



UOHSX003XHGV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe

V Brně dne 3. února 2012

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 správním řízení zahájeném dne 8.11.2011 na návrh ze dne 7.11.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Roztoky, IČ 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky, zastoupené Janem Jakobem, starostou,
- navrhovatel – STAVOKOMPLET spol. s r.o., IČ 47052945, se sídlem Zápy, Královická 251, 250 01 Brandýs nad Labem, za niž jedná Ing. Martin Fučík, jednatel,
- vybraný uchazeč – Severočeské vodovody a kanalizace, a.s., IČ 49099451, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice, za niž jedná Ing. Rostislav Čáp a Ing. Miroslav Harciník, předseda a místopředseda představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky“, jehož oznámení bylo v ISVZ-US uveřejněno dne 9.2.2011 pod ev. č. 60056353, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – město Roztoky

1. nedodržel postup stanovený v § 51 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 7 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, tím, že

v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení vyloučil možnost prokázání splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele,

2. nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace stanovené v § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 7 odst. 3 téhož zákona a na § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nejednal vůči všem dodavatelům stejně, když k doplnění a vysvětlení předložených dokladů prokazujících splnění kvalifikace, vyzval pouze tři ze čtyř dodavatelů, kteří podali žádosti o účast v koncesním řízení, ačkoliv komise ustanovená zadavatelem pro účely posouzení kvalifikace u všech podaných žádostí zjistila nejasnosti a neshody s požadavky zadavatele, uplatněnými v kvalifikační dokumentaci,
3. nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 11 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, při posouzení nabídky uchazeče Severočeské vodovody a kanalizace, a.s., Teplice, tím, že komise pro posouzení a hodnocení nabídek nevyřadila nabídku jmenovaného uchazeče z důvodu nesplnění požadavků zadavatele uvedených v koncesní dokumentaci a zadavatel z uvedeného důvodu tohoto uchazeče nevyločil z účasti v koncesním řízení,
4. nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, tím, že komise pro posouzení a hodnocení nabídek pro účely hodnocení nabídek prováděla přepočty kritériálních hodnot v nabídkách tak, aby byly nabídky srovnatelné na společném základě,

přičemž postupy zadavatele uvedené pod body 1. a 2. části I. výroku tohoto rozhodnutí mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a postupy zadavatele uvedené pod body 3. a 4. části I. výroku tohoto rozhodnutí podstatně ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 25 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ruší** koncesní řízení „Výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky“, jehož oznámení bylo v ISVZ-US uveřejněno dne 9.2.2011 pod ev. č. 60056353.

ODŮVODNĚNÍ

Průběh koncesního řízení

1. Město Roztoky, IČ 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky, zastoupené Janem Jakobem, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnilo podle § 31 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), v ISVZ-US dne 9.2.2011 pod ev.č. 60056353 oznámení o zahájení nadlimitního koncesního řízení „Výběr provozovatele vodovodního a

kanalizačního systému města Roztoky“. Jak je uvedeno v oznámení, předmětem koncesního řízení je výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky s uzavřením koncesní smlouvy s koncesionářem na 10 let, s možností výpovědi dle zadavatelem stanovených podmínek, přičemž zadavatel v koncesním řízení nebude omezovat počet kvalifikovaných dodavatelů a nevyzve kvalifikované dodavatele k účasti v koncesním dialogu. Zadavatel v oznámení o zahájení koncesního řízení jako dílčí kritéria pro hodnocení nabídek stanovil:

- cena pro vodné a stočné po první období cenové fixace (5 let) s váhou 95 %,
- výše jednoho smluvního „pokutového bodu“ s váhou 5 %.

2. Zadavatel pro otevírání obálek s žádostmi o účast v koncesním řízení a pro posouzení kvalifikace dodavatelů ustanovil zvláštní komisi. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s žádostmi o účast v koncesním řízení ze dne 5.4.2011, zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel čtyři žádosti dodavatelů. Jak vyplývá z protokolu o jednání komise ze dne 8.4.2011, komise po posouzení podaných žádostí shledala ve všech čtyřech případech „nejasnosti a neshody dokumentací k prokázání kvalifikace s kvalifikační dokumentací“. Komise proto rozhodla, že tři dodavatelé budou v této souvislosti „dotázáni“ a dodavatel Vodovody a kanalizace Beroun, a.s., Beroun (dále jen „VaK Beroun“), bude vyloučen pro neprokázání kvalifikace. Zadavatel následně rozhodnutím ze dne 11.4.2011 tohoto dodavatele z důvodu neprokázání kvalifikace vyloučil z účasti v koncesním řízení. Dodavatel VaK Beroun dopisem ze dne 2.5.2011 podal proti svému vyloučení námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 13.5.2011 nevyhověl.
3. Jak vyplývá z protokolu o jednání komise ze dne 26.5.2011, komise po obdržení dodatečných informací a dokladů konstatovala, že zbývající tři dodavatelé prokázali splnění požadované kvalifikace. Zadavatel proto dopisem ze dne 15.7.2011 tyto dodavatele vyzval k podání nabídek. Jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26.8.2011, zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel tři nabídky, které podaly společnosti:
 - STAVOKOMPLET spol. s r.o., IČ 47052945, se sídlem Zápy, Královická 251, 250 01 Brandýs nad Labem, za niž jedná Ing. Martin Fučík, jednatel (dále jen „navrhovatel“),
 - Severočeské vodovody a kanalizace, a.s., IČ 49099451, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice, za niž jedná Ing. Rostislav Čáp a Ing. Miroslav Harciník, předseda a místopředseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“),
 - Vodohospodářská společnost Benešov, s.r.o., IČ 47535865, se sídlem Černoleská 1600, 256 01 Benešov u Prahy, za niž jedná Manuel Nivet, jednatel (dále jen „VHS Benešov“).
4. Zadavatel pro posouzení a hodnocení nabídek ustanovil hodnotící komisi. Jak vyplývá z protokolu o jednání ze dne 30.8.2011, hodnotící komise se v souvislosti s posouzením předložených cenových kalkulací rozhodla navrhovatele a vybraného uchazeče vyzvat k písemnému vysvětlení nabídek. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 3.10.2011, hodnotící komise v případě navrhovatele podané vysvětlení neakceptovala a nabídku navrhovatele vyřadila z dalšího hodnocení. Na základě hodnocení zbývajících dvou nabídek komise vyhodnotila jako nejvhodnější nabídku vybraného uchazeče. Zadavatel v uvedeném smyslu dne 3.10.2011 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a téhož dne rozhodl i o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení.
5. Navrhovatel dopisem ze dne 19.10.2011 podal proti svému vyloučení námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 31.10.2011 nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách

navrhovatel obdržel dne 1.11.2011. Navrhovatel následně podal u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 7.11.2011 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 8.11.2011 a tímto dnem bylo podle § 24a koncesního zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené Úřadem pod sp.zn. ÚOHS-S548/2011/VZ. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 9.11.2011.

6. Účastníky správního řízení jsou podle § 24d koncesního zákona:

- zadavatel,
- navrhovatel,
- vybraný uchazeč.

Obsah návrhu

7. Navrhovatel v návrhu ze dne 7.11.2011 uvedl, že porušení koncesního zákona spatřuje v následujících skutečnostech.

a) Zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 3a a § 11 odst. 2 koncesního zákona, v návaznosti na § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), když z účasti v koncesním řízení nevyločil vybraného uchazeče, přestože jeho nabídka nesplnila podmínky stanovené zadavatelem v koncesní dokumentaci ohledně dodržení předepsaného počtu jednotlivých pracovníků při kalkulaci nákladů výrobní a správní režie. U tohoto uchazeče zadavatel připustil tzv. „racionalizaci“, spočívající ve snížení zadavatelem předepsaného počtu jednotlivých pracovníků za účelem lepšího hodnocení nabídky.

b) Zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 3a koncesního zákona tím, že při posouzení nabídek prováděl předběžné hodnocení nabídek před posouzením nabídek z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny a před závěry učiněnými hodnotící komisí na základě odpovědí uchazečů k dotazům hodnotící komise, přičemž zadavatel pro hodnocení upravoval kriteriální hodnoty tak, aby nabídky mohly být porovnatelné na jednom základě.

c) Zadavatel nepostupoval v souladu s ustanovením § 3a, § 7 odst. 3 a § 11 odst. 2 koncesního zákona, v návaznosti na § 76 zákona o veřejných zakázkách, neboť vyloučil navrhovatele z důvodu nesplnění požadavků uplatněných v koncesní dokumentaci (technické vybavení dodavatele), ačkoliv tento požadavek nebyl zadavatelem uplatněn ani jako kvalifikační předpoklad v kvalifikační dokumentaci ani jako podmínka v koncesní dokumentaci.

d) Zadavatel porušil ustanovení § 12 odst. 3 a § 3a koncesního zákona, v návaznosti na § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách tím, že řádně neodůvodnil rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele, resp. tím, že rozhodnutí o námitkách a rozhodnutí o vyloučení navrhovatele si věcně a skutkově odporují. Na základě uvedeného navrhovatel žádá, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a dále aby Úřad zadavateli uložil provést nové posouzení a hodnocení nabídek v souladu se zákonem a koncesní dokumentací.

Vyjádření zadavatele k návrhu

8. Úřad obdržel dne 16.11.2011 vyjádření zadavatele z téhož dne k návrhu navrhovatele, ve kterém zadavatel uvádí že vzhledem k tomu, že návrh navrhovatele je v podstatě kopií námitek, které zadavatel od navrhovatele obdržel, odkazuje zadavatel v této věci na svou argumentaci v rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele.

Řízení před správním orgánem

9. Úřad obdržel dne 18.11.2011 od zadavatele dokumentaci koncesního řízení (dále jen „dokumentace“). Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem ze dne 23.11.2011. Úřad usnesením z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhopvat důkazy a vyjádřit se v řízení. V tomto usnesení Úřad navrhovateli současně stanovil lhůtu k doplnění návrhu o doklad o složení kauce podle § 24c koncesního zákona. Dne 30.11.2011 Úřad obdržel dopis navrhovatele ze dne 29.11.2011, z jehož obsahu a příloh vyplývá, že navrhovatel dne 29.11.2011 (tedy ve stanovené lhůtě) složil na účet Úřadu kauci ve výši 2 mil. Kč.
10. Vzhledem k tomu, že Úřad po předběžném posouzení dokumentace získal pochybnosti o souladu úkonů učiněných zadavatelem v koncesním řízení s koncesním zákonem, Úřad rozhodnutím č.j. ÚOHS-S548/2011/VZ-18803/2011/510/KČe ze dne 29.11.2011 zadavateli nařídil předběžné opatření, spočívající v zákazu uzavřít koncesní smlouvu. Dne 2.12.2011 Úřad obdržel podání navrhovatele z téhož dne, označené jako „Návrh na nařízení předběžného opatření“, ve kterém navrhovatel požádal, aby Úřad ve smyslu § 24e odst. 1 písm. a) koncesního zákona zadavateli nařídil předběžné opatření, spočívající v zákazu uzavřít koncesní smlouvu. Vzhledem k tomu, že Úřad výše citovaným rozhodnutím ze dne 29.11.2011 zadavateli již nařídil předběžné opatření v tomto smyslu z moci úřední, Úřad návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření rozhodnutím č.j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19616/2011/510/KČe ze dne 8.12.2011 zamítl.
11. Dne 5.12.2011 Úřad obdržel dopis vybraného uchazeče ze dne 2.12.2011, ve kterém tento uvádí, že podle jeho názoru byly všechny úkony zadavatele v předmětném koncesním řízení učiněny v souladu s platnými právními předpisy.
12. Úřad usnesením ze dne 8.12.2011 účastníky řízení seznámil se zjištěními Úřadu (nad rámec návrhu navrhovatele), vyplývajícími z dokumentace koncesního řízení a současně účastníkům řízení prodloužil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel požádal o nahlédnutí do spisu, což mu bylo Úřadem umožněno dne 13.12.2011, viz protokol o nahlížení založený ve spisu správního řízení.
13. Ve správním řízení se dále vyjádřil navrhovatel, a to dopisem ze dne 13.12.2011, ve kterém uvedl, že navrhuje, aby bylo sloučeno správní řízení zahájené na základě návrhu navrhovatele se správním řízením k podnětu navrhovatele ze dne 7.11.2011 k přezkumu úkonů zadavatele. V této souvislosti navrhovatel dále navrhuje, aby se součástí podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení staly i informace a údaje, které byly obsahem podaného podnětu

k přezkumu úkonů zadavatele, včetně přiložených důkazů v podobě příslušných dokumentů a odkazů.

14. Úřad na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona přezkoumal postup zadavatele a po zhodnocení předložených podkladů, zejména dokumentace, vyjádření účastníků řízení a vlastních zjištění konstatuje, že zadavatel v koncesním řízení nedodržel postup stanovený koncesním zákonem pro uzavření koncesní smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Ad. I.1 výroku – zadavatel vyloučil možnost prokázání části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele

15. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
16. Podle § 7 odst. 3 koncesního zákona 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.
17. Podle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona o veřejných zakázkách v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit
- a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách subdodavatelem a
 - b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona o veřejných zakázkách.
- Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.

Zjištění Úřadu

18. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení v rámci požadavků na prokázání splnění kvalifikace mj.:
- pod bodem 5.2 stanovil, že profesní kvalifikační předpoklady prokáže dodavatel předložením dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu koncese, tj. k zabezpečení minimálně těchto služeb: 70330000-3 správa nemovitého majetku, 65130000-3 provoz vodovodů, 90480000-5 správa kanalizace a 90481000-2 provoz čistírny splašků,
 - pod bodem 5.3 stanovil, že ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady podle § 55 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách prokáže dodavatel předložením pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě...,

předmět pojištění odpovědnosti za škodu musí kompletně pokrýt předmět plnění zakázky, přičemž minimální pojistná částka činí alespoň 40 mil. Kč bez DPH,

- pod bodem 5.4 stanovil, že technické kvalifikační předpoklady podle § 55 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách prokáže dodavatel předložením seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech ve vztahu k provozování vodovodů a kanalizací, které v posledních třech letech realizoval nebo realizuje.

19. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci dále pod bodem 5.6 stanovil, že „dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) a b) zákona o veřejných zakázkách, tedy oprávnění k podnikání – výpis z obchodního rejstříku a živnostenské oprávnění. Dále není dodavatel oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách tedy pojistnou smlouvu. Zadavatel požaduje prokázání kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách (reference) prokázat minimálně z 80 % dodavatelem, nikoliv subdodavatelem, subdodavatelé mohou z tohoto kritéria prokázat maximálně 20 % referencí“.

Závěry Úřadu

20. Z citovaného ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, na které odkazuje § 7 odst. 3 koncesního zákona, vyplývá, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění kvalifikace v plném rozsahu, může chybějící část kvalifikace prokázat prostřednictvím subdodavatele. Tato možnost je obecně dána u všech druhů kvalifikačních předpokladů, vyjma základních kvalifikačních předpokladů a předložení výpisu z příslušné zákonné evidence (obchodního rejstříku). Za subdodavatele se považuje nejen osoba, která bude poskytovat plnění místo dodavatele zadavateli, ale i osoba, která dodavateli dá k dispozici určité věci či práva (viz důvodová zpráva k zákonu o veřejných zakázkách). Uvedený výklad Úřad doplňuje citací z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 77/2010 ze dne 19.11.2011, podle kterého „možnost prokazování části kvalifikace subdodavately, obsažená v ustanovení § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, není vázána na míru, v níž se subdodavatel bude podílet na realizaci veřejné zakázky, popř. na vztah požadované kvalifikace k případnému dílčímu subdodavatelskému úkolu na straně dodavatele, ale na objektivní neschopnost dodavatele prokázat splnění určité části kvalifikace v plném rozsahu. Oprávnění uchazeče prokázat splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prostřednictvím subdodavatele není dále limitováno. Je na uchazeči, aby si rozdělení činností na straně dodavatele organizoval tak, aby mohl nést ve vztahu k zadavateli odpovědnost za řádnou realizaci plnění, a je též na něm, aby si, byť i subdodavately, zajistil k řádnému plnění ve prospěch zadavatele podmínky. Je též na něm, aby zajistil odpovídající rozdělení odpovědnosti na dodavatelské straně. To vše nic nemění na skutečnosti, že ve vztahu k zadavateli ponese za splnění veřejné zakázky odpovědnost nadále on sám, a že tedy, vyjma kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, je oprávněn zadavateli doložit splnění kvalifikačních předpokladů souhrnně za stranu dodavatelskou.“

21. Vycházející z uvedeného výkladu zákona o veřejných zakázkách Úřad konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený v § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 7 odst. 3 koncesního zákona tím, že vyloučil možnost prokázání části kvalifikace, specifikované výše pod bodem 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí, prostřednictvím

subdodavatele, ačkoliv zákon o veřejných zakázkách v ustanovení § 51 odst. 4 možnost prokázání splnění určité části kvalifikace subdodavately, s výjimkou kvalifikačních předpokladů podle § 50 odst. 1 písm. a), resp. § 54 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, bez dalšího omezení zaručuje.

22. Úřad v této souvislosti konstatuje, že podmínkou, stanovenou pod bodem 5.6 kvalifikační dokumentace (viz bod 19. odůvodnění tohoto rozhodnutí), se zadavatel mohl dopustit skryté diskriminace potenciálních dodavatelů, neboť v důsledku omezení možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, mohlo dojít k situaci, kdy nabídku podalo méně dodavatelů než v případě, pokud by taková podmínka stanovena nebyla. Diskriminováni jsou zde ti dodavatelé, kteří mohli prokazovat splnění předmětné části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, což zákon o veřejných zakázkách umožňuje za podmínky existence smlouvy mezi dodavatelem a subdodavatelem.
23. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť z výše uvedených důvodů mohl mít vliv na počet podaných nabídek, kdy potenciální dodavatelé před podáním nabídky zvažují, zda jsou schopni prokázat splnění kvalifikace, resp. zajistit požadované plnění, samostatně nebo za pomoci subdodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Ad. 1.2 výroku – zadavatel nedodržel zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace při posuzování prokázání splnění kvalifikace

24. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
25. Podle § 7 odst. 3 koncesního zákona 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.
26. Podle § 59 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách může veřejný zadavatel pro účely posouzení kvalifikace ustanovit zvláštní komisi. Podle odst. 4 téhož ustanovení zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace.

Zjištění Úřadu

27. Zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast v koncesním řízení a k prokázání kvalifikace obdržel celkem čtyři žádosti dodavatelů o účast v koncesním řízení. Zadavatel pro posouzení kvalifikace dodavatelů ustanovil zvláštní komisi (dále jen „komise“). Z protokolu z jednání komise ze dne 8.4.2011 o posouzení kvalifikace je zřejmé, že komise u všech čtyř podaných žádostí zjistila „nejasnosti a neshody dokumentací k prokázání kvalifikace uchazečů se zadávací - kvalifikační dokumentací“. Ve třech případech komise umožnila na základě písemných žádostí dodavatelům předložené informace a doklady o prokázání splnění kvalifikace vysvětlit, resp. doplnit (viz dotazy ze dne 11.4.2011 adresované v tomto smyslu jednotlivým dodavatelům). Tuto možnost však komise neposkytla dodavateli VaK Beroun, který byl bez dalšího

rozhodnutím zadavatele ze dne 11.4.2011 z důvodu neprokázání kvalifikace z účasti v koncesním řízení vyloučen.

Závěry Úřadu

28. Tím, že zadavatel (komise) nejednal vůči všem dodavatelům stejně, když k doplnění a vysvětlení dokladů prokazujících splnění kvalifikace, vyzval ve smyslu ustanovení § 59 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách pouze tři ze čtyř dodavatelů, kteří podali žádosti o účast v koncesním řízení – přestože komise u všech čtyř podaných žádostí zjistila „nejasnosti a neshody dokumentací k prokázání kvalifikace uchazečů s kvalifikační dokumentací“ – zadavatel nedodržel základní zásady postupu zadavatele stanovené v § 3a koncesního zákona, a to zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace.
29. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že by dodavatel VaK Beroun – pokud by měl stejnou možnost jako ostatní dodavatelé – v rámci dodatečných informací splnění kvalifikace prokázal, a mohl tak být zadavatelem následně vyzván k podání nabídky s tím, že nelze ani vyloučit, že by v takovém případě mohla být jeho nabídka vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

Ad. I.3 a I.4 výroku – posouzení a hodnocení nabídek

30. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
31. Podle § 11 odst. 2 koncesního zákona pro posouzení a hodnocení nabídek platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je pouze ekonomická výhodnost nabídky.
32. Podle § 76 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Podle odst. 6 téhož ustanovení zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel uchazeče, jehož nabídka byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena, vyloučí bezodkladně z účasti v zadávacím řízení.

Zjištění Úřadu

33. Zadavatel v koncesní dokumentaci uvedl, že si „vyhrazuje právo o nabídkách dále jednat podle § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona. Zároveň si vyhrazuje i právo o nabídkách již nejednat, jestliže hodnotící komise dospěje k názoru, že nabídky a jejich obsah je zřejmý, a není tedy třeba dalších jednání“. Zadavatel zde dále konstatoval, že nebude postupovat podle § 10 koncesního zákona (koncesní dialog).
34. Zadavatel v rámci základního hodnotícího kritéria stanovil tato dílčí kritéria hodnocení nabídek:

- cena pro vodné a stočné po první období cenové fixace (5 let) dle koncesní smlouvy, tj. zásadně od 1.1.2012 do 31.12.2016, počítána stejně pro všechny dodavatele, s váhou 95%,
- výše jednoho smluvního „pokutového bodu“ v intervalu od 10 000 Kč do 50 000 Kč (v rámci zadavatelem stanoveném rozsahu a systému pokut, který bude součástí návrhu koncesní smlouvy), s váhou 5%.

35. K dílčímu hodnotícímu kritériu „cena pro vodné a stočné“ zadavatel v koncesní dokumentaci uvedl, že je svojí konstrukcí patrné ze souboru '02 Tendrová kalkulace.xls'. Základem hodnotícího kritéria je kalkulace vodného a stočného na rok 2012, z níž se odvinou ostatní roky provozování vodovodního a kanalizačního systému (dále jen „VaK“). V kalkulaci na rok 2012 jsou zafixované všechny ceny kalkulace, které provozovatel nemůže ovlivnit. Soutěž tedy probíhá o tři hlavní složky kalkulace, které provozovatel ovlivnit může, tj.: výrobní režie, správní režie a zisk. Výrobní a správní režii vyplní uchazeč podle rozpočtu obsaženém v souboru '02 Tendrová kalkulace.xls'. Výsledná výše v mil. Kč pak bude povinně dodržena po celou dobu trvání provozní smlouvy, fixní částka z roku 2012 bude pouze indexována o inflaci ve vodohospodářství.“

36. Zadavatel v koncesní dokumentaci dále uvedl, že „uchazeč vyplní své soutěžní hodnoty do kalkulačního xls. souboru dokumentace. Zadavatel upozorňuje na návaznost tohoto souboru na veškeré další xls. soubory, které zadavatel poskytl v rámci koncesní dokumentace. Z ostatních xls. souborů si může uchazeč vytvořit představu o tom, jaké jsou spravované rozsahy sítí vodovodů a kanalizací a ČOV, jaké jsou výsledky hospodaření, výše vodného a stočného a jeho kalkulace, výše investic a nájmů za infrastrukturu, apod. Uchazeč vyplní a vytiskne xls. soubor s názvem '02 Tendrová kalkulace.xls' a zařadí ho do nabídky v pořadí listů tak, jak jdou za sebou. Hodnoty uvedené v tomto vytištěném xls souboru budou předmětem hodnocení.“

37. Součástí koncesní dokumentace jsou dále dílčí přílohy ke koncesní dokumentaci, s podrobnými pokyny pro zpracování nabídky. Přílohy obsahují mj. pokyny zadavatele k vyplnění tendrové kalkulace, týkající se výpočtu ceny vodného a stočného s tím, že zde zadavatel výslovně stanovil, že u listu „Náplň výrobní a správní režie“ vyplní uchazeč příslušné tabulky, přičemž popis položek, množství a podíl jsou fixní a uchazeč je nesmí měnit.

38. Předmětná část tabulky '02 Tendrová kalkulace.xls' má, co se týče správní režie, následující podobu:

p.č.	správní režie v roce 2012	MJ	množství	cena v Kč/MJ	podíl	Kč celkem
3.1	ekonom	počet osob	1		0,5	
3.2	specialista tvorby cen	počet osob	1		0,5	
3.3	specialista technicko investiční podpory	počet osob	1		1	
3.4	vedoucí provozu	počet osob	1		1	

3.5	technolog pitných a odpadních vod	počet osob	1		1	
3.6	mistr VaK – provoz sítí VaK, správa GIS a technicko-provozní činnost	počet osob	1		1	
3.7	mistr ČOV – provoz ČOV, koordinace VUAB a technicko-provozní činnost	počet osob	2		1	
3.8	fakturant	počet osob	1		1	
3.9	odečítač vodoměrů	počet osob	1		0,5	
3.10	pracovník zákaznického centra	počet osob	1		0,7	

39. K „Náplni výrobní a správní režie“ pro výpočet ceny vodného a stočného zadavatel dále stanovil, že „uchazeč zahrne do kalkulace veškeré položky, které jsou v kalkulaci uvedené jako minimální podle požadavků zadavatele. Výrobní a správní režie je svým charakterem obvykle propojená, jednotliví pracovníci provozovatele obvykle vykonávají činnosti jak v rámci výrobní, tak v rámci správní režie. Dále se obvykle v rámci činností některé pozice překrývají, či někteří pracovníci či stroje jsou používány v rámci více provozů provozovatele. Z tohoto důvodu stanovil zadavatel požadavky na provozovatele a jeho technické, ekonomické a správní zázemí budoucího provozu VaK tak, že položkově specifikuje jednotlivé profese, provozovny a strojní zařízení nutné k zajištění řádného provozu VaK. Podíl v rozpočtu znamená, že daný pracovník nemusí být zaměstnán na plný úvazek, tj. např. podíl 0,5 znamená, že pracovník bude trávit 50% pracovního času prací na VaK Roztoky, tj. že 50% pracovního času může být zaměstnán jinde”.

40. Skutečnost, že popis položek v tendrové kalkulaci, množství a podíl jsou fixní a uchazeč je nesmí jakkoliv upravovat, zadavatel potvrdil i v dodatečných informacích ke koncesní dokumentaci ze dne 17.8.2011, ve kterých na dotaz uchazeče – „z jakého důvodu je vyžadován uvedený podíl jednotlivých profesí? V rámci optimalizace lze funkce sdružit, není např. třeba zaměstnávat na půl úvazku ekonom a půl úvazku specialistu tvorby cen, ekonom by měl obě agendy zvládnout spolu s dalšími obcemi, v tom případě bychom mohli uvádět poměrnou část jeho roční odměny, určenou podle podílu zadavatele na celkovém obratu” – zadavatel odpověděl, že „uvedený podíl vychází ze zkušenosti zadavatele a analýzy efektivity prací současného provozovatele. Jak uvádíte ekonom je zahrnut v rozpočtu jen podílem 0,5, tj. očekáváme, že bude pracovat u provozovatele i na jiných pracovištích. Totéž se týká cenaře. Poměry v rozpočtu uváděné nelze měnit, jsou stanoveny jako srovnávací základna pro uchazeče v rámci soutěže a jako minimální požadavek zadavatele na zajištění služby. V žádném případě nelze povolit uvedení poměrné části odměny podle podílu zadavatele na celkovém obratu u provozovatele, toto stanovení neodpovídá skutečnosti a porušuje zásady rovného zacházení s uchazeči. Tudíž žádné poměry z obratu či stanovení režii procentem z velikosti zakázky povolit nelze, zadavatel bude režii kontrolovat v rámci tendru i provozování podle jasné, přesné, konkrétní, úplné a zejména kontrolovatelné kalkulace a tudíž ji požaduje i od uchazečů”.

41. Zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem tři nabídky, které podal navrhovatel, vybraný uchazeč a uchazeč VHS Benešov. Jak vyplývá z nabídek:
- uchazeč VHS Benešov provedl ocenění tendrové kalkulace podle zadávacích podmínek, tedy bez „racionalizace“,
 - navrhovatel provedl ocenění tendrové kalkulace podle zadávacích podmínek, současně v nabídce předložil jako samostanou část kalkulaci, označenou jako „Tendrová kalkulace – návrh racionalizace“, ve které ponížil podíly u položek č. 3.1 až 3.3 a počet osob u položky 3.7 správní režie,
 - vybraný uchazeč provedl ocenění tendrové kalkulace s „racionalizací“ přímo do nabídky, tato skutečnost vyplývá ze sdělení vybraného uchazeče ze dne 9.9.2011 k žádosti zadavatele o vysvětlení nabídky, kde např. na dotaz zadavatele, týkající se položky kalkulace správní režie č. 3.7 – mistr ČOV, z odpovědi vybraného uchazeče vyplývá, že na tuto pozici kalkuloval pouze s obsazením jedné osoby na plný úvazek, místo požadovaných dvou osob.
42. Skutečnosti uvedené v předchozím odstavci konstatovala i hodnotící komise v protokolu z jejího jednání ze dne 30.8.2011, ve kterém komise mj. uvedla, že „u nabídek navrhovatele a vybraného uchazeče byla provedena „racionalizace“, týkající se zejména mzdových prostředků, tj. potřeb zaměstnanců na provozování VaK zadavatele, které obě firmy považují za předdimenzované. Vnesením prvku „racionalizace“ do mzdových prostředků a na potřebu zaměstnanců se hodnocení ztížilo. U mezd nelze nalézt srovnatelnou základnu. Tuto základnu provede komise přepočtem podle „racionalizace“ provedené u jednotlivých uchazečů tak, aby získala srovnatelná data. K tomu potřebuje zadavatel získat informace od uchazečů, které získá dotazem na uchazeče.“
43. Zadavatel se v tomto smyslu dopisy ze dne 5.9.2011 obrátil na navrhovatele a vybraného uchazeče s žádostí o vysvětlení nabídky v souvislosti s kalkulací výrobní a správní režie. Jak vyplývá z protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 3.10.2011, resp. ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne, komise na základě rozborů obdržení vysvětlení nabídek nabídku navrhovatele vyřadila (k tomu také dále pod bodem 49. odůvodnění tohoto rozhodnutí), vysvětlení nabídky od vybraného uchazeče pak komise akceptovala. Komise dále v protokolu z jednání, resp. ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek, uvedla, že „porovnála nabídky a zjistila, že tak jak jsou uvedeny, jsou porovnatelné pouze zčásti, tj. někteří uchazeči provedli tzv. „racionalizaci“, a to pouze v oblasti mzdových prostředků, tedy podle vlastních zkušeností snížili mzdy na některé pracovníky, které požadoval zadavatel. Provedenou „racionalizací“ došlo ve mzdové oblasti k distorzi mezi nabídkami, neboť uchazeč VHS Benešov „racionalizací“ neprovedl a navrhovatel a vybraný uchazeč „racionalizací“ provedli (navrhovatel tzv. pod čarou, vybraný uchazeč přímo do nabídky), a to prakticky identickou (snížení mistra ČOV ze 2 na 1 a ponížení procentního podílu některých dalších pracovníků). Hodnotící komise tedy provedla hodnocení s cenami uvedenými z nabídek a dále provedla stejnou „racionalizaci“ jakou provedli navrhovatel a vybraný uchazeč i u nabídky uchazeče VHS Benešov a to tak, aby byla v jeho nabídce vždy nižší cena z porovnávaných nabídek v dané části. Komise tak mohla stanovit pořadí nabídek před provedením „racionalizace“ pouze s hodnotami, které nabídky obsahují (pozn. Úřadu tj. v případě vybraného uchazeče s „racionalizací“ a u ostatních dvou uchazečů bez „racionalizace“). Dále hodnotící komise stanovila pořadí nabídek i po provedené „racionalizací“, tj. po snížení ceny u uchazeče VHS Benešov podle racionalizace u vybraného uchazeče a navrhovatele, a tím

došla k porovnatelným nabídkám." Po vyřazení nabídky navrhovatele provedla komise hodnocení nabídek před „racionalizací“ počtu pracovníků, tedy podle hodnot uvedených v nabídkách u vybraného uchazeče a uchazeče VHS Benešov, a pro kontrolu hodnocení nabídek po racionalizaci provedené u uchazeče VHS Benešov s tím, že pořadí nabídek je v obou případech stejné – nejvhodnější nabídku podal vybraný uchazeč.

44. Pozn. Úřadu: v protokolu z jednání hodnotící komise je uvedeno, že při hlasování o uvedených závěrech komise se jeden ze členů hodnotící komise zdržel hlasování a to z důvodu, že podle jeho názoru je „nutno hodnotit nabídky dle závazné tendrové kalkulace, není možné hodnotit nabídky dle optimalizace (racionalizace), která nebyla součástí zadání ani kritériem“. Chybný postup člen komise spatřuje rovněž ve „vypracování racionalizace u jednoho z uchazečů bez jeho spolupráce“.
45. Zadavatel následně dne 3.10.2011 rozhodl ve smyslu závěrů hodnotící komise o výběru nejvhodnější nabídky, kterou podal vybraný uchazeč.

Závěry Úřadu

46. Jak vyplývá z výše uvedených zjištění, nabídka vybraného uchazeče nebyla podána v souladu s požadavky zadavatele uvedenými v koncesní dokumentaci, podle kterých byl popis položek, množství a podíl uvedený v tendrové kalkulaci fixní a uchazeč jej nesměl jakkoliv upravovat. Tím, že vybraný uchazeč provedl v nabídce „racionalizaci“ položek správní režie, nedodržel požadavky zadavatele uvedené v koncesní dokumentaci a jeho nabídka tak nebyla srovnatelná a hodnotitelná na jednom společném základě s nabídkami ostatních uchazečů, neboť vybraný uchazeč tímto způsobem kalkuloval náklady na správní režii na základě nižších objemů než bylo zadavatelem předepsáno. Na této skutečnosti nic nemění fakt, že vybraný uchazeč sice formálně dodržel předepsanou strukturu tendrové kalkulace, neboť jím kalkulované hodnoty nebyly v dílčích případech stanoveny na základě zadavatelem v tendrové kalkulaci fixně stanovených množství a podílů. Postupem zadavatele, resp. hodnotící komise, spočívajícím v tom, že nesoulad nabídky vybraného uchazeče se zadávacími podmínkami byl řešen „racionalizací“ kritériálních hodnot i u ostatních nabídek – v případě uchazeče VHS Benešov to za uchazeče provedl dle svého uvážení zadavatel – tak, aby byly nabídky srovnatelné na společném základě, pak nebyla rovněž dodržena zásada transparentnosti v koncesním řízení.
47. Úřad na základě uvedených zjištění proto konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 zákona o veřejných zakázkách v návaznosti na § 11 odst. 2 koncesního zákona tím, že hodnotící komise z důvodu nesplnění požadavků zadavatele uvedených v koncesní dokumentaci nabídku vybraného uchazeče nevyřadila a zadavatel vybraného uchazeče nevyločil z účasti v koncesním řízení. Zadavatel výše uvedeným postupem současně nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 3a koncesního zákona, tím, že pro účely hodnocení nabídek prováděl přepočítání kritériálních hodnot v nabídkách tak, aby byly nabídky srovnatelné na společném základě, přičemž postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel nabídku vybraného uchazeče vybral jako nejvhodnější.

Vyloučení navrhovatele

48. Zadavatel rozhodnutím ze dne 3.10.2011 navrhovatele vyloučil z účasti v koncesním řízení. V odůvodnění svého rozhodnutí zadavatel cituje podstatné části z obsahu protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 3.10.2011, resp. ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne, které obsahují „rozbor“ odpovědí navrhovatele na žádost hodnotící komise o vysvětlení jeho nabídky, včetně závěru učiněného hodnotící komisí, ve kterém komise uvádí, že „navrhovatel v rámci vysvětlení na dotazy zadavatele prokázal nesplnění zadávací dokumentace a pokus o protiprávní jednání a musí být z dalšího řízení vyloučen.“ Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele uvedené citace pak pouze doplňuje o konstatování, že se „ztotožnil s doporučením hodnotící komise a vylučuje navrhovatele z koncesního řízení.“
49. Z protokolu z jednání hodnotící komise ze dne 3.10.2011, resp. ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne, v této souvislosti vyplývá:
- Hodnotící komise si v žádosti o vysvětlení nabídky za účelem posouzení kalkulace výrobní režie od navrhovatele vyžádala kopie technických průkazů vozidel, kterými bude navrhovatel při provozování VaK disponovat. Po jejich obdržení komise konstatovala, že „v rámci dodatečných informací zadavatel stanovil požadavky na stáří techniky, se kterou má být zakázka plněna. Z navrhovatelem předložených technických listů je zřejmé, že navrhovatel nesplnil požadavky zadavatele, vyplývající z dodatečných informací, a hodlá provozovat správu VaK na starých strojích. Navrhovatel nesplnil požadavky zadavatele a musí být vyloučen.“
 - Hodnotící komise si v žádosti o vysvětlení nabídky za účelem posouzení kalkulace správní režie od navrhovatele vyžádala vysvětlení kalkulace u položky 3.9 odečítač vodoměrů (viz výpis z tendrové kalkulace správní režie, uvedený pod bodem 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na základě obdrženého vysvětlení hodnotící komise konstatovala, že „vysvětlení navrhovatele, že nebude muset za odečítače vody odvádět odvody, protože ho zaměstná na dohodu o provedení práce, je nelegální a v rozporu s právem ČR a zadavatel musí takového uchazeče ze zákona odmítnout. Hodnotící komise rozhodla o vyloučení navrhovatele z důvodů nesouladu kalkulace s právem ČR.“
50. K závěrům hodnotící komise, použitým zadavatelem jako odůvodnění jeho rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, Úřad uvádí, že koncesní dokumentace ani její přílohy žádný požadavek zadavatele, co se týče „stáří vozového parku“ dodavatele, neobsahuje. Tendrová kalkulace výrobní režie pouze taxativně specifikuje počty kusů požadovaných vozidel (položky 1.2 až 1.4 tendrové kalkulace) pro stanovení odpisů, jako nákladů zahrnutých do kalkulace výrobní režie. V šetřeném případě tedy byly uvedeným postupem zadavatele – a to formou dodatečných informací č. 2 ze dne 17.8.2011, ve kterých zadavatel stanovil maximálně přípustné stáří u techniky, kterou hodlají uchazeči nasadit na provozování VaK – podstatným způsobem a v průběhu koncesního řízení, měněny zadávací podmínky, přičemž charakterem požadavku se zřejmě jednalo o požadavky na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů.
51. Institut dodatečných informací může sloužit pouze k odstranění nejasností, které v zadávací dokumentaci jsou, případně k upřesnění málo konkrétních či sporných informací (viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp.zn. 62 Af 5/2010 ze dne 6.10.2011). Pokud zadavatel měl v této souvislosti nějaké limitující požadavky, měl je jednoznačně formulovat v zadávacích

podmínkách, a to zřejmě již v kvalifikační dokumentaci. Pouze v takovém případě byl zadavatel oprávněn posuzovat splnění takto stanovených podmínek a požadavků, a to pak u všech uchazčů, nejen tedy u jednoho z nich tak jak tomu bylo v šetřeném případě.

52. Co se týče druhého důvodu vyloučení navrhovatele, tj. údajného „nesouladu jeho kalkulace s právem ČR“, Úřad konstatuje, že odůvodnění předmětného rozhodnutí zadavatele postrádá konkrétní specifikaci zákonné normy a jejího ustanovení, které měl navrhovatel v tomto smyslu porušit.
53. Vycházejí z uvedených zjištění a závěrů Úřad konstatuje, že postup hodnotící komise při posouzení nabídky navrhovatele, resp. vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, nebylo z výše uvedených důvodů provedeno transparentním způsobem. Zadavatel v této souvislosti tedy nedodržel tuto základní zásadu postupu zadavatele v koncesním řízení stanovenou v § 3a koncesního zákona. Uvedený postup zadavatel mohl podstatně ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky, neboť nabídka navrhovatele byla co se týče dílčího kritéria ceny pro vodné a stočné s váhou 95 % výhodnější, než nabídka uchazeče VHS Benešov, tedy jediné další nabídce, která měla být zadavatelem hodnocena.

Ad II. výroku – uložení nápravného opatření

54. Podle § 25 odst. 1 koncesního zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele.
55. Vycházejí ze závěrů uvedených v odůvodnění bodu I.1. a bodu I.2. výroku tohoto rozhodnutí Úřad konstatuje, že zadavatel v koncesním řízení nedodržel koncesní zákon již při koncipování oznámení o zahájení koncesního řízení a kvalifikační dokumentace (bod I.1. výroku toho rozhodnutí), resp. při posuzování prokázání splnění kvalifikace (bod I.2. výroku toho rozhodnutí), přičemž zjištěné skutečnosti mohly podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Uvedenou situaci, vzhledem k tomu, že nabídky již byly podány, není tedy možné napravit jiným způsobem, než uložení nápravného opatření ve smyslu § 25 odst. 1 koncesního zákona, spočívajícím ve zrušení koncesního řízení „Výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky“ tak, jak je uvedeno v bodě II. výroku tohoto rozhodnutí.

K postupu zadavatele a k argumentům účastníků řízení, ke kterým se Úřad nevyjádřil výše v odůvodnění

56. Úřad z dokumentace zjistil, že navrhovatel neobdržel oznámení zadavatele o výběru nejhodnější nabídky, ačkoliv navrhovatel byl v pozici dotčeného uchazeče (viz § 12 odst. 2 koncesního zákona, resp. § 81 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách). Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě tato skutečnost neovlivnila proces přezkumu koncesního řízení u Úřadu a zejména vzhledem k tomu, že Úřad předmětné koncesní řízení ruší, nebylo nutné dále zkoumat otázku ovlivnění výběru nejhodnější nabídky v souvislosti s tímto postupem zadavatele.
57. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení stanovil, že „požaduje předložení bankovní záruky za řádné a včasné plnění činnosti (realizace díla uchazečem), tj. garanci

za splnění smluvního ujednání ... výše této bankovní záruky činí 10 mil. Kč“. Úřad v této souvislosti poukazuje na ustanovení § 7 odst. 3 koncesního zákona, resp. § 50 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách, podle kterého je veřejný zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky (pozn.: v šetřeném případě se nejedná o složení jistoty, která byla v zadavatelem v kvalifikační dokumentaci stanovena ve smyslu § 67 zákona o veřejných zakázkách ve výši 2 mil. Kč). Úřad konstatuje, že požadavek zadavatele na předložení bankovní záruky nesouvisí s prokazováním splnění kvalifikace, tj. s prokázáním schopnosti uchazeče plnit předmět zakázky. Proto zadavatel měl tento požadavek případně uplatnit až ve výzvě k podání nabídek. Vzhledem k tomu, že Úřad koncesní řízení ruší, nebylo nutné dále zkoumat otázku ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v souvislosti s tímto postupem zadavatele.

58. K argumentaci navrhovatele uplatněné v jeho návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v tom smyslu, že zadavatel porušil § 12 odst. 3 a § 3a koncesního zákona, v návaznosti na § 111 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, tím, že řádně neodůvodnil svoje rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele, resp. tím, že rozhodnutí o námitce a rozhodnutí o vyloučení navrhovatele si navzájem věcně a skutkově odporují, Úřad uvádí, že již výše (viz body 48. až 53. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad konstatoval nedodržení zásady transparentnosti postupu zadavatele v koncesním řízení při vyřazení nabídky navrhovatele a jeho vyloučení z účasti v koncesním řízení. Následný přezkum námitek navrhovatele byl tedy již od počátku stížen touto vadou a posouzení této věci je tedy konzumováno nesprávným postupem zadavatele při vyloučení navrhovatele. Vzhledem k tomu, že Úřad předmětné koncesní řízení ruší, nebylo však dále nutné dále zkoumat otázku ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v souvislosti s postupem zadavatele při přezkoumání námitek navrhovatele.
59. K vyjádření zadavatele ze dne 16.11.2011 k návrhu navrhovatele, ve kterém zadavatel neuvádí k návrhu navrhovatele žádné konkrétní skutečnosti, ale pouze odkazuje na svou argumentaci v rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele, Úřad konstatuje že argumentaci zadavatele zohlednil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, a to v částech „posouzení a hodnocení nabídek“ a „vyloučení navrhovatele“ odůvodnění.
60. Ke stanovisku navrhovatele ze dne 13.12.2011, ve kterém navrhuje, aby bylo sloučeno správní řízení zahájené na základě návrhu navrhovatele se správním řízením k podnětu navrhovatele ze dne 7.11.2011 k přezkumu úkonů zadavatele, resp. aby se součástí podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení staly i informace a údaje, které byly obsahem podaného podnětu, včetně přiložených důkazů v podobě příslušných dokumentů a odkazů, Úřad uvádí následující. Co se týče požadavku na sloučení správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele a „správního řízení k podnětu navrhovatele k přezkumu úkonů zadavatele“ Úřad konstatuje, že v šetřeném případě Úřad vede pouze jedno správní řízení, a to správní řízení zahájené na návrh navrhovatele ze dne 7.11.2011 ve smyslu ustanovení § 24a koncesního zákona. Další správní řízení, a to ani z moci úřední Úřad v této věci nezahájil a proto je žádost navrhovatele v tomto smyslu bezpředmětná. Skutečnosti uváděné navrhovatelem, v jeho podnětu ze dne 7.11.2011 jsou zčásti konzumovány zjištěními Úřadu, se kterými Úřad účastníky řízení seznámil v usnesení ze dne 8.12.2011, ve kterém Úřad z moci úřední doplnil vlastní zjištění (nad rámec návrhu navrhovatele), vyplývající z dokumentace koncesní smlouvy. Zbývající, v podnětu navrhovatele namítané skutečnosti, Úřad neposoudil jako postup zadavatele, který by nebyl v souladu s koncesním zákonem, resp. jako postup který by mohl

podstatně ovlivnit, resp. podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Co se týče návrhů přiložených „důkazů“ v podobě příslušných dokumentů, Úřad konstatuje, že přílohou podnětu navrhovatele byla kvalifikační dokumentace koncesního řízení a koncesní dokumentace, včetně jejich příloh, tedy dokumentů, které jsou součástí dokumentace koncesního řízení, kterou Úřad měl od zadavatele ve smyslu ustanovení § 24b odst. 6 koncesního zákona pro své šetření k dispozici. Úřad tedy v tomto smyslu konstatuje, že při posouzení věci vycházel z této dokumentace pořízené zadavatelem a z obsahu vyjádření účastníků řízení, podaných v průběhu tohoto správního řízení. Dokumentace koncesního řízení proto byla jedním z podkladů pro vydání tohoto rozhodnutí.

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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Město Roztoky, Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky
2. STAVOKOMPLET spol.s r.o., Zápy, Královická 251, 250 01 Brandýs nad Labem
3. Severočeské vodovody a kanalizace, a.s., Přítkovská 1689, 415 50 Teplice

Vypraveno dne:

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