzbuzuje pochybnosti o dodržování zásady rovného zacházení.
128. V následujícím textu žádosti o uložení nápravného opatření dodavatel opakovaně uvádí argumenty již uplatněné v rámci správního řízení zahájeného na žádost ze dne 23. 12. 2009, a proto Úřad v této souvislosti odkazuje na obsah tohoto rozhodnutí výše.
129. Závěrem dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., navrhuje, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v koncesním řízení a nařídil zadavateli zařadit zpět mezi hodnocené nabídky nabídku dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., případně aby Úřad celé zadání zrušil. Cit. dodavatel dále navrhl, aby Úřad přezkoumal rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení ze dne 7. 5. 2010

a rozhodnutí o přezkoumání námitek ze dne 31. 5. 2010 a tato rozhodnutí zrušil. Současně s výše uvedeným dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., navrhl podle ust. § 117 zákona o veřejných zakázkách, aby Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření, kterým by zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v předmětném koncesním řízení.

130. Úřad obdržel žádost dne 8. 6. 2010, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ust. § 26 odst. 2 koncesního zákona, zahájeno správní řízení o uložení nápravného opatření. Téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis žádosti.
131. Zadavatel se k žádosti vyjádřil dopisem ze dne 15. 6. 2010, v němž mj. uvedl, že podanou žádost považuje za účelovou a neopodstatněnou, je v zásadě identická se žádostí podanou dne 23. 12. 2009 a dále vysvětluje zejména okolnosti financování daného koncesního projektu. Následně zadavatel popsal skutkový stav související s obsahem žádosti, přičemž uvádí mj. následující skutečnosti:
- Zadavatel od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., obdržel dne 5. 5. 2010 elektronickou zprávu a zásilku listin, kterou mu tento dodavatel oznámil změnu ve složení statutárního orgánu a předložil výpis jednoho nově jmenovaného člena představenstva z evidence Rejstříku trestů, výpisy dalších tří členů představenstva ze španělského trestního rejstříku a spolu s jejich čestným prohlášením.
  - Dne 7. 5. 2010 zadavatel rozhodl o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení, a to z důvodu nesplnění povinnosti stanovené v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.
  - Dne 7. 5. 2010 dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., doručil zadavateli výpisy tří nově jmenovaných členů představenstva z evidence Rejstříku trestů.
132. V návaznosti na některé argumenty uvedené v žádosti zadavatel odkázal na rozhodnutí o námitkách, přičemž dodává, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nově vznáší v žádosti určitá tvrzení, která nebyla uvedena v námitkách. K tomu zadavatel poznamenává, že je nepřípustné a v rozporu se zásadou koncentrace, aby cit. dodavatel vznášel v žádosti nové důvody, které nebyly v námitkách a zadavatel je nemohl přezkoumat, příp., aby libovolně měnil důvody, ve kterých spatřuje rozpor koncesního řízení se zákonem.
133. V souvislosti s důvody vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení zadavatel odkázal na ust. § 53 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a z obsahu tohoto ustanovení vyvozuje, že jakákoliv volba nového člena představenstva dodavatele provedená po posouzení kvalifikace má vliv na již prokázané kvalifikační předpoklady a u každého nového člena je nutné posoudit základní kvalifikační předpoklady. Komentářová literatura podle zadavatele rozlišuje mezi kvalifikovanými změnami, které by znamenaly nesplnění kvalifikace, a ostatními změnami (např. změna bydliště člena představenstva). Za kvalifikované změny se přitom považují takové změny, které by znamenaly skutečnou ztrátu kvalifikace, tj. v případě, že by nastaly již v okamžiku posuzování kvalifikace, by vedly zadavatele k závěru, že daný dodavatel nesplňuje kvalifikaci. Jelikož v případě akciové společnosti se základní kvalifikační předpoklady prokazují ve vztahu

ke všem členům představenstva, lze jasně dovodit, že za kvalifikovanou změnu se nutně musí považovat volba nového člena představenstva.

134. S ohledem na ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách měl podle zadavatele dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., do 5. 5. 2010 oznámit volbu nových členů představenstva a současně předložit potřebné dokumenty. Tuto povinnost však uvedený dodavatel podle tvrzení zadavatele nesplnil. Podle názoru zadavatele je navíc nepochybné, že lhůta stanovená v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách má hmotněprávní charakter, což znamená, že nelze prominout její zmeškání. V tomto směru nemůže podle názoru zadavatele obstát ani námitka týkající se obtížnosti obstarání výpisů z evidence Rejstříku trestů s odkazem na trvalé bydliště nově zvolených členů představenstva na území Španělského království.
135. V souvislosti s dalšími argumenty zadavatele uvedenými v písemném vyjádření ze dne 15. 6. 2010 lze odkázat na obsah tohoto rozhodnutí výše, neboť zadavatel svá tvrzení již uplatněná v rámci správního řízení pouze zopakoval.
136. Závěrem zadavatel navrhl, aby Úřad nevyhověl návrhu na nařízení předběžného opatření a žádost v celém rozsahu zamítl.
137. Účastníky správního řízení podle § 26 koncesního zákona jsou:
- zadavatel,
  - žadatel – vybraný koncesionář – ČEVAK, a. s. (jako právní nástupce společnosti AQUASERV, a. s. – dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice, za níž jednájí Dipl. Ing. Christian Hasenleithner předseda představenstva, a Ing. Jiří Heřman, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 18. 6. 2010 JUDr. Vilémem Podešvou, advokátem, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
  - žadatel – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za níž jednájí prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, místopředseda představenstva, a Ing. Václav Holeček, člen představenstva, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 12. 2009 JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou, IČ 71463071, s místem podnikání Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1.
138. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. ÚOHS-S182/2010/KO-8782/2010/510/HOd ze dne 18. 6. 2010.

## **V. Ke spojení správních řízení**

139. K zajištění účelu správních řízení Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/KO-1184/2010/510/HOd ze dne 27. 1. 2010, kterým spojil všechna správní řízení, která byla zahájena dne 27. 11. 2009, dne 7. 12. 2009 a dne 23. 12. 2009 na základě žádostí vybraného koncesionáře a dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.
140. Usnesením č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/KO-1355/2010/510/HOd ze dne 27. 1. 2010 stanovil Úřad účastníkům řízení 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.

141. Dne 4. 2. 2010 obdržel Úřad písemné vyjádření vybraného koncesionáře, jímž reaguje na některé argumenty zadavatele, a to: členové statutárního orgánu vybraného koncesionáře mohli porušit povinnost vykonávat svou působnost s péčí řádného hospodáře, podpisem protokolu vybraný koncesionář souhlasil s postupem zadavatele při jednání o nabídkách, žádost o uložení nápravného opatření je vadná z hlediska charakteru podání a z hlediska plné moci, ve vyjádření doručeném Úřadu dne 20. 1. 2010 vybraný koncesionář dodatečně rozšířil či opravil původní petit. K těmto argumentům vybraný koncesionář mj. konstatoval, že aby členové statutárních orgánů postupovali s péčí řádného hospodáře, postačí, aby zajistili, že určitou záležitost pro společnost obstará odborník v určitém oboru. Dále vybraný koncesionář uvedl, že žádný předávací protokol na jednání o nabídkách nepodepisoval, podpisem protokolu o jednání neaproboval správnost jednání zadavatele, přičemž pokud by byla přijata argumentace zadavatele neměl by vybraný koncesionář následnou možnost obrany proti postupu zadavatele. Podle názoru vybraného koncesionáře má žádost o uložení nápravného opatření všechny předepsané náležitosti, a to z hlediska plné moci i charakteru podání a uvádí příslušné argumenty. Znění petitu žádosti vybraný koncesionář podle jeho názoru svým vyjádřením nijak neopravoval ani nerozšiřoval, a pouze se snažil osvětlit pasáže své žádosti.
142. Dopisem ze dne 10. 2. 2010 zaslal Úřadu zadavatel vyjádření k podkladům rozhodnutí, v němž zejména vyvrací tvrzení vybraného koncesionáře, podle něhož nepodepisoval předávací protokol na jednání o nabídkách a závěrem shrnuje své vyjádření k podkladům tak, že veškerá tvrzení obou dodavatelů, kteří podali nabídku, nemají oporu v platném právu.
143. Dopisem č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/KO-2398/2010/510/HOd ze dne 19. 2. 2010 Úřad seznámil účastníky řízení se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení (tj. skutečnost, že z obsahu nabídky dodavatele Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., IČ 60071371, v příslušném koncesním řízení předložené dne 30. 9. 2009 vyplývá, že její součástí není v písemné podobě list "Vstupy a výstupy". Součástí uvedené nabídky dále nejsou Příloha č. 2 část A, Příloha č. 16 část B a Příloha č. 17 část B). Usnesením č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/VZ-2132/2010/510/HOd ze dne 19. 2. 2010 Úřad stanovil účastníkům lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
144. Dne 1. 3. 2010 obdržel Úřad stanovisko zadavatele, v němž zejména popsal skutkové okolnosti související s podáním nabídek dne 30. 9. 2009, uvedl vysvětlení některých právních otázek souvisejících s nabídkou vybraného koncesionáře podanou dne 30. 9. 2009 a vyjádření ke skutečnostem, které mají být podkladem pro rozhodnutí.
145. Ke skutkovým okolnostem souvisejícím s podáním nabídek dne 30. 9. 2009 zadavatel uvedl mj. následující:
  - Dne 19. 8. 2009 rozeslal zadavatel uchazečům, kteří splnili kvalifikaci, oznámení o úpravě koncesní dokumentace včetně svazku č. 2 – Pokyny k vyplnění soutěžního Modelu a Nástroje, a to jak v tištěné, tak elektronické podobě na DVD. Podle zadavatele později vyšlo najevo, že DVD neobsahovalo dokumenty, které uchazeči měli přiložit v rámci své nabídky

jako Přílohu 2, část A, Přílohu 16, část B a Přílohu 17, část B. Tyto dokumenty byly nicméně obsažené v tištěné verzi doručené oběma uchazečům.

- Po podání nabídek dne 30. 9. 2009 komise pro otevírání obálek zjistila, že nabídka vybraného koncesionáře neobsahuje dokumenty, které měly být přiloženy jako Příloha 2, část A, Příloha 16, část B, Příloha 17, část B a dále, že vybraný koncesionář předložil soubor Soutěžní Formulář na CD, a nikoli také navíc list "Vstupy a výstupy" v písemné formě ze souboru ve formátu MS Excel.
  - S ohledem na výše uvedené komise pro otevírání obálek nabídku vybraného koncesionáře vyřadila.
  - Zadavatel dne 6. 10. 2009 vydal rozhodnutí, v němž zrušil výrok o neúplnosti nabídky podané vybraným koncesionářem a navazující výrok o vyřazení nabídky. Dále zadavatel uložil hodnotící komisi, aby před posouzením a hodnocením nabídek provedla revizi nabídky vybraného koncesionáře z hlediska její úplnosti.
146. Zadavatel předně uvádí, že jeho postupem nebyl žádný z uchazečů jakkoli zkrácen na právech, ani nebyl kterýkoli z uchazečů jakkoli zvýhodněn. V souvislosti s nabídkou vybraného koncesionáře zadavatel zopakoval chybějící přílohy nabídky a k chybějící Příloze 2, část A, Příloze 16, část B, Příloze 17, část B uvedl mj. následující. Požadované dokumenty (tj. výpis zadavatele z obchodního rejstříku, vzor smlouvy s odběrateli a Plán financování obnovy vlastníka na léta 2009 – 2018) byly podle zadavatele přiloženy v tištěné podobě svazku č. 1 rozeslané uchazečům, avšak chyběly na DVD, které zadavatel rozesílal společně s tištěnou verzí svazku č. 1. Zadavatel má za to, že tento nedostatek však nelze přičítat k tíži vybraného koncesionáře. Zadavatel uvádí, že hodnotící komise vznesla na vybraného koncesionáře dotaz, který potvrdil, že tento uchazeč předmětné přílohy neodmítl. Navíc zadavatel uvedl, že výše uvedené přílohy neměly žádný vliv na kterékoli z dílčích hodnotících kritérií a jejich hodnocení. Zadavatel se domnívá, že v situaci, kdy se vyskytne nějaká nejasnost v zadávacích podmínkách, nelze tuto nejasnost vykládat k tíži uchazeče a současně odkazuje mj. na rozhodnutí Úřadu ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S291/2006. K tomu zadavatel dodává, že hodnotící komise má zákonem stanovené právo v případě nejasností požádat uchazeče o vysvětlení nabídky. Zadavatel dále odmítá tvrzení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., podle něhož DVD, které zadavatel rozeslal uchazečům, obsahovalo i výše uvedené přílohy. V návaznosti na návrh cit. dodavatele, aby si Úřad od něho vyžádal předmětné DVD, zadavatel navrhuje, aby bylo vyžádáno DVD obsahující elektronickou podobu svazku č. 1 od vybraného koncesionáře.
147. K listu "Vstupy a výstupy", který nebyl vybraným koncesionářem předložen rovněž v písemné formě zadavatel mj. citoval požadavky uvedené v zadávací dokumentaci a uzavírá, že výslovně požadoval, aby vedle elektronické veza Soutěžního Formuláře na CD uchazeč předložil duplicitně i list "Vstupy a výstupy" z tohoto souboru i v písemné podobě. Důvodem pro tento požadavek bylo podle zadavatele posílení právní jistoty ve vztahu ke klíčové části nabídky uchazečů (mohlo totiž dojít k tomu, že soubor na CD bude poškozený). Zadavatel uvádí, že úkonem v písemné formě se rozumí jednak úkon zachycený na pevném nosiči a dále případně i úkon učiněný elektronickými prostředky, jež umožňují zachycení obsahu právního úkonu a určení osoby, která právní úkon učinila. K tomu uznávaná komentářová literatura podle zadavatele uvádí, že úkon, který má být učiněný elektronickými prostředky v písemné podobě, musí být podepsaný elektronicky podle zvláštního zákona. Jelikož soubor

Soutěžní Formulář byl v nabídce vybraného koncesionáře předložen pouze v elektronické formě, aniž by byl elektronicky podepsán, nebyl splněn požadavek podle čl. 12.2 B svazku č. 1, pozn. č. 9 pod čarou. Vzhledem k tomu, že z listu "Vstupy a výstupy" obsaženém na DVD, bylo možné dovodit, jaké jsou cenové parametry nabídky vybraného koncesionáře, a touto částí byl uchazeč vázán, má zadavatel za to, že vybraný koncesionář je vázán i obsahem listu "Vstupy a výstupy" přiloženého na elektronickém nosiči a že tento list převezme vybraný koncesionář do smlouvy. Nedostatek duplicitní formy jedné z příloh smlouvy bylo možné vyjasnit dotazem u vybraného koncesionáře, zda je připraven převzít předmětný list do smlouvy v případě, kdy jeho nabídka bude vybrána jako nejvhodnější. Zadavatel má za to, že podmínky smlouvy se nezmění, pokud se doplní údaje z jiné ekvivalentní části nabídky, kterou je uchazeč vázán, není sporu o obsahu těchto údajů a uchazeč tento úmysl potvrdí. Zadavatel v této souvislosti poukázal na koncept tzv. relativní neplatnosti popsané v ust. § 40a občanského zákoníku. Z hlediska procesní stránky zadavatel uvádí, že postupoval v souladu se zákonem a dodává, že přestože komise pro otevírání obálek vybraného koncesionáře vyřadila, neznamená to automaticky, že zadavatel nemá jinou možnost než uchazeče vyloučit, přičemž odkazuje na ust. § 111 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Následně zadavatel zopakoval svůj postup v souvislosti s posouzením úplnosti nabídky vybraného koncesionáře.

148. V souvislosti s vyjádřením k podkladům rozhodnutí zadavatel mj. upozornil na účel koncesního řízení, prostředky vedoucí k tomuto účelu a charakter těchto prostředků a souvisejících práv uchazečů. Podle zadavatele je nepochybné, že účelem koncesního řízení je efektivnost vynakládání veřejných prostředků a jejich přímá či zprostředkovaná úspora, přičemž prostředkem k dosažení tohoto cíle je zajištění účinné konkurence (zadavatel na tomto místě rovněž odkazuje na relevantní judikaturu). Zadavatel se domnívá, že není možné, aby prostředek potlačil účel, aby dogmatické a formalistické lpění nad prostředky vedlo k ochromení soutěže a potažmo k dosažení účelu koncesního řízení. Zadavatel uzavírá, že vztahy mezi soutěžiteli, které nemají vliv na veřejný zájem, jsou zájmy čistě soukromé ovládané všemi relevantními procesněprávními a hmotněprávními soukromoprávními zásadami. Zadavatel tedy podle jeho názoru nevystupuje vůči uchazečům v nadřazeném postavení, ale jedná s nimi jako se sobě rovnými. Do vztahu mezi soutěžiteli na trhu nemůže podle zadavatele vstupovat soud či přezkumný orgán ex officio, aniž by to bylo ve veřejném zájmu. Za situace, kdy úkony zadavatele nevedou k vyloučení či omezení hospodářské soutěže je podle zadavatele zcela v dispozicích účastníků trhu podat námitky a následně využít možnosti podat návrh u Úřadu. Zadavatel se domnívá, že dodavatel se může domáhat svých práv výlučně ve lhůtách stanovených zákonem a není možné, aby podle vývoje zadávacího řízení měnil svůj postoj. Rovněž zadavatel podle jeho názoru musí mít jistotu, že se zadávací řízení určitým způsobem vyvíjí a z jednání účastníků (např. uplatněním práv v zákonných lhůtách) seznat, jakým způsobem na toto jednání reagovat. Zadavatel uvádí, že tak jako nemůže podat námitky osoba, které nevznikla škoda, tak nemůže neaktivitu uchazeče nevyužitím jeho nároku na přezkoumání úkonů zadavatele v objektivní lhůtě nahrazovat Úřad svojí vlastní aktivitou poté, co uchazeč dříve rozporované skutečnosti opožděně namítl. Podle zadavatele není za stávající právní úpravy základ pro případný obecný závěr, že by Úřad nebyl vázán (včasnými) podáními účastníků a mohl by tyto návrhy překračovat. Rovněž zadavatel upozornil na skutečnost, že stávající ustanovení zákona o veřejných zakázkách neupravuje rozsah přezkumu Úřadu tak, jako podle § 57 odst. 5



zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (tj. orgán dohledu je oprávněn přezkoumat napadené rozhodnutí v celém rozsahu a není přitom vázán návrhem uchazeče). Zadavatel vyvodil, že na základě současné právní úpravy se přezkum provádí na dvou rovinách, a to v první rovině, kdy Úřad může jít nad rámec návrhu účastníků, se postupuje v případě, kdy je zadávací řízení postiženo vadami, které postihují všechny dodavatele. V druhé rovině, kdy je Úřad vázán návrhem stěžovatele, se podle zadavatele postupuje v případě, kdy stěžovatel napadá určitý úkon zadavatele, který se dotýká pouze konkrétního uchazeče. Následně zadavatel uvádí důsledky případné neomezené přezkumné pravomoci Úřadu. V návaznosti na uvedené skutečnosti zadavatel dále odkazuje na směrnici 2007/66/ES, která měla být implementována do národních právních řádů do 20. 12. 2009 a z níž podle zadavatele lze dovodit, tato směrnice rozlišuje dvě skupiny pochybení zadavatele v zadávacích řízeních, a to ta, která podléhají povinnému přezkumu ze strany přezkumného orgánu (kvalifikovaná pochybení zadavatele) a dále všechna pochybení zadavatele, která nejsou kvalifikovanými pochybeními. Tato pochybení zadavatel následně v podrobnostech popisuje a dále specifikuje základní povinnosti členských států ve vztahu k náležitostem přezkumného řízení ve vztahu ke směrnici o přezkumu.

149. Zadavatel vyjádřil přesvědčení, že ve věci otázek souvisejících s nabídkou podanou vybraným koncesionářem postupoval *lege artis*. Přestože dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyjádřil proti tomuto postupu námítky, nevyjádřil zájem tuto otázku řešit dále formou přezkumu správnosti postupu zadavatele Úřadem. Zadavatel považuje snahu o otevření předmětné otázky po uplynutí lhůty pro podání žádosti o přezkoumání úkonů zadavatele za spekulativní a zdržovací. Navíc by v daném případě nebyl podle názoru zadavatele splněn požadavek uvedený v ust. § 114 odst. 1, 2 zákona o veřejných zakázkách, tj. vznik nebo hrozba újmy na právech dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., neboť ke dni případného pochybení, v případě nabídek podaných dne 30. 9. 2009, byla nabídka tohoto uchazeče vyhodnocena jako nejlepší. Zadavatel dále vyjádřil přesvědčení, že ani z procesního hlediska není správné, aby Úřad považoval skutečnosti uvedené v Seznámení se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení za podklad pro rozhodnutí, neboť dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nemůže po lhůtě stanovené pro podání žádosti o přezkoumání úkonů zadavatele rozporovat otázky, které nerozporoval ve stanovené lhůtě, a dále z toho důvodu, že namítané skutečnosti nemají žádný vztah k meritu žádostí o uložení nápravného opatření, a navíc tyto skutečnosti nemají takový charakter, aby opravňovaly k šetření ve věci *ex officio*. Zadavatel se tudíž domnívá, že Úřad by měl v této části správní řízení zastavit, neboť stěžovatel není v této části řádně legitimován k podání návrhu.
150. Závěrem zadavatel uvedl, že Úřad by měl nejprve posoudit otázku správnosti vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., neboť na tomto posouzení závisí i mj. to, zda tento dodavatel je nadále účastníkem koncesního řízení a může tak vystupovat i jako účastník v řízení před Úřadem.
151. Vybraný koncesionář se ke skutečnostem zjištěným ve správním řízení vyjádřil dopisem ze dne 25. 2. 2010, v němž upozornil, že předmětná problematika týkající se úplnosti jeho nabídky již byla vyřešena. Vybraný koncesionář uvádí, že podal nabídku, která obsahovala list "Vstupy a výstupy" pouze v elektronické podobě, nikoli v tištěné podobě, přičemž jako důvod

vedl nesrovnalost administrativního charakteru spočívající v obdržení nekompletní verze koncesní dokumentace. Následně vybraný koncesionář popsal postup zadavatele v souvislosti s nedostatkem spočívajícím v nepředložení listu "Vstupy a výstupy" v písemné podobě. Jako relevantní důkazy vybraný koncesionář uvedl rozhodnutí zadavatele o provedení revize nabídky vybraného koncesionáře z hlediska její úplnosti, žádost zadavatele o písemné vysvětlení nejasností v nabídce a vysvětlení vybraného koncesionáře ze dne 9. 10. 2009. Vybraný koncesionář je přesvědčen, že postup zadavatele byl zcela v souladu s právními předpisy a dále uvádí, že hodnotící komise postupovala podle ust. § 76 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, když určila vybranému koncesionáři lhůtu v délce tří pracovních dnů k podání vysvětlení. Závěrem vybraný koncesionář uvedl, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nevyužil možnosti podat žádost o uložení nápravného opatření v koncesním řízení ve věci námitek ze dne 23. 10. 2009.

152. K seznámení se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení se vybraný koncesionář dále vyjádřil dopisem ze dne 3. 3. 2010, v němž shrnuje údaje, které již uvedl ve vyjádření ze dne 25. 2. 2010 a následně se vyjadřuje k některým otázkám vzniklým na základě seznámení se zjištěnými skutečnostmi. Vybraný koncesionář se domnívá, že postup zadavatele, kdy rozhodl o zrušení výroku komise pro otevírání obálek, se jeví být v souladu se zákonem. Pokud by zadavatel postupoval jinak, nebyl by podle názoru vybraného koncesionáře postup zadavatele v souladu se zásadou nediskriminace a zásadou rovného zacházení, neboť by vyloučil vybraného koncesionáře z důvodu svého administrativního pochybení. V této souvislosti vyslovil vybraný koncesionář názor, že případná neúplnost zadávací dokumentace nemůže být přičítána k tíži uchazeče, přičemž odkazuje na ust. § 266 odst. 4 obchodního zákoníku. Rovněž vybraný koncesionář upozornil, že žádná z příloh neměla vliv na hodnotící kritéria, obsah příloh nemohli uchazeči měnit a koncesní smlouva by mohla být uzavřena a plněna i bez faktického přiložení příloh, neboť se jedná o samostatné listiny.
153. Vybraný koncesionář se domnívá, že v případě předložení pouze elektronické podoby listu "Vstupy a výstupy", a nikoli v podobě tištěné, se nejedná o neúplnou nabídku, nejde o nedostatek obsahového charakteru. V souvislosti se zněním ust. § 44 odst. 3 písm. e) zákona o veřejných zakázkách, podle něhož může zadavatel v zadávací dokumentaci stanovit rovněž formální požadavky na zpracování nabídky, vybraný koncesionář uvedl, že podle současné rozhodovací praxe je nutno tyto požadavky považovat jen za doporučení, jehož nedodržení nemůže být důvodem pro vyloučení uchazeče. V návaznosti na uvedené vybraný koncesionář cituje z rozhodnutí Úřadu ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S112/2009 a dále dokumentu Požadavky zadavatelů na formální stránku zpracování nabídek a předložení nabídek a jejich kopií, uveřejněném na internetových stránkách Úřadu. Z uvedeného vybraný koncesionář vyvozuje, že zadavatel zvolil správný postup, když vybraného koncesionáře nevyloučil, a proto ze strany Úřadu mu nemůže plynout jakýkoli postih.
154. Podle názoru vybraného koncesionáře v rámci ust. § 111 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách mohl zadavatel změnit chybné rozhodnutí komise pro otevírání obálek o úplnosti nabídky a také současně své administrativní pochybení, když koncesní dokumentace v elektronické a tištěné verzi se lišily.

155. Dne 23. 3. 2010 obdržel Úřad od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., výpisy z Rejstříku trestů ČR a výpis z Centrálního registru osob vydaný Ministerstvem spravedlnosti v Madridu.
156. Usnesením č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/KO-4386/2010/510/HOd ze dne 29. 3. 2010 prodloužil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
157. Dopisem ze dne 6. 4. 2010 Úřad obdržel stanovisko zadavatele k podkladům rozhodnutí, v němž mj. uvedl, že listiny předložené dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nijak nemění jeho předchozí stanoviska a vyjádření, a jejich předložení nemá žádný vliv na skutečnost, že jmenovaný dodavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Z tohoto důvodu by Úřad podle názoru zadavatele neměl k předmětným listinám přihlížet. Zadavatel dále v těchto souvislostech uvádí, že k naplnění požadavků zákona nedostačuje samotný skutkový stav, ale skutkový stav musí být náležitým způsobem prokázán, což vyplývá z rovného postavení zadavatele a dodavatelů. Zadavatel podle písemného vyjádření nemá za prokázané, že v předmětném období skutečně pan de Rivera splňoval požadavek bezúhonnosti, protože z listin tato skutečnost nevyplývá. Zadavatel se domnívá, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., měl do 29. 10. 2009 oznámit, že došlo k volbě pana de Rivery za člena představenstva, a současně předložit potřebné dokumenty. V této souvislosti zadavatel upozornil na to, že se jmenovaný dodavatel snaží prokázat bezúhonnost pana de Rivery po více než pěti měsících. V další části vyjádření zadavatel upozornil zejména na skutečnost, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zaslal Úřadu předmětné listiny až po uplynutí lhůty stanovené usnesením Úřadu ze dne 19. 2. 2010.
158. Dne 7. 4. 2010 obdržel Úřad vyjádření dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., v němž zejména zopakoval názor, že jmenování pana de Rivery členem představenstva dodavatele není takovou změnou, která by znamenala nesplnění kvalifikace podle ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.
159. Dopisem ze dne 6. 4. 2010 Úřad obdržel od vybraného koncesionáře vyjádření, v němž k výpisům z Rejstříku trestů ČR předložených dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., mj. uvádí, že výpis z evidence Rejstříku trestů ČR všech členů statutárního orgánu byl jedním z dokumentů, jejichž předložení zadavatel požadoval k prokázání splnění základních kvalifikačních předpokladů daného dodavatele. Poté, co se stal pan de Rivera členem představenstva dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., měl tento dodavatel podle názoru vybraného koncesionáře ve smyslu ust. § 58 zákona změnu oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu, a to do 7 dnů ode dne vzniku členství pana de Rivery v představenstvu. Výpis z evidence Rejstříku trestů ČR pana de Rivery, ani výpis z Centrálního registru trestaných osob však nebyly podle vybraného koncesionáře doručeny v zákonem stanovené lhůtě.
160. Vybraný koncesionář se domnívá, že doručení jakýchkoli důkazů, a to bez ohledu na jejich obsah, nemá po uplynutí lhůty stanovené pro navržení důkazů žádnou relevanci. Proto hodlal-li dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., navrhnout a předložit důkazy, měl tak učinit do 1. 3. 2010 (tedy lhůty stanovené Úřadem v usnesení ze dne 19. 2. 2010). Ani skutečnost, že Úřad usnesením ze dne 29. 3. 2010 prodloužil

účastníkům řízení lhůtu do 6. 4. 2010 podle vybraného koncesionáře neznamená, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., lhůtu pro navržení důkazů nezmeškal, neboť usnesením byla účastníkům prodloužena lhůta pouze pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí. Vybraný koncesionář se tedy domnívá, že Úřad by k dokladům předloženým dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., neměl přihlídnout.

161. Z datování výpisů předložených dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., podle vybraného koncesionáře rovněž vyplývá, že nebyly zadavateli doručeny v zákonem stanovené lhůtě, ani nebyl žádný z dokumentů v zákonem stanovené sedmidenní lhůtě vyhotoven. Z předložených dokumentů sice podle vybraného koncesionáře plyne, že pan de Rivera je trestně bezúhonný, avšak nedokazují, že splnění základních kvalifikačních předpokladů bylo zadavateli v zákonem stanovené lhůtě prokázáno.
162. Dne 7. 5. 2010 zadavatel dopisem informoval o dalších úkonech v koncesním řízení, a to zejména rozhodnutí o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení.
163. Dopisem ze dne 22. 4. 2010 vybraný koncesionář oznámil, že obchodní firma Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s., se od 1. 5. 2010 mění na AQUASERV, a. s., přičemž společnost AQUASERV, a. s., se rozdělila odštěpení s přechodem části jejího jmění na nástupnickou společnost ČEVAK, a. s. (dříve 1. JVS, a. s.), IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice. Vybraný koncesionář v této souvislosti sdělil, že právním nástupcem společnosti AQUASERV, a. s., (dříve Vodovody a kanalizace Jižní Čechy, a. s.) se pro předmětné koncesní řízení a procesním nástupcem společnosti AQUASERV, a. s., v řízení vedeném Úřadem pod sp. zn. S339,347,359/2009 se ke dni 1. 5. 2010 stala společnost ČEVAK, a. s., IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice.
164. Dne 27. 5. 2010 zadavatel dopisem informoval o dalších úkonech v koncesním řízení, a to zaslání žádostí vybranému koncesionáři o objasnění kvalifikace a záležitostí souvisejících s přeměnou společnosti. Dne 31. 5. 2010 zadavatel dále informoval o rozhodnutí o námitkách podaných dodavatelem Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení.
165. Do příslušného správního spisu nahlédl dne 1. 4. 2010 zadavatel a ve dnech 1. 2. 2010 a 6. 4. 2010 vybraný koncesionář. Protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.
166. Jelikož ve věci předmětného koncesního řízení bylo dne 8. 6. 2010 zahájeno další správní řízení, Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-8811/2010/510/HOd ze dne 18. 6. 2010 spojil všechna správní řízení, která koncesního řízení týkala, tj. správní řízení zahájená dne 27. 11. 2009, dne 7. 12. 2009, dne 23. 12. 2009 a dne 8. 6. 2010 na základě žádostí vybraného koncesionáře a dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.
167. Usnesením č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-8825/2010/510/HOd ze dne 18. 6. 2010 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhnout 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. Tímto usnesením Úřad rovněž stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doplnění předložené dokumentace koncesního řízení.

168. Dne 1. 7. 2010 Úřad obdržel vyjádření vybraného koncesionáře, v jehož úvodu je zejména zrekapitulován postup zadavatele v koncesním řízení a dále odkazuje na svá předchozí vyjádření. K volbě nových členů představenstva dodavatele vybraný koncesionář uvedl, že se jedná o kvalifikovanou změnu, a proto se domnívá, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byl z účasti v koncesním řízení vyloučen v souladu s právem, když v zákonem stanovené lhůtě nepředložil splnění kvalifikace v plném rozsahu. Ke kvalifikovaným změnám vybraný uchazeč mj. uvedl, že v zásadě platí, že prokazováním splnění kvalifikačních předpokladů uchazeč prokazuje skutečnosti, které jsou bez vady. Zadavatel nemá podle vybraného uchazeče jinou cestu jak zjistit, zda je uchazeč trestně bezúhonný, než že mu tuto skutečnost sám uchazeč oznámí a především prokáže. Vybraný uchazeč se dále vyjádřil k fakultativnosti použití ust. § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a k tvrzení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., podle něhož zadavatel nepostupoval v souladu se zásadou rovného zacházení a se zásadou zákazu diskriminace. V této souvislosti upozornil, že se v daném případě jednalo o odlišnou kategorii dokumentů a postup zadavatele tak nelze v řešených případech srovnávat.
169. Rozhodnutím ze dne 20. 7. 2010 č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,S182/2010/KO-10532/2010/510/HOd Úřad zamítl návrh dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, v němž mj. konstatoval, že neshledal důvody pro jeho nařízení, neboť v souvislosti s předmětným koncesním řízením již Úřad v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S359/2009 vydal dne 15. 1. 2010 rozhodnutí o předběžném opatření, kterým zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v předmětném koncesním řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude uvedené správní řízení ukončeno.
170. Do správního spisu nahlédl dne 22. 6. 2010 a dne 31. 8. 2010 vybraný koncesionář, přičemž protokol o nahlížení je součástí správního spisu.
171. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména vyjádření předložených účastníky správního řízení, předložené dokumentace koncesního řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí žádostí o uložení nápravného opatření, neboť Úřad neshledal ve skutečnostech namítaných v těchto žádostech porušení koncesního zákona ze strany zadavatele. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### **K vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.**

172. Koncesní zákon v § 7 odst. 3 stanoví, že pro posuzování kvalifikace dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně.
173. Podle ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dojde-li do doby rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky k jakékoliv změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60, je dodavatel povinen nejpozději do 7 dnů tuto skutečnost veřejnému zadavateli písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. V ust. § 58 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách se stanoví, že povinnost podle odstavce 1 se vztahuje obdobně na uchazeče, se

kterým je v souladu s rozhodnutím veřejného zadavatele podle § 81 možné uzavřít smlouvu, a to až do doby uzavření smlouvy. V takovém případě musí uchazeč, s nímž veřejný zadavatel uzavírá smlouvu, předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu nejpozději při uzavření smlouvy.

174. Podle § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58 zákona o veřejných zakázkách, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
175. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel dne 19. 11. 2009 rozhodl o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení, poté, co od tohoto dodavatele obdržel elektronickou zprávu, v níž zadavateli oznámil, že valná hromada dodavatele zvolila Álvara Guzmán Pazos Rodriguez de Riveru členem představenstva. Zadavatel v rozhodnutí uvedl, že přílohou této elektronické zprávy byla neúplná kopie zápisu z valné hromady konané dne 21. 10. 2009.
176. Dopisem ze dne 25. 11. 2009 zaslal dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zadavateli doklady k prokázání splnění kvalifikace, a to výpis z obchodního rejstříku a výpis z Centrálního registru osob vydaný Ministerstvem spravedlnosti v Madridu.
177. Dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., dále dopisem doručeným zadavateli dne 5. 5. 2010 oznámil změnu ve složení představenstva, když valnou hromadou konanou dne 28. 4. 2010 byli zvoleni noví členové – Esther Alcocer Koplowitz, Alicia Alcocer Koplowitz, José Manuel Burgos Pérez, Francisco Martin Monteagudo. Současně cit. dodavatel předložil čestná prohlášení nově zvolených členů představenstva, výpisy ze španělského rejstříku těchto členů představenstva a výpis z Rejstříku trestů ČR José Manuela Burgos Péreze s tím, že výpisy z Rejstříku trestů ČR zbývajících členů představenstva budou doručeny ihned po jejich vystavení příslušným úřadem ČR. Dne 7. 5. 2010 zadavatel opětovně rozhodl o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění povinnosti stanovené ust. § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Dopisem ze dne 7. 5. 2010 dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., předložil zadavateli výpisy z Rejstříku trestů ČR zbývajících nově zvolených členů představenstva.
178. Úřad konstatuje, že v případě jakékoli změny v kvalifikaci je nutné nejprve posoudit, zda se jedná o změnu specifikovanou v ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách, tj. zda se jedná o takovou změnu kvalifikace, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 zákona o veřejných zakázkách. Z ustanovení zákona vyplývá, že dodavatel není povinen zadavateli oznámit každou změnu v kvalifikaci, která nastala v průběhu zadávacího řízení. Tento závěr potvrzuje rovněž důvodová zpráva k zákonu, v níž se mj. uvádí, že "*Znění „která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace“ naznačuje, že se nejedná o jakoukoliv změnu údaje, která se týká kvalifikace dodavatele, ale pouze o skutečnou ztrátu kvalifikace (za ztrátu kvalifikace tak není možno považovat například situaci, kdy se člen statutárního orgánu či statutární orgán obchodní společnosti přestěhuje a v důsledku této skutečnosti je do obchodního rejstříku zapsána jeho nová adresa)*".
179. K předmětné změně v kvalifikaci dodavatele Úřad uvádí, že v případě, kdy do statutárního orgánu je zvolen nový člen, ztrácí dodavatel automaticky kvalifikaci, neboť podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona musí základní kvalifikační předpoklady podle těchto ustanovení

zákona splňovat statutární orgán nebo každý člen statutárního orgánu. Pokud se tedy členem statutárního orgánu stala osoba, která v nabídce neprokazovala splnění kvalifikace podle § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona, pozbyl v důsledku této skutečnosti dodavatel, který předložil nabídku, prokázanou příslušnou kvalifikaci. Zákon však v takových případech poskytuje dodavatelům lhůtu pro řádné splnění kvalifikace, a to lhůtu 7 dnů, v níž je dodavatel povinen změnu v kvalifikaci písemně oznámit a současně předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu.

180. K výše uvedenému Úřad doplňuje, že nelze připustit takový výklad zákona, podle něhož by dodavatelé nebyli povinni oznamovat změny v kvalifikaci, které by mohly znamenat nesplnění kvalifikace v případě, že se sami domnívají, že kvalifikaci splňují. Důvodem je skutečnost, že kvalifikaci je nutno prokázat příslušnými doklady, tak jako je tomu při prokazování kvalifikace v předkládané nabídce. Současně nelze po zadavateli požadovat, aby sami zjišťovali, zda dodavatelé v důsledku určitých změn splňují např. kvalifikační předpoklady podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona.
181. Nelze dospět ani k takovému výkladu ust. § 58 ust. 1 zákona, podle kterého by dodavatel musel oznamovat změnu v kvalifikaci pouze v tom případě, že ji nesplňuje, neboť v takovém případě by možnost předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu, obsažená v uvedeném ustanovení, byla nelogická. Pokud dodavatel skutečně nesplňuje kvalifikaci, pak není možné její splnění prokazovat.
182. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že povinnost oznámení změn v kvalifikaci podle ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách se vztahuje na takové změny, které mají přímý vliv na splnění či nesplnění kvalifikace, a nikoli formální změny, tj. např. změna bydliště člena statutárního orgánu, která nemá vliv na existenci záznamů v Rejstříku trestů. Současně je nutno dodat, že povinnost prokázat, že i přes učiněnou změnu v kvalifikaci dodavatel kvalifikaci splňuje, je zcela zodpovědností příslušného dodavatele, který splnění kvalifikace musí prokázat potřebnými dokumenty ve lhůtách stanovených ust. § 58 zákona.
183. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že ust. § 58 řeší pouze takové případy, kdy po ukončení procesu posouzení kvalifikace zadavatelem u dodavatele dojde k takové změně, která by mohla ovlivnit splnění kvalifikace dodavatelem. Takové změny v kvalifikaci je povinen dodavatel zadavateli oznámit a doložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel není povinen oznamovat pouze formální změny a takové změny v kvalifikaci, které žádným způsobem nemohou ovlivnit splnění kvalifikace.
184. V šetřeném případě došlo v průběhu zadávacího řízení dne 21. 10. 2009 na straně dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., ke změně ve složení statutárního orgánu, když jeho členem se stal podle výpisu z obchodního rejstříku Álvaro Guzmán Rodríguez de Rivera. Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že volba nového člena statutárního orgánu, který v nabídce neprokazoval splnění kvalifikace podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona, je takovou změnou, která má za následek ztrátu kvalifikace dodavatele a dodavatel je povinen ji ve vztahu k provedené změně znovu prokázat (tj. dodavatel musí opakovaně prokázat splnění ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona).
185. V daném případě tedy dodavatel nedodržel lhůtu pro oznámení o změně kvalifikace dané ust. § 58 odst. 1 zákona, když změnu v kvalifikaci, která nastala dne 21. 10. 2009 v důsledku

volby nového člena statutárního orgánu, oznámil až dne 9. 11. 2009, tj. 19 dní po provedené změně.

186. Současně Úřad konstatuje, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nepředložil zadavateli potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu, neboť součástí dokladů, které cit. dodavatel zadavateli předložil, nebyl doklad prokazující splnění kvalifikačních předpokladů podle ust. § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona ve vztahu k území České republiky (tj. dodavatel nepředložil výpis z evidence Rejstříku trestů). Přestože dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., předložil Úřadu v průběhu správního řízení výpisy z evidence Rejstříku trestů Álvara Guzmán Rodríguez de Rivery ze dne 22. 12. 2009 a 16. 2. 2010, tyto doklady neprokazují, že cit. dodavatel splňoval předmětný kvalifikační předpoklad v době, kdy byl povinen zadavateli předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v návaznosti na nastalou změnu v kvalifikaci.
187. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byl povinen zadavateli oznámit změnu spočívající ve volbě nového člena statutárního orgánu (tj. Álvara Guzmána Rodríguez de Rivera), neboť se jedná o změnu v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 zákona o veřejných zakázkách, ve smyslu ust. § 58 zákona o veřejných zakázkách.
188. Vzhledem k uvedeným skutečnostem, dospěl Úřad k závěru, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 58 odst. 1 zákona, když v zákonné lhůtě, ani později, nepředložil dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu. Z tohoto důvodu Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souladu s ust. § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ve spojení s ust. § 7 odst. 3 koncesního zákona, když dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyloučil z další účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění povinnosti stanovené v § 58 zákona o veřejných zakázkách.

#### **K jednání o nabídkách**

189. Podle ust. § 7 odst. 5 koncesního zákona po posouzení kvalifikace dodavatelů a případném omezení jejich počtu zadavatel
  - a. vyzve dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídek (§ 8) s tím, že o těchto nabídkách může dále jednat (§ 9), nebo
  - b. vyzve dodavatele, kteří prokázali splnění kvalifikace, k účasti v koncesním dialogu (§ 10), jehož účelem je nalezení jednoho nebo více vhodných řešení koncesního projektu; po nalezení jednoho či více vhodných řešení postupuje zadavatel podle písmene a).
190. Podle ust. § 8 odst. 1 koncesního zákona písemná výzva k podání nabídek podle § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona v případě, že zadavatel s dodavateli o podaných nabídkách nejedná, obsahuje alespoň
  - a. koncesní dokumentaci nebo podmínky jejího poskytnutí; pro obsah koncesní dokumentace platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci obdobně,
  - b. lhůtu pro podání nabídek, která nesmí být kratší než 40 dnů ode dne odeslání výzvy k podání nabídek; pokud zadavatel neodešle dodavateli veškeré podklady potřebné



pro zpracování nabídky spolu s výzvou k podání nabídek nebo mohou-li být nabídky předloženy pouze po prohlídce místa plnění, zadavatel přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání nabídek,

- c. místo podání nabídky a
- d. informaci o tom, v jakém jazyce má být nabídka podána.

191. Pokud se zadavatel rozhodne o nabídkách podaných podle § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona jednat, písemná výzva podle odstavce 1 dále podle ust. § 8 odst. 2 koncesního zákona obsahuje
- a. způsob jednání o nabídkách, zejména zda bude jednání probíhat se všemi dodavateli současně anebo odděleně,
  - b. způsob výběru dodavatelů pro další jednání, pokud se zadavatel rozhodne postupně omezovat jejich počet; § 7 odst. 4 věta za středníkem platí obdobně.
192. Koncesní zákon v ust. § 9 stanoví, že pokud se zadavatel rozhodne o nabídkách dále jednat, vyzve písemně všechny dodavatele, kteří nebyli vyloučeni z účasti v koncesním řízení, k jednání o nabídkách (§ 9 odst. 1 koncesního zákona). Pokud budou probíhat další jednání, použijí se pro průběh těchto jednání ustanovení zákona o veřejných zakázkách o jednání o nabídkách v jednotlivých fázích jednacího řízení s uveřejněním obdobně; pro úpravu návrhu koncesní smlouvy platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně (§ 9 odst. 2 koncesního zákona).

#### *Způsob jednání o nabídkách*

193. Z dokumentace koncesního řízení vyplývá, že zadavatel ve výzvě k podání nabídek ze 23. 4. 2009 mj. uvedl, že v souladu s ust. § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona bude o podaných nabídkách dále jednat; součástí této výzvy tvořila podle jejího textu koncesní dokumentace a zadavatel ve výzvě uvedl lhůtu a místo pro podání nabídek, jazyk nabídky, termíny prohlídek plnění, místo a čas otevírání obálek s nabídkami, způsob jednání o nabídkách, způsob výběru dodavatelů pro další jednání a údaje o hodnotících kritériích. V rámci vymezení způsobu jednání o nabídkách zadavatel stanovil, že bude o nabídkách v koncesním řízení jednat ve třech fázích, a to společně se všemi dodavateli, přičemž odkázal na bližší podrobnosti uvedené v čl. 18 svazku č. 1 koncesní dokumentace.
194. Z výše uvedeného je jednoznačně patrné, že výzva k podání nabídek obsahovala všechny náležitosti požadované v ust. § 8 odst. 1 a 2 koncesního zákona.
195. Zákon v ust. § 31 odst. 7 stanoví, že zadavatel může před zahájením jakékoli fáze jednání o nabídkách oznámit uchazečům, že jde o poslední fázi jednání o nabídkách; na této skutečnosti se může zadavatel se všemi uchazeči kdykoli písemně dohodnout.
196. Podle dokumentace koncesního řízení zadavatel dopisem ze dne 16. 10. 2009 oznámil dodavatelům, kteří nebyli z účasti v koncesním řízení vyloučeni (tj. vybraný koncesionář a dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s.), předběžný výsledek hodnocení. V tomto oznámení zadavatel mj. stanovil, že "*jednání o nabídkách bude probíhat pouze v jedné fázi, to znamená, že tato fáze, na kterou je uchazeč tímto zván, bude poslední fází jednání o nabídkách*". Podrobněji je obsah předmětného oznámení popsán v bodě 204.

197. Skutečnost, že zadavatel ve výzvě k podání nabídky stanovil, že jednání o nabídkách proběhne ve třech fázích, avšak v pozvánce k prvnímu jednání uvedl, že se jedná o poslední fázi jednání, nelze považovat za učiněnou v rozporu se zákonem, neboť takový postup zadavateli zcela jednoznačně umožňuje ust. § 31 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Ze znění tohoto ustanovení vyplývá, že je právem zadavatele jednostranně uchazečům oznámit, že jde o poslední fázi jednání o nabídkách; za možný lze však považovat i postup, kdy se na tomto zúčastněné strany dohodnou.
198. Ve vztahu k ust. § 30 a 31 zákona o veřejných zakázkách má zadavatel v rámci jednání o nabídkách zejména následující povinnosti či resp. oprávnění:
- Po otevření obálek s nabídkami, po posouzení a hodnocení nabídek podle hlavy VII části 2 zákona o veřejných zakázkách oznámí zadavatel písemně všem uchazečům, jejichž nabídky byly hodnoceny a kteří nebyli vyloučeni z účasti v jednacím řízení s uveřejněním, předběžný výsledek hodnocení nabídek. Současně s oznámením o předběžném výsledku hodnocení nabídek zadavatel tyto uchazeče písemně pozve k prvnímu jednání o nabídkách a uvede dobu, místo a jazyk jednání (§ 30 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).
  - Zadavatel v každém kole (fázi) jednání jednacím řízení s uveřejněním zpracuje:
    - protokol z jednání (§ 31 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách),
    - protokol o konečném výsledku hodnocení, který musí doručit všem uchazečům, s nimiž bylo jednání v dané fázi uskutečněno, a to nejpozději do 5 dnů po ukončení každé fáze jednání (§ 31 odst. 5 a 6 zákona o veřejných zakázkách).
  - Zadavatel je povinen zajistit v rámci všech jednání o nabídkách dodržení zásad uvedených v § 6 zákona o veřejných zakázkách (§ 30 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách).
199. V souvislosti s oznámením o předběžném výsledku hodnocení nabídek a pozváním k prvnímu jednání o nabídkách Úřad odkazuje na bod č. 196 tohoto rozhodnutí a konstatuje, že v této věci zadavatel postupoval v souladu s ust. § 30 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.
200. Ve vztahu k dodržení ust. § 31 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách Úřad uvádí, že z jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 zpracoval zadavatel protokol s každým dodavatelem, který se jednání zúčastnil. Součástí obou protokolů je "upravená nabídka" příslušného dodavatele s uvedením parametrů jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a rovněž ustanovení, podle něhož podpisem tohoto protokolu z jednání se pro příslušného dodavatele stávají údaje a ujednání v tomto protokolu pro příslušného dodavatele závaznými. Předmětné protokoly jsou podepsány jak zadavatelem, tak příslušným dodavatelem.
201. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v souvislosti s jednáním o nabídkách v souladu s ust. § 31 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách.
202. Dne 3. 11. 2009 zadavatel zaslal oběma dodavatelům protokol o konečném výsledku hodnocení ze dne 30. 10. 2009, v němž popsal a odůvodnil způsob hodnocení nabídek, výsledek hodnocení nabídek a údaj o tom, jak byly nabídky hodnoceny v rámci jednotlivých hodnotících kritérií. Z uvedeného protokolu je tedy zřejmý výsledek jednání o nabídkách a pořadí uchazečů (pozn.: Jelikož se jednalo o poslední fázi jednání, lze považovat za bezdůvodné uvádět podle ust. § 31 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách informaci o tom, se kterými uchazeči bude jednáno v další fázi). Úřad uvádí, že ačkoli dodavateli Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byl protokol o konečném výsledku hodnocení doručen jeden den po lhůtě stanovené v § 31 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, nelze v této

skutečnosti shledat takové pochybení zadavatele, které mohlo mít jakýkoli vliv na výběr koncesionáře. Je nutno zdůraznit, že z poštovních dokladů (dodejek) vyplývá, že zadavatel oběma dodavatelům zaslal protokol o konečném výsledku hodnocení dne 3. 11. 2009, a proto nelze v postupu zadavatele shledat ani znaky nerovného zacházení s dodavateli.

203. Způsob jednání o nabídkách zadavatel specifikoval v koncesní dokumentaci, svazku č. 1 Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky, v kapitole 18, a to mj. tak, že

- *"po otevření obálek s nabídkami, po posouzení a hodnocení nabídek oznámí zadavatel písemně všem dodavatelům, jejichž nabídky byly hodnoceny a kteří nebyli vyloučeni z účasti v koncesním řízení, předběžný výsledek hodnocení nabídek. Současně s oznámením o předběžném výsledku hodnocení nabídek zadavatel písemně pozve dodavatele, kteří se umístili v pořadí od 1. (prvního) do 3. (třetího) místa, k jednání o nabídkách a uvede dobu, místo a jazyk jednání".*
- *"Zadavatel určuje, že jednání o nabídkách bude probíhat ve třech fázích a sice po předběžném výsledku hodnocení nabídek, přičemž platí, že zadavatel může před zahájením jakékoliv fáze jednání o nabídkách oznámit uchazečům, že jde o poslední fázi jednání o nabídkách (na této skutečnosti se může zadavatel se všemi dodavateli kdykoli písemně dohodnout)."*
- *"Zadavatel je oprávněn jednat s dodavateli o podmínkách jejich nabídek, které jsou předmětem hodnocení. Zadavatel není oprávněn v průběhu jednání o nabídkách měnit zadávací podmínky."*
- *"Zadavatel bude jednat o nabídkách se všemi dodavateli společně".*
  - a. *Na začátku jednání o nabídkách předloží pozvaný dodavatel v zalepené obálce opatřené ochrannými prvky a popisy dle č. 13.1 výše tyto dokumenty: "A. Krycí list nabídky ..."*
  - b. *"B. Oprávnění příslušné osoby na straně dodavatele ..."*
  - c. *"C. Soutěžní model ..."*
- *"Po předložení dokumentů podle bodu 9 (tedy upravených nabídek), vyhotoví zadavatel s každým dodavatelem protokol".*
- *"Podpisem každého protokolu z jednání se pro dodavatele stávají údaje a ujednání uvedená v protokolu z jednání závazná".*
- *"Po ukončení jednání o nabídkách stanoví zadavatel na základě výsledků jednání pořadí dodavatelů v souladu s čl. 17.2.2 výše. Pořadí dodavatelů stanoví zadavatel na základě hodnotících kritérií uvedených v čl. 17.1 výše, a to vždy za použití obou dílčích hodnotících kritérií. Zadavatel je povinen o stanovení pořadí dodavatelů vyhotovit protokol, v němž uvede výsledky hodnocení jednání o nabídkách, pořadí dodavatelů a informaci o tom, se kterými dodavateli bude jednáno v další fázi".*

204. Z dokumentace vyplývá, že zadavatel v souvislosti s jednáním o nabídkách postupoval následovně. Dne 30. 9. 2009 zadavatel obdržel podle protokolu o otevírání obálek s nabídkami v koncesním řízení dvě nabídky, které byly posouzeny z hlediska splnění požadavků vymezených v ust. § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách. Dopisem ze dne 16. 10. 2009 oběma dodavatelům zadavatel zaslal oznámení o předběžném výsledku hodnocení nabídek a současně tyto dodavatele pozval k jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009. Zadavatel v pozvánce současně stanovil, že *"jednání o nabídkách bude probíhat pouze v jedné fázi, to znamená, že tato fáze, na kterou je uchazeč tímto zván,*

*bude poslední fází jednání o nabídkách". Zadavatel rovněž uvedl, že "v souladu s článkem 18 odst. 9 Svazku na začátku jednání o nabídkách předloží pozvaný uchazeč v zalepené obálce opatřené ochrannými prvky a popisy dle č. 13. 1 Svazku tyto dokumenty: "A. Krycí list nabídky ...", "B. Oprávnění příslušné osoby na straně dodavatele ...", "C. Soutěžní model ...".*

205. K tvrzení vybraného koncesionáře, podle něhož jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 se uskutečnilo nestandardním a netransparentním způsobem Úřad uvádí následující. Jednání o nabídkách v jednacím řízení s uveřejněním je specifikováno v ust. § 30 a 31 zákona o veřejných zakázkách. V průběhu jednacím řízení s uveřejněním zadavatel s uchazeči jedná o tom, co uchazeči zadavateli nabízí v rámci jednotlivých kritérií hodnocení, resp. vyjednává pro sebe výhodnější podmínky. Pokud jde o formu jednání, tu zákon blíže neupravuje, a je na zadavateli, zda zvolí jednání ústní, písemné či kombinaci těchto dvou forem, přičemž žádnou z nich zákon nevylučuje. Z tohoto důvodu nelze vyloučit ani postup, který si zvolil zadavatel, když po dodavatelích požadoval předložení nabízených parametrů v písemné formě. Jelikož zákon zadavateli neukládá, aby uskutečnil jednání v ústní formě, nelze jej postihovat za to, že takto nepostupoval. V souvislosti s argumentem vybraného koncesionáře, podle kterého byla zcela potlačena podstata jednacím řízení s uveřejněním, Úřad uvádí, že cílem zadavatele v rámci každého zadávacím řízení je dosažení toho, aby dodavatelé prostřednictvím soutěže nabídli pro zadavatele nejvýhodnější podmínky. Vzhledem k tomu, že v předmětném zadávacím řízení jednal zadavatel se dvěma dodavateli, byli tito dostatečně motivováni k tomu, aby nabídli lepší podmínky nežli druhý z dodavatelů, což dokládají výhodnější podmínky nabídnuté dodavateli v rámci upravených nabídek předložených na jednání dne 30. 10. 2009. Cíle zadávacím řízení tedy bylo v daném případě dosaženo, a nelze tedy dospět k závěru, že byla potlačena podstata jednacím řízení s uveřejněním.
206. Úřad s přihlédnutím zejména k tomu, že postup zadavatele při jednání o nabídkách odpovídal koncesní dokumentaci a příslušným zákonným ustanovením, všechny úkony dokumentoval tak, jak mu ukládá zákon, konstatuje, že zadavatel postupoval při jednání o nabídkách v souladu s ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách, resp. v souladu s ust. § 30 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, a dále v souladu s ust. § 9 odst. 2 koncesního zákona.
207. S tvrzením vybraného koncesionáře, podle něhož podpisem protokolu z jednání nevyjadřuje dodavatel s tímto jednáním souhlas, se Úřad ztotožňuje, neboť opačný výklad by měl za následek potlačení institutu námitek a lhůt pro jejich podání.

*Začátek jednání o nabídkách, osoby oprávněné jednat jménem dodavatele, okolnosti vstupu do jednacím místnosti*

208. Z protokolu z jednání dne 30. 10. 2009 mj. vyplývá, že jednání o nabídkách se uskutečnilo dne 30. 10. 2009 v 10.30 a na začátku jednání předložili oba dodavatelé zalepenou obálku opatřenou ochrannými prvky a popisy podle článku 13.1 Svazku č. 1. O tomto předání byly s dodavateli sepsány předávací protokoly. Jednání o nabídkách započalo podle protokolu podle abecedního pořadí dodavatelů, a to v 10.55 hod. zahájením jednání o nabídce dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. Jednání o nabídce vybraného koncesionáře bylo podle obsahu protokolů zahájeno v 11.05 hod.

209. Podle obsahu vyjádření zadavatele v průběhu správního řízení vstoupil do jednací místnosti v 10.39 hod. Álvaro Guzmán Pazos Rodríguez de Rivera.
210. Úřad uvádí, že z obsahu koncesní dokumentace, ani další dokumentace pořízené zadavatelem v souvislosti s jednáním o nabídkách, nevyplývá, že pozdní příchod osoby oprávněné jednat jménem dodavatele by mohl mít za následek vyloučení dodavatele z jednání. K tomu je nutno dodat, že takový postup zadavateli neukládá ani zákon o veřejných zakázkách, či koncesní zákon. Zadavatel tudíž v daném případě nebyl oprávněn dodavatele pro dočasnou nepřítomnost osoby oprávněné jednat jménem dodavatele z předmětného jednání vyloučit, a proto nelze spatřovat v postupu zadavatele jednání porušující ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že v průběhu jednání o nabídkách se neuplatní ustanovení zákona týkající se otevírání obálek s nabídkami, a to zejména z toho důvodu, že otevírání obálek s nabídkami předchází jednání o nabídkách a toto jednání je samostatně upraveno v ust. § 30 a 31 zákona o veřejných zakázkách a § 9 koncesního zákona. Úkony otevírání obálek s nabídkami a jednání o nabídkách (ať už v jakékoli formě – ústní či písemné) je tedy nutno striktně rozlišovat. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že otevírání obálek s nabídkami a jednání o nabídkách se v daném případě nekonalo ve stejném termínu. Z uvedených důvodů nelze pro jednání o nabídkách uplatňovat ani ust. § 71 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách týkající se podání nabídek po uplynutí lhůty, a tudíž otázka, zda nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., byla v místnosti v čase začátku jednání (tj. v 10.30) je bezpředmětná.
211. Pro úplnost Úřad uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že k předání upravených nabídek v rámci jednání o nabídkách došlo až po formálních úkonech učiněných zadavatelem (tj. zahájení jednání, kontrola usnášenischopnosti hodnotící komise, seznámení se zásadami jednání) v 10.55 hod., lze dospět k závěru, že pozdní příchod pana de Rivery nemohl mít žádný vliv na výsledek jednání o nabídkách. Za podstatnou skutečnost je nutno považovat mj. to, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., předal upravenou nabídku jako první v pořadí. Dále je třeba zdůraznit, že z obsahu protokolů z jednání nevyplývá, že zadavatel některým osobám znemožnil vstup do jednací místnosti (v souvislosti s osobou právního zástupce vybraného koncesionáře Úřad odkazuje na bod č. 214 tohoto rozhodnutí), a proto ani z tohoto důvodu nelze v postupu zadavatele shledat porušení zásady rovného zacházení zakotvené v ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách.
212. Z výpisu z obchodního rejstříku dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., který jmenovaný dodavatel předložil zadavateli jako jeden z dokladů vztahujících se ke změně kvalifikace, vyplývá, že dnem 21. 10. 2009 se Álvaro Guzmán Pazos Rodríguez de Rivera stal členem představenstva. Podle tohoto výpisu za společnost jednají navenek dva členové představenstva, přičemž jedním z těchto členů musí být předseda nebo místopředseda představenstva. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že Álvaro Guzmán Pazos Rodríguez de Rivera, jako člen představenstva, a prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, jako místopředseda představenstva, byli na jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 oprávněni jednat jménem dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. Za irelevantní lze považovat skutečnost, že Álvaro Guzmán Pazos Rodríguez de Rivera v prezenční listině uvedl, že jedná na základě plné moci. Za rozhodující je nutno totiž považovat skutečnost, zda daná osoba na příslušném jednání byla fakticky oprávněna jednat

jménem dodavatele, což bylo v daném případě jednoznačně prokázáno obsahem výše uvedeného obchodního rejstříku. Úřad v uvedených souvislostech dodává, že protokol z jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 podepsali jak Álvaro Guzmán Pazos Rodríguez de Rivera, tak prof. Dr. Ing. Miroslav Kyncl, a tím se údaje a ujednání v tomto protokolu staly pro dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., závaznými.

213. S ohledem na závěry Úřadu uvedené zejména v bodu č. 210 tohoto rozhodnutí (tj. na průběh jednání o nabídkách se nevztahují ustanovení zákona o veřejných zakázkách týkající se otevírání obálek s nabídkami), lze otázky, zda v 10.30 byly v místnosti obě upravené nabídky a zda v této době byli dodavatelé přítomni v takovém personálním složení, které jim umožňovalo jednat jménem či v zastoupení daného dodavatele, považovat za bezpředmětné. Z tohoto důvodu je nedůvodný i návrh vybraného koncesionáře na provedení důkazu výsledkem předsedy hodnotící komise, neboť průběh jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 je podle předložené dokumentace řádně zdokumentován, a proto Úřad tento důkaz neprovedl.

#### *Uvedení nesprávnosti v pozvánce k jednání o nabídkách*

214. Podle ust. § 12 odst. 4 koncesního zákona se pro podání námitek proti rozhodnutí zadavatele o výběru koncesionáře a proti rozhodnutí o vyloučení z účasti v koncesním řízení použijí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.
215. Zákon v ust. § 111 odst. 6 stanoví, že zjistí-li zadavatel v průběhu zadávacího řízení, že některým úkonem porušil zákon, přijme opatření k jeho nápravě i v případě, když proti takovému úkonu námitky neobdržel.
216. V pozvánkách k jednání o nabídkách zadavatel uvedl, že "*jednání se uskuteční dne 30. října 2009 v 10:30 hodin*" a "*místem jednání bude Městský úřad města Tábor, Žižkovo nám. 3/3, 390 01 Tábor, místnost č. dv. 7, 1. patro (matrika)*". Z protokolů o jednání o nabídkách ze dne 30. 10. 2009 však vyplývá, že se toto jednání uskutečnilo na Městském úřadě města Tábor, Žižkovo nám. 6, 390 01 Tábor, místnost č. dv. 7, 1. patro (matrika)".
217. Z výše uvedeného je zřejmé, že se zadavatel dopustil pochybení při identifikaci místa jednání o nabídkách, když zaměnil číslo popisné budovy, v níž se mělo jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 konat.
218. V rozhodnutí zadavatele ze dne 26. 11. 2009 o námitkách vybraného koncesionáře se mj. uvádí, že "*jakmile uvedenou nesrovnalost zjistil, učinil v souladu se zákonem potřebná opatření. Potřebné opatření v daném případě spočívalo v zajištění přítomnosti zaměstnankyně zadavatele v budově na adrese Tábor, Žižkovo nám. 3/3 (radnice), která všechny příchozí zástupce dodavatelů, jakož i další osoby směřující na jednání o nabídkách, upozorňovala na potřebu přesunu do nedaleké, přibližně 80 metrů vzdálené budovy matriky na adrese Žižkovo nám. 6*".
219. Úřad uvádí, že podle příslušných protokolů se jednání o nabídkách zúčastnili jak zástupci dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., tak zástupci vybraného koncesionáře, a proto nelze v postupu zadavatele spatřovat jakékoli znevýhodnění dodavatelů v přístupu k jednání o nabídkách. Lze rovněž konstatovat, že i přes pochybení, kterého se zadavatel dopustil, provedl v souladu s ust. § 111 odst. 6 zákona o veřejných

zakázkách takové nápravné opatření, které toto pochybení napravilo. K tomuto je nutno dodat, že žádný z dodavatelů provedení tohoto nápravného opatření ze strany zadavatele nepopírá. Jako neprůkazné se v této souvislosti jeví tvrzení vybraného koncesionáře, podle něhož se jednání o nabídkách měl zúčastnit i jeho právní zástupce, aniž by však uvedl, o jakou osobu se jedná. V případě, že vybraný koncesionář očekával příchod právního zástupce, mohl například vyčkat jeho příchodu a poté se dostavit do správné jednací místnosti. Co se týče argumentu vybraného koncesionáře, podle něhož nemohl bez účasti právního zástupce reagovat bezprostředně na jednání o nabídkách Úřad uvádí, že dodavatelé nejsou povinni na případná pochybení reagovat okamžitě při jejich zjištění, nýbrž v zákonem stanovených lhůtách.

*Oprávněnost podat žádost o uložení nápravného opatření ve vztahu k námitkám, které byly zadavatelem odmítnuty*

220. K argumentu zadavatele ohledně pochybnosti oprávnění podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele ve vztahu k námitkám, které zadavatel odmítl, Úřad uvádí, že účelem uvedení skutečností rozhodných pro stanovení okamžiku, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl, je, aby zadavatel zjistil, zda stěžovatel podal námitky ve lhůtě stanovené zákonem podle ust. § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. Z kontextu námitek (zejména, když vybraný koncesionář uvedl, že "*Skutečnost, že v době zahájení jednání o nabídkách, tzn. v 10:30 dne 30. 10. 2009, nebyl na místě samém přítomen pan Álvaro Pazos Rodríguez de Rivera ... je dle názoru uchazeče v rozporu s právními předpisy i z jiných důvodů, než bylo uváděno v původní námitce*") je přítom patrné, že vybraný koncesionář se o domnělém porušení zákona mohl dozvědět nejdříve dne 30. 10. 2009. Jelikož námitky, které byly zadavatelem odmítnuty, se jednoznačně vztahují k jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009, a zadavatel námitky obdržel 12. 11. 2009, je zřejmé, že lhůta pro podání námitek stanovená v ust. § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách byla dodržena. Úřad uvádí, že shodný závěr lze uplatnit i v případě námitek, které byly doručeny zadavateli dne 16. 11. 2009, neboť se vztahovaly k hodnotám uvedeným v "upravené nabídce" dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., které se vybraný koncesionář mohl dozvědět nejdříve dne 30. 10. 2009 po předložení upravených nabídek jednotlivými dodavateli.
221. Dále je nutno podotknout, že z obsahu rozhodnutí o námitkách je zřejmé, že se zadavatel namítanými skutečnostmi i přes jejich odmítnutí zabýval a konstatoval, že i v případě, kdyby vybraný koncesionář chybějící náležitost v námitkách uvedl, námitkám by nevyhověl. S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že se jako bezpředmětná jeví otázka, zda byl vybraný koncesionář oprávněn podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (resp. žádost o uložení nápravného opatření), neboť ze strany vybraného koncesionáře byly podány řádné námitky, které jsou podle ust. § 110 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, resp. žádosti o uložení nápravného opatření, ve stejné věci.

### **K posouzení nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny**

222. Podle ust. § 11 koncesního zákona platí pro posouzení a hodnocení nabídek příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je pouze ekonomická výhodnost nabídky.
223. Zákon v ust. § 77 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách stanoví, že při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší.
224. Z předložené dokumentace koncesního řízení vyplývá, že zadavatel jako dílčí kritéria hodnocení stanovil
- cenu pro vodné a stočné pro první období cenové fixace (5 let) dle koncesní smlouvy a
  - výši jednoho smluvního "pokutového bodu",

přičemž dodavatel měl v této souvislosti vyplnit Soutěžní model podle přílohy č. 14 návrhu koncesní smlouvy, který je přílohou č. 2 koncesní dokumentace, svazku č. 1. Za účelem vyplnění tohoto soutěžního modelu museli dodavatelé použít Finanční model pro vlastníky a provozovatele vodohospodářské infrastruktury a Vyrovnávací nástroj pro určení cen pro vodné a stočné, které zadavatel poskytl v rámci svazku č. 2 koncesní dokumentace, jehož součástí jsou pokyny k vyplnění soutěžního modelu a nástroje. Součástí těchto finančních modelů jsou mj. údaje o provozních nákladech provozovatele infrastrukturního majetku, kalkulace vodného a stočného a také kalkulační zisk. Podle čl. 4.2.2 svazku č. 2 koncesní dokumentace je kalkulační zisk v modelu konstruován z pohledu zajištění návratnosti vloženého kapitálu. Rovněž se zde uvádí, že jej lze považovat za "přiměřený zisk" ve smyslu zákona č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů. To je podle textu koncesní dokumentace zajištěno výpočtem, kde hodnota kapitálu (která je podle kapitoly 4.2.3 svazku č. 2 tvořena provozním majetkem, infrastrukturním majetkem, pracovním kapitálem, předplaceným nájemným a úvěry poskytnutými vlastníkovi a očekáváním) je násobena váženými průměrnými náklady kapitálu (tj. minimální výnos, který by měl provozovateli z koncesní smlouvy plynout za to, že vložil kapitál právě do této činnosti).

225. Z uvedeného vyplývá, že součástí nabídek, resp. předložených soutěžních modelů, včetně finančního modelu a vyrovnávacího nástroje, je rovněž informace o nákladech a zisku dosahovaných jednotlivými dodavateli, a tudíž zadavatel měl možnost z takto poskytnutých informací posoudit, zda nabízená cena je nereálná, např. vzhledem k tomu, že nejsou pokryty náklady dodavatele.
226. K uvedeným zjištěním Úřad konstatuje, že smyslem institutu „mimořádně nízké nabídkové ceny“ je obrana zadavatele před situací, kdy dodavatel uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů požadované plnění realizovat, což by ve svém důsledku vedlo např. k nedokončení plnění, případně k nežádoucímu navyšování ceny. Posouzení, zda



nabídková cena konkrétního dodavatele je nebo není mimořádně nízká, náleží hodnotící komisi, která posoudí, zda konkrétní nabídková cena je ve vztahu k předmětu plnění a k okolnostem a podmínkám zadávání, reálná. V šetřeném případě – jak vyplývá z údajů uvedených v Soutěžním formuláři, který je součástí nabídek, kde dodavatelé museli uvést průměrný roční zisk po dobu smlouvy – měla komise dostatek podkladů, aby mohla posoudit nabídkové ceny. Z dokumentace předložené zadavatelem však nevyplývá, že komise posoudila některou z nabídkových cen dodavatelů předkládajících nabídku jako mimořádně nízkou, a proto neměla důvod aplikovat ustanovení § 77 zákona o veřejných zakázkách v souvislosti s posouzením nabídkové ceny některého z dodavatelů.

227. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při posouzení nabídkové ceny dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách neshledal jednání, které by bylo v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, resp. koncesním zákonem.
228. K argumentu vybraného koncesionáře, podle kterého pouze stávající provozovatel může nabídnout nejvýhodnější podmínky pro zadavatele, Úřad uvádí, že tato domněnka zcela popírá smysl zadávacího resp. koncesního řízení, která umožňují soutěž mezi dodavateli. V rámci zadávacího řízení je nutno respektovat zásady stanovené v ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách, tj. zásadu transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace, a proto nelze připustit zvýhodnění stávajícího provozovatele před ostatními dodavateli. Rovněž nelze vyloučit, že jiný dodavatel bude schopen dosahovat lepších podnikatelských výsledků např. v důsledku minimalizace nákladů.

#### *Veřejná podpora*

229. Zákon v ust. § 77 odst. 5 stanoví, že jestliže hodnotící komise shledá, že nabídková cena je mimořádně nízká v důsledku toho, že uchazeč získal veřejnou podporu, může být nabídka vyřazena z tohoto důvodu pouze po konzultaci s uchazečem a za předpokladu, že uchazeč není schopen v dostatečné lhůtě stanovené hodnotící komisí prokázat, že veřejná podpora byla poskytnuta v souladu s právními akty Evropských společenství. Jestliže hodnotící komise vyřadí nabídku z tohoto důvodu u nadlimitní veřejné zakázky, informuje zadavatel o této skutečnosti Evropskou komisí.
230. Z obsahu výše cit. ustanovení zákona je zcela zřejmé, že jej lze aplikovat za podmínky, že hodnotící komise shledá v nabídce uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Jelikož v daném případě hodnotící komise v nabídce dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., mimořádně nízkou nabídkovou cenu neshledala, nebyla ani povinna vyžádat si prokázání týkající se poskytnuté veřejné podpory ve smyslu ust. § 77 odst. 5 zákona o veřejných zakázkách. Z tohoto důvodu nelze souhlasit s názorem vybraného koncesionáře, podle něhož v případě, že dodavatel je příjemcem veřejné podpory, je nutné si od tohoto dodavatele vyžádat doložení, že veřejná podpora mu byla poskytnuta v souladu s předpisy Evropských společenství.

### **Ke zneužití dominantního postavení**

231. Z informací uvedených v žádosti ze dne 1. 12. 2009 vyplývá, že se vybraný koncesionář domnívá, že dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., zneužil dominantního postavení na trhu ve smyslu hlavy III. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Vzhledem k tomu, že z podané žádosti vyplývá podezření žadatele o porušení právních předpisů souvisejících s ochranou hospodářské soutěže, postoupila sekce veřejných zakázek Úřadu dne 13. 1. 2010 podnět sekci hospodářské soutěže Úřadu k posouzení věci z hlediska dodržení zákona o ochraně hospodářské soutěže.
232. Dne 22. 4. 2010 obdržela sekce veřejných zakázek Úřadu sdělení sekce hospodářské soutěže Úřadu k uvedenému podnětu, z něhož vyplývá, že jednání ze strany vybraného koncesionáře nelze kvalifikovat jako jednání, které by naplňovalo skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.
233. Úřad v souvislosti s kompetencemi vymezenými Úřadu uvádí, že v řízení, v němž je zkoumán soulad postupu a úkonů zadavatele s koncesním zákonem, resp. zákonem o veřejných zakázkách, nelze deklarovat porušení jiných právních předpisů, tj. např. zákona o hospodářské soutěži. Vzhledem k tomu, že v řízení na základě koncesního zákona resp. zákona o veřejných zakázkách nelze rozhodnout, zda byly porušeny právní předpisy týkající se ochrany hospodářské soutěže, nelze tudíž ani konstatovat, zda v důsledku jejich porušení bylo postupováno v souladu s koncesním zákonem resp. zákonem o veřejných zakázkách, či nikoli.
234. V souvislosti s uvedenou problematikou Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 46/2007 ze dne 23. 5. 2008, v rámci něhož soud konstatoval, že porušení zákona o hospodářské soutěži nelze deklarovat v řízení, v němž je zkoumána zákonnost úkonů zadavatele, tedy jeho postup v souladu s jednotlivými ustanoveními zákona o veřejných zakázkách. Soud rovněž ve svém rozsudku uvedl, že pokud navrhovatel v rámci správního řízení přestřel Úřadu skutečnosti, které mohly být indiciemi, jež bylo třeba prověřit z pohledu možného porušení zákona o hospodářské soutěži, pak šlo toliko o návrh, který se podle § 21 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže považuje za podnět k šetření. V uvedených souvislostech soud konstatoval, že Úřadu nelze vytýkat, že se v řízení o přezkumu úkonů zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách nezabýval tím, zda úkony zadavatele neporušují normu jiného právního předpisu, a sice zákona o ochraně hospodářské soutěže. Uvedený závěr lze podle názoru Úřadu aplikovat i v případě přezkumu postupu zadavatele prováděného podle koncesního zákona.
235. S ohledem na předchozí závěry Úřad uvádí, že v řízení, v němž je zkoumán soulad postupu a úkonů zadavatele s koncesním zákonem, resp. zákonem o veřejných zakázkách, nelze deklarovat ani porušení zákona o obcích, a to z výše uvedených důvodů.

### **K požadavku na předložení listu "Vstupy a výstupy"**

236. V koncesní dokumentaci, svazku č. 1 Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky zadavatel v kapitole 12.2 Obsah nabídky zadavatel mj. stanovil, že tzv. Soutěžní Formulář,

vyplněný v souladu se svazkem č. 2 koncesní dokumentace jako část B Přílohy č. 14 ke koncesní smlouvě předloží dodavatel pouze v elektronické podobě na jednom samostatném CD nebo DVD ve formátu MS Excel.

237. Dále zadavatel v kapitole 12.2 Obsah nabídky, poznámce pod čarou označenou číslem 9 stanovil, že *"Dodavatelem vyplněný Soutěžní Formulář v rozsahu listu "Vstupy a výstupy" je dodavatel povinen zařadit i v písemné podobě do Části B (Soutěžní Formulář) Přílohy č. 14 (Finanční modely a procesy Vyrovnaní) ke Smlouvě"*. Tento požadavek je rovněž uveden v kapitole 12.2, bodu B, písm. ii).
238. Z obsahu nabídky vybraného koncesionáře v koncesním řízení předložené dne 30. 9. 2009 vyplývá, že její součástí není v písemné podobě list "Vstupy a výstupy" (vybraný koncesionář list "Vstupy a výstupy" v nabídce předložil pouze v elektronické podobě na CD). Součástí uvedené nabídky dále nejsou Příloha č. 2 část A, Příloha č. 16 část B a Příloha č. 17 část B.
239. Podle ustanovení § 44 odst. 3 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň podmínky a požadavky na zpracování nabídky (Pozn. Pro obsah koncesní dokumentace platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci obdobně – viz ust. § 8 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách).
240. Úřad uvádí, že při formulaci podmínek a požadavků na zpracování nabídek by se měli zadavatelé zaměřit zejména na věcnou stránku, tj. co má být obsahem nabídek, jaké údaje týkající se předmětu veřejné zakázky mají dodavatelé v nabídkách uvést, aby mohl zadavatel nabídky vzájemně objektivně srovnávat a vyhodnotit soulad nabídky se zadavatelem vymezenými podmínkami.
241. Cit. zákonnou podmínku však nelze směřovat na formální stránku zpracování nabídek, neboť formální stránka nabídek o kvalitě nabízeného předmětu plnění či jeho realizaci nevyovídá. Formální podmínky a požadavky zásadně ztěžují práci dodavatelům při zpracování nabídek. Nesplnění takových požadavků však nemůže mít za následek vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu č. j. S214/2008/VZ-18370/2008/510/Od ze dne 10. 9. 2008, které nabylo právní moci dne 22. 1. 2009 a je uveřejněno na internetových stránkách Úřadu [www.compet.cz](http://www.compet.cz).
242. Úřad pokládá za nezbytné zdůraznit, že z obsahu elektronické přílohy obsažené v nabídce bylo zřejmé, jaké údaje v listu "Vstupy a výstupy" jsou vybraným koncesionářem nabízeny. Rovněž je nutno uvést, že rozsah listu "Vstupy a výstupy" lze vzhledem k rozsahu celé koncesní smlouvy považovat za zanedbatelný. Z obsahu dokumentace koncesního řízení, ani z vyjádření zadavatele v průběhu správního řízení, není zcela zřejmé z jakého důvodu zadavatel požadoval list "Vstupy a výstupy" v písemné i elektronické podobě, a proto nepředložení listu "Vstupy a výstupy" v obou formách by nemělo mít za následek vyloučení dodavatele z účasti v koncesním řízení. S přihlédnutím k uvedeným skutečnostem Úřad neshledal v postupu zadavatele, když vybraného koncesionáře nevyločil z účasti v koncesním řízení, porušení zákona o veřejných zakázkách či koncesního zákona.

#### **K požadavku na předložení Příloh č. 2 část A, č. 16 část B a č. 17 část B**

243. Z obsahu dokumentace koncesního řízení vyplývá, že zadavatel poskytl dodavatelům, kteří prokázali splnění kvalifikace upravenou verzí koncesní dokumentace jak v tištěné podobě, tak v podobě elektronické na CD se soubory ve formátu DOC/XLS a PDF. Součástí upravené

koncesní dokumentace předložené zadavatelem je rovněž CD, z něhož je patrné, že neobsahuje některé přílohy, které jsou obsaženy v listinné podobě koncesní dokumentace – tj. přílohy č. 2 část A, č. 16 část B a č. 17 část B.

244. Na základě výše uvedeného nedopatření, kdy elektronická verze koncesní dokumentace zcela neodpovídala verzi listinné, nepředložil vybraný koncesionář ve své nabídce přílohy č. 2 část A, č. 16 část B a č. 17 část B koncesní smlouvy.
245. V souladu s ust. § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel (Pozn. Pro obsah koncesní dokumentace platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o zadávací dokumentaci obdobně – viz ust. § 8 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách).
246. Jelikož za správnost koncesní dokumentace odpovídá zadavatel, nelze přičítat k tíži dodavatelů nesprávnost v obsahu veškeré koncesní dokumentace, která jim byla poskytnuta, ať již v listinné či elektronické podobě. Nelze přitom připustit, aby dodavatelé byli povinni sami kontrolovat, zda obě poskytnuté formy koncesní dokumentace jsou totožné. Dále je nutno doplnit, že zadavatel v rámci koncesní dokumentace ani nestanovil, která verze je určující v případě rozporu mezi elektronickou a listinnou verzí koncesní dokumentace. Pro úplnost Úřad uvádí, že obsah chybějících příloh byl pevně dán a dodavatelé nemohli tyto dokumenty vzhledem k jejich charakteru upravovat, neboť se jednalo o výpis z obchodního rejstříku zadavatele, plán financování obnovy vlastníka na léta 2009 až 2018 a vzor smlouvy s odběrateli.
247. S ohledem na výše uvedené lze postup zadavatele, když vybraného koncesionáře z účasti v koncesním řízení nevyloučil z důvodu nepředložení některých příloh koncesní smlouvy v důsledku pochybení zadavatele při zpracování koncesní dokumentace, označit za učiněný v souladu se zákonem. K tomu Úřad dodává, že zadavateli je umožněno, aby podle ust. § 111 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách přijal nápravné opatření k odstranění zjištěného porušení zákona, tj. v daném případě ust. § 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Nápravné opatření učinil zadavatel tím, že vybraného koncesionáře z výše popsaných důvodů z účasti v koncesním řízení nevyloučil.
248. Úřad v souvislosti s výše uvedenými závěry uvádí, že s odkazem na zásadu procesní ekonomie upravenou v § 6 správního řádu, podle níž správní orgán postupuje tak, aby nikomu nevznikaly zbytečné náklady a aby dotčené osoby zatěžoval co nejméně, může Úřad z moci úřední posoudit rovněž skutečnosti, které v podaném návrhu nebylo možno uplatnit. K domněnce zadavatele, podle níž není správné, aby Úřad považoval skutečnosti uvedené v Seznámení se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení za podklad pro rozhodnutí, jelikož dodavatel Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., nemůže rozporovat otázky po stanovené lhůtě, Úřad uvádí, že předmětem Seznámení se zjištěnými skutečnostmi ve správním řízení byla zjištění Úřadu a nikoli dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. S ohledem na zásadu procesní ekonomie považoval Úřad za neúčelné, aby správní řízení v části týkající se úplnosti nabídky vybraného koncesionáře zastavil z důvodu nedodržení lhůty pro podání žádosti o uložení nápravného opatření

a následně zahájil správní řízení z moci úřední, v němž by pochybnosti o souladu postupu zadavatele při posuzování nabídky vybraného koncesionáře prověřil.

#### **Existence újmy na straně vybraného koncesionáře**

249. K tvrzení zadavatele, podle něhož vybranému koncesionáři nevznikla ani nehrozí vznik jakékoli újmy Úřad uvádí následující.
250. Podle ust. § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách musí návrh vedle obecných náležitostí podání obsahovat přesné označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, příslušné důkazy, a čeho se navrhovatel domáhá. Součástí návrhu zasílaného Úřadu je doklad o doručení námitek zadavateli a doklad o složení kauce podle § 115.
251. Úřad uvádí, že v obou žádostech vybraného koncesionáře o uložení nápravného opatření se jako újma uvádí nemožnost realizovat zisk z provozování předmětu koncesního řízení. Rovněž se v těchto žádostech uvádí, že jsou podána pro případ, že by rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení bylo Úřadem zrušeno.
252. V dané věci je třeba uvést, že po konečném výsledku hodnocení nabídek (po jednání o nabídkách konaném dne 30. 10. 2009) dosáhla nejvyššího bodového ohodnocení nabídka dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s. Dne 19. 11. 2009 však zadavatel rozhodl o vyloučení tohoto dodavatele z účasti v koncesním řízení. Do doby rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení, je tak zcela zjevná hrozba újmy na straně vybraného koncesionáře, a to z důvodu, že by jeho nabídka nebyla vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější. Vybraný koncesionář v žádostech o uložení nápravného opatření připustil, že rozhodnutí zadavatele o vyloučení výše jmenovaného dodavatele z účasti v koncesním řízení, může být Úřadem zrušeno. Tímto vyjádřil svou domněnku, že ze strany vyloučeného dodavatele je možné očekávat podání námitek a žádosti o uložení nápravného opatření. Z tohoto důvodu je zřejmé, že vybranému koncesionáři hrozila újma i po rozhodnutí zadavatele o vyloučení dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., z účasti v koncesním řízení. Splnění podmínky dané ust. § 114 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách týkající se uvedení hrozící či vzniklé újmy tak lze považovat za prokázané.
253. V souvislosti s argumenty vybraného koncesionáře, podle nichž nemá doručení jakýchkoli důkazů po uplynutí lhůty stanovené pro navržení důkazů žádnou relevanci a Úřad by k nim neměl přihlédnout, Úřad uvádí, že nelze připustit, aby před vydáním meritorního rozhodnutí Úřad ignoroval předložené důkazy i přesto, že byly předloženy po lhůtě stanovené příslušným usnesením. Podle § 50 odst. 4 správního řádu, správní orgán hodnotí podklady, zejména důkazy, podle své úvahy a přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci, zhodnotit podklady pro vydání rozhodnutí, zejména důkazy, a má přihlížet ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci, a proto je na uvážení Úřadu, jakým způsobem přijaté důkazy vyhodnotí. Jelikož Úřad důkazy přijaté od dodavatele Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., vyhodnotil jako významný podklad pro vydání rozhodnutí, stanovil usnesením všem účastníkům řízení lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí, aby měli možnost se k příslušným důkazům vyjádřit.

254. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl o zamítnutí žádostí o uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výrocích I. – IV. rozhodnutí.
255. Podle § 24 odst. 3 koncesního zákona platí pro stanovení nákladů řízení příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona o veřejných zakázkách je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Protože Úřad rozhodl o zamítnutí žádosti žadatelů, jak je uvedeno ve výrocích I. – IV. rozhodnutí, nevznikla zadavateli povinnost náklady řízení hradit.
256. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle čl. IV odst. 1 zákona č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, se zahájena koncesní řízení, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů.

## 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

### Obdrží:

1. Vodárenská společnost Tábořsko, s. r. o., Kosova 2894, 390 02 Tábor
2. JUDr. Petra Buzková, advokátka, Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha 1
3. JUDr. Vilém Podešva, advokát, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

### Vypraveno dne:

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