



UOHSX0085CLW

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R284/2015/VZ-27553/2016/321/EDy

Brno 1. července 2016

V řízení o rozkladu ze dne 26. 8. 2015, doručeném téhož dne Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže navrhovatelem –

- **Ensto Czech, s.r.o.**, IČO 25770268, se sídlem Komerční zóna Čestlice, Obchodní 107, 251 01 Praha-východ, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 11. 6. 2015 Mgr. Zdeňkem Beránkem, advokátem, ev. č. ČAK 11170, se sídlem Karlovo náměstí 24, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0355/2015/VZ-22653/2015/533/LMa ze dne 11. 8. 2015 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **ČEZ Distribuce, a.s.**, IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín – Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 6. 2015 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha – Staré Město,

při zadávání části 10: „**Dodávky spojek přechodových vn (technologie smrštění za tepla)**“ veřejné zakázky s názvem „DODÁVKY KABELOVÝCH SOUBORŮ VN A NN“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 10. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 10. 2014 pod ev. č. 400897 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 11. 2014 pod ev. č. 2014/S 213-378014,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů a na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0355/2015/VZ-22653/2015/533/LMa ze dne 11. 8. 2015

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 vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 12. 6. 2015 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, návrh navrhovatele – společnosti Ensto Czech, s.r.o., IČO 25770268, se sídlem Komerční zóna Čestlice, Obchodní 107, 251 01 Praha-východ, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 11. 6. 2015 Mgr. Zdeňkem Beránkem, advokátem, ev. č. ČAK 11170, se sídlem Karlovo náměstí 24, 110 00 Praha 1 (dále jen „**navrhovatel**“) – na přezkoumání úkonů (dále jen „**návrh**“) zadavatele – ČEZ Distribuce, a.s., IČO 24729035, se sídlem Teplická 874/8, 405 02 Děčín – Děčín IV-Podmokly, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 24. 6. 2015 Advokátní kanceláří Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., IČO 24225029, se sídlem Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha – Staré Město, při zadávání části 10: „Dodávky spojek přechodových vn (technologie smrštění za tepla)“ veřejné zakázky s názvem „DODÁVKY KABELOVÝCH SOUBORŮ VN A NN“ zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 10. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 31. 10. 2014 pod ev. č. 400897 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 11. 2014 pod ev. č. 2014/S 213-378014 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Zadávací řízení je přehledným způsobem uvedeno v bodech 1 až 8 odůvodnění napadeného rozhodnutí, na které tímto pro stručnost odkazují. A na tomto místě pouze shrnuji, že předmětem plnění části 10 veřejné zakázky jsou dle přílohy B oznámení o zakázce „*Dodávky spojek přechodových vn (technologie smrštění za tepla).*“ Základním hodnotícím kritériem pro zadání veřejné zakázky byla dle bodu IV.2.1) oznámení o zakázce nejnižší nabídková cena. V oznámení o zakázce bylo v bodu VI.3) stanoveno, že veřejná zakázka bude zadávaná v jednacím řízení bez uveřejnění probíhajícím ve dvou fázích. V první budou zájemci podávat žádost o účast v zadávacím řízení a následně ve druhé fázi budou zájemci, kteří splní kvalifikační předpoklady, vyzváni k podání nabídek na předmětnou veřejnou zakázku.

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

3. Ve smyslu § 29 odst. 2 zákona si zadavatel v bodu 7.1 písm. e) kvalifikační dokumentace vyhradil právo omezit počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním, a to i mj. v části 10 veřejné zakázky na počet čtyři. Přitom výběr zájemců měl provést podle míry naplnění technického kvalifikačního předpokladu dle 12.1 kvalifikační dokumentace – zájemce „*prokáže, že v posledních 3 obecných (nikoliv kalendářních) letech zpětně, ode dne uplynutí lhůty pro podání Žádosti o účast, realizoval pro jiný subjekt než je on sám, významnou dodávku obdobného rozsahu do zemí EU*“, tj. pro část 10 veřejné zakázky dodávky minimálně 300 ks spojek přechodových vn (technologie smrštění za tepla), jak je blíže rozvedeno v bodu 12.1 písm. j) kvalifikační dokumentace. Nejlépe hodnocen měl být ten zájemce, který prokáže nejvyšší počet takových dodávek, a to nad uvedený minimální počet.
4. Z protokolů o otevírání obálek a protokolu o hodnocení kvalifikace vše ze dne 18. 12. 2014 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky celkem 6 žádostí, přičemž splnění kvalifikace prokázalo všech 6 zájemců. Po provedeném posouzení byly žádosti seřazeny do pořadí podle v bodě 12.1 písm. j) kvalifikační dokumentace avizované míry naplnění technického kvalifikačního předpokladu. Načež zadavatel vyloučil z účasti na veřejné zakázce mj. navrhovatele, neboť po provedení výběru na základě § 66 zákona ze zájemců, kteří splnili kvalifikaci, se navrhovatel umístil až za zájemci, kteří naplnili lépe objektivní kritéria pro výběr počtu zájemců.
5. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení ze dne 30. 4. 2015, které navrhovatel obdržel dne 6. 5. 2015, podal dne 21. 5. 2015 navrhovatel námitky. Zadavatel podaným námitkám nevyhověl rozhodnutím ze dne 29. 5. 2015, které navrhovatel obdržel dne 2. 6. 2015.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dne 12. 6. 2015 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Navrhovatel požadoval uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona v podobě zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a uložení zadavateli provést nové zadání veřejné zakázky, a to minimálně v části 10 veřejné zakázky. Součástí návrhu byl i návrh na vydání předběžného opatření dle § 117 odst. 1 zákona, jímž se domáhal pozastavení zadávacího řízení minimálně pro část 10 veřejné zakázky nebo uložení zákazu uzavřít smlouvu o dílo na realizaci veřejné zakázky minimálně pro část 10 veřejné zakázky.
7. Úřad obdržel návrh téhož dne. Tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
8. Dne 3. 7. 2015 Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0355/2015/VZ-16701/2015/533/LMa zamítl navrhovatelův návrh na vydání předběžného opatření.

II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 11. 8. 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0355/2015/VZ-22653/2015/533/LMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), které bylo zadavateli doručeno téhož dne. Napadeným rozhodnutím Úřad zamítl návrh navrhovatele ve smyslu § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dospěl k závěru, že zadavatelem stanovené objektivní kritérium pro omezení počtu uchazečů není v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a bylo stanoveno v souladu se zohledněním povahy, rozsahu a složitosti předmětu veřejné zakázky. Zadavatel zajistil dostatečnou soutěž mezi dodavateli, když žádost o účast podalo 6 zájemců a všichni splnili požadavky na technické kvalifikační předpoklady. Možnost prokázat splnění kvalifikace prostřednictvím subdodavatele je přitom v souladu s § 51 odst. 4 zákona.

III. Rozklad podaný navrhovatelem

11. Dne 31. 8. 2015 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl téhož dne doručen Úřadu. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
12. Navrhovatel úvodem svého rozkladu konstatuje, že *„patří do skupiny Ensto, která je předním evropským výrobcem kabelových souborů a zastupuje veškerou produkci skupiny Ensto pro elektrické rozvody se specializací na izolovanou technologii venkovních vedení. V České republice patří navrhovateli třetí místo na trhu, první místo na trhu patří společnosti TE Connectivity.“*
13. Dále popisuje skutečnosti předcházející vydání napadeného rozhodnutí a následně se věnuje odůvodnění podaného rozkladu. V něm navrhovatel nesouhlasí se závěry Úřadu a namítá, že počet referenčních zakázek nepředstavuje objektivní kritérium ve smyslu § 66 zákona. Nastavené kritérium zcela postrádá vazbu na reálné plnění (zkušenosti zájemce) a vypovídá pouze o schopnosti zájemců získat od společnosti s výsadním postavením na trhu požadovaný dokument s referenčními zakázkami.
14. Je přesvědčen, že omezením počtu zájemců došlo k narušení hospodářské soutěže a tím k popření účelu zákona. Dle navrhovatele zadavatel nerespektoval zásadu přiměřenosti a efektivního vynakládání veřejných prostředků, neboť v nabídkovém kole budou soutěženy pouze výrobky jediného subdodavatele – společnosti TE Connectivity Solutions GmbH, Amperstrasse 3, 9323 Steinach, Switzerland (dále jen „**TE Connectivity**“), což se projeví na cenách a potlačení soutěže. Je toho názoru, že v zadávacím řízení neexistoval důvod, pro který měl zadavatel omezovat počet účastníků a neexistovaly ani žádné nepřiměřené náklady spojené s nabídkami od zájemců.
15. Namítá, že v zadávacím řízení došlo ke skryté diskriminaci uchazečů, kteří nepředložili reference subdodavatele TE Connectivity. Tento subdodavatel se dle navrhovatele účastnil zadávacího řízení nepřímo prostřednictvím svých distribučních, resp. montážních společností, kterým poskytl reference. Tím došlo k vyloučení ostatních zájemců o část 10 veřejné zakázky, neboť Ti nemohli počtem svých referencí společnosti TE Connectivity jakožto „hlavnímu“ hráči na trhu konkurovat. O propojení postupujících zájemců svědčí i skutečnost, že si sami mezi sebou část svých referencí sdílí. Za spekulativní považuje navrhovatel závěry Úřadu, že vybraní uchazeči nemusí pro nabídku zvolit výrobky TE Connectivity, neboť s uvedeným výrobcem mají určité obchodní vztahy. Přijetí závěrů Úřadu by znamenalo, že zakázku by mohl vyhrát pouze takový dodavatel, který je schopen obstarat si reference od „jedničky na trhu“. Tímto způsobem by tak bylo možné do budoucna zcela zakonzervovat trh.

16. Ačkoli dle navrhovatele zadavatel možná formálně dodržel postup dle zákona, došlo v posuzovaném případě k potlačení smyslu a účelu veřejného zadávání.

Závěr rozkladu

17. Z uvedených důvodů navrhovatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí změnit tak, že zruší rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a uloží zadavateli provést nové zadání veřejné zakázky.

IV. Vyjádření zadavatele

18. Podáním ze dne 7. 9. 2015 se k námitkám rozkladu vyjádřil zadavatel, který se ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí. Dodal, že nesouhlasí s účelovou a opakující se argumentací navrhovatele, a poukázal na nepřipustnost námítky, že počet referenčních zakázek nepředstavuje objektivní kritérium ve smyslu § 66 odst. 1 písm. a) zákona pro její opožděnost. Zdůraznil, že navrhovatel od samého vyhlášení veřejné zakázky věděl, že zadavatel bude omezovat počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním i na základě jakého objektivního kritéria, proto mu jako subjektu patřícího do skupiny předního evropského výrobce kabelových souborů (jak sám uvádí) ničeho nebránilo doložit větší počet referencí. Stejně tak jako jiní zájemci měl možnost prokázat splnění kvalifikace sám, prostřednictvím subdodavatele nebo ve sdružení s dalšími dodavateli. Pokud následně zadavatel na základě předem stanovených kritérií vyloučil ze zadávacího řízení zájemce, kteří sice splnili kvalifikační předpoklady, nicméně v řízení podali žádost o účast zájemci, kteří požadavkům zadavatele vyhovovali lépe, nelze takový postup považovat za jakkoli diskriminační. Sama konstrukce jednacího řízení s uveřejněním předpokládá, že ne všem zájemcům, kteří prokázali splnění kvalifikace, bude umožněno podat v zadávacím řízení nabídku.
19. Zadavatel je přesvědčen o správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí a navrhuje, aby bylo potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

V. Řízení o rozkladu

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

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když návrh navrhovatele na uložení nápravného opatření zamítl. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem

se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu

Obecně k omezení počtu zájemců a účelu zákona

23. Jak již Úřad v úvodu posouzení věci dovodil, institut omezení počtu zájemců v jednacím řízení s uveřejněním je zákonnou možností sektorového zadavatele jak omezit počet zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky. Jinými slovy řečeno, zadavatel, jakožto sektorový zadavatel (jak bylo dovozeno Úřadem v bodech 47 až 55 odůvodnění napadeného rozhodnutí), je oprávněn provést, a to ještě před vlastním podáváním nabídek, určitou selekci mezi jinak vhodnými (kvalifikovanými) zájemci o veřejnou zakázku, a to za splnění zákonem stanovených podmínek. Tedy zejména za předpokladu, že při tomto procesu uplatní pro všechny zájemce jednotná a dopředu uveřejněná přiměřená kritéria. S ohledem na uvedené nelze tedy v obecné rovině pohlížet na omezení počtu zájemců jako na institut odporující smyslu a účelu zákona. Otázkou tedy zůstává samotné posouzení zákonnosti nastavení objektivních kritérií, proti čemuž brojí navrhovatel a jímž se budu dále zabývat.

K prokazování kvalifikace subdodavatelem

24. Vzhledem k tomu, že vznesené námitky navrhovatele souvisí s prokazováním kvalifikace prostřednictvím subdodavatele, pak před tím, než přistoupím k samotnému posouzení objektivních kritérií, se budu nejprve zabývat touto otázkou. Prokázání kvalifikace prostřednictvím jiných osob bez ohledu na právní povahu vzájemných vztahů mezi dodavatelem a touto osobou výslovně připouští jak unijní, tak česká právní úprava. Zákon v § 64 odst. 5 (a zadavatel v kvalifikační dokumentaci v bodu 9.2) výslovně umožňuje prokázat chybějící část kvalifikace prostřednictvím subdodavatele (s výjimkou základních kvalifikačních předpokladů a výpisu z obchodního rejstříku). Tato možnost je v souladu s evropskými zadávacími směrnici (čl. 53 odst. 5 směrnice 2004/17/ES, jejíž působnost se vztahuje na sektorové zadávání u nadlimitních veřejných zakázek a čl. 48 odst. 3 směrnice č. 2004/18/ES obecně pro nadlimitní veřejné zakázky) a vyplývá rovněž z judikatury Soudního dvora Evropské unie (např. rozsudek C-389/92 Ballast Nedam Groep NV proti Belgii, či C-176/98 Holst Italia SpA proti Comune Cagliari). Uvedené ustanovení zároveň nestanoví žádné omezující limity pro využití této možnosti s výjimkou povinnosti předložení smlouvy, která bude obsahovat závazek v tom směru, že subdodavatel se zaváže poskytovat dodavateli předmětné plnění či mu poskytne určité věci nebo práva k plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázal splnění kvalifikace. Nelze tedy v postupu zájemců, kteří této možnosti využili, a ani zadavatele, který umožnil prokazování kvalifikace subdodavatelem, spatřovat porušení zákona.
25. Jelikož zákon prokazování kvalifikačních kritérií subdodavatelem umožňuje, nelze takové stanovení kvalifikačních kritérií zadavatelem označit jako jednání, které je v rozporu se zákonem, ledaže by takto stanovená kritéria pro omezení počtu zájemců v užším řízení neodpovídala podmínkám stanoveným v § 66 odst. 2 zákona, ani to Úřad v napadeném rozhodnutí neshledal. Nedodržení těchto podmínek přitom navrhovatel namítá opětovně ve svém rozkladu, proto nyní přistoupím k jejich posouzení.

K naplnění podmínek § 66 odst. 2 písm. a) zákona

26. Navrhovatel předně namítá, že „počet referenčních zakázek“ nepředstavuje objektivní kritérium, neboť zcela postrádá vazbu na reálné plnění a vypovídá pouze o schopnosti zájemců získat od společnosti s výsadním postavením na trhu požadovaný dokument s referenčními zakázkami. Jinými slovy řečeno rozporuje, že objektivní kritérium není přiměřené povaze, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 66 odst. 2 písm. a) zákona. K tomu zadavatel upozorňuje, že se jedná se o námitku proti zadávacím podmínkám vznesenou až v průběhu řízení o rozkladu.
27. Navrhovatel svým návrhem brojil proti postupu zadavatele při omezení počtu zájemců o účast v zadávacím řízení s uveřejněním na základě objektivního kritéria „počtu doložených referencí“, kterým měl porušit zásadu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace za současného omezení efektivní hospodářské soutěže o veřejnou zakázku a porušení zásady přiměřenosti a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Shora uvedenou námitku (rozpor s § 66 odst. 2 písm. a) zákona) výslovně v podaném návrhu nevznesl. Uvedená podmínka se ovšem prolíná se základními zásadami postupu zadavatele dle § 6 zákona, a proto se jejím naplněním Úřad zabýval rovněž v napadeném rozhodnutí. V bodech 76 až 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad porovnal charakter objektivních kritérií, na základě kterých zadavatel provedl omezení počtu zájemců, s předmětem plnění veřejné zakázky. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad dovodil, že požadavek na doložení zkušeností s realizací dodávek spojek přechodových vn, které slouží pro spojování a přechod zadavatelem specifikovaných kabelů, koresponduje s dodávkami vyplývajícími z předmětu plnění části 10 veřejné zakázky. Dále Úřad v uvedených bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí dovodil, že minimální počet doložených referencí (požadavek na prokázání dodávky min. 300 ks kabelových spojek do zemí EU za poslední 3 nikoliv kalendářní roky) rovněž odpovídá rozsahu a složitosti předmětu plnění části 10 veřejné zakázky, když cílem zadavatele při zadání této části veřejné zakázky bylo uzavření rámcové smlouvy, jejímž předmětem mají být právě pravidelné dodávky kabelových spojek vn obdobného rozsahu.
28. Úřad tedy přezkoumatelným způsobem dospěl k závěru, že rozsah a povaha požadovaných referenčních zakázek byla stanovena v souladu s § 66 odst. 2 písm. a) zákona, tedy s ohledem na povahu, rozsah a složitost veřejné zakázky. Slovy navrhovatele bylo Úřadem prokázáno, že objektivní kritérium má vazbu na reálné plnění předmětu veřejné zakázky. Navíc, jak je uvedeno výše, ani sám navrhovatel do doby podání rozkladu nenamítal rozpor s povahou, rozsahem a složitostí předmětu veřejné zakázky. Úvahy Úřadu ohledně naplnění podmínek § 66 odst. 2 písm. a) zákona považuji za srozumitelné, logické a plně se s nimi ztotožňuji.
29. Pro úplnost pouze dodávám, že možnost doložit reference prostřednictvím subdodavatelů či ve sdružení s jinými subjekty za účelem získání veřejné zakázky nebyla omezena jenom na český trh, jak by se mohlo zdát z rozkladu navrhovatele. Zadavatelem byl vznesen pouze požadavek na prokázání významné dodávky obdobného rozsahu do zemí EU, což odpovídá judikatuře Soudního dvora Evropské unie (srov. k tomu např. rozsudek ze dne 27. 10. 2005, sp. zn. C-158/03, Komise proti Španělskému království) a je plně v souladu se základními zásadami jednotného vnitřního trhu. Takový požadavek pak nevylučuje možnost

kteréhokoliv zájemce získat reference od jiných např. i zahraničních subjektů, které dodávají na trh EU.

30. Pokud navrhovatel namítá, že počet referenčních zakázek poskytnutých společnostmi TE Connectivity neznámá, že uchazeč nabízející produkty právě této společnosti zvládne lépe realizaci veřejné zakázky, resp. že je více spolehlivý než zájemce, který nabízí jiné (konkurenční) produkty, pak tuto námitku vypořádal již Úřad v bodech 73 a 74 odůvodnění napadeném rozhodnutí. Úřad v uvedených bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí shrnul, že *„minimální hodnoty vymezené zadavatelem nezbytné pro splnění kvalifikace jsou základní laťkou, kterou musí bezpodmínečně zdolat všichni dodavatelé, kteří mají zájem o přidělení veřejné zakázky. Institut omezování počtu zájemců pro účast v jednacím řízení podle objektivních kritérií je pak způsobem, jak zohlednit rozdíly mezi „kvalitou“ jednotlivých kvalifikovaných uchazečů.“* A dodal, že *„institut omezování počtu zájemců o účast v jednacím řízení slouží zadavateli výhradně jako způsob k zohlednění rozdílů mezi „kvalitou“ jednotlivých kvalifikovaných zájemců a nikoliv jako způsob, jenž má zadavateli zaručit, že vybraní zájemci poskytnou zadavateli nejvýhodnější nabídku. O získání nejvýhodnější nabídky se pak zadavatel snaží dosáhnout až v následující fázi jednacího řízení s uveřejněním, tj. v samotném jednání o nabídkách uchazečů, neboť účelem uvedeného jednání je dosáhnout pro zadavatele výhodnějších podmínek, než kterých by dosáhl pouze na základě podaných nabídek.“* I s těmito závěry Úřadu je možné se ztotožnit. Zjišťování míry naplnění úrovně zadavatelem stanoveného kvalifikačního kritéria nad minimální úroveň požadovanou zadavatelem ve fázi omezování počtu zájemců o účast v zadávacím řízení je kompatibilní s evropskými principy a odpovídá i logice věci. Obecně má totiž zadavatel zájem na tom, aby pro něj zakázku realizovali ti nepovolnější a nejkvalifikovanější dodavatelé, a toto je jeden ze způsobů, jak si zadavatel může ještě před vlastní realizací veřejné zakázky zvýšit svou právní jistotu, pokud jde o kvalitu provedení poptávaného plnění, resp. zajistit zájemce, kteří nabízejí nejlepší záruky a u kterých existuje předpoklad, že předmět zakázky dokončí řádně, včas a bez komplikací. Vazba na velké dodavatele má tedy jistou výhodu. Stanovení objektivního kritéria pro výběr je plně v kompetenci zadavatele, avšak v žádném případě je nemůže zneužívat jako nástroj pro diskriminaci „menších“ dodavatelů (k této otázce se vyjádřím blíže ještě v další části odůvodnění tohoto rozhodnutí). Stanovení kritéria pro omezení počtu zájemců tak musí vždy a ve všech souvislostech odpovídat charakteru zadávané veřejné zakázky, čemuž zadavatel v posuzovaném případě dostal. Pakliže i menší dodavatelé mají zájem nabídnout plnění veřejné zakázky, nic jim nebrání v souladu se zákonem podat společnou žádost o účast a následně i společnou nabídku s jiným dodavatelem či dodavateli, nesmí však docházet ke skryté diskriminaci dodavatelů.
31. Zadavatel nikde nestanovil, že by referenční zakázky TE Connectivity zajišťovaly lepší realizaci, nebránil nikomu postupovat stejně a spojit se s jinými dodavateli. To, že ve skutečnosti do další fáze zadávacího řízení postoupili dodavatelé nabízející produkty TE Connectivity, je pouze výsledkem jimi zvolené obchodní strategie nikoliv nesprávným nastavením objektivních kritérií pro výběr.

K naplnění podmínek § 66 odst. 2 písm. b) zákona

32. V § 66 odst. 2 písm. b) zákon stanoví, že objektivní kritéria musí být v souladu se zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 téhož zákona. Mezi tyto zásady patří zásada transparentnosti, která má zajistit, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním

a předvídatelným způsobem, přičemž transparentnost je podmínkou existence účinné konkurence mezi dodavateli a účelného vynakládání veřejných prostředků. Právě proti nesprávnému posouzení naplnění podmínky účinné hospodářské soutěže a efektivnímu vynakládání veřejných prostředků směřuje rozkladová námitka navrhovatele. V této námitce navrhovatel namítá, že zachování hospodářské soutěže nemůže být dodrženo, neboť nabídkového kola se budou účastnit pouze společnosti nabízející produkty TE Connectivity, což se dle navrhovatele projeví v nabízených cenách, a dojde tak k potlačení soutěžního prvku na úrovni výrobců kabelových systémů.

33. Z pohledu zásady transparentnosti je třeba uvést, že zadavatel stanovil kritéria tak, aby byla zajištěna řádná soutěž (srov. k tomu body 1 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí týkající se průběhu zadávacího řízení) – žádost o účast ve veřejné zakázce podalo celkem 9 zájemců, z toho v části 10 veřejné zakázky celkem 6 zájemců, přičemž všichni tito zájemci splnili kvalifikační předpoklady vč. dodání požadovaného minimálního množství referencí, ať již vlastních či prostřednictvím subdodavatelů. S ohledem na předmět části 10 veřejné zakázky lze takový počet zájemců považovat za dostatečný. Omezování počtu zájemců vyloučením těch zájemců, kteří sice kvalifikační předpoklady splnili, přesto neměli možnost podat nabídku do předmětného zadávacího řízení, nelze za splnění dále zákonem stanovených podmínek považovat za omezení hospodářské soutěže. Samotný fakt, že se do druhé fáze zadávacího řízení dostali pouze dodavatelé, kteří nabízejí produkty TE Connectivity, neznamená, že to bylo záměrem zadavatele, resp. že za tímto účelem nastavil zadávací podmínky. Jen z této skutečnosti nelze vyvozovat, že takovou situaci zadavatel zamýšlel.
34. Dle navrhovatele je nesprávný závěr Úřadu konstatovaný v bodu 84 odůvodnění napadeného rozhodnutí, a to že *„nízký či vysoký počet žádostí o účast, které zadavatel v konkrétním zadávacím řízení očekává, není pro zadavatele závazný při rozhodování o využití institutu omezení počtu zájemců, neboť je čistě na zadavateli, zda se rozhodne omezit počet uchazečů, kteří budou vyzváni k podání nabídky, pokud samotné omezení proběhne v souladu se zásadami vyplývajícími z ust. § 6 odst. 1 zákona a v souladu s ust. § 66 zákona.“* Navrhovatel v tomto směru namítá, že neexistoval důvod, pro který by měl zadavatel omezovat počet zájemců na čtyři a neexistovaly ani žádné nepřiměřené náklady spjaté s více nabídkami od zájemců. K tomu uvádím, že zákon žádné takové podmínky nestanoví. V § 29 odst. 2 zákon pouze poskytuje sektorovému zadavateli možnost v oznámení jednacího řízení s uveřejněním omezit počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním a rovněž stanovit maximální počet zájemců, jež vyzve k podání nabídky. Podmínkou pak je provést omezování zájemců na základě objektivních kritérií, která uvedl v kvalifikační dokumentaci a v tomto oznámení a která splňují podmínky § 66 odst. 2 až 4 zákona. Ustanovení § 29 odst. 3 zákona přitom k tomu ještě stanoví, že sektorový zadavatel je povinen vyzvat k podání nabídky nejméně tři zájemce. Je tedy čistě v kompetencích zadavatele, zda se rozhodne omezit počet zájemců. Pokud ano, musí splnit podmínky výše uvedené. Nemusí však zdůvodňovat své rozhodnutí omezit počet zájemců pro účast v jednacím řízení s uveřejněním, neboť takovou povinnost mu zákon neukládá, pouze mu poskytuje oprávnění počet zájemců omezit.
35. Další námitkou rozkladu navrhovatel rozporuje závěry Úřadu, že postupem zadavatele nedošlo ke skryté diskriminaci uchazečů, kteří zadavateli nepředložili reference

subdodavatele TE Connectivity. Zpochybňuje počty referenčních zakázek uvedených v tabulce Úřadu, neboť u referencí bez využití subdodavatele TE Connectivity se dle navrhovatele jednalo opět o dodávky produktů TE Connectivity a nikoliv výrobky jiných výrobců. Zdůrazňuje přitom, že společnost TE Connectivity se účastnila veřejné zakázky nepřímo prostřednictvím svých distribučních, resp. montážních společností, kterým poskytla reference. Ostatní zájemci tak nemohli počtem svých referencí uvedenému subdodavateli konkurovat.

36. Zásada rovného zacházení a nediskriminace požaduje, aby se všemi zájemci bylo jednáno stejným (nikoliv zvýhodňujícím) způsobem a bylo zamezeno diskriminaci jak otevřené, tak skryté. Ve světle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, „*[z]a skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.*“ Zadavatelem stanovené objektivní kritérium působilo stejně vůči všem zájemcům. Všichni zájemci mohli využít k jeho prokázání subdodavatele, ať již národního či zahraničního. Podmínkou pouze bylo, aby se jednalo o dodávky na trh EU, což, jak bylo uvedeno výše, není v rozporu s principy jednotného vnitřního trhu. Bylo tedy jen na rozhodnutí zájemců, zda této možnosti, s cílem prokázat v co možná největší míře naplnění kritéria pro omezení počtu zájemců, využijí, či nikoliv.
37. Klíčovým problémem skryté diskriminace, na který rovněž upozorňují, v návaznosti na shora zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu, další rozsudky jmenovaného soudu (např. rozsudek ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 66/2012-64, a rozsudek ze dne 27. 6. 2013, č. j. 1 Afs 20/2013 – 47), je tedy „*zjevná nepřiměřenost*“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. V nyní posuzovaném případě však bylo výše dovozeno (srov. k tomu body 26 až 28 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zadavatelem stanovené objektivní kritérium spočívající v míře počtu doložených referencí (kdy minimální počet pro splnění tohoto kvalifikačního předpokladu byl požadavek na prokázání dodávky min. 300 ks kabelových spojek do zemí EU za poslední 3 nikoliv kalendářní roky) bylo přiměřené povaze, rozsahu a složitosti předmětu části 10 veřejné zakázky, plně souvisí se zadávanou veřejnou zakázkou a je způsobilé zadavateli poskytnout představu o tom, jaká je schopnost zájemce splnit předmět veřejné zakázky ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 12. 2014, č. j. 31 Af 165/2012-68.
38. Pokud navrhovatel dále dodává, že zájem společnosti TE Connectivity byl reference požadované zadavatelem pro účely veřejné zakázky navrhovateli ani jiným zájemcům neposkytovat, pak i toto, byť důkazně nepodložené tvrzení, které ani nemůže být předmětem přezkumu, Úřad v bodu 90 odůvodnění napadeného rozhodnutí posuzoval, resp. se zabýval skutečností, zda zadavatelem zvolený způsob omezování počtu zájemců na základě technického kvalifikačního předpokladu nemohl způsobit diskriminaci těch zájemců, kteří z jakéhokoliv důvodu nemohou disponovat referencemi subdodavatele TE Connectivity. Na základě sestavení přehledné tabulky přitom dospěl k závěru, „*že pět zájemců (z celkem šesti) bylo stanovenou minimální mírou technického kvalifikačního*

požadavku schopno splnit, aniž by museli využít reference poskytnuté subdodavatelem - společností TE Connectivity a dále tento fakt dokládá, že na relevantním trhu existuje více dodavatelů, kteří jsou schopni požadované reference v dostatečném množství prokázat.“ Uvedený závěr Úřadu považuji za správný a plně se s ním ztotožňuji. Navíc dodávám, že i ze samotného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele (zejm. bod 12 a 30) podaného navrhovatelem vyplývá, že společnost TE Connectivity není jediným subjektem, působícím na daném trhu (trh přechodových spojek vn (technologie smršťení za tepla) dodávaných do zemí EU), od kterého by bylo možné získat reference. V bodu 12 návrhu totiž navrhovatel uvádí, že „*patří do skupiny Ensto, která je předním evropským výrobcem kabelových souborů*“. V bodu 30 návrhu pak jmenuje další konkurenty TE Connectivity („*CELLPACK, GHP, 3M, EKT, ELCON, aj.*“) Dostatečná soutěž tedy byla zaručena jak na úrovni výrobní, tak na úrovni distributorské. Přičemž do soutěže je třeba zahrnout nejen subjekty národní, ale i zahraniční, kteří dodávají uvedený produkt do zemí EU. Bylo tedy jen na subjektech, jakou obchodní strategii zvolí.

39. Neshledal jsem rozpor se zákonem, ani v další navrhovatelem namítané skutečnosti, že tři postupující zájemci mezi sebou část svých referencí sdílí. Poskytování referencí subdodavatelem více zájemcům současně, není totiž zákonem nikterak upraveno, jak ostatně blíže rozvádí Úřad v bodu 89 odůvodnění napadeného rozhodnutí. V tomto směru zákon pouze v § 69 odst. 2 zakazuje dodavateli, který podal nabídku v zadávacím řízení, být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, k takové skutečnosti však v přezkoumávané věci nedošlo.
40. Další námitka navrhovatele týkající se spekulací o tom, že dále budou soutěženy pouze výrobky jediného výrobce, je vzhledem ke všem již shora uvedeným skutečnostem irelevantní, neboť nemá vliv na posouzení zákonnosti postupu zadavatele. Trh byl totiž podstatně širší než trh národní a referenci bylo možné získat od kteréhokoliv ať již národního či zahraničního subjektu dodávajícího uvedenou výrobku na trh EU. Zadavatelem nastavené podmínky tak zaručovaly soutěž o veřejnou zakázku jak na úrovni výrobců, tak na úrovni distributorů. To, že se po omezení počtu zájemců soutěže o veřejnou zakázku nakonec uskuteční pouze na úrovni distributorské, nevypovídá vzhledem k výše učiněným závěrům, ničeho o nezákonnosti nastavených objektivních kritérií. Objektivní kritérium stanovené zadavatelem nelze vnímat jako nepřiměřené či zvýhodňující některé zájemce.

K naplnění podmínek § 66 odst. 2 písm. c) zákona

41. Pro úplnost dodávám, že posledním omezením, kterým je zadavatel při stanovení objektivních kritérií pro výběr vázán, je podle § 66 odst. 2 písm. c) zákona skutečnost, že objektivní kritéria musí odpovídat některému nebo některým požadavkům na kvalifikaci týkající se finančních, ekonomické nebo technické způsobilosti (nad rámec minimálně požadované úrovně), jejichž prokázání sektorový zadavatel požadoval. I toto ustanovení zadavatel splnil, když objektivní kritérium založil na míře naplnění technické způsobilosti a stanovil minimální úroveň uvedeného kritéria. Ani zde nelze vyhodnotit postup zadavatele jako rozporný se zákonem.
42. Je skutečností, že pro omezení počtu zájemců bylo stanoveno výše uvedené objektivní kritérium, které jediné bylo způsobilé zajistit zájemci možnost být vyzván k podání nabídky,

ale zadavatel požadoval prokázání i ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů. Dodavatelé tak předkládali pojistné smlouvy, celkový obrat dodavatele za poslední tři uzavřená účetní období. Tyto kvalifikační předpoklady prokazovali dodavatelé, jejichž kvalifikace navrhovatel zpochybňoval, samostatně a i z těchto ukazatelů zadavatel mohl dovodit, že jde o silné a stabilní společnosti, které mají dostatečnou zkušenost a stabilitu k provedení předmětné veřejné zakázky.

43. To, jaká zadavatel stanoví objektivní kritéria pro omezení počtu uchazečů v jednacím řízení s uveřejněním, je pouze na jeho rozhodnutí a zodpovědnosti a následně i na jeho posouzení. Zadavatel se rozhodl, že pro omezení počtu uchazečů je pro něj důležité výše uvedené kritérium, přičemž je na hodnotící komisi, aby posoudila, zda dodavatelem předložené doklady odpovídají jeho požadavkům i požadavkům zákona a splňují účel, ke kterému tato kritéria zadavatel stanovil. Ve skutečnosti, že zákon i zadavatel umožňují použít k prokázání kvalifikačních předpokladů subdodavatele, nelze spatřovat porušení zákona.

VII. Závěr

44. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
45. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Zdeněk Beránek, advokát, Karlovo náměstí 24, 110 00 Praha 1
2. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s.r.o., Karoliny Světlé 301/8, 110 00 Praha - Staré město

Vypraveno dne:

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