



UOHSX00857UM

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R364,365/2015/VZ-08513/2016/321/BRy

Brno 7. března 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 10. 11. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- **městem Dobřany**, IČO 00256552, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany,

a o rozkladu ze dne 10. 11. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem -

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

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0671/2015/VZ-36516/2015/512/PMu ze dne 27. 10. 2015, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, učiněných v koncesním řízení s názvem „**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,

jsem podle ustanovení § 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 ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0671/2014/VZ-36516/2015/512/PMu ze dne 27. 10. 2015

potvrzují

a podané rozklady

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací 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 „**zákon**“)¹ k vykonávání dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podněty k prošetření postupů zadavatele – města Dobřany, IČO 00256552, se sídlem náměstí T.G.M. 1, 334 41 Dobřany (dále jen „**zadavatel město Dobřany**“) a společnosti SLUŽBY DOBŘANY s.r.o., IČO 26334381, se sídlem Náměstí T. G. M. 1, 334 41 Dobřany (dále jen „**zadavatel SLUŽBY DOBŘANY**“), (společně dále jen jako „**zadavatel**“), učiněných v koncesním řízení s názvem „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 (dále jen „**koncesní řízení**“). Na základě obdržených podnětů si Úřad od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci ke koncesnímu řízení.
2. Z přeložené dokumentace Úřad zjistil, že 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 zadavatele. 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. Předpokladem bylo také technické zhodnocení stávajícího zdroje tepelné energie ve formě vybudování kogenerační jednotky a následné využití elektrické energie.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 6 zákona v návaznosti na přechodná ustanovení zákona.

3. Úřad po posouzení předložené dokumentace získal pochybnost, zda zadavatel postupoval v koncesním řízení v souladu se zákonem, když sepsal protokol o otevírání obálek s nabídkami, který neobsahoval informace uvedené v ust. § 71 odst. 9 zákona. Za účastníka řízení označil Úřad zadavatele město Dobřany.
4. Rozhodnutím ze dne 20. 8. 2014 č. j. ÚOHS-S671/2014/VZ-17482/2014/512/PMu Úřad nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v koncesním řízení.

II. Původní napadené rozhodnutí

5. Úřad přezkoumal na základě § 24 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, když po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 29. 10. 2014 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S671/2014/VZ-22801/2014/512/PMu (dále jen „**původní napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl tak, že zadavatel město Dobřany nedodržel postup stanovený v ust. § 11 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 73 odst. 1 zákona a porušil zásadu transparentnosti zakotvenou v ust. § 3a zákona tím, že při zadávání koncesního řízení neuvedl výši nabídkových cen do protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 7. 2014, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. pak Úřad rozhodl tak, že jako opatření k nápravě podle ust. § 25 odst. 1 zákona ruší koncesní řízení.

III. Původní rozhodnutí předsedy Úřadu

6. Proti původnímu napadenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel město Dobřany i zadavatel SLUŽBY DOBŘANY dne 11. 11. 2014 rozklad. Stěžejní námitkou podaného rozkladu bylo to, že Úřad zatížil řízení vadou, když ve správním řízení opominul zadavatele SLUŽBY DOBŘANY, ačkoliv tento měl být účastníkem daného správního řízení a tím ho zkrátil na jeho procesních právech. Dále zadavatel v podaném rozkladu namítal, že se Úřad nevypořádal s návrhy účastníka na provedení důkazů výslechem svědků. Zadavatel uvedl, že připouští svoje pochybení, avšak dle jeho názoru šlo o pouhou formální chybu, která neznemožnila kontrolu jeho postupu v koncesním řízení. Současně pak zadavatel uvedl, že dle jeho názoru nebyl Úřad oprávněn zahájit správní řízení za stavu, kdy v téže věci nebylo při zahájení předmětného řízení dosud ukončeno řízení vedené u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ.
7. Na základě přezkoumání zákonnosti původního napadeného rozhodnutí a postupu Úřadu a na základě přezkoumání původního napadeného rozhodnutí bylo původní napadené rozhodnutí Úřadu zrušeno, a to z toho důvodu, že Úřad zatížil řízení vadou, která měla za následek nezákonnost původního napadeného rozhodnutí. Námitka zadavatele o procesním pochybení spočívající v pomnutí účastníka řízení byla shledána důvodnou. Vzhledem k tomu, že takové procesní pochybení nebylo možné zhojit v rámci řízení o rozkladu, bylo původní napadené rozhodnutí zrušeno a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání.

IV. Postup Úřadu po zrušení původního napadeného rozhodnutí

8. Poté co bylo původní napadené rozhodnutí zrušeno, Úřad oznámil zadavateli, že ve správním řízení bude pokračováno a následně jej usnesením ze dne 11. 9. 2015 vyzval, aby navrhl

důkazy a vyjádřil své stanovisko v řízení. Usnesením ze dne 8. 10. 2015 pak Úřad zadavateli stanovil lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

9. Rozhodnutím ze dne 5. 10. 2015 Úřad rozhodl o nařízení předběžného opatření, kterým zadavateli uložil zákaz v předmětném koncesním řízení uzavřít smlouvu.

V. Napadené rozhodnutí

10. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 27. 10. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0671/2014/VZ-36516/2015/512/PMU (dále jen "**napadené rozhodnutí**"), kterým ve výroku I. konstatoval, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 1 koncesního zákona ve spojení s § 73 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) a zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 3a koncesního zákona tím, že při zadávání koncesního řízení neuvedl výši 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. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zrušil přezkoumávané koncesní řízení.
11. V odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad uvedl, že 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. Dále Úřad konstatoval, že *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.* Následně Úřad uzavřel, že zjištění absence výše uvedených údajů v protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 3. 7. 2014 zakládá netransparentnost postupu zadavatele při zadávání koncesní smlouvy a tento mohl mít zároveň vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
12. Poté, co Úřad obecně vysvětlil zásadu transparentnosti, uplatňující se jak v zadávacím, tak v koncesním řízení, odkázal na relevantní judikaturu a uvedl důvody, pro které dovozuje, že je nutné, aby z důvodu zajištění dodržení právě zásady transparentnosti zadavatel v protokolu o otevírání obálek uvedl mimo jiné i údaje o nabídkové ceně a další číselné údaje, které budou předmětem hodnocení, a to ve formě konkrétních čísel, nikoliv pouze konstatováním, že byly čteny při otevírání obálek.
13. Současně Úřad odůvodnil, proč neprovedl zadavatelem navrhané důkazy, přičemž k tomuto uvedl, že předmětem správního řízení je posouzení toho, zda byly nabídkové ceny zaznamenány do protokolu o otevírání nabídek a nikoliv to, zda byly čteny. Jde tak o skutečnost, která nemá vliv na posouzení postupu zadavatele a Úřad provedení výslechu účastníků přítomných otevírání obálek označil za nadbytečné.
14. Úřad s ohledem na skutečnost, že byl původním rozhodnutí předsedy zavázán k tomu, aby se vypořádal s námitkami uvedenými v rozkladu zadavatele ze dne 11. 11. 2014, se zabýval námitkami, které nebyly v řízení o rozkladu vypořádány. Konkrétně Úřad k námitkám směřujícím k neprovedení navrhaných důkazů odkázal na obsah napadeného rozhodnutí. K námitce nepřiměřenosti uloženého nápravného opatření pak uvedl, že vzhledem k tomu,

že sepsání protokolu o otevírání nabídek je neopakovatelným úkonem, nelze zrušit pouze tento úkon a bylo tak třeba zrušit celé koncesní řízení. K námitce analogického použití ust. § 25 odst. 3 zákona Úřad uvedl, že se zadavatel dopouští nepřipustného výkladu, neboť toto zákonné ustanovení se vztahuje k udělení zákazu plnění koncesní smlouvy a nikoliv ke zrušení koncesního řízení. Dále pak Úřad vypořádal i námitku litispendence, a to z hlediska řízení vedeného u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ, přičemž uzavřel, že v případě řízení zahájeného na návrh a v případě řízení z moci úřední si tato dvě řízení nekonkurují, a to ani za situace, že jde o tentýž předmět.

15. K výroku II. napadeného rozhodnutí pak uvedl, 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 sepsování 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.

VI. Námitky rozkladu

16. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli město Dobřany doručeno dne 28. 10. 2015 a zadavateli SLUŽBY DOBŘANY dne 29. 10. 2015. Zadavatel dne 10. 11. 2015 zaslal Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí, a to společně za zadavatele město Dobřany a za zadavatele SLUŽBY DOBŘANY.
17. Zadavatel v podaném rozkladu v zásadě formuloval dvě základní námitky proti postupu Úřadu ve správním řízení, a to námitku litispendence a námitku neprovedení navrhovaných důkazů, a dále vznesl námitku směřující k nesprávnému posouzení postupu zadavatele při vyhotovování zprávy o posouzení a hodnocení nabídek.
18. Zadavatel poukázal na skutečnost, že u Úřadu bylo zahájeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ, a to na návrh navrhovatele – společnosti ERDING, a.s. Oznámení zahájení tohoto správního řízení bylo zadavateli město Dobřany doručeno dne 23. 7. 2014. Předmět tohoto správního řízení byl vymezen obsahem návrhu ze dne 18. 7. 2014, které mimo jiné obsahovalo i námitku navrhovatele týkající se otevírání obálek s nabídkami a tvrzení o údajném porušení zásady transparentnosti. V uvedeném správním bylo dne 19. 8. 2014 vydáno rozhodnutí, které nabylo právní moci dne 4. 9. 2014. Zadavatel má za to, že rozhodnutí vydané v tomto správním řízení je nezákonné a trpí závažnou vadou, přičemž k této věci zadavatel Úřadu zaslal dne 9. 11. 2015 námitku nezákonnosti. Před nabytím právní moci výše uvedeného rozhodnutí, vydaného v řízení sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ, však Úřad zahájil nové řízení z moci úřední, a to v téže věci. Ve vymezeném předmětu v pořadí druhého správního řízení Úřad přezkoumává úkony zadavatele v rámci koncesního řízení, a to konkrétně jeho úkony při otevírání obálek s nabídkami. Zadavatel se tak domnívá, že Úřad nemohl zahájit další správní řízení v téže věci, neboť mu v tom bránila překážka litispendence. Dle názoru zadavatele je tak řízení stíženo vadou. K argumentaci Úřadu pak zadavatel uvedl, že rozsudek Nejvyššího správního soudu, který Úřad uvedl v bodě 105 napadeného rozhodnutí, dle jeho názoru nedopadá na daný případ.
19. Zadavatel dále namítal zjevnou nepřiměřenost uloženého nápravného opatření za situace, kdy jeho postup byl stížen pouze neformální vadou, která neměla žádný negativní dopad na

posouzení a hodnocení nabídek. K tomu poukázal na obsah čestných prohlášení sepsaných členy komise pro otevírání obálek a členy hodnotící komise, ze kterých dle jeho názoru jednoznačně vyplývá, že s nabídkovými cenami nebylo nijak manipulováno. Dle zadavatele měl Úřad k těmto skutečnostem přihlédnout, neboť má za to že i ze samotného správního spisu se podává, že k manipulaci s nabídkami nedošlo. Zadavatel dále namítal, že odůvodnění Úřadu stojí na pouhé potencialitě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, která však reálně nenastala, což Úřad ví.

20. V podaném rozkladu zadavatel poukázal na skutečnost, že dne 9. 11. 2015 se sešla nová hodnotící komise, kterou jmenoval, přičemž téhož dne došlo k doplnění protokolu o otevírání nabídek, a to o chybějící nabídkové ceny.

Závěr rozkladu

21. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

VII. Řízení o rozkladu

22. Úřad po doručení rozkladů neshledal podmínky pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle ustanovení § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladů a veškerého spisového materiálu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, jež mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu dospěl jsem k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0671/2014/VZ-36516/2015/512/PMu ze dne 27. 10. 2015, rozhodl výrokem I. napadeného rozhodnutí tak, že zadavatel porušil postup stanovený v ust. § 11 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 73 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o veřejných zakázkách**“) způsobem tam popsáním a výrokem II. rozhodl tak, že koncesní řízení ruší, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VIII. K námitkám rozkladu

25. Zadavatel v podaném rozkladu prvotně namítal, že předmětné správní řízení je nezákonné pro překážku litispendence, a to z důvodu, že dané správní řízení bylo zahájeno dne 22. 8. 2014, a to i přesto, že původní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ bylo pravomocně ukončeno až dne 4. 9. 2014.
26. K této námitce zadavatele uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou. Předně je třeba vymezit, co je pojmově zahrnuto pod překážkou litispendence. Zákon ve svém textu vůbec neobsahuje právní úpravu vztahující se k překážce vedení řízení v případě, že je vedeno jiné správní řízení. Z hlediska toho, že řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, učiněných v koncesním řízení, je správním řízením ve smyslu správního řádu, je třeba pro posouzení překážky

litispence vyjít z ust. § 48 odst. 1 správního řádu, podle něhož: „Zahájení řízení u některého správního orgánu brání tomu, aby o téže věci z téhož důvodu bylo zahájeno řízení u jiného správního orgánu.“ K tomu nejprve poukazují na skutečnost, že ačkoliv toto zákonné ustanovení výslovně hovoří o překážce řízení zahájeného v téže věci a z téhož důvodu u jiného správního orgánu, platí, že taková překážka se aplikuje stejně u řízení vedeného v téže věci a z téhož důvodu u stejného správního orgánu. Takový závěr vychází i z rozhodnutí správních soudů, konkrétně např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. května 2013 č. j. 4 As 16/2013 – 36, ve kterém soud uvádí: „Překážku litispence dle § 48 odst. 1 správního řádu z roku 2004 je nutno vykládat tak, že zahájení nového řízení v téže věci brání nejen řízení zahájené dříve u jiného správního orgánu, ale i řízení zahájené dříve u téhož správního orgánu.“ nebo dále z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2008, č. j. 2 As 43/2005-79, v němž soud dovodil: „překážka řízení zahájeného brání tomu, aby o téže věci probíhala paralelně dvě nebo více řízení“. Z hlediska výše uvedených závěrů, je tak zřejmé, že možnou překážku litispence je třeba posuzovat i v případě řízení vedených u téhož správního orgánu, přičemž k takové překážce je povinen správní orgán přihlížet z úřední povinnosti, a to v jakémkoliv stádiu správního řízení (k tomu blíže viz rozsudek Krajského soudu v Ústí nad Labem ze dne 15. 6. 2011 č. j. 15 Ca 12/2009-50). V případě, že jsou naplněny podmínky této překážky pak správní orgán je povinen správní řízení zastavit.

27. Je tak třeba vždy zkoumat, zda došlo k naplnění podmínek litispence, přičemž těmito podmínkami jsou ve smyslu ust. § 48 odst. 1 správního řádu ty, že jde o řízení v téže věci, a že jde o řízení z téhož důvodu. V případě, že některá z těchto podmínek naplněna není, pak se o překážku litispence nejedná. Vzhledem k tomu, že právní úprava blíže neupravuje, co je možné podřadit pod pojmy „táž věc“ a „tentýž důvod“ odkazují na tomto místě na odbornou publikaci Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: Správní řád. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2015, 256 s., kde je uvedeno: „Z judikatury správních soudů vyplývá, že totožnost věci je určována totožností práva nebo povinnosti, totožností účastníků a současně totožností předmětu řízení (např. rozsudek KS v Ústí nad Labem ze dne 15. 6. 2011, č. j. 15 Ca 12/2009-50). Proto, jak konstatoval KS v Brně, „námitka litispence nemůže být důvodná, jsou-li současně vedena dvě řízení, ale s odlišným okruhem účastníků řízení a předmětem řízení“ (rozsudek KS v Brně ze dne 29. 5. 2007, č. j. 29 Ca 295/2006-28). Vedle naplnění totožnosti věci je druhou podmínkou pro existenci překážky litispence, aby současně šlo také o řízení vedené z „téhož důvodu“. To podle NSS např. znamená, že „pokud je vedeno řízení z moci úřední podle § 39i PojZdrav, 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 litispence“ (rozsudek NSS ze dne 13. 6. 2013, č. j. 6 Ads 139/2012-58).“ S ohledem na závěry této odborné publikace a s ohledem na závěry rozsudků, jež jsou zde citovány je tak třeba vyjít z toho, že pro posouzení naplnění podmínek ust. § 48 odst. 1 správního řádu v případě totožnosti věci, jsou rozhodující práva či povinnosti, o nichž se jedná, dále účastníci řízení a předmět řízení, a v případě totožnosti důvodu je rozhodující způsob zahájení řízení.
28. V rozhodovaném případě není sporu o tom, že jak v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ tak v tomto správním řízení je společným prvkem to, že jde o přezkoumání úkonů zadavatele v tomtéž zadávacím řízení, rovněž jde o přezkoumání postupu zadavatele ohledně sestavení protokolu o otevírání nabídek. Je tedy možné uzavřít, že jde o řízení v téže

věci, což ostatně nespороval ani Úřad v napadeném rozhodnutí. Zadavatel ovšem napadá závěr Úřadu obsažený v bodě 106 napadeného rozhodnutí, a to že se nejedná o řízení z téhož důvodu. K této zásadní námitce rozkladu uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou, neboť se zcela ztotožňuji se závěrem Úřadu, dle něž nelze řízení ve věci ÚOHS-S592/2014/VZ, a toto řízení považovat za správní řízení vedená z téhož důvodu. Jak vyplývá i ze samotného rozkladu zadavatele bylo řízení pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ zahájeno doručením oznámení o zahájení správního řízení ze dne 23. 7. 2014, a to na základě návrhu podaného navrhovatelem – společností ERDING, a.s. dne 18. 7. 2014. Toto správní řízení bylo následně zastaveno rozhodnutím ze dne 19. 8. 2014 č. j. ÚOHS-S592/2014/VZ-17461/2014/512/PMu, které nabylo právní moci dne 4. 9. 2014. Přezkoumávané správní řízení bylo zahájeno z moci úřední oznámením ze dne 20. 8. 2014. Vzhledem k tomu, že řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0671/2015/VZ je vedeno z moci úřední a řízení pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ bylo vedeno na základě návrhu, pak mám za to, že se nejedná o řízení vedená z téhož důvodu, přičemž tak nedošlo k naplnění podmínek pro překážku litispendence stanovených v ust. § 48 odst. 1 správního řádu. Závěr Úřadu obsažený v napadeném rozhodnutí tak považuji za správný, přičemž k odůvodnění východisek toho závěru odkazují na výše citované závěry rozsudků správních soudů.

29. Nad výše uvedené považuji za důležité rovněž poukázat na závěry rozsudku Městského soudu v Praze sp. zn. 10 Ca 234/2008, podle něž: *„Pro rozhodnutí správního orgánu je rozhodující skutkový a právní stav v době vydání jeho rozhodnutí. Otázku existence překážky litispendence je proto nutno posuzovat ve vztahu k době, kdy správní orgán v později zahájeném řízení rozhoduje.“* K tomu uvádím, že řízení vedené pod sp. zn. S592/2014/VZ ukončeno zastavením tohoto správního řízení, a to pravomocně ke dni 4. 9. 2014. V předmětném správním řízení došlo k vydání původního napadeného rozhodnutí dne 29. 10. 2014, když s ohledem na citované závěry rozsudku Městského soudu v Praze je zřejmé, že ke dni vydání původního napadeného rozhodnutí nebylo v téže věci vedeno jiné správní řízení a překážka litispendence tak k tomuto okamžiku neexistovala, přičemž však setrvávám na závěru uvedeném výše, že překážka litispendence pro předmětné správní řízení neexistovala ani od jeho počátku.
30. K argumentaci zadavatele směřující k tomu, že závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Ads 139/2012-58 nelze na dané řízení aplikovat, neboť šlo o zastavení správního řízení podle ust. § 66 odst. 1 písm. e) správního řádu, uvádím, že ji považuji za účelovou. Z obsahu uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu vyplývá, že tento se vztahuje k otázce vzájemné konkurence dvou správních řízení vedených v téže věci, přičemž jedno bylo zahájeno z moci úřední a druhé na návrh, a to v tomto pořadí. V tam projednávané věci bylo zastaveno později zahájené řízení, což znamená řízení o návrhu, které však nemohlo být zastaveno podle ust. § 66 odst. 2 správního řádu, ale muselo být zastaveno podle ust. § 66 odst. 1 písm. e) správního řádu, neboť se jednalo o řízení zahájené na návrh. Argumentace zadavatele tak zcela pomíjí skutkovou stránku případu, jehož závěry však jsou přímo použitelné na rozhodovaný případ. K tomu dále poukazuji na závěr obsažený v tomto rozsudku, podle něhož: *„nelze vyloučit, že by si mohla navzájem konkurovat dvě správní řízení týkající se téže věci, ovšem jedno by bylo zahájeno z moci úřední a druhé na základě žádosti. (...) V takovém případě však nebude splněna podmínka vedení těchto řízení, z téhož důvodu, byť se budou týkat, téže věci (srov. Vedral, J.: Správní řád: komentář. 2. vydání. Praha: Ivana Hexnerová - Bova Polyglon, 2012, s. 501).“* Z hlediska otázky naplnění překážky

litispendence v projednávaném případě dále odkazují na odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedené výše.

31. Současně mám za to, že odkaz zadavatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 3. 2009 č. j. 4 Ads 165/2011-151 je nedůvodný, neboť problematika v tomto případě řešená se týkala dvou postupně zahájených řízení o žádostech, přičemž tak nelze tyto závěry použít na daný případ, ve kterém se jedná o konkurenci řízení, kdy jedno je zahájeno z moci úřední a druhé na návrh. K použití závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 5. 2013 č. j. 4 As 16/2013-36 odkazují na výše uvedené odůvodnění, kde je z tohoto rozsudku přímo citováno, přičemž však poukazují na skutečnost, že závěry tohoto rozsudku jsou dále akcentovány ve vztahu k dalším rozsudkům Nejvyššího správního soud a je tak třeba je v tomto vzájemném vztahu i vykládat. Pokud tedy zadavatel argumentuje pouze závěry tohoto rozsudku, aniž by zohlednil jiné rozsudky týkající se téže problematiky, pak mám za to, že taková argumentace neobstojí. K namítanému opominutí závěrů uvedených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 6. 2008 č. j. 4 As 47/2007-84 pak uvádím, že stěžejní problematikou, kterou se tento rozsudek zabýval, byla otázka toho, zda je možné dle zákona č. 449/2001 Sb., o myslivosti, řízení o přiřazení honebních pozemků (které netvoří vlastní nebo společenstevní honitbu) podle § 30 odst. 1 citovaného zákona možné zahájit pouze z moci úřední nebo též na návrh. Z hlediska nyní řešené otázky tak mám za to, že ani tento rozsudek na daný případ přílehavě nedopadá, a proto námitku směřující k nepoužití závěrů tohoto rozsudku nepovažuji za důvodnou.
32. V podaném rozkladu zadavatel dále vznášel námitky proti řízení vedenému u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S592/2014/VZ. K těmto námitkám uvádím, že tyto nepovažuji za způsobilé námitky rozkladu ve smyslu ust. § 82 odst. 2 správního řádu, neboť tyto nesměřují proti napadenému rozhodnutí. Současně jde o námitky proti řízení, v němž bylo vydáno rozhodnutí, které již nabylo právní moci. Z tohoto důvodu rovněž nejsem oprávněn jakkoliv se těmito námitkami zabývat, neboť nelze přezkoumávat v řízení o rozkladu jiné správní řízení, a to proto, že jde o věc již pravomocně rozhodnutou.
33. K námitce zadavatele, že Úřad neprovedl výslechy svědků, a to konkrétně výslechy účastníků otevírání obálek ke skutkovému stavu, uvádím, že ani tuto námitku nepovažuji za důvodnou. Z obsahu napadeného rozhodnutí, konkrétně z bodů 85 až 88 resp. 89, vyplývá, že Úřad se návrhem zadavatele na provedení důkazu výslechem svědků vypořádal, když uvedl, že provedení takového důkazu považuje za nadbytečné, neboť skutečnost, která měla být dle zadavatele prokázána, není předmětem sporu a nemůže mít vliv na rozhodnutí Úřadu. K tomuto závěru Úřadu uvádím, že se s ním zcela ztotožňuji. Úřadu je správním řádem stanovena povinnost zjistit takové skutkové okolnosti případu, o nichž nebudou důvodné pochybnosti. V rozhodovaném případě skutečně není předmětem přezkoumání to, zda došlo k přečtení informace o nabídkových cenách uchazečů, ale to, že nabídkové ceny nebyly uvedeny v protokolu o otevírání nabídek. Taková skutečnost byla bezpochyby prokázána samotným obsahem tohoto protokolu, který je součástí správního spisu. Je tak zřejmé, že případné dokazování skutečnosti, že nabídkové ceny byly přítomným účastníkům čteny, tak na obsah tohoto protokolu nemůže mít žádný vliv. Za daného stavu tedy Úřad postupoval správně, když odmítl návrh navrhovatele na provedení důkazu, neboť tento prokazatelně nemůže mít vliv na předmět správního řízení.

34. Zadavatel v rozkladu dále namítal, že uložené nápravné opatření je zjevně nepřiměřené k tomu, že z jeho strany šlo o pouhé formální pochybení bez negativního dopadu na posouzení a hodnocení nabídek.
35. K této námitce uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou. Předně je totiž třeba poukázat na skutečnost, že odpovědnost za protiprávní jednání podle zákona je koncipována jakožto odpovědnost objektivní, tedy odpovědnost za výsledek. Z hlediska tohoto posouzení tak není nijak podstatné, zda se zadavatel porušení postupu stanoveného zákonem dopustí úmyslně či z nedbalosti, neboť pro kvalifikaci jeho jednání, jakožto jednání porušujícího postup stanovený zákonem, je zásadní výsledek jeho jednání.
36. V rozhodovaném případě je jako protizákonný označen postup zadavatel, při němž do protokolu o otevírání nabídek ze dne 3. 7. 2014 neuvedl výši nabídkových cen, když tato skutečnost vyplývá ze správního spisu. O tomto skutkovém stavu nejsou spory, neboť i sám zadavatel takové pochybení výslovně připouští. Z hlediska zjištěného skutkového stavu je tedy zřejmé, že zadavatel se dopustil porušení zákona, konkrétně ust. § 11 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Závěr, který Úřad učinil v napadeném rozhodnutí, tedy považuji za správný a podložený správným posouzením zjištěného skutkového stavu.
37. Z obsahu podaného rozkladu však vyplývá, že zadavatel brojí proti posouzení jeho jednání, jakožto postupu, který podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a postupu, který porušil zásadu transparentnosti. K této námitce uvádím, že ji nepovažuji za důvodnou. Z hlediska posouzení postupu zadavatele, jako potenciálního k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, je třeba vyjít z povahy úkonu, kterým je pořízení protokolu o otevírání nabídek dle ust. § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách. Předně poukazuji na skutečnost, že ust. § 11 odst. 1 zákona, jež se týká otevírání obálek s nabídkami, přímo odkazuje na příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách, a je tak pro posouzení povinného obsahu protokolu o otevírání obálek třeba vyjít z příslušných ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Dle § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách jsou povinnou součástí protokolu o otevírání obálek informace o údajích, které jsou sdělovány uchazečům podle ust. § 71 odst. 8 zákona o veřejných zakázkách, kterými jsou mimo jiné informace o nabídkových cenách. Povinností komise pro otevírání obálek s nabídkami je tak do protokolu o otevírání nabídek zapsat všechny údaje, které byly sděleny uchazečům, a to včetně nabídkové ceny. Tato povinnost v sobě odráží zásadu transparentnosti, neboť sdělení údajů a jejich řádné zaznamenání znemožňuje jakoukoliv následnou manipulaci s nabídkami a jejich obsahem. Na tomto místě uvádím, že se zcela ztotožňuji se závěry Úřadu, uvedenými v bodech 61 až 66 napadeného rozhodnutí, přičemž považuji za nadbytečné tyto závěry v tomto rozhodnutí opakovat. Je tak zřejmé, že za situace, kdy zadavatel svým postupem porušil ust. § 11 odst. 1 zákona, pak porušil i zásadu transparentnosti zakotvenou v ust. § 3a zákona.
38. Z hlediska možnosti ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je pak třeba upozornit na skutečnost, že zákon v ust. § 25 odst. 1 zákona výslovně uvádí, že pro uložení nápravného opatření postačí již pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, přičemž tak není rozhodující, zda k takovému ovlivnění skutečně došlo. V rozhodovaném případě pak lze potencialitu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky spatřovat v tom, že neuvedení nabídkových cen do protokolu o otevírání nabídek umožňuje, aby s nabídkovými cenami,

zejména pak s jejich výší mohlo být následně manipulováno. Ke stejnému závěru dospěl i Úřad v bodech 73 až 75 napadeného rozhodnutí, přičemž tento závěr považuji za správný a zcela logický. Mám tak za to, že s ohledem na výše uvedené námitka zadavatele, že jeho postup nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neobstojí. Současně mám za to, že neobstojí ani námitka zadavatele, podle níž odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřadu pouze s odkazem na potencialitu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je absurdní a nepochopitelné. Jak bylo vyloženo výše, zákon výslovně počítá s tím, že nápravné opatření má být uloženo i za situace, kdy je postup zadavatele způsobilý potenciálně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky podstatným způsobem. Ze strany zadavatele tak jde v zásadě o námitku směřující proti znění zákona, když však taková námitka není důvodná.

39. Zadavatel v podaném rozkladu uvádí, že vzhledem k vytýkanému formálnímu pochybení znovu jmenoval komisi pro otevírání nabídek a dne 9. 11. 2015 došlo k vypracování doplnění protokolu o otevírání nabídek o nabídkové ceny uchazečů. K této argumentaci zadavatele uvádím, že tato skutečnost nemá a nemůže mít vliv na posouzení jeho postupu, jakožto postupu, který porušil zákon a který byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť sepsání protokolu o otevírání nabídek je jedinečným a neopakovatelným úkonem, který dodatečně nelze měnit ani nijak doplňovat, a to právě s ohledem na zásadu transparentnosti, která neumožňuje, aby zadavatel následně měnil údaje, které mají být zachyceny v protokolu o otevírání nabídek a které zajišťují možnost kontroly jeho postupu. Z hlediska závěrů Úřadu, které jsou uvedeny v napadeném rozhodnutí a které jsou potvrzeny tímto rozhodnutím, tak následný krok zadavatele, kterým doplnil protokol o otevírání nabídek, nemá na dané správní řízení žádný vliv.
40. Podle ust. § 25 odst. 1 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.
41. Podle výše uvedeného ustanovení může Úřad uložit opatření k nápravě, pokud budou splněny podmínky v tomto ustanovení předvídané. Těmito jsou a) že se zadavatel dopustil porušení postupu stanoveného zákonem, přičemž b) toto je způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a c) zadavatel dosud neuzavřel koncesní smlouvu. Současně platí, že aby Úřad mohl uložit nápravné opatření, musí být všechny tyto podmínky splněny kumulativně. V daném případě Úřad konstatoval, že se zadavatel dopustil porušení postupu stanoveného zákonem, konkrétně pak ust. § 11 odst. 1 zákona ve spojení s ust. § 73 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách a zásadu transparentnosti stanovenou v ust. § 3a zákona. Dále Úřad dospěl k závěru, že postup zadavatele byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, přičemž uvádím, že s tímto závěrem zcela souhlasím, a současně z obsahu správního spisu vyplývá, že zadavatel dosud neuzavřel koncesní smlouvu. S ohledem na výše uvedené mám tedy za to, že byly naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu ust. § 25 odst. 1 zákona.
42. Vzhledem k tomu, že zadavatel se dopustil porušení postupu stanoveného zákonem již ve fázi otevírání obálek s nabídkami, ztotožňuji se se závěrem Úřadu, že nelze uložit jiné opatření k nápravě, než je zrušení koncesního řízení, neboť jiné opatření by k nápravě nevedlo. Napadené rozhodnutí ve výroku II. napadeného rozhodnutí, kterým Úřad rozhodl

o zrušení koncesního řízení, považuji za správné a zcela odpovídající skutkovému stavu rozhodované věci.

43. Dle § 89 odst. 2 správního řádu odvolací správní orgán přezkoumává soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy. Správnost napadeného rozhodnutí přezkoumává jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem. K vadám řízení, o nichž nelze mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost, se nepřihlíží; tímto ustanovením není dotčeno právo na náhradu škody způsobené nesprávným úředním postupem.
44. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení postupu stanoveného zákonem. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly naplněny všechny podmínky pro uložení nápravného opatření, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
45. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci. Závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Závěrem tedy shrnuji, že Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když konstatoval, že se zadavatel dopustil porušení postupu stanoveného zákonem, a uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení koncesního řízení.

IX. Závěr

46. 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 rozkladech.
47. 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
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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