



UOHSX0054FPJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R75/2013/VZ-10241/2013/310/JRa

Brno 3. června 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 18. 3. 2013 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 3. 2013, jenž podal zadavatel –

- společnost **Jihlavské vodovody a kanalizace a.s.**, IČ 29248281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 1. 2013 JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěž č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk ze dne 5. 3. 2013 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení „**Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Jihlavy**“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 4. 2012 pod ev. č. 212147, jehož dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **Vysočina Voda s.r.o.**, IČ 28848608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod,

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:

Výroky II. a III. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk 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. Koncesní řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**koncesní zákon**“) k výkonu dohledu nad dodržováním zákona, zahájil na návrh navrhovatele Vysočina Voda s.r.o., IČ 28848608, se sídlem Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod (dále jen „**navrhovatel**“) ze dne 17. 10. 2012 správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Jihlavské vodovody a kanalizace a. s., IČ 29248281, se sídlem Masarykovo náměstí 97/1, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 11. 1. 2013 JUDr. Radkem Ondrušem, advokátem, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři, se sídlem Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno, (dále jen „**zadavatel**“) učiněných v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku města Jihlavy“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 2. 4. 2012 pod ev. č. 212147 (dále jen „**koncesní řízení**“).¹
2. Jak vyplynulo z předloženého spisu, žádost o účast v koncesním řízení podalo celkem šest zájemců. Dne 1. 8. 2012 proběhlo jednání komise, která konstatovala, že kvalifikační předpoklady byly, až na jedinou výjimku, splněny u všech přihlášených uchazečů. V případě navrhovatele bylo konstатовáno, že je třeba „*objasnění určitých skutečností*“. Protokol o jednání komise dále uvádí: „*Zájemce č. 6 formálně prokázal požadovanou kvalifikaci (základní; profesní; ekonomické a finanční; technické kvalifikační předpoklady), ale to platí pouze za předpokladu, že nastavení subdodavatelských vztahů mezi dodavatelem a jeho subdodavatelem bude vyjasněno či doplněno ze strany tohoto zájemce postupem dle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách*“. Dále pak blíže rozvádí problematické body žádosti navrhovatele. Dne 16. 8. 2012 navrhovatel odeslal zadavateli přípis, který obsahoval vysvětlení a dodatek č. 1 ke smlouvě o subdodavatelském zajištění, který byl uzavřen téhož dne. Na základě uvedeného přípisu komise na svém jednání ze dne 23. 8. 2012 konstatovala, že navrhovatel kvalifikaci prokázal.

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 „**zákon**“), jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení koncesního řízení, není-li uvedeno jinak.

3. V návaznosti na závěry uvedené v protokolu o jednání komise ze dne 23. 8. 2012 podal uchazeč společnost ČEVAK a.s., se sídlem Severní 8/2264, České Budějovice 370 10, IČO 60849657 (dále jen „**ČEVAK a.s.**“) dne 13. 9. 2012 námitky proti úkonu zadavatele a uchazeč, společnost VODÁRENSKÁ AKCIOVÁ SPOLEČNOST, a. s., se sídlem Soběšická 820/156, Brno 638 01, IČO 49455842 (dále jen „**VODÁRENSKÁ AKCIOVÁ SPOLEČNOST, a.s.**“) dne 13. 9. 2012, námitky proti protokolu o posouzení kvalifikace. Obě společnosti se svými námitkami domáhaly vyloučení navrhovatele z koncesního řízení. Zadavatel následně rozhodl o námitkách výše uvedených společností tak, že navrhovatele vyloučil z koncesního řízení.
4. Navrhovatel obdržel rozhodnutí o jeho vyloučení dne 25. 9. 2012, přičemž dne 1. 10. 2012 podal proti tomuto rozhodnutí své námitky. Rozhodnutím ze dne 10. 10. 2012, které navrhovatel obdržel dne 12. 10. 2012, zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval vyřízení námitek učiněné v souladu se zákonem, podal Úřadu návrh ze dne 17. 10. 2012 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“). Úřadu byl návrh doručen téhož dne a tudíž podle § 24a zákona bylo dne 17. 10. 2012 zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Obsah návrhu je blíže specifikován v napadeném rozhodnutí v bodech 13 - 23.
5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-20642/2012/523/JVe ze dne 14. 11. 2012. Usnesením č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-20647/2012/523/JVe ze dne 14. 11. 2012 Úřad určil lhůty, ve kterých byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy, vyjádřit své stanovisko v řízení, resp. vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.

II. **Napadené rozhodnutí**

6. Po provedeném správním řízení Úřad vydal dne 5. 3. 2013 rozhodnutí ve věci vedené pod č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovení v § 7 odst. 3 koncesního zákona, ve spojení s § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil navrhovatele pro nesplnění kvalifikace, ačkoliv ten kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. jako opatření k nápravě Úřad podle § 25 zákona o koncesních smlouvách, zrušil všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele, rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a všechny následné úkony zadavatele učiněné v koncesním řízení. Výrokem III. bylo uloženo zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
7. Úřad v odůvodnění rozhodnutí kromě jiného konstatoval, že z žádosti o účast navrhovatele v koncesním řízení je zřejmé, že tato obsahuje doklady a dokumenty společnosti Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod a.s. (dále jen „**Vodovody a kanalizace Havlíčkův Brod a.s.**“), potřebné k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. a) a písm. b) zákona, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a) až c) zákona a technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 písm. b) zákona o veřejných zakázkách (definovaných v dokumentaci ke koncesnímu řízení pod body 7.1.1 až

7.1.13, dále 8.1.1 až 8.1.2 a 9.1.1 až 9.1.2.1 a 9.2 a pod body 10.1 a následujícími). Žádost o účast navrhovatele v koncesním řízení dále obsahovala doklady a dokumenty společnosti Vodovody a kanalizace Mladá Boleslav, a.s. (dále jen „**Vodovody a kanalizace Mladá Boleslav a.s.**“), potřebné k prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů dle § 54 písm. a) a písm. b) zákona, ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dle § 55 odst. 1 písm. a) a c) zákona a technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 písm. b) zákona. Žádost o účast navrhovatele v koncesním řízení obsahovala též čestné prohlášení dle § 53 odst. 1 písm. j) zákona, společnosti společnost WSG Wasser Service GmbH (dále jen „**WSG Wasser Service GmbH**“).

8. K prokázání splnění kvalifikace dle § 51 odst. 4 písm. b) zákona, předložil navrhovatel v nabídce smlouvu o subdodavatelském zajištění ze dne 18. 7. 2012 (dále jen „**subdodavatelská smlouva**“). Uvedená subdodavatelská smlouva vymezuje na jedné straně tři v předchozím odstavci uvedené společnosti jakožto subdodavatele a na druhé straně navrhovatele jakožto koncesionáře.
9. Dále Úřad zhodnotil subdodavatelskou smlouvu, přičemž mimo jiné konstatoval, že předložená subdodavatelská smlouva splňuje zákonem požadovanou náležitost, tzn. je z ní zřejmý požadovaný závazek subdodavatele k poskytnutí plnění předmětu koncese dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění předmětu koncese, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) zákona.
10. Úřad dále konstatoval, že ačkoliv jsou závazky subdodavatelů stanoveny jen rámcově, v daném případě, s ohledem na povahu koncesního řízení (v první fázi prokazují zájemci kvalifikaci a až ve druhé fázi obdrží koncesní dokumentaci, na základě které podají své nabídky) nelze po zájemci požadovat detailní stanovení závazků subdodavatelů, neboť zájemci není v dané době znám konkrétní popis předmětu koncesní smlouvy. Ten zájemce zjistí až v okamžiku, kdy od zadavatele obdrží dokumentaci ke koncesnímu řízení. Úřad dospěl k tomu, že při interpretaci subdodavatelské smlouvy v této fázi koncesního řízení, je třeba vycházet z toho, že se jedná o rámcovou smlouvu, kterou je třeba vnímat komplexně z hlediska všech jejích ustanovení.
11. K uvedenému Úřad dále poukázal na článek č. V odst. 1 subdodavatelské smlouvy, ve které se uvádí, že smlouva se uzavírá na dobu neurčitou. Dále pak Úřad poukázal na článek č. VI odst. 1 subdodavatelské smlouvy, ve které se uvádí, že vzhledem k tomu, že koncesionář (navrhovatel) nemá přístup ke kompletní dokumentaci ke koncesnímu řízení, není tudíž schopen objektivně určit, jaké další prostředky bude potřebovat ke splnění předmětu koncesní smlouvy. Z tohoto důvodu se smluvní strany zavazují subdodavatelskou smlouvu vhodným způsobem doplnit poté, co bude zbylá část kvalifikační dokumentace zpřístupněna, a dále také na článek č. VI subdodavatelské smlouvy, který mimo jiné uvádí, že subdodavatelé se zavazují koncesionáři poskytnout všechna práva a věci potřebné ke splnění koncesní smlouvy.

12. K problematice vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu, že závazek subdodavatelů poskytnout svá plnění je ve smlouvě mezi subdodavatelem a koncesionářem stanoven pouze ke dni, ke kterému je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikačních předpokladů, uvedl Úřad následující skutečnosti. Subdodavatelé se zavázali k poskytnutí: know-how, všech práv a věcí potřebných ke splnění koncesní smlouvy a práv vyplývajících z pracovního poměru ke svým zaměstnancům, kteří jsou zárukou schopnosti splnit předmět koncesní smlouvy. Tyto povinnosti poté podle ust. čl. II. odst. 4 subdodavatelské smlouvy musí splnit ke dni, ke kterému je zájemce povinen prokázat splnění kvalifikace. Z ust. čl. VI subdodavatelské smlouvy nevyplývá, že by subdodavatelé byli povinni plnit své závazky pouze ke dni prokázání kvalifikace. Subdodavatelé se jednoznačně zavázali k poskytnutí věcí a práv k tomuto datu s tím, že tyto věci a práva budou použita k plnění předmětu koncesní smlouvy. V posuzovaném případě bylo na místě interpretovat subdodavatelskou smlouvu v celém jejím kontextu a s ohledem na její rámcovou povahu, tedy v tomto případě tak, že úmyslem subdodavatele je poskytovat plnění po celou dobu platnosti koncesní smlouvy.
13. Vzhledem k uvedenému Úřad konstatoval, že subdodavatelská smlouva předložená navrhovatelem v žádosti o účast v koncesním řízení splňovala náležitosti subdodavatelské smlouvy definované v ust. § 51 odst. 4 zákona. Úřad dále konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 60 odst. 1 zákona, když vyloučil navrhovatele pro nesplnění kvalifikace, ačkoliv navrhovatel kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval.
14. Výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel nevyločil navrhovatele z účasti v koncesním řízení, byl by vyzván k podání nabídky, přičemž jeho nabídka by mohla být vyhodnocena jako nejvhodnější. Dosud přitom nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad uvedl, že dle § 25 odst. 1 koncesního zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený tímto zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy, Úřad uloží nápravné opatření tím, že zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění kvalifikace, zrušil Úřad všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem, rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a všechny následné kroky zadavatele, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Zadavatel tedy opětovně posoudí prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem.
15. S ohledem na závěr, že subdodavatelská smlouva, předložená navrhovatelem v žádosti o účast v koncesním řízení, splňuje náležitosti dle § 51 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, Úřad konstatoval, že je bezpředmětné zabývat se dodatkem č. 1 k subdodavatelské smlouvě, který navrhovatel předložil na základě žádosti zadavatele o vysvětlení žádosti o účast v koncesním řízení.
16. Dále Úřad uvedl, že podle § 26 koncesního zákona ve spojení s § 119 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu také rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „**vyhláška**“), stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30.000,- Kč. Ustanovení § 26 odst. 4 zákona o koncesním řízení stanoví, že pro náklady řízení platí dále ustanovení zákona o veřejných zakázkách.

17. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím byly zrušeny jednotlivé úkony zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

18. Dne 19. 3. 2013 obdržel Úřad od zadavatele v zákonné lhůtě rozklad proti napadenému rozhodnutí. Jak vyplývá z podaného rozkladu, zadavatel ve svém rozkladu napadá výroky II. a III. napadeného rozhodnutí.
19. Zadavatel má za to, že rozhodnutí v části výroku II., ve kterém se ruší všechny úkony zadavatele související s posouzení prokázání splnění kvalifikace navrhovatele a dále se ruší následné úkony zadavatele v koncesním řízení, je nezákonná, neboť je neurčitá, nedůvodná a neodůvodnitelná, a tudíž nevykonatelná.
20. Jako důvod rozkladu zadavatel uvádí rozpor čl. III. napadeného rozhodnutí s ust. § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a ust. § 36 odst. 3 správního řádu.
21. Zadavatel dále uvádí, že z citované části napadeného čl. II. rozhodnutí ani z jeho odůvodnění nevyplývá, co Úřad rozumí oněmi všemi úkony zadavatele souvisejícími s prokázáním splnění kvalifikace navrhovatele, které takto zrušuje. Z nenapadené části čl. II. rozhodnutí však jednoznačně a contrario vyplývá, že těmito úkony není samotné vyloučení navrhovatele z koncesního řízení. Dále zadavatel uvádí, že ani on, ani navrhovatel nemají najisto postaveno, co vlastně Úřad v citované části rozhodnutí zrušuje.
22. Zadavatel navrhuje, aby Úřad podal v rozhodnutí o rozkladu alespoň výkladové stanovisko, co je nutno chápat pod těmi všemi úkony zadavatele souvisejícími s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele. Zadavatel dále Úřadu sděluje, že pro výše citovanou napadenou část čl. II. rozhodnutí není žádná opora v řízení, ani napadené rozhodnutí jako takové neobsahuje žádné odůvodnění toho, proč by měly být zrušeny všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele.
23. Zadavatel v rozkladu poukazuje na to, že návrh navrhovatele ze dne 17. 10. 2012 obsahoval zcela určitě určení toho, čeho se domáhá, a to zrušení rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z koncesního řízení. Úřad tedy v rozhodnutí evidentně a flagrantně překračuje jak rozsahu návrhu navrhovatele, tak i svého vlastního oznámení o zahájení správního řízení na předmětný návrh, a rozhodl o něčem, čeho se návrh nedomáhá, o čem Úřad nezahájil řízení, o čem Úřad nevedl řízení, a pro co ani neměl Úřad žádného jiného zákonného zmocnění.

24. Zadavatel je toho názoru, že výše citovanou napadenou částí čl. II. rozhodnutí odňal Úřad zadavateli naprosto všechna procesní práva v řízení o věci, ve které rozhodnutí vydal. Věcná nesprávnost napadené části čl. II. rozhodnutí spočívá dle zadavatele v tom, že ony (neurčité) všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele nemají žádnou věcnou souvislost s Úřadem shledaným nezákonným rozhodnutím zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení.
25. Zadavatel dále napadá další část čl. II. rozhodnutí a to část, ve které Úřad ruší všechny následné úkony zadavatele učiněné v koncesním řízení. Z citované části čl. II. rozhodnutí nevyplývá, co Úřad rozumí oněmi následnými úkony zadavatele učiněnými v koncesním řízení. Předmětná část napadeného rozhodnutí je dle názoru zadavatele v rozporu s ust. § 25 odst. 1 koncesního zákona, nemá oporu ve spisu a není z ní patrné, do jakého data se ruší následné kroky zadavatele v koncesním řízení, či pouze úkony učiněné do data vydání rozhodnutí, či úkony do data nabytí právní moci rozhodnutí.
26. Zadavatel navrhuje, že pokud by se předseda Úřadu neztotožnil s tímto odůvodněním rozkladu, aby Úřad podal v rozhodnutí o rozkladu alespoň výkladové stanovisko, co je nutné chápat pod slovy následnými úkony zadavatele učiněnými v koncesním řízení. Dále zadavatel uvádí, že napadené rozhodnutí jako takové neobsahuje žádné odůvodnění toho, proč by měly být zrušeny všechny následné úkony zadavatele v koncesním řízení.
27. Závěrem zadavatel napadá čl. III. výroku napadeného rozhodnutí. Zadavatel se dovolává povinnosti Úřadu, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. V čl. III. rozhodnutí je zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,-Kč, a to do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. K tomuto zadavatel uvádí, že je mu z jiných pravomocných rozhodnutí Úřadu, publikovaných ve smyslu ust. § 123 zákona, známo, že upouští od povinnosti nahradit náklady řízení. V daném případě dle názoru zadavatele rozhodl Úřad sice opožděně, ale co do obsahu i jeho odůvodnění zcela nečekaně, a před vydáním napadeného rozhodnutí ani neposkytl zadavateli možnost k uplatnění žádosti o upuštění od uložení povinnosti nahradit náklady řízení, a uplatnění důkazních návrhů, že pro to jsou důvody zvláštního zřetele hodné.

Závěr rozkladu

28. Na základě výše uvedeného zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené části čl. II. výroku rozhodnutí, zrušil čl. III. výroku rozhodnutí a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

29. Správní orgán prvního stupně usnesením č. j. ÚOHS-S594/2012/KO-5148/2013/523/Krk ze dne 20. 3. 2013 oznámil navrhovateli podání rozkladu a stanovil lhůtu pěti dnů, v níž se mohli k rozkladu vyjádřit.

Vyjádření navrhovatele

30. Navrhovatel se k rozkladu vyjádřil dne 25. 3. 2013, kde uvedl, že dle právní teorie je možné jednoznačně dovodit, že úkonem zadavatele jsou všechny projevy vůle zadavatele směřující ke změně práva povinností, se kterými předpisy upravující zadávání veřejných zakázek takovouto změnu práv a povinností spojují. Navrhovatel odkazuje na ust. § 34 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen „**občanský zákoník**“) a dále na rozhodnutí Ústavního soudu ČR v nálezu IV. ÚS 365/97 ze dne 25. 9. 1998 (pokud konkrétní právní norma takovéto obecné právní instituty neupravuje jinak, použije se jejich obecná úprava obsažená v občanském zákoníku).
31. Analogicky lze dle názoru navrhovatele výše uvedený výklad použít i na spojení „následné úkony zadavatele“, kde se jednoznačně jedná o veškeré úkony učiněné později než úkony související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem.
32. Navrhovatel k tomuto konstatuje, že je zřejmé, že rozkladem napadené rozhodnutí je dostatečně určité.
33. K tvrzení zadavatele, že Úřad překročil rozsahu navrhovatelova návrhu, když zrušil více úkonů, než sám požadoval, navrhovatel uvádí, že Úřad v tomto případě není návrhem absolutně vázán. To vyplývá z ustanovení § 24c odst. 2 koncesního zákona, dle kterého může správní orgán vydat určité rozhodnutí i v případě, kdy byl návrh zamítnut. Dle navrhovatele je důležitější, že z oznámení o zahájení řízení vyplývá, že bylo zahájeno obecně pro přezkoumání úkonů zadavatele v koncesním řízení, nikoliv pro přezkoumání konkrétního úkonu.
34. Vzhledem k výše uvedenému navrhovatel navrhuje, aby byl rozklad zamítnut. Závěrem navrhovatel dodává, že pokud by předseda Úřadu považoval za vhodné, souhlasí navrhovatel s alternativním návrhem zadavatele, aby v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu bylo blíže specifikováno, jaké úkony zadavatele má prvostupňové rozhodnutí konkrétně na mysli. Takový postup by umožnil dosáhnout vyšší míry jistoty zadavatele při zachování ekonomičnosti správního řízení.

Vyjádření zadavatele

35. Dne 16. 5. 2013 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 15. 5. 2013 nazvané replika zadavatele k vyjádření navrhovatele k rozkladu. Zde pak zadavatel uvádí, že navrhovatel nedůvodně nahrazuje zákonnou definici právního úkonu definicí doktrinní, a na tomto základě pak účelově pomíjí skutečnost, že právní úkony směřují především ke vzniku práv a povinností. Sám navrhovatel je pak nucen interpretovat napadené části výroku rozhodnutí, čímž demonstruje jejich neurčitost, a tedy důvodnost rozkladu zadavatele. Zadavatel má tedy za to, že správní rozhodnutí, jehož obsah musí být interpretován, aby byl adresátům seznatelný, je eo ipso neurčité a nepřezkoumatelné.
36. Dle zadavatele v navrhovatelově vyjádření ve vztahu k „následným úkonům zadavatele“ je pominuta neurčitost rozhodnutí v tom, že Úřad neurčil časovou hranici, do kdy učiněné úkony zadavatele v koncesním řízení jsou neplatné.

37. Zadavatel rovněž poukazuje na to, že Úřad nezahájil a nevedl řádné řízení v části přesahující rámec návrhu navrhovatele, zbavil zadavatele všech procesních práv a zcela popřel jeho ústavně garantovaná práva na spravedlivý proces. Zadavatel má za to, že se navrhovatel mýlí v tom, že předmětné řízení bylo zahájeno obecně pro přezkoumání úkonů zadavatele v koncesním řízení a nikoliv pro přezkoumání konkrétního úkonu, definovaného navrhovatelem v jeho návrhu, doručeném Úřadu dne 17. 10. 2012. Uvedený názor navrhovatele je zjevně v rozporu s platnou právní úpravou, v rozporu s teorií správního procesu, a v rozporu s objektivní realitou, a je proto tak excesní, že dle názoru zadavatele pouze postačuje na tuto okolnost poukázat. Řízení v předmětné věci bylo vedeno zcela nepochybně na návrh, a tím je také dán jeho předmět. Pokud by však Úřad dospěl k závěru, že řízení bylo vedeno ex officio, pak by měl zadavateli vysvětlit, od kdy se tak děje, proč to zadavateli nesdělil, a proč jej současně nepoučil o jeho procesních právech, proč jej současně nepoučil, co je konkrétním předmětem takového řízení ex officio, proč účastníkem takového řízení ex officio je i navrhovatel, proč Úřad požadoval v řízení ex officio zaplacení navrhovatelem kauce atd. atp.
38. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s ust. § 88 odst. 1 správního řádu, postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
39. 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 rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
40. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-4020/2013/523/Krk ze dne 5. 3. 2013 výrokem II. jako opatření k nápravě Úřad podle § 25 zákona o koncesních smlouvách, zrušil všechny úkony zadavatele související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele, rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení a všechny následné úkony zadavatele učiněné v koncesním řízení, postupoval správně a v souladu se zákonem. Rovněž pak Úřad výrokem III. uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, postupoval správně a v souladu se zákonem.
41. V odůvodnění tohoto rozkladu budou dále uvedeny bližší důvody, které mne vedly k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

42. K věci v první řadě uvádím, že jsem se plně ztotožnil s výrokem a odůvodněním napadeného rozhodnutí, které považuji za plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil.

43. Vzhledem k tomu, že zadavatel v rozkladu napadl toliko výroky II. a III. rozhodnutí Úřadu, nabyl výrok I. napadeného rozhodnutí, kterým bylo konstatováno porušení ust. § 7 odst. 3 koncesního zákona ve spojení s § 60 odst. 1 zákona zadavatelem, právní moci uplynutím lhůty pro podání rozkladu proti uvedenému výroku v souladu s ust. § 82 odst. 3 správního řádu. K jednotlivým námitkám zadavatele, které směřují k výroku II. a III. napadeného rozhodnutí, uvádím následující.
44. Není sporu o tom, že zadavatel neoprávněně a v rozporu s koncesním zákonem a zákonem vyloučil navrhovatele z koncesního řízení pro nesplnění kvalifikace, ačkoliv tento kvalifikaci v požadovaném rozsahu splňoval. Nespornost této skutečnosti vychází ze zadávací dokumentace a napadené rozhodnutí výrok I. správně a dostatečně odůvodňuje, ale lze ji spatřovat i v tom, že zadavatel nezpochybňuje rozkladem výrok I. napadeného rozhodnutí, který uvedenou skutečnost konstatuje. Rovněž pak zadavatel nenapadá část výroku II. ve kterém se konstatuje, že se ruší rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele. O tom, že zadavatel tuto část výroku nepovažuje v rozporu se zákonem, svědčí jeho vyjádření v rozkladu bodě III. *„Z nenapadané části čl. II. výroku Rozhodnutí však jednoznačně a contrario vyplývá, že těmito souvisejícími úkony není samotné vyloučení navrhovatele z koncesního řízení“*.
45. Jakkoliv zadavatel považuje znění výroku II. ve vztahu ke zrušení úkonů souvisejících s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatele za nesprávné a věcně nesouvisející se shledaným nezákonným rozhodnutím zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, nemohu se s tímto názorem ztotožnit. Naopak trvám na tom, že zrušené úkony věcně souvisí s nezákonným rozhodnutím zadavatele, neboť jsou zrušovány pouze ty úkony, které souvisely se zrušeným rozhodnutím zadavatele, či které k němu vedly. Takovým úkonem musí být nutně např. rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele ČEVAK a.s., které směřovaly právě proti posouzení splnění kvalifikace navrhovatele. Vyhovění těmto námitkám souviselo s vyloučením navrhovatele. Jelikož Úřad konstatoval, že navrhovatel byl vyloučen neoprávněně a toto vyloučení svým rozhodnutím zrušil, musí nutně dojít i ke zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012, kterým zadavatel vyhověl námitkám společnosti ČEVAK a.s., neboť jako způsob provedení nápravy v předmětném rozhodnutí o námitkách uvedl vyloučení navrhovatele. Zároveň z logiky věci vyplývá, že pokud je zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, je třeba zrušit i rozhodnutí o námitkách společnosti ČEVAK a.s., které v tomto kontextu již nemůže obstát.
46. Na rozdíl od zadavatele tedy považuji celý výrok II. napadeného rozhodnutí za výrok věcně správný. Vzhledem k tomu, že tímto výrokiem Úřad zrušil vadné rozhodnutí zadavatele ze dne 21. 9. 2012 o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, bylo nezbytné zrušit i všechny úkony související s posouzením prokázání splnění kvalifikace navrhovatelem, které souvisely právě s vyloučením navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu nesplnění kvalifikace.
47. Úřad zcela správně vyhodnotil rovněž nezbytnost zrušení následných úkonů zadavatele učiněné v koncesním řízení, tedy ty úkony, které zadavatel učinil po vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Mám za to, že slovní spojení „následné úkony zadavatele učiněné v koncesním řízení“ je zcela opodstatněné, neboť takto jsou obsaženy všechny následné úkony, které v daném koncesním řízení zadavatel učinil, bez toho aniž by bylo nezbytné tyto

ve výroku blíže specifikovat. Rozhodující v dané situaci je, že zde existuje nezákonné a zrušené rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele, tudíž na navrhovatele je nezbytné nahlížet jako by nikdy nebyl z koncesního řízení vyloučen. To znamená, že následné úkony zadavatele v koncesním řízení, které byly činěny již bez účasti navrhovatele, nemohou být z logiky věci v souladu se zásadami stanovenými v ust. § 3a zákona o koncesích. Ačkoliv by si mohl zadavatel takové úkony zrušit sám, nic nebránilo Úřadu, aby k tomuto zrušení přistoupil v rámci přezkoumávání úkonů zadavatele v koncesním řízení.

48. Ze spisové dokumentace vyplývá, že v předmětném správním řízení nebylo vydáno předběžné opatření, kterým by bylo zadavateli dle § 24e odst. 1 písm. b) koncesního zákona uloženo pozastavit koncesní řízení. Usnesením ze dne 14. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S594/2012/VZ-20647/2012/523/JVe byla zadavateli uložena povinnost podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a to nejpozději 1 den po provedení příslušného úkonu, avšak z praxe Úřadu vyplývá, že dochází k situacím, kdy zadavatelé ať již úmyslně, či opomenutím, tuto povinnost nesplní. Aniž bych jakkoliv předjímal, či tvrdil, že by tuto povinnost nesplnil zadavatel v tomto případě, je zřejmé, že Úřad z procesní opatrnosti použije ve výroku při zrušení následných úkonů zadavatele takovou formulaci, aby v případě, že by k takové situaci došlo, bylo zajištěno, že dojde ke zrušení všech úkonů zadavatele, které je třeba zrušit, což by při taxativním výpočtu nemuselo nastat. Nad rámec výše uvedeného podotýkám, že zadavatel neuvedl jediný jeho úkon, u kterého by mu z důvodu „neurčitosti výroku“ vznikla pochybnost, zda byl výrokem II. napadeného rozhodnutí zrušen či nikoliv.
49. Pakliže zadavatel vznáší pochybnost ohledně data, do kterého se ruší všechny následné úkony zadavatele v koncesním řízení, konstatuji, že se ruší všechny úkony, které následovaly za nezákonným rozhodnutím zadavatele. K tomuto podotýkám, že po zrušení všech úkonů zadavatele souvisejících s prokázáním splnění kvalifikace navrhovatelem se koncesní řízení vrací zpět do fáze posouzení kvalifikace, ve kterém zadavatel opětovně posoudí prokázání kvalifikace navrhovatele s ohledem na závěry uvedené v napadeném rozhodnutí. Právě z důvodu, že některé úkony zadavatele, které s neoprávněným vyloučením navrhovatele souvisí, nebyly učiněny až po jeho vyloučení, ale ve stejný den (viz výše), pak nepostačuje zrušení rozhodnutí zadavatele, které následovaly po zrušeném rozhodnutí o vyloučení navrhovatele, ale je třeba zrušit i úkony související.
50. Neztotožňuji se rovněž s námitkou zadavatele, že Úřad překročil rámec návrhu a tím zkrátil jeho procesní práva. Mám za to, že Úřad nešel nad rámec návrhu, neboť přezkoumával pouze úkony zadavatele vztahující se k vyloučení navrhovatele. Nezkoumal např. posuzování splnění kvalifikace ostatních uchazečů, či koncesní dokumentaci, resp. Úřad ji mohl přezkoumat, ale pokud by hodlal posuzovat postup jiný postup zadavatele, než postup související s vyloučením navrhovatele z koncesního řízení, pak by byl povinen zahájit správní řízení z moci úřední, oznámit jeho zahájení účastníkům takového správního řízení a postupovat dále v souladu se správním řádem, pokud jde o procesní postupy. K takovému postupu však ze strany Úřadu nedošlo. Úřad přezkoumal v rámci návrhu postupy zadavatele, které vedly k vyloučení navrhovatele z koncesního řízení, a vyvodil z provedeného dokazování potřebná zjištění, která se odrazila ve výrocih napadeného rozhodnutí. Nelze přisvědčit zadavateli, že zrušením úkonů, jež souvisely s prokázáním splnění kvalifikace či zrušením následných úkonů, byl rámec návrhu překročen. Úřad při svém přezkumu nutně musí

vycházet ze všech dostupných podkladů (§ 3 správního řádu), k rozšíření předmětu by byl oprávněn (rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 10. 11. 2011, č. j. 62 Af 52/2010-89), avšak v tomto případě k němu nebylo přistoupeno. Z důvodů uvedených shora v tomto rozhodnutí vyplývá, že by nemělo žádný praktický důsledek, aby Úřad na návrh navrhovatele zrušil toliko rozhodnutí o jeho vyloučení a ponechal v platnosti úkony, které s nezákonným rozhodnutím přímo souvisejí či na něj navazují. Takovýto postup by nešetřil procesní práva účastníků řízení.

51. K tomuto uvádím, že jakkoliv tedy zadavatel v daném případě vyvozuje dotčení svých procesních práv, již neuvádí, jaká jeho procesní práva jsou uvedeným postupem Úřadu dotčena. Vzhledem k tomu, že tato námitka není nikterak blíže specifikována, nezbývá mi, než ji na základě výše uvedeného odůvodnění odmítnout.
52. K námitce k výroku III. napadeného rozhodnutí, podotýkám, že dle ust. § 119 zákona o veřejných zakázkách, je součástí rozhodnutí Úřadu, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Tímto předpisem je vyhláška, přičemž dle § 1 vyhlášky je stanovena paušální částka, která činí 30 000 Kč. Zadavatel v rozkladu poukazuje na to, že Úřad v daném případě rozhodl opožděně, ale co do obsahu i jeho odůvodnění zcela nečekaně, a před vydáním napadeného rozhodnutí ani neposkytl zadavateli možnost k uplatnění žádosti o upuštění povinnosti nahradit náklady řízení, a uplatnění důkazních návrhů, že pro to jsou důvody zvláštního zřetele hodné.
53. S uvedenou námitkou zadavatele se neztotožňuji, neboť jestliže existovaly důvody zvláštního zřetele hodné, mohl je uvádět již ve správním řízení před Úřadem, neboť je mu jistě známa výše uvedená vyhláška, která stanovuje povinnost zaplatit paušální částku ve výši 30 000 Kč. Pakliže zadavatel tyto důvody neuvedl v řízení před Úřadem, mohl je alespoň blíže specifikovat v rámci svého rozkladu s uvedením důkazních návrhů, které by mne vedly ke zvážení možnosti upuštění od povinnosti nahradit náklady řízení. Pokud tak neučinil, nezbývá mi, než takto zcela obecně koncipovanou námitku zamítnou s tím, že nelze posoudit, zda zde je či není důvod k upuštění povinnosti hradit náklady. Rovněž pak z uvedeného důvodu lze jen stěží zhodnotit, zda se jedná o shodný či podobný případ ve smyslu ust. § 2 odst. 4 správního řádu.

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 důvodu uváděných v rozkladu. Vzhledem k výše uvedenému, kdy jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené výroky II. a III. 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 odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Radek Ondruš, advokát, advokátní kancelář Ondruš & Ondruš a partneři,
Těsnohlídkova 9, 613 00 Brno
2. Vysočina voda s. r. o., Žižkova 832, 580 01 Havlíčkův Brod

Vypraveno dne

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