



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **KAJA s.r.o.**, se sídlem Prostějov, Vrahovická 711, zastoupený Mgr. Tomášem Kaplanem, advokátem se sídlem Praha 2, Římská 104/14, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, za účasti: 1. **DAFNÉ profi, s.r.o.**, se sídlem Praha 9, V slavětíně 2632/23, 2. **Česká pošta, s.p.**, se sídlem Praha 1, Politických vězňů 909/4, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.7.2011, č.j. ÚOHS-R88,90/2011/VZ-10544/2011/310/JSI,

t a k t o :

- I. Žaloba se **zamítá**.
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **nemají** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce se domáhá zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.7.2011, č.j. ÚOHS-R88,90/2011/VZ-10544/2011/310/JSI, kterým byly zamítnuty rozklady (mimo jiné žalobcův) a

potvrzeno předchozí prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.4.2011, č.j. ÚOHS-S509,510,511/2010/VZ-3613/2011/540/MKr.

I. Podstata věci

Zadavatel (Česká pošta, s.p.) zadával veřejnou zakázku „Nové stejnokroje“ v jednacím řízení s uveřejněním podle § 33 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů („ZVZ“); zadávací řízení směřovalo k uzavření rámcové smlouvy s více účastníky.

Žalobce podal žádost o účast v zadávacím řízení, v němž po prokázání kvalifikace byl vyzván k podání nabídky, kterou následně podal. Zadavatel jej vyloučil podle § 76 ZVZ, neboť nebyl splněn zadavatelův kvalitativní požadavek na odolnost oděru oděvů.

Žalobce (vedle jiných navrhovatelů) podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u žalovaného; ten rozhodl výrokovými částmi I. a IV. prvostupňového rozhodnutí o zamítnutí žalobcova návrhu, a to v části týkající se podjatosti znaleckého ústavu Institut pro testování a certifikaci, a.s. podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ a v částech týkajících se námitky, že ze zadávací dokumentace není jasné, že obsah certifikátů bude předmětem hodnocení, námitky proti parametru „odolnost v oděru“ a námitky proti parametru „plošná hmotnost“ podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ. Napadené rozhodnutí tyto závěry potvrdilo.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce namítá, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. byl podjatý, to namítal už ve správním řízení a žalovaný se s touto námitkou podle žalobcova názoru dostatečným způsobem nevypořádal.

Pro splnění požadavku zadavatele na předložení certifikátů použitých materiálů se jednotliví uchazeči obrátili na různá odborná pracoviště; žalobce se obrátil na Textilní zkušební ústav, s.p. a předložil jeho certifikát, zatímco jiní uchazeči se obrátili na Institut pro testování a certifikaci, a.s. a předložili jeho certifikát, Institut pro testování a certifikaci, a.s. však následně prováděl pro zadavatele posouzení a hodnocení vzorků předaných uchazeči, a tedy podílel se na posuzování jednotlivých nabídek. Podle žalobce tím došlo k porušení § 74 odst. 2 ZVZ ve spojení s § 76 odst. 2 ZVZ, neboť člen hodnotící komise, resp. přízvaný poradce, se podílel na zpracování nabídky. Uvedený znalecký ústav je také zájmově ekonomický propojený s některými uchazeči – ti jsou jeho stálými zákazníky při vydávání certifikátů. Žalovaný se s touto žalobcovou argumentací vypořádal pouze tak, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. se na zpracování nabídek nepodílel, tento závěr je nedostatečný a neobstojí, neboť měl dospět k závěru, že předložené vzorky měly být přezkoumány nezávislou a nestrannou osobou.

Dále žalobce namítá faktickou nesplnitelnost požadavku zadavatele, na jehož základě došlo k vyloučení žalobce. Ty byly nastaveny nereálně.

Tuto námitku žalovaný odmítl s tím, že nemohl být nereálný, když jej splnili tři uchazeči, nezdál se mu přitom podezřelý fakt, že jej splnili pouze ti uchazeči, kteří měli certifikáty vystavené Institutem pro testování a certifikaci, a.s., jenž se podle žalobce podílel na hodnocení nabídek. Žalobce podal nabídku, neboť si byl jistý, že vzorek žádného uchazeče nebude požadavky zadavatele splňovat. Domníval se, že vzorky budou testovány, a na základě toho dojde k hodnocení nabídek. Za tím účelem také měly být vzorky zadavateli předloženy v uzavřené obálce. Testování však zadavatel pravděpodobně neprovedl a vyloučil ty uchazeče, kteří předložili certifikát vystavený jinou institucí než Institutem pro testování a certifikaci, a.s. Ve výzvě k podání nabídek však zadavatel neuvedl, že ze zadávacího řízení vyloučí ty uchazeče, kteří nepředloží certifikát dokládající požadované vlastnosti. Ve vzájemném rozporu se tak podle žalobce zdá být tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. testování všech vzorků provedl, a tvrzení, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. se na hodnocení nabídek nepodílel, neboť pouze porovnával údaje v certifikátech s požadavky zadavatele. Míra, jakou se Institut pro testování a certifikaci, a.s. na hodnocení nabídek vlastně podílel, nebyla vysvětlena ani v rozhodnutí žalovaného. Pokud testování vzorků skutečně proběhlo, pak nebyla během testování dostatečně zabezpečena anonymita – na jednotlivých certifikátech byly pouze začerněny údaje, avšak je zřejmé, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. musel poznat jím vystavené certifikáty, přitom jistě nemohl mít zájem na zpochybnění těchto jím vydaných certifikátů.

Žalobce tedy dovozuje, že spojením nedostatečné anonymizace uchazečů, účasti Institutu pro testování a certifikaci, a.s., jenž se podílel na zpracování nabídek, také na jejich hodnocení a pochybného a nejasného postupu při testování, resp. při hodnocení jednotlivých vzorků způsobuje, že zadávací řízení bylo v rozporu s § 6 ZVZ netransparentní a v jeho průběhu došlo ke zvýhodnění některých uchazečů. S podstatnými otázkami se žalovaný nevypořádal a své závěry neodůvodnil.

Žalobce tedy navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení.

Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný setrvává na závěrech, ke kterým dospěl v napadeném rozhodnutí, k jednotlivým bodům žalobní argumentace protiargumentuje a žalobu navrhuje jako nedůvodnou zamítnout.

I žalovaný na svém procesním stanovisku setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, dále jen „s.ř.s.“), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.); jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Jak je patrné z obou postupně vydaných rozhodnutí žalovaného, důvody pro zamítnutí žalobcovu návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele byly dvojí.

Zčásti nebyl návrh shledán důvodným proto, že žalovaný odlišně od žalobce neshledal podjatost Institutu pro testování a certifikaci, a.s., a proto byl návrh žalobce zamítnut podle § 118 odst. 4 písm. a) ZVZ.

Ve zbytku se žalovaný návrhovou argumentací nezabýval, neboť směřovala proti samotným zadávacím podmínkám, proti nimž žalobce nepodal včas námitky, a tedy nemohl se svým návrhem obracet následně na žalovaného; proto byl druhý důvod zamítnutí žalobcovu návrhu opřen o § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ.

Oběma právě uvedenými důvody je třeba se k podané žalobě zabývat samostatně, zdejší soud přitom nemůže překročit mantinely soudního přezkumu vymezené v žalobě uplatněnými žalobními body, jimiž je vázán (§ 75 odst. 2 s.ř.s.).

IV.1.

Zpochybňuje-li žalobce závěry žalovaného v otázce podjatosti Institutu pro testování a certifikaci, a.s., zdejší soud mu zapravdu nedává. Žalovaný své závěry přezkoumatelně odůvodnil a s důvody, pro které žalovaný neshledal žalobcem namítanou podjatost, se zdejší soud ztotožňuje.

Podle § 74 odst. 7 ZVZ v rozhodném znění (ve znění zákona č. 417/2009 Sb.) nesmí být členové hodnotící komise ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjatí, zejména se nesmí podílet na zpracování nabídky, nesmí mít osobní zájem na zadání veřejné zakázky a s uchazeči je nesmí spojovat osobní ani pracovní či jiný obdobný poměr. O své nepodjatosti učiní člen hodnotící komise písemně prohlášení veřejnému zadavateli na počátku prvního jednání hodnotící komise nebo na počátku jednání, na němž je poprvé v hodnotící komisi přítomen. Pro tento účel sdělí veřejný zadavatel členovi hodnotící komise před prvním jednáním identifikační údaje uchazečů, kteří podali nabídky.

Podle § 76 odst. 1 ZVZ zákona hodnotící komise posoudí nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) ZVZ.

Podle § 76 odst. 2 ZVZ může hodnotící komise pro posouzení nabídek využít přizvané poradce, kteří nesmí být ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům podjati; o tom je přizvaný poradce povinen učinit prohlášení podle § 74 odst. 7 ZVZ.

Z právě uvedených ustanovení ZVZ plyne, že zadavatel si mohl k posouzení nabídek přizvat poradce, ti však museli splňovat podmínku nepodjatosti ve vztahu k veřejné zakázce a k uchazečům. Přizvaní poradci ve smyslu § 76 odst. 2 ZVZ nejsou členy hodnotící komise, a tedy nevztahují se na ně pravidla podle § 74 odst. 7 ZVZ, odlišně od pravidel vyplývajících z § 74 odst. 8 ZVZ pro případ důvodů k podjatosti, aplikovatelného na základě pravidla vyplývajícího z § 76 odst. 2 věty druhé ZVZ.

Přestože tedy ve vztahu k těmto přizvaným poradcům ZVZ nestanoví bližší důvody či podmínky podjatosti (pouze v § 76 odst. 2 ZVZ stanovuje, že nesmějí být podjati), není však rozumného argumentu, proč i ve vztahu k nim neaplikovat bližší demonstrativně uváděné důvody podjatosti jinak vyplývající pro členy hodnotící komise podle § 74 odst. 7 ZVZ. Jestliže nesmějí být přizvaní poradci, kteří nejsou členy hodnotící komise, podjatými podle § 76 odst. 2 ZVZ a jestliže v § 74 odst. 7 ZVZ je pro členy hodnotící komise zákaz podjatosti doplněn demonstrativním katalogem bližších důvodů podjatosti, jde pouze o bližší důvody či podmínky stále podřaditelné pod důvody podjatosti podle § 76 odst. 2 ZVZ. I ve vztahu k těmto přizvaným poradcům, nesmějí-li být podle § 76 odst. 2 ZVZ podjatými, i bez výslovného pravidla ohledně aplikovatelnosti bližších důvodů podjatosti podle § 74 odst. 7 ZVZ tedy musí platit, že se zejména nesmí podílet na zpracování nabídky, nesmí mít osobní zájem na zadání veřejné zakázky a s uchazeči je nesmí spojovat osobní ani pracovní či jiný obdobný poměr. Tyto okolnosti lze ostatně rozumně považovat za běžné a logické důvody pojatosti, jejíž zákaz je pro tyto osoby jinak obecněji podáván z § 76 odst. 2 ZVZ.

Přizvaní poradci tedy nesmějí být podjatými. Podjatost podle § 76 odst. 2 ZVZ je přitom třeba zkoumat ve vztahu ke konkrétním úkolům, které tyto přizvaní poradci pro zadavatele, resp. pro hodnotící komisi vykonávají. Takové pravidlo není obsaženo v § 74 odst. 7 ZVZ ve vztahu ke členům hodnotící komise, neboť jejich činnost je striktně vymezena na hodnocení nabídek, tj. na postup podle § 79 ZVZ, který v sobě vždy nutně zahrnuje uskutečňování vlastních subjektivních myšlenkových pochodů ohledně „nejlepšího“ naplnění požadavků zadavatele v předem stanovených kritériích hodnocení. Ve vztahu k posuzování případné podjatosti přizvaných poradců podle § 76 odst. 2 ZVZ však aplikace tohoto pravidla nutně musí své opodstatnění mít, neboť jejich činnost, kterou pro zadavatele, resp. pro hodnotící komisi vykonávají, může mít nejrůznější povahu a obsah.

Ve věci právě posuzované je v otázce namítané podjatosti třeba zabývat se podstatou práce přizvaných poradců, tj. tím, v čem práce takto přizvaných poradců spočívá, a následně otázkou, jakým způsobem by se na výkonu této práce projevil dřívější kontakt s některými z uchazečů. Jiný postup při posuzování možné podjatosti podle § 76 odst. 2 ZVZ by byl nesprávně mechanickým.

Zadavatel v zadávacích podmínkách obsažených ve výzvě k podání nabídky (příloha č. 3 Technické dokumentace materiálové) stanovil mimo jiné požadavek na vlastnost materiálu, a sice odolnost v oděru s požadovaným počtem otáček 60 000. V bodu 7.6 výzvy k podání nabídky („Požadavky na dodání vzorků“) zadavatel uvedl, že požaduje, aby předložené vzorky svou kvalitou odpovídaly tam uvedené technické specifikaci, požadovaným velikostem a materiálovému složení a aby pro všechny materiály byly současně se vzorky materiálů předloženy certifikáty jejich materiálů. V dodatečných údajích k zadávacím podmínkám ze dne 10.9.2010 zadavatel upřesnil, že uchazeč předloží „Osvědčení“ vydané akreditovanou certifikovanou zkušebnou pro certifikaci výrobků a toto osvědčení musí jednoznačně potvrzovat, že výrobky se shodují se zadávací dokumentací a vyhovují hygienickým požadavkům. „Protokol o zkouškách“ toto „Osvědčení“ nenahrazuje, jelikož uvádí hodnoty zjištěné při zkouškách. „Osvědčení“ je následným dokumentem k „Protokolu o zkouškách“.

Ze zadávacích podmínek tedy neplyne, že by předložené vzorky měly být po podání nabídek testovány.

Je-li tedy žalobně argumentováno tak, že se žalobce domníval, že vzorky budou testovány, zadávací podmínky mu k takové domněnce neposkytují žádnou oporu. Ostatně ani na jednání soudu, k výzvě soudu, žalobce neoznačil konkrétní pasáž z dokumentů zadavatele tvořících zadávací podmínky, z níž by fakt, že vzorky budou testovány, měl vyplývat.

Zadavatel tedy neměl předložené vzorky testovat a netestoval-li je, tedy pouze ověřoval-li údaje z certifikátů, pak nepostupoval v rozporu se zadávacími podmínkami.

Argumentuje-li žalobce tak, že zadavatel musel předložené vzorky testovat, neboť jinak nemohl (bez ohledu na údaje obsažené v certifikátech, které měly být předloženy) objektivně zjistit, zda vzorky splňují požadavky obsažené v zadávacích podmínkách, pak takto by mohl žalobce argumentovat už proti samotným zadávacím podmínkám, konkrétně v tom směru, že v zadávacích podmínkách takové pravidlo obsaženo není, ačkoli obsaženo být mělo. Proti zadávacím podmínkám však žalobce námitky neuplatnil – lhůta pro podání nabídek uběhla dne 18.5.2010, a tedy posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl den 23.5.2010. Pokud byly námitky podány (doručeny zadavateli) dne 29.10.2010, stalo se tak po uplynutí lhůty stanovené v § 110 odst. 3 ZVZ. Pak tedy proti takto tvrzené vadě zadávacích podmínek žalobce nemohl argumentovat v následném návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele žalovanému a nemůže takto úspěšně argumentovat ani nyní v řízení o žalobě proti jeho rozhodnutí.

Nadto zdejší soud poukazuje na fakt, že žalobce nezpochybňuje, že by požadavek zadavatele na odolnost v oděru s požadovaným počtem otáček 60 000 nesplňoval, a tedy nelze mít za to, že by faktickým testováním předloženého vzorku materiálu mohl zadavatel, resp. hodnotící komise na základě součinnosti s přizvanými poradci, dospět k výsledku příznivějšímu, než k jakému dospěl na základě porovnání

údajů v certifikátu předloženém žalobcem s požadavky zadavatele vyjádřenými v zadávacích podmínkách.

Uchazeči zadavateli předložili vzorky a k nim certifikáty. Z předávacího protokolu vzorků ze dne 1.10.2010 plyne, že zadavatel předal vzorky vztahující se k veřejné zakázce znaleckému ústavu Institut pro testování a certifikaci, a.s., k posouzení. Vzorky byly uloženy v očíslovaných krabicích, přelepené lepící páskou a označeny otiskem razítka zadavatele. Zadavatel tedy předložil k posouzení sedm kolekcí vzorků stejnokrojů označených čísly 1 – 3 a 5 – 8. Spolu se vzorky byly ke každé kolekci předloženy zkušební protokoly a osvědčení (certifikáty). V Dodatku ke zprávě č.j. 412402506 ze dne 25.10.2010 Institut pro testování a certifikaci, a.s., konstatoval, že textilní materiály uchazečů č.1-8 vyhovují požadavkům materiálového listu zadavatele a uvádí, že reálné materiály dodané uchazeči k hodnocení odpovídaly průvodním dokumentům. Institut pro testování a certifikaci, a.s., dodává, že nesoulad mezi požadavkem zadavatele a technickým parametrem materiálu, který předložili účastníci výběrového řízení, byl zjištěn u účastníků č. 1,2,5 a 6 pro tkaninu určenou na saka, kalhoty, pánské vesty, vesty šité a sukně klasik, a to v parametru „odolnost vůči oděru“. Institut pro testování a certifikaci, a.s. v Dodatku ze dne 25.10.2010 dále uvádí, že důvodem může být skutečnost, že požadavek na hodnotu tohoto parametru je nepřiměřeně vysoký, protože některé reálné druhy odlehčených tkanin nemohou tento parametr splňovat.

V Dodatku ze dne 25.10.2010 je uváděno, že předmětem zkoušek a testování nebylo ověření skutečných vlastností materiálů předložených vzorků z hlediska materiálového složení, plošné hmotnosti, stálobarevnosti odolnosti proti oděru apod., ale pouze porovnání certifikátů předložených uchazeči s materiálem a požadavky zadavatele na certifikát. Institut pro testování a certifikaci, a.s. dále zadavateli sděluje, že požadovaná úroveň odolnosti vůči oděru byla stanovena autorem zadávací dokumentace a není tedy předmětem posouzení ze strany Institutu pro testování a certifikaci, a.s.

Z protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 4.11.2010 vyplývá, že hodnotící komise „hodnotila“ všech sedm nabídek v souladu s požadavky stanovenými zadavatelem v zadávací dokumentaci a následně vyřadila čtyři nabídky z důvodu nesplnění zadávacích podmínek. V požadavcích pro saka, pánské, dámské kalhoty, pánská vesta, vesta šitá, sukně klasik byl uveden požadavek na odolnost v oděru s parametrem 60 000 otáček a tuto vlastnost dle předložených certifikátů na použitý materiál nesplnili čtyři uchazeči, neboť v jimi předložených certifikátech byl uveden nižší počet otáček – v případě žalobce 25 000 otáček.

Jestliže tedy žalobce namítá, že není jasné, zda předložené vzorky byly po podání nabídek testovány či nikoli, pak žádný takový spor zdejší soud neshledává, nadto argumentace existencí takového sporu se zřetelně mýjí se skutečným důvodem, pro který byl žalobce ze zadávacího řízení vyloučen.

Fakt, že přizvaný poradce neověřoval skutečné vlastnosti materiálů předložených vzorků (např. z hlediska materiálového složení, plošné hmotnosti, stálobarevnosti odolnosti proti oděru), ale že pouze porovnával údaje z certifikátů předložených uchazeči s vlastním předloženým materiálem a s požadavky zadavatele na hodnoty, které měly být uvedeny v certifikátech, podle zadavatelem stanovených zadávacích podmínek, plyne ze shora uvedeného Dodatku ze dne 25.10.2010.

Fakt, že žalobce nebyl ze zadávacího řízení vyloučen proto, že by jím předložený vzorek materiálu nevyhověl testu, nýbrž že byl vyloučen proto, že v jím předloženém certifikátu byl uveden nižší počet otáček, a sice 25 000 otáček oproti požadavku na 60 000 otáček, plyne z protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 4.11.2010.

Skutečnosti vyplývající z obou právě uvedených dokumentů nejsou ve vzájemném nesouladu – přizvaný poradce porovnával hodnoty a pro nevyhovění žalobcem předložených hodnot zadavatelovu požadavku na tyto hodnoty došlo k vyloučení.

Pokud žalobce zpochybňuje zjištění žalovaného ohledně samotné činnosti Institutu pro testování a certifikaci, a.s., tedy fakticky jeho úlohy v zadávacím řízení (úkolů, které měl pro zadavatele plnit), nelze mu přisvědčit. Žalovaný na základě předložené dokumentace správně dospěl k závěru, že všichni uchazeči předložili zadavateli v souladu se zadávacími podmínkami certifikáty nazvané jako „Protokoly o zkouškách“ a „Osvědčení“ i s údaji, které zadavatel požadoval. Ze Zprávy č. 412402506 ze dne 21.10.2010 a z Dodatku ke Zprávě ze dne 25.10.2010 také skutečně plyne, že Institut pro testování a certifikaci, a.s., pouze porovnal údaje obsažené v těchto předložených certifikátech s veškerými údaji požadovanými zadavatelem v zadávací dokumentaci.

Dospěl-li tedy žalovaný k dílčímu závěru, že Institut pro testování a certifikaci, a.s., pouze údaje v předložených certifikátech porovnal s požadavky zadavatele uvedenými v zadávací dokumentaci, dospěl k závěru správnému. Pokud tuto skutečnost uvedl v bodu 97. prvostupňového rozhodnutí jako klíčový argument závěru, že jeho zástupci podjatými nebyli, lze mu dát zapravdu. Jestliže zástupci v postavení přizvaných poradců sami neprováděli žádné vlastní úvahy ohledně splnění kvalitativních podmínek zadavatele na předložené vzorky (a na plnění, které bylo zadavatelem poptáváno), jestliže součástí jejich úkolů pro zadavatele, resp. pro hodnotící komisi, nebylo uskutečňování žádných vlastních myšlenkových pochodů, na základě nichž by se sami k předloženým nabídkám ze svého subjektivního pohledu vyjadřovali a vlastními subjektivními myšlenkovými pochody vytvářeli odborný podklad pro zadavatele, resp. pro hodnotící komisi, pak podjatost nemůže být založena pouze tím, že součástí některých nabídek byly i certifikáty, které některým uchazečům Institut pro testování a certifikaci, a.s. dříve vydal a které obsahovaly údaje, z nichž bylo splnění kvalitativních požadavků na objektivním principu zkoumáno. Úkolem přizvaných poradců tedy nebylo kvalitativní „kontrolování“ toho, co mělo být jednotlivými uchazeči splněno, nýbrž pouze ověřování údajů z předložených

certifikátů, a sám fakt, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. dříve vydal některé z certifikátů, žádné pochybnosti o nepodjatosti nezakládá.

Z pohledu posouzení postupu zadavatele při výběru přizvaných poradců nelze přehlédnout, že ani žalobce nezpochybňuje skutečnosti uváděné zadavatelem v jeho rozhodnutí o nevyhovění námitkám ze dne 8.12.2010 (bod „Ad 3“ na třetí a čtvrté straně rozhodnutí o námitkách), a sice že tito odborní poradci nebyli vybíráni až poté, co bylo zadavateli známo, kdo vyhotovoval certifikáty prokazující v jednotlivých nabídkách splnění kvalitativních požadavků zadavatele, neboť souběžně se zadávacím řízením v právě posuzované věci probíhalo i řízení ohledně výběru těchto odborných poradců. I tato skutečnost nutně musí mít význam při posuzování míry transparentnosti zadávacího řízení, kterou žalobce zpochybňuje.

Podstatné je také to, co již shora zdejší soud akcentoval, a sice že zadavatel v zadávacích podmínkách nikde nedeklaroval, že předložené vzorky budou předmětem testování – a tomu odpovídá i následný postup v zadávacím řízení, neboť z protokolu o dokončení posouzení nabídek ze dne 4.11.2010, jak zdůrazňuje i žalovaný v bodu 97. prvostupňového rozhodnutí, vyplývá, že závěr, zda nabídky čtyř vyloučených uchazečů splnily požadavky zadavatele na odolnost vůči oděru či nikoli, učinila hodnotící komise na základě údajů uvedených v uchazeči předkládaných certifikátech, tedy nikoli na základě jakéhokoli samotného testování.

V daných souvislostech tedy plně ob stojí i závěr žalovaného, že činnost Institutu pro testování a certifikaci, a.s. nemohla mít v daném případě žádný vliv na samotné posouzení nabídek z hlediska splnění požadavků zadavatele.

Z uvedených důvodů, byly-li pouze objektivně porovnány uchazeči doložené parametry v rámci kvalitativních požadavků zadavatele s těmito požadavky, nemohou obstát ani argumenty žalobce ohledně nezajištění anonymity uchazečů při předání vzorků znaleckému ústavu Institut pro testování a certifikaci, a.s. Absolutní anonymita, jak se jí žalobce dovolává, by nemohla závěry Institutu pro testování a certifikaci, a.s. jakkoli ovlivnit.

Z týchž důvodů není podstatným ani argument žalobce, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. byl s některými z uchazečů, tj. s těmi, kteří splnění kvalitativních požadavků prokazovali jím vydaným certifikátem a jsou jeho pravidelnými obchodními partnery, ekonomicky zájmově propojen. Žalobce byl ze zadávacího řízení vyloučen pro nesplnění kvalitativního požadavku (odolnost v oděru), jehož nesplnění plynulo z jím předloženého certifikátu (z údajů na certifikátu), nikoli z jakýchkoli vlastních úvah Institutu pro testování a certifikaci, a.s., k nimž by v zadávacím řízení (v rámci úkolů pro zadavatele) sám dospíval. Jakékoli ekonomické zájmové spojení, i kdyby jeho existenci zdejší soud připustil, je z tohoto důvodu nepodstatné, jestliže ani žalobce nezpochybňuje, že zadavatelův kvalitativní požadavek na odolnost v oděru nesplnil, dokonce sám v žalobě potvrzuje svůj dřívější postoj vyjádřený v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a sice že tento požadavek nebylo možné splnit. Závěr Institutu pro testování a certifikaci, a.s., který deklaroval to, co

tvrdí i sám žalobce (tj. že žalobce uvedený požadavek nesplnil), tedy rovněž nevyvolává pochybnost směrem k žalobně namítané podjatosti.

Ve vztahu k namítanému porušení § 76 odst. 2 ZVZ podjatostí zástupců Institutu pro testování a certifikaci, a.s. tedy není žaloba důvodná ani pokud jde o nepřezkoumatelnost napadeného (a jemu předcházejícího) rozhodnutí, ani pokud jde o jeho nezákonnost, jež měla být podle žalobce vyvolána nesprávným právním posouzením zjištěného skutkového stavu.

IV.2.

Ze shora uvedených důvodů, v jejich vzájemném souhrnu, nelze přisvědčit žalobci ani v namítaném porušení zásady transparentnosti. Žalobce totiž dovozuje netransparentnost zadávacího řízení, tedy porušení zásady podle § 6 ZVZ, ze spojení nedostatečné anonymizace uchazečů, účasti Institutu pro testování a certifikaci, a.s., jenž se podílel na zpracování nabídek a na jejich hodnocení, a pochybného a nejasného postupu při testování, resp. při hodnocení jednotlivých vzorků.

Ze shora uvedeného plyne, že nebylo zapotřebí jakékoli anonymizace. Rovněž ze shora uvedeného plyne, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. se na hodnocení nabídek nepodílel. Z uvedeného rovněž plyne, že ani postup při testování, resp. při hodnocení jednotlivých vzorků, není nikterak nejasným či záhadným.

Dodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení je třeba posuzovat s ohledem na konkrétní skutečnosti zjištěné ve vztahu ke konkrétnímu zadávacímu řízení. Zásada transparentnosti zakotvená v § 6 ZVZ by byla porušena tehdy, pokud by jednotlivé úkony zadavatele, popř. jejich vzájemný kontext, vykazoval znaky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.

Náznak v tomto směru by zřejmě mohl plynout už z toho faktu, že Institut pro testování a certifikaci, a.s. pracoval pro zadavatele, resp. pro hodnotící komisi, a zároveň byl jím vystavený certifikát předkládán některými uchazeči v nabídkách, a tedy že Institut pro testování a certifikaci, a.s. posuzoval na straně zadavatele i údaje z certifikátů, z nichž některé sám vyhotovil. Důvod, proč se tak stalo, ovšem zadavatel srozumitelně popsal v rozhodnutí o nevyhovění námitkám ze dne 8.12.2010 (bod „Ad 3“ na třetí a čtvrté straně rozhodnutí o námitkách), a tuto skutečnost ani žalobce nikterak nezpochybňuje. Jestliže tedy není zpochybňováno vysvětlení, že zástupci Institutu pro testování a certifikaci, a.s. nebyli coby odborní poradci zadavatelem vybráni až poté, co bylo zadavateli známo, kdo vyhotovoval certifikáty prokazující v jednotlivých nabídkách splnění kvalitativních požadavků zadavatele, neboť souběžně se zadávacím řízením v právě posuzované věci probíhalo i řízení ohledně výběru těchto odborných poradců, a jestliže z předložené dokumentace není patrný nikterak zamlžující krok zadavatele v této otázce, pak nic netransparentního v tomto faktu po zohlednění uvedených souvislostí zdejší soud neshledává.

Má-li být podle žalobce podezřelý, že ti uchazeči, kteří předložili certifikát vydaný Institutem pro testování a certifikaci, a.s., kvalitativní požadavky splnili, odlišně od jiných uchazečů, pak určitý stupeň takového podezření sice může vnímat i zdejší soud, avšak uváží-li, že žalobce sám nezpochybňuje, že on příslušný kvalitativní požadavek nesplňoval, a že fakt, že by byl uvedený požadavek obecně nesplnitelným, žalobce nenamítal proti samotným zadávacím podmínkám, nýbrž až ve fázi, kdy byl pro jeho nesplnění vyloučen (k tomu níže), pak takovému „podezření“ nelze z pohledu snahy žalobce bránit v řízení před zdejším soudem svá práva přiznávat váhu vyšší než toliko spekulativní a účelovou.

Totéž platí ohledně faktu, že pokud by měl Institut pro testování a certifikaci, a.s. pouze porovnávat údaje obsažené v certifikátech se zadavatelskými požadavky, pak by si takový úkon nevyžadoval žádných odborných znalostí a hodnotící komise by jej mohla uskutečnit sama. Najisto je totiž postaveno, že pro vyloučení některých uchazečů pro nesplnění příslušného kvalitativního požadavku bylo určující porovnání požadavku zadavatele s údaji na předložených certifikátech. Tyto žalobcovy úvahy přesahují důvody žalobcovy vyloučení ze zadávacího řízení, neboť ten, jak je již shora uvedeno, proti důvodům svého vyloučení netvrdí ani to, že by údaje na certifikátech požadavku zadavatele vyhověly, ani to, že by mu vyhověly faktické vlastnosti materiálů předložených vzorků.

Uváží-li tedy zdejší soud shora uvedené, pak dospívá k závěru, že ani fakt, že zástupci Institutu pro testování a certifikaci, a.s. pro zadavatele pracovali, ani náplň jejich práce a související okolnosti nejsou nikterak nečitelnými, postup zadavatele a jeho pravé důvody nečiní nepřehledným ani je nikterak nezamlžují, nadto ani možnost zpětné kontroly zadavatelova postupu v této otázce tím není nijak snižována. Námitku žalobce směřující do porušení zásady transparentnosti, a tedy porušení § 6 ZVZ, což by mělo vyvolat nezákonnost napadeného rozhodnutí, tedy soud za důvodnou rovněž nepovažuje.

IV.3.

Dále žalobce namítá i faktickou nesplnitelnost požadavku zadavatele, na jehož základě došlo k vyloučení žalobce.

Z pohledu přezkumu napadeného rozhodnutí zdejším soudem je podstatné, že to žalobce namítal již v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a že žalovaný se touto argumentací věcně nezabýval, neboť směřovala podle jeho názoru proti samotným zadávacím podmínkám, proti nimž žalobce nepodal námitky, a tedy nemohl se svým návrhem obracet následně na žalovaného. Z toho žalovaný dovodil důvod zamítnutí návrhu v této jeho části podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ, aniž by se touto argumentací zabýval věcně.

Předmětem přezkumu zdejším soudem tedy nyní není otázka, zda příslušný zadavatelův požadavek byl splnitelný či nikoli, nýbrž to, zda se touto otázkou

žalovaný skutečně nemohl zabývat a musel návrh v této části zamítnout podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ.

Jestliže žalobce zpochybňuje zadavatelem stanovené požadavky na vlastnosti materiálů, konkrétně na odolnost proti oděru v hodnotě 60 000 otáček, pak tím míří na jednu ze zadávacích podmínek, plynoucí konkrétně z technické materiálové dokumentace (příloha č. 3 k výzvě k podání nabídky) – míří tím tedy na zadávací podmínky. Poprvé tyto požadavky na vlastnosti materiálů zpochybnil v námitkách doručných zadavateli dne 29.10.2010. Jestliže u jednání zdejšího soudu dne 6.12.2012 žalobce tvrdil, že až po podání nabídek, jejichž součástí byly i certifikáty, kterými byly požadavky na vlastnosti materiálů, konkrétně na odolnost proti oděru v hodnotě 60 000 otáček, prokazovány, zjistil, že je požadavek zadavatele nesplnitelný, neuvedl žádnou konkrétní skutečnost, z níž mu takové zjištění mělo později (tj. až po podání nabídek) vyplynout a ani žádné návrhy na dokazování před soudem v tomto směru neuplatnil. Naopak se zdá být logické, že případná nesplnitelnost uvedeného požadavku musela být žalobci patrna ještě před podáním nabídky, a sice poté, co získal certifikát, z něhož plynulo nesplnění uvedeného požadavku. Nesplnitelnost uvedeného požadavku však žalobce nenamítal a nabídku včetně tohoto certifikátu zadavateli podal.

Jestliže jde tedy o zpochybnění zadávacích podmínek, pak proti zadávacím podmínkám mohl žalobce podat námitky. Podle § 110 odst. 3 ZVZ musí být námitky proti zadávacím podmínkám doručeny zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Podle § 110 odst. 7 ZVZ podání námitek řádně a včas je podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci. Podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ žalovaný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zamítne, pokud nebyl podán oprávněnou osobou.

Lhůta pro podání nabídek uběhla dne 18.5.2010, a tedy posledním dnem na doručení námitek proti zadávacím podmínkám, v nichž byl obsažen i požadavek na odolnost proti oděru v hodnotě 60 000 otáček, byl den 23.5.2010. Pokud byly námitky podány (doručeny zadavateli) dne 29.10.2010, stalo se tak po uplynutí lhůty stanovené v § 110 odst. 3 ZVZ. Mohl-li být návrh u žalovaného podle § 110 odst. 7 ZVZ podán pouze tím, kdo podal řádně a včas námitky, nebyl podán oprávněnou osobou, a tedy byl skutečně důvod se žalobcovým návrhem v této jeho části nezabývat a podle § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ jej v této části zamítnout. Jestliže se otázkami souvisejícími s oprávněností tohoto požadavku zadavatele, resp. s jeho technickou splnitelností, žalovaný blíže nevypořádával, měl k tomu oporu v § 118 odst. 4 písm. c) ZVZ. Tím je předmět přezkumu v této otázce vyčerpán.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení účastníků bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce úspěšný nebyl, proto právo na náhradu nákladů řízení proti žalovanému nemá. Toto právo má žalovaný proti žalobci, avšak žalovaný náhradu žádných nákladů řízení nepožadoval, ani ze spisu zdejšímu soudu nevyplývalo, že by mu jakékoli náklady

přesahující náklady jeho jinak běžné úřední činnosti vznikly, a proto bylo rozhodnuto, že se žalovanému náhrada nákladů řízení nepřiznává.

Osoby zúčastněné na řízení nemají podle § 60 odst. 5 s.ř.s. na náhradu nákladů právo, neboť jim soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s jejímž plněním by jim náklady mohly vzniknout.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 6.12.2012

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová