



UOHSX007LHJW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0671/2014/VZ-36516/2015/512/PMu

Brno: 27. 10. 2015

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, ve správním řízení zahájeném dne 20. 8. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- město Dobřany, IČO 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany a
- SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2014 a uveřejněno dne 28. 2. 2014 pod ev. č. 482340,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Dobřany, IČO 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany a SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany – nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 73 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů tím, že při zadávání koncesního řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2014 a uveřejněno dne 28. 2. 2014 pod ev. č.

482340, neuvedl výši nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – město Dobřany, IČO 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany a SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 25 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů, **ruší koncesní řízení** „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2014 a uveřejněno dne 28. 2. 2014 pod ev. č. 482340.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Město Dobřany, IČO 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany a SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 2. 2014 pod ev. č. 482340 oznámení o zahájení koncesního řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“ (dále jen koncesní řízení).
2. Předmětem daného koncesního řízení je výběr koncesionáře pro uzavření koncesní smlouvy na základě ekonomické výhodnosti s předmětem zajištění výroby a rozvodu tepelné energie, a řádného provozu tepelného hospodářství v majetku zadavatelů. Tím se rozumí zejména výroba a rozvod tepla, jeho dodávky konečným spotřebitelům ve správním území města Dobřany, včetně řádné údržby a oprav z hlediska provozuschopnosti zařízení a poskytování souvisejících služeb po dobu 15 let. Předpokládá se také technické zhodnocení stávajícího zdroje tepelné energie ve formě vybudování kogenerační jednotky a následné využití elektrické energie.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 24 zákona koncesního zákona obdržel podněty k přezkoumání postupu zadavatele, při zadávání koncesního řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 27. 2. 2014 a uveřejněno dne 28. 2. 2014 pod ev. č. 482340 (dále jen „koncesní řízení“). Na základě obdržení podnětů si Úřad od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci.
4. Po posouzení předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel při zadávání koncesního řízení postupoval v souladu s koncesním zákonem ve spojení se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon

o veřejných zakázkách“), když sepsal protokol o otevírání obálek s nabídkami podle § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, který neobsahoval informace uvedené v § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách.

II. DOSAVADNÍ ŘÍZENÍ PŘED ÚŘADEM

5. Účastníkem správního řízení podle § 24d koncesního zákona je:
 - zadavatel.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č.j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17433/2014/512/PMu ze dne 20. 8. 2014, ve kterém účastníka správního řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.
7. Účastník správního řízení obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 22. 8. 2014 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
8. Úřad vydal dne 20. 8. 2014 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17482/2014/512/PMu, ve kterém uložil zadavateli předběžným opatřením zákaz uzavřít smlouvu v koncesním řízení.
9. Úřad vydal dne 22. 8. 2014 usnesení č.j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17477/2014/512/PMu, kterým byla účastníku řízení stanovena lhůta, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
10. Úřad vydal dne 2. 9. 2014 usnesení č. j. ÚOHS-S671/2014/VZ-18446/2014/512/PMu, ve kterém stanovil účastníku řízení lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 8. 2014

11. Vyjádření zadavatele k usnesení o zahájení správního řízení ze dne 20. 8. 2014 č.j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17433/2014/512/PMu bylo Úřadu doručeno dne 20. 8. 2014.
12. V souvislosti s postupem při otevírání obálek zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že není pravdou, že hodnotící komise nesdělila informace o nabídkové ceně, jakož i informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným hodnotícím kritériím.
13. Zadavatel dále uvádí, že tuto svou povinnost dokládal v protokolu o otevírání obálek tím, že obsahem textu protokolu o otevírání obálek bylo ustanovení, že komise přistoupila k otevírání obálek s nabídkami v pořadí stanoveném v souladu s ustanovením § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách a ustanovení obsahující tvrzení, že všechny nabídky byly podány ve lhůtě a byly v rámci činnosti komise otevřeny, zkontrolovány v souladu s § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách a všem uchazečům byly sděleny údaje stanovené zákonem o veřejných zakázkách.
14. Zadavatel se proto domnívá, že z výše uvedeného konstatování v protokolu o otevírání obálek nepochybně plyne, že hodnotící komise sdělila všem přítomným (jak členům komise, tak i přítomným zástupcům uchazečů) informace o nabídkové ceně, jakož i informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným hodnotícím kritériím.
15. Zadavatel je proto přesvědčen, že výše uvedené konstatování v protokolu o otevírání obálek s odkazem na zákon je postačující a deklaruje splnění zákonných povinností vůči přítomným zástupcům uchazečů.

16. Závěrem k problematice otevírání obálek s nabídkami zadavatel uvádí, že komise postupovala v souladu s koncesním zákonem ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách a dodržela zákony stanovený postup v souladu s ustanovením § 71 odst. 8 a odst. 7 zákona o veřejných zakázkách.
17. Ve svém vyjádření se zadavatel dále vyjadřuje k vymezení předmětu koncesního řízení, konkrétně k možnosti vybudování kogenerační jednotky ze strany dodavatele. Zadavatel, ač ve vymezení předmětu koncesního řízení v Oznámení o zahájení koncesního řízení uvedl, že předpokládá vybudování kogenerační jednotky, o tomto uvažuje bez jakéhokoli dopadu na probíhající koncesní řízení. Tedy považuje takové prohlášení za prohlášení v rovině úvahy.
18. V příloze předmětného vyjádření zadavatel přiložil svá vyjádření k podnětu Úřadu doručenému dne 25. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P610/2014/VZ a podnětu Úřadu doručenému dne 31. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P674/2014/VZ (viz bod 21 – 24 rozhodnutí).
19. Zadavatel tato vyjádření k podnětům přiložil z toho důvodu, že se domnívá, že se Úřad s předmětnými vyjádřeními neseznámil a svévolně tak předjímá postup podle ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona.
20. Zadavatel v závěru svého vyjádření konstatuje, že neshledává žádné důvody pro pokračování ve vedeném správním řízení a navrhuje, aby Úřad vedené správní řízení zastavil.
21. V návaznosti na tvrzení obsažené v bodu 18 tohoto rozhodnutí bylo součástí vyjádření zadavatele ze dne 20. 8. 2014, vyjádření k podnětu Úřadu doručenému dne 25. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P610/2014/VZ.
22. V předmětném vyjádření zadavatel uvádí, že specifikací předmětu koncesního řízení nebyla porušena zásada transparentnosti, neboť kogenerační jednotka byla od začátku považována za majetek provozovatele, který nebude předmětem nájmu a tedy ani předmětem koncesního řízení.
23. V otázce otevírání obálek s nabídkami zadavatel konstatuje, že komise postupovala v souladu s koncesním zákonem ve spojení se zákonem o veřejných zakázkách a dodržela jimi stanovený postup.
24. Zadavatel se shodně s výše uvedeným vyjádřil k podnětu Úřadu doručenému dne 31. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P674/2014/VZ.

Vyjádření zadavatele ze dne 1. 9. 2014

25. Dne 1. 9. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 1. 9. 2014, kterým se vyjadřuje k usnesení č.j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17477/2014/512/PMu ze dne 22. 8. 2014, kterým Úřad stanovil lhůtu zadavateli k navrhování důkazů, jiných návrhů a vyjádření svého stanoviska.
26. Zadavatel v uvedeném vyjádření navrhl provedení důkazu svědeckých výpovědí členů hodnotící komise o průběhu otevírání obálek, jakož i způsobu hodnocení podaných nabídek. Zároveň také navrhl provedení důkazu svědeckých výpovědí o výše uvedeném prostřednictvím zástupců uchazečů přítomných při otevírání obálek a o průběhu otevírání obálek za jejich účasti.

27. Další důkaz, který byl zadavatelem v předmětném vyjádření navrhnout, byl důkaz svědeckou výpovědí osoby, která podala podnět Úřadu doručenému dne 25. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P610/2014/VZ a svědeckou výpovědí osoby, která podala podnět Úřadu doručenému dne 31. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P674/2014/VZ.

Rozhodnutí Úřadu č.j.: ÚOHS-S671/2014/VZ-22801/2014/512/PMu

28. Úřad vydal dne 29. 10. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S671/2014/VZ-22801/2014/512/PMu, jímž rozhodl ve věci správního řízení vedeného pod sp. zn. S671/2014/VZ následovně.
29. Úřad ve výroku I. výše uvedeného rozhodnutí rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 1 koncesního zákona ve spojení s § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 3a koncesního zákona tím, že při zadávání koncesního řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“ neuvedl výši nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
30. Dále Úřad ve výroku II. výše uvedeného rozhodnutí rozhodl, že jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. uvedeného rozhodnutí Úřad podle § 25 odst. 1 koncesního zákona ruší koncesní řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany.“
31. Proti výše zmíněnému rozhodnutí podal zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. rozklady, které byly Úřadu doručeny dne 11. 11. 2014.

Rozklad ze dne 11. 11. 2014

32. Zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. v článku I. rozkladu ze dne 11. 11. 2014 uvádí, že Úřad opominul jak v zahájení správního řízení, tak i v napadeném rozhodnutí uvést druhého zadavatele jako účastníka správního řízení, a to společnost SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany, čímž byl tento účastník zkrácen na svých právech na spravedlivý proces.
33. V článku II. uvedeného rozkladu zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. dále uvádí, že se Úřad nedostatečně vypořádal s návrhem zadavatele na provedení důkazu spočívajícího ve svědeckých výpovědích členů hodnotící komise a zástupců uchazečů o průběhu otevírání obálek, jakož i způsobu hodnocení podaných nabídek. V příloze pak přikládá prohlášení jednotlivých subjektů účastnících se otevírání obálek s nabídkami o veřejně sdělených skutečnostech při tomto procesu.
34. Zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. v článku III. předmětného rozkladu uznává námitku Úřadu, že mu svým formálním pochybením ztížil možnost kontroly koncesního řízení, ale v žádném případě mu ji neznemožnil. Zadavatel se tak domnívá, že zásada transparentnosti nebyla porušena, neboť Úřad měl k dispozici veškeré údaje nutné ke kontrole koncesního řízení.
35. Zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. se dále domnívá, že se jedná o neúmyslnou formální chybu, přičemž jinak postupoval přesně ve znění zákona a dodržoval zásadu transparentnosti. Zadavatel dále poukazuje na značné časové průtahy v zadání

koncese a nutnost jejího včasného zadání. Závěrem pak uvádí, že zrušení koncesního řízení je v tomto případě neadekvátně vysoký trest.

36. Zadavatel dále odkazuje analogicky na ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona, který se týká zakazu plnění smlouvy a uvádí, že Úřad neuloží zákaz plnění ze smlouvy v případě, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Zadavatel má za to, že zrušení koncesního řízení by vedlo k nepřiměřeným následkům neslučitelným s veřejným zájmem.
37. Zadavatel ve svém rozkladu dále namítá překážku probíhajícího řízení a pokazuje na skutečnost, že Úřad vedl správní řízení pod sp. zn. S592/2014/VZ zahájené na návrh, které bylo ukončeno rozhodnutím č.j.: ÚOHS-S592/2014/VZ-17461/2014/512/PMu, které nabylo právní moc dne 4. 9. 2014, a zároveň zahájil předmětné správní řízení z moci úřední oznámením ze dne 20. 8. 2014. Dle názoru zadavatele zahájení druhého správního řízení bránila překážka již probíhajícího řízení.

Rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R395,396/2014/VZ-23019/2015/ 321/IPs

38. Následně předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R395,396/2014/VZ-23019/2015/321/IPs ze dne 14. 8. 2015, které bylo účastníkům řízení doručeno dne 18. 8. 2015 nabylo právní moci téhož dne (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), zrušil podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu rozhodnutí č. j. ÚOHS-S671/2014/VZ-22801/2014/512/PMu ze dne 29. 10. 2014 a věc vrátil Úřadu k novému projednání.
39. V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu konstatoval, že *„Jelikož z dokumentace o koncesním řízení a ze správního spisu vyplývá, že zadavatelem v předmětném koncesním řízení byl jak zadavatel město Dobřany, tak zadavatel Služby Dobřany, měli být účastníkem správního řízení oba zadavatelé, jak to vyplývá i z podaných rozkladů. Úřad tak pominul oprávněného účastníka řízení, což má za následek vadu řízení, již není možno odstranit v rámci řízení o rozkladu, ale je třeba napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání tak, aby bylo v řízení před Úřadem umožněno oběma zadavatelům uplatňovat svá procesní práva.“*
40. Dále pak předseda Úřadu v odůvodnění svého rozhodnutí uvádí, že *„Vzhledem k této procesní vadě, jež má vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, nejsem oprávněn vypořádat námítky podaných rozkladů, mimo tu, kterou je namítána právě tato vada řízení, neboť pominutí účastníka řízení je neodstranitelná vada, která tomu brání. Součástí nového rozhodnutí ve věci tak musí být i vypořádání všech námitek rozkladu, neboť správní orgán je povinen se vypořádat se všemi tvrzeními a námítkami, které účastník vznesl v průběhu řízení. Pokud je tedy nebylo možno vypořádat v rámci rozkladu, je tak povinen učinit Úřad.“*
41. Závěrem pak předseda Úřadu uvedl, že *„Při novém projednání věci tedy bude Úřad jednat jako s účastníkem správního řízení jak se zadavatelem městem Dobřany, tak zadavatelem Služby Dobřany a umožní jim uplatňovat svá procesní práva. Dále také provede potřebné důkazy pro zjištění toho, z jakého titulu tito zadavatelé zadávají koncesní řízení společně, jakým způsobem se dohodli postupovat za účelem výběru koncesionáře, pokud jde o vzájemná práva a povinnosti související s koncesním řízením a vyvodí z toho potřebné závěry*

pro účely správního řízení. Tyto své závěry pak podloží důkazy a odkazem na příslušná ustanovení příslušné právní normy.“

III. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI PŘED ÚŘADEM

42. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, odeslal účastníku řízení oznámení o pokračování správního řízení č.j. ÚOHS-S617/2014/VZ-25544/2015/512/PMu ze dne 4. 9. 2015 a zároveň vyzval zadavatele k ustanovení společného zmocněnce podle § 35 odst. 1 správního řádu.
43. Usnesením č. j. ÚOHS-S617/2014/VZ-25551/2015/512/PMu ze dne 11. 9. 2015 Úřad stanovil účastníku řízení lhůty, ve kterých byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit svá stanoviska v řízení.
44. Rozhodnutím č.j. ÚOHS-S617/2014/VZ-29349/2015/512/PMu ze dne 5. 10. 2015 rozhodl Úřad o předběžném opatření, které bylo zadavateli SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. doručeno dne 9. 10. 2015.
45. Usnesením č. j. ÚOHS-S617/2014/VZ-29350/2015/512/PMu ze dne 8. 10. 2015 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

46. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o šetřeném koncesním řízení, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 3a koncesního zákona, když nezaznamenal výše nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
47. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad podle § 25 odst. 1 koncesního zákona rozhodl o zrušení koncesního řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany.“

Relevantní ustanovení zákona

48. Podle § 2 odst. 2 koncesního zákona se za zadavatele též považuje jakékoli spojení zadavatelů nebo zadavatele a jiných osob za účelem společného postupu směřujícího k výběru koncesionáře, je-li alespoň jeden z účastníků spojení zadavatel uvedený v odstavci 1. V takovém případě uzavřou tyto osoby před zahájením koncesního řízení písemnou smlouvu, ve které si upraví vzájemná práva a povinnosti související s koncesním řízením a stanoví způsob jednání vůči třetím osobám.
49. Podle § 3a koncesního zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
50. Podle § 11 odst. 1 koncesního zákona platí pro otevírání obálek s nabídkami a hodnotící komisi příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.

51. Podle § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách komise sdělí, po provedení kontroly každé nabídky podle odstavce 8, přítomným uchazečům identifikační údaje uchazeče a informaci o tom, zda nabídka splňuje požadavky podle odstavce 8; komise přítomným uchazečům sdělí rovněž informace o nabídkové ceně a informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným dílčím hodnotícím kritériím.
52. Podle § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách o otevírání obálek či nabídek podaných v elektronické podobě sepisuje komise protokol o otevírání obálek. U každé nabídky uvede komise údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9.
53. Podle § 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.

Skutečnosti vyplývající z koncesní dokumentace

54. Zadavatel město Dobřany a zadavatel SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. uzavřeli dne 28. 2. 2014 smlouvu o sdružení veřejných zadavatelů, jejímž předmětem je podle článku 2. uvedené smlouvy, sdružení smluvních stran do sdružení zadavatelů ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 koncesního zákona, přičemž pro účely koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách je sdružení považováno za jednoho zadavatele. Účelem tohoto sdružení je společný postup při zadávání koncesního řízení „Výběr výrobce a dodavatele tepelné energie a provozovatele rozvodů tepelné energie ve správním území města Dobřany“.
55. Na základě výše uvedeného a s ohledem na tvrzení předsedy viz bod č. 41 odůvodnění tohoto rozhodnutí má Úřad za prokázané, že v předmětném koncesním řízení je zadavatelem sdružení zadavatelů město Dobřany a SLUŽBY DOBŘANY s.r.o.
56. V bodu 11. 2. koncesní dokumentace je uveden způsob postupu při otevírání obálek s nabídkami. Po provedení kontroly úplnosti každé nabídky podle předchozího odstavce sdělí komise pro otevírání obálek přítomným uchazečům identifikační údaje uchazeče, informaci o tom, zda nabídka splňuje požadavky podle předchozího odstavce. Jestliže komise pro otevírání obálek zjistí, že nabídka nevyhovuje některému z výše uvedených požadavků, vyřadí ji. Zadavatel bezodkladně vyloučí uchazeče, jehož nabídka byla komisí pro otevírání obálek vyřazena z účasti v koncesním řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodů vyloučení zadavatel bezodkladně písemně oznámí dotčenému uchazeči.
57. V bodu 11. 2. koncesní dokumentace je k otevírání obálek s nabídkami dále uvedeno, že o otevírání obálek s nabídkami sepisuje komise pro otevírání obálek protokol. V protokolu o otevírání obálek uvede komise pro otevírání obálek údaje sdělované přítomným uchazečům. Protokol o otevírání obálek podepisují všichni přítomní členové komise pro otevírání obálek. Zadavatel umožní uchazečům na jejich žádost do protokolu o otevírání obálek nahlédnout.
58. V protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014 zadavatel uvedl, že všechny nabídky byly v rámci činnosti komise otevřeny, zkontrolovány v souladu s § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách a všem uchazečům byly sděleny údaje stanovené zákonem o veřejných zakázkách. Dále je uvedeno, že o každé nabídce byl učiněn zápis do příslušné části protokolu o otevírání obálek.

K výroku I. - absence údajů zapisovaných do protokolu o otevírání obálek

59. Úřad nejprve uvádí, že na základě ustanovení § 11 odst. 1 koncesního zákona platí pro otevírání obálek s nabídkami a hodnotící komisi příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně.
60. Úřad dále uvádí, že veškerá uvedená rozhodnutí se týkají oblasti veřejných zakázek a dohledu nad nimi, analogicky však tyto závěry lze aplikovat na právní posouzení v oblasti koncesního řízení. Toto tvrzení vyplývá především ze skutečnosti, že právní úprava koncesního řízení je shodná s úpravou zadávání veřejných zakázek, zároveň obě úpravy jsou shodně ovládány stejnými zásadami, a sice zásadou transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (viz ustanovení § 6 zákona o veřejných zakázkách a ustanovení § 3a koncesního zákona).
61. Úřad v obecné rovině uvádí, že proces otevírání obálek s nabídkami je ze zákona nevratným a neopakovatelným úkonem. O otevírání obálek má zadavatel povinnost pořídit protokol, přičemž jeho cílem je dokumentace procesu otevírání obálek s nabídkami. Jedná se o formální úkon zadavatele, který je klíčový pro dodržení zásady transparentnosti celého zadávacího řízení.
62. Úřad dále uvádí, že protokol o otevírání obálek je stěžejním dokumentem zachycujícím transparentnost procesu otevírání a umožňuje uchazečům přesvědčit se o zákonnosti postupu komise, resp. zadavatele. Komise v protokolu uvede u každé nabídky údaje sdělované uchazečům dle § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách, tj. výsledek kontroly - jazyk, v němž byla nabídka zpracována, a podpis relevantních dokumentů oprávněnou osobou a taktéž informaci o nabídkových cenách uchazečů a informaci o údajích z nabídek odpovídajících číselně vyjádřitelným dílčím hodnotícím kritériím, a to v pořadí, v jakém nabídka otevírá.
63. Úřad dále konstatuje, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek a obdobně koncesního řízení, vyjádřená v § 3a koncesního zákona, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu koncesního řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 50/2011-72 (dostupný online na www.nssoud.cz) bylo řečeno, že *„úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
64. K otázce porušení zásady transparentnosti při otevírání obálek Úřad dále odkazuje také na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010 (všechna citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu dostupná online na www.nssoud.cz), ve kterém je mimo jiné uvedeno, že *„Krajský soud interpretuje požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a*

nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Dále je zde rovněž uvedeno, že „S ohledem na právě uvedené možno tedy prozatímně uzavřít, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“

65. Tento závěr je rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci *Coname*, C-231/03, EU:C:2005:212 které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti, mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.
66. Jako konkrétní promítnutí obecné zásady transparentnosti do procesu otevírání obálek je možno vidět právě ustanovení § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Úřad prostým gramatickým výkladem textu ustanovení dovodil, že z něj jasně plyne povinnost zadavatele uvést do protokolu o otevírání obálek mimo jiné údaje o nabídkové ceně a další číselné údaje, které budou předmětem hodnocení. Úřad dodává, že považuje za nesporné, že je tímto ustanovením myšlena povinnost tyto údaje do protokolu uvést ve formě konkrétních čísel, nikoliv pouze uvést, že tyto údaje byly při otevírání obálek čteny. Pouze uvedením těchto údajů do protokolu ve formě konkrétních čísel je zajištěno dodržení zásady transparentnosti tak, jak byla vyložena Úřadem výše.
67. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20. 8. 2014 uvádí, že povinnosti podle ustanovení § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, tedy povinnosti uvádět v protokolu o otevírání obálek informace dle § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách, dostatečně dostal tím, že obsahem textu protokolu o otevírání obálek bylo ustanovení, že komise přistoupila k otevírání obálek s nabídkami v pořadí stanoveném v souladu s ustanovením § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách a ustanovení obsahující tvrzení, že všechny nabídky byly podány ve lhůtě a byly v rámci činnosti komise otevřeny, zkontrolovány v souladu s § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách a všem uchazečům byly sděleny údaje stanovené zákonem o veřejných zakázkách.
68. Zadavatel se proto domnívá, že z výše uvedeného konstatování v protokolu o otevírání obálek nepochybně plyne, že hodnotící komise sdělila všem přítomným (jak členům komise, tak i přítomným zástupcům uchazečů) informace o nabídkové ceně, jakož i informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným hodnotícím kritériím (viz body 12. - 16. rozhodnutí).
69. Úřad takovou argumentaci zadavatele s ohledem na výše uvedené považuje za nedůvodnou, neboť jak vyplývá z oznámení o zahájení správního řízení, předmětem přezkumu Úřadu není fakt, zda byly uvedené informace přítomným zástupcům uchazečů sděleny, ale zda byly takové údaje do protokolu o otevírání obálek s nabídkami zaznamenány tak, jak ukládá § 11 odst. 1 koncesního zákona ve spojení s § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.

70. Ze zadávací dokumentace, zejména z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3. 7. 2014 je zřejmé, že informace týkající se nabídkové ceny nejsou v uvedeném protokolu obsaženy. S ohledem na výše uvedené lze učinit dílčí závěr, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách.
71. Zjištění absence výše uvedených údajů v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3. 7. 2014 rovněž zakládá netransparentní postup zadavatele při zadávání koncesní smlouvy.
72. Vzhledem k tomu, že podmínkou pro uložení nápravného opatření podle § 25 odst. 1 koncesního zákona je kromě nedodržení postupu stanoveného zákonem i naplnění jiné podmínky, Úřad dále přistoupil k posouzení toho, zda výše uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnil či mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť výše uvedený postup mohl mít zároveň podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
73. Úřad k tomu dále uvádí, že v případě pochybení zadavatele spočívajícího v neuvedení výše nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek, se jedná o pochybení, jež zakládá potenciální možnost ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky. Neboť jde o pochybení, které má za následek netransparentnost celého zadávacího procesu, jež se stává zpětně nekontrolovatelným. K pojmu nekontrolovatelnosti jako prvku netransparentnosti se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č.j. 1 Afs 45/2010 – 159, ve kterém soud konstatoval, že požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“ (odst. 43 rozhodnutí). Uvedené tvrzení pak lze analogicky použít na ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona. Úřad k tomuto závěru Nejvyššího správního soudu dodává, že právě zpětná kontrolovatelnost procesu zadání konkrétní zakázky v koncesním řízení, která je základním předpokladem transparentnosti zadávacího procesu, zajišťuje, že kdokoliv další, včetně orgánu dohledu (tedy Úřadu), je schopen krok po kroku zpětně dovodit, jaké kroky zadavatel v koncesním řízení učinil. Pouze transparentní a zpětně kontrolovatelné zadávací řízení je schopno zajistit výběr nejvýhodnější nabídky bez jakýchkoliv pochybností.
74. S ohledem na výše uvedené Úřad podotýká, že absence uvedení výše nabídkových cen v protokolu o otevírání obálek zavdává možnost s vyšší cen zpětně manipulovat, což je zapříčiněno právě tím, že výše cen, které byly čteny při otevírání obálek, není nikde transparentně zaznamenána. Úřad však v žádném případě netvrdí, že k něčemu podobnému došlo v projednávaném případě, pouze poukazuje na potenciální možnost něčeho takového, což samo o sobě znamená, že mohlo dojít (nikoliv že došlo) k ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky.
75. Úřad k posouzení vlivu pochybení zadavatele na posouzení výběru nejvýhodnější nabídky uzavírá, že tím, že došlo k porušení zásady transparentnosti takovým způsobem, jako v projednávaném případě, došlo k situaci, kdy je koncesní řízení zpětně nekontrolovatelné a z toho důvodu mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky.
76. S ohledem na výše uvedenou argumentaci (body 45. a 46. odůvodnění rozhodnutí) se Úřad rozhodl neprovést důkazy, které zadavatel navrhoval ve svém vyjádření ze dne 1. 9. 2014, a sice důkazy prostřednictvím svědeckých výpovědí tak, jak je uvedeno v bodech 26., 27. rozhodnutí, neboť je Úřad považuje za nadbytečné z hlediska předmětu zkoumání. Poněvadž

skutečnost, že údaje o nabídkové ceně nejsou uvedeny v protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014 lze nadevší pochybnost prokázat textem předmětného protokolu.

77. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 1 koncesního zákona ve spojení s § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když neuvedl do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014 údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 10 zákona o veřejných zakázkách, a to informace o výši nabídkové ceny. Jednání zadavatele lze současně hodnotit, jako jednání odporující zásadě transparentnosti uvedené v § 3a koncesního zákona, neboť učinilo koncesní řízení hůře kontrolovatelným a nepřehledným. Uvedená pochybnost o transparentnosti postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami zakládá zároveň i podezření na možný vliv na výběr nejhodnější nabídky, neboť dle Úřadu postup zadavatele, při kterém nezaznamenal výše uvedené údaje do protokolu o otevírání obálek s nabídkami, se nejeví navenek jako řádný a transparentní.
78. Z výše uvedených důvodů rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K nejasnému vymezení předmětu koncesního řízení

79. Úřad se na základě podnětu Úřadu doručenému dne 25. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P610/2014/VZ a podnětu Úřadu doručenému dne 31. 7. 2014, evidovanému pod sp. zn. ÚOHS-P674/2014/VZ zabýval i otázkou srozumitelného a úplného vymezení předmětu koncesního řízení.
80. Úřad výše uvedenou problematiku ve svém rozhodnutí dále nereflektuje, neboť z hlediska procesní ekonomie je nadbytečné takové tvrzení přezkoumávat a prokazovat především ve spojitosti s výroky I. a výroky II. tohoto rozhodnutí.
81. V této věci Úřad dále uvádí, že předmětem zásady materiální pravdy, obsažené v § 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), je stanovení povinnosti správního orgánu zjišťovat všechny rozhodné skutečnosti, které mají pro jeho rozhodnutí význam. V rámci procesní ekonomie nelze zásadu materiální pravdy chápat jako povinnost správního orgánu zjišťovat úplný a přesný stav věci, neboť takové zjišťování je finančně i časově náročné a z objektivního hlediska nemožné. Naopak je dostačující, pokud zjistí tolik informací, které postačí k učinění jeho rozhodnutí a to především s ohledem na účelnost a rychlost řízení.
82. Výsledek zkoumání srozumitelnosti a úplnosti vymezení předmětu koncesního řízení je tak irelevantní a nemá dopad na konečné rozhodnutí Úřadu, neboť výsledkem právního posouzení pochybení při zapisování protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014 je rozhodnutí Úřadu o zrušení předmětného koncesního řízení.

K dalším, zadavatelem namítaným, skutečnostem v rozkladu ze dne 11. 11. 2014

83. Zadavatel v článku I. rozkladu ze dne 11. 11. 2014 uvádí, že Úřad opominul jak v zahájení správního řízení, tak i v napadeném rozhodnutí uvést druhého zadavatele jako účastníka správního řízení, a to společnost SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany, čímž byl tento účastník zkrácen na svých právech na spravedlivý proces.

84. Tuto skutečnost zohlednil předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č.j. ÚOHS-R395,396/2014/VZ-23019/2015/321/IPs ze dne 14. 8. 2015, kterým zrušil rozhodnutí prvostupňového orgánu a vrátil věc k novému projednání z důvodu procesní vady, a sice opomenutí účastníka správního řízení a to společnost SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany. S předmětnou námitkou se tak vypořádal již předseda Úřadu a Úřad v novém projednání věci v prvním stupni již zacházel se společností SLUŽBY DOBŘANY s.r.o. jako s účastníkem řízení.
85. V článku II. uvedeného rozkladu zadavatel dále uvádí, že se Úřad nedostatečně vypořádal s návrhem zadavatele na provedení důkazu spočívajícího ve svědeckých výpovědích členů hodnotící komise a zástupců uchazečů o průběhu otevírání obálek, jakož i způsobu hodnocení podaných nabídek. V příloze pak přikládá prohlášení jednotlivých subjektů účastnících se otevírání obálek s nabídkami o veřejně sdělených skutečnostech při tomto procesu.
86. Úřad nesouhlasí s výše uvedeným tvrzením zadavatele, naopak má za to, že se s návrhem zadavatele na provedení důkazu spočívajícího ve svědeckých výpovědích členů hodnotící komise a zástupců uchazečů o průběhu otevírání obálek, jakož i způsobu hodnocení podaných nabídek vypořádal dostatečně (viz body 45. - 54. rozhodnutí č.j.: ÚOHS-S671/2014/VZ-22801/2014/512/PMu ze dne 29. 10. 2014).
87. Úřad svou argumentaci opakuje i v tomto rozhodnutí (viz body 67. – 76. tohoto rozhodnutí) a nad rámec uvedeného dále uvádí, že nezpochybňuje, zda byly nabídkové ceny řádně čteny, což je jediná skutečnost, která může být na základě zadavatelem navrhaných svědeckých výpovědí prokázána. Předmětem vedeného správního řízení je skutečnost, zda byly nabídkové ceny zaznamenány v protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014, nikoli skutečnost, zda byly předmětné nabídkové ceny čteny. Úřad tak považuje za nadbytečné provést důkaz svědeckými výpověďmi členů hodnotící komise a zástupců uchazečů o průběhu otevírání obálek a prokazovat skutečnost, která není předmětem vedeného správního řízení, neboť má za to, že se zadavatel dopustil správního deliktu, když porušil zásadu transparentnosti tím, že při zadávání koncesního řízení neuvedl výši nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014. I v případě, že by takový důkaz byl proveden, nebylo by zjištěno nic jiného, než zda byly nabídkové ceny čteny či nikoli. To však nic nemění na tom, že zadavatel porušil zákon, když v rozporu s ustanovením § 11 odst. 9 koncesního zákona i ustanovení § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách neuvedl všechny povinné údaje do předmětného protokolu. Otázka vlivu na výběr nejvhodnější nabídky tohoto porušení zákona, které je zřejmé, je pak otázkou jinou, řešenou na jiných místech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
88. Úřad tak rozhodl v souladu se zásadou procesní ekonomie (viz bod 81. tohoto rozhodnutí) a považuje za finančně i časově nadbytečné provádět výslechy členů hodnotící komise a zástupců uchazečů o skutečnosti, která není předmětem sporu a nemá vliv na rozhodnutí Úřadu.
89. Úřad z výše uvedených důvodů zároveň nezohledňuje sdělení subjektů účastnících se otevírání obálek zaslaná Úřadu v příloze k rozkladu ze dne 11. 11. 2014 o veřejně sdělených skutečnostech při otevírání obálek s nabídkami.

90. Zadavatel v článku III. předmětného rozkladu uznává námitku Úřadu, že mu svým formálním pochybením ztížil možnost kontroly koncesního řízení, ale v žádném případě mu ji neznemožnil. Zadavatel se tak domnívá, že zásada transparentnosti nebyla porušena, neboť Úřad měl k dispozici veškeré údaje nutné ke kontrole koncesního řízení.
91. Zadavatel se dále domnívá, že se jedná o neúmyslnou formální chybu, přičemž jinak postupoval přesně ve znění zákona a dodržoval zásadu transparentnosti. Zadavatel dále poukazuje na značné časové průtahy v zadání koncese a nutnost jejího včasného zadání. Závěrem pak uvádí, že zrušení koncesního řízení je v tomto případě neadekvátně vysoký trest.
92. Úřad v tomto poukazuje na dikci zákonného ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona, který uvádí „*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.*“. Úřad k této argumentaci zadavatele konstatuje, že výše podrobně dovodil, že pochybení zadavatele představuje porušení zásady transparentnosti a ve své podstatě znemožňuje zpětnou kontrolu procesu zadávání koncese zadavatelem. Úřad proto v žádném případě nemůže přisvědčit tvrzení zadavatele, že se jedná o pochybení formální. Ostatně, zákon na netrestání formálních chyb, které nemají ve svém důsledku žádný vliv na zákonem chráněný zájem, zohledňuje ve formulaci skutkové podstaty porušení zákona, které musí, nebo může mít zároveň vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pouze pokud je splněna i tato podmínka (a Úřad její splnění dovodil výše), je možné uložit nápravné opatření.
93. Úřad k tomuto dále uvádí následující. K námitce zadavatele, že se jedná o „neúmyslnou“ formální chybu, Úřad uvádí, že subjektivní stránka jednání zadavatele není nijak rozhodná pro posouzení naplnění zákonných podmínek, jestli nápravné opatření uložit či nikoliv. Proces otevírání obálek s nabídkami je ze zákona nevratným a neopakovatelným úkonem. O otevírání obálek má zadavatel povinnost pořídit protokol, přičemž jeho cílem je dokumentace procesu otevírání obálek s nabídkami. Jedná se o formální úkon zadavatele, který je klíčový pro dodržení zásady transparentnosti celého zadávacího řízení.
94. Úřad dále uvádí, že protokol o otevírání obálek je stěžejním dokumentem zachycujícím transparentnost procesu otevírání a umožňuje uchazečům přesvědčit se o zákonnosti postupu komise, resp. zadavatele. Komise v protokolu uvede u každé nabídky údaje sdělované uchazečům dle § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách, tj. výsledek kontroly - jazyk, v němž byla nabídka zpracována, a podpis relevantních dokumentů oprávněnou osobou a taktéž informaci o nabídkových cenách uchazečů a informaci o údajích z nabídek odpovídajících číselně vyjádřitelným dílčím hodnotícím kritériím, a to v pořadí, v jakém nabídky otevírá.
95. Úřad dále konstatuje, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek a obdobně koncesního řízení, vyjádřená v § 3a koncesního zákona, je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu koncesního řízení. Otázkou zásady transparentnosti se ve své judikatorní činnosti již opakovaně zabývaly soudy. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 15. 2. 2012 č. j. 62 Af 50/2011-72 (dostupný online na www.nssoud.cz) bylo řečeno, že „*úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek*

probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“

96. K otázce porušení zásady transparentnosti při otevírání obálek Úřad dále odkazuje také na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010 (všechna citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu dostupná online na www.nssoud.cz), ve kterém je mimo jiné uvedeno, že *„Krajský soud interpretuje požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“* Dále je zde rovněž uvedeno, že *„S ohledem na právě uvedené možno tedy prozatímně uzavřít, že podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. Motivy jednotlivých osob participujících na výběru zájemců o veřejnou zakázku (ať již budou tyto motivy plně zákonné, dané pouhou neschopností navenek působit férově a řádně, event. nezákonné, nebo snad dokonce kriminální) jsou v tomto ohledu pro posouzení porušení zásady transparentnosti irelevantní. Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“*
97. Tento závěr je rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci *Coname*, C-231/03, EU:C:2005:212 které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti, mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.
98. Jako konkrétní promítnutí obecné zásady transparentnosti do procesu otevírání obálek je možno vidět právě ustanovení § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Úřad prostým gramatickým výkladem textu ustanovení dovedl, že z něj jasně plyne povinnost zadavatele uvést do protokolu o otevírání obálek mimo jiné údaje o nabídkové ceně a další číselné údaje, které budou předmětem hodnocení. Úřad dodává, že považuje za nesporné, že je tímto ustanovením myšlena povinnost tyto údaje do protokolu uvést ve formě konkrétních čísel, nikoliv pouze uvést, že tyto údaje byly při otevírání obálek čteny. Pouze uvedením těchto údajů do protokolu ve formě konkrétních čísel je zajištěno dodržení zásady transparentnosti tak, jak byla vyložena Úřadem výše.
99. Úřad dále k tvrzením zadavatele uvádí, že složkou zásady transparentnosti je nejen zpětná přezkoumatelnost Úřadem, ale i průhlednost a právní předvídatelnost. Skutečnost, že zadavatel nezapsal do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014 údaje týkající se výše nabídkových cen jednotlivých uchazečů, Úřad vnímá jako zásadní zásah do zásady transparentnosti a porušení zákonné povinnosti. Neboť protokol o otevírání obálek je klíčovým dokumentem koncesního řízení, který dokladuje jeho průběh a posiluje dodržení všech zásad. Je tedy zjevné, že zadavatel Úřadu kontrolu ztížil, protože protokol o otevírání

obálek ze dne 3. 7. 2013 zcela evidentně a ověřitelně neobsahuje údaje, které byly čtené při procesu otevírání obálek, a sice údaje o výši nabídkových cen a je tedy zjevné, že zpětná kontrola byla znemožněna právě absencí povinných údajů v protokolu o otevírání obálek.

100. Zadavatel dále namítá neadekvátně vysoký „trest“. Úřad k tomuto uvádí, že se nejedná o „trest“, nýbrž o nápravné opatření k odstranění nezákonného stavu, které svým jednáním způsobil zadavatel, a to v té fázi, kterou nelze již jinak napravit než uložením nápravného opatření uvedeného ve výroku II. Úřad dále poukazuje na ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona, které stanoví dva druhy nápravného opatření, a sice zrušení jednotlivého úkonu, či zrušení celého koncesního řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že samotný proces otevírání obálek a zaznamenání čtených údajů do protokolu je neopakovatelný úkon z hlediska zachování férového a soutěžního prostředí, nemá Úřad jinou možnost, než zrušit celé koncesní řízení, neboť z logiky věci vyplývá, že je nemožné zrušit pouze daný úkon zadavatele, neboť nelze učinit nabídky znovu uzavřenými a provést jejich opětovné otevření, zákon tak neponechává jinou možnost Úřadu, než koncesní řízení zrušit.
101. Zadavatel dále odkazuje analogicky na ustanovení § 25 odst. 3 koncesního zákona, který se týká zákazu plnění smlouvy a uvádí, že Úřad neuloží zákaz plnění ze smlouvy v případě, že důvody hodné zvláštního zřetele vyžadují pokračování plnění koncesní smlouvy. Zadavatel má za to, že zrušení koncesního řízení by vedlo k nepřiměřeným následkům neslučitelným s veřejným zájmem.
102. Úřad v této věci uvádí, že není možné takovým způsobem rozšiřovat znění zákona. Koncesní zákon v uvedeném ustanovení jasně uvádí, že je aplikovatelné pouze na situaci, kdy se jedná o udělení zákazu plnění koncesní smlouvy nikoli na zrušení koncesního řízení. Úřad nemůže svévolně měnit jasné znění zákona, což by bylo v přímém rozporu se zásadou právní jistoty a legitimního očekávání. Nad rámec uvedeného pak Úřad uvádí, že nenalézá zadavatelem uváděnou analogii mezi zákazem plnění smlouvy a zrušením koncesního řízení, protože v případě ukládání nápravného opatření zákazu plnění smluv musí být dále zohledněna právní jistota dalších subjektů, které spolehají na řádné plnění smlouvy, o jejímž zákazu se rozhoduje.
103. Zadavatel ve svém rozkladu dále namítá překážku probíhajícího řízení a pokazuje na skutečnost, že Úřad vedl správní řízení pod sp. zn. S592/2014/VZ zahájené na návrh, které bylo ukončeno rozhodnutím č.j.: ÚOHS-S592/2014/VZ-17461/2014/512/PMu, které nabylo právní moc dne 4. 9. 2014, a zároveň zahájil předmětné správní řízení z moci úřední oznámením ze dne 20. 8. 2014. Dle názoru zadavatele zahájení druhého správního řízení bránila překážka již probíhajícího řízení.
104. Úřad ve věci výše uvedeného argumentu zadavatele týkajícího se překážky litispendence poukazuje na ustanovení § 48 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), kde je uvedeno, že „zahájení řízení u některého správního orgánu, brání tou, aby o téže věci z téhož důvodu bylo zahájeno řízení u jiného správního orgánu.“ Z uvedeného je patrné, že podmínky totožné věci a totožného důvodu je třeba splnit kumulativně pro zastavení řízení pro překážku litispendence.
105. V této věci Úřad dále odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j.: 6 Ads 139/2012-58, ve kterém je uvedeno, že „překážka litispendence podle § 48 odst. 1 správního řádu, vedoucí k zastavení správního řízení podle § 66 odst. 1 písm. e) správního

řádu, je dána pouze tehdy, pokud jsou kumulativně naplněny dvě podmínky, a to, že jde o řízení „v téže věci“, a dále, že jde o řízení „z téhož důvodu“. Pokud je vedeno řízení z moci úřední, pak řízení o žádosti účastníka v téže věci není řízením vedeným z téhož důvodu, a proto toto řízení o žádosti účastníka v téže věci nemůže být zastaveno pro naplnění překážky litispendence.“

106. Z výše uvedeného tak Úřad dovozuje, že obě, zadavatelem namítaná, správní řízení byla odlišena skutečností, že první z výše jmenovaných bylo zahájeno na návrh, zatímco předmětné správní řízení bylo zahájeno z moci úřední. Úřad tak neměl a nemá povinnost správní řízení vedené pod sp. zn. S671/2014/VZ zastavovat pro překážku litispendence, neboť obě zadavatelem namítaná správní řízení odlišuje důvod jejich zahájení a tak nejsou splněny podmínky stanovené ustanovením § 48 odst. 1 správního řádu.

V. K ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

107. Podle ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona uloží Úřad nápravné opatření, kterým zruší koncesní řízení nebo jednotlivý úkon zadavatele, nedodrží-li zadavatel postup stanovený koncesním zákonem, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
108. Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel při zadávání výše uvedené veřejné zakázky postup stanovený § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když nezaznamenal do protokolu o otevírání obálek s nabídkami všechny údaje sdělované přítomným uchazečům podle § 71 odst. 9 zákona o veřejných zakázkách, zejména informace o nabídkové ceně a informace o údajích z nabídek odpovídající číselně vyjádřitelným dílčím hodnotícím kritériím.
109. Úřad dále uvádí, že ustanovení § 25 odst. 1 koncesního zákona stanoví dva druhy nápravného opatření, a sice zrušení jednotlivého úkonu, či zrušení celého koncesního řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že je nemožné zrušit pouze daný úkon zadavatele, viz bod 95 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zákon tak neponechává jinou možnost Úřadu, než koncesní řízení zrušit.
110. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a nezákonný postup uvedený pod bodem I. výroku rozhodnutí mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zrušení koncesního řízení, jak je uvedeno pod bodem II. výroku tohoto rozhodnutí.
111. Úřad dále uvádí, že při rozhodování podle § 25 odst. 1 koncesního zákona je povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při sepisování protokolu o otevírání obálek s nabídkami, a tento postup mohl mít vliv na hodnocení a tedy i následný výběr nejvhodnější nabídky, musel Úřad zrušit celé koncesní řízení.
112. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 6 odst. 2 koncesního zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení koncesního řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy.

113. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách povinen odeslat písemné oznámení o zrušení koncesního řízení do 2 dnů ode dne přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. Podle § 84 odst. 9 zákona zruší-li zadávací řízení Úřad, užití se odstavce 7 a 8 obdobně, přičemž lhůty počínají běžet ode dne, kdy se zadavatel dozví o nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.
114. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Mojmír Florian
JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. město Dobřany, Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany
2. SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany

Vypraveno dne

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