



UOHSX00AMS42

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0131/2017/VZ-33346/2017/323/LVa

Brno 14. listopadu 2017

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 8. 2017, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném zadavatelem –

- město **Třinec**, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 25. 6. 2017 Mgr. Bc. Milanem Konečným, IČO 88144534, se sídlem K Holotovci 1191, 735 11 Orlová,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr ze dne 7. 8. 2017, vydanému ve správním řízení ve věci veřejné zakázky „**Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince**“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269, jehož účastníkem je dále navrhovatel –

- **Nehlsen Třinec, s.r.o.**, IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec,

jsem podle ustanovení § 152 odst. 6 písm. b) a § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr ze dne 7. 8. 2017

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**“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „**ZZVZ**“, případně „**zákon**“), příslušný k dohledu nad dodržováním pravidel stanovených ZZVZ a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 ZZVZ, a pro zvláštní postupy podle části šesté ZZVZ, jakož i k projednání správních deliktů podle ZZVZ, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel návrh navrhovatele – Nehlsen Třinec, s.r.o., IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci Mgr. Bc. Milanem Konečným, IČO 88144534, se sídlem K Holotovci 1191, 735 11 Orlová, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V čl. 6. „OBCHODNÍ PODMÍNKY“ zadávací dokumentace, bodu 6.1 „Návrh smlouvy“ v rámci požadavků na obsah nabídky zadavatel mj. uvedl: „*Dále musí uchazeč doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou.*“
3. Navrhovatel v návrhu brojil proti výše uvedenému požadavku zadavatele, přičemž o něm uvedl, že se v této souvislosti zadavatel dopustil porušení zásady zákazu diskriminace a zásad transparentnosti a přiměřenosti uvedených v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 7. 8. 2017 Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým Úřad:
 - a. ve výroku I. rozhodl, že zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když do podmínek

účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona vymezených v bodě 6. 1. „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace zahrnul požadavek - obchodní podmínku - spočívající v doložení dokladu (certifikátu) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá charakterem kritériu technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. e) zákona, a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona,

- b. ve výroku II. jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku,
- c. ve výroku III. zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a
- d. ve výroku IV. podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek zadavateli uložil uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že smluvní podmínky nemohou být zaměňovány s ověřením způsobilosti a schopnosti realizovat předmět veřejné zakázky, neboť k tomu slouží jiné instituty (bod 60 napadeného rozhodnutí). V napadeném rozhodnutí Úřad hojně odkazoval na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 5 Afs 78/2010 - 186 ze dne 30. 9. 2011 (dále jen „**judikát NSS**“), kde NSS uvedl, že nezáleží pouze na tom, jaké požadavky jsou na uchazeče kladeny, ale i na tom, aby byly správně zařazeny do jednotlivých zákonem stanovených částí. Dále v tomto judikátu NSS uvedl, že požadavek na certifikát OHSAS 18001 nelze stanovit jako obchodní podmínku. Úřad konstatoval, že správné zařazení jednotlivých požadavků zadavatele do správných kategorií je klíčové, neboť ovlivňuje postup zadavatele v jednotlivých fázích tak, jak je mu zákonem předepsán (viz zejména body 68 a 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V bodu 73 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uzavřel, že *„pokud zákon upravuje určitý požadavek jako požadavek na kvalifikaci, zadavatel je povinen zařazení tohoto požadavku a s tím související postup respektovat, neboť za této situace zadavatel v předmětném zadávacím řízení vyzval k podání nabídky dodavatele, který ani příp. dle zadavatelem stanoveného požadavku kvalifikovaným nebyl, ač k němu zadavatel v první, výše popsané, fázi zadávacího řízení jako k dodavateli kvalifikovanému přistupoval“*.

III. Rozklad zadavatele

6. Dne 22. 8. 2017 byl Úřadu doručen rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 7. 8. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Zadavatel se domnívá, že volba konkrétních kritérií (kterou je ve smyslu ZZVZ nutno vnímat jako zadávací podmínky) je odvislá výlučně od rozhodnutí zadavatele, což je ostatně řečeno i v Úřadem odkazovaném judikátu NSS.

8. Zadavatel trvá na tom, že zadávací podmínky jako celek nebyly diskriminační, neboť byly jako celek známy všem dodavatelům od počátku zadávacího řízení.
9. Dále zadavatel tvrdí, že Úřad při aplikaci judikátu NSS nezohlednil skutečnost, že jmenovaný rozsudek se týká staré právní úpravy a nikoli ZZVZ, přičemž současná úprava a výklad zákona jsou od předcházející právní úpravy odlišné. V zákoně č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, byla totiž zcela oddělena kvalifikace dodavatelů a zadávací dokumentace (resp. byly upraveny zcela samostatně v jiných částech zákona). Tím pádem zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, také samostatně řešil možnost vyloučení uchazečů pro nesplnění kvalifikace (v jeho § 39) a pro nesplnění požadavků zadávací dokumentace (v jeho § 59 odst. 5). ZZVZ přitom obecně nerozlišuje vyloučení z důvodu nesplnění podmínek kvalifikace a nesplnění jiných zadávacích podmínek (např. obchodních), zadávací podmínky jsou v ZZVZ řešeny komplexně a není podstatné, pod jaký druh podmínek účasti v zadávacím řízení zadavatel požadavek na certifikát OHSAS 18001 podřadil, protože jeho nesplnění vede vždy ke stejnému výsledku – k vyloučení uchazeče. Výběr nejvhodnější nabídky tak nemůže být podřazením tohoto požadavku nijak ovlivněn. Stejně tak zadavatel nesouhlasí s argumentací Úřadu, že nesprávné podřazení požadavku vyvolává v zadávacím řízení situace, které zákon nepředjímá, neboť vyloučení uchazeče zákon upravuje.
10. Navíc se Úřad údajně nezabýval dalšími podpůrnými liniemi rozhodnutí, dle kterých je podstatný přímý vliv na výběrové řízení. Dále měl Úřad rovněž zohlednit, že všechny ostatní instituce (včetně Úřadu) měly odlišný, řádně odůvodněný názor. Dle zadavatele je nyní situace navíc odlišná, neboť nyní byla veškerá zadávací dokumentace uveřejněna transparentně již od počátku.
11. Z těchto důvodů se zadavatel domnívá, že na šetřený případ nelze bez dalšího aplikovat judikát NSS.
12. Zadavatel zastává názor, že jestliže jsou podmínky kvalifikace, technické podmínky, obchodní nebo jiné smluvní podmínky, a zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky zařazeny společně pod podmínky účasti v zadávacím řízení, nemůže jejich zařazení pod jednotlivé druhy podmínek determinovat následný postup zadavatele při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků.
13. Zadavatel poukazuje na § 39 odst. 1 zákona, dle kterého zadavatel v zadávacím řízení postupuje podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona. Dle § 39 odst. 2 zákona přitom zadavatel v průběhu zadávacího řízení vybírá z účastníků vybraného dodavatele na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.
14. Úřad údajně v napadeném rozhodnutí neodůvodnil, proč mělo mít na výběr nejvhodnější nabídky vliv, ve které fázi zadávacího řízení bude účastník, který nesplní zadávací podmínky, vyloučen.
15. Vzhledem k tomu, že zadavatel nemá jinou možnost, než účastníka, který nesplnil zadávací podmínky, vyloučit, nemohou na jeho postupu být shledány prvky nekontrolovatelnosti, nečitelnosti či nepřehlednosti.

16. Zadavatel uvádí, že se napadeným rozhodnutím cítí být značně poškozován, jelikož v době, kdy se tvoří aplikační praxe nového zákona, by měl Úřad postupovat při výkladu nejasností v duchu zásad a aplikační praxe, nikoli formalisticky.
17. Dle zadavatele je uvádění požadavku na certifikát OHSAS 18001 mimo rámec kvalifikačních velmi časté, neboť zákon ani praxe jednoznačně nestanovily, kam do zadávacích podmínek by tento požadavek měl být řazen. Pokud by zařazení tohoto požadavku jinam než do požadavků na technickou způsobilost znamenalo automaticky nutnost zrušení zadávacího řízení, vyústilo by to v desítky zrušených zadávacích řízení, které má zadavatel v povědomí.
18. Zadavatel tvrdí, že v zadávacích podmínkách jednoznačně formuloval, co podřadil pod § 37 odst. 1 písm. c) zákona: obchodní podmínky, které jsou vymezeny ve formě a struktuře návrhu smlouvy. Dále zadávací podmínky pokračují s dalšími požadavky na uchazeče, přičemž žádný certifikát netvoří přílohu smlouvy ani obchodní podmínku. V dotčeném článku zadávacích podmínek pak zadavatel vyznačil, co ještě požaduje od uchazečů doložit v rámci nabídky (aniž by však uváděl, že jde o přílohu smlouvy či obchodní podmínku).
19. Zadavatel údajně nechtěl doložit certifikát jako dokument sám o sobě. Zadavatel chtěl po uchazeči navrhovaný popis realizace zakázky, technologických postupů, a procesu kooperace uchazeče s jeho poddodavateli, jehož součástí mělo být také doložení formy a způsobu dodržování bezpečnostních předpisů a podrobný popis kontroly dodržování bezpečnostních předpisů, včetně doložení dotčené certifikace. Proto se zadavatel domnívá, že předmětný požadavek mohl podřadit pod § 37 odst. 1 písm. d) zákona. Jde tak údajně o požadavek na doložení formy a způsobu řešení realizace, u které zadavatel definoval kvalitativní minimum.
20. Pokud by se předseda Úřadu ztotožnil se závěry napadeného rozhodnutí, že nesprávné zařazení požadavku je rozporné se zákonem, nelze stále bez objektivního a transparentního odůvodnění podřadit toto pochybení pod porušení zásady transparentnosti a pouze konstatovat, že takový postup měl zjevný dopad na zadávací řízení. Úřad údajně dává nový rozměr porušování zásad zákona.
21. Zadavatel dále v rozkladu namítá, že svým postupem nikoho nediskriminoval. Vytýkaný postup nemohl mít ani vliv na pořadí uchazečů, mohl ovlivnit pouze dobu vyloučení uchazečů, kteří podmínku nenaplnili. Tito uchazeči ani nemohli zasáhnout do výsledků výběrového řízení, neboť důsledek nedoložení požadovaných dokumentů byl v zadávacích podmínkách jasně uveden.
22. I v případě, kdyby Úřad konstatoval formalistické pochybení s ohledem na znění nového zákona, nelze dojít k závěru, že pochybení bylo porušením zásady transparentnosti a mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Pak by nebyl dán důvod zadávací řízení zrušit.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel navrhuje napadené rozhodnutí zrušit.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

24. Dne 4. 9. 2017 Úřad obdržel vyjádření navrhovatele k rozkladu. Navrhovatel trvá na tom, že zadavatel porušil transparentní postup zejména tím, v jaké fázi vyloučil uchazeče. Navrhovatel se domnívá, že správné zařazení požadavku může (zejména v rámci užšího řízení) ovlivnit postup zadavatele a transparentnost celého zadávacího řízení.

25. Navrhovatel poukazuje na skutečnost, že pokud by požadavek na certifikát OHSAS byl zařazen do obchodních podmínek a uchazeč byl vyloučen až po uplynutí lhůty pro podání nabídek, mohl by brojit námitkami již pouze proti úkonu zadavatele spočívajícím v jeho vyloučení. Navrhovatel rovněž poukazuje na rozdílnou výši kauce před a po podání nabídky.
26. Navrhovatel dále poukazuje na netransparentnost postupu zadavatele spočívající v použití výrazu „*může*“ v zadávací dokumentaci, konkrétně ve spojení „[v] *případě, že uchazeč nepředloží výše požadované dokumenty, může být zadavatelem vyloučen ze zadávacího řízení*“, což v uchazečích mohlo vzbudit dojem, že vyloučení nebude obligatorním důsledkem nepředložení certifikátu.
27. Mimo jiné navrhovatel zmiňuje, že netransparentnost postupu zadavatele (spočívající v prvotním deklarování kvalifikace dodavatelů) se mohla projevit i v nabídkové ceně, neboť pokud by uchazeč získal informaci, že se kvalifikoval jako jediný, mohl by kalkulovat s vyšší cenou.
28. Dále navrhovatel poukazuje na to, že kvůli prověření, zda byl zadavatelem porušen zákon, dává všanc velký obnos finančních prostředků, a to v podstatě proto, aby mohla být vytvořena nová aplikační praxe a v této souvislosti se nabízí otázka, zda by měl přijít o tyto finanční prostředky pouze z důvodu změny systematiky zákona.

IV. Řízení o rozkladu

29. 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

30. 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 s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu zadavatele.

V. K námitkám rozkladu

Obecně o zásadách zadávání veřejných zakázek

32. Ustanovení § 6 zákona obsahující zásady zadávání veřejných zakázek má zcela klíčový význam. Zásady zadávání veřejných zakázek prostupují celým zadávacím procesem a fungují rovněž jako vodítko pro výklad ostatních ustanovení zákona. Těmito zásadami se zadavatel musí řídit při všech činnostech souvisejících se zadáváním veřejných zakázek. Jde o zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zadavatelé by měli být schopni všechny své kroky vůči těmto zásadám obhájit.

K zásadě transparentnosti

33. K zásadě transparentnosti uvádím, že jejím účelem je, aby na příslušnou veřejnou zakázku mohlo být, zejména z pohledu dodavatelů, nazíráno jako na čitelnou a předvídatelnou a rovněž aby tato zakázka mohla podléhat efektivní veřejné kontrole a zpětnému přezkumu. Pro dodržení zásady transparentnosti musí zadavatel mimo jiné zdokumentovat své postupy tak, aby jeho postupy byly přezkoumatelné. V této souvislosti odkazuji na rozsudek NSS č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, v němž se NSS ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti Krajským soudem v Brně, že požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*“ Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 pak vyplývá, že „*úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.*“ V mnohých případech tak zásada transparentnosti (nebo jiné zásady) de facto konkretizuje jiná zákonná ustanovení, kdy je při jejich aplikaci nutno klást si otázku, jak má být ten který úkon učiněn, aby byla dodržena zásada transparentnosti (a ostatní zásady).
34. Zásada transparentnosti má dva hlavní aspekty. První aspekt se projevuje zajištěním odpovídajícího stupně zveřejnění, které má zajistit otevření trhu hospodářské soutěži ve prospěch každého potenciálního uchazeče (viz rozsudek Soudního Dvora Evropské unie C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH*, případně C-458/03 *Parking Brixen*). Druhý aspekt odpovídá povinnosti zajistit provedení kontroly nestrannosti postupů zadavatele v zadávacím řízení. Kromě povinnosti vedení dostatečné dokumentace o výběrovém řízení se tento druhý aspekt projevuje povinností zadavatele dodržovat předem stanovená pravidla postupu. Veškeré kroky zadavatele (pokud mají odpovídat zásadě transparentnosti) by měly být přehledné, vysledovatelné a kontrolovatelné, aby nevzbuzovaly pochybnosti o tom, co bylo pravým důvodem jednotlivých kroků zadavatele (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář*. 1. Vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 46). Podle jiných autorů „*účelem této zásady je, aby na příslušnou veřejnou zakázku mohlo být, zejména z pohledu dodavatelů, nazíráno jako na čitelnou a předvídatelnou a rovněž aby tato zakázka mohla podléhat efektivní veřejné kontrole a správnému přezkumu. Smyslem této zásady je motivovat zadavatele k předcházení jakýmkoli formám korupčních jednání*“ (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 31).
35. Jak tedy vyplývá z výše uvedeného, všechny úkony zadavatele musí být vždy poměřitelné zásadou transparentnosti. Té přitom není učiněno zadost, pokud lze v postupu zadavatele nalézt cosi nepřehledného, nečitelného, či hůře kontrolovatelného.

36. V šetřeném případě byla veřejná zakázka zadávána v užším řízení, které má 2 fáze, a sice fázi posuzování kvalifikace a podávání a posuzování nabídek. Úřad dovodil, že požadavek na certifikát OHSAS 18001 je požadavkem na kvalifikaci dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona, neboť jde o požadavek zadavatele na způsobilost dodavatele, bez jejíhož splnění není dle stanovených zadávacích podmínek schopen veřejnou zakázku kvalifikovaně realizovat (viz bod 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí), přičemž požadavek na certifikát OHSAS 18001 jako kvalifikační požadavek chápe i rozhodovací praxe (viz bod 65 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zadavatel však jednu z kvalifikačních podmínek zařadil nikoli do kvalifikační dokumentace, ale do zadávací dokumentace. Kvalifikace uchazečů se posuzuje v první fázi užšího řízení, konkrétně ustanovení § 58 odst. 3 ZZVZ stanoví, že po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast zadavatel posoudí kvalifikaci účastníků zadávacího řízení, vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky zadávacího řízení, kteří neprokázali splnění kvalifikace, a nevyložené účastníky zadávacího řízení vyzve k podání nabídek. Zákon přitom zadavateli nedává na výběr, zda uchazeče, který nesplňuje kvalifikaci, vyloučit, ale zadavatel ho v případě nesplnění kvalifikace vyloučit musí. Ke stejnému závěru dochází i odborná literatura: „Z hlediska dalšího postupu v ÚŘ (užším řízení – pozn. předsedy Úřadu) zadavatel účastníky, kteří neprokázali splnění kvalifikace, vyloučí (povinně) z účasti v zadávacím řízení. V tomto případě však, pokud účastník neprokáže splnění požadované kvalifikace, musí být zadavatelem vyloučen, a neuplatní se zde tedy fakultativní vyloučení, jak by tomu bylo v jiných případech dle § 48 odst. 2. (...) Všechny účastníky, kteří prokázali řádně kvalifikaci a nebyli vyloučeni (...), zadavatel vyzve k podání nabídek“ (DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. a kolektiv autorů. *Zákon o zadávání veřejných zakázek*, 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 357 - 358). Na rozdíl od jiných typů zadávacího řízení v užším řízení zadavatel nemůže nejprve hodnotit nabídky, a až následně posuzovat kvalifikaci. Ustanovení § 48 odst. 1 zákona, které stanoví, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem a to *kdykoliv* (pozn. – zvýraznění provedenou předsedou Úřadu) v průběhu zadávacího řízení, v užším řízení nelze bezvýjimečně aplikovat, neboť užší řízení je speciálním případem, kdy zadavatel nemůže využít benevolenci zákona týkající se flexibility při posuzování a hodnocení nabídek (resp. kvalifikace), ale má zákonem jasně předepsáno, že nejdříve musí posuzovat kvalifikaci, a až následně nevyložené uchazeče vyzvat k podání nabídek a jejich nabídky hodnotit. Zákon (ZZVZ) de facto v případě užšího řízení povinnost posuzovat kvalifikaci v první fázi zadávacího řízení ještě více zdůraznil, když v jiných zadávacích řízeních zadavatelům umožňuje kvalifikaci u vybraného uchazeče (viz § 122 odst. 3) posuzovat až po hodnocení nabídek. Pokud tedy do druhé („nabídkové“) fáze užšího řízení postoupí pouze kvalifikovaní uchazeči, pak nelze přerazovat požadavky na kvalifikaci do druhé fáze. Ze zákona vyplývá, že podat nabídku může pouze kvalifikovaný dodavatel. Nesprávným podřazením předmětné podmínky spočívající v požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 pod obchodní podmínky zadavatel způsobil, že část posuzování nabídek z hlediska, zda splňují podmínky kvalifikace, oddálil, respektive posunul do jiné, pozdější fáze zadávacího řízení, čímž nepochybně způsobil, že se zadávací řízení stalo hůře kontrolovatelným a čitelným. Byla tak vyvolána situace, kterou zákon nepředpokládá, a sice, k vyzvání nabídky byl vyzván uchazeč, který nesplňoval podmínky kvalifikace a byl vyloučen až po fázi posuzování nabídek z hlediska splnění kvalifikačních podmínek, což zákon nepředjímá.

K právu zadavatele stanovit si zadávací podmínky

37. Zadavatel v rozkladu namítá, že volba konkrétních kritérií je výlučně na rozhodnutí zadavatele, což potvrzuje i citovaný judikát NSS, č. j. 7 Afs 27/2007 – 707 ze dne 30. 8. 2007. Uvedený rozsudek však rovněž uvádí, že „[v]olba vhodných kritérií pro hodnocení kvalifikace a jejich důsledná aplikace je předpokladem řádného průběhu dalších fází zadávacího řízení, a tím rovněž zajištění hlavního účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků a zajištění účinné soutěže“. Tamtéž NSS uvedl, že zadavatel „[m]usí (...) kvalifikační kritéria (...) stanovit tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti zadávané veřejné zakázky“. Obecně samozřejmě platí, že volba kritérií je na zadavateli, avšak toto pravidlo je omezeno mimo jiné zásadami zadávání veřejných zakázek, a zadavatel tak při volbě podmínek účasti uchazečů a hodnocení nabídek musí brát v úvahu zásadu transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. K této námitce především ale zdůrazňuji, že Úřad nijak neposuzoval oprávněnost či neoprávněnost požadavku zadavatele, neboť s ohledem na rozhodovací praxi (zejména judikát NSS) ani nemusel (dle NSS by byly jakékoli úvahy v tomto ohledu nadbytečné). Tuto námitku zadavatele tedy shledávám nedůvodnou.

O judikátu NSS a jeho závaznosti

38. Úřad napadené rozhodnutí založil zejména na výše citovaném judikátu NSS, neboť tam byla řešena téměř identická situace. Zadavatel rovněž zařadil požadavek na certifikát OHSAS 18001 mezi obchodní podmínky a NSS k tomuto konstatoval, že „[p]ostup zadavatele, který chybně zařadil tento požadavek mezi obchodní podmínky, není (...) možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu přeřadí pod jiné zákonem vymezené kritérium“. NSS také konstatoval, že „[s]právní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné“. Není vůbec rozhodné, zda byl předmětný požadavek zadavatele opodstatněný, neboť v takovýchto případech má být pouze konstatován nesprávný postup zadavatele spočívající v chybném zařazení. Ačkoli NSS rozhodoval za účinnosti staré právní úpravy, aktuální právní úprava je v tomto ohledu stejná (respektive vede ke stejnému řešení, čemuž se Úřad dostatečně podrobně věnoval v bodu 58 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že systematizace obou právních úprav shodně rozlišují samostatně podmínky kvalifikace a samostatně obchodní nebo jiné smluvní podmínky). Je tedy najisto postaveno, jaké stanovisko k řešení takovéto situace zaujímají soudy. Ačkoli český právní řád patří do tzv. kontinentálního právního systému, kde soudní rozhodnutí nemá normativní význam, nelze ji rozhodně opomíjet. V daném případě Úřad (správně) dovodil aplikovatelnost dané judikatury a shledal, že se právním názorem tam vysloveným musí řídit (ostatně opak by byl v rozporu s požadavkem na předvídatelnost rozhodování a právní jistotu). Jak také pravil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 30 Cdo 2811/2007 ze dne 3. 12. 2009, „došlo-li v soudní rozhodovací praxi při řešení určité materie k judikatornímu ustálení právního názoru, je z povahy věci nezbytné, aby soudy nižších stupňů tento judikatorní posun ve své rozhodovací praxi reflektovaly“. Obdobné pravidlo je dle mého názoru nutno aplikovat i na správní orgány, o jejichž rozhodnutích následně (v případě jejich napadení správní žalobou) soudy rozhodují. Úřad zde tedy v podstatě ani neměl jinou možnost, než rozhodnout, že zadavatel jednal v rozporu se zákonem, když nesprávně předmětný kvalifikační požadavek podřadil pod obchodní podmínky, přičemž

Úřad už nijak nehodnotil oprávněnost předmětného požadavku zadavatele (vědom si nadbytečnosti této úvahy, která vyplývá z judikátu NSS). Nadto je třeba uvést, že v nyní šetřeném případě je posuzováno užší zadávací řízení, kde je nutno klást ještě větší důraz na dodržování postupu zadavatele podle jednotlivých zákonem předepsaných fází, než u řízení otevřeného, které bylo předmětem posuzování v judikátu NSS.

Aplikovatelnost judikátu na šetřený případ

39. Zadavatel namítal, že judikát na šetřený případ není aplikovatelný z několika důvodů. Prvním důvodem jeho údajné neaplikovatelnosti má být skutečnost, že judikát NSS se týká staré právní úpravy a nikoli ZZVZ. Rozdílnost zadavatel spatřuje v tom, že ve starším zákoně byly kvalifikace dodavatelů a zadávací dokumentace upraveny samostatně, v jiných částech zákona, což mělo za následek, že starší zákon samostatně řešil možnost vyloučení uchazečů pro nesplnění kvalifikace a pro nesplnění požadavků zadávací dokumentace, zatímco dle ZZVZ vede nesplnění požadavku kamkoli zařazeného vždy k vyloučení uchazeče. Dle zadavatele nemůže mít na výběr nejvhodnější nabídky vliv, kam požadavek zadavatele bude zařazen.
40. K tomuto uvádím, že odlišné uspořádání zákona, jehož výkladu se judikát týkal, nemá na posouzení šetřené věci vliv, neboť i za tehdy účinné právní úpravy vedlo nesprávné zařazení požadavku k závěru o jednání v rozporu se zákonem, neboť i tehdy nesprávné zařazení kvalifikačního požadavku do obchodních podmínek způsobovalo, že se k tomuto požadavku de facto nemá přihlížet. V obou případech však (nyní i tehdy) k vyloučení uchazeče dojít nemůže, pokud byl požadavek zadavatele nesprávně zařazen. Ostatně systematizaci obou právních úprav se Úřad věnoval v bodu 58 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že *„[s]ystemizace těchto právních úprav shodně rozlišují samostatně podmínky kvalifikace (srov. § 37 odst. 1 písm. a) zákona v návaznosti na § 73 a násl. zákona vs. § 50 násl. původního zákona) a samostatně obchodní nebo jiné smluvní podmínky (srov. § 36 odst. 1 písm. c) zákona vs. § 44 odst. 3 původního zákona). Jedná se tak tedy o jiné kategorie požadavků, v čemž se tyto právní úpravy shodují. Právě skutečnost, že všechny tyto právní normy obsahovaly, resp. obsahují různé druhy či okruhy podmínek, které zadavatel na uchazeče může klást, je v tomto případě nosným prvkem. Závěry Nejvyššího správního soudu tak lze podle Úřadu analogicky aplikovat na právě šetřený případ, neboť princip kategorizace podmínek kladených na uchazeče zůstal zjevně zachován“*. Zde řečené jasně dokazuje, že právní úprava se v tomto ohledu nijak nezměnila a není důvod, proč by Úřadem zohledněná judikatura neměla být na nyní šetřený případ aplikovatelná. Pokud lze o nějaké změně, která by na šetřený případ měla dopad, hovořit, pak jde o prohloubení důslednosti v požadování toho, aby v užším řízení na sebe kroky zadavatele navazovaly tak, jak dle zákona mají. Přísnost projevující se v užším řízení je patrná i z formulace ustanovení § 58 odst. 3, kde se uvádí, že zadavatel *vyloučí* účastníky, kteří neprokázali splnění kvalifikace, zatímco v ustanovení § 48 odst. 1 se uvádí, že zadavatel *může vyloučit* (...).
41. Dále zadavatel tvrdí, že judikát NSS není na danou věc aplikovatelný kvůli skutkovým odlišnostem řešených případů, konkrétně proto, že v nyní šetřené věci byla zadávací dokumentace uveřejněna transparentně od počátku zadávacího řízení. K tomu ovšem považuji za nutné uvést, že ani v případě posuzovaném v předmětném judikátu NSS nedošlo k tomu, že by byl předmětný požadavek zveřejněn později než měl být zveřejněn, případně v pozdější fázi zadávacího řízení. Veřejná zakázka, která byla šetřena v judikátu NSS

(a ostatně i zakázka, která byla šetřena ve druhém Úřadem odkazovaném judikátu, a sice 5 Afs 78/2010 ze dne 30. 9. 2011), byla dokonce zadávána v otevřeném řízení, a tedy není důvod se domnívat, že v těchto dříve šetřených případech by ke zveřejnění všech požadavků zadavatele nedošlo hned na začátku zadávacího řízení (taková informace alespoň není z ničeho patrná). Zadavatelem tvrzená odlišnost řešených věcí tedy neexistuje, neboť v obou (resp. ve všech třech) případech byl onen problematický, špatně zařazený požadavek uveřejněn od počátku zadávacího řízení. K tomu dodávám, že pokud byl shledán vadným postup zadavatele (spočívající v nesprávném zařazení požadavku na kvalifikaci mezi obchodní podmínky) dokonce i v otevřeném řízení, které není natolik striktně rozděleno do několika fází, kdy má zadavatel vždy předepsáno, které úkony má činit, a i tehdy bylo shledáno, že tento vadný postup narušuje celý proces zadávacího řízení, tím spíše musí být shledán rozporným se zákonem týž vadný postup zadavatele, navíc učiněný v užším řízení, kdy je na posloupnost kroků zadavatele kladen větší důraz.

42. Dále zadavatel namítá, že Úřad se dostatečně nezabýval tím, zda mělo nesprávné zařazení požadavku na certifikát OHSAS 18001 podstatný přímý vliv na výběrové řízení. Zadavatel však patrně přehlíží, že nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení mu bylo uloženo dle § 263 odst. 3 zákona, které lze aplikovat v případě, že zadavatel stanoví zadávací podmínky v rozporu se zákonem, aniž by zákon současně obsahoval podmínku „podstatného přímého vlivu na výběrové řízení“ či vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel patrně zaměňuje § 263 odst. 3 s ustanovením § 268 odst. 1 písm. a) zákona, které se zabývá správními delikty a kde je již alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky vyžadován.
43. Nad rámec právě uvedeného dodávám, že s tvrzením zadavatele, že se Úřad důsledky jednání zadavatele nezabýval, zásadně nesouhlasím, neboť vlivem pochybení zadavatele na výběrové řízení se Úřad zabýval, zejména v jeho bodech 58 („*nesprávné zařazení např. kvalifikační podmínky do obchodních podmínek může mít dopady do zadávacího řízení stran narušení základních zásad zadávacího řízení a dopady na postup zadavatele v zadávacím řízení v rámci jednotlivých fází zadávacího řízení*“), 69 („*nesprávně zařazený požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 (Úřadem zde v návaznosti na judikaturu kasačního soudu není hodnoceno, zda by se v rámci kritéria technické kvalifikace jednalo o požadavek oprávněný) má konkrétně dopad na to, v jaké fázi zadávacího řízení bude otázka splnění tohoto požadavku posuzována, tzn. zda po podání žádosti o účast nebo až po podání nabídek kvalifikovanými dodavateli, tedy těmi, kteří prokázali kvalifikaci dle požadavků zadavatele*“), 70 („*v šetřeném případě došlo v důsledku nesprávného zařazení požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 (který je podmínkou kvalifikační) mimo kvalifikační dokumentaci (ve které tento požadavek absentuje, jak vyplývá z jejího obsahu) de facto k situaci, kdy zadavatel v okamžiku, kdy posuzoval splnění kvalifikace, ve skutečnosti neposuzoval veškeré požadavky jím na kvalifikaci kladené*“), 73 („*zadavatel v předmětném zadávacím řízení vyzval k podání nabídky dodavatele, který ani příp. dle zadavatelem stanoveného požadavku kvalifikovaným nebyl, ač k němu zadavatel v první, výše popsané, fázi zadávacího řízení jako k dodavateli kvalifikovanému přistupoval, poté však, jak vyplývá z rozhodnutí zadavatele, zadavatel navrhovateli reálně vytýká jeho nekvalifikovanost v tom, že nesplnil požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001*“) odůvodnění napadeného rozhodnutí.

44. K tvrzení zadavatele, že Úřad měl zohlednit, že v odkazovaném judikátu byly uvedeny odlišné, řádně odůvodněné názory ostatních institucí (čímž zadavatel pravděpodobně zamýšlí Úřad a Krajský soud v Brně), uvádím, že pokud NSS určil jasnou právní linii, ve které se podobné případy mají řešit, nelze závěry NSS odmítnout s odůvodněním, že instituce, které o věci rozhodovaly dříve, na věc nahlížely jinak. Úřadu ani mě proto nepřísluší polemizovat o závěrech učiněných NSS a o jím provedeném výkladu zákona, naopak – Úřad by závěry NSS měl přijímat a ve své rozhodovací praxi zohledňovat.
45. K námitce zadavatele, že zadavatel vzhledem ke své vázanosti zadávacími podmínkami je v každém případě nucen uchazeče, který neposkytne předmětný certifikát, vyloučit, neboť v zadávacích podmínkách následek nedoložení předmětného certifikátu v podobě vyloučení dotčeného uchazeče předeslal, uvádím, že tato námitka v podstatě opět směřuje na absenci vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, jehož existenci jako nutnou podmínku zrušení zadávacího řízení jsem vyloučil výše, když jsem uvedl, že Úřad v šetřeném případě rozhodoval dle ustanovení § 263 odst. 3 zákona, které nevyžaduje podmínku vlivu na výběr nejvhodnější nabídky. Vliv na výběr nejvhodnější nabídky zde dovozován ani být nemusí, jedinou podmínkou pro zrušení zadávacího řízení v šetřeném případě je stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem. Důvodem pro konstatování pochybení zadavatele nebylo posouzení, zda uchazeče vyloučit měl či nikoliv, ale nesprávné nastavení zadávacích podmínek.
46. Na základě výše uvedeného tedy námitku zadavatele o neaplikovatelnosti judikátu NSS na šetřený případ neshledávám důvodnou.

K tvrzení zadavatele, že předmětný certifikát nepožadoval jako obchodní podmínku

47. Tvrzení zadavatele, že předmětný certifikát nepožadoval jako obchodní podmínku, považuji za vysoce nedůvěryhodné, neboť předmětný požadavek byl jasně podřazen do kapitoly 6. „OBCHODNÍ PODMÍNKY“. Tvrzení zadavatele, že certifikát byl obsažen až v dalších požadavcích, které navazovaly na obchodní podmínky, je tedy nepravdivé a zadavatel nemůže nyní úspěšně argumentovat, že požadavek jako smluvní podmínku nechápal, když ji zařadil do kapitoly obchodních podmínek.

K tvrzení zadavatele, že předmětný certifikát ani nepožadoval

48. K tvrzení zadavatele, že certifikát ani nepožadoval, nýbrž požadoval pouze navrhovaný popis realizace zakázky, a tedy šlo pouze o požadavek na doložení formy a způsobu řešení realizace, u kterého zadavatel definoval kvalitativní minimum, uvádím, že toto tvrzení zcela odporuje znění zadávací dokumentace, kde zadavatel v bodu 6. „OBCHODNÍ PODMÍNKY“ uvedl, že „[d]ále musí uchazeč doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou“. Z uvedeného je na první pohled patrné, že zadavatel tento konkrétní nebo jemu obdobný certifikát požadoval. Tvrzení zadavatele, že certifikát ani nepožadoval, neshledávám pravdivým a jeho námitku v tomto ohledu shledávám nedůvodnou.

K tvrzení zadavatele, že i kdyby Úřad konstatoval formalistické pochybení s ohledem na znění nového zákona, nelze dojít k závěru, že pochybení bylo porušením zásady transparentnosti a mělo vliv na výběr nejvhodnější nabídky

49. K tomuto uvádím, že jednání zadavatele rozporné se zákonem nelze bagatelizovat pojmem „formalistické pochybení“. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces a zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona. Přestože vztah mezi zadavatelem a uchazečem o veřejnou zakázku je obecně vztahem soukromoprávním, nelze při uzavírání smlouvy aplikovat absolutně stejné postupy a principy jako mezi soukromými subjekty, neboť tento vztah je limitován zákonem (myšleno zákonem o veřejných zakázkách). Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010 judikoval: „*Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné. (...) zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, zatímco kontraktace soukromých subjektů navzájem je výrazně volnější.*“ Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení vyjádřené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Toliko k tvrzení, že se jednalo o pouhé formalistické pochybení. O tom, že pochybení bylo porušením zásady transparentnosti a absentující nutnosti prokazovat v šetřeném případě vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jsem se vyjádřil již výše.

K údajné nediskriminačnosti předmětného požadavku

50. Zadavatel namítá, že předmětný požadavek v šetřeném případě nemohl působit diskriminačně, když tento požadavek byl transparentně zveřejněn od počátku zadávacího řízení a všichni potenciální uchazeči s ním tedy byli seznámeni. Zadavateli v napadeném rozhodnutí však nebyla vytýkána diskriminačnost tohoto požadavku. Zadavateli bylo vytýkáno netransparentní jednání spočívající v tom, že předmětný požadavek, který byl požadavkem na kvalifikaci, zařadil mezi obchodní podmínky, čímž kromě nepřehlednosti zadávacích podmínek mimo jiné způsobil, že hodnocení splnění tohoto požadavku odsunul do jiné fáze, než ve které měl být hodnocen, což mělo mimo jiné za následek, že k podání nabídky byl vyzván uchazeč, který nesplnil podmínky kvalifikace. Jak jsem také uvedl výše, Úřad v souladu s rozhodovací praxí NSS případnou diskriminačnost požadavku vůbec nehodnotil, neboť to v šetřeném případě je zcela nadbytečným. Na vyřčenou netransparentnost nemá vliv ani to, že byl požadavek uveřejněn od počátku.
51. K tomuto zadavatel také dodal, že případná diskriminačnost požadavku v šetřeném případě by se dala srovnat s doložením konkrétního popisu použitého materiálu u stavby. Z formulace této námítky není zřejmé, kam tímto tvrzením zadavatel směřuje, ale jak jsem uvedl o odstavec výše, diskriminačnost požadavku v daném případě nebyla vůbec předmětem posuzování. Proto i tuto námítku zadavatele shledávám nedůvodnou.

K údajným nejasnostem ohledně charakteru certifikátu OHSAS 18001

52. Jelikož dle zadavatele nepanuje jednoznačné povědomí o tom, kam do zadávacích podmínek by požadavek na certifikát OHSAS 18001 měl být řazen, domnívá se, že předmětný

požadavek je obecně zadavateli velmi často stanovován mimo rámec kvalifikačních podmínek, přičemž dodává, že pokud by zařazení tohoto požadavku jinam než do požadavků na technickou způsobilost znamenalo automaticky nutnost zrušení zadávacího řízení, vyústilo by to v desítky zrušených zadávacích řízení, o kterých má zadavatel povědomí. K tomu prvé řadě uvádím, že nejasnosti ohledně povahy tohoto certifikátu nepanují, neboť tyto nejasnosti byly rozptýleny právě judikátem NSS, který byl vydán již ke konci roku 2011. Proč v žádném případě tento požadavek nemůže být řazen mezi obchodní podmínky (respektive co je obchodními podmínkami), Úřad vysvětlil již v bodě 60 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

53. Ustanovení § 79 zákona stanoví, že kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností. Dále v bodě 62 odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad zmínil, že „[n]orma OHSAS (...) specifikuje požadavky na systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, které mají organizaci (dodavatel) umožnit přípravu a zavedení politiky a cílů, které budou brát v úvahu požadavky právních předpisů a informace o rizicích v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Jedná se tedy o normu pokrývající oblast managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a je určena k tomu, aby organizaci (dodavatel) poskytla prvky systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, který je možno sjednotit s dalšími požadavky managementu a jedná se o normu, jež může dané organizaci (dodavatel) pomoci dosáhnout cíle v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, příp. i ekonomických cílů“. V tomtéž bodu odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval obsahem certifikace OHSAS 18001, přičemž došel k závěru, že „pokud zadavatel po dodavatelích požaduje předložení certifikátu OHSAS 18001, jedná se o ověření vlastností dodavatele spočívajících ve způsobilosti zajišťování bezpečnosti a ochrany zdraví při práci“ a že se „jedná o podmínku kvalifikace dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona, neboť jde o požadavek zadavatele na způsobilost dodavatele, bez jejíhož splnění není dle stanovených zadávacích podmínek schopen veřejnou zakázku kvalifikovaně realizovat“. Ostatně na podporu tohoto závěru Úřad citoval i tvrzení uváděné zadavatelem v zadávací dokumentaci, kde je doslova uvedeno, že dodavatel musí „(...) doložit doklad (certifikát) o **odborné kvalifikaci** dodavatele dle systému OHSAS 18001(...)“. Také v případě posuzovaném NSS ve zmiňovaném judikátu bylo na předmětný požadavek nahlíženo jako na kvalifikační kritérium. Skutečnost, že existují jiná zadávací řízení, kde zadavatelé postupovali stejně, nemá žádnou vypovídací hodnotu o tom, zda tím pádem tito zadavatelé postupovali v souladu se zákonem. Proto i tuto námitku zadavatele shledávám nedůvodnou.

K tvrzení zadavatele, že se cítí být poškozen

54. Nesdílím názor zadavatele, že je napadeným rozhodnutím poškozen, protože by snad údajně Úřad postupoval formalisticky, a to navíc v době, kdy se teprve vytváří rozhodovací praxe k novému zákonu. Úřad postupuje v souladu se zákonem, když zjištěný nezákonný postup zadavatele nesouladný se zásadou transparentnosti řeší uložením nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení. Ze slov zadavatele plyne, že snad nemohl očekávat vytýkavý postoj Úřadu v době, kdy se teprve vytváří praxe k novému zákonu, avšak jak jsem uvedl výše, zásada transparentnosti zůstala nezměněna, stejně tak požadavek na certifikát OHSAS 18001 i podle předchozích právních úprav byl řazen mezi kritéria (technické) kvalifikace. Úřad tedy postupuje nejen v souladu s nyní účinným zákonem, ale rovněž s ustálenou rozhodovací praxí. Tudíž i tuto námitku zadavatele shledávám nedůvodnou.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Bc. Milan Konečný, K Holotovci 1191, 735 11 Orlová
2. Nehlsen Třinec, s.r.o., Jablunkovská 392, 739 61 Třinec

Vypraveno dne:

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