



UOHSX008MG3H

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0435/2016/VZ-31126/2016/513/JLÍ

Brno: 26. července 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 6.6.2016 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek,
- navrhovatel – VODOS s.r.o., IČO 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín - Kolín III, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 1.6.2016 JUDr. Ing. Janem Vychem, advokátem ev. číslo ČAK 10316, advokátní kanceláře Advokátní kancelář Vych & Partners, s.r.o., IČO 02272032 se sídlem Lazarská 11/6, 120 00 Praha 2 - Nové Město,
- vybraný uchazeč – VaK Zápy, s.r.o., IČO 47544511, se sídlem Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy,

ve věci vymezené obsahem návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku obce Velký Osek“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23.10.2015 a uveřejněno tamtéž dne 26.10.2015 pod ev. č. 525278, ve znění opravy uveřejněné dne 2.12.2015,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek – nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a zásadou transparentnosti uvedenou v § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, když v návaznosti na námítky ze dne 17.5.2016 podané

navrhovatelem – VODOS s.r.o., IČO 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín - Kolín III – neposoudil, zda nabídka vybraného uchazeče – VaK Zápy, s.r.o., IČO 47544511, se sídlem Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy – obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku obce Velký Osek“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23.10.2015 a uveřejněno tamtéž dne 26.10.2015 pod ev. č. 525278, ve znění opravy uveřejněné dne 2.12.2015, čímž se stalo posouzení nabídky vybraného uchazeče – VaK Zápy, s.r.o., IČO 47544511, se sídlem Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy – netransparentní, přičemž tento postup zadavatele – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek – mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek – 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 (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, **ruší** úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče – VaK Zápy, s.r.o., IČO 47544511, se sídlem Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy – učiněné v koncesním řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku obce Velký Osek“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 23.10.2015 a uveřejněno tamtéž dne 26.10.2015 pod ev. č. 525278, ve znění opravy uveřejněné dne 2.12.2015, zachycené ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016, a všechny následné úkony učiněné zadavatelem v předmětném koncesním řízení včetně rozhodnutí zadavatele – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek – ze dne 25.4.2016 o výběru nejvhodnější nabídky a jeho rozhodnutí o námitkách navrhovatele – VODOS s.r.o., IČO 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín - Kolín III – odeslané navrhovateli dne 26.5.2016.

III.

Podle § 26 odst. 2 a 4 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek –

ukládá uhradit náklady řízení ve výši **30 000 Kč** (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do **dvou měsíců** ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – obec Velký Osek, IČO 00235873, se sídlem Revoluční 36, 281 51 Velký Osek (dále jen „zadavatel“) – zahájil koncesní řízení „Výběr provozovatele vodohospodářského majetku obce Velký Osek“, uveřejněním oznámení o zahájení koncesního řízení ve Věstníku veřejných zakázek dne 26.10.2015 pod ev. č. 525278, ve znění opravy uveřejněné dne 2.12.2015 (dále jen „koncesní řízení“). Předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy i předpokládaná hodnota příjmu koncesionáře činily 30 675 000 Kč bez DPH.

2. Ze zprávy ze dne 29.3.2016 o posouzení a hodnocení nabídek vyplývá, že žádná z posuzovaných nabídek nebyla hodnotící komisí vyřazena. Dále ze zprávy vyplývá, že po provedeném hodnocení podle hodnotících kritérií stanovila hodnotící komise následující pořadí nabídek uchazečů:
 1. VaK Zápy, s.r.o., IČO 47544511, se sídlem Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy (dále jen „vybraný uchazeč“), s nabídkovou cenou 9,38 Kč/m³,
 2. VODOS s.r.o., IČO 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín - Kolín III (dále jen „navrhovatel“), s nabídkovou cenou 39,79 Kč/m³.
3. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 25.4.2016 v souladu s pořadím stanoveným hodnotící komisí, což uchazečům oznámil dopisem ze dne 29.4.2016, který byl navrhovateli doručen dne 2.5.2016.
4. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky podal navrhovatel dopisem ze dne 17.5.2016 námitky, které zadavatel obdržel téhož dne. Nedatovaným rozhodnutím, které navrhovatel obdržel dne 26.5.2016, zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl.
5. Navrhovatel rozhodnutí zadavatele o námitkách neakceptoval, a proto dopisem ze dne 6.6.2016 podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Zadavatel obdržel návrh rovněž dne 6.6.2016.

II. Obsah návrhu

6. Navrhovatel ve svém návrhu zpochybňuje obsah zprávy o posouzení a hodnocení nabídek a nabídkovou cenu vybraného uchazeče, k čemuž uvádí následující.

Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek

7. Navrhovatel má za to, že zpráva hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 (dále také jen „zpráva“) nevyhovuje zákonným požadavkům po obsahové stránce, neboť neobsahuje relevantní informace. Podle § 11 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“) pro posouzení a hodnocení nabídek platí příslušná ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdobně (tedy včetně § 77, § 79 a § 80 zákona).
8. Zpráva obsahuje kromě zopakování nabídkových cen jednotlivých uchazečů čtených při otevírání obálek pouze doslovný opis obsahu té části koncesní dokumentace, která popisuje, jak budou nabídky posuzovány a hodnoceny. Pro jednotlivé uchazeče nejsou uvedeny způsoby výpočtu počtu bodů získaných v jednotlivých dílčích kritériích. Zpráva neobsahuje v rozporu s § 80 odst. 1 zákona ani popis toho, jak hodnotící komise postupovala při hodnocení nabídek, ani popis hodnocení nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, ale jen a pouze uvádí počty získaných bodů celkově, aniž by bylo jasné, jak k těmto bodům hodnotící komise dospěla.
9. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách nereaguje na jednotlivé věcné argumenty dokládající nesprávnost postupu zadavatele při zpracování zprávy. Až v rozhodnutí o námitkách napravuje zadavatel pochybení spočívající v neuvedení zákonné náležitosti zprávy tím, že doplňuje popis hodnocení jednotlivých nabídek v rámci všech hodnotících kritérií, jak

vyžaduje zákon. Zadavatel tak v zásadě přiznává své pochybení, což ale nevedlo k vyhovění námitkám, jak mělo. S ohledem na to nemá rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele náležitosti podle § 111 odst. 1 zákona a je nezákonné. Zadavatel se tak dopustil správního deliktu podle § 27 odst. 1 písm. g) koncesního zákona.

10. Za nedostatečnou považuje navrhovatel zprávu i proto, že tato neobsahuje vypořádání se s pochybnostmi, které o nabídkové ceně vybraného dodavatele sdělil zadavateli dne 4.4.2016 předložením důvodů, proč je nabídková cena vybraného uchazeče cenou podnákladovou, a proto ve smyslu § 77 zákona mimořádně nízkou. S uvedenou námitkou navrhovatele se zadavatel vypořádal nedostatečně, neboť nevyvrátil navrhovatelem předložené argumenty a pouze konstatoval, že zpráva o posouzení a hodnocení nabídek byla zpracována již 29.3.2016, tedy před doručením přípisu navrhovatele.
11. Podle navrhovatele, již samotný rozdíl v cenách jednotlivých uchazečů (cena vybraného uchazeče je cca 25 % ceny navrhovatele) měl založit pochybnosti hodnotící komise o tom, zda nabídková cena vybraného uchazeče není cenou mimořádně nízkou. Jak vyplývá z rozhodnutí č.j. ÚOHS-R45/2009/VZ-8681/2009/310-JVa ze dne 10.7.2009, musí se hodnotící komise s tímto nepoměrem cen vypořádat, a to v rámci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek. Pokud tak neučiní, došlo k porušení zákona hodnotící komisí a zadavatel by měl rozhodnout o novém posouzení a hodnocení nabídek podle § 79 odst. 5 zákona, což se nestalo.

Nabídková cena vybraného uchazeče

12. Podle navrhovatele je nabídková cena vybraného uchazeče cenou mimořádně nízkou, což v námitkách doložil kalkulací minimálních nutných nákladů na provozování předmětné vodohospodářské infrastruktury (odkazem na ceníky dodavatelů služeb a materiálů potřebných pro plnění koncesní smlouvy), které vybraný uchazeč musel ve své nabídce zohlednit s ohledem na podmínky koncesní smlouvy, právní předpisy a technické normy. Nabídková cena vybraného uchazeče je nereálná, neboť odpovídá výrazně nižší (téměř poloviční) úrovni nákladů, než jsou nutné pro splnění základních povinností provozovatele z koncesní smlouvy, a jedná se tak o cenu mimořádně nízkou. Tuto skutečnost měla hodnotící komise, případně následně zadavatel zjistit a postupovat podle § 77 zákona. Vzhledem k tomu, že tak neučinili, bylo rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky založeno na nezákonném posouzení nabídek hodnotící komisí a má být zrušeno. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 42/2012-57 ze dne 17.10.2012.
13. S problematikou nabídkové ceny vybraného uchazeče se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vypořádal formálně, když neexistenci svých pochybností odůvodnil porovnáním předpokládaného příjmu koncesionáře podle nabídky vybraného uchazeče s předpokládaným příjmem koncesionáře kalkulovaným zadavatelem pro potřeby koncesního řízení. Takový postup je podle názoru navrhovatele nesprávný, neboť § 77 zákona vztahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu k předmětu zakázky, nikoli k předpokládané hodnotě (předpokládanému příjmu koncesionáře) stanovené zadavatelem, u níž není postaveno najisto, zda byla stanovena správně. Není totiž zřejmé, zda předpokládaný příjem stanovený zadavatelem správně reflektuje skutečné náklady na realizaci zakázky. Skutečnost, že zadavatel pro potřeby dotačního projektu zpracoval finanční

analýzu a tato byla schválena poskytovatelem dotace, není dokladem toho, že předpokládaný příjem koncesionáře byl zadavatelem stanoven správně a že odpovídá předmětu koncesní smlouvy. To potvrzuje konstantní rozhodovací praxe Úřadu, např. podle rozhodnutí č.j. ÚOHS-S723/2013/VZ-5471/2014/524/ZKu ze dne 12.3.2014 „*V takovém případě se nabídkové ceny uchazečů mají posuzovat ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, nikoliv ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky či ve vztahu k nabídkovým cenám ostatních uchazečů. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky a nabídkové ceny ostatních uchazečů mohou sloužit pouze jako určitá vodítka, zda se v konkrétním případě může jednat o mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv.*“. Zadavatel tak porušil zákon, když nabídkovou cenu vybraného uchazeče srovnával s předpokládaným příjmem koncesionáře coby ekvivalentem předpokládané hodnoty zakázky v koncesním řízení a nikoli s předmětem koncesní smlouvy jako takovým.

14. Navrhovatel tvrdí, že ve svých námitkách detailně a průkazně vyčíslil, proč náklady kalkulované v nabídce vybraného uchazeče, jejichž výsledkem je nabídková cena, nemohou dostačovat ke splnění předmětu koncesní smlouvy. Tyto skutečnosti, které jediné mohou vést k ověření, zda nabídková cena je cenou mimořádně nízkou, zda odpovídá předmětu koncesní smlouvy, však zadavatel nikterak nevyřadil.
15. Navrhovatel dále poukazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 5/2009, ve kterém bylo konstatováno, že Úřad sice není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jediné je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek, přezkoumává však, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce. Stejně tak rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 11/2009 uvádí, že „Součástí pravomoci orgánu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek podle § 112 odst. 1 a § 112 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, je i posouzení toho, zda byla otázka mimořádně nízké nabídkové ceny ve smyslu § 77 téhož zákona v zadávacím řízení řádně a správně zodpovězena, tj. zda ponechání či neponechání nabídky v zadávacím řízení a vyloučení či nevyloučení uchazeče bylo zákonné ve vztahu k povinnostem vyplývajícím z § 77 téhož zákona“ a že tedy Úřad je povinen přezkoumat „zda konkrétní nabídka byla v zadávacím řízení ponechána důvodně (zákonně), tedy zda hodnoceny byly právě ty nabídky, které hodnoceny být měly“. Z posledně citovaného rozsudku se zcela jednoznačně podává, že hodnotící komise je povinna transparentně odůvodnit nejen vyřazení nabídky uchazeče pro mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ale i její nevyřazení. Bez těchto informací totiž nemůže Úřad posoudit, zda postup hodnotící komise a potažmo tedy zadavatele při posouzení a hodnocení nabídek v koncesním řízení byl v souladu se zákonem.
16. Podle navrhovatele postup zadavatele ve vztahu k § 77 odst. 6 zákona (nevyřazení nabídky vybraného uchazeče) a § 76 odst. 6 zákona (nevyloučení vybraného uchazeče) byl nezákonný, čímž došlo k tomu, že jako nevhodnější nabídka byla vybrána nabídka, která měla být vyřazena a došlo tak k podstatnému ovlivnění výběru nejvýhodnější nabídky.

17. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky zrušil, případně aby zrušil koncesní řízení jako celek, a aby Úřad jako předběžné opatření zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v koncesním řízení.

III. Vyjádření zadavatele k návrhu

18. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 14.6.2016 k návrhu mj. uvádí, že hodnotící komise provedla posouzení a hodnocení nabídek a na základě této činnosti byl sepsán Protokol z jednání hodnotící komise ve smyslu § 75 zákona a Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ve smyslu § 80 zákona. Zadavatel se domnívá, že Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 obsahuje detailní slovní popis matematického (tedy pouze číselného, nesubjektivního) vyjádření postupu hodnocení, a to pro každé jedno z hodnocených dílčích kritérií, s uvedením hodnocení všech nabídek v rámci všech hodnotících kritérií. Hodnotící komise nevyhodnotila nabídkovou cenu vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona, naopak nabídková cena navrhovatele se jeví jako mimořádně vysoká.
19. Zadavatel uvádí, že zprávu o posouzení a hodnocení nabídek vypracovává hodnotící komise ve smyslu § 80 zákona při svém jednání, které proběhlo dne 29.3.2016, a tudíž do ní nebylo možno zapracovat reakci na dokument navrhovatele s pochybnostmi o nabídkové ceně vybraného předložený dne 4.4.2016.
20. K otázce nabídkové ceny vybraného uchazeče zadavatel uvádí, že detailně přezkoumal námitku stěžovatele a rozhodl se námitce nevyhovět. Ve svém vyjádření k návrhu zadavatel uvádí, že navrhovatel předložil celý soubor kalkulací, přičemž tyto byly vedeny jako předpoklad nutných nákladů vybraného dodavatele (VaK Zápy, s.r.o.), vzhledem k jeho saturování na hranici hlavního města Prahy. Zadavatel se s takovou argumentací neztotožnil a nedomnívá se, že stěžovatel správně kalkuluje náklady jiné organizace a že kalkulace byly uvedeny nevhodně a neefektivně, k čemuž uvádí své závěry:

Obslužné administrativní činnosti v objemu 108 hodin/rok jsou významně naddimenzované pro zmíněnou lokalitu.

Náklady na vedení smluv se zákazníky/odběrateli (743 odběrných míst) jsou kalkulovány tak, aby byla každoročně tištěna i rozesílána veškerá agenda zákaznických smluv, přičemž je obvyklé tisknout pouze stav uzavření smluvního vztahu a poté pouze jeho změny.

Náklady na vedení zákaznického centra v lokalitě jsou kalkulovány v objemu 1 pracovního dne v každém týdnu každého roku (390 hodin/rok). Je obvyklé, že veškerá data jsou zpracovávána po síti LAN/WAN a pracovník nevede agendu pouze jedné lokality, kde se právě nachází, ale všech odběrných míst, které provozovatel administruje (tedy v řádu tisíců).

Navrhovatel, který zajišťuje od roku 2005 provoz 1. části (polovina obce, cca 300 ks přípojek) podtlakové kanalizace v obci Velký Osek (zadavatel), argumentuje ve prospěch své nabídky četností nutných kontrol a opravami či výměnami technologie podtlakové kanalizace (např. řídicích jednotek a spouštěcích ventilů), ačkoliv z jeho zpráv o provozování vodohospodářského majetku za posledních 5 let je zřejmé, že k výměně ventilů a opravě poruch došlo v řádech jednotek kusů vždy s nákladem desítek tisíc korun českých ročně (rok 2011 až 2014 – 0 zjištěných a opravených poruch, rok 2015 – 47 zjištěných a opravených

poruch, přičemž není uvedeno, o jaké poruchy se jedná, jak zásadního charakteru jsou a v jaké ceně). Není tedy důvod akceptovat vysvětlení navrhovatele, že provoz si vyžaduje náročnou údržbu a obměnu technologie. Krom toho, nově dostavěná 2. etapa podtlakové kanalizace (2. polovina obce cca 330 ks přípojek) je v záruční době 5 let a v případě poruchy by tak došlo k opravě ze strany zhotovitele stavby/díla v termínu do 30.9.2020, tj. na náklady jiné osoby než provozovatele.

Při vědomí konstantních fixních nákladů na provoz podtlakové kanalizace (zejm. elektrická energie) a při vyšším počtu spotřebitelů/odběratelů napojených na podtlakovou kanalizaci po dostavbě 2. etapy podtlakové kanalizace v obci Velký Osek je zřejmé, že by se fixní náklad měl rozložit mezi více spotřebitelů v ceně stočného.

Argumentace a kalkulace vedená proti vítězné nabídce v položkách opravy a údržba není relevantní, jelikož navrhovatel ve svém výkladu směšuje pod tento termín prakticky veškerou provozní činnost na kanalizaci. Přitom podle Smlouvy o nájmu a provozování kanalizace, závazné pro všechny uchazeče o koncesní řízení je třeba rozlišovat Náklady na údržbu majetku, odstraňování poruch a havárií, přímé mzdové náklady na obsluhu, náklady na obnovující opravy vodohospodářského majetku a náklady dle plánu financování obnovy. Plán obnovy je samostatný plán, jehož realizaci hradí vlastník ze svých prostředků, nemůže být tedy zahrnovaný do nákladů na provozování.

21. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel ve své nabídce uvedl všechny hodnocené parametry, tedy nejen nabídkovou cenu horší než vybraný uchazeč. Parametr druhého hodnotícího kritéria, kterým je výkonový ukazatel „Vyřizování stížností odběratelů“ odrážející vztah k odběratelům – obyvatelům obce, uvedl 35 dnů, to je 7 x horší než uvedl vybraný uchazeč.
22. Zadavatel považuje argumenty navrhovatele za neopodstatněné.

IV. Vyjádření navrhovatele k vyjádření zadavatele

23. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 7.7.2016 k vyjádření zadavatele ze dne 14.6.2016 ve své podstatě opakuje a rozvádí argumentaci obsaženou ve svém návrhu.
24. K nabídkové ceně vybraného uchazeče navrhovatel uvádí, že považuje za nepřijatelné, že se zadavatel až ve fázi správního řízení o přezkumu jeho úkonů snaží zhojit vady svého postupu tím, že předkládá argumenty (údajně) vyvracející pochybnosti o zákonnosti nabídkové ceny vybraného uchazeče. Navrhovatel považuje toto za opožděné, neboť takové argumenty měly být obsaženy ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a v rozhodnutí o námitkách navrhovatele, což se nestalo. Zadavatel tak činí (byť pochybně) ve svém vyjádření ve správním řízení, což je nicméně vysvětlení zbytečné a opožděné. Nadto jsou argumenty podle zadavatele zcela vágní a nepřesné.
25. Navrhovatel nadále setrvává na svém návrhu, aby Úřad rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky zrušil.

V. Průběh správního řízení

26. Úřad obdržel návrh (obsah návrhu viz body 7 – 17 odůvodnění rozhodnutí) dne 6.6.2016 a tímto dnem bylo podle § 24a koncesního zákona zahájeno správní řízení. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.

27. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
- zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný uchazeč.
28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S0435/2016/VZ-24413/2016/513/JLÍ ze dne 8.6.2016. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2016/VZ-24458/2016/513/JLÍ z téhož dne účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Zadavateli Úřad rovněž stanovil lhůtu k doložení informací a k zaslání dokumentace o úkonech, které provede v šetřeném koncesním řízení v průběhu správního řízení.
29. Dne 15.6.2016 doručil zadavatel Úřadu dokumentaci o veřejné zakázce včetně svého vyjádření ze dne 14.6.2016 k návrhu navrhovatele (obsah vyjádření viz body 18 – 22 odůvodnění rozhodnutí). Dne 16.6.2016 obdržel Úřad od zadavatele doklad o doručení návrhu zadavateli.
30. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0435/2016/VZ-26170/2016/513/JLÍ ze dne 21.6.2016 nařídil Úřad na návrh navrhovatele zadavateli předběžné opatření podle § 24e odst. 1 písm. a) zákona spočívající v zákazu uzavření koncesní smlouvy v koncesním řízení.
31. Usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2016/VZ-25512/2016/513/JLÍ ze dne 23.6.2016 Úřad účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí.
32. Dopisem ze dne 27.6.2016 požádal navrhovatel o nahlédnutí do správního spisu, které se uskutečnilo dne 28.6.2016.
33. Dopisem ze dne 27.6.2016 požádal navrhovatel o prodloužení lhůty stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S0435/2016/VZ-25512/2016/513/JLÍ ze dne 23.6.2016 do 11.7.2016. Úřad žádosti navrhovatele částečně vyhověl a lhůtu, ve které byli účastníci řízení oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí prodloužil všem účastníkům řízení do 4.7.2016.
34. Dopisem ze dne 7.7.2016 zaslal navrhovatel své vyjádření (obsah vyjádření viz body 23 – 25 odůvodnění rozhodnutí) k vyjádření zadavatele ze dne 14.6.2016.

VI. Závěry Úřadu

35. Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace koncesního řízení, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl o uložení nápravného opatření. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K posouzení nabídkové ceny vybraného uchazeče

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

36. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 neobsahuje žádnou zmínku o posouzení nabídkových cen z hlediska toho, zda některá z nich neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona. V protokolu z jednání hodnotící komise pro posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne je uvedeno, že z hlediska mimořádně nízké

nabídkové ceny hodnotící komise posoudila oba uchazeče se závěrem, že „Hodnotící komise neshledala nutnost vyžádat si po dodavateli zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny (§ 77).“

Obsah námitek

37. Navrhovatel (stěžovatel) v námitkách mj. uvádí, že „*dokládá reálnost nákladu odkazem na ceníky dodavatelů služeb a materiálů potřebných pro plnění koncesní smlouvy, tam kde je stěžovatel nucen odhadnout např. časovou náročnost určitých úkonů, vychází ze své zkušenosti jako provozovatele předmětné infrastruktury a zohledňuje vždy tu nejmenší možnou časovou náročnost a nejnížší možné náklady na předmětnou činnost. V případě ceníků externích dodavatelů pracuje stěžovatel s cenami výrazně nižšími tak aby odhadl náklady vybraného uchazeče na vlastní provedení prací, ledaže se jedná o činnosti (servisní úkony), které vybraný uchazeč nemůže (např. v případě vakuových čerpadel) realizovat sám a musí poptávat externího dodavatele. Neznamená to, že takovou časovou náročnost či náklady má na provedení předmětné činnosti sám stěžovatel, jedná se o co nejstřízlivější odhad minimálních možných nákladů....“.*

Dále navrhovatel mj. uvádí, že „*...je přesvědčen, že ani níže vyčíslené minimální náklady nemohou zadavateli garantovat řádné provozování infrastruktury podle koncesní smlouvy, na to jsou stále příliš podhodnocené. Jediným smyslem níže uvedené kalkulace je ukázat, že náklady uvedené vybraným uchazečem, které vedly ke stanovení jeho nabídkové ceny, jsou hluboko pod úrovní nákladů reálně potřebných pro provozování předmětné infrastruktury, a tedy že nabídková cena vybraného uchazeče je cenou mimořádně nízkou.“*

38. Dále Úřad ve stručnosti uvádí argumentaci navrhovatele v jednotlivých oblastech, která podle názoru navrhovatele svědčí o mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče.

Obslužné administrativní činnosti

Personální náklady

Podle čl. 5.1 i) koncesní smlouvy je uchazeč povinen vést pro Vlastníka Majetkovou Evidenci a Provozní Evidenci, podle čl. 5.1 j) je povinen poskytovat vlastníkovvi vybrané údaje z Majetkové Evidence a Provozní evidence, dále je podle čl. 5.3 b) koncesní smlouvy povinen činit veškeré úkony souvisejících se Smlouvami s Odběrateli. Provozovatel rovněž podává zadavateli pravidelné zprávy ve smyslu článku 14 koncesní smlouvy a provádí odpovídající monitoring. Veškeré tyto činnosti provozovatele zaberou fond pracovní doby v rozsahu minimálně 108 hodin ročně.

Průměrná mzda v odvětví E - Zásobování vodou; činnosti související s odpadními vodami, odpady a sanacemi za rok 2015 činila dle Českého statistického úřadu 24 570 Kč/měsíčně (veřejně dohledatelný údaj na webových stránkách Českého statistického úřadu).

Vybraný uchazeč působí v oblasti na hranici hlavního města Prahy, což s ohledem na demografickou strukturu a vyšší úroveň mezd v hlavním městě indikuje, že jím hrazené mzdy budou spíše vyšší než mzda průměrná, nicméně stěžovatel vychází ze mzdy průměrné

Měsíční mzda 24 570 Kč znamená při průměru 162,72 hodin za měsíc hodinovou mzdu 151 Kč, zákonné odvody činí 34% mzdy. S těmito mzdovými náklady je kalkulováno i v dalších položkách, již bez bližšího vysvětlování.

Mzdové náklady na tyto činnosti se promítnou ve správní režii (položka E1. 10 soutěžního formuláře) tak činí cca 21 853 Kč za rok.

Celkové personální náklady na obslužné administrativní činnosti tak činí: 21 853 Kč za rok (položka E1. 10 soutěžního formuláře).

Další náklady na administrativní činnosti:

Náklady na tisk smluv: Smlouva s Odběratelem má 5 stran * 2 vyhotovení * 1,50 Kč /stránka * 743 odběrných míst = 11 145 Kč.

Režijní kancelářský materiál 550 Kč měsíčně, tj. 6600 Kč za rok. Podíl z jiného dlouhodobého majetku (počítač, tiskárna, scanner, kancelářské vybavení) 4000 Kč za rok (počítáno s 5 lety životnosti a z pořizovacích cen) = celkem 10 600 Kč

Poštovné za 743 ks faktur * 16 Kč poštovné= 11 888 Kč (pouze na rozeslání faktur 1x za rok). Budeme-li předpokládat, že bude rozesláno 20 % faktur elektronicky, náklady snížíme o 20 %. Tj. $11\,888 * 0,8 = 9\,510$ Kč.

K tomu je nutno připočítat nutné licenční poplatky pro systém GIS potřebný k vedení příslušných evidencí, které činí minimálně 10 000 Kč za rok

Celkové ostatní náklady na administrativní činnosti tak činí minimálně 41 255 Kč (položka E1.10 soutěžního formuláře).

Zákaznické centrum

Podle článku 9.1 d) koncesní smlouvy je provozovatel povinen zřídit zákaznické centrum v lokalitě a provozovat mobilní zákaznické centrum.

Personální náklady

Mzdové náklady na pracovníka zákaznického centra: 1 pracovní den v týdnu = 7,5 hod * 151 Kč/hod * 1,34 (odvody) * 52 týdnů = 78 913 Kč za rok jako správní režie (položka E1.10 soutěžního formuláře), mzdové náklady na pracovníka mobilního zákaznického centra: 1 hodina v měsíci = 1 hod * 151 Kč/hod * 1,34 (odvody) * 12 měsíců = 2 428 Kč jako správní režie (položka E1. 10 soutěžního formuláře).

Ostatní náklady

Náklady na zřízení zákaznického centra: vybraný uchazeč nevlastní v předepsaném regionu žádnou nemovitost (i kdyby tomu tak bylo, promítly by se do nákladů jejich odpisy). Tržní nájemné za 1 vhodnou kancelář je minimálně 8 000 Kč ročně. Náklady na spotřebu elektrické energie činí cca 4000 Kč ročně, telefon a datové připojení 6000 Kč ročně. Celkem tedy 18 000 Kč ročně (položka E1.10 soutěžního formuláře).

Náklady na přistavení mobilního zákaznického centra činí minimálně 6 000 Kč za rok.

Náklady na provoz zákaznických center v regionu tak činí minimálně 105 341 Kč ročně (položka E1.10 soutěžního formuláře).

Stálá telefonická služba

Podle čl. 9.1 c) je provozovatel povinen zajistit stálou telefonickou službu pro řešení mimořádných událostí, tj. možnost telefonicky kontaktovat Provozovatele po dobu 24 hodin

denně (jen však za účelem řešení mimořádných událostí, a to zejména Poruch a Havárií). Stěžovateli je ze zkušeností známo, že na dané infrastruktuře je cca 82 mimořádných událostí za rok, kalkuluje proto jen náklady na vyřízení těchto mimořádných událostí (s předpokladem vytížení telefonické linky i pro jiné zakázky je touto cestou přidělena část nákladů).

Personální náklady

Mzdové náklady na pracovníka informační linky; při 82 mimořádných událostech je fond pracovní doby cca 41 hodiny za rok (0,5 hod na jednu mimořádnou událost) * 151 Kč/hod * 1,34 (odvody) = 8 296 Kč za rok. V kalkulaci nejsou zohledněny zákonné příplatky za pohotovost apod.

Ostatní náklady:

Náklady na telefon cca 3 000 Kč ročně.

Náklady na zřízení stálé telefonické služby tak činí minimálně 11 296 Kč ročně jako správní režie (položka E1. 10 soutěžního formuláře).

Účetnictví

Podle čl. 14.1 a) koncesní smlouvy má provozovatel „Sledovat náklady a výdaje spojené s plněním práv a povinností z této Smlouvy a účtovat o nich odděleně od účetnictví o ostatní své činnosti. Vlastník je oprávněn kontrolovat všechny údaje a podklady této oddělené účetní evidence.“

Podle odhadu stěžovatele zajištění zpracování účetnictví, kalkulací, poskytování informací, spolupráce s kontrolními orgány v oblasti účetnictví, cen a daní zabere fond pracovní doby v rozsahu minimálně 96 hodin za rok * 151 Kč/hod * 1,34 (odvody) = 19 425 Kč ročně jako správní režie (položka E1. 10 soutěžního formuláře).

Opravy a údržba

Hlavní nákladovou položkou je nicméně zajišťování oprav a údržby provozované infrastruktury, a to zejména s ohledem na její technická a provozní specifika (podtlaková kanalizace), když na odběratele nelze přenést náklady na opravy za sběrnou Šachtou a systém se přitom musí udržovat funkční jako celek.

Obnova podtlakových ventilů

Na provozované infrastruktuře je 743 ks podtlakových ventilů. Z nich 440 ks bylo instalováno před více než 10 lety. Tuto skutečnost zadavatel v koncesní dokumentaci neuvedl, takže ji stěžovatel pro účely této kalkulace nezohledňuje, ale poukazuje na ni, neboť znamená, že náklady na obnovu ventilů musí logicky být vyšší než níže uvedené méně než 0,5 % obměněných ventilů točně, skutečnost bude nepochybně vyšší) činí náklady na výměnu 89 700 Kč ročně (položka E 1.5 soutěžního formuláře). Mzdové náklady na výměnu 3 ks ventilů; 0,25 hod * 151 Kč/hod * 3 ks * 1,34 odvody = 152 Kč. Celkem obnova podtlakových ventilů činí 89 852 Kč.

Údržba sítě

Povinnosti provozovatele k provádění údržby jednotlivých prvků infrastruktury se podávají z technické normy ČSN EN 1091 Venkovní podtlakové systémy stokových sítí a provozního řádu dálkové kanalizace. Jsou to zejména:

- 2x ročně vizuální kontrola sběrné šachty: 743 ks šachet * 2 kontroly za rok * 0,25 hodiny časové dotace * 151 * 1,34 = 75 169 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).
- 1 x ročně výplach a vyčištění odvětrávacího potrubí: 743 ks šachet * 0,25 hodiny časová dotace * 350 Kč za 15 minut práce tlakového vozu (běžná cena 545 - 816 Kč/15 min – viz ceníky v příloze č. 1) + doprava 93,2 km (délka sítě 15, 534 km x 6 ročně) * 20 Kč/km (běžná cena 45 - 50 Kč/km viz ceníky v příloze č. 1) = 261 914 Kč ročně (položka E 1.5 soutěžního formuláře).
- Oprava podtlakového ventilu ve sběrné šachtě při pětileté životnosti ventilu (viz přípis dodavatele níže) 1x za 5 let činí roční náklady: 743 ks * 1/5 (četnost) * 1500 Kč (cena sady na repas řídicího centra - viz výše) = 222 900 Kč ročně (položka E 1.5 soutěžního formuláře). K tomu mzdové náklady: 743 ks * 1/5 * 0,5 hod * 151 Kč/hod * 1,34 = 15 033 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).
- Oprava mechanické části řídicího centra sacího ventilu — při desetileté životnosti 1x za 10let činí roční náklady: 440 ks * 1/10 (četnost) * 10 770 Kč ks (viz ceník výše) = 473 880 Kč ročně (položka E 1.5 soutěžního formuláře). K tomu mzdové náklady: 440 ks * 1/10 * 0,25 hod práce * 151 Kč/hod * 1,34 = 2 226 Kč mzdových nákladů ročně (E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).
- Oprava gumové části sacího ventilu – při desetileté životnosti 1x za 10 let činí roční náklady: 743 ks * 1/10 (četnost) * 711 Kč = 52 827,30 Kč ročně (položka E.1.5 soutěžního formuláře). K tomu mzdové náklady: 743 ks * 1/10 * 0,5 hod. * 151 Kč/hod * 1,34 = 7 516,93 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).
- Provádění servisu vakuových čerpadel – jedná se o externího dodavatele servisních služeb, jeho ceny jsou doloženy fakturou v příloze. Celkové náklady činí 99 860 Kč ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře) a jsou složeny z: 1x ročně malý servis 5 ks vývěv: 13 860 Kč
- 1x ročně velký servis 5 ks vývěv: 68 000 Kč
- Generální oprava (1x za deset let) 4 ks vývěv (zbývající obnova z Plánu obnovy zadavatele): 1/10 * 180 000 Kč, za rok 18 000 Kč.
- 2x ročně kontrola inspekčních šachet: 120 ks * 2 (četnost) * 0,25 hod * 151 Kč/hod * 1,34 = 12 140 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).
- Údržba podtlakové stanice: 40x kontrola za rok po 0,4 hodinách, 12x provozní údržba po 12 hodinách, 1x strojně-technologická a elektrotechnická údržba po 4 hodinách, tj. celkem 164 hodin za rok * 151 Kč/hod * 1,34 = 33 184 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1.4 soutěžního formuláře).

Náhradní odvádění odpadních vod v případě havárie

Podle čl. 13.2 c) koncesní smlouvy je provozovatel povinen „zajistit v případě Havárie náhradní odvádění odpadních vod a to nejpozději do 16 hodin od okamžiku oznámení vzniku

Havárie". Počet poruch (dle zkušeností stěžovatele) za rok 82 ks ventilů. Nutný výjezd fekálního vozu je ke 20 haváriím. 20 poruch * 0,25 hod odsátí * a 200 Kč/ 15 min cena fekálního vozidla (běžná cena 250 - 419 Kč/15 min -viz ceníky v příloze č. 1) = 4 000 Kč ročně (položka E 1,5 soutěžního formuláře). K tomu mzdové náklady: 20 ks * 0,5 hod práce * 151 Kč/hod * 1,34 = 2 023 Kč mzdových nákladů ročně (položka E 1.3 a E 1A soutěžního formuláře).

Pojištění odpovědnosti

Podle čl. 19.2 koncesní smlouvy je provozovatel pro krytí úhrady škody povinen na svůj náklad uzavřít a udržovat po dobu Provozování v platnosti pojistnou smlouvu. Obvyklá cena pojištění v rozsahu vyžadovaném zadavatelem činí pro stálého klienta (při zohlednění synergických efektů velkého podnikatelského seskupení, a tedy množstevních slev) minimálně 9 000 Kč ročně (položka El. 10 soutěžního formuláře).

Celkem tedy náklady v jednotlivých položkách činí:

E 1.3 + E 1.4 = 147 445 Kč ročně

E 1.5 = 1 205 081 Kč ročně

E 1.10 = 208 169 Kč ročně.

Elektrická energie

Náklady na elektrickou energii kalkuluje stěžovatel na základě údajů z výše citované technické normy. Podle ní je spotřeba elektrické energie 0,8 kW na odvedení 1 m³ odpadní vody. Podle koncesní dokumentace činí produkce odpadních vod 81 000 m³ ročně (viz např. údaje na listu Vstupy zadavatele v soutěžním formuláři). Spotřeba je tak 64 800 kW ročně, ale to platí pro zcela novou technologii, infrastruktura zadavatele je starší, stěžovateli je z faktického provozu infrastruktury v jejím aktuálním stavu známo, že spotřeba elektrické energie je cca dvojnásobná.

Cena hrazená stěžovatelem je výsledkem výběrového řízení na dodavatele elektrické energie pro celé podnikatelské seskupení, jehož je stěžovatel členem (obrat cca 3 mld. Kč ročně), takže zohledňuje „množstevní slevy“, a činí 2,99 Kč/kW. Dle názoru stěžovatele nemůže vybraný uchazeč s ohledem na svou velikost a korporátní zázemí takto výhodné ceny na trhu dosáhnout.

Za ideálních podmínek by tak náklady na spotřebu elektrické energie (položka E 2.1 soutěžního formuláře) činily 0,8 * 2,99 = 2,39 Kč/ m³.

Výše kalkulované náklady jsou naprostým minimem nutným pro splnění výše uvedených povinností provozovatele z koncesní smlouvy, nikoli úplným výčtem všech nákladů. Nicméně po zadání těchto položek do soutěžního formuláře a úplném vzdání se zisku je výsledná nabídková cena 21,65 Kč.

Podle navrhovatele „je tak patrné, že nabídková cena vybraného uchazeče je nereálnou, neboť odpovídá výrazně nižší (téměř poloviční) úrovni nákladů, než jsou nutné pro splnění základních povinností provozovatele z koncesní smlouvy.“

Obsah rozhodnutí zadavatele o námitkách

39. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách k otázce nabídkové ceny vybraného uchazeče uvedl, že „nabídková cena vybraného uchazeče nevykazuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 77 zákona.

Vzhledem k tomu, že očekávaný předpokládaný příjem koncesionáře (jeho diskontovaná hodnota), tedy předpokládaná hodnota, uvedený v dokumentu POKYNY PRO ZPRACOVÁNÍ NABÍDKY, který byl součástí Koncesní dokumentace, byl v čl. 4.3. stanoven na 30,765 mil. Kč za dobu trvání koncesní smlouvy, nelze nabídku vybraného uchazeče považovat za mimořádně nízkou.

Předpokládaný příjem koncesionáře (PPK) vyplývající z nabídky vybraného uchazeče - po uplatnění diskontní sazby dle Přílohy č. 1 k vyhlášce 217/2006 Sb. pro dosažení porovnatelnosti PPK očekávaného a PPK z nabídek uchazečů - je 25,780 mil. Kč. Tedy PPK z nabídky vybraného uchazeče je na úrovni 83,8 % očekávaného PPK.

Zadavatel při stanovení očekávaného PPK vycházel z Finanční analýzy projektu, která byla přílohou žádosti o poskytnutí dotace, a která byla zpracována na základě historických dat poskytnutých stávajícím provozovatelem vodohospodářské infrastruktury obce Velký Osek. Poskytovatel dotace na výstavbu nové kanalizace obce Velký Osek vyžaduje při schvalování koncesní dokumentace soulad mezi daty ve Finanční analýze projektu a ve Finančních nástrojích OPZP, které byly přílohou 3 koncesní dokumentace.

PPK vyplývající z nabídky stěžovatele - opět po uplatnění diskontní sazby dle Přílohy č. 1 k vyhlášce 217/2006 Sb. pro dosažení porovnatelnosti PPK očekávaného a PPK z nabídek uchazečů - je 46,636 mil. Kč, což je na úrovni 151,6 % očekávaného PPK. Odchylka PPK stěžovatele od očekávaného PPK je tedy výrazně vysoká a nemůže vytvářet srovnávací kritérium.

Soutěžní cena, která byla hodnotícím kritériem v koncesním řízení, je souhrnem nákladových položek, které souhrnně tvoří nákladovou nabídku uchazeče, a vznikne po vydělení objemovými položkami, které jsou vstupem zadavatele, které uchazeči nemohou měnit. Cena stočného, jakožto příjem koncesionáře, pak vzniká přičtením jednotkového nájemného a jednotkových promítaných variabilních nákladů k soutěžní ceně (viz Pokyny pro zpracování nabídky či Manuál k Soutěžnímu formuláři pro potřeby koncesního řízení verze 1.2, na který je v textu Pokynů pro zpracování nabídky odkazováno). PPK je pak součtem sumy příjmů ze stočného za všechny roky trvání koncesní smlouvy.“

Relevantní ustanovení zákona

40. Podle § 3a zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
41. Podle § 11 odst. 2 koncesního zákona pro posouzení a hodnocení nabídek platí příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je pouze ekonomická výhodnost nabídky.
42. Podle § 77 odst. 1 zákona při posouzení nabídek uchazečů z hlediska splnění zadávacích podmínek a v případě použití elektronické aukce po jejím ukončení posoudí hodnotící komise též výši nabídkových cen ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje

mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné; zdůvodnění musí být uchazečem doručeno ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti uchazeči, pokud hodnotící komise nestanoví lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.

43. Podle § 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.

Právní posouzení věci

44. Úřad uvádí, že zásada transparentnosti, 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 již opakovaně zabývaly soudy, kdy např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo uvedeno, 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.“ Výše citovaný rozsudek se sice týká oblasti zadávání veřejných zakázek, avšak jeho závěry lze v otázce transparentnosti nepochybně vztáhnout i na koncesní řízení.
45. Pro posouzení dané věci je stěžejní zodpovědět otázku, zda zadavatel posoudil nabídku vybraného uchazeče z hlediska existence mimořádně nízké nabídkové ceny poté, když se z námitek navrhovatele dozvěděl argumenty (viz body 37. a 38. odůvodnění rozhodnutí), které podle navrhovatele svědčí o mimořádně nízké nabídkové ceně v nabídce vybraného uchazeče, přičemž navrhovatel poukazyval na to, že nabídková cena vybraného uchazeče nepokrývá ani minimální náklady na plnění koncesní smlouvy.
46. Ve Zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 není žádná zmínka o posouzení nabídkových cen z hlediska toho, zda některá z nich neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve smyslu § 77 zákona. Pouze Protokol z jednání hodnotící komise pro posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 obsahuje závěr, že hodnotící komise neshledala nutnost vyžádat si po dodavatelích zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.
47. Navrhovatel však v námitkách ze dne 17.5.2016 uvedl řadu argumentů, které podle jeho názoru svědčí o tom, že nabídková cena vybraného uchazeče je cenou mimořádně nízkou. Pro zjednodušení Úřad shrnuje, že argumenty navrhovatele se týkaly následujících oblastí:
- Obslužné administrativní činnosti (personální náklady, další náklady na administrativní činnosti),
 - Zákaznické centrum (personální náklady, ostatní náklady),
 - Stálá telefonická služba (personální náklady, ostatní náklady),

- Účetnictví,
- Opravy a údržba (obnova podtlakových ventilů, údržba sítě),
- Náhradní odvádění odpadních vod v případě havárie,
- Pojištění odpovědnosti,
- Elektrická energie.

48. Úřad uvádí, že pro vyřešení otázky, zda se zadavatel posouzením nabídkové ceny vybraného uchazeče zabýval na základě argumentů, které se dozvěděl z námitek navrhovatele ze dne 17.5.2016 a zda měl zadavatel v rozhodnutí o námitkách formulovat konkrétní důvody, které ho vedly k přesvědčení, že nabídka vybraného uchazeče mimořádně nízkou nabídkovou cenu neobsahuje, jsou podstatné závěry obsažené v rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 88/2012 ze dne 21.11.2013 (dále jen „rozsudek“), který se týkal obdobného případu:

„1. zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je vždy obligatorní součástí procesu posuzování nabídek;

2. povinnost věcně se vyjádřit k důvodům, pro které hodnotící komise nepovažuje žádnou z nabídkových cen za mimořádně nízkou, vzniká tehdy, pokud zadavatele nebo hodnotící komisi kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně upozornil; takové upozornění může přijít v době mezi otevřením obálek a posouzením nabídek nebo po posouzení nabídek v rámci námitek proti posouzení nabídek;

3. pod efektivní kontrolou žalovaného musí být splnění povinnosti zadavatele řádně vypořádat obsah námitek.“

49. V šetřeném případě hodnotící komise neshledala žádnou z nabídkových cen za mimořádně nízkou, přičemž tento postup hodnotící komise i přes značnou rozdílnost nabídkových cen nelze považovat za učiněný v rozporu se zákonem. V této souvislosti lze totiž poukázat na rozsudek, ve kterém je k postupu hodnotící komise při posuzování existence mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídkách uchazečů uvedeno: zákon „hodnotící komisi (ani zadavateli) výslovně neukládá, aby v případě, že neshledá žádnou z nabídkových cen mimořádně nízkou, důvody, pro které k takovému závěru dospěla, sdělovala – ani do protokolu o posouzení (a hodnocení) nabídek, ani do zprávy o posouzení nabídek, ani jednotlivým uchazečům; výčet veškerých důvodů, pro které není nabídková cena mimořádně nízkou, by ostatně mohl tvořit nekonečný řetězec, a tedy jejich vyčerpávající uvedení by z tohoto důvodu ani nebylo možné.“ Současně ovšem z rozsudku vyplývá, že povinnost vyjádřit se věcně, srozumitelně a korektně vzniká za situace, kdy reálné podezření na mimořádně nízkou nabídkovou cenu v průběhu zadávacího řízení vznikne, pokud byl zadavatel na možnost mimořádně nízké nabídkové ceny upozorněn v průběhu zadávacího řízení i v rámci podaných námitek.

50. V šetřeném případě má tedy Úřad zato, že zadavatel se z námitek navrhovatele prokazatelně dozvěděl konkrétní skutečnosti, na základě kterých se navrhovatel domnívá, že nabídková cena vybraného uchazeče je cenou mimořádně nízkou. Zadavatel se v rozhodnutí, kterým podaným námitkám nevyhověl, omezil pouze na porovnávání nabídkových cen obou uchazečů ve vztahu k předpokládanému příjmu koncesionáře, z čehož učinil závěr, že

nabídková cena vybraného uchazeče není cenou mimořádně nízkou, když činila 83,8 % předpokládaného příjmu koncesionáře, a že nabídková cena navrhovatele je výrazně vysoká, když je na úrovni 151,6 % předpokládaného příjmu koncesionáře. Detailně se zadavatel konkrétními argumenty obsaženými v námitkách navrhovatele nezabýval, jak vyplývá z rozhodnutí o námitkách, a tudíž z hlediska závěrů obsažených v rozsudku je rozhodnutí zadavatele o námitkách v šetřeném případě nepřezkoumatelné a netransparentní. Rovněž je nezbytné zdůraznit, že podle § 77 odst. 1 zákona se výše nabídkových cen posuzuje ve vztahu k předmětu „veřejné zakázky“, v šetřeném případě tedy ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy, a nikoliv k předpokládané hodnotě předmětu koncesní smlouvy či k předpokládanému příjmu koncesionáře nebo k výši ostatních nabídkových, kteréžto mohou být pro zadavatele pouze určitými vodítky indikujícími možnou mimořádně nízkou nabídkovou cenu některého z uchazečů.

51. Poněvadž navrhovatel v námitkách vznesl konkrétní argumenty (viz body 37. – 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí) ohledně možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče, měl zadavatel povinnost se s nimi vypořádat adekvátně a ověřit, zda jsou tvrzení obsažená v námitkách opodstatněná či nikoliv, tzn. přezkoumat reálnost cenové nabídky vybraného uchazeče.
52. Zadavatel však v šetřeném případě rezignoval na tuto svoji povinnost, když se v rozhodnutí o námitkách (viz výše) pochybnostmi obsaženými v námitkách blíže nezabýval a v návaznosti na podané námitky neposoudil, zda nabídková cena vybraného uchazeče není cenou mimořádně nízkou ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy. K otázce, zda rozhodnutí o námitkách má náležitosti podle § 111 odst. 1 zákona, Úřad uvádí, že se rozhodnutím o námitkách zabýval a neshledal, že by zadavatel nepřezkoumal námitky v plném rozsahu, když v rozhodnutí o námitkách uvedl svou zamítavou argumentaci k námitkám. Úřad tedy ani neshledal, že by zadavatel v šetřeném případě naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 27 odst. 1 zákona.
53. Úřad zdůrazňuje, že v předmětném správním řízení neposuzoval a ani nemohl, protože tomu v tomto konkrétním případě po obdržení námitek musí předcházet tento proces ze strany zadavatele, avšak ten na to rezignoval, zda nabídka vybraného uchazeče obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu či nikoliv. Úřad přezkoumal na základě § 11 odst. 2 koncesního zákona postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče ve vztahu k § 77 odst. 1 zákona a § 3a koncesního zákona za situace, kdy se z námitek dozvěděl skutečnosti, které mohly nasvědčovat tomu, že nabídková cena vybraného uchazeče je cenou mimořádně nízkou, a dospěl k závěru, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ve věci posouzení možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče je úkonem netransparentním a nepřezkoumatelným, když zadavatel byl upozorněn na to, že mimořádně nízká nabídková cena je obsažena v nabídce vybraného uchazeče, avšak ten se dle § 77 zákona vznesenými námitkami důsledně nezabýval.
54. Úřad na základě výše uvedeného konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 11 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s § 77 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti uvedenou v § 3a koncesního zákona, když v návaznosti na podané námitky navrhovatele neposoudil, zda nabídka vybraného uchazeče obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu koncesní smlouvy, čímž se stalo posouzení nabídky vybraného

uchazeče netransparentní, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy.

55. Pokud jde o vliv na výběr nejvhodnější nabídky, Úřad konstatuje, že nedodržení zákonem stanoveného postupu zadavatele mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že kdyby zadavatel v souladu s § 11 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s § 77 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti uvedenou v § 3a koncesního zákona, posoudil, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, mohlo v případě potvrzení existence neodůvodněné mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče a jejího řádného nezdůvodnění ve smyslu § 77 zákona dojít k jejímu vyřazení a v zadávacím řízení by mohla být vybrána jiná nabídka.
56. Ke skutečnosti, zda shora uvedený postup zadavatele mohl mít nebo měl vliv na výběr nejvhodnější nabídky, Úřad konstatuje, že předpokladem pro uložení nápravného opatření je takové jednání zadavatele, které je způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. K obdobnému závěru, byť učiněnému ve spojitosti se znaky správního deliktu, dospěl i Nejvyšší soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 78/2012, v němž se mimo jiné uvádí, že *„[z]e zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“*. Postačuje tedy již samotná možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a není podstatné, zda k tomuto ovlivnění skutečně došlo. Úřad konstatuje, že za situace, kdy dovodil absenci zásady transparentnosti je šetřená věc z pohledu Úřadu hůře kontrolovatelná až nečitelná. Byla tak narušena jistota zákonnosti samotné soutěže o nejvhodnější nabídku, přičemž podle rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R11/2012/VZ-13883/2012/310/PSe ze dne 25.7.2012 (dostupné na www.uohs.cz) platí, že *„[a]bsencí této zásady v některé z fází zadávacího řízení nastane právní nejistota, ať už jednotlivých uchazečů, nebo orgánu dohledu, o vyloučení těchto prvků, a tedy o zákonnosti hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Tento negativní dopad na regulérnost jakéhokoli zadávacího řízení při popření zásady transparentnosti je dán vždy.“* Úřad proto uzavírá, že s ohledem na dovozené porušení zásady transparentnosti je evidentní, že lze dovodit potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

Ke zprávě o posouzení a hodnocení nabídek a k údajnému upozornění na mimořádně nízkou nabídkovou cenu dne 4.4.2016

57. Úřad uvádí, že s ohledem na skutečnost, že konstatoval nedodržení zákonného postupu zadavatelem již ve fázi posouzení nabídek (viz výrok I. tohoto rozhodnutí) a následně uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele souvisejících s tímto posouzením a všechny následující úkony (viz výrok II. tohoto rozhodnutí), tedy včetně hodnocení nabídek, není účelné blíže se zabývat postupem zadavatele při hodnocení nabídek za situace, kdy bylo konstatováno porušení zákona v předchozí fázi zadávacího řízení (při posuzování nabídek) a Úřad uloženým nápravným opatřením vrátil zadávací řízení právě do této fáze, kdy zadavatel bude muset nejprve opětovně posoudit nabídku vybraného uchazeče (zda neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu) a teprve poté přistoupit k hodnocení nabídek. Eventuální šetření týkající se obsahu Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 by tedy nemohlo mít na nápravné opatření ukládané ve výroku II. tohoto rozhodnutí žádný vliv.

58. K argumentaci navrhovatele týkající se obsahu Zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 29.3.2016 tedy Úřad uvádí, že jakékoliv další šetření učiněné v tomto směru by nemohlo mít žádný vliv na výsledek správního řízení, bylo by zcela nadbytečné a nebylo by v souladu se zásadou procesní ekonomie.
59. Podle obsahu námitek, rozhodnutí o námitkách, návrhu i vyjádření zadavatele k návrhu byl zadavatel na možnou mimořádně nízkou cenu vybraného uchazeče „upozorněn“ již dne 4.4.2016, avšak žádná taková písemnost není obsahem dokumentace o veřejné zakázce ani přílohou návrhu. Úřad s ohledem na argumentaci v námitkách navrhovatele týkající se možné mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, se tímto „dřívějším upozorněním“ nezabýval, neboť posouzení této skutečnosti, by nemělo vliv na nápravné opatření ukládané ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VII. K výroku II. rozhodnutí

60. Podle § 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.
61. Při rozhodování podle § 25 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti koncesního řízení a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů v koncesním řízení.
62. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem při posuzování nabídky vybraného uchazeče v souladu s § 11 odst. 2 koncesního zákona ve spojení s § 77 odst. 1 zákona a zásadou transparentnosti uvedenou v § 3a koncesního zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Z uvedeného důvodu tudíž Úřad nemusel přistoupit ke zrušení celého koncesního řízení, neboť k nápravě nezákonného postupu zadavatele postačuje zrušení jednotlivých úkonů zadavatele počínaje posouzením nabídek. Proto Úřad rozhodl o nápravném opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
63. K výroku rozhodnutí Úřad dále uvádí, že zvažoval, zda by k nápravě postupu zadavatele nepostačovalo pouze zrušení rozhodnutí o námitkách, kdy by se zadavatel v rámci nového rozhodnutí o námitkách vypořádal se všemi věcnými argumenty navrhovatele uvedenými v námitkách. Tímto postupem by ovšem znemožnil navrhovateli podat námitky proti postupu zadavatele při odborném vypořádávání argumentů týkajících se možné mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče, které navrhovatel uvedl ve svých námitkách ze dne 17.5.2016, v rámci nového posuzování nabídek, pokud by jej považoval za nezákonný. Proto Úřad nezrušil pouze rozhodnutí zadavatele o námitkách, nýbrž také posouzení nabídek zaznamenané ve zprávě o posouzení nabídek ze dne 29.3.2016 a všechny následné úkony zadavatele provedené v šetřeném koncesním řízení včetně rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 25.4.2016 a nedatované rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele.

VIII. Uložení náhrady nákladů řízení

64. Podle § 26 odst. 2 a 4 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle ustanovení § 25 odst. 2 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou stanovenou prováděcím právním předpisem. Pro náklady řízení platí dále ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Prováděcí předpis, vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
65. Úřad pak uvedené ustanovení aplikoval analogicky na šetřený případ. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad v důsledku nezákonného postupu zadavatele podle ustanovení § 25 odst. 1 zákona (které je obdobou ustanovení § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) zrušil úkony zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
66. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2016000435.

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. Rozklad nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu 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. Michal Kobza

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. Obec Velký Osek, Revoluční 36, 281 51 Velký Osek
2. JUDr. Ing. Jan Vych, advokát ev. číslo ČAK 10316, Advokátní kancelář Vych & Partners, s.r.o., Lazarská 11/6, 120 00 Praha 2 - Nové Město
3. VaK Zápy, s.r.o., Zápy č.p. 9, 250 01 Zápy

Vypraveno dne

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