



UOHSX007EOER

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1096/2014/VZ-27997/2015/511/KBí

Brno 15. září 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 24 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném v části dne 15. 12. 2014 na návrh z téhož dne a v části dne 2. 7. 2015 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín,
ve správním řízení na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 zastoupen společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1,
- navrhovatel – MORAVSKÁ VODÁRENSKÁ, a.s., IČO 61859575, se sídlem Tovární 41, 779 00 Olomouc,
ve správním řízení na základě plné moci ze dne 24. 10. 2014 zastoupen Mgr. Janem Tomanem, advokátem, ev. č. ČAK 11050, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1,

ve věci koncesního řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2014 pod ev. č. 493785,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín - nedodržel zásady postupu zadavatele stanovené v § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, když v koncesním řízení na výběr

koncesionáře koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2014 pod ev. č. 493785, v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 3a citovaného zákona stanovil v článku 7 kvalifikační dokumentace požadavek, aby uchazeči k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložili „*doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci*“, aniž by v kvalifikační dokumentaci jednoznačně a transparentně vymezil předmět koncese, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření koncesní smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku č. I tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle ustanovení § 25 odst. 1 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, ruší koncesní řízení na výběr koncesionáře koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“, jehož oznámení o zahájení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 8. 2014 pod ev. č. 493785.

III.

Podle ustanovení § 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 ustanovení § 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 Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín – 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.

IV.

Správní řízení se v části zahájené dne 2. 7. 2015 z moci úřední ve věci možného porušení zásady transparentnosti stanovené v § 3a zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem v důsledku znemožnění přezkumu postupu zadavatele v předmětném koncesním řízení tím, že zadavatel nepředložil Úřadu dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 citovaného zákona, podle § 24f písm. f) citovaného koncesního zákona, zastavuje, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle ustanovení § 25 citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. KONCESNÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – obec Lutín, IČO 00299189, se sídlem Školní 203, 783 49 Lutín, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 22. 1. 2015 zastoupen společností JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., IČO 01551825, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil dne 1. 8. 2014 ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení koncesního řízení a tím zahájil koncesní řízení na výběr koncesionáře koncesní

smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“ (dále jen „koncesní řízení“). Předpokládaná hodnota předmětu koncesní smlouvy činila 94 754 000 Kč.

2. Lhůta pro podání žádostí o účast byla stanovena do 23. 9. 2014, přičemž v této lhůtě zadavatel obdržel čtyři žádosti o účast. Jedním z uchazečů, kteří podali žádost o účast, je společnost MORAVSKÁ VODÁRENSKÁ, a.s., IČO 61859575, se sídlem Tovární 41, 779 00 Olomouc, ve správním řízení na základě plné moci ze dne 24. 10. 2014 zastoupena Mgr. Janem Tomanem, advokátem, ev. č. ČAK 11050, se sídlem Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“).
3. Zadavatel dne 24. 9. 2014 provedl posouzení kvalifikace uchazečů a na základě výsledku posouzení kvalifikace navrhovatele rozhodnutím ze dne 18. 10. 2014 vyloučil z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace. Své rozhodnutí zadavatel odůvodnil tím, že navrhovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění v oboru činnosti revize elektrických zařízení, a dále navrhovatel nepředložil v rámci žádosti o účast doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče v oboru vzdělávání obsahově zaměřeném na vodovody a kanalizace nebo příbuzném oboru.
4. Navrhovatel proti uvedenému rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení brojil námitkami ze dne 31. 10. 2014 doručenými zadavateli téhož dne. Zadavatel o těchto námitkách navrhovatele rozhodl rozhodnutím ze dne 10. 11. 2014, přičemž konstatoval, že námitkám navrhovatele vyhovuje a jako způsob nápravy provede nové posouzení kvalifikace. Téhož dne zadavatel provedl nové posouzení kvalifikace, v návaznosti na něž rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace. Své rozhodnutí zadavatel odůvodnil tím, že navrhovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění k podnikání v oboru činnosti revize zdvihacích zařízení. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu, že navrhovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění k podnikání v oboru činnosti revize zdvihacích zařízení, zadavatel včlenil přímo do rozhodnutí o námitkách navrhovatele ze dne 10. 11. 2014. Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 11. 2014 zároveň zadavatel ponechal v platnosti.
5. Navrhovatel proti posledně citovanému rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele a vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení brojil námitkami ze dne 24. 11. 2014 doručenými zadavateli dne 25. 11. 2014. Zadavatel o těchto námitkách navrhovatele rozhodl rozhodnutím ze dne 5. 12. 2014, přičemž konstatoval, že námitkám navrhovatele vyhovuje a jako způsob nápravy se rozhodl zaslat navrhovateli přípis nazvaný „Oznámení rozhodnutí o vyloučení – úplné znění“. V tomto přípise zadavatel uvádí, že navrhovatel byl vyloučen z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace, neboť navrhovatel nepředložil v rámci žádosti o účast oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění k podnikání v oboru činnosti revize elektrických zařízení a v oboru činnosti revize zdvihacích zařízení.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval výše popsaný postup zadavatele v rámci koncesního řízení za učiněný v souladu se zákonem č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), podal přípisem ze dne 15. 12. 2014 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který byl zadavateli i Úřadu doručen téhož dne.

II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel ve svém návrhu napadá postup zadavatele v rámci koncesního řízení, který je dle mínění navrhovatele v rozporu s dikcí zákona, a to v níže uvedených aspektech.
8. Navrhovatel nejprve v části II. návrhu shrnuje průběh koncesního řízení, přičemž se podrobně věnuje úkonům zadavatele spojeným s vyloučením navrhovatele z účasti v koncesním řízení a obraně navrhovatele proti těmto úkonům zadavatele, a cituje relevantní úryvky příslušných písemností.
9. Navrhovatel uvádí, že 18. 10. 2014 navrhovatel obdržel rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace tím, že navrhovatel v rámci žádosti o účast nepředložil oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění v oboru činnosti revize elektrických zařízení, a dále tím, že navrhovatel v rámci žádosti o účast nepředložil doklad osvědčující odbornou způsobilost uchazeče v oboru vzdělávání obsahově zaměřeném na vodovody a kanalizace nebo příbuzném oboru.
10. Navrhovatel proti uvedenému rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení brojil námitkami ze dne 31. 10. 2014, ve kterých oba důvody vyloučení z účasti v koncesním řízení napadl jako nezákonné a nepřiměřeně tvrdé, neodpovídající obsahu koncesní dokumentace a principům transparentního koncesního řízení. K prvnímu důvodu vyloučení (nepředložení oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně oprávnění v oboru činnosti revize elektrických zařízení) navrhovatel uvedl, že se jedná o ryze selektivní důvod vyloučení, neboť v protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 24. 9. 2014 nebylo uvedeno, která konkrétní oprávnění či licence zadavatel od uchazečů vyžaduje k prokázání pokrytí celého předmětu koncese. Ke druhému důvodu vyloučení z účasti v koncesním řízení (nepředložení dokladu osvědčujícího odbornou způsobilost uchazeče v oboru vzdělávání obsahově zaměřeném na vodovody a kanalizace nebo příbuzném oboru) navrhovatel uvedl, že kvalifikaci prokázal prostřednictvím odborného zástupce, kterým je osoba vysokoškolsky vzdělaná přímo v požadovaném oboru. Navrhovatel požadoval, aby zadavatel zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče z účasti v koncesním řízení a provedl nové posouzení kvalifikace uchazečů, případně aby zadavatel celé koncesní řízení zrušil.
11. Dne 10. 11. 2014 navrhovatel obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 31. 10. 2014, ve kterém zadavatel vyhověl námitce navrhovatele ve vztahu ke druhému důvodu vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení. Ve vztahu k prvnímu důvodu vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení zadavatel provedl nové posouzení kvalifikace, v návaznosti na něž rozhodl v rámci rozhodnutí o námitkách o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení z důvodu neprokázání splnění kvalifikace tím,

že navrhovatel v rámci žádosti o účast nepředložil oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, konkrétně nepředložil oprávnění v oboru činnosti revize zdvihacích zařízení.

12. Navrhovatel v návrhu upozorňuje na to, že zadavatel uvedeným rozhodnutím o námitkách nezrušil své rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 – rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele ze dne 31. 10. 2014 tudíž fakticky nelze považovat za vyhovující a mělo proto obsahovat poučení ve smyslu ustanovení § 111 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“).
13. Proti novému posouzení kvalifikace a rovněž proti stále platnému rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 navrhovatel dne 24. 11. 2014 brojil námitkami. Navrhovatel považuje výše popsany postup zadavatele za netransparentní a porušující zásadu rovného zacházení, když pro každé z obou rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení zadavatel uvedl jiný důvod, aniž by se vypořádal s námitkami navrhovatele vztahujícími se k údajnému nepředložení oprávnění k podnikání v oboru činnosti revize elektrických zařízení navrhovatelem. Navrhovatel dále konstatuje, že uvedený postup zadavatele je diskriminační, neboť navrhovatel z veřejných rejstříků ověřil, že ani ostatní uchazeči požadovanými doklady nedisponují. Navrhovatel se dále domnívá, že zadavatel bezdůvodně omezil efektivní soutěž, když ve vztahu k navrhovateli nevyužil postup dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách. Navrhovatel požadoval, aby zadavatel zrušil rozhodnutí o vyloučení uchazeče z účasti v koncesním řízení a provedl nové posouzení kvalifikace uchazečů, případně aby zadavatel zrušil celé koncesní řízení.
14. V části III. návrhu navrhovatel s ohledem na výše uvedené vymezuje, v čem dle jeho názoru spočívá rozpor postupu zadavatele se zákonem. Zadavatel dle názoru navrhovatele postupoval
 - a. v rozporu s ustanovením § 59 odst. 1 a 4 zákona o veřejných zakázkách, když nesprávně posoudil prokázání kvalifikace navrhovatelem,
 - b. v rozporu s ustanovením § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, když vyloučil z účasti v koncesním řízení uchazeče (navrhovatele), který je prokazatelně způsobilý pro plnění předmětu koncesního řízení,
 - c. v rozporu s ustanovením § 6 zákona o veřejných zakázkách, když nevyzval navrhovatele k objasnění prokázání splnění kvalifikace a když koncesní řízení nezrušil a nezahájil je po úpravě koncesní dokumentace znovu,
 - d. procesně chybně ohledně vyřízení námitek, když zadavatel vydal rozhodnutí, jimiž námitkám navrhovatele formálně vyhověl, fakticky však jeho rozhodnutí o námitkách navrhovatele svým obsahem námitkám nevyhovují, přesto neobsahují příslušné poučení ve smyslu ustanovení § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách (pozn. Úřadu – tato část návrhu byla Úřadem evidována jako podnět pod sp. zn. P0776/2015 a bude prošetřena samostatně mimo rámec správního řízení sp. zn. S1096/2014).

Navrhovatel svá výše uvedená tvrzení o rozporu postupu zadavatele se zákonem odůvodňuje následovně.

15. Navrhovatel se v první řadě domnívá, že zadavatel stanovil rozsah a způsob prokázání kvalifikačních předpokladů v rámci kvalifikační dokumentace v rozporu se zásadami ve smyslu § 3a zákona, když tyto požadavky stanovil příliš obecně a nejednoznačně tím, že zadavatel vymezil předmět koncese s odkazem na zákon č. 274/2001 Sb. o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů (zákon o vodovodech a kanalizacích), a dále příkladmo uvedl výčet dalších činností souvisejících s provozováním svěřeného majetku. Tím zadavatel dle názoru navrhovatele připustil stav, kdy je k jednotlivým uchazečům přístupováno rozdílně a není zpětně ověřitelné, které dokumenty byly pro splnění kvalifikačních předpokladů požadovány, což reflektuje i kusý obsah obou protokolů o posouzení kvalifikace. Navrhovatel se přitom domnívá, že k prokázání splnění kvalifikace by měla postačovat schopnost navrhovatele pokrýt podstatné části předmětu koncese, nikoli činnosti marginální, neboť ad absurdum by uchazeč při takovém výkladu byl povinen předložit oprávnění k podnikání ve veškerých existujících oborech.
16. Navrhovatel dále poukazuje na to, že zadavatel uvedené požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů vykládal selektivně a v rozporu se zásadou rovného zacházení. V té souvislosti navrhovatel přikládá tabulku, ve které zachytil jednotlivá oprávnění k podnikání, která dle jeho názoru pokrývají předmět koncese, a svá zjištění z veřejně dostupných rejstříků o tom, zda ostatní uchazeči předmětnými oprávněními k podnikání disponují, přičemž v několika případech uvádí, že nikoli.
17. Navrhovatel se dále domnívá, že zadavatel je při koncipování kvalifikační dokumentace povinen postupovat (s ohledem na ustanovení § 8 odst. 1 písm. a) zákona) v souladu s ustanovením § 44 zákona o veřejných zakázkách a rovněž v souladu s ustanovením § 50 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, tj. kvalifikační předpoklady by měly být nastaveny tak, aby bezdůvodně neomezovaly hospodářskou soutěž, přičemž nejednoznačnost kvalifikačních podmínek nelze vykládat k tíži uchazeče. Navrhovatel přitom poukazuje na skutečnost, že právě jen jednoznačné, správné a úplné stanovení kvalifikačních předpokladů může vést k transparentnímu posuzování kvalifikace jednotlivých uchazečů. Za takové situace pak navrhovatel považuje za zásadní porušení zákona skutečnost, že zadavatel ve vztahu k navrhovateli nevyužil postup dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách a rovnou navrhovatele vyloučil z účasti v koncesním řízení.
18. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti navrhovatel žádá Úřad, aby vydal předběžné opatření, kterým zadavateli zakáže uzavřít koncesní smlouvu v koncesním řízení, a dále aby Úřad zrušil úkony zadavatele směřující k vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, eventuálně celé koncesní řízení, pokud Úřad shledá, že výše popsané nedostatky postupu zadavatele jsou natolik závažné a nezhojitelné, že nápravy není možné dosáhnout jinak.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 16. 2. 2015

19. Zadavatel Úřadu dne 17. 2. 2015 doručil své vyjádření ze dne 16. 2. 2015 k návrhu navrhovatele ze dne 15. 12. 2014, ve kterém reaguje na jednotlivá tvrzení navrhovatele uvedená v návrhu.
20. K námitce navrhovatele, že ani ostatní uchazeči dle údajů z veřejných rejstříků nedisponují požadovanými oprávněními k podnikání, zadavatel konstatuje, že při posuzování kvalifikace vycházel z dokladů předložených uchazeči v rámci žádostí o účast, přičemž postup posouzení kvalifikace je zachycen v příslušném protokolu a všichni uchazeči, kteří v zákonné lhůtě splnění kvalifikace neprokázali, byli z účasti v koncesním řízení vyloučeni.
21. K námitce navrhovatele, že zadavatel v rámci posuzování kvalifikace ve vztahu k navrhovateli nevyužil postup dle ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách, zadavatel konstatuje, že využití tohoto ustanovení je ze strany zadavatele pouze fakultativní, nikoli obligatorní. Dále zadavatel poukazuje na to, že postup dle uvedeného ustanovení nevyužil ve vztahu k žádnému z uchazečů, nedopustil se tudíž dle svého názoru postupu v rozporu se zásadou diskriminace.
22. K námitce navrhovatele, že zadavatel nestanovil přesně způsob prokázání kvalifikačních předpokladů, zadavatel konstatuje, že zákon zadavateli neukládá vymezit rozsah požadovaných dokladů – uchazeči mají dle názoru zadavatele povinnost předložit doklady pokrývající celý předmět koncese; na podporu svého tvrzení zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. S 241/2007.
23. K argumentu navrhovatele, že zadavatelem aplikovaný přístup by ad absurdum vyžadoval předložení oprávnění k podnikání ve všech existujících oborech, zadavatel konstatuje, že požadoval pouze oprávnění k podnikání pokrývající předmět koncese, přičemž právě z definice předmětu koncese má uchazeč dovodit, která oprávnění k podnikání s předmětem koncese souvisí a právě tyto doklady v rámci prokázání kvalifikačních předpokladů doložit.
24. K názoru navrhovatele, že zadavatel je povinen při koncipování kvalifikační dokumentace postupovat v souladu s ustanovením § 44 zákona o veřejných zakázkách, zadavatel konstatuje, že aplikace tohoto ustanovení zákona o veřejných zakázkách v rámci koncesního řízení nastává s ohledem na § 8 odst. 1 písm. a) zákona v případě koncesní dokumentace, která je obdobou zadávací dokumentace. Šetřené koncesní řízení přitom zatím do fáze vypracování koncesní dokumentace vůbec nedospělo, neboť se stále nachází ve fázi prokazování splnění kvalifikace uchazečů.
25. K názoru navrhovatele, že nejasné vymezení předmětu koncesního řízení nelze vykládat k tíži uchazečů, zadavatel uvádí, že předmět koncesního řízení byl definován zcela jednoznačně v kvalifikační dokumentaci. Dále zadavatel uvádí seznam oprávnění k podnikání v oborech, které dle jeho názoru pokrývají celý předmět koncese, jedná se o níže uvedené obory:
 - a. Provozování vodovodů a kanalizací a úprava a rozvod vody
 - b. Testování, měření, analýzy a kontroly
 - c. Nakládání s odpady
 - d. Podnikání v oblasti nakládání s nebezpečnými odpady

- e. Správa a údržba nemovitostí
- f. Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení
- g. Revize a zkoušky tlakových zařízení a nádob na plyny
- h. Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení.

Následně zadavatel uvádí tabulku, v níž u jednotlivých uchazečů ve vztahu k výše uvedeným oprávněním k podnikání uvádí, zda jednotliví uchazeči jednotlivá oprávnění k podnikání prokázali a za pomoci jakých dokladů předložených v rámci žádosti o účast se tak stalo. Zadavatel dále v tabulce prokázání splnění kvalifikace jednotlivými uchazeči popisuje i ve vztahu k položce „BOZP, PO“, která však není ve výše uvedeném výčtu požadovaných oprávnění k podnikání zařazena. (pozn. Úřadu – zadavatel zřejmě omylem v psaní v tabulce uvádí, že všichni čtyři uchazeči oprávnění k podnikání k celému předmětu koncese v souhrnu prokázali, třebaže navrhovatele a uchazeče Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava a.s. zadavatel z účasti v koncesním řízení vyloučil právě z důvodu neprokázání profesních kvalifikačních předpokladů).

- 26. Ve vztahu k údajnému porušení ustanovení § 111 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách v souvislosti s rozhodnutím zadavatele o námitkách navrhovatele zadavatel konstatuje, že není zřejmé, jakou písemnost má navrhovatel na mysli, nicméně citované ustanovení se vztahuje pouze na nevyhovující rozhodnutí o námitkách, přičemž zadavatel v průběhu koncesního řízení žádné nevyhovující rozhodnutí o námitkách nevydal.
- 27. S ohledem na výše uvedené zadavatel shrnuje, že dle svého názoru postupoval v rámci koncesního řízení v souladu se zákonem, a to zejména v aspektech uvedených v návrhu navrhovatele (viz výše bod xx14 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a navrhuje tudíž, aby Úřad návrh navrhovatele na zrušení úkonů zadavatele či celého koncesního řízení a na vydání předběžného opatření zamítl.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

- 28. Úřad obdržel dne 15. 12. 2014 návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne a tímto dnem bylo podle § 24a zákona zahájeno správní řízení. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
- 29. Účastníky řízení podle § 24d zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
- 30. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-27066/2014/511/KVá ze dne 19. 12. 2014. Současně Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-27293/2014/511/KVá ze dne 19. 12. 2014 vyzval navrhovatele k doložení plné moci, ze které vyplývá oprávnění právního zástupce navrhovatele k podání návrhu k Úřadu, potažmo k zastupování navrhovatele ve správním řízení před Úřadem. Této výzvě navrhovatel vyhověl přípisem ze dne 22. 12. 2014.
- 31. Zadavatel dne 5. 1. 2015 předložil Úřadu oznámení o převzetí právního zastoupení a plnou moc právního zástupce zadavatele pro účely správního řízení. Tato plná moc obsahovala vnitřně rozporné údaje a nebylo tudíž možno ji ze strany Úřadu akceptovat, neboť z ní nebyla

zřejmá určitá vůle zadavatele zmocnit pro jednání před Úřadem konkrétní subjekt. Zadavatel byl o těchto skutečnostech Úřadem poučen a následně dne 22. 1. 2015 předložil Úřadu plnou moc zástupce zadavatele prostou vad.

32. Usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-330/2015/511/KVá ze dne 6. 1. 2015 Úřad navrhovatele vyzval ke složení doplatku kauce v hodnotě 847 540 Kč a doplnění návrhu o doklad o složení doplatku kauce. Navrhovatel této výzvě vyhověl dne 9. 1. 2015.
33. Usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-27870/2014/511/KVá ze dne 7. 1. 2015 Úřad zadavatele vyzval k předložení dokumentace koncesního řízení.
34. Dne 9. 1. 2015 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-734/2015/511/KVá, jímž zadavateli na návrh navrhovatele nařídil předběžné opatření dle ustanovení § 24e odst. 1 písm. a) zákona spočívající v zákazu uzavření koncesní smlouvy. Toto rozhodnutí bylo zadavateli a navrhovateli doručeno téhož dne.
35. Dne 14. 1. 2015 a dne 20. 1. 2015 byla Úřadu doručena žádost společnosti JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., IČO 03135837, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1, o sdělení informací dle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Dne 20. 1. 2015 byla Úřadu doručena žádost společnosti JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., IČO 03135837, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1, o sdělení informací dle ustanovení § 15 odst. 4 správního řádu. Vzhledem k tomu, že tato společnost není účastníkem správního řízení ani zástupcem některého z účastníků správního řízení, nebylo k těmto žádostem Úřadem přihlíženo.
36. Dne 20. 1. 2015 se do sídla Úřadu dostavil jednatel společnosti JUSTITIA LEGAL PARTNERS, s.r.o., IČO 03135837, se sídlem Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1 a požadoval umožnění nahlédnutí do správního spisu sp. zn. S1096/2014. Vzhledem k tomu, že tato společnost není účastníkem správního řízení ani zástupcem některého z účastníků správního řízení, nebylo ze strany Úřadu nahlížení umožněno a o věci byl sepsán protokol.
37. Dne 22. 1. 2015 nahlédl v sídle Úřadu do správního spisu S1096/2014 zástupce zadavatele. O nahlížení byl sepsán protokol č.j. ÚOHS-2193/2015/500/KDg, v jehož rámci byla podána stížnost na postup správního orgánu ve smyslu ustanovení § 175 správního řádu. Stížnost byla evidována a vyřízena pod sp. zn. V20/2015.
38. Dne 29. 1. 2015 byla Úřadu do datové schránky doručena část dokumentace koncesního řízení ve formě prostých elektronických kopií listin. Úřad s ohledem na neúplnost takto doručené dokumentace koncesního řízení a absenci originálních listin usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-3846/2015/511/KVá ze dne 11. 2. 2015 zadavatele vyzval k předložení dokumentace v originální podobě ve smyslu ustanovení § 33 zákona. Současně Úřad zadavatele informoval, že již samo neposkytnutí dokumentace koncesního řízení v originále Úřadu, a tedy faktické znemožnění přezkumu postupu zadavatele v předmětném koncesním řízení, je způsobilé vyvolat pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele při uzavírání koncesní smlouvy takové intenzity, že Úřadu nezbude než předmětné koncesní řízení zrušit podle ustanovení § 25 odst. 1 zákona. Zadavatel této výzvě zčásti vyhověl, když dne 25. 2. 2015 a dne 2. 3. 2015 doručil Úřadu část dokumentace koncesního řízení v originální podobě.

39. Usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-3476/2015/511/KVá ze dne 4. 2. 2015 Úřad zadavatele vyzval k předložení písemného vyjádření zadavatele k návrhu ve smyslu ustanovení § 24b odst. 6 zákona a navrhovatele vyzval k předložení dokladu o doručení stejnopisu návrhu zadavateli. Navrhovatel uvedené výzvě vyhověl přípisem ze dne 6. 2. 2015, dne 17. 2. 2015 pak Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu.
40. Dne 24. 3. 2015 nahlédl v sídle Úřadu do správního spisu S1096/2014 zástupce zadavatele.
41. Dne 18. 5. 2015 obdržel Úřad žádost navrhovatele o sdělení stavu správního řízení. Žádosti bylo vyhověno přípisem č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-12177/2015/511/KVá ze dne 22. 5. 2015. Navrhovatel v návaznosti na sdělení Úřadu o stavu správního řízení zaslal Úřadu přípis ze dne 10. 6. 2015, kterým s odkazem na ustanovení § 114 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách požadoval, aby Úřad zahájil vůči zadavateli kroky ve věci spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. h) zákona o veřejných zakázkách. Tento přípis byl Úřadem evidován jako samostatný podnět P0636/2015 a jako takový prošetřen s tím, že Úřad neshledal důvody k zahájení správního řízení z moci úřední, neboť navrhovatelem zmiňovaná ustanovení zákona o veřejných zakázkách nelze na danou situaci vztáhnout.
42. Přípisem č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-14260/2015/511/KBí ze dne 22. 6. 2015 doručeným navrhovateli téhož dne a zadavateli fikcí dne 2. 7. 2015 Úřad seznámil účastníky řízení s novými skutečnostmi týkajícími se možného porušení zásady transparentnosti zadavatelem v důsledku znemožnění přezkumu postupu zadavatele v předmětném koncesním řízení tím, že zadavatel nepředložil Úřadu dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona.
43. Usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-16336/2015/511/KBí ze dne 1. 7. 2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit svá stanoviska v řízení. Současně Úřad tímto přípisem stanovil zadavateli povinnost informovat Úřad o veškerých dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném koncesním řízení po dobu trvání správního řízení, a zaslat Úřadu příslušnou dokumentaci koncesního řízení, kterou v souvislosti s těmito úkony pořídí.
44. Dne 10. 7. 2015 nahlédl v sídle Úřadu do správního spisu S1096/2014 zástupce zadavatele. Současně zástupce zadavatele předložil Úřadu kompletní dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona.
45. Dne 13. 7. 2015 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, které Úřad v bodě VIII. písm. b) kvalifikoval jako rozklad proti výroku č. 1 usnesení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-16336/2015/511/KBí ze dne 1. 7. 2015 evidovaný pod sp. zn. R239/2015.
46. Usnesením č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-17136/2015/511/KBí ze dne 13. 7. 2015 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel k tomuto usnesení Úřadu zaslal své vyjádření ze dne 20. 7. 2015. Současně zadavatel proti tomuto usnesení brojil rozkladem ze dne 29. 7. 2015 evidovaným pod sp. zn. R222/2015.

Vyjádření zadavatele ze dne 10. 7. 2015

47. Zadavatel dne 13. 7. 2015 doručil Úřadu své vyjádření ze dne 10. 7. 2015, kterým reagoval na přípis č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-14260/2015/511/KBí ze dne 22. 6. 2015 a usnesení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-16336/2015/511/KBí ze dne 1. 7. 2015.

48. Ve vztahu k prvně jmenované písemnosti má zadavatel za to, že Úřadu kompletní dokumentaci koncesního řízení předložil, byť uznává, že od 11. 2. 2015 s Úřadem polemizuje ohledně kvality předložené dokumentace koncesního řízení. Dle názoru zadavatele Úřad požadavek na předložení kompletní dokumentace koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona nijak neodůvodnil ani tento požadavek nevyplývá z platné právní úpravy. Postup Úřadu, který zadavatele zatěžuje opakovanými výzvami k předložení kompletní dokumentace koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona, třebaže její část podstatnou pro posouzení věci má dle mínění zadavatele k dispozici, shledává zadavatel v rozporu se zásadou hospodárnosti. Přesto zadavatel současně s tímto podáním předkládá Úřadu dokumentaci koncesního řízení v Úřadem požadované podobě.
49. Pokud se jedná o předmět správního řízení sp. zn. S1096/2014, zadavatel se domnívá, že předmět tohoto řízení je plně vyčerpán obsahem návrhu a není tudíž možné v jeho rámci postihnout zadavatele za porušení zásady transparentnosti zadavatelem v důsledku znemožnění přezkumu postupu zadavatele v předmětném koncesním řízení tím, že zadavatel nepředložil Úřadu dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona.
50. Ve vztahu k usnesení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-16336/2015/511/KBÍ ze dne 1. 7. 2015 zadavatel uvádí, že ve vztahu ke skutečnostem uvedeným v návrhu setrvává na svém původním stanovisku ze dne 16. 2. 2015. S ohledem na výše uvedené a na skutečnost, že zadavatel Úřadu předložil kompletní dokumentaci koncesního řízení, považuje uvedené usnesení za bezpředmětné.
51. Závěrem svého vyjádření zadavatel Úřad žádá, aby zrušil nebo prohlásil za nicotný přípis č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-14260/2015/511/KBÍ ze dne 22. 6. 2015 a aby zrušil výrok č. 1 usnesení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-16336/2015/511/KBÍ ze dne 1. 7. 2015.

Vyjádření zadavatele ze dne 20. 7. 2015

52. Zadavatel dne 20. 7. 2015 doručil Úřadu své vyjádření z téhož dne, kterým reagoval na usnesení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-17136/2015/511/KBÍ ze dne 13. 7. 2015. Zadavatel se domnívá, že Úřad v oznámení o zahájení správního řízení č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-27066/2014/511/KVÁ ze dne 19. 12. 2014 nevymezil předmět správního řízení, když odkázal na obsah návrhu navrhovatele, který ovšem nepopsal svými slovy. Přesto zadavatel odkazuje na své vyjádření k návrhu navrhovatele a svá další vyjádření a podání.
53. Ve vztahu k otázce předložení dokumentace koncesního řízení zadavatelem Úřadu zadavatel rovněž odkazuje na svá předchozí vyjádření, přičemž konstatuje, že v současné době má již Úřad kompletní dokumentaci koncesního řízení k dispozici.
54. S ohledem na výše uvedené zadavatel žádá, aby Úřad správní řízení sp. zn. S1096/2014 zastavil.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

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

Relevantní ustanovení právních předpisů

56. Podle ustanovení § 3a zákona zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
57. Podle ustanovení § 7 odst. 3 zákona pro posuzování kvalifikace dodavatelů a pro jejich vylučování platí ustanovení zákona o veřejných zakázkách o kvalifikaci, jejíž prokázání požaduje po dodavateli veřejný zadavatel, a o jejich vylučování obdobně.
58. Podle ustanovení § 24b odst. 6 zákona zadavatel je povinen zaslat Úřadu své vyjádření k obdržnému návrhu do 7 dnů od jeho doručení. Společně s tímto vyjádřením zašle příslušnou dokumentaci koncesní smlouvy. V případě návrhu na zákaz plnění koncesní smlouvy je zadavatel povinen současně Úřadu zaslat kopii koncesní smlouvy a označit případné důvody pro pokračování plnění smlouvy ve smyslu § 25 odst. 3.
59. Podle ustanovení § 24f písm. f) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 25 nebo pro uložení sankce podle § 27 nebo § 27a.
60. Podle ustanovení § 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. Podle ustanovení § 33 zákona zadavatel uchovává dokumentaci koncesního řízení po dobu 5 let od ukončení účinnosti koncesní smlouvy nebo ode dne zrušení koncesního řízení. Dokumentaci koncesního řízení se rozumí souhrn všech dokumentů v listinné podobě nebo na nosičích dat, jejichž pořízení vyžaduje tento zákon v průběhu koncesního řízení, popřípadě po jeho ukončení, včetně úplného znění nabídek všech dodavatelů, koncesní smlouvy a všech jejích změn.
62. Podle ustanovení § 59 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem (dále jen "posouzení kvalifikace").
63. Podle ustanovení § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách veřejný zadavatel může požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě podle § 52.
64. Podle ustanovení § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách dodavatel, který nesplní kvalifikaci v požadovaném rozsahu nebo nesplní povinnost stanovenou v § 58, musí být veřejným zadavatelem vyloučen z účasti v koncesním řízení.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace koncesního řízení

65. V čl. 5 kvalifikační dokumentace „Předmět koncesního řízení“ je uvedeno: *„Předmětem koncesního řízení je provozování vodovodu a kanalizace v rozsahu práv a povinností jeho vlastníka a provozovatele dle zákona č. 274/2001 Sb. o vodovodech a kanalizacích*

pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále i ZVaK). Rozumí se jím zejména dodržování technologických postupů při odběru, úpravě a dopravě pitné vody včetně manipulací, odvádění, čištění a vypouštění odpadních vod, dodržování provozních a manipulačních řádů, kanalizačního řádu, vedení provozní dokumentace, účtování vodného a stočného a další související činnosti.

Mezi činnostmi spojenými s provozováním svěřeného majetku patří zejména tyto služby:

1. Údržba a opravy“

(následuje 5 odrážek uvádějících činnosti z dané oblasti)

„Revize zařízení, požární předpisy, bezpečnost a ochrana zdraví

2. Revize zejména elektrozařízení, silnoproud a slaboproud, hromosvodů, zvedacích zařízení, tlakových nádob, topidel

3. Technická a ekonomická činnost“

(následuje 10 odrážek uvádějících činnosti z dané oblasti)

„4. Provozování majetku vlastníka zahrnuje zejména tyto činnosti:“

(následuje 12 odrážek uvádějících činnosti z dané oblasti)

66. V čl. 7 kvalifikační dokumentace „Podrobná specifikace požadavků na prokázání splnění kvalifikace“ je v části „PROFESNÍ KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“ uvedeno: „Profesní kvalifikační předpoklady splňuje dodavatel, který předloží:“ Dále je v tomto článku pod písm. b. uvedeno: „doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci;“.
67. V Protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 24. 9. 2014 je v rubrice „Profesní kvalifikační předpoklady“ ve vztahu k navrhovateli uvedeno: „doklad o oprávnění k podnikání“ – „ne“; souhrnně je pak ve vztahu k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů navrhovatelem uvedeno „neprokázal“.
68. V Rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení ze dne 18. 10. 2014 je v bodě 1 uvedeno: „V rámci prokázání splnění kvalifikačních předpokladů zadavatel mj. požadoval předložení dokladu(ů) o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména dokladu prokazujícího příslušné živnostenské oprávnění či licenci. Předmětem koncesní smlouvy je mj. i provádění revize elektrických zařízení, viz čl. 8., odst. 2. kvalifikační dokumentace, cituji: „Mezi činnostmi dodavatele spojenými s provozováním svěřeného majetku patří zejména tyto služby: Revize elektrozařízení silnoproud a slaboproud, hromosvodů, zvedacích zařízení, tlakových nádob, topidel“. Komise proto posuzovala vámi předložené doklady i z pohledu toho, zda jste předložili i oprávnění k podnikání k revizím elektrických zařízení. Komise konstatovala, že jste oprávnění k podnikání k revizi elektrických zařízení nepředložil.“
69. V Protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 10. 11. 2014, ve kterém je zachyceno nové posouzení kvalifikace provedené zadavatelem v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 10. 11. 2014, je v rubrice „Profesní kvalifikační předpoklady“ ve vztahu

k navrhovateli uvedeno: „*doklad o oprávnění k podnikání*“ – „*ne*“; souhrnně je pak ve vztahu k prokázání splnění kvalifikačních předpokladů navrhovatelem uvedeno „*neprokázal*“.

70. V Rozhodnutí námitkách navrhovatele ze dne 10. 11. 2014 je v bodě II uvedeno: „*Opětovné posouzení kvalifikace bylo zadavatelem provedeno tak, že zadavatel porovnal obsah předložených dokladů, kterými prokazuje stěžovatel splnění své kvalifikace, s požadavky stanovenými zákonem a zadavatelem. Posouzení kvalifikace zadavatel provedl s tímto výsledkem: V rámci prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů zadavatel mj. požadoval předložení dokladu o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů, zejména dokladů prokazujících příslušné živnostenské oprávnění či licenci, a to v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese. Předmětem koncese je mj. i provádění revizí zdvihacích zařízení. Povinností stěžovatele tedy bylo předložit i oprávnění k podnikání opravňující provádět požadované revize. Stěžovatelem předložené písemnosti takové oprávnění k podnikání neobsahují. Po opětovném posouzení kvalifikace zadavatel konstatuje, že stěžovatel splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu neprokázal. Zadavatel tak konstatuje, že vyloučení stěžovatele proběhlo v souladu se zákonem. Rozhodnutí o vyloučení proto zadavatelem nebylo s ohledem na rozhodovací praxi soudů zrušeno.*“

K souladu postupu zadavatele v rámci koncesního řízení se zákonem

K výroku č. I – K postupu zadavatele v rámci koncesního řízení

71. Úřad na úvod shrnuje, že z návrhu navrhovatele vyplývá, že brojí proti několika úkonům zadavatele učiněným v rámci šetřeného koncesního řízení, konkrétně proti stanovení kvalifikačních podmínek v rozporu se zákonem, proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikace navrhovatele v rozporu s ustanovením § 59 odst. 1 a 4 zákona o veřejných zakázkách, proti využití postupu dle ustanovení § 60 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, aniž by k tomu byly dány podmínky, a celkově proti postupu zadavatele v koncesním řízení v rozporu se zásadami zakotvenými v ustanovení § 3a zákona (viz bod xx7 až 18xx odůvodnění tohoto rozhodnutí).
72. Úřad se ve svém zkoumání nejprve zabýval otázkou nastavení kvalifikačních podmínek pro prokázání splnění profesních kvalifikačních předpokladů, neboť případná nezákonnost postupu zadavatele v tomto úkonu má potenciál zasáhnout koncesní řízení v jeho nejranější fázi.
73. Kvalifikační dokumentace stanoví podmínky prokázání profesních kvalifikačních předpokladů v čl. 7 kvalifikační dokumentace „Podrobná specifikace požadavků na prokázání splnění kvalifikace“ v části „PROFESNÍ KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“ pod písm. b. jako povinnost uchazeče předložit „*doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci*“ (viz výše bod xx66 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
74. Tento požadavek tedy nijak konkrétně nevymezuje seznam či rozsah požadovaných oprávnění k podnikání a je tudíž nutné vnímat jej v kontextu čl. 5 kvalifikační dokumentace „Předmět koncesního řízení“ (viz výše bod xx65 odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť právě z něj má být uchazečům seznatelné, v jakém rozsahu jsou povinni oprávnění k podnikání k úspěšnému prokázání splnění kvalifikačních předpokladů předložit.

75. Čl. 5 kvalifikační dokumentace ve svém návěti uvádí, že „Předmětem koncesního řízení je provozování vodovodu a kanalizace v rozsahu práv a povinností jeho vlastníka a provozovatele dle zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále i ZVaK). Rozumí se jím zejména dodržování technologických postupů při odběru, úpravě a dopravě pitné vody včetně manipulací, odvádění, čištění a vypouštění odpadních vod, dodržování provozních a manipulačních řádů, kanalizačního řádu, vedení provozní dokumentace, účtování vodného a stočného a další související činnosti“. Následně ve čtyřech bodech zadavatel demonstrativně vyjmenovává činnosti související s „provozováním svěřeného majetku“, „revizemi“, „technickou a ekonomickou činností“ a „provozováním majetku vlastníka“.
76. Vymezení povinnosti prokázat splnění kvalifikačních předpokladů výše popsáním způsobem Úřad považuje za odporující zákonu. Úřad se sice ztotožňuje s míněním zadavatele podpořeným rozhodnutím Úřadu sp. zn. S241/2007, že zadavatel není povinen určovat, jaká oprávnění k podnikání mají uchazeči předložit, neboť povinností uchazeče je předložit taková oprávnění k podnikání, která pokryjí celý rozsah koncese. Takový názor lze však přijmout pouze za podmínky, že zadavatel zcela přesně, jednoznačně a transparentně vymezení předmět koncese, což se v šetřeném případě nestalo.
77. Ze znění čl. 5 kvalifikační dokumentace není zřejmé, zda předmětem koncese jsou jen činnosti dle zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, jak jsou vyjmenovány v návěti, či rovněž činnosti uvedené dále v odrážkách pod body 1. až 4. čl. 5 kvalifikační dokumentace, kdy tematické okruhy těchto bodů nenavazují na úvodní definici činnosti dle citovaného zákona o vodovodech a kanalizacích. Zároveň jsou návěti i jednotlivé body pojaty pouze jako demonstrativní výčet za pomoci výrazů „zejména“ a „další související činnosti“. Za takové situace je pak vymezení předmětu koncese a potažmo okruhu požadovaných oprávnění k činnosti pouhým ilustrativním a neuzavřeným náčrtem možných požadovaných činností. Předmět koncese, který není jednoznačně definován a výčet do něj spadajících činností není uzavřen, však lze jen stěží pokrýt.
78. Neujasněný přístup zadavatele k výčtu požadovaných oprávnění k činnosti je patrný i z výčtu požadovaných oprávnění k podnikání uvedeného ve vyjádření zadavatele ze dne 16. 2. 2015 (viz výše bod xx25 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel zde uvádí seznam osmi požadovaných oprávnění k podnikání, které dle jeho názoru pokrývají celý předmět koncese (na okraj Úřad konstatuje, že pokud je zadavatel schopen takto konkrétně vymezení seznam požadovaných oprávnění, je politováníhodné, že tento seznam nebyl součástí kvalifikační dokumentace či jinak nebyl uchazečům sdělen v rámci koncesního řízení). V následně uvedené tabulce zadavatel uvádí přehled dokumentů, jimiž jednotliví uchazeči oprávnění k podnikání v požadovaných osmi oborech (ne)prokázali, bez zjevného důvodu však zároveň zkoumá rovněž devátý okruh činnosti označený jako „BOZP, PO“, který v předcházejícím výčtu požadovaných oprávnění k podnikání neuvedl. Není dále jasné, proč z výčtu osmi požadovaných oprávnění k podnikání se tři vztahují k jedinému z několika desítek bodů a odrážek uvedených v čl. 5 kvalifikační dokumentace, konkrétně bodu 2. „Revize zejména elektrozařízení, silnoproud a slaboproud, hromosvodů, zvedacích zařízení, tlakových nádob, topidel“, ze kterého jsou zadavatelem požadovanými oprávněními k činnosti navíc pokryty

pouze revize elektrozařízení, zvedacích zařízení a tlakových nádob, ovšem nikoli revize hromosvodů a topidel.

79. Výše popsaná situace vymezení prokázání kvalifikačních předpokladů za pomoci zcela nejasně vymezeného předmětu koncesního řízení pak z povahy věci vylučuje dodržení zásad koncesního řízení dle ustanovení § 3a zákona, a to hned v několika aspektech.
80. V první řadě nejednoznačnost a netransparentnost kvalifikační dokumentace ovlivňuje okruh potenciálních uchazečů, kteří by měli zájem se o uzavření předmětné koncesní smlouvy ucházet, neboť nelze vyloučit, že nejistota ohledně rozsahu požadovaných oprávnění k činnosti, chybný výklad kvalifikační dokumentace či neschopnost předmětné články kvalifikační dokumentace vůbec vyložit, případně obavy z netransparentního posuzování prokázání splnění kvalifikace, mohou potenciální uchazeče od účasti v koncesním řízení odradit.
81. Ve vztahu k uchazečům, kteří se rozhodli žádost o účast v rámci šetřeného koncesního řízení podat, pak dochází k nejistotě a situaci, kdy si každý z uchazečů může předmětné ustanovení kvalifikační dokumentace bez své viny vyložit odlišně a předložit pouze některá zadavatelem požadovaná oprávnění v přesvědčení, že je rozsah jimi prokazovaných oprávnění k činnosti s ohledem na předmět koncese dostačující, přičemž taková situace pro něj může mít negativní důsledek v podobě vyloučení z účasti v koncesním řízení pro neprokázání splnění kvalifikačních předpokladů.
82. A konečně nejasně a netransparentně nastavené kvalifikační podmínky znemožňují zadavateli následně provést posouzení prokázání kvalifikace jednotlivých uchazečů v souladu se zásadou transparentnosti, jelikož není zřejmé, která konkrétní oprávnění k podnikání byli uchazeči v rámci prokázání splnění kvalifikace povinni předložit, zda je jimi předložený soubor oprávnění k podnikání úplný, či nikoli, a absenci kterých oprávnění k podnikání je nutné sankcionovat vyloučením daného uchazeče z účasti v koncesním řízení. Zároveň je za takové situace zcela na libovůli zadavatele, jak jednotlivá oprávnění předložená uchazeči v rámci žádostí o účast posoudí, aniž by jeho postup byl zpětně přezkoumatelný.
83. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel pochybil, když v koncesním řízení stanovil v čl. 7 kvalifikační dokumentace požadavek, aby uchazeči k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů předložili „*doklad o oprávnění k podnikání podle zvláštních právních předpisů v rozsahu odpovídajícím celému předmětu koncese, zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění či licenci*“, aniž by v kvalifikační dokumentaci jednoznačně a transparentně vymezil předmět koncese, což mohlo mít vliv na rozhodnutí potenciálních uchazečů, zda se o získání koncesní smlouvy vůbec ucházet, a rovněž vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že mohli potenciální uchazeči podat nabídku s celkovou nižší nabídkovou cenou. Zároveň mohlo mít takové stanovení kvalifikačních podmínek vliv i na posouzení splnění kvalifikace těch uchazečů, kteří zadavateli v rámci šetřeného koncesního řízení žádost o účast předložili, neboť nelze vyloučit, že byl na základě netransparentně nastavených kvalifikačních podmínek protiprávně vyloučen uchazeč, který by podal nabídku s celkovou nižší nabídkovou cenou.
84. Z uvedeného vyplývá, že postup zadavatele, kdy nastavil kvalifikační podmínky pro prokázání profesních kvalifikačních předpokladů v rozporu se zásadou transparentnosti, tj. v rozporu s ustanovením § 3a zákona, mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

K ostatním skutečnostem uvedeným v návrhu

85. Jelikož Úřad na základě uvedených argumentů shledal postup zadavatele při stanovení požadavků na prokázání kvalifikace v rozporu se zákonem, konkrétně jeho ustanovením § 3a, a na základě toho uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení celého šetřeného koncesního řízení, jak je uvedeno níže v bodě xx90 a 91xx odůvodnění tohoto rozhodnutí, nezabýval se již Úřad v souladu se zásadou procesní ekonomie podrobně dalšími skutečnostmi uvedenými v návrhu týkajícími se šetřeného koncesního řízení, zejména úkonů zadavatele souvisejících s posouzení kvalifikace navrhovatele a jeho vyloučením z účasti v zadávacím řízení, neboť jejich posouzení by na závěru Úřadu a na uloženém nápravném opatření již nemohlo nic změnit.

K výroku č. II – uložení nápravného opatření

86. Navrhovatel ve svém návrhu požadoval, aby Úřad pro rozpor postupu zadavatele se zákonem zrušil úkony zadavatele směřující k vyloučení navrhovatele z účasti v koncesním řízení, eventuálně celé koncesní řízení, pokud Úřad shledá, že nedostatky postupu zadavatele jsou natolik závažné a nezhoditelné, že nápravy není možné dosáhnout jinak.
87. 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.
88. 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.
89. V šetřeném případě Úřad dospěl k závěru, že zadavatel stanovil požadavky na prokázání splnění kvalifikace uchazečů v rozporu se zásadou transparentnosti, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (viz výše bod xx84 odůvodnění tohoto rozhodnutí), tj. již na samém počátku koncesního řízení mohlo v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v ustanovení § 3a zákona dojít ke zúžení okruhu potenciálních dodavatelů a neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
90. Z uvedeného důvodu tudíž Úřad musel přistoupit ke zrušení celého koncesního řízení, neboť toto koncesní řízení probíhalo již od samého počátku v rozporu se zákonem a zrušení dílčích kroků zadavatele by takový nedostatek nemohlo zhojit. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí a jako nápravné opatření zrušil koncesní řízení ve věci koncesní smlouvy „Zajištění provozování vodohospodářské infrastruktury obce Lutín, místní části Třebčín“.

K výroku č. III – uložení náhrady nákladů řízení

91. 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.

92. Úřad pak uvedené ustanovení aplikoval analogicky na šetřený případ. Vzhledem k tomu, že ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad v důsledku postupu zadavatele v rozporu se zákonem šetřené koncesní řízení dle ustanovení § 25 odst. 1 zákona (které je obdobou ustanovení § 118 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách) zrušil, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
93. 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 2014001096.

K výroku č. IV – zastavení správního řízení v části zahájené dne 2. 7. 2015 z moci úřední ve věci porušení zásady transparentnosti zadavatelem

94. Dle ustanovení § 24b odst. 6 zákona je zadavatel povinen zaslat Úřadu své vyjádření k obdržení návrhu do 7 dnů od jeho doručení. Společně s tímto vyjádřením zašle příslušnou dokumentaci koncesní smlouvy. Úřad se domnívá, že zákon je v tomto ustanovení, které je obdobou ustanovení § 114 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, terminologicky nepřesný, neboť dle účelu ustanovení je zřejmé, že zákonodárce měl v daném případě „dokumentaci koncesní smlouvy“ na mysli „dokumentaci koncesního řízení“, tj. souhrn všech dokumentů v listinné podobě nebo na nosičích dat, jejichž pořízení vyžaduje tento zákon v průběhu koncesního řízení, popřípadě po jeho ukončení, včetně úplného znění nabídek všech dodavatelů, koncesní smlouvy a všech jejích změn. Kompletní dokumentace koncesního řízení je přitom nezbytným podkladem pro vydání rozhodnutí v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v koncesním řízení.
95. Vzhledem k tomu, že zadavatel svou povinnost uloženou ustanovením § 24 odst. 6 ve spojení s ustanovením § 33 zákona přes opakované výzvy Úřadu nesplnil, Úřad přípisem č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-14260/2015/511/KBí ze dne 22. 6. 2015 doručeným navrhovatelí téhož dne a zadavateli fikcí dne 2. 7. 2015 sdělil účastníkům řízení nové skutečnosti týkající se možného porušení zásady transparentnosti zadavatelem v důsledku znemožnění přezkumu postupu zadavatele v předmětném koncesním řízení tím, že zadavatel nepředložil Úřadu dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona.
96. V případě nepředložení kompletní dokumentace koncesního řízení by Úřad neměl dostatek podkladů pro to, aby přezkoumal a případně vyvrátil pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při uzavírání koncesní smlouvy vyjádřené v návrhu ze dne 15. 12. 2014, přičemž tyto pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele by přetrvávaly. Nebylo by tudíž možné vyloučit, že zadavatel při uzavírání koncesní smlouvy postupoval v rozporu se zákonem, přičemž takový postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a Úřad by byl nucen šetřené koncesní řízení ve smyslu ustanovení § 25 odst. 1 zákona zrušit.
97. Protiprávní jednání zadavatele porušující zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 3a zákona Úřad spatřoval právě ve skutečnosti, že zadavatel Úřadu nepředložil

předmětnou dokumentaci koncesního řízení ve smyslu ustanovení § 33 zákona. Vzhledem k tomu, že zadavatel Úřadu předmětnou dokumentaci koncesního řízení v požadované podobě předložil dne 10. 7. 2015, zadavatel tímto úkonem odstranil stav, který byl důvodem pro postup Úřadu popsany výše v bodě xx96 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a důvod pro případné uložení nápravného opatření ve smyslu § 25 odst. 1 zákona tedy pominul.

98. Podle ustanovení § 24f písm. f) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 25 nebo pro uložení sankce podle § 27 nebo § 27a. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad o zastavení správního řízení zahájeného z moci úřední přípisem č.j. ÚOHS-S1096/2014/VZ-14260/2015/511/KBí ze dne 22. 6. 2015, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. 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

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Mgr. Jan Toman, advokát, Pařížská 1076/7, 110 00 Praha 1
2. JUSTITIA TENDER PARTNERS, s.r.o., Půtova 1219/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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