



UOHSX0052VEO

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R70/2013/VZ-9653/2013/310/LPa

Brno 27. května 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 13. 3. 2013, který byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže doručen dne 15. 3. 2013 navrhovatelem –

- společnost **Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a. s.**, IČ 48173002, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu ze dne 5. 3. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Města Vlašim**, IČ 00232947, se sídlem Jana Masaryka 302, 258 14 Vlašim,

ve věci koncesního řízení „**Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu města Vlašim**“, vedeného podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesních řízeních, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo odesláno dne 23. 1. 2012 do informačního systému o veřejných zakázkách, kde bylo uveřejněno pod evidenčním číslem 206445,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu ze dne 5. 3. 2013

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Zadavatel – Město Vlašim, IČ 00232947, se sídlem Jana Masaryka 302, 258 14 Vlašim (dále jen „**zadavatel**“) – odeslal podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“) do Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2012 pod ev. č. 206445, oznámení o zahájení koncesního řízení „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu města Vlašimi“ (dále jen „**koncesní řízení**“).
2. Z dokumentace koncesního řízení vyplývá, že předmětem koncesní smlouvy bylo bezpečné a plynulé provozování vodohospodářského majetku ve vlastnictví zadavatele, a to v souladu s právními předpisy, zejména zákonem č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o vodovodech a kanalizacích**“) a dále s podmínkami stanovenými pro tento provoz rozhodnutími správních úřadů. Koncesní smlouva měla být sjednána na dobu 10 let, přičemž z hlediska předmětu jejího plnění se jednalo o koncesní smlouvu na provoz vodovodů, provoz čistíren vody, sběr odpadních vod a jejich čištění.
3. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 18. 7. 2012 bylo zjištěno, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek 4 nabídky, přičemž u žádné z nich nebyla konstatována neúplnost. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 1. 8. 2012 pak dále vyplynulo, že hodnotící komise shledala v předložených nabídkách nejasnosti a požádala uchazeče v souladu s ustanovením § 76 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) o písemné vysvětlení těchto nabídek. Z následné zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 1. 10. 2012 bylo zjištěno,

že hodnotící komise navrhla vyřazení z dalšího hodnocení nabídku uchazeče Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a. s., IČ 48173002, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod (dále jen „**navrhovatel**“), která byla následně zadavatelem vyřazena a jeho rozhodnutím ze dne 2. 10. 2012 byl navrhovatel z další účasti na koncesním řízení vyloučen.

4. Ve svém rozhodnutí o vyloučení navrhovatele jako důvod pro vyloučení zadavatel uvedl, že navrhovatel nesplnil požadavky zadávací dokumentace kladené na vyplnění tzv. soutěžního formuláře, jehož správnost byla stěžejní pro výpočet a stanovení nabídkové ceny, když nesprávně a v rozporu se skutečným stavem určil hodnotu „psí“. Příloha č. 4 návrhu Koncesní smlouvy přitom hodnotu psí stanoví jako podíl objemu pitné vody k realizaci a objemu dodané vody, tedy číslo větší než jedna. V nabídce navrhovatele byla přitom hodnota psí stanovena hodnotou jedna, což početně fakticky odpovídá nulovým ztrátám vody. Zadavatel uvedl, že nulových ztrát vody v případě provozování vodovodů nelze reálně nikdy dosáhnout a tato konkrétní položka musí být vždy vyšší než jedna. Zadavatel tak vyhodnotil, že tím, že jedna z položek kalkulace navrhovatele nebyla vyplněna řádně a neodpovídá reálným možnostem žádného existujícího provozovatele, došlo k negativní modifikaci celé kalkulace výsledné nabídkové ceny, která tak byla jako celek stanovena nesprávně a stala se neporovnatelnou s nabídkami ostatních uchazečů. Ze strany navrhovatele tak nebyl naplněn požadavek koncesní dokumentace na uvedení nabídkové ceny a nabídka navrhovatele tak nevyhověla požadavku zadavatele na předepsané členění nabídkové ceny. Nevyčíslení ztrát vody bylo proto hodnoceno jako porušení požadavků zadavatele na zpracování cenové nabídky a nesplnění povinných obsahových náležitostí nabídky pro absenci jedné z položek, jdoucí proti samotnému smyslu stanovení tohoto hodnotícího kritéria v koncesním řízení.
5. Dne 17. 10. 2012 obdržel zadavatel proti svému rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z koncesního řízení navrhovatelovy námitky. Navrhovatel v nich zejména argumentoval tím, že byl vyloučen na základě nesprávných závěrů zadavatele a že hodnota psí není nabídkovou cenou, ale na tvorbě nabídkové ceny se jen nepatrným způsobem podílí. Hodnotu psí rovnu jedné považoval přitom navrhovatel za přípustnou, neboť formulář, do kterého bylo nutno tuto hodnotu vyplnit, provádí automatickou kontrolu správnosti. Při zadání psí rovna jedné však nedošlo k žádnému chybnému hlášení a proto navrhovatel považoval tuto hodnotu za akceptovatelnou.
6. Zadavatel se s argumenty navrhovatele neztotožnil a proto jeho námitkám svým rozhodnutím ze dne 26. 10. 2012 nevyhověl. Po zopakování některých argumentů, které již zadavatel použil v rozhodnutí o vyloučení uchazeče, připustil, že se v případě navrhovatelovy nabídky jednalo pouze o drobnější pochybení, zdůraznil však fakt, že tato skutečnost měla vliv na stanovení výsledné nabídkové ceny a byl tak zavázán zákonem navrhovatele z další účasti na koncesním řízení vyloučit.
7. Zadavatel se pak vyjádřil i ke stanovisku, které si k předmětné problematice nechal navrhovatel vypracovat experty ze společnosti Grant Thornton Advisory s. r. o., kteří jeho argumenty podpořili. Zadavatel zhodnotil, že vzhledem k tomu, že se tito experti podíleli na přípravě soutěžního formuláře, je jen přirozené, že jeho správné nastavení ve svém stanovisku nezpochybnili, neuvedli však také žádné nové či relevantní závěry, naopak stanovisko pouze konstatuje, že výše faktoru psí nemohla ovlivnit výsledek koncesního řízení, že koncesní dokumentace (soutěžní formulář) explicitně připouštěla možnost zadat

nulové ztráty pitné vody, a že rozporovaná hodnota psí představuje jednoznačný přínos pro zadavatele. K tomu zadavatel vyslovil své přesvědčení, že výše faktoru psí měla nepochybně vliv na výslednou výši nabídkové ceny, a tedy i na průběh celého řízení. Dále, že ze skutečnosti, že soutěžní formulář dovozoval zadat nulové ztráty pitné vody, v žádném případě nelze dovodit, že uchazeči mohli při zpracování kalkulace nabídkové ceny pracovat s nereálnými a tedy i nepravdivými údaji. Do soutěžního formuláře bylo možno doplnit i takovou nabídkovou cenu, která by následně byla shledána v souladu s § 77 zákona cenou mimořádně nízkou. Pokud by platila argumentace navrhovatele, zadavatel by ani v takovém případě nemohl příslušného uchazeče vyloučit, neboť formulář zadání mimořádně nízkých hodnot připustil.

8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 5. 11. 2012 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení k přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“). Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 7. 11. 2012 a tímto dnem bylo podle ustanovení § 24a koncesního zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S650/2012/VZ. Součástí návrhu pak byl i návrh na vydání předběžného opatření dle ustanovení § 24e koncesního zákona, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít koncesní smlouvu v koncesním řízení.
9. Ve svém návrhu navrhovatel předně označil zadatelovo rozhodnutí, kterým navrhovatele vyloučil z koncesního řízení, za rozporné s právními předpisy, když podle něj zadavatel nesprávně interpretoval ustanovení koncesního zákona, zákona, rozhodovací praxi soudů i Úřadu, v důsledku čehož učinil nesprávný závěr, že navrhovatel nesprávně stanovil hodnotu psí, a vyloučil jej proto z koncesního řízení přesto, že hodnota psí není nabídkovou cenou, ale na tvorbě nabídkové ceny se pouze nepatrným způsobem podílí. Co se týče názoru zadavatele, že navrhovatel určil hodnotu psí v rozporu se skutečným stavem, navrhovatel podotkl, že ze zadávací dokumentace nevyplývá požadavek na vyjádření skutečného stavu, naopak je z ní patrné, že se jedná o prognózu s výslovně uvedeným předpokladem snižování ztráty vody a s tím spojené generování dodatečného zisku. Hodnota psí je podle navrhovatele natolik variabilním údajem, že není v moci žádného z uchazečů udržet její hodnotu na konstantní hranici, kterou zadavateli jednotliví uchazeči nabídli. Z tohoto důvodu navrhovatel odmítá závěr, že když ani on nebude schopen udržet hodnotu psí na slíbené hranici jedna, poruší tím podmínky zadavatele.
10. K zadatelovu hodnocení argumentace navrhovatele, který uvedl, že je připraven náklady za ztráty vody nést ze svého, přičemž zadavatel toto označil za účelové prohlášení, protože pokud měl navrhovatel v úmyslu vzdát se zisku, mohl tak využít pro tento účel vytvořený řádek G1 soutěžního formuláře, což neučinil, navrhovatel uvedl, že řádek G1 využít nemohl, když tento slouží k vyplnění konstantní hodnoty. Jeho úmyslem ovšem bylo vzdát se zisku odvislého od míry snížení ztrát. Navrhovatel tedy podle svých slov neměl jinou možnost, než postupovat tak, jak postupoval. K tomuto pak dodal, že ostatní uchazeči nemohli být jeho postupem nijak poškozeni, když pouze snížil svou nabídkovou cenu, přičemž v koncesním řízení nabídl nejvýhodnější nabídku bez ohledu na to, jakou hodnotu psí uvedl.
11. Navrhovatel pak shodně jako ve svých námitkách uvedl, že z nastavení parametrů formuláře nabyl dojmu, že zadání psí rovno jedné je přípustné, když po vyplnění této hodnoty ve formuláři, která jako i ostatní údaje podléhá automatické kontrole, nedošlo k žádnému

chybovému hlášení. Z tohoto důvodu se navrhovatel dle svých slov důvodně domníval, že je tato hodnota akceptovatelná. Za pravdu mu pak dalo i stanovisko autorů předmětného formuláře, jejichž odborný posudek si navrhovatel nechal vypracovat.

12. Navrhovatel dále poukázal na dikci § 44 odst. 1 zákona ve spojení s odbornou literaturou, ze kterých vyplývá, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá zadavatel. V tomto kontextu tedy navrhovatel uzavřel, že za situace, kdy spoléhal na správnost koncesní dokumentace včetně elektronického formuláře, nemůže být vyloučen z koncesního řízení z důvodu nesprávně vyplněné hodnoty a pokud se tedy zadavatel domnívá, že navrhovatel uvedl nepřijatelnou hodnotu psí, jedná se čistě o jeho odpovědnost.
13. Navrhovatel zcela odmítl argumentaci zadavatele založenou na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 9 Afs 69/2010 – 175 ze dne 21. 12. 2010, která se týkala nulové nabídkové ceny v jednom ze čtyř hodnotících kritérií. Navrhovatel vyslovil názor, že v dané věci bylo rozhodováno o něčem zcela odlišném, než je případ jeho nabídky, neboť ve své nabídce uvedl u obou hodnotících kritérií nenulové hodnoty. Uvedené rozhodnutí tedy dle jeho názoru na jeho případ vůbec nedopadá. Dále kontroval, že výše uvedené rozhodnutí lze naopak použít v jeho prospěch, když NSS akcentoval potřebu klást důraz na to, aby v rámci řízení došlo k výběru uchazeče, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnižší cenu. K tomuto navrhovatel připomněl, že podal nabídku s nejvyšší mírou ekonomické výhodnosti, přičemž reálnost jeho nabídky vyplývá z faktu, že dle předložených výpočtů dosáhne při dané nabídkové ceně zisku a že výše zisku byla počítána na základě aktuálních údajů o nákladech na provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu města Vlašimi poskytnutých zadavatelem.
14. V závěru svého návrhu navrhovatel navrhl, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele, kterým byl navrhovatel z koncesního řízení vyloučen.
15. Dne 10. 12. 2012 obdržel Úřad podání navrhovatele, jehož přílohou bylo stanovisko advokátní kanceláře Weinhold Legal, v. o. s., které si navrhovatel, jak uvedl, nechal k předmětným otázkám vypracovat, přičemž argumenty v něm uvedené vzal navrhovatel za své. Obsah tohoto stanoviska v odůvodnění rozhodnutí nebude uveden, když z něj vyplývá, že se jedná o dokument důvěrný, určený výhradně pro potřeby navrhovatele.
16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení – zadavateli a navrhovateli dne 26. 11. 2012 dopisem č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-22229/2012/521/HKu. K zajištění účelu správního řízení vydal Úřad téhož dne usnesení č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-22230/2012/521/HKu, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Současně Úřad tímto usnesením určil zadavateli lhůtu k předložení kompletní dokumentace koncesního řízení a k zaslání vyjádření k obdrženému návrhu. Po předběžném posouzení případu Úřad pak rozhodnutím č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-22540/2012/521/HKu ze dne 28. 11. 2012 rozhodl o vydání předběžného opatření, kterým byl zadavateli uložen zákaz uzavřít koncesní smlouvu.
17. Zadavatel se vyjádřil k návrhu navrhovatele dopisem, který byl Úřadu doručen dne 27. 11. 2012, ve kterém v zásadě popřel navrhovatelovu argumentaci a odkázal v tomto na odůvodnění svého dřívějšího rozhodnutí, kterým vyloučil navrhovatele z koncesního řízení a rozhodnutí, kterým zamítl jeho námítky směřující proti vyloučení.

## II. Napadené rozhodnutí

18. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace koncesního řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastního zjištění vydal dne 5. 3. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť ve věci vyloučení navrhovatele z další účasti v koncesním řízení nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 nebo 2 koncesního zákona.
19. Po uvedení relevantních zákonných ustanovení koncesního zákona a jeho provázanosti se zákonem se Úřad předně zabýval otázkou nesplnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách jako důvodu pro vyloučení navrhovatele z koncesního řízení.
20. V první řadě Úřad z koncesní dokumentace zjistil, že v obou soutěžních formulářích („přivaděč“ a „vlašim“), které byly uchazeči vyplňovány za účelem výpočtu soutěžní ceny, je na listu „Nabídka dodavatele“ v rámci vysvětlivek k jednotlivým položkám uveden v řádku D3 popis hodnoty psí: *„Uvádí poměr vody k realizaci k vodě dodané (číslo větší než jedna). Prognóza zde uvedená je používána i pro všechna vyrovnání, čímž v případě pozdějšího snižování ztrát vody v síti provozovatelem dochází k realizaci dodatečného zisku, který si provozovatel zcela ponechá. Zadavatel může nastavit maximum této hodnoty, které nelze nabídkou překročit.“* Z nabídky navrhovatele přitom vyplývá, že navrhovatel ve své nabídce v obou uvedených formulářích vyplnil položku psí v řádku D3 hodnotou jedna.
21. K tomuto Úřad zhodnotil, že obecně i v případě nesplnění jediného zákonného požadavku či požadavku zadavatele uvedeného v zadávací dokumentaci, je zadavatel povinen podle ustanovení § 76 odst. 1 zákona takovou nabídku vyřadit a příslušného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem, že navrhovatel nesplnil požadavek zadavatele uvedený v koncesní dokumentaci, když nevyplnil příslušnou položku soutěžního formuláře (hodnotu „psí“) číslem větším než jedna nýbrž hodnotou rovno jedné, přičemž Úřad vyhodnotil jako prokázanou tu skutečnost, že hodnota psí rovno jedné znamená de facto nulové ztráty vody, jichž reálně není možno při provozování vodovodní sítě dosáhnout, dospěl Úřad k závěru, že zadavatel postupoval při vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení v souladu s koncesním zákonem.
22. K argumentu navrhovatele, že ze zadávací dokumentace je zřejmé, že zde požadavek na vyjádření skutečného reálného stavu není a naopak z ní vyplývá, že se jedná o prognózu, Úřad znovu poukázal a skutečnost, že přímo v soutěžním formuláři, který sloužil k vyplnění jednotlivých nabídkových položek k výpočtu hodnotícího kritéria „soutěžní cena“, je v popisu uvedeno, že hodnota psí je *„číslo větší než jedna“*. Z tohoto vyplývá, že již v koncesní dokumentaci byla uvedena podmínka omezující hodnotu psí, a že zadavatel tímto de facto uvedením hodnoty psí rovno jedné popisem této položky vyloučil.
23. Úřad se dále vyjádřil k argumentaci navrhovatele, že jeho úmyslem bylo vzdát se zisku v hodnotách závislých na dosažené míře snížení ztrát, a že z důvodu povinnosti držet se zadavatelem vypracovaných formulářů, neměl jinou možnost, než tuto skutečnost vyjádřit účelově pomocí snížení hodnoty psí, přičemž tato skutečnost nemohla ostatní uchazeče poškodit, neboť tímto způsobem pouze snížil svou nabídkovou cenu, přičemž tuto možnost

měli i ostatní uchazeči využitím oddílu G1 soutěžního formuláře. Na tomto místě Úřad poznamenal, že byť i dobrý úmysl navrhovatele vzdát se zisku postupem, při kterém nedodržel podmínku uvedenou v koncesní dokumentaci nelze přijmout, neboť i hodnota psí a její popis byly součástí vypracovaného formuláře a všichni uchazeči včetně navrhovatele měli povinnost „*bezvýhradně akceptovat požadavky, podmínky a ustanovení obsažená v Koncesní dokumentaci*“, jak vyplývá z článku 1.10 koncesní dokumentace. Skutečnost, že ostatní uchazeči tuto podmínku dodrželi a navrhovatel ji porušil, znamená, že nabídky ostatních uchazečů nemohly být s nabídkou navrhovatele porovnatelné, neboť navrhovatel nevyplnil jednu položku k výpočtu hodnotícího kritéria soutěžní ceny podle pravidel.

24. Úřad se neztotožnil ani s přesvědčením navrhovatele, že vyplnění hodnoty psí rovna jedné bylo přípustné, neboť v elektronickém formuláři, do kterého se hodnota vyplňovala, a který provádí automatickou kontrolu zadaných údajů, nedošlo při vyplnění hodnoty jedna k žádnému chybovému hlášení. Úřad k uvedenému uvedl, že z popisu hodnoty psí vyplývá, že se jedná o „*číslo větší než jedna*“ a dále, že zadavatel měl možnost „*nastavit maximum této hodnoty, které nelze nabídkou překročit*“. Z uvedeného vyplývá, že minimum hodnoty psí bylo nastaveno popisem této položky. Argument navrhovatele, že zadavatel měl toto omezení nastavit v elektronickém formuláři v rámci limitů pro vyplňovanou položku, nemůže obstát, neboť písemně uvedené omezení hodnoty psí v koncesní dokumentaci mluví zcela jednoznačně. Úřad k tomuto doplnil, že kontrola vyplněných údajů jde k tíži uchazečů, neboť nastavením omezujícího limitu této položky sice mohl zadavatel zvýšit komfort kontroly vložených údajů, je však zřejmé, že v případě listinné (a nikoli elektronické) formy formulářů by taková kontrola zadavatele nebyla možná a popis hodnoty psí by potom byl pro uchazeče jediným vodítkem pro vyplnění tohoto údaje.
25. Odkaz navrhovatele na rozhodnutí Úřadu vydané v rámci správního řízení vedeného pod sp. zn. S 176/2011 Úřad odmítl s tím, že se jedná o správní řízení, které dosud nebylo pravomocně ukončeno a navrhovatelem zmiňované rozhodnutí tedy nelze k argumentaci s úspěchem použít. V prověřovaném případě vyplynulo vyřazení nabídky navrhovatele z § 76 odst. 1 zákona, neboť nabídka navrhovatele neodpovídala požadavkům zadavatele uvedených v koncesních podmínkách.

### III. Námitky rozkladu

26. Navrhovatel uplatnil dne 15. 3. 2013 proti napadenému rozhodnutí v zákonné lhůtě rozklad ze dne 13. 3. 2013, kterým napadá rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu ze dne 5. 3. 2013.
27. Hlavní vadu napadeného rozhodnutí navrhovatel spatřuje v nesprávném posouzení obsahu koncesní dokumentace Úřadem, který tak podle něj dospěl k nesprávnému závěru, že hodnota psí nemůže být rovna jedné tak, jak ve své nabídce zadal navrhovatel. K tomuto jako ve svých dřívějších podáních zopakoval, že z koncesní dokumentace nabyl dojmu, že hodnota psí rovna jedné je přijatelná, když bylo podle jeho názoru v elektronickém formuláři u hodnoty psí přednastaveno rozmezí, v jakém se tato hodnota má pohybovat. Vzhledem k tomu, že při zadání hodnoty rovna jedné se neobjevilo chybné hlášení, které by naznačovalo udání nepovolené hodnoty, navrhovatel se domníval, že tato hodnota je pro účely výpočtu soutěžní ceny akceptovatelná. Navrhovatel taktéž považuje za zřejmou skutečnost, že zadavatel nepožadoval vyplnění reálné hodnoty ztrát vody.

28. Navrhovatel dále uvedl, že hodnota jím uvedeného parametru nemohla vzhledem k výši dosahující pouze několika haléřů vůbec ovlivnit pořadí hodnocených nabídek, když jeho nabídka byla téměř o 7 Kč nižší oproti druhé nejnížší nabídkové ceně.
29. Zadavatel se podle navrhovatele dopustil při vytváření koncesní dokumentace chyby, za kterou nese odpovědnost a v souvislosti s tímto je tedy nutné vzniklou situaci vykládat v navrhovatelův prospěch.
30. Navrhovatel dále poukázal na rozhodovací praxi NSS ve smyslu kladení důrazu na to, aby v rámci řízení byl vybrán uchazeč, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnížší cenu. Navrhovatel upozornil na svou nabídku, jejíž cena byla prokazatelně nejnížší, přičemž reálnost plnění jeho nabídky odvozuje z faktu, že dle předložených výpočtů je schopen při dané nabídkové ceně dosáhnout zisku, jehož výše byla vypočítána z aktuálních údajů o nákladech na provoz vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu města Vlašim.
31. K argumentaci Úřadu, uvedené v napadeném rozhodnutí ohledně nepravomocného rozhodnutí, vydaného v rámci správního řízení, vedeného pod sp. zn. S176/2011, které řeší problematiku nepřipustných hodnot v nabídce, které jdou k tíži navrhovatele, a jejichž hodnota je naopak přínosná pro zadavatele, navrhovatel uvedl, že byt se dosud nejedná o pravomocné rozhodnutí, je podle něj zřejmé, že došlo k porušení ustanovení § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“).
32. Navrhovatel dále vyslovil názor, že koncesní dokumentaci je nutno podrobit i podmínkám ustanovení § 266 odst. 4 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**obchodní zákoník**“), podle kterého je potřeba v pochybnostech projev vůle, připouštějící různý výklad, vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu užila. Navrhovatel za takovouto stranu označil zadavatele.
33. Závěrem navrhovatel konstatoval, že smyslem předpisů o zadávání veřejných zakázek je v posuzovaném případě dosáhnout co nejnížší ceny vodného a stočného, při zachování či vylepšení úrovně služeb a péče o infrastrukturu. Vyřazením jeho prokazatelně nejvýhodnější nabídky by podle jeho názoru došlo k nárůstu těchto cen o několik Kč na m<sup>3</sup>. V úvahu je nutno podle navrhovatele vzít taktéž fakt, že by v koncesním řízení nabídl nejvýhodnější nabídku bez ohledu na to, jakou hodnotu psí ve své nabídce uvedl. Ostatní uchazeči nemohli být tedy jeho postupem nijak poškozeni ani znevýhodněni.
34. Z uvedených důvodů má navrhovatel za to, že jeho nabídka byla v pořádku a jeho návrh byl oprávněný. Je přesvědčen o tom, že zadavateli podal vítěznou a nejvýhodnější nabídku, která jednoznačně nemohla ovlivnit pořadí nabídek ostatních uchazečů. Její vyloučení z koncesního řízení proto považuje za neoprávněné.



#### **Závěry rozkladu**

35. Na základě v rozkladu uvedených skutečností navrhovatel navrhl, aby předseda Úřadu vydal rozhodnutí, kterým napadené rozhodnutí zruší a věc vrátí orgánu prvního stupně k novému projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

36. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.
37. 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 v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem s přihlédnutím k závěru rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
38. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S650/2012/VZ-4047/2013/521/HKu ze dne 5. 3. 2013, rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

39. V první řadě konstatuji, že jsem se ztotožnil s napadeným výrokem rozhodnutí i jeho odůvodněním, které je plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil.
40. Aby bylo možné posoudit správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí, bylo nejdříve zapotřebí se zabývat stěžejní otázkou posuzovaného případu a to, zda mohl navrhovatel hodnotu psí zadat jako rovnu jedné. Navrhovatel ve své stěžejní námitce rozkladu odkazuje na část přílohy č. 4 Koncesní smlouvy, obsahující dva elektronické formuláře, které bylo nutné vyplnit za účelem stanovení a výpočtu nabídkové ceny. Navrhovatel v rámci těchto elektronických formulářů vyplnil v řádku D3 hodnotu psí rovna jedné přes to, že v rámci vysvětlivek k jednotlivým položkám byl popis hodnoty psí zadavatelem stanoven jako číslo větší než jedna, když tento svůj postup obhájuje předpokladem automatické kontroly správnosti vyplněných údajů elektronickým systémem. Vzhledem k tomu, že po zadání hodnoty psí rovna jedné nedošlo k hlášení chyby zadaného údaje, navrhovatel se domníval, že je tato hodnota akceptovatelná.
41. K uvedenému předně sděluji, že se touto problematikou orgán dohledu dostatečně a zcela srozumitelně zabýval již v jednotlivých bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí, nad rámec tohoto jeho odůvodnění doplňuji, že navrhovatel zřejmě nesprávně posoudil povahu chybového hlášení, ke kterému vztáhl závazně určené rozmezí, v jakém se hodnota psí může pohybovat.

42. Ustanovení § 44 odst. 1 zákona hovoří o zadávací dokumentaci jako o souboru dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele, který vymezuje předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Z uvedeného vyplývá, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším souborem dokumentů, na jehož základě zpracovávají uchazeči své nabídky. Je pak jen logické, že zákon klade na zadavatele v tom, jak jejím prostřednictvím vymezit veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky vysoké nároky, které se následně odrážejí v podání vzájemně porovnatelných nabídek uchazečů, které jsou způsobilé hodnocení zadavatelem dle stanovených hodnotících kritérií. Rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S207/2000 ze dne 2. 2. 2001 v tomto hovoří o cíli zajistit co nejvyšší možnou transparentnost zadávání veřejných zakázek a vytvoření fair prostředí, k čemuž má dopomoci právě nastavení jednoznačných a srozumitelných zadávacích podmínek. Ačkoliv je uvedený názor vysloven ve vztahu k zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, lze jej nepochybně aplikovat i na současnou právní úpravu.
43. V posuzované otázce se ztotožňuji s názorem Úřadu a považuji za nepochybné, že zadavatel v koncesní dokumentaci – vysvětlivkách k položce D3 elektronického soutěžního formuláře zcela jasně, srozumitelně a určitě stanovil požadavek na hodnotu psí jako čísla většího než jedna, čímž omezil její spodní hranici. Spodní limit této funkce byl tedy jednoznačně určen popisem této položky a navrhovatel nebyl oprávněn se od něj odklonit. Požadavek, aby zadavatel toto omezení podrobil automatické kontrole elektronického systému, nevyplývá ze zákona ani z koncesní dokumentace a proto jeho naplnění nelze od zadavatele spravedlivě očekávat. Tato automatická kontrola, resp. chybové hlášky, nelze totiž již z jejich podstaty považovat za součást koncesní dokumentace a uchazeči se jimi nemusejí ba ani nemohou řídit. Je jen a jen odpovědností každého uchazeče, aby jeho nabídka byla úplná a plně odpovídala požadavkům zákona a zadávacích podmínek. Pokud navrhovatel nedostal požadavku zadavatele stanovenému v koncesních podmínkách na vyplnění hodnoty psí větší než jedna a tím de facto přiřkl nulovou hodnotu tomuto parametru, nelze jeho nesprávný postup zhojit odkazem na to, že na toto nebyl upozorněn automatickým kontrolním systémem soutěžního formuláře. Ztotožňuji se s argumentem Úřadu, že v případě listinné podoby nabídky by se totiž navrhovatel na automatický kontrolní systém spoléhat nemohl a musel by tak postupovat při vytváření své nabídky s mírou pečlivosti, jejíž stejnou úroveň je nutné požadovat i v případě vyplňování elektronického formuláře. Je pravdou, že by zadavatel nastavením kontrolního systému tak, aby byly přesně vymezeny limity pro správné vyplnění hodnoty psí, zajistil vyšší komfort kontroly zadaných údajů, jak vyplývá z odůvodnění Úřadu, skutečnost, že takto zadavatel nepostupoval, ovšem nelze považovat za chybu v koncesní dokumentaci, jak uvádí navrhovatel a přičítat ji k tíži zadavatele. Nelze pak vystopovat ani příčinnou souvislost mezi nesprávným postupem navrhovatele a absencí nastavení limitů kontrolního systému, kterou se snaží argumentačně podsunout navrhovatel, když nesprávné vyplnění hodnoty psí navrhovatelem bylo zapříčiněno jeho úmyslem vzít na sebe náklady na ztráty vody i přes to, že podmínky Koncesní smlouvy byly nastaveny dostatečně jednoznačně a srozumitelně a vyhovovaly tak požadavkům zákona.
44. V souladu s výše uvedeným je nutno se vyjádřit i k námitce navrhovatele, že je potřeba koncesní dokumentaci podrobit i požadavkům ustanovení § 266 odst. 1 obchodního

zákoníku, kdy pochybnosti o projevu vůle, který připouští různý výklad, je třeba vykládat k tíži strany, která jako první v jednání tohoto výrazu užila, tedy zadavatele. K tomuto nad rámec výše uvedeného pouze doplňuji, že omezující podmínka, že hodnota psí je číslo větší než jedna, byla ve vysvětlivkách soutěžního formuláře zadavatelem zcela jasně vyjádřena a ve skutečnosti, že zadavatel toto omezení nenastavil i do podoby limitů podléhající automatické kontrole, nelze spatřovat jiný výklad možnosti vyplnění této položky formuláře.

45. K navrhovatelovu argumentu, že zadavatel v koncesní dokumentaci nepožadoval uvedení reálných hodnot ztrát, jako samostatně hodnoceného parametru uvádím, že se lze obecně ztotožnit s názorem navrhovatele, že naprosto přesné reálné hodnoty ztrát vody není možné z podstaty tohoto parametru uvést, když je zřejmé, že se v čase mění v závislosti na nejrůznějších faktorech, jsem ovšem rovněž přesvědčen o tom, že nebylo ani úmyslem zadavatele po uchazečích požadovat přesné vyjádření budoucích ztrát vody, což ostatně také vyplývá z vysvětlivek ke stanovení hodnoty psí. Zadavatel však vyloučil možnost stanovení hodnoty uvedeného parametru, kterou již považoval za nereálnou, právě podmínkou, že psí je číslo větší než jedna. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel považuje za nereálnou hodnotu psí rovna jedné, která odpovídá nulové ztrátě vody. Hodnotu vyšší než jedna již za nereálnou nepovažuje a každému uchazeči tak dává volnost učinit si v tomto směru vlastní prognózy a stanovit si více či méně reálný limit (kromě nulové ztráty, kterou pokládá zadavatel za nedosažitelnou pro jakéhokoliv dodavatele), kterého je schopen dosáhnout po celou dobu trvání Koncesní smlouvy.
46. Na základě výše uvedených úvah shrnuji, že se ztotožňuji se závěry Úřadu, že podmínky koncesní dokumentace nedovolovaly navrhovateli vyplnit v soutěžním formuláři hodnotu psí jako číslo rovno jedné a že tedy navrhovatelova nabídka neodpovídala požadavkům koncesní dokumentace. Dále je potřeba se zabývat otázkou, zda takováto okolnost byla důvodem pro vyřazení navrhovatelovy nabídky a jeho následného vyloučení z koncesního řízení.
47. V rámci procesu posouzení nabídek podle ustanovení § 76 odst. 1 zákona je hodnotící komise povinna přezkoumat jak formální, tak zejména obsahový soulad jednotlivých nabídek se zadávacími podmínkami a zákonnými požadavky. Toto ustanovení pak zakládá také zadavatelovu povinnost v případě rozporu nabídky s některým z uvedených požadavků takovouto nabídku z dalšího posuzování a hodnocení vyřadit. Autor takovéto nabídky pak musí být v souladu s ustanovením § 76 odst. 6 zákona vyloučen z další účasti na zadávacím řízení. Z uvedeného vyplývá, že vzhledem k tomu, že ve správním řízení bylo prokázáno, že nabídka navrhovatele nesplňovala všechny požadavky zadavatele uvedené v koncesních podmínkách, zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když takovouto nabídku vyřadil a navrhovatele vyloučil z koncesního řízení. Jiný postup by byl přípustný pouze v případě zjevných početních chyb v nabídce, které by neměly vliv na nabídkovou cenu. O takovýto případ však nešlo, když nesprávný údaj hodnoty psí nebyl způsoben početní chybou, která by neměla vliv na nabídkovou cenu, nýbrž tuto hodnotu navrhovatel zadal cíleně a úmyslně a hodnotící komise tak nebyla schopna ani oprávněna tuto opravit sama bez jakékoliv potřebné součinnosti navrhovatele. NSS v této souvislosti ve svém rozhodnutí č. j. 2 A 7/2002 – 72 ze dne 7. 4. 2004 uvedl, že: „...uvedené ustanovení nelze analogicky aplikovat na nápravu jiného pochybení než zjevné početní chyby a není na místě, aby komise

*ověřovala a vyjasňovala informace deklarované uchazeči v nabídkách.*“ Hodnotící komise je samozřejmě oprávněna využít institutu vysvětlení nejasností nabídky vycházejícího z ustanovení § 76 odst. 3 zákona, v takovémto případě je ovšem nutno respektovat pravidlo, že institutu vysvětlení nabídky je zadavatel, resp. hodnotící komise, oprávněn využít pouze za účelem vysvětlení zjištěných nejasností v podané nabídce, avšak nikoliv jako prostředku umožňujícího opravu či změnu nabídky. V případě, že nabídka obsahuje rozporné a neúplné údaje, nelze tento nedostatek zhojit institutem vysvětlení. V takovémto případě je nutné nabídku vyřadit a uchazeče, který ji podal, vyloučit. Z uvedeného vyplývá, že ani písemné vysvětlení, které navrhovatel na základě výzvy zadavatele podal, nemohlo být důvodem pro nápravu nedostatku navrhovatelovy nabídky.

48. Co se týče navrhovatelem namítaného okrajového významu parametru psí pro výpočet nabídkové ceny, je nutno podotknout, že za situace, kdy hodnota psí tvoří jeden z parametrů rozhodných pro výpočet nabídkové ceny, marginálnost její výše a míra, v jaké mohla ovlivnit pořadí uchazečů, není pro vyloučení uchazeče z koncesního řízení rozhodná, rozhodná je naopak skutečnost, že při jejím stanovení byly porušeny koncesní podmínky. Z výše uvedeného je patrné, že zadavatel tedy nebyl oprávněn zabývat se otázkou, do jaké míry zasáhla nesprávně vyplněná hodnota psí do konečné podoby nabídkové ceny, aniž by se tak vystavoval riziku porušení ustanovení § 6 zákona, konkrétně zásady transparentnosti a rovného přístupu k účastníkům koncesního řízení v případě, že by pro marginálnost významu hodnoty psí navrhovatele z koncesního řízení nevyloučil.
49. Na základě výše uvedeného konstatuji, že jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, že zadavatel postupoval správně a v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele z účasti na koncesním řízení pro nesplnění koncesních podmínek v jeho nabídce. V případě, že by zadavatel takto nepostupoval, ocitl by se v rozporu se základními zásadami zákona, vyjádřenými v ustanovení § 6 zákona, zejména pak se zásadou transparentnosti a rovného zacházení, která musí zadavatel respektovat.
50. Další námitky navrhovatele, které vyjádřil ve svém rozkladu, se pak v kontextu výše uvedených závěrů jeví jako bezpředmětné, proto k nim pouze na okraj uvádím následující.
51. Závěry NSS, na které odkazuje navrhovatel, podle kterých je nutno klást velký důraz na výběr takového uchazeče, který je reálně schopen poskytnout službu za co nejnižší cenu, a za kterého se dle svého vyjádření navrhovatel sám považuje, nijak nerozporuji, je ovšem zřejmé, že takového uchazeče je nutno hledat v řadách uchazečů, kteří řádně splnili jak požadavky zákona, tak i požadavky zadavatele vyslovené v zadávacích podmínkách a podali tak úplnou a bezchybnou nabídku. Z uvedeného je zřejmé, že vzhledem k vyřazení navrhovatelovy nabídky z důvodu nedodržení všech uvedených podmínek, je nadbytečné se dále zabývat otázkou, jak by byla navrhovatelova nabídka vyhodnocena, kdyby vyřazena nebyla či otázkou její reálnosti. Stejný závěr pak lze učinit, i co se týče tvrzení navrhovatele, že vyřazením jeho nabídky by došlo k nárůstu cen vodného a stočného, neboť jak už se v tomto smyslu vyjádřil orgán dohledu, byť by byl navrhovatel, stanovením nesprávné hodnoty psí vedoucí ke snížení nabídkové ceny, veden dobrým úmyslem snížit cenu dodávek

vody pro koncové spotřebitele, není ani tento dobrý úmysl způsobilý zhojit nedostatky navrhovatelovy nabídky.

52. K námitce navrhovatele, že v koncesním řízení by stejně nabídl nejvýhodnější nabídku nehledě na to, jakou hodnotu psí v nabídce uvedl, sděluji, že pokud si tedy navrhovatel byl této skutečnosti, jak tvrdí, vědom a podstoupil bezdůvodně riziko vyřazení své nabídky, když se úmyslně rozhodl obejít požadavky zadavatele a porušil jasně stanovenou omezující podmínku, že psí je číslo větší než jedna, není na místě přenášet odpovědnost za jeho pochybení na zadavatele a požadovat po něm porušení zákona. Nepokládám pak za správné ani navrhovatelovo tvrzení, že ostatní uchazeči nemohli být tímto jeho postupem poškozeni nebo znevýhodněni a naopak se ztotožňuji s názorem Úřadu, že ostatní uchazeči, kteří vyplnili elektronický formulář ve všech jeho částech správně, by se nevyřazením navrhovatelovy nabídky, která byla v části uvedení hodnoty psí nesprávně vyplněná, ocitli oproti navrhovateli v nerovném postavení, když by zadavatel poskytl navrhovateli neoprávněnou výhodu. Vyřazení navrhovatelovy nabídky a jeho následného vyloučení z koncesního řízení tedy bylo ze strany zadavatele jeho povinností, které se nemohl zprostit a jediným správným řešením.
53. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Úřadu vydané ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S176/2011, kde je řešena otázka hodnot, které jdou k tíži uchazeče a naopak jsou přínosem pro zadavatele, se ztotožňuji s konstatováním Úřadu, že uvedené správní řízení dosud nebylo pravomocně ukončeno a proto úmysl navrhovatele, prohlásit argumentaci, která byla vyslovena v jeho rozhodnutí, za rozhodovací praxi Úřadu, považuji za zcela předčasný, když úvahy v tomto rozhodnutí vyslovené i z nich vyvozené závěry nejsou definitivní a jsou přezkoumávány odvolacím orgánem. Tím méně lze pak i přivolit názoru navrhovatele, že se ve vztahu zmiňovaného rozhodnutí a napadeného rozhodnutí jedná o vznik nedůvodných rozdílů, kromě právě uvedeného také z důvodu, že uvedené rozhodnutí na posuzovaný případ nedopadá, neboť řeší otázky věcně odlišné. Stěžejní je zde totiž otázka, na základě jakého hodnocení byly jako zcela nepřiměřené posouzeny hodnoty, kterým nebyly v zadávacích podmínkách přiřazeny limitní parametry. Hodnotě psí naopak zadavatel limit přidělil, když ji stanovil jako číslo větší než jedna, kteréžto omezení navrhovatel porušil. Z uvedeného důvodu argumenty uvedené v navrhovatelově námitce nelze v posuzovaném případě zohlednit.

## **VI. Závěr**

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
55. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Město Vlašim, Jana Masaryka 302, 258 14 Vlašim
2. Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod, a. s., Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod

### **Vypraveno dne:**

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