Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 22. 10. 2008

Č.j.: S217/2008/VZ-19390/2008/510/Od V Brně dne 3. října 2008

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 dne 1. 8. 2008 na základě žádosti ze dne 31. 7. 2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – město Bruntál, IČ 00295892, se sídlem Nádražní 20, 792 01 Bruntál, zastoupené Ing. Františkem Struškou, starostou,
- žadatel – VODOS, S. R. O., IČ 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín, za niž jedná Jan Hladík, jednatel společnosti, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 31. 7. 2008 JUDr. Ing. Janem Vychem, advokátem, IČ 61215741, se sídlem Rumunská 25, 120 00 Praha 2,
- vybraný koncesionář – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jednají Miguel Jurado Fernández a Roberto Pérez Muñoz, předseda a místopředseda představenstva,

ve věci koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy „Pronájem a provozování veřejných kanalizací a ČOV města Bruntál“, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 11. 1. 2008 pod ev. č. 60014017, **rozhodl** takto:

I.

Žádost žadatele VODOS, S. R. O., IČ 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín, o uložení nápravného opatření **se** podle § 25 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 67 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**.

II.

Podle ust. § 24 odst. 3 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na ust. § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 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, zadavateli městu Bruntál nevzniká v tomto správním řízení povinnost nahradit náklady řízení.

O d ů v o d n ě n í

Město Bruntál, IČ 00295892, se sídlem Nádražní 20, 792 01 Bruntál, zastoupené Ing. Františkem Struškou, starostou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle zákona č. 139/2006 Sb. o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „koncesní zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 11. 1. 2008 pod ev. č. 60014017 oznámení koncesního řízení za účelem výběru koncesionáře a uzavření koncesní smlouvy „Pronájem a provozování veřejných kanalizací a ČOV města Bruntál“.

Proti rozhodnutí zadavatele o výběru koncesionáře podal dodavatel – VODOS, S. R. O., IČ 47538457, se sídlem Legerova 21, 280 02 Kolín, za niž jedná Jan Hladík, jednatel společnosti, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 31. 7. 2008 JUDr. Ing. Janem Vychem, advokátem, IČ 61215741, se sídlem Rumunská 25, 120 00 Praha 2 (dále jen „žadatel“), dopisem ze dne 7. 7. 2008 námitky, které zadavatel obdržel dne 11. 7. 2008. Zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti zaslal žadateli rozhodnutí, kterým námitkám nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách obdržel žadatel dne 22. 7. 2008.

Vzhledem k tomu, že žadatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dopisem ze dne 31. 7. 2008 žádost o uložení nápravného opatření ve věci koncesního řízení (dále jen „žádost“) Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

V žádosti žadatel vyjádřil názor, že se zadavatel dopustil porušení právních předpisů tím, že nabídku vybraného koncesionáře, jakož i společnosti JAST Bruntál, s. r. o., IČ 25897951, se sídlem U stadionu č. p. 1846/13, 792 01 Bruntál (dále jen „společnost JAST Bruntál, s. r. o.“), neposoudil jako nepřijatelné podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), resp. jako nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou podle § 77 zákona o veřejných zakázkách, a tyto nabídky nevyřadil.

Žadatel v žádosti odkázal na odůvodnění jím předložených námitek, týkajících se skutečností dokládajících tvrzení, že vybraný koncesionář a společnost JAST Bruntál, s. r. o., předložili nepřijatelné nabídky, neboť obsahovaly cenu, která je v rozporu s právními předpisy o ochraně hospodářské soutěže, resp. nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou ve smyslu § 77 zákona o veřejných zakázkách.

K argumentaci zadavatele v odůvodnění zamítnutí námitek žadatel uvedl, že se ztotožňuje s tvrzením, podle něhož cenové předpisy neznají institut tzv. regionální ceny, avšak namítá, že institut regionálních cen je často užíván provozovateli vodárenských majetků, a to v případech, kdy podmínky provozování vodárenských majetků jsou v rámci daného regionu natolik obdobné, že je lze provozovat za téměř identické náklady.

V souvislosti s argumentací týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny žadatel zdůraznil, že žadatel i další subjekty jsou z ekonomického hlediska zcela odlišné, z čehož pramení reálná možnost vybraného koncesionáře díky své velikosti a tržnímu podílu v regionu nabízet vybrané skupině odběratelů své služby za ceny, kterým není možno objektivně konkurovat a které jsou pod objektivními výrobními náklady. Žadatel je tzv. provozní společností, tj. společností, která nevlastní žádný infrastrukturní majetek a veškerý majetek tak provozuje na základě nájemních smluv, uzavíraných na základě výběrových

řízení. Ve výběrových řízeních jsou dodavatelé vystaveni konkurenčními prostředí a o realizaci plnění musí soutěžit. Součástí provozních smluv je vždy i ujednání o tom, že provozovatel smí měnit ceny stočného jen se souhlasem vlastníka. Je tak podle žadatele evidentní, že provozní společnosti jsou vystaveny při své podnikatelské činnosti neustálému tlaku na nabízení co možná nejnižších cen stočného a nejvyšší ceny nájemného. Prostor pro tvorbu zisku na jednotlivých provozních smlouvách, který by případně mohl částečně kompenzovat ztráty dosažené na jiných provozních smlouvách, je tak nulový.

Naproti tomu žadatel uvádí, že vybraný koncesionář je tzv. smíšenou společností, která vlastní infrastrukturní majetek, který i sama provozuje a současně i provozuje vodárenský majetek ve vlastnictví třetích subjektů. Žadatel dovozuje, že vybraný koncesionář může na základě svého vlastního rozhodnutí měnit výši cen svých služeb. Je tak evidentní, že vybraný koncesionář si sám určuje svoji míru zisku, kterou bude pokládat za přiměřenou. Z uvedených skutečností vyplývá vybranému koncesionáři možnost, spokojit se s nižší průměrnou mírou zisku dosaženou ze svého podnikání a tedy i možnost kompenzovat ztrátu z provozování některých vodárenských majetků pronajímaných od jejich vlastníků vyšší mírou zisku dosahovanou z provozování vlastních majetků, kde není vystaven soutěžním podmínkám. S ohledem na regionální postavení vybraného koncesionáře jako výrazně dominantního subjektu v Moravskoslezském regionu je podle názoru žadatele zcela legitimní úvaha o tom, že ze strany vybraného koncesionáře může docházet ke zneužití dominantního postavení na trhu nabízením jeho služeb za nepřiměřeně nízké ceny. Žadatel v této souvislosti navrhl, aby si Úřad vyžádal kalkulace cen stočného, předkládaných dodavateli v nabídkách.

K argumentům zadavatele týkajícím se výše ceny stočného, kterou porovnal se stočným v jiném regionu (Krnov), žadatel uvedl, že cenu stočného je nutno posuzovat společně s výší nájemného, proto ani nelze odkazovat na cenu stočného v jiném regionu, aniž by bylo zkoumáno, jaká je zde výše nájemného. Žadatel vyjádřil přesvědčení, že ekonomická síla vybraného koncesionáře a jeho dominantní postavení v daném regionu mu umožnilo nabídnout nejvyšší částku nájemného, která je s ohledem na požadovanou výši stočného z hlediska požadavku na schopnost tvorby zisku nereálná, a použít tak svého dominantního postavení pro získání lepšího hodnocení v dané soutěži.

Žadatel dále ve svém vyjádření upozornil na pochybení zadavatele v souvislosti s nabídkou společnosti JAST Bruntál, s. r. o., týkající se skutečnosti, že tato společnost v současné době provozuje majetek, jehož pronájem je předmětem koncesního řízení za mnohem nižší nájemné a současně vyšší stočné, než nabídla pro rok 2009. Žadatel upozornil, že v případě, kdy týž subjekt provozuje daný rozsah a objem majetku v jenom roce za podmínek pro zadavatele a občany výrazně méně výhodných, než nabízí pro roky další, je na místě úvaha o tom, jak je toto při existenci principu cenové regulace možné a zda ceny nabídnuté pro rok 2008 nejsou pod úrovní nákladů daného provozovatele. Jinak je nutno podle žadatele dojít k závěru, že v roce 2008 dosahuje společnost JAST Bruntál, s. r. o., nepřiměřeně vysoké míry zisku.

S ohledem na argumenty uvedené v žádosti má žadatel za to, že postupem zadavatele, kdy nebyly napadené nabídky odmítnuty jako nepřijatelné podle § 22 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách, ani nebyly shledány jako nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou, byl ze strany zadavatele porušen zákon. V případě, že by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, byla by nabídka žadatele podle jeho názoru označena jako nejlepší v pořadí, z čehož vyplývá, že porušení zákona ze strany zadavatele mělo vliv na pořadí nabídek.

Závěrem zadavatel navrhl, aby Úřad uložil nápravné opatření, kterým by zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru koncesionáře a dále aby Úřad vydal předběžné opatření, kterým zakáže uzavřít smlouvu v předmětném koncesním řízení.

Úřad obdržel žádost dne 1. 8. 2008, a tímto dnem bylo podle § 113 zákona o veřejných zakázkách ve spojení s ust. § 26 odst. 2 koncesního zákona, zahájeno správní řízení o uložení nápravného opatření. Téhož dne byl zadavateli doručen stejnopis žádosti.

Účastníky správního řízení podle § 26 koncesního zákona jsou:

- zadavatel,
- žadatel,
- vybraný koncesionář – Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava a. s., IČ 45193665, se sídlem 28. října 169, 709 45 Ostrava, za niž jednají Miguel Jurado Fernández a Roberto Pérez Muñoz, předseda a místopředseda představenstva (dále jen „vybraný koncesionář“).

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení dopisem č. j. S217/2008/VZ-16302/2008/510/Od ze dne 12. 8. 2008. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S217/2008/VZ-16310/2008/510/Od ze dne 12. 8. 2008 stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona oprávněni vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se podle § 36 odst. 3 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Tímtéž usnesením Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doložení části dokumentace koncesního řízení, a to koncesního projektu ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona.

Rozhodnutím ze dne 14. 8. 2008 č. j. S217/2008/VZ-16300/2008/510/Od, Úřad zamítl návrh žadatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v koncesním řízení, neboť neshledal důvody pro jeho nařízení.

Zadavatel se k žádosti vyjádřil dopisem ze dne 8. 8. 2008, jímž odkázal na rozhodnutí zadavatele ve věci podaných námitek, na němž nadále trvá. Současně zadavatel doložil dokumentaci koncesního řízení. V rozhodnutí o námitkách zdůvodnil zadavatel namítané skutečnosti následujícím způsobem.

Při přezkoumání námitek zadavatel vycházel ze skutečnosti, že jedním z prioritních cílů podmínek koncesního řízení byla mimo jiné minimalizace ceny stočného a nabídka záruk na dlouhodobou stabilitu ceny a dále rovněž získat pronájmem kanalizace a ČOV dostatečné finanční prostředky pro realizaci obnovy tohoto vodohospodářského majetku. S ohledem na tyto cíle byla stanovena i kritéria pro hodnocení jednotlivých nabídek včetně míry vah.

Zadavatel odkázal na ust. § 6 zákona č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož je nabídková cena stočného stanovena věcným usměrňováním, přičemž do této ceny lze promítnout pouze ekonomicky oprávněné náklady pořízení, zpracování a oběhu zboží doložené v účetnictví, přiměřený zisk, daň a clo. Z obsahu tohoto předpisu, který nezná institut „regionální ceny“, je podle zadavatele zřejmé, že v rámci vyhlášeného

koncesního řízení nebylo možno vycházet z cen jednotlivých dodavatelů, které uplatňují jinde v rámci jimi provozovaných regionů. Nabídková cena všech dodavatelů byla doložena výpočtem stočného pro rok 2009, přičemž struktura kalkulace ceny byla dána přímo zadavatelem. Při posuzování reálnosti ceny stočného již při hodnocení podaných nabídek vycházel zadavatel i ze skutečnosti, že v bezprostřední blízkosti místa plnění veřejné zakázky, a to ve městě Krnov, účtuje svým odběratelům místní provozovatel stočné ve výši 16,99 Kč za 1 m^3, přičemž technické zařízení a podmínky provozování jsou srovnatelné s podmínkami ve městě Bruntál. Z tohoto důvodu nepovažovala hodnotící komise ani zadavatel za nezbytné vyzvat příslušné společnosti, předkládající nabídku, ke zdůvodnění údajně mimořádně nízké nabídkové ceny, když tyto nabídky za mimořádně nízké nepovažovali. V případě vybraného koncesionáře nelze hovořit o regionální ceně mimo jiné i proto, že vybraný koncesionář ve městě Bruntál v tomto oboru dosud nepůsobil ani nepůsobí.

Porovnáním jednotlivých kalkulovaných položek v ceně stočného uváděných vybraným koncesionářem a kalkulace ve městě Krnov má zadavatel za ověřené, že jak jednotlivé nákladové položky, tak míra zisku kalkulovaná vybraným koncesionářem jsou v konkrétních podmínkách reálné a přiměřené. Zadavatel neshledal důvody, pro které by nabídka vybraného koncesionáře byla pod úrovní vlastních nákladů a pro které by se mělo jednat o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Zdůvodnění a propočet žadatele jsou ze strany zadavatele hodnoceny jako neobjektivní a účelové.

Pokud se týká nabídky společnosti JAST Bruntál, s. r. o., tak ani v tomto případě zadavatel neshledal důvody pro změnu svého rozhodnutí.

Zadavatel v rozhodnutí o námitkách dále uvedl, že předmětem hodnocení nebylo porovnávání cen stočného uplatňovaných dodavateli v jiných regionech jejich působnosti.

K tvrzení žadatele týkajícího se údajného porušování zásad hospodářské soutěže a zneužívání monopolního postavení jak ze strany vybraného koncesionáře, tak i společnosti JAST Bruntál, s. r. o., zadavatel uvedl, že považuje toto tvrzení za zavádějící a neprokázané.

Dne 19. 8. 2008 obdržel Úřad od zadavatele koncesní projekt ve smyslu §§ 21 a 22 koncesního zákona.

Vybraný koncesionář zaslal Úřadu vyjádření, které Úřad obdržel dne 22. 8. 2008 faxem a dne 25. 8. 2008 poštou, jímž sdělil své stanovisko v předmětné věci, nenavrhuje žádné další důkazy, a vyjádřil přesvědčení, že předmětné koncesní řízení bylo zadavatelem provedeno řádně a v souladu s ust. § 6 zákona o veřejných zakázkách.

Úvodem svého vyjádření vybraný koncesionář konstatoval, že argumentaci žadatele, týkající se odlišnosti jednotlivých dodavatelů z hlediska toho, zda jsou tyto společnosti provozní či smíšené, považuje za účelovou a irelevantní. Všichni dodavatelé v rámci koncesního řízení jsou obchodními společnostmi založenými podle českého práva za účelem podnikání a dosahování zisku, a to za podmínek, za jakých byly založeny. Vybraný koncesionář vyjádřil nesouhlas s argumentací žadatele, týkající se zvýhodňování smíšených vodárenských společností před provozními vodárenskými společnostmi a upozornil na důsledky jejího akceptování (tj. naopak diskriminace vodárenských společností smíšeného typu).

Vybraný koncesionář dále upozornil na věcně usměrňovanou cenu stočného ve smyslu zákona o cenách a výměru Ministerstva financí č. 1/2008, který je platný pro všechny subjekty podnikající v oboru vodovodů a kanalizací bez ohledu na jejich formu a typ, a jímž jsou přesně vymezeny podmínky a způsob stanovení ceny stočného. Cenová kalkulace vybraného koncesionáře byla podle jeho názoru zpracována v souladu s platnou právní úpravou v oblasti věcně usměrňovaných cen, a proto do této kalkulace mohly být zahrnuty pouze oprávněné náklady vztahující se k předmětu nájmu a provozování. Vybraný koncesionář vyjádřil nesouhlas s argumentací žadatele, podle níž kalkulace stočného neodpovídá úplným vlastním nákladům na poskytování příslušných služeb a vybraný koncesionář uplatňuje jinou výši stočného, než která je v nabídce v předmětném koncesním řízení.

V souvislosti s výší stočného a nájemného hodnocených v rámci koncesního řízení vybraný koncesionář vypočítal výši stočného žadatele v případě stejné výše nájemného, které bylo uvedeno v nabídce vybraného koncesionáře a následně tuto výši stočného porovnal s vítěznou nabídkou. Z provedeného výpočtu vybraný koncesionář dovodil, že při stejné výši nájemného by cena stočného nabídnutá žadatelem byla o 0,306 Kč za 1 m^3 vyšší než cena stočného vítězné nabídky.

V návaznosti na argumentaci žadatele týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného koncesionáře a společnosti JAST Bruntál, s. r.o., vybraný koncesionář uvedl, že žadatel nevysvětlil, jak dospěl k závěru, že tyto nabídky jsou v rozporu s právními předpisy o ochraně hospodářské soutěže, a že se jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Z porovnání nabídkových cen stočného totiž vyplývá, že nejnižší nabídku předložil právě žadatel a společnost VaK Bruntál, a. s., IČ 47675861.

Podle názoru vybraného koncesionáře platná právní úprava nestanoví, co je mimořádně nízkou nabídkovou cenou nebo jak lze toto stanovit či určit, a toto rozhodnutí přísluší zadavateli. Vybraný koncesionář se domnívá, že zadavatel postupoval správně, jestliže při hodnocení nabídkových cen stočného vycházel z ceny obvyklé v daném regionu účtované stávajícím provozovatelem a ceny účtované v lokalitě obdobného charakteru a s využitím vodohospodářského zařízení obdobných technických parametrů, což je kanalizace a ČOV ve městě Krnov.

Dne 29. 8. 2008 obdržel Úřad vyjádření žadatele, v němž žadatel vyvozuje důsledky nezpracování koncesního projektu zadavatelem a dále reaguje na vyjádření vybraného koncesionáře ze dne 21. 8. 2008 (které Úřad obdržel dne 22. 8. 2008 faxem a dne 25. 8. 2008 poštou). Žadatel uvádí, že výpočet vybraného koncesionáře ceny stočného žadatele při stejné výši nájemného jakou nabídl vybraný koncesionář, je zjednodušený, zavádějící a vede ke zcela nesprávnému závěru. Žadatel dále uvádí, že vybraný koncesionář vycházel z odhadovaného množství dodané vody ve výši 1 165 000 m^3 ročně, přičemž propočet očekává, že žadatel uvedl stejný objem vody jako vybraný koncesionář, avšak toto neodpovídá skutečnosti. S ohledem na tuto skutečnost žadatel uvádí, že vzhledem k tomu, že jednotliví dodavatelé vztahovali své kalkulace ke zcela odlišnému objemu realizované vody, nelze přímo porovnávat výši nabídnutého nájemného a cenu stočného. Žadatel počítal s objemem realizované vody ve výši 1 106 000 m^3, tj. o cca 5,3 % nižšího než vybraný koncesionář. Z uvedeného podle žadatele vyplývá, že porovnat lze jednotlivé nabídky při shodném množství realizované vody. Žadatel dále uvedl modelovou situaci nabídky žadatele za situace, kdy nájemné bude ve stejné výši, jako nabídl vybraný koncesionář a jednotlivé

náklady budou vyšší o 5,3 % a žadatel dospěl k výslednému názoru, že jeho nabídka by byla v obou parametrech (tj. nájemné a stočné) lepší než nabídka vybraného koncesionáře.

Závěrem žadatel vyjádřil domněnku, že nastolení netransparentních a nekorektních podmínek ze strany zadavatele mělo vliv na pořadí nabídek a domnívá se, že žádosti by mělo být vyhověno a koncesní řízení zrušeno.

Úřad přezkoumal na základě § 24 a následujících ustanovení koncesního zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména vyjádření předložených všemi účastníky správního řízení, předložené dokumentace koncesního řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí žádosti, neboť Úřad neshledal porušení koncesního zákona ze strany zadavatele.

Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Podle § 11 odst. 2 koncesního zákona platí pro posouzení a hodnocení nabídek příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách obdobně s tím, že hodnotícím kritériem pro výběr koncesionáře je pouze ekonomická výhodnost nabídky.

Podle § 77 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách posoudí hodnotící komise při posouzení nabídek 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 komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění těch částí nabídky, které jsou pro výši nabídkové ceny podstatné. Podle odst. 6 citovaného ustanovení zákona o veřejných zakázkách neodůvodnil-li uchazeč písemně mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě, nedostavil-li se k podání vysvětlení nebo posoudila-li komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, musí být nabídka vyřazena.

Z předložené dokumentace koncesního řízení vyplývá, že zadavatel jako dílčí kritéria hodnocení stanovil

1) cenu stočného za 1 m^3 a
2) výši ročního nájemného dle účetních odpisů, min. ve výši 5,1 mil. Kč,

přičemž dodavatel měl v této souvislosti vyplnit kalkulaci ceny podle přílohy č. 10 koncesní dokumentace, ve které budou oceněny všechny položky požadované zadavatelem. Z uvedené přílohy vyplývá, že uchazeči měli vyplnit v souvislosti s prvním rokem plnění následující položky s tím, že jednotlivé položky jsou dále členěny na další podpoložky:

1. Materiál
2. Energie
3. Mzdy
4. Ostatní přímé náklady
5. Finanční náklady – podrobný popis
6. Výrobní režie
7. Správní režie
8. Úplné vlastní náklady
9. Jednotkové náklady
10. Úplné vlastní náklady v mil. Kč
11. Kalkulační zisk
12. Celkem úplné vlastní náklady + kalkulační zisk

13. Voda fakturovaná pitná, odpadní + srážková
14. Cena pro stočné
15. Cena pro stočné + DPH

Z uvedené přílohy je zřejmé, že součástí požadované kalkulace nabídkové ceny je rovněž informace o nákladech a zisku dosahovaných jednotlivými dodavateli, a tudíž zadavatel měl možnost z takto poskytnutých informací posoudit, zda nabízená cena je nereálná, např. vzhledem k tomu, že nejsou pokryty náklady dodavatele. Součástí dokumentace koncesního řízení předložené zadavatelem je rovněž „Tabulka celkového hodnocení“, jejíž přílohu tvoří tabulka, v níž jsou vyznačeny hodnoty uvedené jednotlivými dodavateli ve svých nabídkách, a to v položkách:

- materiál,
- energie,
- mzdy celkem,
- ostatní přímé náklady,
- opravy infrastrukturního majetku,
- nájem,
- kalkulační zisk.

V položce „kalkulační zisk“ jsou jako příslušné hodnoty u jednotlivých dodavatelů předkládajících nabídku uvedeny následující údaje:

Vybraný koncesionář	0,808
Žadatel	0,847
VaK Bruntál, a. s., IČ 47675861	0,550
společnost JAST Bruntál, s. r. o.	0,260
VHOS, a. s., IČ 48172901	1,800

K uvedeným zjištěním Úřad konstatuje, že smyslem institutu „mimořádně nízké nabídkové ceny“ je obrana zadavatele před situací, kdy dodavatel uvede nereálnou cenu, za níž není možné z objektivních důvodů požadované plnění realizovat, což by ve svém důsledku vedlo např. k nedokončení plnění, případně k nežádoucímu navyšování ceny. Posouzení, zda nabídková cena konkrétního dodavatele je nebo není mimořádně nízká, náleží hodnotící komisi, která posoudí, zda konkrétní nabídková cena je ve vztahu k předmětu plnění a k okolnostem a podmínkám zadávání, reálná. V šetřeném případě – jak vyplývá z přílohy dokumentu „Tabulka celkového hodnocení“, která je součástí dokumentace koncesního řízení – je zřejmé, že se komise posouzením nabídkových cen dodavatelů podrobně zabývala. Komise však neposoudila žádnou z nabídkových cen dodavatelů předkládajících nabídku jako mimořádně nízkou, a proto neměla důvod aplikovat ustanovení § 77 zákona o veřejných zakázkách v souvislosti s posouzením nabídkové ceny některého z dodavatelů.

Po posouzení a srovnání údajů obsažených v předložených nabídkách Úřad dospěl k závěru, že ceny nabízené jednotlivými dodavateli v koncesním řízení se nejeví být mimořádně nízké, neboť všichni dodavatelé zahrnuli do svých kalkulací zisk. Na základě uvedeného Úřad konstatuje, že v postupu zadavatele při posouzení nabídkové ceny vybraného koncesionáře a společnosti JAST Bruntál, s. r. o., z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách neshledal jednání, které by bylo v rozporu se zákonem o veřejných zakázkách, resp. koncesním zákonem.

K argumentu žadatele týkajícího se objemu realizované vody (tj. údaji požadovaném zadavatelem v příloze č. 10 koncesní dokumentace v položce 13. „Voda fakturovaná pitná, odpadní + srážková“), který jednotliví dodavatelé ve svých nabídkách uvedli v rozdílné výši, Úřad uvádí, že přestože zadavatel nemohl garantovat objem fakturovaných vod, poskytl dodavatelům dostatek informací, aby pro tento ukazatel mohli učinit odhad. Formou dodatečných informací k zadávacím podmínkám poskytl zadavatel dodavatelům zejména vyúčtování stočného za rok 2005 (kalkulace a skutečnost), tabulku „Vyhodnocení hospodaření 2006 – provoz kanalizací Bruntál“ s údaji o kalkulaci a skutečnosti v roce 2006, kalkulaci ceny stočného pro rok 2007 (podle odpovědi zadavatele na žádost o dodatečnou informaci nebyla skutečnost za rok 2007 k dispozici) a kalkulaci ceny stočného pro rok 2008. V příloze č. 1 koncesní dokumentace „Specifikace vodního díla“ dále zadavatel poskytl některé informace např. o počtu obyvatel připojených na kanalizaci, počet přípojek atd. Na základě uvedených informací byli dodavatelé schopni uvést ve své nabídce předpokládaný údaj, který však pro ně představuje určité riziko v případě, že tento odhad bude nadhodnocen. (Pozn.: Údaj o objemu fakturované vody, který uvedl v nabídce vybraný koncesionář, se nejeví jako nadhodnocený, resp. nereálný, neboť odpovídá údaji vykázaném v kalkulaci ceny stočného pro rok 2007 poskytnuté zadavatelem.)

Jelikož znakem koncesní smlouvy je podstatná část rizik na straně koncesionáře, je zcela na místě, že zadavatel při stanovení předpokládaných hodnot podstupuje riziko, že při plnění koncesní smlouvy nebude dosahovat takových výsledků a z nich vyplývajících příjmů, jaké předpokládal v době, kdy předkládal nabídku v koncesním řízení. Vzhledem k tomu, že jednotliví dodavatelé byli povinni ve svých nabídkách stanovit výši stočného na dobu jednoho roku, která je pro daný rok neměnná (a v dalších letech regulovaná ve smyslu přílohy č. 7 koncesní dokumentace „Koncesní smlouva“, čl. VIII. „Stočné“), a tedy neměnící se v závislosti na objemu fakturované vody, spočívá riziko nadhodnocených příjmů za fakturovanou vodu zcela na budoucím provozovateli. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel byl oprávněn porovnávat výše nabídkových cen, i přesto, že jednotliví dodavatelé ve svých kalkulacích započítali rozdílný objem fakturované vody.

V souvislosti se žádostí žadatele Úřad dále uvádí, že koncesní zákon vymezuje kompetence Úřadu v ust. § 24 odst. 1 a 2 koncesního zákona. Podle § 24 odst. 1 koncesního zákona vykonává Úřad dohled nad dodržováním tohoto zákona. V § 24 odst. 2 koncesní zákon dále stanoví, že Úřad

a) rozhoduje o tom, zda zadavatel postupoval v souladu s tímto zákonem,
b) ukládá nápravná opatření,
c) ukládá pokuty za správní delikty.

Žadatel ve své žádosti namítá, že vybraný koncesionář a společnost JAST Bruntál, s. r. o., předložili nepřijatelné nabídky, neboť obsahovaly cenu, která je v rozporu s právními předpisy o ochraně hospodářské soutěže, resp. nabídky s mimořádně nízkou nabídkovou cenou ve smyslu § 77 zákona o veřejných zakázkách. Současně žadatel vyjádřil domněnku, že ze strany vybraného koncesionáře může docházet ke zneužití dominantního postavení na trhu nabízením jeho služeb za nepřiměřeně nízké ceny.

Z informací uvedených v žádosti vyplývá, že se žadatel domnívá, že zadavatel porušil koncesní zákon resp. zákon o veřejných zakázkách, a to v důsledku porušení právních předpisů souvisejících s ochranou hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že z podané žádosti vyplývá podezření žadatele o porušení právních předpisů souvisejících s ochranou hospodářské soutěže, postoupila sekce veřejných zakázek Úřadu dne 14. 8. 2008 podnět sekci

hospodářské soutěže Úřadu k posouzení věci z hlediska dodržení zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Dne 4. 9. 2008 obdržela sekce veřejných zakázek Úřadu sdělení sekce hospodářské soutěže Úřadu k uvedenému podnětu, z něhož vyplývá, že jednání ze strany vybraného koncesionáře nelze kvalifikovat jako jednání, které by naplňovalo skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

Úřad v souvislosti s kompetencemi vymezenými Úřadu výše uvedenými právními předpisy uvádí, že v řízení, v němž je zkoumán soulad postupu a úkonů zadavatele s koncesním zákonem, resp. zákonem o veřejných zakázkách, nelze deklarovat porušení jiných právních předpisů, tj. např. zákona o hospodářské soutěži. Rovněž v případě, kdy žadatel resp. navrhovatel namítá porušení koncesního zákona a zákona o veřejných zakázkách, které je důsledkem porušení právních předpisů týkajících se ochrany hospodářské soutěže, nelze vyslovit závěr, že došlo k porušení koncesního zákona resp. zákona o veřejných zakázkách, či nikoli, neboť za tímto účelem by Úřad musel v rámci uvedeného řízení posoudit, zda byly porušeny právní předpisy týkající se ochrany hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že v řízení na základě koncesního zákona resp. zákona o veřejných zakázkách nelze rozhodnout, zda byly porušeny právní předpisy týkající se ochrany hospodářské soutěže, nelze tudíž ani konstatovat, zda v důsledku jejich porušení bylo postupováno v souladu s koncesním zákonem resp. zákonem o veřejných zakázkách, či nikoli.

V souvislosti s uvedenou problematikou Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 46/2007 ze dne 23. 5. 2008, v rámci něhož soud konstatoval, že porušení zákona o hospodářské soutěži nelze deklarovat v řízení, v němž je zkoumána zákonnost úkonů zadavatele, tedy jejich postup v souladu s jednotlivými ustanoveními zákona o veřejných zakázkách. Soud rovněž ve svém rozsudku uvedl, že pokud navrhovatel v rámci správního řízení předestřel Úřadu skutečnosti, které mohly být indiciemi, jež bylo třeba prověřit z pohledu možného porušení zákona o hospodářské soutěži, pak šlo toliko o návrh, který se podle § 21 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže považuje za podnět k šetření. V uvedených souvislostech soud konstatoval, že Úřadu nelze vytýkat, že se v řízení o přezkumu úkonů zadavatele podle zákona o veřejných zakázkách nezabýval tím, zda úkony zadavatele neporušují normu jiného právního předpisu, a sice zákona o ochraně hospodářské soutěže. Uvedený závěr lze podle názoru Úřadu aplikovat i v případě přezkumu postupu zadavatele prováděného podle koncesního zákona.

Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad zahájené správní řízení rozhodl o zamítnutí žádosti žadatele o uložení nápravného opatření, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí.

Podle § 24 odst. 3 koncesního zákona platí pro stanovení nákladů řízení příslušná ustanovení zákona o veřejných zakázkách. Součástí rozhodnutí Úřadu podle § 119 zákona o veřejných zakázkách je též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Protože Úřad rozhodl o zamítnutí žádosti žadatele, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí, nevznikla zadavateli povinnost náklady řízení hradit.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní 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 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Město Bruntál, Nádražní 20, 792 01 Bruntál

JUDr. Ing. Jan Vych, advokát, Rumunská 25, 120 00 Praha 2

Severomoravské vodovody a kanalizace Ostrava a. s., 28. října 169, 709 45 Ostrava

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce