



UOHSX0049740

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R30,31/2012/KO-8999/2012/310/ASc

V Brně dne: 8. června 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 20. 2. 2012, podaném zadavatelem –

- městem **Roztoky**, IČ 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky, a o rozkladu ze dne 20. 2. 2012 podaném vybraným uchazečem –
- společností **Severočeské vodovody a kanalizace, a. s.**, IČ 49099451, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe ze dne 3. 2. 2012 ve věci přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele učiněných v koncesním řízení podle § 6 an. zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů, na „**Výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky**“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 9. 2. 2011 pod evidenčním číslem 60056353, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **STAVOKOMPLET, spol. s r. o.**, IČ 47052945, se sídlem Zápy, Královická 251, 250 01 Brandýs nad Labem,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe ze dne 3. 2. 2012

potvrzují

a podané rozklady

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Město Roztoky, IČ 00241610, se sídlem Náměstí 5. května 2, 252 63 Roztoky, (dále též jen „**zadavatel**“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 9. 2. 2011 pod evidenčním číslem 60056353 oznámení koncesního řízení s názvem „Výběr provozovatele vodovodního a kanalizačního systému města Roztoky“.¹
2. Úřad jako orgán příslušný podle § 24 koncesního zákona obdržel dne 8. 11. 2011 návrh společnosti STAVOKOMPLET, spol. s r. o., IČ 47052945, se sídlem Zápy, Královická 251, 250 01 Brandýs nad Labem (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětném koncesním řízení, neboť zadavatel nevyhověl námitkám navrhovatele podaným proti rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v koncesním řízení ze dne 3. 10. 2011. Ke dni 8. 11. 2011 tedy bylo ve smyslu § 24a koncesního zákona zahájeno správní řízení, za jehož účastníky Úřad označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče – společnost Severočeské vodovody a kanalizace, a. s., IČ 49099451, se sídlem Přítkovská 1689, 415 50 Teplice (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Jak vyplynulo z podaného návrhu, navrhovatel byl společně s vybraným uchazečem vyzván k písemnému vysvětlení nabídek. Hodnotící komise však písemné vysvětlení navrhovatele neakceptovala a nabídku navrhovatele vyřadila z dalšího hodnocení a navrhovatele posléze z další účasti v zadávacím řízení vyloučila. Navrhovatel trval na tom, že požadavek, pro jehož nesplnění byl vyloučen, nebyl zadavatelem uplatněn ani jako kvalifikační předpoklad, ani jako podmínka v koncesní dokumentaci. Navrhovatel v podaném návrhu dále uvedl, že nabídka vybraného uchazeče nespĺnila požadavky koncesní dokumentace na předepsaný počet jednotlivých pracovníků při kalkulaci nákladů výrobní a správní režie. U tohoto uchazeče zadavatel připustil tzv. „racionalizaci“, tj. snížení zadavatelem předepsaného počtu jednotlivých pracovníků za účelem lepšího hodnocení nabídky. Navrhovatel zadavateli rovněž vytkl, že před hodnocením nabídek prováděl předběžné hodnocení a upravoval kritériální hodnoty tak, aby nabídky mohly být porovnatelné. Navrhovatel konečně napadl také odůvodnění rozhodnutí o námitkách navrhovatele v tom smyslu, že si věcně a skutkově odporuje s rozhodnutím o vyloučení navrhovatele. Z uvedených důvodů navrhovatel požadoval zrušení rozhodnutí o svém vyloučení z účasti v koncesním řízení a navrhl Úřadu, aby zadavateli uložil povinnost provést nové posouzení a hodnocení nabídek.
4. Zadavatel ve svém vyjádření k zahájenému správnímu řízení odkázal na své rozhodnutí o námitkách navrhovatele, neboť návrh námitky kopíruje.
5. Vybraný uchazeč k věci uvedl, že postup zadavatele považuje za učiněný v souladu s koncesním zákonem i ZVZ.

¹ 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 v době provedení úkonů jednotlivých účastníků řízení, není-li uvedeno jinak.

II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 3. 2. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 51 odst. 4 ZVZ v návaznosti na § 7 odst. 3 koncesního zákona tím, že v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení vyloučil možnost prokázání splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele; nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace stanovené v § 3a koncesního zákona v návaznosti na § 7 odst. 3 téhož zákona a na § 59 odst. 4 ZVZ 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 žádost 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; nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 ZVZ v návaznosti na § 11 odst. 2 koncesního zákona při posouzení nabídky vybraného uchazeče 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; nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 3a koncesního zákona 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 v bodech 3 a 4 části I. výroku tohoto rozhodnutí podstatně ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Jako opatření k nápravě Úřad podle § 25 odst. 1 koncesního zákona předmětné koncesní řízení zrušil.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval porušením § 51 odst. 4 ZVZ. Z citovaného ustanovení, 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). Tomu odpovídají i závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 11. 2011, č. j. 5 Afs 77/2010. Podmínkou, stanovenou pod bodem 5.6 kvalifikační dokumentace 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. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť z výše uvedených důvodů mohl mít vliv na počet podaných nabídek, protože potenciální dodavatelé před podáním nabídky zvažují, zda jsou schopni zajistit požadované plnění, samostatně nebo za pomoci subdodavatele, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

8. Pokud jde o postup zadavatele, který ve smyslu § 59 odst. 4 ZVZ požádal tři ze čtyř uchazečů o písemné objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších dodatečných informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace, konstatoval Úřad, že zadavatel nejednal vůči všem dodavatelům stejně, 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. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že by dodavatel Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. – 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.
9. Co se týče porušení pravidel ZVZ při posouzení a hodnocení nabídek, zjistil Úřad, že zadavatel obdržel od navrhovatele nabídku, v níž tento provedl ocenění tendrové kalkulace podle zadávacích podmínek, současně však v nabídce předložil jako samostatnou 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. Obdobně i 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. Hodnotící komise následně shledala, že vnesením prvku „racionalizace“ do mzdových prostředků a na potřebu zaměstnanců se hodnocení ztížilo, neboť u mezd nelze nalézt srovnatelnou základnu. Tuto základnu proto provedla hodnotící komise přepočtem podle „racionalizace“ provedené u jednotlivých uchazečů tak, aby získala srovnatelná data. Za tímto účelem se zadavatel 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 obdržených vysvětlení nabídek nabídku navrhovatele vyřadila, avšak vysvětlení nabídky od vybraného uchazeče 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. 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 (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 bylo v obou případech stejné – nejhodnější nabídku podal vybraný uchazeč. 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. Úřad na základě uvedených zjištění proto dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 ZVZ 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 nedodržel zásadu transparentnosti uvedenou v § 3a koncesního zákona tím, že pro účely hodnocení nabídek prováděl přepočty kritériálních hodnot v nabídkách tak, aby byly nabídky srovnatelné na společném základě, přičemž postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel nabídku vybraného uchazeče vybral jako nejhodnější.

10. K vyloučení navrhovatele Úřad uvedl, že koncesní dokumentace ani její přílohy žádný požadavek zadavatele týkající se „stáří vozového parku“ dodavatele neobsahuje. Tendrová kalkulace výrobní režie pouze taxativně specifikuje počty kusů požadovaných vozidel pro stanovení odpisů jako nákladů zahrnutých do kalkulace výrobní režie. V šetřeném případě tedy byly uvedeným postupem zadavatele, a to formou dodatečných informací, ve kterých zadavatel stanovil maximálně přípustné stáří u techniky, podstatným způsobem a v průběhu koncesního řízení, měněny zadávací podmínky, přičemž charakterem požadavku se zřejmě jednalo o požadavky na prokazování splnění technických kvalifikačních předpokladů. 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 by byl oprávněn posuzovat jejich splnění, a to pak u všech uchazečů, nejen tedy u jednoho z nich tak jak tomu bylo v šetřeném případě. 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 porušit. Postup hodnotící komise při posouzení nabídky navrhovatele, resp. vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, nebylo z výše uvedených důvodů provedeno transparentním způsobem. 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.
11. Jelikož zadavatel v koncesním řízení nedodržel koncesní zákon již při koncipování oznámení o zahájení koncesního řízení a kvalifikační dokumentace (bod I.1. výroku rozhodnutí), resp.

při posuzování prokázání splnění kvalifikace (bod I.2. výroku rozhodnutí), přičemž zjištěné skutečnosti mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a vzhledem k tomu, že nabídky již byly podány, nebylo podle Úřadu možné pochybení zadavatele napravit jiným způsobem, než zrušením koncesního řízení ve smyslu § 25a koncesního zákona.

12. Závěrem se Úřad vyjádřil i k některým dalším otázkám, které byly předmětem návrhu. Úřad nezkoumal dopady toho, že navrhovatel neobdržel oznámení zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, neboť se předmětné koncesní řízení ruší. Dále uvedl, že požadavek zadavatele na předložení bankovní záruky nesouvisí s prokazováním splnění kvalifikace, a 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. K nedostatečnému odůvodnění rozhodnutí o námitkách navrhovatele Úřad konstatoval, že bylo prokázáno 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. Konečně, co se týče požadavku na sloučení správního řízení zahájeného na návrh navrhovatele a „správního řízení k podnětu navrhovatele k přezkumu úkonů zadavatele“, 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.

III. Námitky rozkladů

Rozklad zadavatele

13. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad zadavatele. Úvodem zadavatel uvádí, že z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se celou problematikou Úřad zabýval vágně a nedostatečně, což je podle mínění zadavatele dáno pravděpodobně nedostatečnou erudicí v oblasti vodohospodářství; rozhodnutí je i přes svůj rozsah obecné a nekonkrétní, navíc je pro zadavatele odůvodnění napadeného rozhodnutí od bodu 33. nesrozumitelné jak pro svoji strukturu, tak pro způsob citací, opisů a pozměňování textu. Zadavatel trvá na tom, že postupoval v koncesním řízení zcela v souladu s právními předpisy a že v něm dodržel zásady rovného zacházení, transparentnosti a zákazu diskriminace. Navíc se odůvodnění nezabývá celou argumentací zadavatele tak, jak je založena ve správním spisu, Úřad pomínul logické závěry zadavatele a příslušný referent zadavateli neumožnil podat vysvětlení k postupům v koncesním řízení s odkazem na to, že v první instanci se rozhoduje jen podle předložené dokumentace, a pokud nemá zadavatel další podklady, není obvyklou praxí ústní vysvětlení účastníků řízení přijímat. Výše uvedené nedostatky zakládají nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Zadavatel vytýká Úřadu také porušení zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), v ustanovení o lhůtách pro vydání rozhodnutí a nahlížení do spisu (jímž nazývá vysvětlení podané navrhovatelem).

14. Ve vztahu k výroku I. bodu 1. napadeného rozhodnutí uvádí zadavatel nejprve, že účelem koncesního řízení je předně účelné a efektivní vynakládání veřejných prostředků, nikoli preference jistých klientů či zvýhodňování vybraných skupin dodavatelů. Stanovení procentního limitu na prokázání kvalifikace pomocí subdodavatelů nebylo porušením zákona, neboť uchazeči mající o zakázku zájem, tento limit splnili. Hovořit proto v této souvislosti o skryté diskriminaci je zcela zavádějící a nekorektní, neboť žádný zájemce o uzavření koncesní smlouvy reálně zkrácen či jinak dotčen na svých právech nebyl. Zadavatel se omezením procentního rozsahu prokazování kvalifikace subdodavately snažil zamezit riziku nepřijemností a jeho postup plně odrážel péči řádného hospodáře při nakládání s majetkem obce. Zadavatel se snažil zabránit „rozprodání“ zakázky subdodavatelům a jejich snaze aplikovat marže a zisky. Co se týče rozsudku Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5 Afs 77/2010, má zadavatel zato, že jeho postup byl naprosto v souladu s tímto rozsudkem. Úřadem citovaná část je totiž pouze citací z rozsudku Krajského soudu v Brně, s níž Nejvyšší správní soud nesouhlasil a připustil možnost zadavatele vymínit si plnění části zakázky bez subdodavatele. Má-li tedy uchazeč plnit 80 % zakázky sám bez subdodavatelů, což je, jak potvrdil Nejvyšší správní soud, zcela legitimní, pak je stejně oprávněný i požadavek, aby byla zajištěna odbornost osoby schopné prokázat alespoň 80 % referencí sama bez subdodavatelů. Vzhledem k tomu, že pojistná smlouva je nepřenosná, neboť je závazkem třetí strany, je logický požadavek na její kvalifikační zajištění bez subdodavatele, neboť k němu zadavatel nemá žádný vztah, a tedy by takový závazek byl nevymahatelný. Na podporu svého názoru odkazuje zadavatel na článek Ing. Petra Vrbky v časopise Stavebnictví, č. 04/08 „Kvalifikace dodavatelů – úskalí prokazování kvalifikace“, které se mj. opírá i o rozhodovací praxi samotného Úřadu. S odkazem na znění § 44 odst. 6 ZVZ tak zadavatel dospívá k závěru, že využije-li zadavatel zákonnou možnost omezit plnění části předmětu veřejné zakázky, resp. koncese, subdodavatelem, postrádá logiku, aby pro takovou část plnění koncese prokazoval dodavatel kvalifikaci prostřednictvím subdodavatele, kterého zadavatel v části koncese nepřipouští. Navíc zadavatel podotýká, že požadavek na omezení subdodavatele vyplývá i z části 4.7.4 Metodiky pro žadatele, rozvádějící podmínky přílohy č. 7 Programového dokumentu OPŽP Podmínky přijatelnosti vodohospodářských projektů pro Operační program Životní prostředí v programovém období 2007-2013 verze 2.1; tyto podmínky jsou pro zadavatele závazné. Totéž lze aplikovat i na vyloučení možnosti prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a) ZVZ pomocí subdodavatele (novela ZVZ počítá s čestným prohlášením uchazeče, tj. nebude již vyžadováno, aby uchazeči předkládali zadavateli výši svého obratu či pojistnou smlouvu prokazující pojištění odpovědnosti za způsobenou škodu). Domnělé porušení tak ztrácí s účinností novely ZVZ oporu v zákoně, a je tedy bezpředmětné, aby Úřad na svém právním závěru setrval.
15. K výroku I. bod 2. zadavatel uvádí, že hodnocení listin týkajících se prokázání kvalifikace bylo zcela transparentní a řádně zpracované; závěr Úřadu svědčí o nedostatečné orientaci v předložených dokumentech. Komise hodnotila nedostatky, které se projevíly v nabídkách navrhovatele a uchazeče Vodohospodářská společnost Benešov, s. r. o., jako nesrovnalosti, které mohou být odstraněny dotazem, tj. nesrovnalosti marginálního charakteru. Naproti tomu nedostatky v nabídce uchazeče Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. byly neodstranitelné a zásadní, které nebylo možné výzvou k doplnění nabídky zhojit. Zadavatel má zato, že kdyby naposledy zmíněného uchazeče vyzval k doplnění kvalifikace,

diskriminoval by ty uchazeče, kteří podali vesměs akceptovatelné nabídky. Možnou diskriminací se ostatně zabýval zadavatel i v rozhodnutí o nevyhovění námítce uchazeče Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. Zadavatel má zato, že argumentací *reductio ad absurdum* by zadavatel byl povinen vyzvat uchazeče k doplnění i zcela prázdných nabídek, resp. i v situaci, kdy by doplněná nabídka stejně musela být hodnotící komisí následně vyřazena pro jiné nedostatky.

16. Co se týče výroku I. bodu 3. a 4. napadeného rozhodnutí, konstatoval zadavatel v podaném rozkladu, že jeho zdůvodnění jde zcela mimo faktický stav věci, navíc se jedná prakticky pouze o popis dokumentace koncesního řízení, aniž Úřad dospívá ke konkrétním zjištěním. Zadavatel rekapituluje, že nabídka vybraného uchazeče byla v souladu s koncesní dokumentací ve všech částech. Pole rozpočtu definující předmět zakázky, tj. popis položek, měrná jednotka, množství a podíl byl u všech nabídek shodný, tj. v souladu s požadavkem zadavatele. Jediné, v čem se nabídky lišily, byly pole „Cena v Kč/měrnou jednotku“. Zadavateli není zřejmé, na základě čeho orgán dohledu dospěl k závěru, že nabídka vybraného uchazeče nesplnila zadávací podmínky. K provedené „racionalizaci“ zadavatel uvádí, že se jedná o pojem nabídky navrhovatele, který hodnotící komise převzala, avšak který vybraný uchazeč nikdy nepoužil. Předmět nabídky, tj. části rozpočtu v polích popis položek, měrná jednotka, množství a podíl byly u všech nabídek dodrženy. Zadavatel může cenu kontrolovat pouze ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně; testem podle § 77 ZVZ prošla jak nabídka vybraného uchazeče, tak navrhovatele, který usvědčil sám sebe a byl z koncesního řízení po právu vyloučen. K „racionalizaci“ pak zadavatel uvedl, že tu prováděla hodnotící komise v návaznosti na § 9 koncesního zákona, kdyby pořadí uchazečů s hodnotami z nabídek před racionalizací bylo stejné jako po racionalizaci; ta však byla pouze pomocnou institucí pro hodnotící komisi, aby věděl, zda jednáním o nabídkách podle § 9 koncesního zákona nemůže dosáhnout lepší ceny. Vzhledem k pořadí nabídek (nabídkovým cenám) i s ohledem na vyloučení navrhovatele, došla hodnotící komise k závěru, že jednání podle § 9 koncesního zákona je zbytečné. Právě s ohledem na pořadí nabídek před a po racionalizaci nerozumí zadavatel závěru o jeho možném ovlivnění. Aby k němu mohlo dojít, musel by zadavatel zasáhnout do mechanismu hodnocení. Zadavatel nestanovil žádné nové podmínky oproti koncesní dokumentaci, pouze ji blíže specifikoval, aby odstranil případné nejasnosti. Nešlo o požadavky mimo rámec běžných obchodních zvyklostí, neboť na zastaralých strojích nelze provádět požadované práce. Vyloučený uchazeč – navrhovatel zapříčinil postup zadavatele sám svou liknavostí, neboť mohl např. v rámci koncesního řízení prohlásit, že stroje, které nemá v požadovaném stáří a kvalitě, bude pronajímat u subdodavatele.
17. Závěrem se zadavatel vyjadřuje k dalším bodům napadeného rozhodnutí. K bodu 52. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že se jedná o § 75 zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákoník práce“), dohoda o provedení práce byla omezena rozsahem 150 hodin ročně. K bodu 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že mu není zřejmé, v čem si rozhodnutí o námítkách navrhovatele a rozhodnutí o vyloučení navrhovatele protiřečí; zadavatel má zato, že drží konstantní linii svého uvažování. K bodu 59. napadeného rozhodnutí zadavatel podotýká, že jeho argumentace k věci nebyla vůbec připuštěna, Úřad nepřistoupil na ústní jednání, které zadavatel požadoval, a to pouze s odkazem na zaběhnuté zvyklosti. Zadavatel shrnuje, že se

Úřad nezabýval ani tolik rozborem výhrad a námitek uplatněných navrhovatelem, jako zrušení koncesního řízení opřel o vlastní zjištění.

18. Zadavatel proto z výše uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele zamítne a zároveň zruší předběžné opatření spočívající v zákazu uzavření koncesní smlouvy.

Rozklad vybraného uchazeče

19. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě rovněž rozklad vybraného uchazeče. Vybraný uchazeč vytýká bodu 19. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že Úřad nezohlednil první dva odstavce kvalifikační dokumentace pod bodem 5.6, ve kterých bylo stanoveno, že: „Pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit doklady podle § 51 odst. 4 ZVZ.(...)“. To, že zadavatel až následně (v dalších odstavcích) omezil možnost prokázání splnění kvalifikace subdodavately (čl. 5.5), na platnost předchozích odstavců nemá vliv. Nelze také opomenout důvody, pro které zadavatel následující odstavce doplnil. Orgán dohledu tedy nehodnotil kvalifikační dokumentaci jako celek. Zadavatel v souladu s § 44 odst. 6 ZVZ zcela nevyloučil plnění prostřednictvím subdodavatele. Právním výkladem lze však dospět k závěru, že v rozsahu, v jakém zadavatel určí, která část zakázky nesmí být plněna subdodavatelem, není dodavatel oprávněn prokázat subdodavately ani kvalifikační předpoklad. V daném případě byla tato část zakázky vymezena jako 80 % z konečné ceny zakázky, a proto v tomto rozsahu mohl zadavatel omezit i možnost prokázání kvalifikace subdodavatelem. Není tak pravdou, že zadavatel vyloučil prokázání splnění části kvalifikace subdodavately, ani není pravdou, že údajné vyloučení této možnosti mohlo vést ke skryté diskriminaci relevantních dodavatelů a k omezení počtu podaných nabídek. Vybraný uchazeč v této souvislosti poukazuje na povinnost dodavatelů znát relevantní právní předpisy, umět odhalit rozpor v koncesní dokumentaci (při vědomí přednosti zákonné úpravy), na jejich možnost reagovat na rozpor např. žádostí o dodatečné informace a podat nabídku při vědomí, že mohou být z koncesního řízení neoprávněně vyloučeni, což však mohou napadnout námitkami a návrhem na přezkum koncesního řízení u Úřadu. Tyto úvahy jsou však vzhledem k průběhu koncesního řízení pouze hypotetické. Žádný uchazeč nebyl z důvodu prokázání kvalifikace subdodavately vyloučen a žádný uchazeč taktéž nepodal námitky proti zadávacím podmínkám. Není tak naplněna podmínka pro zrušení koncesního řízení, tj. podstatné ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky.
20. K tvrzenému porušení povinnosti dodržet zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace tím, že zadavatel požádal o vysvětlení nabídky pouze tři ze čtyř uchazečů, vybraný uchazeč uvádí, že na toto koncesní řízení dopadá § 52 odst. 2 ZVZ, podle něhož je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast, což bylo v přezkoumávaném případě do 4. 4. 2011 do 17:00. Podle § 59 odst. 4 ZVZ je třeba rozlišovat mezi splněním kvalifikace na straně jedné a prokázáním kvalifikace na straně druhé. Pokud zadavatel umožní dodavatelům dodatečně písemně objasnit předložené informace nebo doklady nebo předložit další dodatečné informace či doklady i po době stanovené v § 52 odst. 2 ZVZ, je oprávněn vyzývat dodavatele k doložení informací v plném rozsahu, bez ohledu na to, jaké

doklady již má, s tou výjimkou, že ke každému jednotlivému kvalifikačnímu předpokladu dodavatel předložil alespoň nějakou požadovanou informaci či doklad. Jinými slovy, dodavatel musí splňovat kvalifikaci ve lhůtě podle § 52 odst. 2 ZVZ, ale pokud o ní nepředložil doklady, má zadavatel možnost si je nechat předložit dodatečně nebo si nechat vysvětlit doklady již předložené. Výzva k písemnému objasnění předložených informací je plně v kompetenci zadavatele, který není povinen podle § 59 odst. 4 ZVZ postupovat. Vybraný uchazeč tak má zato, že uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. i v případě postupu zadavatele podle § 59 odst. 4 ZVZ měl splňovat kvalifikaci již v době podle § 52 odst. 2 ZVZ. Orgán dohledu však pod bodem 28. napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel je povinen vyzvat i takového dodavatele, který ve lhůtě pro podání žádosti o účast a k prokázání splnění kvalifikace splnění příslušné části kvalifikace neprokázal vůbec. Takový výklad však je v rozporu se zásadou účelnosti, efektivnosti a hospodárnosti, neboť by tím docházelo k nedůvodným průtahům koncesního řízení. Jakýkoli dodavatel, který nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, by mohl být vyloučen až poté, co by byl vyzván a tuto povinnost opětovně nesplnil. Tím by byli zvýhodněni dodavatelé, kteří nepředložili žádnou informaci či doklad týkající se prokazování splnění kvalifikace. V daném konkrétním případě tak měla být především zodpovězena otázka, zda uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. byl zadavatele oprávněně nevyzván podle § 59 odst. 4 ZVZ, tedy zda alespoň v jednom kvalifikačním předpokladu vůbec neprokázal jeho splnění. Uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a.s. si nechal čestné prohlášení předvídané v čl. 5.1. odst. (4) kvalifikační dokumentace podepsat panem Petrem Vychodilem, v jehož případě však nebylo bez pochybností zřejmé, zda je k 4. 4. 2011 statutárním orgánem naposledy uvedeného uchazeče. Pokud se tedy měl uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. bránit proti svému vyloučení, měl ke dni 4. 4. 2011 doložit, že ke dni 25. 1. 2011 vzniklo panu Petru Vychodilovi členství v představenstvu, a že panu Mgr. Karlu Menclovi toto členství ke dni 24. 1. 2011 zaniklo. Pro zadavatele je navíc informace o změnách statutárního orgánu účinná až ode dne zveřejnění, tj. od zápisu do Obchodního rejstříku, k němuž došlo 20. 4. 2011 (viz k tomu § 29 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů). Zadavatel tudíž jednal v důvěře v zápis do Obchodního rejstříku a nebylo rovněž prokázáno, že by se o provedení zápisu dozvěděl dříve. Za této situace došlo jak k nesplnění základních kvalifikačních předpokladů podle bodu 5.1 koncesní dokumentace – předložení čestného prohlášení, tak k nesplnění kvalifikačního předpokladu – předložení výpisu z Rejstříku trestů za každého člena statutárního orgánu. Vybraný uchazeč je přesvědčen, že k vyloučení naposledy uvedeného uchazeče došlo v souladu se zákonem, a že tedy výrok I. bod 2. nemá oporu v provedených zjištěních.

21. K výroku I. bodu 3 napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč v první řadě uvedl, že si zadavatel vyhradil právo o nabídkách dále jednat ve smyslu § 7 odst. 5 písm. a) koncesního zákona, ale současně si vyhradil právo o nabídkách nejednat v případě, že jejich obsah bude zřejmý, a dalších jednání nebude proto třeba. K bodu 37. odůvodnění napadeného rozhodnutí vybraný uchazeč upozorňuje, že popis položek, množství a podíl jsou sice fixní a uchazeč je nesmí měnit, nicméně dojde-li k jejich úpravě, zadavatel může (nikoli musí) uchazeče z koncesního řízení vyloučit. Vybraný uchazeč dále trvá na tom, že neupravoval, neměnil ani nedoplňoval popisy položek, množství a podíl uvedený v tendrové kalkulaci, a tedy odmítá, že by jeho nabídka obsahovala jakkoli upravené, změněné nebo doplnění popisy položek, množství či podílů. Do listu „Vodné a stočné 2012“ vybraný uchazeč vyplnil

pouze procento zisku jak u vody pitné, tak u vody odpadní a výsledné částky výrobní a správní režie v souladu s Pokyny k vyplnění kalkulace, do listu „Náplň výrobní a správní režie k výpočtu ceny vodného a stočného“ pouze vyplnil příslušné tabulky, aniž by jakkoli upravil popis položek, množství a podíl. Dále do listu „Výkonové ukazatele a výpočet penalizací provozovatele v letech 2012-2021“ vyplnil pouze výši pokutového bodu a jméno a IČ. Zadavatel následně vybraného uchazeče vyzval k písemnému vysvětlení nabídky podle § 76 odst. 3 ZVZ. V podaném vysvětlení vybraný uchazeč spolehlivě vyvrátil pochybnosti o mimořádně nízkých nabídkových cenách nebo hodnotách; toto vysvětlení zadavatel akceptoval bez výhrad. Pojmem „racionalizace“ nemyslel zadavatel žádnou změnu či úpravu v tendrové kalkulaci, ale z obsahu úkonů zadavatele a logického výkladu se jednalo o úkony směřující k vyloučení podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu nebo hodnotu. U těchto položek vybraný uchazeč dodržel jak popis, tak množství a podíl. Orgán dohledu tak dospěl ke skutkově i právně vadnému závěru a výrok I. bod 3. napadeného rozhodnutí proto nemá žádné opodstatnění.

22. Konečně k poslednímu výroku I. bodu 4. vybraný uchazeč odkazuje na své vyjádření k výroku I. bodu 3 a nad jeho rámec konstatuje, že navrhovatelovo písemné vysvětlení nabídky zadavatel neakceptoval z důvodu, že navrhovatel v nabídce uvedl údaje, které jsou v rozporu s požadavky zadavatele uvedenými v zadávacích podmínkách. Ve skutečnosti také nedošlo k žádnému přepočtu kritériálních hodnot, pouze zadavatel akceptoval vysvětlení vybraného uchazeče, avšak navrhovatele nikoli. V tomto postupu nelze spatřovat porušení zásady transparentnosti. Zadavatel pouze nevhodně používá termín „racionalizace“ pro mimořádně nízké nabídkové ceny a hodnoty navrhovatele. Navrhovatel totiž vytvořil a uváděl v tendrové kalkulaci ještě čtvrtý sloupec, který zadavatel taktéž označil za „racionalizaci“. To již lze za nedovolenou úpravu tendrové kalkulace považovat a tato skutečnost také měla být důvodem vyloučení navrhovatele z koncesního řízení. Orgán dohledu zcela přehlíží, že nabídka vybraného uchazeče byla stále hodnocena jako nejvhodnější, a na tom by nic nezměnilo ani nevyločení navrhovatele. I kdyby ze strany zadavatele k přepočtu kritériálních hodnot došlo pouze u mezd pracovníků z důvodu nalezení společné základny pro porovnatelnost všech nabídek, takové přepočtení by bylo provedeno tak, že žádný z uchazečů nemohl být zvýhodněn.
23. Jelikož tedy výrok I. a jeho jednotlivé body nemají oporu v zákoně a ve skutkovém stavu, není na místě ani postup podle § 25 koncesního zákona. Zrušením koncesního řízení hrozí, že zadavatel nebude moci zajistit služby v oblasti vodovodů a kanalizací včas. Vybraný uchazeč proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladech

24. K rozkladu vybraného uchazeče se vyjádřil zadavatel v tom smyslu, že se s ním plně ztotožňuje, byť má drobné výhrady k některé argumentaci (dané tím, že vybraný uchazeč nemůže mít zcela komplexní povědomost o obsahu koncesní dokumentace a o jednání a uvažování hodnotící komise). Přestože si vybraný uchazeč nechal zpracovat nezávislé právní šetření celé věci, dospěl k názorům zcela koherentním s právním názorem zadavatele.

25. 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.
26. 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.
27. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S548/2011/VZ-19692/2011/510/KČe ze dne 3. 2. 2012, kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 51 odst. 4 ZVZ v návaznosti na § 7 odst. 3 koncesního zákona tím, že v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení vyloučil možnost prokázání splnění části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele; nedodržel zásadu rovného zacházení a zásadu zákazu diskriminace stanovené v § 3a koncesního zákona v návaznosti na § 7 odst. 3 téhož zákona a na § 59 odst. 4 ZVZ 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 žádost 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; nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a odst. 6 ZVZ v návaznosti na § 11 odst. 2 koncesního zákona při posouzení nabídky vybraného uchazeče 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; nedodržel zásadu transparentnosti stanovenou v § 3a koncesního zákona 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 v bodech 3 a 4 části I. výroku tohoto rozhodnutí podstatně ovlivnily výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, za což jako opatření k nápravě Úřad zrušil koncesní řízení podle § 25 koncesního zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil.

V. K námitkám rozkladů

28. K tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí úvodem konstatuji, že jednou z rozkladových námitek je také námitka nepřezkoumatelnosti odůvodnění napadeného rozhodnutí, kterou je třeba vypořádat na prvním místě. Byla-li by nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v některém ohledu zjištěna, jednalo by se o důvod, pro nějž samotný by napadené rozhodnutí nemohlo obstát v případném soudním přezkumu (podle rozsudků Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 5. 2009, č. j. 2 As 22/2008-151, a ze dne 4. 5. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007-75, však není vyloučeno, aby byly absentující úvahy napadeného rozhodnutí plně nahrazeny úvahami orgánu rozhodujícího o rozkladu, a to dokonce i na podkladě doplněného dokazování a nad rámec důvodů rozkladu). Nepřezkoumatelnost má podle rozkladu zadavatele spočívat v nekonkrétnosti

a nesrozumitelnosti, stejně jako ve zvolené struktuře a členění odůvodnění, a dále v tom, že se Úřad údajně nevypořádal s argumentací zadavatele; nic konkrétnějšího však rozklad zadavatele stran námitky nepřezkoumatelnosti neobsahuje. Námitka nepřezkoumatelnosti tak byla podána pouze coby obecný nesouhlas se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí (k obecně formulované námitce se vyjádřil např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 7. 10. 2011, č. j. 62 Af 41/2010-72), aniž by zadavatel blíže vymezil, která jeho argumentace zůstala bez povšimnutí, a proto je zároveň poměrně obtížné na námitku nepřezkoumatelnosti věcně reagovat.

29. Z napadeného rozhodnutí je nicméně bez pochybností seznatelné, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. Nebyl zjištěn ani rozpor mezi výroky napadeného rozhodnutí a jeho odůvodněním. Skutky, jichž se zadavatel dopustil, byly popsány dostatečně jasně a srozumitelně a zároveň jednoznačně tak, aby nemohly být zaměněny se skutky jinými. Taktéž jejich právní kvalifikace je jasná a srozumitelná, jakkoli může být pro účastníky řízení sporná a diskutabilní. Pouhá skutečnost, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru zadavatele či vybraného uchazeče a jimi předestřenému právnímu hodnocení věci, případně rozdílného popisu skutkového stavu, nepřezkoumatelnost samy o sobě nezakládají.
30. Pro úplnost upozorňuji, že zadavatel podal k návrhu vyjádření, ve kterém pouze odkazuje na svou argumentaci v rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele. Tuto argumentaci zadavatele zohlednil Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to v částech týkajících se posouzení a hodnocení nabídek a vyloučení navrhovatele.
31. K problematice možnosti prokázání části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele uvádím, že po přezkoumání obsahu napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že se otázkou nepřípustného omezení možnosti uchazeče prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval zcela dostatečným a vyčerpávajícím způsobem. Jelikož rozklad zadavatele v tomto ohledu neobsahuje žádné nové skutečnosti či argumenty a námitky se omezují na prostý a obecně formulovaný nesouhlas, není v této části rozkladu žádná relevantní argumentace, která by nasvědčovala tomu, že Úřad při právním hodnocení věci pochybil, případně že vycházel z nesprávných skutkových zjištění. Postačovalo by proto na tyto závěry (v bodech 18-20 odůvodnění napadeného rozhodnutí) pouze odkázat.
32. Zadavatel v kvalifikační dokumentaci koncesního řízení pod bodem 5.6 sice v úvodním odstavci citoval ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, v navazujících odstavcích však zcela jednoznačně stanovil požadavky, kterými možnost prokázání profesních, ekonomických a finančních, stejně jako technických kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele omezil. V bodu 5.6 totiž zadavatel jasně stanovil, že dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) a b) ZVZ, tj. oprávnění k podnikání (výpis z obchodního rejstříku a živnostenské oprávnění). Dále dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat ani splnění ekonomického a finančního kvalifikačního předpokladu podle § 55 odst. 1 písm. a) ZVZ, tedy pojistnou smlouvu. Konečně zadavatel požadoval prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 ZVZ minimálně z 80 % dodavatelem (pomocí subdodavatelů bylo tedy možné prokázat pouze 20 % referencí).

33. Jak vyplývá z ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, na které odkazuje § 7 koncesního zákona, pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) ZVZ v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) ZVZ a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) ZVZ subdodavatelem, a dále 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) ZVZ.
34. V této souvislosti považuji za vhodné se nejprve vyjádřit k dílčí námitce vybraného uchazeče, který ve svém rozkladu poukázal na § 44 odst. 6 ZVZ. Toto ustanovení umožňuje, aby si zadavatel vyhradil požadavek, že určitá část předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem. Vybraný uchazeč z citovaného ustanovení dovozuje, že podobné omezení lze v zadávacím řízení uplatnit i v souvislosti s prokazováním kvalifikace pomocí subdodavatele (viz podmínka, aby uchazeč plnil minimálně 80 % konečné ceny zakázky sám). Takový výklad však připustit nelze, neboť z výše citovaného ustanovení § 51 odst. 4 ZVZ, na které odkazuje § 7 odst. 3 koncesního zákona, jednoznačně vyplývá, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění kvalifikace v plném rozsahu, může chybějící část kvalifikace prokázat prostřednictvím subdodavatele. Skutečnost, že uchazeč prokazuje část kvalifikačních předpokladů pomocí subdodavatele, nemusí vůbec znamenat, že uchazeč není schopen dodržet požadavek zadavatele, aby určitou část předmětu veřejné zakázky plnil bez subdodavatelů.
35. V návaznosti na výše uvedené upozorňuji, že je třeba rozlišovat mezi „prokázáním kvalifikace prostřednictvím subdodavatele“ a mezi „rozsahem plnění, které bude subdodavatelem skutečně prováděno“. Opakuji, že možnost prokázat splnění kvalifikačních předpokladů prostřednictvím subdodavatele není v ZVZ omezena, až na případy základních kvalifikačních předpokladů (úzce spjatých s osobou dodavatele) a výpisů z příslušné zákonné evidence (Obchodního rejstříku). Lze tedy říci, že až na uvedené dvě výjimky je možné prokázat pomocí subdodavatele všechny druhy kvalifikačních předpokladů (včetně profesních, ekonomických a finančních, a technických, tj. včetně prokázání existence pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě) a jakékoli omezení této možnosti v zadávací dokumentaci není přípustné za předpokladu, že mezi dodavatelem a subdodavatelem existuje smlouva podle § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, 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.
36. Naproti tomu, pokud jde o „rozsah plnění, které bude subdodavatelem skutečně prováděno“, pak skutečně může dojít k situaci, již částečně nastínil zadavatel v podaném rozkladu, a to, že by se např. předložené pojištění odpovědnosti za škodu vzniklou jinému v souvislosti s činnostmi, které jsou uvedeny ve výpisu z obchodního rejstříku subdodavatele, mohlo vztahovat pouze a jen na škodné události způsobené

subdodavatelem jakožto pojistníkem. Jinými slovy, zadavatel by byl povinen i oprávněn zkoumat, zda pojistná smlouva doložená v nabídce dodavatele, v níž jako pojistník figuruje subdodavatel, pokrývá pojistné plnění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě (zde zadavateli) v plném rozsahu. Teoreticky by se pojistná smlouva, resp. smluvní plnění, podle sjednaných smluvních podmínek, vztahovala pouze do výše účasti subdodavatele na způsobené škodě. Podstatný by pak byl mj. i dohodnutý finanční podíl subdodavatele na celkové ceně zakázky. Tato konstrukce je praktickým projevem požadavku § 51 odst. 4 písm. b) ZVZ, aby závazek subdodavatele k plnění předmětu veřejné zakázky odpovídal rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Lze tedy souhlasit se zadavatelem, že např. i kvalifikační předpoklad podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona lze sice prokázat prostřednictvím subdodavatele, avšak tuto možnost nelze brát automaticky, bez přihlídnutí ke konkrétním okolnostem a míře plnění subdodavatelem. Tento závěr lze analogicky vztáhnout i na jiné kvalifikační předpoklady.

37. Otázka rozsahu závazku subdodavatele k provádění předmětu plnění veřejné zakázky však v zadávacím řízení v praktické rovině nevystala, neboť předmětem přezkumu bylo pouze to, zda zadavatel stanovil kvalifikační předpoklady v souladu se zákonem. Ve výše uvedeném odstavci je tedy tato problematika nastíněna pouze teoreticky a hypoteticky, bez návaznosti na konkrétní skutkové okolnosti. Vzhledem k tomu, že všichni uchazeči, kteří o účast v koncesním řízení projeví zájem, prokázali výše uvedené kvalifikační předpoklady samostatně, a že ti uchazeči, kteří obsah kvalifikační dokumentace napadli, nabídku vůbec nepodali, nemohla být zadavatelem v konkrétní rovině ani posuzována vazba kvalifikace prokázané některým dodavatelem prostřednictvím subdodavatele k rozsahu plnění, na němž se tento subdodavatel bude skutečně podílet.
38. K rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 11. 2011, č. j. 5 Afs 77/2010, uvádím, že je v něm skutečně uvedeno, že: „Zadavatel je v procesu uzavírání soukromoprávních smluv na plnění, jež jsou předmětem veřejné zakázky, limitován především zázkazy a omezeními, které vyplývají z jednotlivých ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Nicméně ani skutečnost, že postup zadavatele při zadávání zakázky je takto formalizovaný, neznamená, že by bylo vyloučeno, aby si zadavatel vymínil v zadávací dokumentaci požadavky, které nejsou zákonem o veřejných zakázkách výslovně předvídaný. Záleží totiž výlučně na zadavateli, aby podle svých aktuálních potřeb určil předmět veřejné zakázky a podmínky jeho plnění a dostatečně přesně jej vymezil v zadávací dokumentaci (§ 44 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách).“ Tuto část odůvodnění však zadavatel dezinterpretuje, resp. opomíjí, že podle tohoto rozsudku je „(...) zadavatel veřejné zakázky (...) striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení (...)“. Pokud tedy ZVZ určitý postup dodavatele výslovně předvídá a umožňuje, nemůže být tato možnost omezena s poukazem na zásadu hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, jak zadavatel z citovaného rozsudku dovozuje. Zadavatel si sice nepochybně může v zadávací dokumentaci vymínit i požadavky, které nejsou v ZVZ výslovně předvídaný, nicméně nemůže tak učinit za současného omezení oprávnění, které ZVZ dává uchazečům a zájemcům o veřejnou zakázku či o účast v koncesním řízení (tedy dodavatelům). To nepochybně platí i v případě možnosti zakotvené v § 51 odst. 4 ZVZ.
39. Podružná je rovněž zadavatelova motivace nepřipustit „rozprodávání“ zakázky mezi subdodavatele a zamezit možným rizikům s tímto „rozprodáváním“ spojených. Jak již bylo

výše uvedeno, oprávnění daná dodavatelům prostřednictvím ustanovení ZVZ nelze omezit s pouhým poukazem na účelnost, efektivnost a hospodárnost zadávacího řízení. Jakkoli se nepochybně jedná o významné zásady mající v zadávacím i koncesním řízení své místo, nelze jejich prostřednictvím negovat oprávnění dodavatelů výslovně v ZVZ zakotvená.

40. Obdobně platí, že obsahuje-li zadávací dokumentace výkladové nejasnosti, nemohou tyto jít k tíži uchazečů. Nelze tedy přijmout argumentaci rozkladu vybraného uchazeče, že uchazeči měli být natolik právně erudovaní a bdělí, aby správně vyhodnotili smysl a dopad bodu 5.6 zadávací dokumentace, neřkuli že bylo možné od uchazečů očekávat, aby citovaná omezení v bodu 5.6 zadávací dokumentace ignorovali ve vidině případného řešení budoucích problému za pomoci institutu námitek (§ 110 an. ZVZ) a dále pak ve správním řízení před Úřadem.
41. Co se týče podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, uvádím, že za protiprávní jednání je třeba považovat nejen takové jednání zadavatele, které zcela prokazatelně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo pouze potenciál takového ovlivnění (uvedené jednání lze označit za jednání ohrožující, k jehož dovršení postačuje pouhé nenaplnění zájmu chráněného zákonem), případně jednání, u něhož konkrétní ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky není průkazné. Souhlasím zcela s názorem orgánu dohledu, že v důsledku omezení možnosti prokazování kvalifikace subdodavately mohlo dojít k zúžení okruhu potenciálních dodavatelů o ty dodavatele, kteří by nebyli schopni sice kvalifikaci prokázat v plném rozsahu sami, avšak mohli by tak učinit prostřednictvím subdodavatele, a že tedy v důsledku tohoto počínání došlo v přezkoumávaném koncesním řízení k podání menšího počtu nabídek. Nelze současně vyloučit, že by některý z těchto diskriminovaných dodavatelů nemohl podat výhodnější nabídku než vybraný uchazeč.
42. Argumentace zadavatele odkazem na metodiku programového dokumentu OPŽP, resp. na ustanovení poslední novely ZVZ je irelevantní, neboť odpovědnost za průběh koncesního řízení nese v plné míře zadavatel, stejně jako je v průběhu koncesního řízení vázán zněním právního předpisu, na základě kterého koncesní řízení zahájil. Je také nepodstatné, že čtyři uchazeči, kteří měli o uzavření koncesní smlouvy zájem, neměli problém prokázat výše zmíněné kvalifikační předpoklady sami, bez pomoci subdodavatelů; na ohrožovací povahu jednání zadavatele tato skutečnost nemá vliv.
43. K doplnění a vysvětlení předložených podkladů uvádím, že jak vyplývá z ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ, může veřejný zadavatel po dodavateli požadovat, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Úřad se k výkladu ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ a dílčím otázkám postupu zadavatele při jeho aplikaci opakovaně vyjádřil ve své předchozí rozhodovací praxi, stejně jako ve výkladových stanoviscích, která pravidelně uveřejňuje na svých webových stránkách. Z těchto stanovisek také Úřad při vydání napadeného rozhodnutí vycházel. Pouze pro rekapitulaci tedy uvádím, že jak vyplývá ze samotného znění § 59 odst. 4 ZVZ, zadavatel může požádat uchazeče, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další dodatečné informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, tudíž se jednoznačně jedná o možnost, nikoliv povinnost zadavatele. Aplikaci citovaného ustanovení zákona nicméně lze všem zadavatelům jedině doporučit, zejména s ohledem na skutečnost, že v mnoha případech by se jinak připravili o možnost získat

výhodnou nabídku. Ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ může zadavatel využít jednak v případech, kdy je zřejmé, že dodavatel předložil informace či doklady prokazující splnění kvalifikace, avšak tyto informace či doklady nejsou jednoznačné, srozumitelné, či nejsou úplné, a to z hlediska jejich obsahu nebo i formy, jednak může být dodavatel vyzván k vysvětlení významu předložených dokladů nebo dokonce i k doložení dalších dokladů, které objasní informace či doklady ke kvalifikaci již předložené. Je však důležité, aby zadavatel, maje na paměti zákonem uloženou povinnost dodržet v zadávacím řízení zásadu transparentnosti a nediskriminace uchazečů (§ 6 zákona, resp. § 3a koncesního zákona), přistupoval ke všem uchazečům stejně, jinými slovy, pokud v případě některého uchazeče využije možnosti postupovat podle § 59 odst. 4 ZVZ, měl by objasnění předložených informací a dokladů, případně předložení dalších dodatečných informací a dokladů, umožnit i jiným uchazečům, jestliže v jejich případě taktéž vznikly pochybnosti o splnění kvalifikace.

44. Z obsahu obou rozkladů je patrné, že jak zadavatel, tak vybraný uchazeč v zásadě proti takto nastíněnému výkladu a způsobu aplikace § 59 odst. 4 ZVZ ničeho nenamítají a shodují se s ním. Sporná je však otázka, zda uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. kvalifikaci splnil aspoň částečně. Zadavatel i vybraný uchazeč mají zato, že pokud by kvalifikace nebyla tímto uchazečem prokázána vůbec, zadavatel by nebyl oprávněn o její objasnění či doplnění žádat a musel by tohoto uchazeče bez dalšího vyloučit; jak vyplývá z obou rozkladů, k této situaci mělo v přezkoumávaném případě dojít, a proto zadavateli nezbývalo nic jiného, než uchazeče Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. ze soutěže o uzavření koncesní smlouvy přímo vyloučit podle § 60 odst. 1 ZVZ.
45. Nově však již ZVZ nevylučuje, aby zadavatel postupoval podle § 59 odst. 4 ZVZ i v případě, kdy dodavatel neprokázal splnění příslušné části kvalifikace vůbec, tj. v případě, kdy informace nebo doklad k prokázání splnění kvalifikace v nabídce zcela absentuje. Tomu koresponduje nejen znění § 59 odst. 4 ZVZ účinné v době zahájení přezkoumávaného koncesního řízení, které je relevantní pro šetřený případ, ale vyplývá to ze skutečnosti, že novelizací § 59 odst. 4 ZVZ zákonem č. 417/2009 Sb., kterým se mění zákon a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů, účinným od 1. 10. 2010, došlo ke zrušení dovětky, že podle daného ustanovení lze postupovat „s výjimkou případů, kdy splnění příslušné části kvalifikace nebylo dodavatelem prokázáno vůbec“. Jak vyplývá z důvodové zprávy k výše zmíněné novele zákona, podmínka použití § 59 odst. 4 ZVZ, podle níž mohl zadavatel vyzvat uchazeče k objasnění předložených informací a dokladů, případně k předložení dalších dodatečných informací a dokladů jedině tehdy, pokud bylo splnění kvalifikace alespoň částečně prokázáno, vedla v dřívější praxi k značným výkladovým problémům. Proto byla nově zadavateli dána možnost vyzvat dodavatele k doplnění dokladů prokazujících splnění kvalifikace vždy, bez jakéhokoliv omezení, což se následně v praxi osvědčilo a ukázalo jako efektivnější.
46. Bez ohledu na výše zmíněné ustanovení § 59 odst. 4 ZVZ vyplývá z „Protokolu z jednání hodnotící komise o posouzení prokázání splnění kvalifikace“ ze dne 8. 4. 2011, že uchazeč Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. měl, stejně jako další tři uchazeči, v podané žádosti o účast v koncesním řízení nedostatky týkající se dokladů prokazujících splnění kvalifikace. V konkrétní rovině se jednalo o nesrovnalosti ve výpisech z evidence Rejstříku trestů – chyběl výpis pro pana Mgr. Karla Menzla, přebýval výpis pro pana Petra Vychodila; vznikly pochybnosti o tom, která z těchto osob skutečně je v postavení statutárního orgánu

uchazeče, což mělo dopad i do obsahu čestného prohlášení. Tato nesrovnalost je typickým případem, v němž je postup podle § 59 odst. 4 ZVZ na místě. Dále výpis z obchodního a živnostenského rejstříku neobsahoval živnost „Správa a údržba nemovitostí“, což však bylo shodně vytknuto i žádostem navrhovatele a vybraného uchazeče. Další pochybnosti se týkaly pojistné částky pojistné smlouvy; o pochybnostech (tedy nikoli jistotě na straně zadavatele) svědčí zejména použité slovní spojení „pojistná částka za škodu třetí osobě je pravděpodobně (...) 20 mil. Kč a není uvedena cena pojištění“. I v tomto případě mám zato, že nic zadavateli nebránilo tuto skutečnost ověřit za pomoci institutu zakotveného v § 59 odst. 4 ZVZ. Nadto určité pochybnosti o obsahu pojistné smlouvy vyvstaly také u navrhovatele a uchazeče Vodohospodářské společnosti Benešov, s. r. o.; v jejich případě však zadavatel postup podle § 59 odst. 4 ZVZ využil. Konečně poslední nesrovnalosti žádosti uchazeče Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. se týkaly referencí, jež byly předloženy jen čestným prohlášením, což je opět nedostatek, který mohl být za pomoci § 59 odst. 4 ZVZ odstraněn. Nelze rovněž odhlédnout od skutečnosti, že se hodnotící komise ohledně vyloučení uchazeče Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. omezila na stručné konstatování, že byl vyloučen pro nesplnění kvalifikace, avšak konkrétní nedostatek (který by svou povahou překračoval závažnost nedostatků zjištěných u ostatních uchazečů) zde zmíněn není vůbec.

47. Mám tedy za prokázané, že zadavatel shledal u všech uchazečů nedostatky, které s ohledem na jejich povahu nevykloučovaly objasnění či doplnění postupem podle § 59 odst. 4 ZVZ. Tím, že zadavatel (jeho hodnotící komise) následně nejednal vůči všem uchazečům stejně, když k doplnění a vysvětlení dokladů prokazujících splnění kvalifikace vyzval ve smyslu § 59 odst. 2 ZVZ pouze tři ze čtyř dodavatelů, kteří projevíli zájem o uzavření koncesní smlouvy, přestože komise u všech čtyř podaných žádostí zjistila „nejasnosti a neshody dokumentací k prokázání kvalifikace uchazečů s kvalifikační dokumentací“ prakticky shodného charakteru, zadavatel nedodržel základní zásady postupu stanovené v § 3a koncesního zákona, a to zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť bylo-li by uchazeči Vodovody a kanalizace Beroun, a. s. umožněno odstranit pochybnosti o splnění kvalifikace a potažmo umožněno účastnit se soutěže o uzavření koncesní smlouvy, nelze vyloučit, že jeho nabídka mohla být hodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější. I v tomto případě jsou tedy dány důvody pro závěr, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Tuto skutečnost uvedl i Úřad v bodu 28. a 29. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a tudíž jsem nedospěl k závěru, že by v tomto ohledu bylo odůvodnění napadeného rozhodnutí neúplné, a tudíž nepřezkoumatelné.
48. K provedenému přepočtu hodnot v nabídkách konstatuji, že k uvedené otázce se obsáhlým způsobem vyjádřilo odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to v bodech 30. až 47., které shrnuly jak obsah relevantních ustanovení právních předpisů, tak obsah zadávací dokumentace, která se k procesu posouzení a hodnocení nabídek vztahuje. Základním hodnotícím kritériem byla v přezkoumávaném případě ekonomická výhodnost nabídky, přičemž dílčími kritérii hodnocení byla jednak cena pro vodné a stočné po první období cenové fixace (5 let) dle koncesní smlouvy s vahou 95 %, a dále výše jednoho smluvního „pokutového bodu“ v intervalu od 10 do 50 tis. Kč s vahou 5 %. Dílčí hodnotící kritérium „Cena pro vodné a stočné“ zadavatel v koncesní dokumentaci konstruoval v dokumentu s názvem „02 Tendrová kalkulace.xls“. Z tohoto dokumentu plyne, že soutěž probíhala o tři hlavní složky kalkulace, tj. o výrobní režii, správní režii a zisk; uchazeči měli výrobní a správní

režii vyplnit podle rozpočtu uvedeného ve výše citovaném excelovém dokumentu. Zadavatel výslovně upozornil na návaznost tohoto souboru na soubory další a taktéž v koncesní dokumentaci uvedl přílohy s podrobnými pokyny pro vypracování nabídky (jedná se zejména o pokyny k tendrové kalkulaci). Zadavatel dále stanovil jako podmínku koncesní dokumentace, že „popis položek, množství a podíly jsou fixní a uchazeč je nesmí měnit“, resp. že „poměry v rozpočtu uváděné nelze měnit, jsou stanoveny jako srovnávací základna pro uchazeče v rámci soutěže a jako minimální požadavek zadavatele na zajištění služby“. Dále pro výpočet ceny vodného a stočného uvedl, že „uchazeč zahrne do kalkulace veškeré položky, které jsou v kalkulaci uvedené jako minimální podle požadavků zadavatele (...)“. Skutečnost, že popis položek v tendrové kalkulaci, množství a podíl jsou fixní a uchazeč je nesmí jakkoli upravovat, zadavatel potvrdil i v dodatečných informacích ke koncesní dokumentaci ze dne 17. 8. 2011, a to v odpovědi na dotaz: „Z jakého důvodu je vyžadován uvedený podíl jednotlivých profesí? V rámci optimalizace lze funkce sdružit, není např. třeba zaměstnávat na půl úvazku ekonoma a na 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 v odpovědi na tento dotaz mj. uvedl, že: „(...) 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.“

49. Jak vyplývá ze strany čtvrté „Rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky v koncesním řízení“ ze dne 3. 10. 2011, pojem „racionalizace“ se objevil ve vyjádření navrhovatele. Navrhovatel provedl ocenění tendrové kalkulace podle zadávacích podmínek a současně v nabídce předložil samostatnou část kalkulací nazvanou 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. Zadavatel tento termín přejal do odůvodnění rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky i do zprávy o posouzení a hodnocení nabídek (viz str. 11). Lze tedy souhlasit, že to nebyl vybraný uchazeč, kdo tento termín v souvislosti se svou nabídkou používal, nicméně nelze současně odhlédnout od faktu, že i vybraný uchazeč se od požadavků zadavatele ve své nabídce odchýlil, což vyplývá z jeho sdělení k žádosti zadavatele o vysvětlení nabídky (datovaného dne 9. 9. 2011), v němž uvedl, že na pozici „mistr ČOV“ počítal pouze s obsazením jedné osoby na plný úvazek, namísto požadovaných dvou osob. Navíc jak navrhovatel, tak vybraný uchazeč označili předpokládané mzdové prostředky za naddimenzované. V zásadě lze tedy shrnout, že navrhovatel ve své nabídce v poznámce pod čarou a vybraný uchazeč přímo do nabídky provedli prakticky identické snížení položky „mistr ČOV“ ze dvou na jednoho a ponížili procentní podíly některých dalších pracovníků. V tomto ohledu se tedy neshodují ani se stěžejní námitkou vybraného uchazeče, že popis položek, množství a podíl nijak neupravoval, neměnil a nedoplňoval v rozporu s požadavky koncesní dokumentace.
50. Ohledně smyslu pojmu „racionalizace“ lze z textu bodu 3. Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek dospět k závěru, že hodnotící komise zadavatele neshledala nabídky jako plně porovnatelné, a to zejména v části týkající se mzdových prostředků a potřeby zaměstnanců. Z uvedeného důvodu provedla přepočty hodnot uváděných v posuzovaných nabídkách tak, aby získala nabídky vzájemně srovnatelné. Po přepočtu hodnot (pro něž zadavatel, inspirován částí nabídky navrhovatele, užívá pojmu „racionalizace“) provedl předběžné

hodnocení nabídek, s výhradou jeho změny poté, co zadavatel obdrží odpovědi na dotazy od uchazečů (tyto dotazy byly datovány k 5. 9. 2011). Jak je následně uvedeno v části C. s názvem Rekapitulace postupu hodnocení hodnotící komisí: „Hodnotící komise tedy provedla hodnocení s cenami uvedenými z nabídek a dále provedla stejnou racionalizaci, jakou provedli uchazeči STAVOKOMPLET spol. s r. o. a Severočeské vodovody a kanalizace, a. s. i u nabídky VHS Benešov, a to tak, aby byla v nabídce VHS Benešov vždy nižší cena z porovnávaných nabídek v dané části.“. Obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek tedy bez dalších pochybností prokazuje, že „racionalizaci“, ve smyslu úpravy a přepočtu nabízených hodnot, prováděl nejen navrhovatel, ale především zadavatel při posouzení a hodnocení nabídek, resp. jeho hodnotící komise, a to opakovaně.

51. K námitce vybraného uchazeče, že „racionalizace“ zahrnovala toliko „úkony směřující k vyloučení podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu“, uvádím, že takovému výkladu neodpovídá obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Z té vyplývá, že hodnotící komise nejprve provedla předběžné hodnocení nabídek, které je ilustrováno dvěma tabulkami, z nichž první porovnává nabídkové ceny včetně racionalizace nabídek a druhá stanoví konečné pořadí, opět při provedené racionalizaci. Teprve následující text zprávy o posouzení a hodnocení nabídek popisující jednání hodnotící komise dne 13. 9. 2011 se týká dotazů zadavatele datovaných dne 5. 9. 2011 na jednotlivé uchazeče (žádost o vysvětlení nabídky a poskytnutí informací a dat v souvislosti s kalkulací výrobní a správní režie za účelem nalezení srovnatelné základny) a jejich odpovědí. Lze tedy souhlasit s vybraným uchazečem v tom smyslu, že se významná část otázek a odpovědí skutečně týká nabídkových cen nebo jejich částí. Posouzení cen jako reálných a opodstatněných ale proběhlo až po předběžném hodnocení nabídek, při němž bylo taktéž využito metody „racionalizace“. Taktéž nelze souhlasit s námitkou, že „racionalizace“ v sobě materiálně zahrnovala další jednání o nabídkách podle § 7 odst. 5 písm. a) a § 9 koncesního zákona; tomuto výkladu taktéž obsah zprávy o posouzení nabídek nekoresponduje.
52. Pro úplnost uvádím, že po obdržení dodatečných informací provedla hodnotící komise hodnocení s cenami uvedenými v nabídkách a provedla stejnou „racionalizaci“, jakou provedli navrhovatel a vybraný uchazeč i u nabídky VHS Benešov, a to tak, aby byla v jeho nabídce vždy nižší cena z porovnávaných nabídek v dané části. Komise podle svého vyjádření mohla stanovit pořadí nabídek před provedením „racionalizace“ pouze s hodnotami, které nabídky obsahují. Dále hodnotící komise stanovila pořadí nabídek i po provedené racionalizaci, tj. po snížení ceny u uchazeče VHS Benešov podle racionalizace u vybraného uchazeče a navrhovatele, a tím došla podle svých slov k porovnatelným nabídkám.
53. Ve shodě s orgánem dohledu jsem tak dospěl k závěru, že nabídka vybraného uchazeče nebyla podána v souladu s požadavky zadavatele uvedenými v koncesní dokumentaci. 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 vyhodnotitelná na jednom společném základě s nabídkami ostatních uchazečů (což ostatně opakovaně připustil zadavatel ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek), neboť vybraný uchazeč tímto způsobem kalkuloval náklady na správní režii na základě nižších objemů než bylo zadavatelem předepsáno. Vybraný uchazeč sice formálně dodržel předepsanou strukturu tendrové kalkulace, ale jím kalkulované hodnoty nebyly v dílčích případech stanoveny na základě zadavatelem fixně stanovených množství a podílů (viz

opakovaně zmíněná snížená položka „mistr ČOV“). Postupem zadavatele, resp. hodnotící komise, spočívajícím v tom, že nesoulad nabídky vybraného uchazeče se zadávacími podmínkami řešila „racionalizací“, tedy přepočtem kritériálních hodnot i u ostatních nabídek tak, aby byly nabídky srovnatelné na společném základě, pak nebyla rovněž dodržena zásada transparentnosti v koncesním řízení. Na tom nemůže změnit nic ani skutečnost, že zadavatel v pokynech k vyplnění kalkulace stanovil, že dojde-li k úpravě popisu položek, množství a podílů, může (nikoli musí) to mít za následek vyloučení uchazeče z koncesního řízení.

54. Nad rámec závěrů, které již byly vysloveny v napadeném rozhodnutí, uvádím, že hodnocení nabídek je klíčovým prvkem v procesu výběru nejvhodnější nabídky, a proto je na něj kladen velký význam, a to nejen ze strany dodržení formálního postupu, ale i co do objektivitě hodnocení. Z toho důvodu musí být hodnocení nabídek zpracováno zadavatelem dostatečně transparentně a průkazně, aby bylo možné jej přezkoumat. To však na základě zprávy o posouzení a hodnocení nabídek lze jen stěží; provedená racionalizace představuje v procesu hodnocení zpětně nekontrolovatelný zásah do obsahu nabídek. Toho si byl ostatně vědom i jeden z členů hodnotící komise, který správně uvedl, že není možné hodnotit upravené (racionalizované či optimalizované) nabídky, neboť tato „racionalizace“, její povaha a metoda nejenže nebyla předem uchazečům známa, ale především vycházela z libovůle dvou zájemců o uzavření koncesní smlouvy. O nedostatku objektivitě takového zásahu zadavatele do nabídek, tedy nepochybují.
55. Co se týče návrhu na provedení ústního jednání, uvádím, s odkazem na § 49 odst. 1 správního řádu, že toto ústní jednání správní orgán provede v případě, kdy je to nezbytné ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků. Z rozkladu nevyplývá, jaké okolnosti by mohly být při ústním jednání zjištěny nad rámec těch, které by bylo možné zjistit během jednání písemného. Všechny skutečnosti, důkazy a argumenty jasně vyplývají již z předložených listin, stejně jako postoje jednotlivých účastníků řízení jsou z těchto písemných vyjádření patrné. Vzhledem k tomu, že konkrétní přínos ústního jednání je v tomto případě přinejmenším sporný, neshledal jsem důvod pro postup podle § 49 odst. 1 správního řádu.
56. K námitkám směřujícím proti nedodržení šedesátidenní lhůty pro rozhodnutí o návrhu na vydání rozhodnutí podle § 71 správního řádu uvádím, že vzhledem k absentující sankci za její překročení se jedná pouze o lhůtu pořádkovou (pro úplnost dodávám, že zadavatel nevyužil možnosti § 80 správního řádu, tedy institutu uplatnění opatření proti nečinnosti). Kromě toho nedodržení této lhůty nemělo žádný faktický vliv na průběh správního či koncesního řízení.
57. K uloženému nápravnému opatření konstatuji, že jelikož jsem se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí týkajícími se nezákonného postupu zadavatele tak, jak byly podrobně rozebrány výše, neshledal jsem ani důvody pro zrušení nápravného opatření podle § 25a koncesního zákona. Zadavatel porušil 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 rozhodnutí), přičemž zjištěné skutečnosti mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Náprava závadného stavu tedy není jiným způsobem možná.

VI. Závěr

58. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu s koncesním zákonem, ZVZ i 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 rozkladech.
59. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 152 odst. 4 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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