



UOHSX00AOIC6

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0172/2017/VZ-36169/2017/321/OMa

Brno: 12. prosince 2017

V řízení o rozkladu ze dne 10. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **EGE-Trading, s. r. o.**, IČO 25159844, se sídlem Novohradská 397/34, 370 08 České Budějovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 7. 2017 MT Legal, s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0283/2017/VZ-27871/2017/522/JKr ze dne 25. 9. 2017, 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 zastoupena na základě plné moci ze dne 28. 12. 2016 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s. r. o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha – Nové Město,

učiněných při zadávání části č. 10 „**DODÁVKY KABELY STÍNĚNÉ ZEMNÍ CU DUŠE, 0,6/1 KV – IZOLACE PVC**“ veřejné zakázky „**DODÁVKY KABELŮ A VODIČŮ NN A VN**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 10. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 10. 2015 pod ev. č. zakázky 524746 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 205-372874,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S0283/2017/VZ-27871/2017/522/JKr ze dne 25. 9. 2017

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 21. 7. 2017 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušnému podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“¹) k dohledu nad dodržováním zákona doručen návrh navrhovatele – EGE-Trading, s. r. o., IČO 25159844, se sídlem Novohradská 397/34, České Budějovice, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 7. 2017 MT Legal, s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno, (dále jen „**navrhovatel**“ – na zahájení správního řízení 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 zastoupena na základě plné moci ze dne 28. 12. 2016 Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s. r. o., IČO 24225029, se sídlem Klimentská 1216/46, 110 00 Praha – Nové Město, (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání části č. 10 „DODÁVKY KABELY STÍNĚNÉ ZEMNÍ CU DUŠE, 0,6/1 KV – IZOLACE PVC“, (dále jen „**část 10**“), veřejné zakázky „DODÁVKY KABELŮ A VODIČŮ NN A VN“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 14. 10. 2015 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 19. 10. 2015 pod ev. č. zakázky 524746 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 10. 2015 pod ev. č. 2015/S 205-372874, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět části 10 veřejné zakázky je specifikován v technické specifikaci standardu (která je v části 3 technické specifikace zadávací dokumentace veřejné zakázky), kde je podrobně rozvedeno, jaké vlastnosti má mít daný předmět veřejné zakázky, tedy kabel s Cu stíněním (dále též „**kabel**“), jaké bude jeho použití a s jakými předpisy má být v souladu.
3. V návrhu navrhovatel brojil proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 6. 2017, kterým zadavatel navrhovatele s odkazem na § 76 odst. 6 zákona vyloučil z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky. Zadavatel tímto rozhodnutím vyloučil navrhovatele z důvodu nesplnění požadavku zadavatele na předložení zkušebního protokolu o typových zkouškách navrhovatelem nabídnutého kabelu (dále též „**zkušební protokol**“), z důvodu nepředložení zadavatelem požadovaného certifikátu, který by potvrzoval výsledky zachycené v předloženém zkušebním protokolu (dále též „**certifikát**“) a pro nesplnění požadavku

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

zadavatele na správné označení nabízeného kabelu. Navrhovatel s tímto nesouhlasil. Navrhovatel považuje posouzení své nabídky a citované rozhodnutí zadavatele za učiněné v rozporu se zákonem, konkrétně v rozporu s § 76 zákona a zásadami uvedenými v § 6 odst. 1 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 25. 9. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0283/2017/VZ-27871/2017/522/JKr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.
5. Výrok napadeného rozhodnutí Úřad odůvodnil tím, že z předložených dokumentů k nabídce navrhovatele na veřejnou zakázku není možné určit, zda navrhovatelem nabízený kabel 1-CYKFY splňuje požadavky zadavatele vyjádřené v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, přičemž se Úřad ani zadavatel nezabýval tím, zda je daný kabel opravdu splňuje, ale pouze tím, zda tuto skutečnost mohl zadavatel z nabídky navrhovatele zjistit. Dle Úřadu zkušební protokol, kterým danou skutečnost navrhovatel v nabídce prokazoval, sám o sobě nepotvrzuje, že kabel 1-CYKFY splňuje zadavatelem stanovené podmínky, v čemž ho utvrdilo i stanovisko sp. zn. EZU2017/12051 Elektrotechnického zkušebního ústavu (dále jen „**EZÚ**“), v němž byly vyjádřeny stejné závěry, jaké učinil Úřad. V této věci pak navrhovatel argumentoval „kabelářskou praxí“, dle Úřadu pro ni však není ve značně formalizovaném procesu, jako je zadávací řízení, prostor. Obdobně pak Úřad potvrdil postup zadavatele, když určil, že pouhý certifikát přiložený ke zkušebnímu protokolu v rámci nabídky navrhovatele sám o sobě nepotvrzuje kvalitu kabelu 1-CYKFY vyžadovanou zadávacími podmínkami veřejné zakázky.
6. Úřad se ani nezabýval dalšími dvěma důvody, pro které byl navrhovatel ze zadávacího řízení na část 10 veřejné zakázky vyloučen, jelikož pro naplnění hypotézy umožňující vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení stačí naplnění alespoň jednoho důvodu pro tento právní úkon, což však bylo dle Úřadu splněno již tím, že nebylo zkušebním protokolem doloženo, zda kabel 1-CYKFY splňuje podmínky stanovené v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Na základě těchto podkladů Úřad uzavřel, že v rovině námitek navrhovatele zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky vyloučil.

III. Rozklad navrhovatele

7. Dne 10. 10. 2017 doručil navrhovatel Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 25. 9. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

8. Navrhovatel v rozkladu namítá, že v zadávacích podmínkách veřejné zakázky není jednoznačně a konkrétně vymezen požadavek na obsah požadovaného zkušebního protokolu, resp. na to, k jakému konkrétnímu výrobku (kabelu) se tento protokol má vztahovat.

9. Dále navrhovatel v rozkladu namítá, že ze zadávacích podmínek veřejné zakázky není jednoznačně zřejmý ani samotný požadavek na fyzické doložení zkušebního protokolu a certifikátu v nabídce navrhovatele. Odůvodňuje to tím, že tato položka v zadávacích podmínkách veřejné zakázky neobsahuje konkrétní doložku „Uchazeč přiloží přílohu“, kde však v jiné části zadávací dokumentace je řečeno, že tuto konkrétní doložku musí v případě požadavku doložení přílohy obsahovat. Zjištění Úřadu je tak založeno na nesprávném skutkovém zjištění věci.
10. Navrhovatel v rozkladu poukazuje na to, že pro splnění požadavků zadavatele stanovených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky plně postačuje pouze předložení posledního aktuálního a platného zkušebního protokolu, protože není nutné dokládat protokoly předchozí, i přestože v nich mohou být obsaženy relevantní informace pro posouzení toho, zda konkrétní kabel splňuje podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. Toto dle navrhovatele odpovídá kabelářské praxi.
11. Další námitkou navrhovatele je, že zkušební protokol se nemusel vztahovat výhradně na kabely nabízené uchazečem (1-CYKFY) v rámci nabídky na veřejnou zakázku, jelikož opačný závěr ze zadávací dokumentace na veřejnou zakázku nevyplývá. Dle navrhovatele došel Úřad k tomuto závěru za špatného použití zásady „nesporných skutečností“ mezi účastníky, když považoval za nesporné to, co oba nenamítají, a nikoliv to, co oba shodně tvrdí.
12. Nakonec dle navrhovatele není ze zadávací dokumentace na veřejnou zakázku zřejmé, zda zkušební protokol a certifikát musí být související dokumenty. Dle navrhovatele se jedná o dva na sobě nezávislé dokumenty.
13. Rozhodnutí Úřadu tedy navrhovatel považuje jako založené na nesprávném a neúplném skutkovém zjištění a je tedy nepřezkoumatelné a nezákonné.

Závěr rozkladu

14. Navrhovatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání dle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu.

IV. Řízení o rozkladu

15. 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

16. 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.

17. 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 podrobně rozvedeny důvody, na základě kterých jsem napadené rozhodnutí potvrdil a navrhovatelem podaný rozklad zamítl.

V. K námitkám rozkladu

Obecně k požadavkům doložení zkušebního protokolu a certifikátu

18. Zadavatel zadával veřejnou zakázku s tím, že v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, kterou zákon v § 44 odst. 1 zákon charakterizuje jako soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, jednoznačně stanovil v části „technická dokumentace standardu“, jaké parametry má mít kabel, který požaduje. Tyto parametry byly výslovně popsány. Prokázání jejich splnění pak zadavatel požadoval mimo jiné doložením zkušebního protokolu a certifikátu. Charakteristiky, které mají být těmito dokumenty prokázány, jsou zákonem chápány jako technické podmínky. Zákon v § 44 odst. 3 stanovuje, že zadávací dokumentace právě tyto technické podmínky musí obsahovat, pokud to vyžaduje předmět veřejné zakázky, což je nepochybně v daném případě naplněno, a to kvůli odborné konkretizaci parametrů kabelu – mimo jiné z dané skutečnosti i nepřímo vyplývá, že se technické podmínky musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky.
19. Uchazeči zadávacího řízení obecně podávají nabídky, ve kterých mimo jiné osvědčují, zda splnili podmínky stanovené v zadávací dokumentaci. Tuto skutečnost posuzuje a hodnotí hodnotící komise. V případě nejasností může hodnotící komise uchazeče požádat o písemné vysvětlení nabídky. Z daného vyplývá, že již z nabídky musí být zřejmé, zda jsou podmínky stanovené v zadávací dokumentaci splněny, aby mohla hodnotící komise tuto skutečnost řádně posoudit.
20. Z předchozích dvou odstavců odůvodnění tohoto rozhodnutí tedy vyplývá, že pro potenciální úspěch v zadávacím řízení musí být uchazečem splněny mimo jiné tyto dvě skutečnosti. Nabízené plnění (v daném případě kabel) musí splňovat podmínky na něj kladené zadávací dokumentací, a zároveň musí uchazeč tuto skutečnost ve své nabídce doložit. Na tomto místě je vhodné zmínit, že je možné využít analogii mezi splněním technických podmínek a kvalifikačních předpokladů. Důvodem pro to je, že kvalifikační předpoklady i technické podmínky musí souviset s předmětem veřejné zakázky a musí být nejen fakticky splněny, ale také prokázány, a to tak, jak požaduje zadavatel. K již zmíněné problematice se v rámci kvalifikačních podmínek vyjádřil i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 111/2015-77 ze dne 1. 2. 2017. Tento lze tedy analogicky použít i pro technické podmínky. V daném rozsudku se ke splnění podmínek stanovených zadávací dokumentací Krajský soud v Brně vyjádřil tak, že „[d]odavatel tedy nesplňuje kvalifikaci nejen tehdy, jestliže u něj ve skutečnosti nejsou splněny kvalifikační předpoklady, nýbrž i tehdy, jestliže dodavatel jejich splnění zadavateli neprokáže, a to způsobem a ve lhůtě zadavatelem stanovené, a to i kdyby u něj byly ve skutečnosti splněny.“. Toto potvrzuje tezi z úvodu tohoto odstavce. V kontextu dané analogie a problematiky je na tomto místě ještě vhodné zmínit, že dle § 50 odst. 3 zákona je zadavatel povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky. Z toho lze za užití

analogie pro technické podmínky vyvodit, že i ony musí bezprostředně souviset s předmětem veřejné zakázky.

21. Uvedené skutečnosti tak vedou k závěru, že protokoly, certifikace a obdobná dokumentace vyžadovaná v zadávací dokumentaci veřejných zakázek se musí vztahovat k předmětu zakázky. Pokud by tomu tak nebylo, jednak by tím zadavatel porušoval zákon, a také by hodnotící komise nemohla v některých případech posoudit, zda jsou podmínky stanovené zadávací dokumentací splněny, a tedy zda jsou splněny podmínky účasti v zadávacím řízení, což by však potíralo významnou funkci, kterou hodnotící komise má. Z těchto důvodů by byla daná skutečnost v rozporu s jednou ze základních zásad zadávacího řízení, konkrétně se zásadou transparentnosti. Podpůrným argumentem pro důvod, kvůli kterému se musí protokoly, certifikace a obdobná dokumentace vztahovat k předmětu veřejné zakázky, je argument ad absurdum. V případě opačného závěru by totiž mohlo dojít k situaci, ve které by bylo nutné na začátku definovat všechny pojmy až k axiomům (protože téměř každý pojem lze konkretizovat, viz např. předmět veřejné zakázky – jaké veřejné zakázky? Jaký konkrétní předmět? Apod.), které by bylo nutné postupně rozvíjet, aby mohla být zadávací dokumentace v tomto ohledu „nenapadnutelná“. Jedná se však o nepředstavitelnou situaci, která by zadávací řízení značně zkomplikovala, učinila složitější a ve výsledku nepřehlednější, což by bylo v rozporu se zásadami zadávacího řízení (opět zásadou transparentnosti a v některých případech i zásadou materiální pravdy). Je proto racionální dojít k závěru, že pokud je výklad souvislostí jednoznačně logický, je nutné tyto souvislosti vykládat v souladu s touto logikou. Konkrétně v daném případě, protokoly, certifikace a obdobná dokumentace se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky.
22. Jako shrnutí tedy uvádím, že je podstatné jak to, zda předmět veřejné zakázky splňuje požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, tak to, aby tato skutečnost byla prokazatelně doložena v nabídce uchazeče. Nabídka uchazeče je pak souborem dokumentů, který určuje, zda byly uchazeči splněny povinnosti stanovené zadávací dokumentací. Zároveň pak platí, že protokoly, certifikace a obdobné dokumenty se mají vztahovat k předmětu veřejné zakázky.

K nutnosti přímé vazby zkušebního protokolu a certifikátu

23. Jako další z důvodů, pro které byl podán rozklad, navrhovatel uvádí, že ze zadávacích podmínek veřejné zakázky nikde nevyplývá, že by měla být doložena přímá vazba mezi požadovaným certifikátem kabelu a zkušebním protokolem. Dle navrhovatele ze zadávací dokumentace vyplývá, že oba tyto dokumenty jsou na sobě zcela nezávislé a samostatné. Pokud měly být na sobě závislé, musela být tato skutečnost uvedena již v zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku, přičemž vzniklá interpretační nejistota nemůže jít k tíži navrhovatele.
24. Jak certifikát, tak zkušební protokol, se musí týkat předmětu veřejné zakázky. Tato skutečnost již byla odůvodněna jak v bodě 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí, tak v bodech zabývajících se předchozím rozkladovým důvodem (soulad protokolu s předmětem veřejné zakázky). Zároveň pak je nutné i v tomto bodě zopakovat argument ad absurdum uvedený v bodě 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí, který hovoří o situaci, která by nastala, pokud by bylo nutné vše až příliš konkretizovat a definovat.

25. Z technické specifikace standardu, uvedené v zadávací dokumentaci veřejné zakázky a z předchozího odůvodnění jednoznačně vyplývá, že jak zkušební protokol, tak certifikát, se musí vztahovat k předmětu veřejné zakázky. Z toho však vyplývá, že se jedná o dokumenty, které k sobě nutně váže přímá vazba – předmět veřejné zakázky. To, že tato skutečnost není přímo popsána v zadávací dokumentaci, neznamena, že je tato přímá vazba jakkoliv narušena. Je zcela logické, že pokud zadavatel vyžadoval doložení určitých parametrů jistými dokumenty (zde certifikátem a zkušebním protokolem – kdy však certifikát je založen na jiném zkušebním protokolu než tom, který navrhovatel uvedl v nabídce), že tyto dokumenty bude pojit přímá vazba, zvláště pokud běžně právě na základě zkušebního protokolu bývá udělen certifikát osvědčující splnění určitých parametrů. Pro shrnutí – zkušební protokol i certifikát potvrzují určité vlastnosti – tyto vlastnosti má mít předmět veřejné zakázky (kabel) – certifikát je vydáván na základě zkušebního protokolu – certifikát i zkušební protokol musí být dokumenty s přímou vazbou.
26. Co se týče interpretační nejistoty, kterou navrhovatel v této skutečnosti spatřuje a namítá ji, je nutné znovu upozornit na tezi z bodu 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Není v silách zadavatele, navrhovatele, ani nikoho jiného, aby vše bylo exaktně pojmenováno a dopodrobna dovysvětleno, protože by to způsobovalo pouze další a další interpretační nejistoty. Zadávací řízení je sice značně formalizované, ale i tato formálnost má určité hranice, které je nutné dodržovat – nelze po nikom požadovat, aby odůvodňoval a komentoval každé slovo, které použije – je nutné vyžadovat i určitou míru porozumění, která nesmí být blokována uměle vytvořenou „interpretační nejistotou“. Například, pokud zadavatel vyžaduje určité protokoly, je zřejmé, že se mají týkat předmětu veřejné zakázky, a nemůže jít o libovolné protokoly. Opačný závěr postrádá logiku a je pouze uměle vytvořenou interpretační překážkou. K dané problematice se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 7 Afs 66/2010 – 232 ze dne 26. 10. 2011, kde konstatuje, že „[v]ymezení předmětu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky je základním pravidlem, od něhož se zadavatel nemůže odchýlit, nicméně míra vymezení související se způsobem realizace plnění je limitována jeho objektivní možností disponovat v době zpracovávání zadávací dokumentace dostatečně konkrétními informacemi a tyto slovně nebo obrazem v zadávacích podmínkách popsat. Rovněž musí zohledňovat i odpovídající odbornou úroveň dodavatelů a předpokládat jejich dostatečnou zdatnost“. Obdobně je tomu v tomto případě, kdy je zřejmé, že protokol i certifikát jsou dokumenty s přímou vazbou, jak již bylo vysvětleno v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí.
27. Lze tak uzavřít, že Úřad činil správně, když postupoval v souladu s tím, že zkušební protokol a certifikát mají být dokumenty s přímou vazbou, jelikož společně mají osvědčovat obdobné skutečnosti (certifikát má být založen na zkušebním protokolu). Zároveň pak nesouhlasím s argumentací navrhovatele, že došlo vinou zadavatele k interpretační nejistotě, která tak nesmí jít na škodu navrhovateli, jelikož zadavatel žádnou interpretační nejistotu nevytvořil a ta byla pouze uměle „vytvořena“ navrhovatelem.
- K argumentaci „běžnou kabelářskou praxí“*
28. Navrhovatel to, že předložil poslední aktuální a platný protokol o zkoušce potvrzující soulad PVC silových kabelů s požadovanými normami, který však zároveň sám o sobě neprokazoval požadované vlastnosti pro předmět veřejné zakázky, vysvětluje „běžnou kabelářskou praxí“. Dle té podle navrhovatele postačuje, když pro osvědčení splnění vlastností kabelu

navrhovatel předložil pouze onen poslední zkušební protokol, protože právě jím se odkazuje na celou řadu zkušebních protokolů, jejichž součástí je i zkušební protokol potvrzující požadované vlastnosti kabelu, který byl vyžadován zadavatelem, tedy kabelu, který byl předmětem veřejné zakázky.

29. Jak již bylo uvedeno, zadávací řízení je značně formalizovaný proces. To s sebou nese různé důsledky – jedním z nich je to, že dokumenty, které mají sloužit k posouzení, zda jsou splněny podmínky stanovené v zadávací dokumentaci veřejné zakázky, musí být uvedeny již v nabídce uchazečů zadávacího řízení, tedy při podání nabídek. Tyto informace musí být úplné, jelikož podle nich se hodnotící komise rozhoduje, zda uchazeč splnil podmínky účasti v zadávacím řízení. Uchazeč musí předložit vše, co je potřeba pro to, aby mohlo být na základě daných podkladů bez dalšího rozhodnuto o tom, zda uchazeč splňuje požadavky zadavatele. Není přípustné, aby si zadavatel, potažmo hodnotící komise, musel z poskytnutých dokumentů domýšlet, zda uchazeč opravdu všechny jeho požadavky splnil. K tomu se obdobně vyjádřil i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 62 Af 28/2010-267 ze dne 1. 7. 2010, kde konstatuje, že „[n]epředloží-li přitom dodavatel (uchazeč) vyžadované informace o své kvalifikaci a požadované doklady ve lhůtě stanovené zadavatelem pro podání nabídek, popř. poskytne-li tyto údaje či doklady neúplné, nutno dovést, že nespĺňuje kvalifikaci podle § 60 ZVZ, a zadavatel je povinen takového dodavatele (uchazeče) z účasti v zadávacím řízení vyloučit a o této skutečnosti jej bezodkladně informovat“, a je tedy vyžadováno jak to, aby byly potřebné dokumenty doloženy včas, tak to, aby byly úplné.
30. Dalším lichým předpokladem týkajícím se „běžné kabelářské praxe“, kterým argumentuje navrhovatel, je to, že by měl zadavatel znát právě zmíněnou „běžnou kabelářskou praxi“. Není předmětem tohoto, ani předešlých řízení, to, zda postup navrhovatele je v souladu s běžnou kabelářskou praxí, či zda není. Je lhostejné, jaká je kabelářská praxe. Podstatné je, aby zadavatel z dokladů ověřil, zda prokazují skutečnosti, jejichž prokázání vyžaduje zadávací dokumentaci. Není tak možné využívat praxi, na kterou může být dodavatel zvyklý z běžného obchodního styku. Zadavatel navíc není jediným subjektem, který může danou skutečnost ověřovat. Jedná se rovněž o ostatní dodavatele, případně také o Úřad, jenž obdobně jako zadavatel není povinen „běžnou kabelářskou praxi“ znát. Navrhovatel tak opomíjí, že úkony zadavatele musí být přezkoumatelné i zpětně. Pokud by se zadavatel spokojil s doklady předloženými mu navrhovatelem, třebaš i ve spojení s „běžnou kabelářskou praxí“, pak by takový úkon byl z pohledu Úřadu nepřezkoumatelný, protože by nebyl schopen ověřit naplnění požadavků zadávací dokumentace.
31. V daném případě tedy došlo k situaci, kdy navrhovatel předložil ve své nabídce určitý zkušební protokol. Tento zkušební protokol však sám o sobě neprokazoval splnění podmínek kladených na předmět veřejné zakázky, hodnotící komise tedy na jeho základě nemohla dojít k závěru, zda kabel nabízený navrhovatelem dané podmínky splňuje. Proto byl dne 31. 3. 2017 navrhovatel zadavatelem vyzván k objasnění informací/dokladů předložených v jeho nabídce. Navrhovatel opětovně odkázal na protokoly, které předložil již v nabídce. V závislosti na tom pak následovalo vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na část 10 veřejné zakázky, jelikož pro hodnotící komisi se z tohoto pohledu nic nezměnilo, stále nebyla schopná posoudit, zda kabel nabízený navrhovatelem splňuje podmínky stanovené zadávací dokumentací veřejné zakázky. Toto potvrdilo i stanovisko sp. zn. EZU2017/12051 EZÚ, dle kterého protokol přiložený k nabídce sám o sobě nepotvrzuje, zda kabel, který měl být jako

předmět veřejné zakázky dodán navrhovatelem, splňuje podmínky kladené zadávací dokumentací zadávacího řízení.

32. Úřad tedy postupoval správně, když nebral v potaz „běžnou kabelářskou praxi“, a tento argument tedy nepovažoval za podstatný pro rozhodnutí o tom, zda byl navrhovatel vyloučen z části 10 veřejné zakázky oprávněně, a to protože zkušební protokol, který dodal navrhovatel, nepotvrzuje splnění podmínek stanovených zadávací dokumentací veřejné zakázky, a „běžná kabelářská praxe“ se v rámci zadávacího řízení ve formě požadované navrhovatelem nepoužije.

K souladu protokolu s předmětem veřejné zakázky

33. V další části rozkladu navrhovatel uvádí, že není nikde v zadávacích podmínkách veřejné zakázky jednoznačně a konkrétně vymezen požadavek na obsah požadovaného zkušební protokolu, respektive na to, k jakému konkrétnímu výrobku (kabelu) se tento zkušební protokol má vztahovat.
34. Nejprve je nutné konstatovat, že tuto skutečnost navrhovatel nenamítal ani v námitkách ze dne 29. 6. 2017 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 6. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky, ani následně v návrhu na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 7. Jedná se tedy pouze o rozkladovou námitku proti skutečnosti, která již mohla být namítána v předešlých fázích jak zadávacího, tak správního řízení, a namítána nebyla. Zákon pak stanoví, že podání námitek a následně návrhu je nutnou podmínkou pro podání právně relevantní rozkladové námítky. Jelikož však tyto podmínky dodrženy nebyly, není námitka toho, že ze zadávacích podmínek veřejné zakázky není jasné, k jakému konkrétnímu výrobku (kabelu) se má vztahovat zkušební protokol, právně relevantní, a je dodána pouze nad rámec dosavadní argumentace. Z tohoto důvodu se jedná o rozkladovou námitku, ke které se nepřihlíží, jak je stanoveno v § 114 odst. 11 zákona.
35. Nad rámec daného rozhodnutí o rozkladu proti napadenému rozhodnutí je však vhodné tuto námitku vypořádat. Proti tomuto důvodu lze argumentovat již skutečnostmi uvedenými v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zkušební protokol se v daném případě musí vztahovat k danému kabelu, jelikož ten je předmětem veřejné zakázky (a byl blíže specifikován v technické specifikaci standardu, která je v části 3 technické specifikace zadávací dokumentace veřejné zakázky). Pokud by se k němu nevztahoval, nemohla by hodnotící komise provést posouzení nabídky, jelikož by neměla jak zjistit, zda daný kabel splňuje podmínky stanovené zadávací dokumentací. Z obsahu daného zkušební protokolu musí vyplývat, že nabízené plnění splňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. Nadto je vhodné zmínit účel, za kterým by daný zkušební protokol vůbec měl být přikládán k nabídce, pokud by se neměl vztahovat k předmětu zakázky. Jednalo by se poté o zbytečný dokument, který nic neříká a který nemá žádný účel – za takových okolností by bylo možné přiložit jakýkoliv protokol, který splňuje pouze podmínky uvedené v názvu konkrétního protokolu (Technická specifikace standardu, požadavek na dokumentaci a zkoušky v nabídkách, položka č. 4). Ovšem takový záměr zadavatele je již z podstaty věci absurdní, jelikož je zřejmé, že zadavateli šlo o to, aby dané podmínky splňoval předmět veřejné zakázky, a ne jakýkoliv jiný výrobek.

36. Když tedy navrhovatel v nabídce doložil zkušební protokol, ze kterého nebylo možné zjistit, zda jeho výrobek (předmět veřejné zakázky) splňuje podmínky stanovené v zadávacích podmínkách (což dosvědčilo i stanovisko EZÚ sp. zn. EZU2017/12051), neměla hodnotící komise jinou možnost, než konstatovat, že není možné zjistit, zda výrobek navrhovatele splňuje podmínky stanovené zadávací dokumentací na veřejnou zakázku, jelikož zkušební protokol předložený navrhovatelem tyto informace neobsahuje – a proto ani nabídka navrhovatele nespĺňovala požadavky stanovené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky. To, že zkušební protokol předložený navrhovatelem v nabídce osvědčoval splnění podmínek na předmět veřejné zakázky stanovených zadávací dokumentací veřejné zakázky pro jiné výrobky, než měly být předmětem veřejné zakázky, je pak irelevantní (zadavateli jde totiž o předmět veřejné zakázky – který je podrobně specifikován v technické specifikaci standardu, nacházející se v části 3 technické specifikace zadávací dokumentace veřejné zakázky).
37. K této části je ještě nutné zmínit argumentaci navrhovatele, dle které Úřad dospěl k závěru, že se nabízené kabely musí vztahovat ke zkušebnímu protokolu, za špatného užití tzv. „nesporných skutečností“. Dle navrhovatele totiž Úřad dovodil tuto skutečnost, když v napadeném rozhodnutí tvrdil, že *„účastníci správního řízení nečiní sporným ani to, že zadavatel svým požadavkem v bodu 4 tabulky... požadoval předložení zkušebního protokolu, který se bude vztahovat na kabely, které dodavatelé zadavateli nabídnou“*, což je však dle navrhovatele v rozporu se základními zásadami správního práva.
38. Zde je nutné souhlasit s navrhovatelem v tom, že opravdu nelze za nesporné skutečnosti označit to, co účastníci „nečiní sporným“. Za nesporné lze označit pouze skutečnosti, které oba účastníci shodně tvrdí, tedy shodným prohlášením, nikoliv shodným „mlčením“. V daném případě bod 150 odůvodnění napadeného rozhodnutí zní tak, že *„[d]le Úřadu je dále zřejmé, a účastníci řízení nečiní sporným ani to, že zadavatel svým požadavkem v bodu 4 tabulky ‚Požadavek na dokumentaci a zkoušky v nabídkách‘ v Technické specifikaci standardu požadoval předložení zkušebního protokolu, který se bude vztahovat na kabely, které dodavatelé zadavateli nabídnou“*. Jelikož opravdu může být daná formulace interpretována způsobem, jakým to učinil navrhovatel, je nutné ji označit za nešťastnou. Úřad však tím, že uvedl, *„účastníci správního řízení nečiní sporným“*, neměl tendenci odvolávat se na správně právní zásadu nesporných tvrzení, ale pouze konstatovat, že danou skutečnost účastníci nenamítali – v čemž je nutné dát Úřadu za pravdu, jelikož daná skutečnost není obsažena ani v námitkách ze dne 29. 6. 2017 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 6. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky, ani následně v návrhu na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 7. 2017. Je nutné tedy odlišit zásadu nesporných skutečností a pouhé konstatování, že účastníci něco nečinili sporným. Toto však nemá vliv na zbytek argumentace v dané věci (která byla vyčerpávajícím způsobem doplněna právě druhou instancí. Dle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2003 č. j. 7 A 124/2000-39 platí, že *„[s]právní řízení tvoří jeden celek do pravomocného rozhodnutí; vady řízení nebo rozhodnutí v I. stupni lze odstranit v řízení odvolacím“*, to znamená, že takový postup je v souladu s judikaturou). Tato argumentace byla uvedena v bodech 33 – 36 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a právě tato část odůvodnění tohoto rozhodnutí potvrzuje, že zkušební protokol se musel vztahovat právě k předmětu veřejné zakázky.

39. Úřad tak postupoval správně, když konstatoval, že zkušební protokol musí obsahovat splnění podmínek stanovených zadávací dokumentací veřejné zakázky předmětem veřejné zakázky, a nestačí, když zkušební protokol předložený navrhovatelem toto osvědčuje pro jiné výrobky. Tato rozkladová námitka je tedy nedůvodná.

K požadavku na fyzické doložení zkušebního protokolu a certifikátu v nabídce navrhovatele

40. Nad rámec své dosavadní argumentace navrhovatel v rozkladu uvádí, že ze zadávacích podmínek veřejné zakázky není jednoznačně zřejmý požadavek zadavatele na fyzické doložení zkušebního protokolu a certifikace v nabídce navrhovatele. Důvod této nejednoznačnosti spatřuje navrhovatel v tom, že v článku 13. 2. části 1 zadávací dokumentace veřejné zakázky (pokyny pro uchazeče) je uvedeno, že „[v] případě, že je v Technické specifikaci uvedeno ‚Uchazeč přiloží přílohu‘, bude tato příloha Uchazečem přiložena k vyplněné technické specifikaci.“. Z daného dle navrhovatele vyplývá, že pokud doložka „Uchazeč přiloží přílohu“ chybí, není nucen ji přiložit. Doložka takového znění však není obsažena v Technické specifikaci veřejné zakázky u položky č. 4 (zkušební protokoly) ani u položky č. 5 (certifikace) Technické specifikace standardu veřejné zakázky. Z toho důvodu tedy dle navrhovatele předložení daných příloh ze zadávací dokumentace veřejné zakázky nevyplývá. To však vedlo dle navrhovatele k tomu, že napadené rozhodnutí je založeno na nesprávném skutkovém zjištění věci ve zcela zásadní a pro posouzení postupu zadavatele stěžejní otázce.
41. Předně je nutné konstatovat, že tuto skutečnost navrhovatel nenamítal ani v námitkách ze dne 29. 6. 2017 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 6. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky, ani následně v návrhu na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 7. 2017. Jedná se tedy o obdobnou situaci, jaká byla popsána v bodě 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí, a i tato argumentace navrhovatele je skutečně pouze nad rámec jeho odůvodnění, jak i sám ostatně uvádí. Z tohoto důvodu se jedná o rozkladovou námitku, ke které se nepřihlíží, jak je stanoveno v § 114 odst. 11 zákona.
42. Nad rámec odůvodnění tohoto rozhodnutí však konstatuji, že i v tomto případě je nutné použít jistý stupeň porozumění. Pokud bychom se drželi pouze doslovného jazykového výkladu, má de facto navrhovatel pravdu v tom, že příloha být přiložena nemusela. Je však nutné vykládat zadávací podmínky ve vnitřních souvislostech, které obsahují, a s informacemi, které zadavatel poskytuje. Pokud bychom totiž přijali tezi navrhovatele v tomto případě, byla by část zadávací dokumentace, ve které se mají dokládat zkušební protokoly a certifikace, naprosto zbytečná. Není totiž možné tyto skutečnosti doložit jinak než právě přiložením daných příloh. Z kontextu celé zadávací dokumentace je však nepochybné, že zadavatel parametry, které měly být potvrzeny právě zkušebním protokolem a certifikací, na předmětu veřejné zakázky vyžadoval a zároveň požadoval doložení toho, že jsou splněny. Z daných skutečností tedy vyplývá, že i bez toho, aby byla použita přímá doložka „uchazeč přiloží přílohu“, bylo zřejmé, že u této části zadávací dokumentace veřejné zakázky má být příloha i přesto přiložena. Zvláště pak, pokud tabulka, která uváděla požadavky na zkušební protokol a certifikát, byla v záhlaví uvedena dvěma prvky. První z nich byl „Název položky“ a druhý „Příloha č. nebo text“. Právě tento druhý prvek jednoznačně dokládá požadavek zadavatele na přiložení přílohy.

43. Úřad tedy postupoval správně, když hodnotil zkušební protokol a certifikát jako dokumenty, které měly být součástí nabídky navrhovatele do zadávacího řízení veřejné zakázky. Zároveň pak platí, že se jedná o námitku, kterou navrhovatel mohl tvrdit již v námitkách ze dne 29. 6. 2017 proti rozhodnutí zadavatele ze dne 13. 6. 2017 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na část 10 veřejné zakázky, a následně v návrhu na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 20. 7. 2017, což však neučinil a je proto naplněna hypotéza § 114 odst. 11 zákona, věta za středníkem, dle které se k dané námitce nepřihlíží.
44. V souvislosti s tím, že navrhovatel označuje napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné, jsem je přezkoumal a shledávám je jako úplné a dostatečné pro posouzení věci, přičemž je srozumitelné a zohledňuje všechny relevantní skutečnosti.
45. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vnesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že navrhovatel byl vyloučen z části 10 veřejné zakázky oprávněně, přičemž zjištěný skutkový stav Úřad přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní předpisy (a v nich obsažené právní normy), které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

46. 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.
47. 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 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. MT Legal, s. r. o., Jakubská 121/1, 602 00 Brno
2. Advokátní kancelář Pokorný, Wagner & partneři, s. r. o., Klimentská 1216/46, 110 00 Praha – Nové Město

Vypraveno dne:

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