



UOHSX00F9FUB

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0125/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-32809/2021/161/HBa

Brno 30. 9. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 10. 8. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Nemocnice Kyjov, příspěvková organizace**, IČO 00226912, se sídlem Strážovská 1247/22, 697 01 Kyjov, ve správním řízení zastoupeným společností VIA Consult a.s., IČO 25084275, se sídlem nám. Svobody 527, 739 61 Třinec,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 7. 2021, sp. zn. ÚOHS-S0190/2021/VZ, č. j. ÚOHS-25010/2021/500/Alv, vydanému ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) citovaného zákona obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „**ZATEPLENÍ A VÝMĚNA OKEN BUDOVY DOPRAVA**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 10. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 11. 2020 pod ev. č. Z2020-038873,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26.7.2021, sp. zn. ÚOHS-S0190/2021/VZ, č. j. ÚOHS-25010/2021/500/Alv

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

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon**“) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokuty za jejich spáchání, oznámil zahájení řízení o přestupku zadavateli Nemocnice Kyjov, příspěvková organizace, IČO 00226912, se sídlem Strážovská 1247/22, 697 01 Kyjov (dále též „**obviněný**“ nebo „**zadavatel**“) přípisem č. j. ÚOHS-17524/2021/542/MKd ze dne 25. 5. 2021. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo zadavateli doručeno dne 25. 5. 2021, přičemž tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**správní řád**“), v návaznosti na § 249 zákona a § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon o přestupcích**“) zahájeno řízení o přestupku z moci úřední.
2. Dle oznámení o zahájení řízení o přestupku zadavatel při zadávání veřejné zakázky „ZATEPLENÍ A VÝMĚNA OKEN BUDOVI DOPRAVA“, jejíž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 11. 2020 pod ev. č. Z2020-038873 (dále též „**veřejná zakázka**“) nepostupoval v souladu s § 39 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona a zásadou rovného zacházení a zákazů diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona. Zadavatel totiž pochybil při posouzení kvalifikace dodavatele BBP - Bystroň group, tj. dodavatelů BBP Stavby s. r. o., IČO 03875199, se sídlem Korunovační 103/6, 170 00 Praha 7 a BYSTROŇ Group a. s., IČO 27800466, se sídlem Bieblova 406/6, 702 00 Ostrava (dále též **BBP – Bystroň group**). Konkrétně zadavatel pochybil tím, že v rozporu s čl. 1.4. „Technická kvalifikace“ písm. c) „Osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele“ kvalifikační dokumentace, v jejím znění po vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 ze dne 11. 11. 2020, neakceptoval jmenovaným dodavatelem předložené doklady k prokázání zdravotní nezávadnosti oken. Svůj postup odůvodnil tak, že tyto doklady nejsou platnou certifikací a nedeklarují požadované skutečnosti, aniž by bylo zřejmé, z jakého důvodu nepovažuje předložené doklady za neprokazující zdravotní nezávadnost oken. Současně totiž obviněný v případě dalších dvou dodavatelů akceptoval obdobný doklad vydaný Státním zdravotním ústavem (dále též „**SZÚ**“), který rovněž není certifikátem, eventuálně doklad označený jako „osvědčení“ vydaný jiným subjektem než Státním zdravotním ústavem. Tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť následně dne 22. 3. 2021 uzavřel zadavatel s dodavatelem SPOLEČNOST MSO SERVIS - KALAHA PRO OBJEKT

DOPRAVA KYJOV (dále též „**vybraný dodavatel**“) „Smlouvu o dílo“. Úřad tak nabyt podezření, že se zadavatel dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 26. 7. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0190/2021/VZ, č. j. ÚOHS-25010/2021/500/Alv (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při posouzení kvalifikace dodavatele neakceptoval předložený doklad k prokázání zdravotní nezávadnosti oken s odůvodněním, že tento doklad není platnou certifikací a nedeklaruje požadované skutečnosti, aniž by bylo zřejmé, z jakého důvodu nepovažuje předložený doklad za neprokazující zdravotní nezávadnost oken a okenních profilů, když však současně v případě dalších dvou dodavatelů obdobné doklady akceptoval, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a zadavatel uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo. Za spáchání přestupku uložil Úřad zadavateli ve výroku II napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 60 000 Kč. Výrokem III napadeného rozhodnutí uložil zadavateli uhradit náklady správního řízení v částce 1 000 Kč.
4. Své rozhodnutí odůvodnil Úřad tím, že zadavatel v kvalifikační dokumentaci požadoval předložení „platné certifikace o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydané státním zdravotním ústavem“, aniž by odkázal na konkrétní normu, jejíž splnění by měl certifikát prokazovat. Všichni uchazeči předložili odborné posudky vydané Státním zdravotním ústavem včetně protokolů, které prokazovaly zdravotní nezávadnost okenních profilů z konkrétního materiálu z hlediska emise těkavých organických látek a senzorických vlastností.
5. Zadavatel následně vyzval všechny dodavatele, aby splnění podmínky prokázali dalším dokladem, výzva ve vztahu k dodavateli BBP – Bystroň group neobsahovala upozornění, že jím předloženými doklady není dle zadavatele prokázána zdravotní nezávadnost celých oken, ale pouze okenních profilů. Následně zadavatel akceptoval doklady – osvědčení o ověření vlastností a klasifikaci pro označení výrobků CE, vydané dne 31. 5. 2017 Mendelovou univerzitou v Brně (dále též „**osvědčení Mendelu**“) předložené vybraným dodavatelem a dodavatelem Hrušecká stavební spol. s r.o., avšak neakceptoval protokol ze dne 1. 4. 2016 o posouzení splnění vlastností výrobku vydaný Centrem stavebního inženýrství a. s. (dále též „**CSI**“) o posouzení vlastností výrobku dle nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 305/2011, kterým se stanoví harmonizované podmínky uvádění výrobků na trh (dále též „**nařízení 305/2011**“). Tento protokol předložil dodavatel BBP – Bystroň group. Zadavatel svůj postup nevysvětlil, ačkoliv se jedná o doklady obdobné. Postup zadavatele byl proto diskriminační a netransparentní.

## III. Rozklad zadavatele

6. Napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno 26. 7. 2021 a zadavatel proti němu podal dne 10. 8. 2021 rozklad datovaný téhož dne. Rozklad je včasný.
7. Zadavatel v rozkladu namítá, že v zadávacím řízení vybraný dodavatel, dodavatel Hrušecká stavební spol. s r. o. i vyloučený účastník BBP – Bystroň group předložili ve svých žádostech o účast takové doklady, které dle zadavatele neprokazovaly zdravotní nezávadnost oken a okenních profilů dle stanovených zadávacích podmínek. Vybraný dodavatel a společnost Hrušecká stavební spol. s r. o. však na výzvu dodavatele předložili v souladu se zadávacími

podmínkami certifikaci – osvědčení Mendelu. Naproti tomu dodavatel BBP – Bystroň group předložil pouze protokoly vydané SZÚ a nově předložil pouze protokol o posouzení splnění vlastností výrobku podle nařízení 305/2011 ze dne 1. 4. 2016 o posouzení splnění vlastností výrobku vydaný Centrem stavebního inženýrství a. s. (dále též „**protokol CSI**“).

8. Dle zadavatele nebyly protokoly vydané SZÚ dostatečnými a rovnocennými doklady, kterými by bylo možné doložit splnění stanoveného kvalifikačního požadavku. Již z povahy věci je zřejmé, že protokol odpovídá jen záznamu z testování, přičemž je až následně osvědčen dalším dokladem, a to formou osvědčení či certifikátu. Nelze tedy tyto doklady zaměňovat. Pokud by byl protokol uznán, nebylo by možno považovat postup obviněného za transparentní.
9. Obdobné protokoly vydané SZÚ předložil i vybraný uchazeč a společnost Hrušecká stavební spol. s r. o. Splnění předmětného kvalifikačního požadavku bylo vybranému dodavateli a společnosti Hrušecká stavební spol. s r. o. uznáno až na základě předložených osvědčení z Mendelovy univerzity v Brně. Zadavatel tak vůči všem dodavatelům postupoval shodně a nemohl protokol CSI akceptovat.

#### **Návrh rozkladu zadavatele**

10. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil, popř. aby po zrušení rozhodnutí věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

11. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup dle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 téhož právního předpisu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

12. 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, byl podle § 98 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**přestupkový zákon**“) přezkoumán soulad výroků napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále byla přezkoumána rovněž správnost napadeného rozhodnutí. S přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
13. Úřad rozhodl správně a v souladu s právními předpisy, pokud zadavatele uznal vinným z přestupku vymezeného ve výroku I napadeného rozhodnutí. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč byl rozklad zamítnut a napadené rozhodnutí potvrzeno.

#### **V. K námitkám rozkladu zadavatele**

14. Dříve než se budu zabývat námitkami rozkladu zadavatele, uvádím, že na základě zevrubného přezkumu věci jsem dospěl k závěrům shodným s posouzením věci správním orgánem prvního stupně, a to z následujících důvodů.

15. Jak již bylo uvedeno v napadeném rozhodnutí, zadavatel v bodu 1.4. odst. c) technické kvalifikace požadoval mj. předložení „*platné certifikace o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydané státním zdravotním ústavem*“.
16. V průběhu zadávacího řízení obdržel zadavatel dotaz č. 1 tohoto znění: „*Dle části 1.4. odst. c) třetí odrážky Technické kvalifikace požaduje zadavatel předložení platné certifikace o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydaný státním zdravotním ústavem. Dotaz: Chápeme správně, že zadavatel požaduje doložit doklad o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydaný státním zdravotním ústavem výrobcí dodávaných oken a okenních profilů a předložení takového dokladu se nepovažuje za prokázání kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, neboť se jedná jen o dodávku materiálu?*“
17. Na tento dotaz zadavatel v dokumentu Vysvětlení/Změna zadávací dokumentace č. 01 odpověděl takto: „*Ano, zadavatel požaduje doložit doklad/certifikaci o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydaný státním zdravotním ústavem výrobcí dodávaných oken a okenních profilů. Jedná se tedy o prokazování části kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, neboť jde o prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění, jak ostatně vyplývá i z kvalifikační dokumentace.*“
18. Dle textace zadávací podmínky požadoval zadavatel dokument, který byl současně
- certifikátem
  - o zdravotní nezávadnosti
  - oken a okenních profilů
  - vydaný státním zdravotním ústavem.
- Tento svůj požadavek zadavatel stran formy dále rozvolnil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 1, kde uvedl, že požaduje doložení „*dokladu/certifikace*“, tedy nikoli již nutně pouze certifikace.
19. Z veřejných zdrojů a zákonné i podzákonné úpravy (podstatné pasáže citovány v bodech 74 – 79 napadeného rozhodnutí, na něž tímto odkazují) vyplývá, že Státní zdravotní ústav není autorizovanou osobu oprávněnou k certifikaci výrobků ve smyslu zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů (dále též „**zákon č. 22/1997 Sb.**“). Tento ústav akreditovanou zkušební laboratoří č. 1206 oprávněnou mj. k chemické, mikrobiologické a biologické analýze stavebních materiálů. Jako takový je SZÚ oprávněn stanovovat ve stavebních materiálech uvolňování těkavých organických látek (VOC) dle přílohy 1 bod 3 nařízení vlády č. 163/2002 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na vybrané stavební výrobky (dále též „**nařízení 163/2002**“) a příslušné normy ČSN a vyhlášky č. 6/2003 Sb. a dále testovat senzorickou inertnost pro nepřímý kontakt s potravinami dle ČSN 77 0226, ČSN ISO 8586, ČSN ISO 8589, ISO 13 302, ČSN EN 1230-2, na základě požadavků Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1935/2004, zákona č. 258/2000 Sb. a vyhlášky č. 38/2001 Sb.
20. O provádění analýz ve vztahu ke konkrétnímu vzorku popsanému v konkrétní dokumentaci se požičuje protokol, na jehož základě zpracuje laboratoř vyhodnocení výsledku provedených analýz, přičemž v praxi SZÚ je takový dokument označován jako odborný posudek, potažmo

osvědčení. K certifikaci výrobku ve smyslu zákona č. 22/1997 Sb., tedy k posouzení a ověření vlastností výrobku dle technických norem, není SZÚ oprávněn, jak již bylo úvodem řečeno. Protokoly vyhotovené SZÚ jsou nicméně jedním z podkladů pro certifikaci výrobku.

21. K certifikaci výrobku podotýkám, že z nařízení 163/2002 vyplývá, že u otvorových výplní pro dělení na požární/kouřové úseky a na únikových cestách (příloha 2, část 8, pořadové číslo 1 nařízení 163/2002 Sb.) se užívá *certifikace* dle § 5 nařízení 163/2002. V případě otvorových výplní pro použití, na které se vztahují další specifické požadavky, zejm. ochrana proti hluku, tepelná ochrana, těsnost a bezpečnost při užívání (příloha 2, část 8, pořadové číslo 3 nařízení 163/2002 Sb.), vystavuje autorizovaná osoba *protokol* dle § 7 nařízení 163/2002. Buď na základě certifikátu, nebo na základě protokolu vydaného autorizovanou osobou vypracovává výrobce nebo dovozce prohlášení o shodě dle § 13 nařízení 163/2002. Oproti tomu pojem *osvědčení* se v tomto nařízení užívá zásadně pro „stavební technické osvědčení“ ve smyslu § 3 nařízení 163/2002. Ve vztahu k certifikaci dle § 5 nařízení 163/2002 je osvědčení jedním z dokumentů, na jehož základě je certifikace provedena. Osvědčení (stavební technické osvědčení) tak dle této právní úpravy není synonymem certifikátu, nýbrž jedním z jeho podkladů.
22. Jak je z dikce sporné zadávací podmínky patrné, není stanovena zcela pregnantně. Je-li pominuto, že není zřejmé, co zadavatel považuje za „zdravotní nezávadnost“, tedy jaké normy má výrobek dle jeho požadavku splňovat, je otázkou, z jakého důvodu jsou okna a okenní profily v podmínce uváděny samostatně, je-li okenní profil součástí okna coby celé otvorové výplně. Problematické je i použití výrazu „certifikát“, neboť vzato doslova není možné takový doklad vydaný SZÚ dodat, neboť k jeho vydání není SZÚ oprávněn. Poslední jmenovaný nedostatek byl nicméně zadavatelem odstraněn ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 1, kde zadavatel mimo výrazu certifikace použil jako variantu i výraz doklad.
23. O věcné podstatě sporné zadávací podmínky navzdory její textaci nepanovala mezi dodavateli nejistota. I přes určité nepřesnosti v její formulaci totiž nebyl zadavatel na význam podmínky dále dotazován. Tři dodavatelé ze čtyř (čtvrtý dodavatel nedodal k této podmínce ničeho, viz v podrobnostech bod 42 napadeného rozhodnutí) interpretovali podmínku zcela shodně a ke své žádosti o účast připojili dokumenty stejného věcného obsahu i formy, a sice odborné posudky vydané SZÚ, z nichž vyplývá závěr, že plastové okenní profily byly testovány z hlediska emise těkavých organických látek a z hlediska senzorické inertnosti (dle norem uvedených v bodu 19 tohoto rozhodnutí) a jejich parametry vyhovují požadavkům uvedených norem. Součástí odborných posudků jsou protokoly o provedených zkouškách.
24. Již tyto odborné posudky formálně splňovaly spornou zadávací podmínku, neboť se jednalo o *doklady* o zdravotní nezávadnosti vydané SZÚ, neboť „certifikát“ SZÚ nevydává. Na požadavek na prokázání zdravotní nezávadnosti oken ve smyslu profilů i skleněných výplní zadavatel de facto rezignoval, neboť žádný z dokumentů, které zadavatel jako prokázání splnění sporné podmínky akceptoval, se zdravotní nezávadností skleněných výplní nezabýval.
25. Zadavatel na předložené doklady nicméně reagoval tak, že vybraného dodavatele a dodavatele Hrušecká stavební spol. s r. o. vyzval, aby doložili certifikaci o zdravotní nezávadnosti oken vydanou SZÚ, neboť předložili jen certifikaci o zdravotní nezávadnosti okenních profilů. Na to reagovali oba dodavatelé tím, že doložili osvědčení Mendelu, které ověřuje vlastnosti a klasifikaci pro značení výrobku značkou CE. Toto osvědčení nicméně není

certifikací ani protokolem ve smyslu nařízení vlády 163/2002. Mimoto ohledně zdravotní nezávadnosti (resp. v části posouzení uvolňování organických těkavých látek a sensorické intertnosti) vychází toliko z obou již předložených protokolů SZÚ týkajících se pouze okenních profilů. Takto prokázanou zdravotní nezávadnost zadavatel akceptoval.

26. Vůči dodavateli BBP – Bystroň group zadavatel postupoval tak, že dokumentem III. Výzva k doplnění/objasnění žádosti o účast požádal tohoto dodavatele o „*doplnění platné certifikace o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydané státním zdravotním ústavem*“ Dodavatelem předložené doklady dle zadavatele „*bohužel nejsou platnou certifikací, jedná se o Protokoly, které nedeklarují zadavatelem požadované skutečnosti*“. Dodavatel na tuto výzvu reagoval tak, že se jedná o doklady srovnatelné, a tedy akceptovatelné. Zadavatel ve své IV. výzvě k doplnění/objasnění předložené žádosti o účast adresované BBP – Bystroň group zopakoval, že předložené doklady nejsou dostačující, neboť „*nelze říci, že by stěžovatel doložil doklady rovnocenné prokazující jeho kvalifikaci v rozsahu kvalifikačního požadavku, a to zejména z důvodu, že zadavatel požadoval certifikaci o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů. Certifikace je nicméně vydávána až na základě protokolů, a proto ani nelze souhlasit, že by byly protokoly alternativním dokumentem, jelikož existence protokolů nasvědčuje o tom, že byla vydána i certifikace, ale není to pravidlem. Protokoly jsou nicméně velkým předpokladem vydání samotného certifikátu.*“ V návaznosti na to zadavatel opakovaně požádal o „*doplnění platné certifikace o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů vydané státním zdravotním ústavem. Vámi předložené doklady bohužel nejsou platnou certifikací, jedná se o Protokoly, které nedeklarují zadavatelem požadované skutečnosti.*“
27. Na svém stanovisku zadavatel setrval i poté, kdy dodavatel BBP – Bystroň group předložil protokol o posouzení vlastnosti výrobku – plastová okna a balkónové dveře vydaný Centrem stavebního inženýrství ze dne 1. 4. 2016, z něhož vyplývá, že z hlediska posouzení uvolňování nebezpečných látek, předložené výrobky takové látky neuvolňují. Posouzení je založeno na odborném posudku SZÚ.
28. Z výzev zadavatele je patrné, že zadavatel v případě dodavatele BBP – Bystroň group trval na předložení „certifikátu“ a současně dodavatele neupozornil na problém s tím, že předložené doklady se v části posouzení uvolňování těkavých organických látek týkají pouze okenních profilů, nikoliv celých oken. Shodně se zadavatel vyjádřil i ve svém rozhodnutí o vyloučení dodavatele BBP – Bystroň group ze zadávacího řízení: „*Zadavateli proto nezbývá než konstatovat, že účastník neprokázal splnění kvalifikačních požadavků v plném rozsahu, jelikož zadavateli opakovaně předkládal pouze protokoly, nikoliv certifikaci/osvědčení o zdravotní nezávadnosti oken a okenních profilů.*“
29. Jak zjistil již Úřad, Mendelova univerzita v Brně, Zkušebna stavebně truhlářských výrobků, stejně jako Centrum stavebního inženýrství jsou autorizovanými osobami dle nařízení 163/2002 Sb. viz bod 91 napadeného rozhodnutí. K tomu dodávám, že jak osvědčení vydané Mendelovou univerzitou a předložené vybraným dodavatelem, tak protokol CSI předložený dodavatelem BBP – Bystroň group jsou dokumenty osvědčující, že výrobek splňuje požadavky dle nařízení 305/2011. V dokladech, které tyto instituce vydaly a které dodavatelé zadavateli předložili, je však určitý rozdíl, který zadavatel ovšem nezkoumal a bez patřičného zkoumání jej posléze nesprávně vyhodnotil.

30. V případně osvědčení Mendelu se zadavatel dotázal dodavatelů, zda se jedná o doklad obdobný jako certifikát o zdravotní nezávadnosti vydaný SZÚ, což mu bylo potvrzeno. V případě protokolu CSI zadavatel bez zkoumání uvedl, že jde pouze o protokol, na jehož základě je certifikát teprve vydáván.
31. Z formulace obou dokumentů je zřejmé, že ani jeden z nich není certifikátem dle § 5 nařízení 163/2002. Protokol CSI je vydáván „oznámeným subjektem 1390“ jako „protokol o posouzení vlastností výrobku podle nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 305/2011 ze dne 9. 3. 2011 (nařízení o stavebních výrobcích – CPR), příloha V, čl. 1.4 (systém 3) ve znění pozdějších úprav ... dle EN 14351-1:2006+A1:2010“. Tato formulace jakož i forma nasvědčuje tomu, že se jedná o protokol ve smyslu § 7 nařízení 163/2002, o tzv. protokol CPR, na jehož základě vyhotovuje výrobce prohlášení o shodě dle § 13 nařízení 163/2002. Oproti tomu osvědčení Mendelu ověřuje obdobně vlastnosti vyžadované pro označení výrobku značkou CE, avšak bez odkazu na to, že je osvědčení vydáno oznámeným subjektem, bez označení „protokol“ či „certifikát“ a bez odkazu na zákonnou či evropskou právní úpravu. Jedná se tedy spíše o „komerční“ doklad, který vlastnosti výrobku osvědčuje, výrobce se jím může vůči zákazníkům nepochybně prokázat, avšak nelze na jeho základě vydat prohlášení o shodě.
32. Ze skutkových zjištění v posuzované věci vyplývá, že zadavatel ve vztahu k dodavateli BBP – Bystroň group postupoval dvakrát odlišně od postupu vůči ostatním dodavatelům. V prvním případě tohoto dodavatele nepoučil, že nepředložil dokument vztahující se k okenním profilům i oknům, byť tento detail později nehrál v rozhodování zadavatele roli. Závažnější však je, že na rozdíl od osvědčení ostatních dodavatelů pak zadavatel neakceptoval předložený protokol CSI. Takto zadavatel postupoval navzdory tomu, že protokol byl vydán příslušnou autorizovanou osobou a jde o dokument reflektovaný zákonnou úpravou (zákon č. 22/1997 Sb. a nařízení 163/2002), na rozdíl od osvědčení Mendelu. Zadavatel svůj postup vůči dodavateli BBP – Bystroň group nijak nevysvětlil, trval toliko na tom, že se nejedná o „platnou certifikaci“, což je jednání vykazující prvky netransparentnosti. Zadavatel vůči dodavateli BBP – Bystroň group uplatnil při posuzování kvalifikace jiný přístup než vůči ostatním dodavatelům, přičemž takový postup je v hrubém rozporu se zásadou rovného zacházení a se zadávacími podmínkami, které ve znění vysvětlení vyžadovaly ve vztahu ke zdravotní nezávadnosti „doklad“.
33. Jsem si vědom, že osvědčení Mendelu bylo vydáno i na základě protokolu o sensorické zkoušce, zatímco protokol CSI byl vydán pouze na základě protokolu o stanovení organických látek (VOC), avšak tento detail zadavatel původně neuváděl a v jeho rozhodování tak žádnou výslovnou roli nehrál.
34. Co se týká rozkladových námitek, zadavatel setrvává na tom, že Úřad nesprávně zaměňuje dokumenty různého významu, a sice certifikát, popř. osvědčení, které jakožto doklady obdobné akceptoval, s protokolem, na jehož základě je certifikát teprve vydáván. K této námitce odkazují na své závěry uvedené výše – v první řadě měly být vzhledem k formulaci zadávací podmínky ve znění jejího vysvětlení č. 01 akceptovány již odborné posudky vydané SZÚ, které dodavatelé předložili ve svých žádostech o účast, neboť zadavatel požadoval doklad o zdravotní nezávadnosti vydaný SZÚ. Co se týká diskrepance mezi „oknem“ a „okenním profilem“, všichni dodavatelé předložili posouzení plastových profilů; tabulové sklo jakožto chemicky inertní a biologicky neaktivní materiál nebývá SZÚ zkoumán. Ostatně i zadavatel



později akceptoval osvědčení Mendelovy univerzity, která byla z hlediska zdravotní nezávadnosti založena jen na posouzení okenních profilů (protokoly SZÚ), nikoliv oken.

35. Zadavatel neakceptoval odborné posudky vydané SZÚ a dalšími výzvami vyžadoval „certifikaci“, nicméně jeho další postup nelze shledat opodstatněným. Z argumentace zadavatele není zřejmé, jaký mezi osvědčením Mendelu a protokolem CSI spatřuje rozdíl, jaký další certifikát by měl být na základě protokolu CSI vydán a jakou autoritou.
36. Nedůvodná je i rozkladová námitka, že protokoly vydané SZÚ a předložené dodavatelem BBP – Bystroň group nebyly dostatečné, neboť „*potvrzovaly nezávadnost z hlediska emise těkavých organických látek pouze u plastových profilů, zatímco u otvorových výplní zase potvrzovaly pouze to, že tyto jsou vyhovující požadavku sensorické inertnosti pro nepřímý styk s potravinami: Protokoly tedy neprokazovaly zdravotní nezávadnost v obou uvedených kategoriích jak pro profily, tak pro otvorové výplně, ale pouze pro každý z nich samostatně, a nemohly tak být dostatečné pro uznání splnění řešeného kvalifikačního požadavku. Za této situace by uznání dokladů předložených dodavatelem BBP – Bystroň group bylo rovněž v rozporu se zásadou rovného zacházení.*“
37. K této námitce uvádím, že zadavatel přehlíží, že u vybraného dodavatele i dodavatele Hrušecká stavební spol. s r. o. fakticky akceptoval prokázání zdravotní nezávadnosti toliko plastových profilů, nikoliv celých oken. Osvědčení Mendelu totiž bylo z hlediska zdravotní nezávadnosti vydáno pouze na základě protokolů SZÚ týkajících se okenních profilů. Dodavatel BBP – Bystroň group v žádosti o účast předložil odborný posudek SZÚ k posouzení emisí těkavých organických látek plastových profilů. Kromě toho předložil odborný posudek SZÚ k sensorické inertnosti „plastové otvorové výplně“. Pojem otvorová výplň není užší než pojem „okenní profil“, jak se v rozkladu domnívá zadavatel. Otvorová výplň není pouze výplň okenního profilu, otvorová výplň je výplň stavebního otvoru, tedy okno, dveře, vrata, viz příloha 2, část 8 nařízení 163/2002. Z těchto důvodů tedy konstatuji, že zadavatel BBP – Bystroň group prokázal v zadávacím řízení splnění dotčené zadávací podmínky ve stejné míře jako ostatní dodavatelé – prokázal zdravotní nezávadnost plastových profilů jak z hlediska emise těkavých látek, tak z hlediska sensorické inertnosti. V této souvislosti nepovažuji za rozhodné, zda se toto posouzení nacházelo ve dvou odborných posudcích či v jednom.
38. Zadavatel v rozkladu rovněž namítá, že certifikace je doklad zaměnitelný s osvědčením, nikoliv však již s protokolem. K tomu odkazuje na bod 75 napadeného rozhodnutí, kde sám Úřad konstatuje, že autorizovaná osoba vystaví certifikát, případně protokol, je-li součástí certifikátu, tedy jedná se o doklady navazující, nikoliv zaměnitelné. K této námitce podotýkám, že v bodu 75 napadeného rozhodnutí Úřad pouze cituje právní úpravu, konkrétně nařízení vlády 163/2002 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na vybrané stavební výrobky. Toto nařízení rozlišuje mezi certifikátem, protokolem a stavebním technickým osvědčením, viz bod 21 tohoto rozhodnutí. Je pravdou, že protokol a certifikát nejsou doklady zaměnitelné, nicméně protokol dle § 7 nařízení 163/2002 je jedinou formou dokladu, kterou je možno ke skupině otvorových výplní uvedených v příloze 2, část 8, pořadové číslo 3 od autorizované osoby získat. Zadavatel vychází v argumentaci z představy, že protokol je certifikátu vždy podřízen, což je nicméně ve světle nařízení 163/2002 předpoklad nesprávný.
39. Argumentuje-li zadavatel tím, že Úřad sám v bodu 79 napadeného rozhodnutí uvádí, že až na základě protokolů osvědčuje autorizovaná osoba splnění požadavků na výrobek, pak tato

argumentace je nepřesná. V případě protokolu dle § 7 nařízení 163/2002 již další osvědčení ze strany autorizované osoby vydáváno není.

40. Žádnou z rozkladových námitek zadavatele jsem tedy ze shora naznačených důvodů neshledal důvodnou. Zadavatel se dopustil přestupku, který je mu kladen za vinu. Ačkoliv to nebylo namítáno, přezkoumal jsem i zákonnost uložené sankce. Shledal jsem, že Úřad správně kvalifikoval přestupek a správně určil maximální výši pokuty v částce 790 130 Kč. Přestupek byl správně posouzen jako závažný, neboť diskriminačním způsobem zasáhl do právních poměrů dodavatele a potenciálně ovlivnil soutěž o zakázku. Úřad rozhodl o stanovení pokuty při samé spodní hranici, přičemž deklaroval její preventivní funkci. V popsáném postupu Úřadu jsem neshledal pochybení.

#### **VI. Závěr**

41. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek zadavatele a na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o návrhu v souladu se zákonem, zákonem o přestupcích a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že je na místě napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.
42. V řešeném případě byl zadavatel trestán za přestupek spočívající v tom, že zadavatel vůči jednomu z dodavatelů postupoval diskriminačně. Zadavatel neakceptoval doklad k prokázání kvalifikace tohoto dodavatele, ačkoliv akceptované doklady ostatních účastníků zadávacího řízení byly obdobné. Zadavatel navíc nevysvětlil, z jakého důvodu předložený doklad nepovažuje za dostatečný, jeho postup byl i netransparentní. Co se týká sankce a její výše, shledal jsem, že sankce byla uložena zákonně.

### **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

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží**

VIA Consult a. s., nám. Svobody 527, 739 61 Třinec

#### **Vypraveno dne**

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