



UOHSX003MX59

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R206/2010/VZ-9899/2011/310-ASc

V Brně dne 16. 6. 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 23.12.2010 (doručeného Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne) podaného vybraným uchazečem –

- **Institutem pro testování a certifikaci, a.s.**, IČ 47910381, se sídlem tř. T. Bati 299, 764 21 Zlín – Louky, za niž jedná Ing. Jiří Heš, předseda představenstva, právně zast. JUDr. Mariannou Svobodovou, advokátkou se sídlem AK Štěpánská 45, 110 00 Praha 1

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-14865/2010/540/PVé ze dne 6.12.2010, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **České republiky - Česká obchodní inspekce**, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2, jejímž jménem jedná RNDr. Jana Příhodová, ústřední ředitelka, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Pavlem Musilem, advokátem, se sídlem Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.5.2010 pod ev. č. 60045679 a v Úředním věstníku

Evropské unie dne 2.6.2010 pod ev. č. 2010/S 105-159685, kde dalším účastníkem řízení je návrhovátelem –

- **SGS Czech Republic, s.r.o.**, IČ 48589241, se sídlem K Hájkům 1233/2, 15500 Praha 5, za niž jedná Ing. Petr Láhner, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Bc. Jiřím Podpěrou, advokátem, se sídlem Spálená 14, 110 01 Praha 1,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-14865/2010/540/PVé ze dne 6.12.2010

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 12.8.2010 návrh na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem Českou republikou - Českou obchodní inspekcí, IČ 00020869, se sídlem Štěpánská 567/15, 120 00 Praha 2, jejímž jménem jedná RNDr. Jana Příhodová, ústřední ředitelka, ve správním řízení zast. na základě plné moci JUDr. Pavlem Musilem, advokátem, se sídlem Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), ve veřejné zakázce „Provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 31.5.2010 pod ev. č. 60045679 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 2.6.2010 pod ev. č. 2010/S 105-159685 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Ve lhůtě pro podání nabídek tj. do 28.7.2010, obdržel zadavatel 1 nabídku. Dne 29.7.2010 obdržel zadavatel námítky proti podmínkám zadání od společnosti Ústav paliv a maziv, a.s., IČ 25148672, se sídlem U trati 42, 108 00 Praha 10 (dále jen „ÚPM“), jejíž nástupnickou společností se stala na základě projektu přeměny vnitrostátní fúze sloučením dne 1.8.2010 společnost SGS Czech Republic, s.r.o., IČ 48589241, se sídlem K Hájům 1233/2, 15500 Praha 5, za niž jedná Ing. Petr Láhner, jednatel, ve správním řízení zast. na základě plné moci Mgr. Bc. Jiřím Podpěrou, advokátem, se sídlem Spálená 14, 110 01 Praha 1 (dále jen "navrhovatel"). Po přezkoumání oprávněnosti podaných námitek jim zadavatel nevyhověl, což společnosti ÚPM oznámil rozhodnutím ze dne 5.8.2010, které právní zástupce společnosti ÚPM obdržel dne 6.8.2010. Vzhledem k tomu, že navrhovatel, jakožto nástupnická společnost společnosti ÚPM, nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námítkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dopisem ze dne 12.8.2010 návrh na přezkoumání postupu zadavatele. Dne 25.10.2010 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče Institut pro testování a certifikaci, a.s., IČ 47910381, se sídlem tř. T. Bati 299, 764 21 Zlín – Louky, za niž jedná Ing. Jiří Heš, předseda představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. Úřad obdržel návrh dne 12.8.2010 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Jako účastníky správního řízení podle § 116 zákona označil Úřad zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-12145/2010/540/PVé ze dne 25.8.2010. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-12147/2010/540/PVé z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

### **Napadené rozhodnutí**

4. Dne 6.12.2010 vydal Úřad rozhodnutí, kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup dle § 6 zákona, když při vymezení místa plnění veřejné zakázky nedodržel zásadu diskriminace. Dále Úřad konstatoval porušení ze strany zadavatele, když nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Obě tato porušení mohla dle Úřadu podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil zadání veřejné zakázky a současně uložil zadavateli povinnost zaplatit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval podmínkou vymezení místa plnění veřejné zakázky. K tomu Úřad uvedl, že v daném případě je dle bodu 4. 1 zadávací dokumentace předmětem plnění provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot, vypracovávání a vystavování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv formou zkušebního protokolu a inspekční zprávy, doručování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv, zajišťování skladování vzorků paliv a jejich likvidace, zajištění zpětného oběhu vzorkovnic pro další použití (vymytí, vysušení a předání vzorkovnic). Takto specifikovaný předmět plnění nelze dle Úřadu považovat za službu, která musí být pro účely

plnění nezbytně spjata s územím České republiky, jelikož výstupy této služby (zprávy o provedených rozbořech), které jsou hlavním účelem požadovaného plnění, mohou být zadavateli poskytovány i z jiných zemí než je Česká republika. Dále Úřad konstatoval, že finanční náročnost dopravního zajištění svozu vzorků, kterou zadavatel argumentuje ve svém vyjádření a čímž potvrzuje skutečnost, že vymezení území se vztahovalo pro celý předmět plnění, nelze považovat za objektivní a oprávněný důvod pro omezení místa plnění, jelikož takováto úvaha zcela opomíjí skutečnost, že využití zahraničního dodavatele může být v mnoha případech méně finančně nákladné, co se týká dopravních nákladů, než zajištění plnění společnostmi, jejichž provozní zázemí se sice nachází na území České republiky, avšak v mnohem větší poměřované vzdálenosti. Finanční náklady spojené s realizací předmětné veřejné zakázky je zadavatel dle Úřadu oprávněn zohlednit v rámci hodnotících kritérií, avšak nikoliv při určování, resp. omezování místa plnění. K místní působnosti zadavatele Úřad konstatuje, že územní vymezení kompetencí zadavatele je pro definování místa plnění předmětu vykonávaného dodavatelem irelevantní, jelikož zadavateli je určena územní působnost ve vztahu ke sběru vzorků nikoliv však k provádění jejich laboratorních rozborů. Zadavatel ve výkonu svých pravomocí v této oblasti není omežován v tom, zda si v rámci svých potřeb uzavře pro sjednané účely kontrakt se společnostmi, jejichž provozní kapacity se nacházejí na území České republiky či mimo něj.

6. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatoval, že se zadavatel tím, že pro účely zadávacího řízení stanovil jako místo plnění území České republiky, dopustil diskriminačního jednání vůči potenciálním dodavatelům schopným realizovat předmět veřejné zakázky, jejichž provozní zázemí se nenachází na tomto území, čímž došlo k porušení jedné ze zásad ust. § 6 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť zadavatel svým postupem omezil okruh možných dodavatelů.
7. Dále se Úřad zabýval otázkou možnosti navýšení nabídkové ceny a vymezením předmětu veřejné zakázky. K tomu uvedl následující. V bodu 9. 2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že nabídková cena musí být v nabídce stanovena jako nejvýše přípustná částka za plnění veřejné zakázky a že nepřipouští žádné podmínky, za nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH. V článku 2. 1 návrhu smlouvy zadavatel uvedl, že cena je stanovena jako nejvýše přípustná a lze ji překročit pouze v případě, že dojde v průběhu plnění zakázky na základě příslušných daňových předpisů ke změně výše sazby z přidané hodnoty, nebo v případě, kdy písemnou dohodou smluvních stran budou jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny. V bodu 4. 1 zadávací dokumentace zadavatel vymezil, že předmětem plnění veřejné zakázky je provádění laboratorních zkoušek a rozborů vzorků pohonných hmot, vypracovávání a vystavování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv formou zkušebního protokolu a inspekční zprávy, doručování zpráv o výsledcích provedených rozborů paliv, zajišťování skladování vzorků paliv a jejich likvidace, zajištění zpětného oběhu vzorkovnic pro další použití (vymytí, vysušení a předání vzorkovnic). V článku 3. 6 návrhu smlouvy je uvedeno, že se smluvní strany dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic objednatele se vykonavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb ve smyslu této smlouvy přejímkou a sovu vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu.

8. V daném případě zadavatel ve vztahu k nabídkové ceně uvedl v zadávací dokumentaci jednak informaci, že nabídková cena musí být v nabídce stanovena jako nejvýše přípustná a že nepřipouští žádné podmínky, za nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH. Současně v návrhu smlouvy uvedl, že lze nabídkovou cenu překročit pouze v případě, že dojde v průběhu plnění zakázky na základě příslušných daňových předpisů ke změně výše sazby z přidané hodnoty, nebo v případě, kdy písemnou dohodou smluvních stran budou jednotlivé ceny uvedené v cenové nabídce upraveny. Takto uvedené zadávací podmínky jsou dle Úřadu ve zjevném rozporu, jelikož zadavatel v jedné části zadávací dokumentace nepřipouští změnu nabídkové ceny, avšak současně v jiné její části umožňuje za určitých podmínek změnu nabídkové ceny. S ohledem na tuto skutečnost Úřad konstatoval, že takovýto postup zadavatele je nutné označit za netransparentní, jelikož z předložených podkladů vyplývá, že zadavatel poskytl případným uchazečům nejasné informace ve vztahu k nabídkové ceně, přičemž výše nabídkové ceny se může odvíjet právě od možnosti jejích následných změn. Zadávací dokumentace tedy dle Úřadu nebyla zpracována v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky.
  
9. Ve vztahu k samotnému vymezení předmětu veřejné zakázky Úřad uvedl, že i v tomto případě zadavatel neuvedl jednoznačné informace, jelikož v návrhu smlouvy je uvedeno, že se smluvní strany dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic objednatele se vykonavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb ve smyslu této smlouvy přejímku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu, přičemž ve vymezení předmětu veřejné zakázky v bodu 4. 1 zadávací dokumentace takovéto plnění uvedeno není. Přestože zadavatel argumentuje tím, že před zahájením zadávacího řízení nebyl schopen uvést, zda toto plnění bude ze strany vybraného uchazeče požadováno, nelze akceptovat způsob, jakým zadavatel tuto skutečnost řešil. Z čl. 3. 6 návrhu smlouvy dle Úřadu vyplývá závazek vybraného uchazeče v případě požadavku zadavatele toto plnění zajistit, a proto nelze připustit výklad zadavatele, že neočekávaně vzniklé požadavky na toto plnění bude řešeno standardními způsoby (např. v jednacím řízení bez uveřejnění), jelikož z návrhu smlouvy vyplývá, že se vybraný uchazeč automaticky zavazuje k realizaci tohoto plnění v předem neurčeném rozsahu a za předem neurčených cenových podmínek. Takovýto postup zadavatele dle Úřadu opět vytváří nepřezkoumatelné prostředí, kdy část předmětu veřejné zakázky není ve vztahu k určení nabídkové ceny zohledněna, a vzniká tak prostor pro následné netransparentní jednání zadavatele v průběhu realizace veřejné zakázky. V tomto ohledu neakceptoval Úřad ani argumentaci, že takovýto postup zadavatele nelze a priori označit za učiněný v rozporu se zákonem pokud k takovému netransparentnímu jednání následně nedojde. K této námitce Úřad uvádí, že zadavatel je povinen uchazečům podat informace nezbytné pro zpracování nabídky, přičemž skutečnost, že akceptace návrhu smlouvy je v případě uzavření smlouvy zavazuje k plnění, které nebylo v předmětu plnění vymezeno, tento požadavek nenaplnuje a může vést k tomu, že potenciální dodavatelé z tohoto důvodu nabídku nepodají, což se stalo i v tomto případě. Současně Úřad dodává, že nejednoznačně vymezené zadávací podmínky mohou vést k podání neporovnatelných nabídek a i z tohoto důvodu je nutné takovýto postup zadavatele pojímat jako nepřípustný.

## II. Námitky rozkladu

10. Dne 23. 12. 2010 obdržel Úřad od vybraného uchazeče rozklad, v němž uvádí následující. Dle názoru vybraného uchazeče je posouzení daného případu ze strany Úřadu věcně nesprávné. Ve vztahu k porušení § 6 zákona při vymezení místa plnění konstatuje, že ze zadávací dokumentace je zřejmé, že dodavatel má povinnost zajistit na území České republiky převzetí vzorků pohonných hmot za účelem provádění laboratorních zkoušek, když článek v odstavci 5 spojuje místo plnění výslovně s příjmem vzorků paliv. Z uvedeného jednoznačně vyplývá, že vymezení místa na území České republiky je odůvodněno předmětem plnění veřejné zakázky. Zadavatel navíc vykonává svou územní působnost na území České republiky. Vybraný uchazeč taktéž poukazuje na to, že zadavatel ani jinak v zadávacích podmínkách neomezil účast zahraničních dodavatelů například tím, že by uvedl požadavek na výlučně české dodavatele. Pro následné provedení rozborů vzorků pohonných hmot a zpracování zkušebních protokolů a inspekčních zpráv je stanovena toliko povinnost provést tyto ve stanovených lhůtách. Zadavatel žádným způsobem nestanovil, v jakém konkrétním místě musí být provedeny laboratorní zkoušky a rozborů vzorků pohonných hmot. Zadávací podmínky tedy v žádném případě nevyklučují, aby samotné laboratorní zkoušky byly provedeny mimo území České republiky, za předpokladu, že bude dodavatel schopen zajistit řádné splnění termínů pro provedení laboratorních zkoušek a rozborů vzorků a pro předání informací o výsledcích laboratorních zkoušek a rozborů zadavateli. Nelze tedy souhlasit se závěrem Úřadu, že se zadavatel v této věci dopustil diskriminačního postupu.
11. Vybraný uchazeč dále uvádí, že rozhodnutí je nesprávné, pakliže v něm Úřad shledal postup zadavatele spočívající ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 44 odst. 1 zákona. K tomuto konstatuje, že způsob, jímž zadavatel specifikoval výši nabídkové ceny je dostatečně určitý, když ze zadávacích podmínek je zřejmé, že nabídková cena uvedená v nabídce je považována za cenu nejvýše přípustnou. Způsob případné úpravy (změny) výše nabídkové ceny je stanoven do budoucna, a to pouze hypoteticky. Ze zadávacích podmínek v žádném případě nevyplývá, že k takovéto úpravě výše nabídkové ceny v průběhu realizace veřejné zakázky skutečně dojde. Nelze tedy souhlasit s tvrzením Úřadu, že zadavatel vytvořil prostředí pro různé výkladové možnosti zadávacích podmínek a tím pro předložení vzájemně neporovnatelných nabídek, neboť někteří dodavatelé by nabídkovou cenu mohli nastavit s ohledem na možnost změny nabídkové ceny a někteří naopak. Vzhledem ke skutečnosti, že případná úprava (změna) nabídkové ceny byla zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovena pouze jako možnost, nemohli dodavatelé při podání nabídek na případnou změnu nabídkové ceny objektivně spoléhat. Je tedy nepochybné, že informace poskytnuté ve vztahu k výši nabídkové ceny jsou dostatečně jednoznačné. Ke způsobu stanovení postupu případné změny v již uzavřené smlouvě vybraný uchazeč dále uvádí, že smluvní strany nejsou povinny si takovouto úpravu sjednat. Ze skutečnosti, že zadavatel v zadávacích podmínkách tedy předem upozornil na potenciální možnost případných změn ve smlouvě, nelze dovozovat, že takováto informace by byla způsobila vytvořit různé výkladové možnosti stanovení výše nabídkové ceny.
12. Vybraný uchazeč dále konstatuje, že Úřad ve svém rozhodnutí shledal zadávací podmínky nejednoznačné i z důvodu, že zadavatel v návrhu smlouvy uvedl, že se smluvní strany

dohodly, že v případě požadavku a dle dispozic zadavatele se dodavatel zavazuje zajistit jako jednu ze služeb přejímku a svoz vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci podle předem písemně sjednaného harmonogramu, přičemž ve vymezení předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci toto plnění uvedeno není. V této souvislosti vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že zadavatel poskytl k zadávací dokumentaci v souladu s ustanovením § 49 zákona dodatečné informace ze dne 13.7.2010, v rámci nichž jasně vysvětlil, že svoz vzorků a jejich doprava není součástí předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel dále výslovně zdůraznil, že se jedná pouze o službu fakultativní, na které se strany mohou dohodnout, ale která není obligatorní součástí plnění dodavatele v rámci veřejné zakázky.

13. Vybraný uchazeč proto s ohledem na výše uvedené nesouhlasí se závěry Úřadu, že zadavatel vytvořil nepřekoumatelné prostředí, kdy část předmětu veřejné zakázky není ve vztahu k určení nabídkové ceny zohledněna. Plnění spočívající v zajištění přejímky a svozu vzorků vlastními dopravními prostředky a svými odborně způsobilými zaměstnanci není dle zadávacích podmínek předmětem plnění veřejné zakázky, což jednoznačně vyplývá i z dodatečné informace poskytnuté zadavatelem. Současně však vybraný uchazeč konstatuje, že potenciální závazek uvedený v článku 3 odst. 6 Smlouvy o kontrolní činnosti je pouze úpravou případného dodatečného plnění, které má sice k předmětu plnění veřejné zakázky vztah, a proto je zcela legitimní, že má zadavatel zájem na tom, aby takovéto plnění bylo poskytováno dodavatelem shodným s dodavatelem veřejné zakázky, nicméně se jedná o plnění, jež je odlišného charakteru od předmětu plnění veřejné zakázky. Závazek takovéhoto plnění je opět stanoven pouze do budoucna, přičemž není jisté, že k jeho realizaci někdy v budoucnu skutečně dojde.
14. Vybraný uchazeč se dále neztotožňuje s odůvodněním Úřadu ve vztahu k legitimaci navrhovatele k podání návrhu, když Úřad tvrdí, že navrhovatel prokázal aktivní legitimaci k podání návrhu, neboť splnil veškeré zákonné požadavky. Vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že v souladu s ustanovením § 110 odst. 7 zákona je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci, přičemž dle jeho názoru navrhovatel resp. jeho právní předchůdce nepodal námitky proti zadávací dokumentaci řádně, když neprokázal, že má nebo měl zájem na získání této veřejné zakázky v souladu s ustanovením § 110 odst. 1 zákona a dále v námitkách nespecifikoval, jaká újma mu v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo vznikla. Vybraný uchazeč dále uvádí, že právní předchůdce navrhovatele neprokázal zájem na získání veřejné zakázky, neboť nepodal nabídku do zadávacího řízení, a tudíž nelze dovozovat, že mu nastavením zadávacích podmínek hrozila či vznikla újma a pouhé převzetí zadávací dokumentace dle jeho názoru není objektivním důkazem, že navrhovatel resp. jeho právní předchůdce měl zájem na získání předmětné veřejné zakázky.

### **Závěr rozkladu**

15. Vybraný uchazeč s ohledem na výše uvedené důvody navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

### **III. Řízení o rozkladu**

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

16. Dne 3.1.2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podanému rozkladu, v němž uvádí, že doposud nebylo vyřešeno, zda má být vybraný uchazeč účastníkem řízení. V případě, že by bylo uznáno, že vybraný uchazeč nemá být účastníkem řízení, považuje zadavatel podaný rozklad za neoprávněný. V opačném případě zadavatel konstatuje, že považuje za vhodné ponechat rozhodnutí na Úřadu s tím, že má zájem na efektivním a úsporném vynakládání prostředků ze svého rozpočtu a proto nehodlá jakýmkoliv způsobem zasahovat do úvah Úřadu.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu**

17. Dne 3.1.2011 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, v němž konstatuje, že zadávací dokumentace i návrh smlouvy místo plnění vztahuje na celý předmět plnění, což dokládá i vyjádření zadavatele ve správním řízení, v němž je uvedeno, že v případě místa plnění odlišného od ČR by zadavateli vznikaly neúměrné náklady související s přepravou vzorků mimo území ČR. Z uvedeného tedy podle navrhovatele vyplývá, že úmyslem zadavatele bylo omezit plnění veřejné zakázky výhradně na území ČR, což znamená nepřípustné omezení okruhu potenciálních dodavatelů. K nejasně vymezeným zadávacím podmínkám navrhovatel podává obdobnou argumentaci jako ve svém návrhu a ztotožňuje se se závěry Úřadu uvedenými v předmětném rozhodnutí. Ve vztahu k jeho aktivní legitimaci při podání návrhu konstatuje, že podání nabídky není nezbytnou podmínkou pro podání námitek v zadávacím řízení, jelikož pak by byly znemožněny námítky v průběhu zadávacího řízení před podáním nabídek, což zcela odporuje účelu zákona. S ohledem na výše uvedené požaduje, aby Úřad podaný rozklad zamítl.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

18. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
19. Po projednání rozkladu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
20. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S303/2010/VZ-14865/2010/540/PVé ze dne 6. 12. 2010 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 6 a § 44 odst. 1 zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.



#### IV. K námitkám rozkladu

21. Předně mám za nutné konstatovat, že jsem se ztotožnil nejen s výrokovou částí napadeného rozhodnutí, ale i s jeho odůvodněním. V první řadě mám za to vypořádat se s námitkou vztahující se k podmínce místa plnění. Z obsahu spisu jsem zjistil, že zadavatel v průběhu vedeného řízení konstatoval, že pokud by místo plnění bylo odlišné od území České republiky, vznikaly by mu neodůvodněné a neúměrné náklady související s přepravou vzorků k provedení analýzy do jiného státu. Tato argumentace potvrzuje závěry Úřadu, že omezení se mělo vztahovat na místo provádění analýz, a tudíž se vztahovalo na předmět veřejné zakázky. S ohledem na toto vysvětlení provedené zadavatelem v průběhu správního řízení před vydáním předmětného rozhodnutí se jeví být odůvodnění postupu zadavatele popsané v podaném rozkladu jako účelové a ve vzájemném rozporu. Nelze souhlasit s námitkou zadavatele, že žádným způsobem nevyloučil, aby samotné laboratorní zkoušky byly provedeny mimo území České republiky. Z bodu 4.2 zadávací dokumentace plyne, že místem plnění je území České republiky. V souvislosti s vymezením předmětu plnění tak, jak je uvedeno v bodu 4.1 zadávací dokumentace je nezpochybnitelné, že tato podmínka se váže k provedení laboratorních rozborů. Z hlediska obsahu předmětu plnění veřejné zakázky se ztotožňuji s Úřadem v tom, že takto nastavená podmínka není ve vztahu k vymezenému předmětu plnění odůvodněná, přičemž s sebou nese znaky diskriminačního jednání.
22. Porušení zásady zákazu diskriminace nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou, kdy zadavatel postupuje jinak vůči jednotlivci než vůči celku, nýbrž také na diskriminaci skrytou, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná podmínka je zjevně nepřiměřená ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky, přičemž je zřejmé, že ji mohou splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Za kumulativního splnění právě uvedených podmínek lze kvalifikovat zadavatelův postup jako diskriminační, odporující zásadám uvedeným v § 6 zákona, neboť někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnu účast v zadávacím řízení, byť by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní. V daném případě mohli předmět veřejné zakázky splnit i dodavatelé mimo území České republiky, přičemž stanovený požadavek je mohl vést k tomu, že z tohoto důvodu svoji nabídku nepodali. Tímto postupem mohl být okruh uchazečů o veřejnou zakázku omezen, což nelze klasifikovat jinak, než potenciální omezení okruhu uchazečů z důvodu diskriminačně nastavených zadávacích podmínek. K námitce vybraného uchazeče, že odůvodněnost požadavku plyne z toho, že zadavatel vykovává svou územní působnost na území České republiky, uvádím, že tato argumentace nemůže obstát, neboť územní působnost se vztahuje ke sběru vzorků, nikoliv k provádění jejich laboratorních rozborů.
23. K námitkám vztahujícím se k vymezení předmětu plnění vzhledem k možnosti navýšení nabídkové ceny uvádím následující. Po posouzení obsahu zadávací dokumentace ve vztahu k návrhu smlouvy, z níž Úřad při svém šetření vycházel, jsem dospěl ke shodnému názoru, tj., že obsah zadávacích podmínek konkrétně čl. 9.2, je v přímém rozporu s obsahem návrhu smlouvy (konkrétně článku 2.1), který byl Úřadu v rámci zadávací dokumentace předložen.

Z obsahu zadávací dokumentace vyplývá, že při stanovení nabídkové ceny nejsou přípustné žádné podmínky, z nichž by mohlo dojít k překročení nabídkové ceny bez DPH, přičemž návrh smlouvy takovéto podmínky připouští. V daném případě návrh smlouvy připouští možnost překročení nabídkové ceny z důvodu změny legislativy, nebo z důvodu písemné dohody smluvních stran. Ztotožňuji se s Úřadem v tom, že takto nastavené zadávací podmínky jsou ve vzájemných souvislostech netransparentní a nejednoznačné, přičemž na tomto mém tvrzení nic nemění ani argumentace vybraného uchazeče, že v případě návrhu smlouvy se jednalo pouze o hypotetickou možnost. S ohledem na tuto argumentaci je možné považovat každou stanovenou podmínku směřující svým obsahem pro futuro za hypotetickou. To však nic nemění na tom, že i tato podmínka má vliv na vytváření nabídek jednotlivých uchazečů, kteří své nabídky stanoveným podmínkám přizpůsobují. Pokud zadávací dokumentace, která je nejvýznamnějším dokumentem, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, vykazuje znaky nejednoznačnosti a netransparentnosti, není možné než konstatovat, že takto nastavené podmínky nesplňují požadavky stanovené v § 44 odst. 1 zákona, tak jak tomu bylo učiněno v rámci napadeného rozhodnutí.

24. Další námitka vybraného uchazeče směřuje k požadavku zadavatele na zajištění přejímky a svozu vzorků vlastními dopravními prostředky dodavatelů. Ani v rámci tohoto shledaného porušení nelze přistoupit na argumentaci vybraného uchazeče, že se jednalo pouze o jakýsi závazek pro futuro. Z obsahu návrhu smlouvy explicitně vyplývá závazek vybraného uchazeče plnění zajistit. V rámci argumentace uplatněné k této námitce vybraný uchazeč poukazuje na skutečnost, že zadavatel poskytl k zadávací dokumentaci dodatečné informace v souladu s § 49 zákona, v rámci nichž tuto podmínku upřesnil. V první řadě konstatuji, že stejně jako i ve shora uvedeném případě se ztotožňuji s Úřadem v tom, že z hlediska stanovené podmínky došlo k nejednoznačně vymezené podmínce, která byla odlišně upravena v návrhu smlouvy a v obsahu zadávací dokumentace (konkrétně čl. 4.1). Tuto skutečnost však vybraný uchazeč nerozporuje, když tvrdí, že ke zhojení této vady došlo na základě dodatečných informací poskytnutých zadavatelem. S tímto tvrzením se neztotožňuji, neboť dodatečnými informacemi, které byly zadavatelem poskytnuty, nebyl upraven návrh smlouvy, ve kterém se měl vybraný uchazeč zavázat k poskytnutí právě tohoto plnění. Z toho důvodu nemohlo dojít ke zhojení vady, která byla ze strany zadavatele způsobena již na samotném počátku zadávacího řízení. Tato skutečnost tak nevyvrací konstatované rozhodnutí Úřadu, že zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl údaje vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a možnost potenciálního omezení uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku na základě takto nejasně stanovených zadávacích podmínek.
25. K otázce aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu uvádím, že podání nabídky není taxativní podmínkou nutnou pro prokázání zájmu o účast v zadávacím řízení, resp. pro podání námitek v zadávacím řízení. Z tohoto důvodu nemohu argumentaci vybraného uchazeče v této věci přijmout jako přípustnou. S ohledem na postup navrhovatele jednak v předcházejícím zadávacím řízení a také v návaznosti na vyzvednutí zadávací dokumentace k předmětné zakázce považuji jeho zájem o účast v předmětném zadávacím řízení za prokázaný. Z toho důvodu je i tato námitka bezpředmětná.

**V. Závěr**

26. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem zjistil, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
27. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

**POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

JUDr. Pavel Musil, advokát, KMVS, advokátní kancelář s.r.o., Hellichova 458/1, 118 00 Praha 1

Mgr. Bc. Jiří Podpěra, advokát, Spálená 14, 110 01 Praha 1

JUDr. Marianna Svobodová, advokátka, sídlo AK Štěpánská 45, 110 00 Praha 1

**Vypraveno dne:**

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