



UOHSX003KBZ3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R4,7/2011/KO-7213/2011/310/EKu

V Brně dne: 12. května 2011

Ve správním řízení rozkladu ze dne 6. 1. 2011, podaném navrhovatelem –

- společností **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 zast. JUDr. Petrou Buzkovou, advokátkou se sídlem AK Vyroubal, Krajhanzl Školout, Na Příkopě 859/22, 110 00 Praha

a o rozkladu ze dne 7. 1. 2011 podaném vybraným koncesionářem –

- společností **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 zast. JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem se sídlem AK ROWAN LEGAL, advokátní kancelář, s. r. o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd ze dne 8. 12. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Vodárenské společnosti Tábor, s. r. o.**, IČ 26069539, se sídlem Kosova 2894, 390 02 Tábor, za niž jedná Ing. Hana Randová, jednatelka a Ing. Jiří Šimánek, jednatel, ve věci koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy na koncesi „**Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury společnosti VST, s.r.o. na dobu deseti let**“, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 10. 2008 pod evidenčním číslem 60023473, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 12. 2008,

a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 10. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 199-264438, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 10. 12. 2008,

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

I.

Výroky I. a II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd ze dne 8. 12. 2010

potvrzuji

a rozklad podaný vybraným koncesionářem – společností ČEVAK, a. s., IČ 60849657, se sídlem Severní 8/2264, 370 10 České Budějovice

zamítám.

II.

Výroky III. a IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd ze dne 8. 12. 2010

ruším

a správní řízení o návrhu navrhovatele – společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava podle § 90 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 66 odst. 1 písm. a) a § 152 odst. 4 téhož zákona,

zastavuji,

neboť navrhovatel svůj návrh vzal dne 11. 4. 2011 zpět.

ODŮVODNĚNÍ

I. Koncesní řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Vodárenská společnost Táborsko, s. r. o., IČ 26069539, se sídlem Kosova 2894, 390 02 Tábor (dále též jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, v platném znění (dále jen „koncesní zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 10. 2008 pod evidenčním číslem 60023473, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 12. 2008, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 10. 2008 pod evidenčním číslem 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 koncesi „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury společnosti VST, s. r. o. na dobu deseti let“. Pozn.: pokud je dále v textu uveden odkaz na koncesní zákon či zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení, není-li uvedeno jinak.
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 24 koncesního zákona obdržel dne 27. 11. 2009 návrh společnosti ČEVAK, a. s. (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 (dále jen „vybraný koncesionář“) na uložení nápravného opatření, neboť jeho námitkám ze dne 2. 11. 2009 a 12. 11. 2009 zadavatel rozhodnutím ze dne 23. 11. 2009 z části nevyhověl a z části je odmítl. Jak vyplývá z podaného návrhu, vybraný koncesionář měl za to, že zadavatel při jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 nejednal v souladu s koncesním zákonem a ZVZ. Zaprvé uvedl, že celá procedura jednání se omezila na odevzdání zapečetěných obálek, aniž by druhý dodavatel nebo hodnotící komise věděli, co druhý dodavatel nabízí, a aniž by měli možnost v průběhu jednání modifikovat své nabídky, tj. o nabídkách jednat. Zadruhé zadavateli vytknul, že připustil účast dodavatele – společnosti Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava, a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava (dále jen „navrhovatel“), přestože jeden člen jeho představenstva (pan Álvaro Guzmán Rodríguez de Rivera) se dostavil do jednací místnosti opožděně. V této souvislosti vyjádřil vybraný koncesionář podezření, že nabídka navrhovatele nebyla na počátku jednání v jednací místnosti přítomna. Zadavatel tím, že navrhovatele nevyločil a že mu umožnil se jednání o nabídkách zúčastnit, narušil zásadu rovného zacházení a transparentnosti, neboť bez přítomnosti pana de Rivery nebyl navrhovatel schopen činit jakékoli právní úkony (vychází-li vybraný koncesionář z údajů v Obchodním rejstříku). Skutečnost, že nabídka navrhovatele byla hodnocena, mělo jednoznačný vliv na pořadí nabídek. Ke dni 27. 11. 2009 tedy bylo zahájeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S339/2009 o uložení nápravného opatření podle § 113 ZVZ ve spojení s § 26 odst. 2 koncesního zákona, za jehož účastníky byl označen zadavatel, vybraný koncesionář a navrhovatel.
3. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení shrnul průběh jednání o nabídkách, které se konalo dne 30. 11. 2009, a připustil své administrativní pochybení spočívající v uvedení nepřesného čísla popisného budovy, v níž se jednání mělo konat. Trval nicméně na tom, že pozdní příchod pana de Rivery nemohl mít žádný vliv na ohrožení zásad

jednání o nabídkách, neboť docházelo pouze k formálním a úvodním krokům, a připomněl, že ani koncesní zákon, ani koncesní dokumentace, nestanovila omezení pro vstup do jednací místnosti a ani přítomní zástupci na místě nevznesli žádné výhrady. Účast na jednání o nabídkách je navíc právem, a nikoli povinností uchazeče. Stanovení hodiny jednání má pouze pořádkovou povahu a nelze je zaměňovat za lhůtu pro podání nabídek. Zadavatel dále odmítl, že by nabídka navrhovatele byla odevzdána v rozporu s právními předpisy a upozornil, že pro závěr, že nabídka navrhovatele nebyla k počátku jednání přítomna, neexistuje žádný důkaz. Vybraný koncesionář ani neprokázal, že by mu některým z tvrzených pochybení hrozila újma, případně jaká. Závěrem svého vyjádření napadl zadavatel také výši složené kauce a petit návrhu, který vybraný koncesionář v průběhu správního řízení rozšířil. (Pozn.: Dne 9. 11. 2009 obdržel zadavatel oznámení o volbě pana de Rivery členem představenstva navrhovatele, a z tohoto důvodu dne 19. 11. 2009 navrhovatele vyloučil z další účasti v koncesním řízení pro nesplnění podmínek uvedených v § 58 odst. 1 ZVZ).

4. Dne 1. 12. 2009 obdržel Úřad další žádost vybraného koncesionáře o zahájení správního řízení o uložení nápravného opatření, neboť zadavatel rozhodnutím ze dne 26. 11. 2009 částečně nevyhověl a částečně odmítl i jeho námitky ze dne 16. 11. 2009; k tomuto dni také Úřad oznámil zahájení správního řízení sp. zn. ÚOHS-S347/2009. I tyto, v pořadí druhé námitky, mířily proti postupu zadavatele při jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009. V první řadě vybraný koncesionář upozorňuje na pochybení zadavatele při specifikaci místa konání výše uvedeného jednání o nabídkách, v důsledku něhož se na toto jednání nedostavil právní zástupce vybraného koncesionáře. Tím došlo ke znevýhodnění vybraného koncesionáře oproti navrhovateli. Znovu napadá průběh jednání o nabídkách, kdy nebyla připuštěna možnost prezentovat nabídky a učinit je zajímavějšími. Vybraný uchazeč dále opětovně uvádí, že nabídka navrhovatele měla být vyřazena a neměla být podrobena hodnocení. Zadavatel v rozporu s § 9 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s § 77 ZVZ neposoudil nabídkovou cenu navrhovatele za vodné a stočné jako mimořádně nízkou, popř. nepřijatelnou pro rozpor s právními předpisy o cenách a ochraně hospodářské soutěže. Tyto námitky však byly zadavatelem odmítnuty, neboť vybraný koncesionář neuvedl okamžik, kdy se o porušení zákona úkonem zadavatele dozvěděl; v této souvislosti však považuje za samozřejmé, že tímto okamžikem bylo jednání o nabídkách. Konečně hodnotící komise nevyzvala navrhovatele k doložení, že jemu poskytnutá veřejná podpora je v souladu s předpisy Evropské unie (Pozn.: Vybraný uchazeč na porušení právních předpisů při jednání o nabídkách poukazuje z procesní opatrnosti pro případ, že by rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z koncesního řízení bylo zrušeno).
5. Zadavatel k této žádosti (nad rámec vyjádření ke správnímu řízení sp. zn. ÚOHS-S339/2009) uvedl, že se vybraný koncesionář v průběhu jednání o nabídkách nedožadoval přítomnosti svého právního zástupce, ani nebylo zjištěno, že by se taková osoba přítomnosti na jednání sama domáhala. Dále poznamenal, že nabídky předložené dne 30. 9. 2009 byly výrazně zlepšené oproti původním nabídkám, a tedy účel jednání o nabídkách byl naplněn. Konečně také rozvedl důvody, proč nepovažoval nabídkovou cenu navrhovatele za mimořádně nízkou, resp. nabídku navrhovatele za nepřijatelnou.

6. Dne 23. 12. 2009 obdržel Úřad návrh navrhovatele na zahájení správního řízení o uložení nápravného opatření, neboť zadavatel nevyhověl jeho námitkám (resp. na jejich doplnění hleděl, jako by nebylo podáno) proti rozhodnutí ze dne 19. 11. 2009 o vyloučení z další účasti v koncesním řízení; správní řízení bylo ke dni 23. 12. 2009 zahájeno pod sp. zn. ÚOHS-S359/2009. Důvodem vyloučení navrhovatele bylo zvolení pana Álvara Guzmán Rodríguez de Rivery členem představenstva navrhovatele. Podle navrhovatele nedošlo k nesplnění kvalifikačních kritérií ve smyslu § 58 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, neboť bylo doloženo, že by pan de Rivera byl pravomocně odsouzen za žádný trestný čin, a to ani v České republice, ani v žádném jiném státě. Pokud měl zadavatel pochybnosti, měl navrhovatele vyzvat k předložení příslušných dokladů. Rozhodnutí o vyloučení je proto nejen v rozporu se zákonem, ale je také příliš formalistické. Navrhovatel dále zmínil i porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení spočívající v tom, že hodnotící komise poté, co zjistila neúplnost nabídky vybraného koncesionáře (v nabídce chyběl mj. vytištěný list „Vstupy a výstupy“, plán financování obnovy vlastníka na léta 2009–2018 či vzor smlouvy s odběratelem), umožnila, aby byla tato nabídka doplněna (resp. její nedostatky vyjasněny dotazem). Navrhovatel je přesvědčen, že nebyť protiprávního vyloučení, mohla být jeho nabídka vybrána jako nejvhodnější. Koncesní řízení navíc vykazuje další nedostatky, konkrétně byla dodavatelům poskytnuta rozdílná verze koncesní dokumentace v elektronické a tištěné verzi.
7. Zadavatel k této žádosti uvedl, že je nepřípustné a v rozporu se zásadou koncentrace, aby navrhovatel 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. Jedná se konkrétně o tvrzené formální nedostatky nabídky vybraného koncesionáře a zmatečnost koncesního řízení. Pokud jde o samotné vyloučení navrhovatele z další účasti v koncesním řízení, měl navrhovatel s odkazem na § 58 odst. 1 ZVZ oznámit volbu pana de Rivery za člena představenstva a současně předložit potřebné dokumenty do 29. 10. 2009. Tuto povinnosti však nesplnil. Lhůta stanovená v § 58 odst. 1 ZVZ má hmotněprávní charakter a nelze prominout její zmeškání. Ani § 59 odst. 4 ZVZ nebylo možné aplikovat, neboť zadavatel takto může postupovat pouze, pokud dodavatel včas zadavateli určité údaje sdělí a prokáže.
8. Úřadu byl konečně dne 7. 6. 2010 doručen v pořadí čtvrtý návrh navrhovatele na zahájení správního řízení o uložení nápravného opatření. Zahájení tohoto řízení Úřad oznámil k uvedenému dni pod sp. zn. ÚOHS-S182/2010. Důvodem podání návrhu bylo v tomto případě nevyhovění námitkám ze dne 20. 5. 2010 proti rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z další účasti v koncesním řízení. Navrhovatel v podaném návrhu 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, která zvolila čtyři nové členy představenstva. Navrhovatel zaslal zadavateli rovněž příslušné dokumenty, tj. výpisy z Centrálního registru osob vydané Ministerstvem spravedlnosti Španělského království 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 učiněno dne

7. 5. 2010. Jako důvod dodatečného předložení označil komplikované doručení plných mocí členů představenstva, kteří jsou občany s trvalým pobytem na území Španělského království. Navrhovatel v této souvislosti mj. zopakoval, že 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.

9. Zadavatel opětovně upozornil na to, že navrhovatel v žádosti uvádí některé důvody nad rámec podaných námitek. K tvrzeným nedostatkům koncesní dokumentace uvedl, že rozeslal uchazečům, kteří splnili kvalifikaci, oznámení o úpravě koncesní dokumentace včetně svazku č. 2, a to jak v tištěné, tak elektronické podobě na DVD. 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. V souvislosti s nabídkou vybraného koncesionáře zadavatel zopakoval, že některé dokumenty byly předloženy pouze elektronicky a že nepředložené dokumenty chyběly i na výše zmíněném DVD, a proto tento nedostatek nelze přičítat k tíži vybraného koncesionáře. Dále s odkazem na § 53 odst. 1 a § 58 odst. 1 ZVZ zadavatel podobně jako v případě předchozí žádosti konstatoval, že navrhovatel měl oznámit volbu nových členů představenstva a současně předložit potřebné dokumenty do 5. 5. 2010. Tuto povinnost však nesplnil. Lhůta stanovená v § 58 odst. 1 ZVZ 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.
10. K zajištění účelu správních řízení vydal Úřad dne 27. 1. 2010 usnesení č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009/KO-1184/2010/510/HOd, kterým všechna čtyři výše uvedená správní řízení spojil.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 8. 12. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se žádost vybraného koncesionáře ze dne 27. 11. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) zamítá, druhým výrokem rozhodl, že se žádost vybraného koncesionáře ze dne 1. 12. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, třetím výrokem rozhodl, že se žádost navrhovatele ze dne 23. 12. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, a výrokem čtvrtým rozhodl, že se žádost navrhovatele ze dne 7. 6. 2010 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá. Současně pátým výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že podle § 24 odst. 3 koncesního zákona v návaznosti na § 119 odst. 2 ZVZ nevzniká zadavateli povinnost nahradit náklady správního řízení.
12. Orgán dohledu se v odůvodnění napadeného rozhodnutí nejprve obsáhle vyjádřil k vyloučení navrhovatele. S odkazem na § 7 odst. 3 koncesního zákona a § 58 odst. 1 a 2 ZVZ uvedl, že

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; uchazeč, s nímž veřejný zadavatel uzavírá smlouvu, je povinen předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v plném rozsahu nejpozději při uzavření smlouvy. V případě jakékoli změny v kvalifikaci je nutné nejprve posoudit, zda se jedná o změnu specifikovanou v § 58 ZVZ, tj. zda se jedná o takovou změnu kvalifikace, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 ZVZ. Z ustanovení zákona vyplývá, že dodavatel není povinen zadavateli oznámit každou změnu v kvalifikaci, která nastala v průběhu zadávacího řízení. Povinnost oznámení změn v kvalifikaci 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. V šetřeném případě došlo v průběhu zadávacího řízení dne 21. 10. 2009 na straně navrhovatele ke změně ve složení statutárního orgánu, když se jeho členem stal podle výpisu z obchodního rejstříku Álvaro Guzmán Rodríguez de Rivera. Volba nového člena statutárního orgánu, který v nabídce neprokazoval splnění kvalifikace podle § 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 § 53 odst. 1 písm. a) a b) zákona). Přestože navrhovatel 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 navrhovatel splňoval předmětný kvalifikační předpoklad v době, kdy byl povinen zadavateli předložit potřebné dokumenty prokazující splnění kvalifikace v návaznosti na nastalou změnu. Zadavatel tedy postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele z další účasti v koncesním řízení vyloučil.

13. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad věnoval jednání o nabídkách. S odkazem na § 7 odst. 5, § 8 odst. 1 a 2 a § 9 koncesního zákona, dospěl k závěru, že výzva k podání nabídek obsahovala všechny náležitosti uvedené v § 8 odst. 1 a 2 koncesního zákona. 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". Tento postup je umožněn § 31 odst. 7 ZVZ. 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 § 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. Jednání o nabídkách v jednacím řízení s uveřejněním je specifikováno v § 30 a 31 ZVZ. 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. V souvislosti s argumentem vybraného koncesionáře, podle kterého byla zcela potlačena podstata jednacího řízení s uveřejněním, Úřad uvedl, že cílem zadavatele v rámci každého zadávacího 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 zadávacího řízení tedy bylo v daném případě dosaženo, a nelze tedy dospět k závěru, že byla potlačena podstata jednacího řízení s uveřejněním. Co se týče začátku jednání o nabídkách a přítomnosti osob oprávněných jednat za dodavatele, k tomu Úřad uvedl, 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, a to tím spíše, když k předání upravených nabídek v rámci jednání o nabídkách došlo až po formálních úkonech. Takový postup zadavateli neukládá ani ZVZ či koncesní zákon. Zadavatel tudíž v daném případě nebyl oprávněn navrhovatele pro dočasnou nepřítomnost osoby oprávněné jednat jeho jménem z předmětného jednání vyloučit, a proto nelze spatřovat v postupu zadavatele jednání porušující § 6 ZVZ. 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 navrhovatele. Za irelevantní lze považovat skutečnost, že pan 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 výpisu z obchodního rejstříku. Co se týče nesprávnosti uvedené na pozvánce k jednání o nabídkách, konstatoval orgán dohledu, že podle příslušných protokolů se jednání o nabídkách zúčastnili jak zástupci navrhovatele, 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 § 111 odst. 6 zákona ZVZ takové nápravné opatření, které toto pochybení napravilo. 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. Konečně k oprávnění žádosti o uložení nápravného opatření ve vztahu k námitkám, které byly zadavatelem odmítnuty, Úřad dospěl k závěru, že v kontextu námitek se vybraný koncesionář 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 § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách byla dodržena. Z uvedeného důvodu je bezpředmětné zkoumat, zda byl vybraný koncesionář oprávněn podat žádost o uložení nápravného opatření, když byly z jeho strany podány řádné námitky jakožto nezbytná podmínka návrhu podle § 110 odst. 5 ZVZ.

14. Co se týče otázky mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatele, Úřad dospěl k závěru, 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. 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 ZVZ v souvislosti s posouzením nabídkové ceny některého z dodavatelů. Nebyla tudíž ani povinna žádat doložení, zda navrhovateli byla poskytnuta veřejná podpora v souladu s předpisy Evropských společenství. K argumentu vybraného koncesionáře, podle kterého pouze stávající provozovatel může nabídnout nejvýhodnější podmínky pro zadavatele, bylo uvedeno, že tato domněnka zcela popírá smysl zadávacího a koncesního řízení, která umožňují soutěž mezi dodavateli.
15. K údajnému zneužití dominantního postavení ze strany navrhovatele Úřad odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 46/2007 ze dne 23. 5. 2008, v němž 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 ZVZ. Totéž platí o deklarování možného porušení zákona o obcích.
16. K požadavku na předložení listu „Vstupy a výstupy“, který nebyl součástí nabídky vybraného koncesionáře v písemné podobě, Úřad nejprve poukázal na formální stránku nabídek, jejíž nedodržení nemůže mít za následek vyloučení uchazeče ze zadávacího či koncesního řízení. 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 jeho nepředložení 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 nevyloučil z účasti v koncesním řízení, porušení ZVZ či koncesního zákona.
17. K požadavku na předložení příloh č. 2 část A, č. 16 část B a č. 17 část B, bylo v napadeném rozhodnutí uvedeno, že nepředložení těchto dokumentů v nabídce bylo důsledkem nedopatření, kdy listinná verze koncesní dokumentace neodpovídala verzi elektronické. 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. Zadavateli je umožněno, aby podle § 111 odst. 6 ZVZ přijal nápravné opatření k odstranění zjištěného porušení zákona, tj. v daném případě § 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.

18. Konečně pokud jde o existenci újmy na straně vybraného koncesionáře, konstatoval orgán dohledu, že do doby rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, jehož nabídka byla hodnocena vyšším počtem bodů, z účasti v koncesním řízení, je 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 navrhovatele z účasti v koncesním řízení, může být Úřadem zrušeno. Tímto vyjádřil svou domněnku, že ze strany navrhovatele 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 navrhovatele z účasti v koncesním řízení.

III. Námitky rozkladů

Rozklad navrhovatele

19. Navrhovatel úvodem podaného rozkladu uvádí, že Úřad porušil jeho právo na spravedlivý proces (čl. 38 Listiny základních práv a svobod), neboť řízení vedl nepřiměřeně dlouho. Tím porušil zásadu rychlosti a hospodárnosti a udržoval stav právní nejistoty (jak vyplývá ze správního spisu, min. 5 měsíců byl vůči účastníkům naprosto nečinný). Přitom jádrem sporu byly nikoli otázky skutkové, vyžadující si dalekosáhlé dokazování, ale otázky právní. S ohledem na délku řízení pochybuje navrhovatel o právní kontinuitě rozhodování, a tudíž i o správnosti posouzení věci.
20. Úřad se dle mínění navrhovatele nevypořádal s namítaným porušením zásady rovného zacházení se všemi uchazeči, která byla porušena tím, že byl navrhovatel z další účasti v koncesním řízení vyloučen pro nesplnění povinnosti uvedené v § 58 odst. 1 ZVZ. Navrhovatel trvá na tom, že změna na pozici člena statutárního orgánu není kvalifikovanou změnou kvalifikace dle naposledy citovaného ustanovení. Upozorňuje, že přeměna obchodní společnosti vybraného koncesionáře taktéž může představovat změnu kvalifikace (a to dokonce kvalifikace ve smyslu základních a profesních kvalifikačních předpokladů), což ostatně potvrzuje i předchozí rozhodovací praxe Úřadu. Zadavatel však postupoval vůči oběma uchazečům rozdílně, když vybranému koncesionáři (avšak navrhovateli už nikoli) umožnil, aby zhojil svá případná pochybení týkající se prokázání kvalifikace postupem podle § 59 odst. 4 ZVZ, jakkoli toto ustanovení nezakotvuje povinnost zadavatele podle něj postupovat. Navrhovatel přitom zadavatele o změnách ve svém statutárním orgánu informoval a zadavatel měl tato oznámení posuzovat nikoli podle formy, ale podle jejich obsahu, a případně navrhovatele vyzvat k jejich doplnění.

21. Navrhovatel dále rozvádí svůj nesouhlas se závěrem Úřadu, podle něhož změna na pozici člena statutárního orgánu vede automaticky ke ztrátě kvalifikace. Navrhovatel upozorňuje na sousloví použité v § 58 odst. 1 ZVZ: „Dojde-li (...) k jakékoliv změně v kvalifikaci dodavatele, která by jinak znamenala nesplnění kvalifikace podle § 60 (...)“ a uvádí, že je nezbytné posoudit, co se myslí kvalifikací ve smyslu ZVZ; tou je podle § 17 písm. e) ZVZ způsobilost k plnění veřejné zakázky. V souladu s opakovaně proklamovaným odklonem Úřadu od pouhého formálně právního přístupu je v tomto duchu nutné vykládat předmětné ustanovení a přesně vymezit hranici mezi kvalifikovanou a nekvalifikovanou změnou. Navrhovatel jako typický příklad druhé jmenované situace uvádí uzavření nové pojistné smlouvy na vyšší plnění nebo změnu statutárního zástupce, pokud tato změna nevede ke ztrátě prokázaných kvalifikačních předpokladů. Úřad však zmiňované ustanovení § 58 odst. 1 ZVZ vykládá jako „změny v kvalifikaci, které by mohly znamenat nesplnění kvalifikace“. Tímto výkladem byl v rozporu s principem zákonnosti rozšířen okruh případů tzv. kvalifikované změny kvalifikace. Tvrzení Úřadu, že nelze připustit výklad, podle něhož by dodavatelé nebyli povinni oznamovat změny v kvalifikaci, které by mohly znamenat nesplnění kvalifikace, je ve zřetelném logickém a gramatickém rozporu s dikcí § 58 odst. 1 ZVZ. V důsledku přijetí tohoto výkladu pak každá změna v kvalifikačních předpokladech vede k nutnosti prokazovat kvalifikační předpoklady znovu.
22. Navrhovatel konečně nesouhlasí ani se závěrem Úřadu, že pochybení v nabídce (tj. chybějící podstatné přílohy a další dokumenty) vybraného koncesionáře je pouze formálního charakteru. Minimálně výpis z obchodního rejstříku jakožto dokument prokazující samotnou existenci dodavatele je nutné za nedílnou součást nabídky považovat. Každý uchazeč by navíc měl mít představu o elementárních požadavcích zákona, a tudíž argumentace tím, že požadavek na výpis z Obchodního rejstříku nebyl obsažen v některé z verzí zadávací dokumentace, neobstojí. Zadavatel současně není oprávněn nesplnění takového požadavku prominout. Navrhovatel tak sice nezpochybuje právo zadavatele postupovat podle § 59 odst. 4 ZVZ, ale apeluje na shodný přístup ke všem uchazečům.
23. Navrhovatel z výše uvedených důvodů žádá, aby bylo napadené rozhodnutí ve výrokové části III. změněno takto: „Rozhodnutí zadavatele ze dne 19. 11. 2009, kterým byl navrhovatel vyloučen z přezkoumávaného koncesního řízení, se ruší.“, a ve výrokové části IV změněno takto: „Rozhodnutí zadavatele ze dne 7. 5. 2010, kterým byl navrhovatel vyloučen z přezkoumávaného koncesního řízení, se ruší.“

Rozklad vybraného koncesionáře

24. Vybraný koncesionář v úvodu rozkladu upozorňuje, že nenapadl náležitosti výzvy k podání nabídek, ale až průběh samotného jednání o nabídkách. Ani skutečnost, že zadavatel omezil počet jednání na jedno, nebyla hlavním argumentem vybraného koncesionáře. Ten napadal to, že hlavní složka jednacího řízení, tj. složka negociační, byla omezena na pouhé odevzdání zapečetěných obálek, bez možnosti prezentace nabídek. Ani to, že původně mělo jednání proběhnout ve třech fázích a že až před konáním jednání bylo uchazečům oznámeno, že toto jednání bude poslední, k transparentnosti nepřispělo. S odkazem na specifikaci jednání o nabídkách tak, jak bylo učiněno v koncesní dokumentaci, vybraný koncesionář upozorňuje, že předložení obálek a proces jednání měly představovat dva rozdílné okamžiky.

Argumentace Úřadu o tom, že zákon blíže neupravuje formu jednání, vybraný koncesionář odmítá jako bezpředmětnou, neboť nedošlo ani k písemnému, ani k ústnímu jednání; prvně jmenovanou formu si ostatně vybraný koncesionář ani nedokáže představit. Vybraný koncesionář tak trvá na tom, že proces jednání o nabídkách byl v rozporu s právními předpisy a že zadavatel nezajistil transparentní průběh, jak mu přikazuje § 6 ZVZ.

25. Úřad v napadeném rozhodnutí nijak blíže nezdůvodnil svůj závěr, že pozdní příchod osoby oprávněné jednat za uchazeče není důvodem pro jeho vyloučení. Na rozdíl od Úřadu je vybraný koncesionář toho mínění, že stanovení přesného termínu začátku jednání má jasný význam a nelze jej brát jako pouhé doporučení. Navíc je nutné, aby na začátku jednání byly přítomny, a to prokazatelně, nabídky všech uchazečů, které se jednání zúčastní, aby nemohlo dojít k nezákonné manipulaci s nabídkami. Proto je třeba najisto postavit, zda v době zadavatelem stanovené pro zahájení jednání o nabídkách byly v jednací místnosti přítomny nabídky obou dodavatelů a přítomni všichni jejich zástupci. Zadavatel přesto připustil, aby navrhovatel napravil své pochybení spočívající v pozdním příchodu svého zástupce a tím, že nevyloučil navrhovatele pro jeho neschopnost řádně jednat a účastnit se řízení o nabídkách, porušil § 6 ZVZ, tj. především zásadu zákazu diskriminace uchazečů.
26. V další části rozkladu se vybraný koncesionář zabývá organizačním pochybením zadavatele, které mělo za následek, že se jednání o nabídkách nemohl zúčastnit právní zástupce vybraného koncesionáře. Nesouhlasí předně s tvrzením, že zadavatel provedl nápravné opatření podle § 111 odst. 6 ZVZ; jak uvádí, toto nápravné opatření nesplnilo svůj účel, neboť bylo provedeno pozdě a nedostatečně. V této souvislosti dále vybraný koncesionář upozorňuje, že nebyl nikdy Úřadem vyzván k uvedení (a neměl ani povinnost uvádět) konkrétního jména právního zástupce, jehož účast byla zmařena. Nebylo ani možné vyčkat příchodu právního zástupce, neboť to by vedlo k tomu, že by se zástupci vybraného koncesionáře sami na jednání dostavili pozdě, navíc s přítomností právního zástupce počítal od začátku a nikoli až kdykoli jindy v průběhu jednání. Je taktéž irelevantní argumentovat tím, že nikomu zadavatel nebránil vstoupit do jednací místnosti, když nemožnost účasti byla dána fakticky.
27. Vybraný koncesionář trvá také na tom, že nabídka navrhovatele obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu. S odůvodněním napadeného rozhodnutí, které odkazuje na § 77 odst. 1 ZVZ se neztotožňuje a uvádí, že zákon nedává hodnotící komisi žádnou dispozici v uvážení, zda bude nabídkovou cenu uchazeče hodnotit z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny. Hodnotící komise má naopak povinnost každou nabídku z tohoto hlediska posoudit a neměla by postupovat arbitrárně. Nabídka navrhovatele na základě předložené kalkulace nepochybně nabídkou s mimořádně nízkou nabídkovou cenou byla. Obdobně měla být posuzována i zákonnost poskytnuté veřejné podpory, jak požaduje § 77 odst. 5 ZVZ.
28. Vybraný koncesionář proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v rozsahu výroků I. a II. zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení v prvním stupni a současně vyslovil závazný právní názor, jímž bude Úřad při novém rozhodování vázán.

IV. Řízení o rozkladech

29. Správní orgán prvního stupně určil usneseními č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-698/2010/510/HOd a č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-699/2010/510/HOd, oběma ze dne 13. 1. 2011, ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podaným rozkladům.
30. K rozkladu vybraného koncesionáře se vyjádřil navrhovatel. Uvádí, že se ztotožňuje s výroky I. a II. napadeného rozhodnutí, jakož i s jejich odůvodněním. K omezení počtu fází jednání o nabídkách navrhovatel uvedl, že o tom, že se bude jednat o poslední možnou verzi nabídky, věděl a podle toho nabídku také koncipoval. Nedomnívá se, že by postupem zadavatele byla narušena transparentnost nebo že by některému uchazeči byla poskytnuta nedůvodná výhoda. K pozdnímu příchodu pana de Rivery navrhovatel uvádí, že k zahájení samotného jednání o nabídkách došlo až po formálním zahájení jednání, jehož obsah navrhovatel nerozporuje. Navrhovatel nesouhlasí ani s tím, že by nepřítomnost právního zástupce vybraného koncesionáře vedla k porušení rovného zacházení a transparentnosti. Důkazem toho je, že byla zajištěna přítomnost osob oprávněných za dodavatele jednat. V otázce mimořádně nízké nabídkové ceny a aplikace § 77 odst. 5 ZVZ se navrhovatel ztotožňuje s odůvodněním napadeného rozhodnutí. K poskytnuté veřejné podpoře pouze *obiter dictum* upozorňuje, že byla poskytnuta před rokem 2000, a tudíž je otázkou, zda je Evropská komise oprávněna posuzovat její slučitelnost s právem EU.
31. Také vybraný koncesionář využil svého práva vyjádřit se k rozkladu navrhovatele. Co se týče namítaného nerovného přístupu zadavatele k oběma uchazečům, pokud jde o oznamování změn v kvalifikaci podle § 58 odst. 1 ZVZ, vybraný koncesionář uvádí, že mu z podaného rozkladu není zřejmé, kam navrhovatel míří. Pokud má navrhovatel na mysli, že přeměna vybraného koncesionáře nebyla oznámena Úřadu, pak je na místě připomenout, že vybraný koncesionář tuto přeměnu oznámil, byť mu ZVZ takovou povinnost neukládá. Pokud má navrhovatel na mysli, že přeměna nebyla oznámena zadavateli, pak upozorňuje, že se tak stalo dne 6. 5. 2010, tj. následujícího dne poté, co k přeměně došlo. Podezření na nerovné zacházení tedy u navrhovatele zjevně pochází z domněnky, že vybraný uchazeč nedodržel povinnost uvedenou v § 58 odst. 1 ZVZ, což však není pravda a pouze navrhovatel podle § 58 odst. 1 ZVZ nepostupoval. O diskriminaci uchazečů tudíž nemůže být řeči. Co se týče namítaných vad nabídky vybraného koncesionáře, zde se vyjádření k podanému rozkladu v podstatě omezuje na již přednesená vysvětlení o nekompletní verzi koncesní dokumentace, která koresponduje s odůvodněním napadeného rozhodnutí; je patrné, že se s jeho závěry vybraný koncesionář plně ztotožňuje.
32. K oběma rozkladům se vyjádřil i zadavatel. Trvá na správnosti napadeného rozhodnutí a plně odkazuje na dříve podaná vyjádření k věci, která již byla zrekapitulována do odůvodnění napadeného rozhodnutí. Stručně řečeno zadavatel trvá na tom, že omezením počtu jednání o nabídkách neporušil žádný právní předpis, ani žádnou ze zásad zadávání, neboť oba uchazeči byli vždy podrobně a s předstihem informováni o průběhu jednání o nabídkách. K tvrzené nepřítomnosti nabídky navrhovatele na počátku jednání o nabídkách zadavatel opakuje, že se jedná o tvrzení ničím nepodložené, v podstatě zpětně neprokazatelné a z právního hlediska irelevantní. Taktéž nepřítomnost pana de Rivery v prvních minutách

jednání o nabídkách nemá dle zadavatele právní význam. Námitky vybraného uchazeče o tom, že administrativním pochybením zadavatele byla znemožněna přítomnost jeho právního zástupce u jednání, rovněž postrádají patřičnou věrohodnost a působí pouze účelovým dojmem, a to zvláště tehdy, když v průběhu jednání o absenci právního zástupce nepadla zmínka. Pokud jde o mimořádně nízkou nabídkovou cenu navrhovatele, pak zadavatel znovu opakuje, že neshledal důvod pro postup podle § 77 ZVZ. Ve zbytku opět odkazuje na svá předchozí vyjádření a závěry učiněné v napadeném rozhodnutí. Má zato, že by oba rozklady měly být jako nedůvodné zamítnuty.

33. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
34. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S339,347,359/2009,182/2010/KO-1514/2010/510/HOd ze dne 8. 12. 2010, jehož prvním výrokem rozhodl, že se žádost vybraného koncesionáře ze dne 27. 11. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, a druhým výrokem rozhodl, že se žádost vybraného koncesionáře ze dne 1. 12. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.
36. Co se týče výroku třetího, kterým Úřad rozhodl, že se žádost navrhovatele ze dne 23. 12. 2009 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, a výroku čtvrtého, kterým rozhodl, že se žádost navrhovatele ze dne 7. 6. 2010 podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu zamítá, vzhledem k tomu, že dne 11. 4. 2011 vzal navrhovatel svůj návrh zpět, nezbylo mi, než správní řízení podle § 90 odst. 4 správního řádu, v návaznosti na § 66 odst. 1 písm. a) a § 152 odst. 4 správního řádu, zastavit a výrok třetí a čtvrtý napadeného rozhodnutí zrušit; námitky v tomto rozkladu vznesené tedy nebyly při přezkumu vzaty do úvahy a další část odůvodnění tohoto rozhodnutí se tudíž týká pouze rozkladu podaného vybraným koncesionářem.

V. K námitkám rozkladu vybraného koncesionáře

37. Vybraný koncesionář v podaném rozkladu trvá na tom, že v průběhu koncesního řízení byl fakticky vyloučen negociační aspekt jednání o nabídkách, čímž došlo k pokřivení tohoto institutu, dále znovu vznáší námitku, že při jednání nemohl být z důvodu administrativního pochybení zadavatele přítomen jeho právní zástupce a že i v případě navrhovatele nebyly v jednacích místnostech zastoupeny všechny osoby, které za něj měly podle obchodního rejstříku jednat, a konečně vybraný koncesionář napadá také posouzení výše nabídkové ceny navrhovatele a způsob uvážení Úřadu o souladu poskytnuté veřejné podpory s legislativou

EU. V tomto ohledu se rozklad prakticky shoduje s obsahem podaného návrhu a dalších vyjádření vybraného koncesionáře tak, jak byly předneseny před vydáním prvostupňového rozhodnutí. Jak jsem zjistil přezkoumáním odůvodnění napadeného rozhodnutí, orgán dohledu se všemi dílčími námitkami důkladně a přehledně zabýval, o čemž svědčí obsáhlé odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podaný rozklad tedy v tomto ohledu do věci nepřináší nic nového (a to ani z hlediska skutkového, ani z hlediska právního) a pokud jde o stěžejní závěr Úřadu týkající se nedůvodnosti návrhů, není schopen napadené rozhodnutí zvrátit.

38. Co se týče průběhu jednání o nabídkách, zadavatel ve výzvě k podání nabídek ze dne 23. 4. 2009 uvedl, že podle § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona se bude o podaných nabídkách dále jednat. Tento „plán jednání“ však zadavatel změnil před zahájením prvního jednání, kdy v pozvánce k tomuto jednání uchazečům sdělil, že půjde o poslední fázi jednání o nabídkách. Tento postup je plně v souladu s § 31 odst. 7 ZVZ (na nějž odkazuje § 9 odst. 2 koncesního zákona), který zadavateli umožňuje před zahájením jakékoli fáze jednání o nabídkách oznámit uchazečům, že jde o poslední fázi jednání o nabídkách, resp. zadavateli umožňuje, aby se na této skutečnosti kdykoli se všemi uchazeči dohodl. Jak vyplývá z podaného rozkladu, tento postup vybraný koncesionář nenapadá; rozklad míří čistě jen proti samotnému průběhu jednání o nabídkách. Přesto však na str. 4 podaného rozkladu vybraný uchazeč uvádí, že redukce fází jednání na jednu jedinou, oznámená až před prvním jednáním, nebyla transparentní. Na tomto místě tedy znovu uvádím (stejně jako orgán dohledu), že pokud je určitý postup výslovně aprobován zákonem, nelze hovořit o porušení transparentnosti zadávacího či koncesního řízení. Navíc způsob a čas oznámení uvedené skutečnosti byl proveden vůči všem uchazečům stejně, a tudíž lze vyloučit jakékoli nerovné zacházení.
39. Pokud tedy zadavatel před jednáním konaným dne 30. 10. 2009 oznámil uchazečům, že se bude jednat o poslední (a jedinou) fázi jednání o nabídkách, což, jak bylo výše uvedeno, ZVZ umožňuje, pak je logické, že k odevzdání obálek s nabídkami a jednání o nabídkách dojde na témže jednání. Jak ostatně již uvedl Úřad, v koncesním zákoně, ani v ZVZ v části týkající se jednacího řízení s uveřejněním, není upravena podrobná procedura jednání o nabídkách a není tudíž stanoven přesný postup zadavatele, jako je tomu například u řízení otevřeného. Lze souhlasit s vybraným koncesionářem v tom směru, že zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení s uveřejněním již z povahy svého názvu předpokládá jednání mezi zadavatelem a uchazečem, a z logiky věci tedy jednoznačně vyplývá, že nabídka podávaná uchazečem v tomto řízení nemůže mít povahu rigidní a neměnnou, neboť pak by veškerá jednání nad touto nabídkou postrádala jakýkoliv smysl. Ve vztahu k dodržení § 31 odst. 2 ZVZ bylo již v napadeném rozhodnutí uvedeno, že dopisem ze dne 16. 10. 2009 zadavatel oběma uchazečům zaslal oznámení o předběžném výsledku hodnocení nabídek a že z jednání o nabídkách dne 30. 10. 2009 zpracoval protokol s každým dodavatelem, který se jednání zúčastnil. Součástí obou protokolů je „upravená nabídka“ příslušného dodavatele s uvedením parametrů jednotlivých dílčích hodnotících kritérií a ustanovením, podle nějž se podpisem tohoto protokolu z jednání stávají údaje a ujednání v tomto protokolu obsažená pro příslušného dodavatele závaznými. Předmětné protokoly jsou podepsány jak zadavatelem, tak příslušným dodavatelem. Cíle zadávacího řízení tedy bylo v daném případě dosaženo, a nelze než konstatovat, že podstata jednacího řízení s uveřejněním byla

zachována, neboť právě tyto výhodnější podmínky nabídnuté dodavateli v rámci upravených nabídek předložených na jednání dne 30. 10. 2009 dosvědčují, že k jednání předvídanému § 32 odst. 2 ZVZ došlo.

40. V této souvislosti dodávám, že vzhledem k tomu, že se faktická změna koncesní dokumentace v té části, ve které popisovala plánovaný průběh jednání o nabídkách, resp. jeho fáze, dotkla obou uchazečů bez rozdílu, nelze hovořit o nerovném přístupu k oběma uchazečům či o možnosti ovlivnění výběru nejhodnější nabídky (§ 6 ZVZ). Stejně tak není na místě hovořit ani o porušení zásady transparentnosti, neboť změna plánu jednání byla uchazečům avizována s dostatečným předstihem a navíc způsobem, který ZVZ předvídá.
41. Co se týče pozdního příchodu zástupce navrhovatele na jednání o nabídkách, pak je třeba ve shodě s napadeným rozhodnutím uvést, že pozdní příchod zástupce navrhovatele, pana de Rivery, nemohl mít, s ohledem na průběh jednání o nabídkách tak, jak byl zaznamenán v protokolu, žádný vliv, neboť v době příchodu pana de Rivery probíhaly pouze formální úkony jako např. úvodní proslov předsedy hodnotící komise či sdělení základních pravidel jednání, jichž se nepřítomnost pana de Rivery stěží mohla dotknout. K předání upravených nabídek v rámci jednání o nabídkách došlo až po zmíněných formálních úkonech v 10.55 hodin, kdy pan de Rivera již byl v místnosti přítomen. Tuto skutečnost ostatně nepopírá ani samotný vybraný koncesionář, když v podaném rozkladu apeluje pouze na základní zásady zadávacího a koncesního řízení či na problematiku jednání jménem dodavatele.
42. Navíc je nutné pojímat pozdní příchod pana de Rivery v souvislosti s administrativním pochybením zadavatele, tj. s chybným uvedením místa konání jednání o nabídkách. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele, byla přijata opatření k nápravě vzniklého stavu, a to v tom smyslu, že pověřená zaměstnankyně zadavatele čekala na místě uvedeném v pozvánce a vyzvala zástupce, kteří se dostavili na toto místo, k přesunu do jiné budovy. Nejen tedy proto, že ZVZ zadavateli neumožňuje vyloučit zástupce uchazeče, který se dostaví na jednání opožděně, či proto, že s takovým následkem nepočítala ani koncesní dokumentace, ale také s ohledem na možné komplikace způsobené administrativním pochybením zadavatele, by nebylo spravedlivé pana de Riveru vyloučit z jednání pro jeho pozdní příchod.
43. Ke spekulacím, zda byla od počátku jednání v místnosti přítomna obálka s nabídkou navrhovatele, uvádím, že v průběhu jednání o nabídkách podle § 31 ZVZ se neuplatní ustanovení ZVZ týkající se otevírání obálek s nabídkami, a to zejména z toho důvodu, že otevírání obálek s nabídkami předchází jednání o nabídkách. Úkony otevírání obálek s nabídkami a jednání o nabídkách (ať už v jakékoli formě – ústní či písemné) je tedy nutno striktně rozlišovat. Otevírání obálek s nabídkami a jednání o nabídkách se tedy v daném případě nekonalo ve stejném termínu. Z uvedených důvodů nelze pro jednání o nabídkách uplatňovat ani § 71 odst. 6 ZVZ týkající se podání nabídek po uplynutí lhůty, a tudíž otázka, zda nabídka navrhovatele byla v místnosti na začátku jednání (tj. dne 30. 10. 2009 v 10.30) je bezpředmětná.
44. K nepřítomnosti právního zástupce vybraného koncesionáře uvádím, že je v zájmu vybraného koncesionáře, aby uvedl všechny skutečnosti relevantní pro posouzení daného

případu, tj. v tomto případě min. jméno právního zástupce, jehož přítomnost nebyla při jednání o nabídkách umožněna. Břemeno důkazní (tj. případný výslech právního zástupce za účelem verifikace tvrzení vybraného koncesionáře, případně dalšího objasnění okolností nepřítomnosti právního zástupce během jednání o nabídkách) sice leží na Úřadu, nicméně břemeno tvrzení stíhá účastníka řízení. V tomto světle se tedy námitka o nemožnosti účasti právního zástupce vybraného koncesionáře jeví jako ryze účelová.

45. K mimořádně nízké nabídkové ceně a souladu poskytnuté veřejné podpory s legislativou EU nejprve v obecné rovině uvádím, že právě ohrožení realizace poptávaného plnění, resp. neschopnost za nabídnutou cenu předmět veřejné zakázky řádně splnit, je hlavním důvodem, proč zákonodárce přistoupil k přijetí institutu nepřijatelné nabídky (§ 76 odst. 1 zákona) a mimořádně nízké nabídkové ceny (§ 77 odst. 1 zákona). Pokud jde o institut mimořádně nízké nabídkové ceny, není v zákoně jasně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci (viz rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 9/00 ze dne 1. 2. 2001). Zákon tak chrání zadavatele před tím, aby byl nucen uzavřít smlouvu s uchazečem, který by nebyl schopen plnění za nabídkovou cenu vůbec poskytnout, případně by je neposkytl řádně. Posouzení výše nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za účelem zjištění, zda existují důvody pro takovéto oprávněné podezření, však náleží do kompetencí hodnotící komise. Hodnotící komise tedy musí posoudit, zda nabídková cena hodnoceného uchazeče je reálná ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, k okolnostem a podmínkám, za kterých by byl předmět veřejné zakázky konkrétním uchazečem plněn. I z judikatury správních soudů vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Nedospěl-li tedy zadavatel, resp. jeho hodnotící komise k závěru, že nabídka navrhovatele obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, není důvod o tomto závěru pochybovat. Není rovněž důvod zadavateli vytýkat, že nepostupoval podle § 77 odst. 5 ZVZ, tj. že si nevyžádal důkaz o tom, že navrhovateli byla veřejná podpora poskytnuta v souladu s předpisy EU, neboť takový postup v situaci, kdy není mimořádně nízká nabídková cena shledána, nemá opodstatnění.
46. Pro úplnost považuji za potřebné se vyjádřit k formulaci výroků I. a II. napadeného rozhodnutí (formulace výroků III. a IV. napadeného rozhodnutí je pro jejich zrušení z jiného důvodu bezpředmětná). Řízení o žádostech vybraného koncesionáře byla zahájena dne 27. 11. 2009 a dne 1. 12. 2009. Ke dni 1. 1. 2010 nabyl účinnosti zákon č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony (dále jen „zákon č. 417/2009 Sb.“), mezi nimi též § 25 koncesního zákona upravující formu rozhodnutí o nápravných opatřeních za porušení koncesního zákona a obecně postup Úřadu při rozhodování o žádosti, resp. návrhu proti postupu zadavatele v koncesním řízení. Jak vyplývá z ustanovení čl. IV zákona č. 417/2009 Sb., zahájená koncesní řízení, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle dosavadních právních předpisů. Z uvedeného důvodu nebylo možné návrh (resp. žádost) zamítnout podle § 25 odst. 4 písm. a) koncesního zákona, ve znění zákona č. 417/2009 Sb., ale pro absenci právní úpravy v koncesním zákoně, která by pamatovala na nedůvodnou žádost, bylo třeba žádost zamítnout obecně podle § 25 koncesního zákona v návaznosti na § 67 správního řádu.

47. Uzavírám tedy, že jsem neshledal nezákonnost či nesprávnost napadeného rozhodnutí v intencích rozkladových námitek, a tedy ani důvod pro změnu či zrušení výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. Významnou roli hraje i skutečnost, že se vybraný koncesionář stal vítězem koncesního řízení poté, co byl navrhovatel z účasti v něm vyloučen pro nesplnění povinnosti podle § 58 odst. 1 ZVZ; navíc, jak bylo uvedeno výše, vzal navrhovatel své žádosti o uložení nápravného opatření proti rozhodnutí zadavatele o svém vyloučení dne 11. 4. 2011 zpět.

VI. Závěr

48. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu vybraného koncesionáře. Co se týče rozkladu navrhovatele, vzhledem k tomu, že návrh byl dne 11. 4. 2011 vzat zpět, výroky třetí a čtvrtý napadeného rozhodnutí jsem zrušil a správní řízení v této části zastavil.

49. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí jako celek změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

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

Vypraveno dne:

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