

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobce: **KAJA s.r.o.**, se sídlem Vrahovická 711, Prostějov, zastoupeného Mgr. Tomášem Kaplanem, advokátem se sídlem Římská 104/14, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osob zúčastněných na řízení: I) DAFNÉ profi, s.r.o., se sídlem V slavětíně 2632/23, Praha 9, II) Česká pošta, s.p., se sídlem Politických vězňů 909/4, Praha 1, 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, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 6. 12. 2012, č. j. 62 Af 53/2011 – 106,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Zadavatel (Česká pošta) zadal veřejnou zakázku „Nové stejnokroje“ v jednacím řízení uveřejněném podle § 33 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách; zadávací řízení směřovalo k uzavření rámcové smlouvy s více účastníky. Žalobce podal žádost o účast v tomto řízení, v němž po prokázání kvalifikace byl vyzván k podání nabídky a tu také následně podal. Zadavatel jej však z účasti vyloučil pro nesplnění podmínky kvalitativního požadavku na odolnost oděru oděvů (§ 76 zákona o veřejných zakázkách).

[2] Žalobce (jakož i jiní navrhovatelé) podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u žalovaného; ten rozhodl výrokovými částmi I. a IV. prvostupňového rozhodnutí a žalobcův návrh zamítl v části týkající se podjatosti znaleckého ústavu Institutu pro testování a certifikaci, a.s. (dále též jen „Institut“) podle § 118 odst. 4 písm. a) cit. zákona 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) téhož zákona. Napadené rozhodnutí tyto závěry potvrdilo. Proti rozhodnutí žalovaného podal žalobce žalobu ke krajskému soudu, který ji shora uvedeným rozsudkem zamítl.

II. Shrnutí odůvodnění napadeného rozsudku

[3] Krajský soud žalobní námitku podjatosti Institutu zamítl jako nedůvodnou. Zdůraznil, že hodnotící komise má za úkol posoudit nabídky uchazečů z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a též to, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona o veřejných zakázkách. Zadavatel si tak mohl přizvat poradce splňující podmínku nepodjatosti k veřejné zakázce a k uchazečům; poradci však nejsou členy hodnotící komise a proto se na ně nevztahují pravidla § 74 odst. 8 tohoto zákona. Zdůraznil, že přizvaní poradci nesmí být podjatými, avšak tuto kategorii je nutno vnímat z hlediska konkrétních úkolů, které pro zadavatele plní.

[4] Soud se ztotožnil s žalovaným v jeho závěru (plynoucímu ze správního spisu), že všichni uchazeči předložili zadavateli v souladu se zadávacími podmínkami certifikáty nazvané jako „Protokoly o zkouškách“ a „Osvědčení“ i s údaji, které zadavatel požadoval. Rovněž ze zprávy č. 412402506 ze dne 21. 10. 2010 a z Dodatku ke Zprávě ze dne 25. 10. 2010 skutečně plyne, že Institut pouze porovnával údaje obsažené v těchto předložených certifikátech s veškerými údaji požadovanými zadavatelem v zadávací dokumentaci. Pokud tedy žalovaný dospěl k závěru, že Institut pouze údaje v certifikátech porovnal s požadavky zadavatele, dospěl ke správnému závěru, že taková činnost sama o sobě nepůsobí podjatost přizvaných poradců z Institutu; poradci neprováděli žádné svoje úvahy či hodnocení, nevytvářeli ani vlastní hodnocení parametrů, pouze srovnali parametry uvedené v certifikátech (předložených samotnými uchazeči) s podmínkami požadovanými zadavatelem. Úkolem poradců nebylo kvalitativní kontrolování toho, co mělo být uchazeči splněno, ale ověřování shody údajů v certifikátech předložených uchazeči s požadavky zadavatele. I když Institut tedy dříve sám vydal některé certifikáty, pochybnosti o podjatosti tento fakt sám nezakládá. Žalobce byl vyloučen ze zadávacího řízení pro nesplnění kvalitativního požadavku (odolnost oděru); nesplnění této podmínky plynulo z jím předloženého certifikátu, nikoliv z jakýchkoliv úvah poradců z Institutu.

[5] Soud uvedl, že považuje za podstatný rovněž fakt, že sám žalobce nezpochybňuje, že by požadavek na parametry „odolnost v oděru“ (pro který byl z řízení vyřazen) splnil. Otázkou soudního přezkumu není zkoumání podmínky splnitelnosti tohoto požadavku na parametry „odolnosti v oděru“, ale to, zda se touto otázkou vůbec mohl žalovaný zabývat. Zde soud zdůraznil, že se jedná o námitku k zadávacímu řízení, která musí být uplatněna

pokračování
nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek; lhůta uběhla dne 18. 5. 2010, posledním dnem pro uplatnění námitek tak byl den 23. 5. 2010. Námitky však byly zadavateli doručeny až dnem 29. 5. 2010, tedy po stanovené lhůtě, a proto se jimi nebylo možno vůbec zabývat [§ 110 odst. 7 a § 118 odst. 4 písm. c) zákona o veřejných zakázkách]. Veškeré žalobní námitky soud zamítl jako nedůvodné.

III. Argumenty kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[6] Proti rozsudku krajského soudu brojil žalobce kasační stížností z důvodu nesprávného posouzení právní otázky soudem. Tvrdí, že soud nesprávně zodpověděl otázku podjatosti komisí přizvaného poradce – Institutu.

[7] Podle názoru žalobce není podstatné, jak se přizvaný poradce účastní na činnosti hodnotící komise, ale zda je poradce podjatý. Skutečnost, že se Institut podílel na zpracování nabídky některého z uchazečů, znamená, že se pak nemůže podílet na práci hodnotící komise, neboť může v rámci své činnosti zvýhodnit některé uchazeče např. tím, že se nebude zabývat poznámkou Textilního zkušebního ústavu, s.p. o nesplnitelnosti zadavatelem požadovaného parametru odolnosti v oděru, neboť v certifikátech udělených Institutem je hodnota uvedena v souladu s požadavky zadavatele. Protože se přizvaný poradce komise dříve podílel na zpracování nabídky některých uchazečů, je založena podjatost této osoby. Jestliže se Institut již v době probíhajícího výběrového řízení na poradce hodnotící komise podílel na zpracování nabídek některých uchazečů, byl podjatý a o své podjatosti věděl.

[8] Žalobce nesouhlasí se závěrem soudu, že měl možnost námitku nesplnitelnosti uplatnit jen v zákonem stanovené lhůtě. Je-li dána objektivní nesplnitelnost zadávací podmínky, pak ostatní, kteří splnili parametry museli plnit v rozporu se smlouvou a zadavatel tak vlastně zvýhodňuje soutěžitele, kterým umožňuje smlouvu (týkající se některých parametrů) nesplnit. Závěrem navrhl Nejvyššímu správnímu soudu zrušení napadeného rozsudku a vrácení věci krajskému soudu.

[9] Žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti odmítl důvodnost kasačních námitek. Zdůraznil, že se zcela ztotožňuje s právním názorem vyjádřeným soudem. Ve vztahu k námitce podjatosti poradce komise považuje žalovaný za významné, že stěžovatel byl ze zadávacího řízení vyloučen pro nesplnění kvalitativního požadavku (odolnost v oděru), což vyplynulo z údajů uvedených v jím předloženého certifikátu, nikoliv z jakýchkoliv úvah Institutu, k nimž by sám dospěl v rámci činnosti vykonávané jako poradce pro hodnotící komisi.

[10] Žalovaný rovněž odmítá jako nedůvodnou námitku, že by se soud nezabýval otázkou nesplnitelnosti požadavku na odolnost oděru. Naopak, soud se jí zabýval a dospěl ke správnému závěru. Stěžovatel totiž netvrdil nezákonnost požadavku (zadávacích podmínek) včas, ale až v době, kdy již byl pro nesplnění podmínek vyloučen ze zadávacího

řízení. Pokud nepodal včas proti zadávacím podmínkám (ač je údajně považoval za nerealizovatelné) námitky, nemohl je uplatňovat až vůči rozhodnutí o jeho vyloučení, jehož důvodem bylo právě to, že stěžovatelem předložené vzorky (dle rovněž jím předloženého certifikátu) neodpovídaly zadávacím podmínkám. Nadto stěžovatel sám připouští, že zadávací podmínky skutečně nesplnil.

[11] Není rovněž pravdivé stěžovatelovo tvrzení, že se Institut podílel na zpracování nabídek; ten se na jejich zpracování nepodílel, byť někteří uchazeči využili Institutem vydané certifikáty k prokázání, že jimi předkládané vzorky splňují požadavky uvedené v zadávacích podmínkách. V řízení bylo prokázáno pouze to, že Institut vystavil certifikáty uchazečům, kteří jej o to požádali (neboť je ze zákona k této činnosti povolán), v nichž deklaroval, zda uchazeči předložené vzorky mají či nemají kvalitativní vlastnosti, jejichž splnění zadavatel požadoval v zadávacích podmínkách. Vystavení certifikátu osobou, která je k takové činnosti nadána na základě svých oprávnění, nepředstavuje účast na zpracování nabídky ve smyslu § 74 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách. Stěžovatel tedy *de facto* tvrdí, že Institut uvedl do jím vystavených certifikátů nepravdivé údaje a díky činnosti, kterou potom pro hodnotící komisi vykonával, nemohla být tato nepravdivost odhalena. Stejně jako Institut, tak i každý jiný poradce hodnotící komise, by totiž musel vycházet z obsahu již vydaných certifikátů (jejichž obsah již nebylo možno nikým zvrátit) a porovnávat je s požadavky zadavatele. To, že by kontrola obsahu certifikátů byla provedena nesprávně a právě z takového důvodu byl vyloučen ze zadávacího řízení, stěžovatel ani netvrdí. Tvrdí pouze, že se měl Institut při vydávání certifikátů vědomě či nevědomě dopustit nesprávného postupu. Ke kontrole správnosti obsahu vydaných certifikátů zákonem uznaného certifikátora však zadavatel není v žádném případě oprávněn (v krajním případě mají takové oprávnění orgány činné v trestním řízení) a právě proto volil k posouzení požadavků odborný institut. Ze všech těchto důvodů proto žalovaný navrhl, aby Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou.

[12] Osoby zúčastněné na řízení vyjádření ke kasační stížnosti stěžovatele nepodaly.

IV. Právní posouzení Nejvyšším správním soudem

[13] Nejvyšší správní soud při posuzování kasační stížnosti hodnotil, zda jsou splněny podmínky řízení, přičemž dospěl k závěru, že kasační stížnost má požadované náležitosti, byla podána včas a osobou oprávněnou, a není důvodné kasační stížnost odmítnout pro nepřípustnost.

[14] Kasační stížnost není důvodná.

[15] Předmětem přezkumu je v této věci posouzení právní otázky krajským soudem; jde především o posouzení, zda za daných skutkových okolností byl poradce hodnotící komise zadavatele – Institut pro testování a certifikaci a.s. podjatým při vyjádření svého odborného názoru a zda se tedy mohl vůbec jako odborný poradce tohoto procesu účastnit. Krajský soud dospěl k závěru, že tomu tak nebylo, podjatost Institutu nenalezl.

pokračování
[16] Ze správního spisu vyplynuly pro věc tyto podstatné skutečnosti: zadavatel zahájil zadávací řízení výzvou k podání nabídky „nové stejnokroje“ , jejíž přílohou byly i požadavky na vlastnosti a parametry na použití textilních materiálů pro zhotovení jednotlivých dílů stejnokroje. Každý z uchazečů měl povinnost ve stanovené lhůtě (do 14. 00 hod dne 29. 9. 2010) odevzdat zadavateli svoji nabídku dle požadavků na formu jejího zpracování. Ve výzvě byly rovněž formulovány požadavky na dodání vzorků, jež měly být součástí nabídky. Zadavatel výslovně mj. požadoval, aby vzorky svou kvalitou odpovídaly technické specifikaci, požadovaným velikostem a materiálovým složením s upozorněním, že nesplnění tohoto kriteria povede k vyřazení nabídky a vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. Součástí výzvy byl rovněž jasně vyjádřený požadavek zadavatele, aby pro všechny materiály použité na předložených vzorcích byly současně se vzorky předloženy certifikáty těchto materiálů.

[17] Zadavatel v přípisu ze dne 10. 8. 2010 nazvaném „Dodatečné údaje k zadávacím podmínkám II“ sdělil uchazečům na základě jejich žádostí dodatečné informace k zadávacím podmínkám. Pro nyní souzenou věc je relevantní ta část doplňující informace (k dotazu č. 2), že uchazeči mají povinnost předložit „Osvědčení“ vydané akreditovanou certifikovanou zkušebnou pro certifikaci výrobků. Osvědčení musí jednoznačně potvrzovat, že výrobky se shodují se zadávací dokumentací a vyhovují hygienickým požadavkům. Protokol o zkouškách proto nenahrazuje Osvědčení, neboť Protokol o zkouškách uvádí hodnoty zjištěné při zkouškách. Zadavatel by tedy musel sám provést komparativní neodborné hodnocení. Osvědčení je následným dokumentem k Protokolu o zkouškách a je jednoznačným certifikátem (dokumentem), který zadavatel vyžaduje pro eliminaci všech případných námitek.

[18] Součástí správního spisu je Osvědčení č. 10-181/1, kterým Textilní zkušební ústav s.p. jako certifikační orgán pro certifikaci výrobků k zadání žalobce potvrdil, že žalobcem k posouzení předložená tkanina vyhovuje požadavkům předloženého materiálového listu České pošty; k parametru „odolnost vůči oděru“ uvedl, že tento vyhovuje běžně požadované toleranci a že požadavek zadavatele 60 000 otáček je pro daný typ odlehčené vlnařské tkaniny velmi vysoká hodnota (pro běžné typy těchto tkanin je doporučená hodnota 20 000 otáček).

[19] Je skutečností, že někteří uchazeči předložili certifikát vydaný Institutem, někteří jiným odborným pracovištěm - Textilním zkušebním ústavem.

[20] Předložené nabídky jednotlivých uchazečů byly pak hodnoceny komisí; ta si přizvala odborné poradce pro vyhodnocení, zda údaje plynoucí z předložených certifikátů (Osvědčení) splňují požadavky zadavatele. Z obsahu spisu je rovněž seznatelné složení komise, jakož i účast konkrétních pracovníků Institutu, jako odborných poradců; jednalo se o Ing. I. L., M. S. a Doc. Ing. V. K., CSc. Ti také v čestném prohlášení o nepodjatosti ze dne 30. 9. 2010 prohlásili, že nebyli seznámeni s žádnými identifikačními údaji uchazečů (vzorky k posouzení jim byly předány v anonymizovaných boxech a to v uvedeném počtu kusů) a že neví o tom, že by měli nějaký pracovní, osobní či jiný obdobný poměr k zájemcům či dané věci.

[21] Právě v účasti odborných poradců spatřuje žalobce pochybení; podle žalobce byli poradci podjati a nemohli tedy dát komisi své dobrozdání (tedy sdělit názor na shodu mezi výsledkem plynoucím z Osvědčení a požadavkem zadavatele). Znamená to, že žalobce dovozuje podjatost konkrétních osob, které se podílely jako poradci hodnotící komise.

[22] Podjatostí se obecně rozumí nezpůsobilost rozhodující osoby k nestrannému a nezaujatému posuzování záležitostí jiných a rozhodování o nich, která je zapříčiněna zejména subjektivním poměrem k dané věci a nebo účastníkům. Jak je zřejmé již jen z této samotné charakteristiky, je vždy jednou z podmínek právě skutečnost, že se musí jednat o osobu, která má nějaký podíl v rozhodovacím procesu. Jak krajský soud správně uvedl, nemusí se v tomto ohledu jednat pouze o osoby, které přímo o věci rozhodují, ale podjatost obecně může být shledána i u osob, které pro rozhodující osoby předkládají podklady (typicky znalci). Teoreticky by se tedy mohlo stát, že poradce odborné komise, ač sám přímo o věci nerozhoduje a za výsledek konečného rozhodnutí ani neodpovídá, může pro svůj poměr k věci či účastníkům být podjatou osobou a může tak být příčinou vadnosti rozhodovacího procesu.

[23] V nyní souzené věci tomu tak však nebylo, ale ani být nemohlo. Jak je popsáno výše, odborní poradci se nejenže neúčastnili žádného rozhodování, ale naopak ověřovali pouze shodu parametrů uvedených v certifikátu (Osvědčení), který dodal zadavateli sám žalobce, s parametry, které byly obsahem zadání. Jak zjistil Nejvyšší správní soud z obsahu správního spisu, jednalo se o mechanické posouzení shody kvantifikovaného parametru vyjádřeného odborným ústavem v Osvědčení (jež předložil sám žalobce) a parametru vyjádřeného v zadávacích podmínkách. Na tomto místě Nejvyšší správní soud podotýká, že si lze představit, že se nyní zmíněná činnost hodnotící komise mohla obejít i bez odborných poradců. Nejvyšší správní soud bez výhrad souhlasí se závěrem a obsáhlým zdůvodněním krajského soudu, že rozhodnutí hodnotící komise nebylo ovlivněno rozhodováním poradců o dané věci, neboť ti žádné hodnocení, rozhodování ani odborné posouzení již v této fázi neprováděli. Výsledkem celého hodnotícího stadia tedy bylo vyloučení žalobce ze soutěže právě a jen pro nedodržení zadavatelem požadovaných parametrů, přičemž nedodržení sporného parametru vztahujícího se k oděru textilie pro pracovní uniformy plyne právě a zcela zřetelně z certifikátu (Osvědčení), který předložil zadavateli právě žalobce sám. Jinými slovy, posouzení a hodnocení vlastností a parametrů žalobcem předložené textilie bylo obsahem Osvědčení, které jako povinnou přílohu k nabídce předložil právě žalobce sám. Tato námitka je proto nedůvodná.

[24] Pokud však stěžovatel potažmo *de facto* tvrdí, že Institut uvedl do jím vystavených certifikátů nepravdivé údaje a díky činnosti, kterou potom pro hodnotící komisi vykonával, nemohla být tato nepravdivost odhalena, pak se jedná o námitku, která v tomto řízení nemůže být sama o sobě řešena; pokud by totiž snad měl být zpochybněn odborný obsah certifikátu, resp. údaje v něm uvedené, nebo použité výzkumné či ověřovací metody, které měly sloužit k získání kvantifikace jednotlivých parametrů, pak by taková námitka musela být řešena orgány odborného dozoru (v krajním případě orgány činnými v trestním řízení), v žádném případě však v tomto řízení např. žalovaným. Stejně jako Institut, tak i každý jiný poradce i člen hodnotící komise, totiž musel vycházet z obsahu již vydaných certifikátů (jejichž obsah již nebylo možno nikým zvrátit) a porovnávat je s požadavky zadavatele. Ostatně skutečnost, že by kontrola obsahu certifikátů byla

pokračování
provedena nesprávně a právě z takového důvodu byl vyloučen ze zadávacího řízení, stěžovatel ani netvrdí.

[25] Nedůvodná je rovněž námitka týkající se zákonem stanovené lhůty, do jejíhož uplynutí mohl žalobce uplatnit výtku nesplnitelnosti požadavků zadavatele. Žalobce je přesvědčen, že je-li požadavek zadavatele nesplnitelný, pak se jedná o objektivní kategorii, k níž se musí přihlížet v každém stadiu zadávacího řízení.

[26] I zde se soud ztotožnil se závěrem krajského soudu, který odkázal na § 110 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách a zdůraznil, že směřoval-li stěžovatel námitkami proti zadávacím podmínkám (tvrdil nesplnitelnost některých požadovaných parametrů na vlastnost textilu pro výrobu služebních oděvů), pak takové námitky měl vznést v zákonem stanovené lhůtě 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Pojmem „zadávací podmínky“ se ve smyslu § 17 písm. l) zákona o veřejných zakázkách rozumí veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky. Protože stěžovatel tuto lhůtu nedodržel, nemohl se žalovaný později uplatněnými výtkami vztahujícími se k zadávacím podmínkám, zabývat.

[27] Na tomto místě Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že lhůta stanovená v cit. ustanovení je speciální lhůtou pro podání námitek, do jejího uplynutí musí stěžovatel námitky koncentrovat, uplatnit a odůvodnit. Uběhla-li doba pro podání nabídek dne 18. 5. 2010, posledním dnem pro uplatnění námitek tak byl den 23. 5. 2010. Podal-li stěžovatel námitky zadavateli dne 29. 10. 2010, stalo se tak po uplynutí lhůty, nemohl se již žalovaný obsahem těchto námitek zabývat (§ 110 odst. 7 zákona o veřejných zakázkách, podle něhož je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele). V dalších podrobnostech vztahujících se k nyní posuzované námitce odkazuje soud na podrobné odůvodnění rozsudku krajského soudu (b. IV. 3), s nímž se kasační soud zcela ztotožnil.

V. Závěr a náklady řízení o kasační stížnosti

[28] Nejvyšší správní soud tedy shledal námitky stěžovatele nedůvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí kasační soud přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[29] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť neměl ve věci úspěch. Žalovanému náklady řízení nad rámec jeho běžné úřední činnosti nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 4. dubna 2013

JUDr. Lenka Kaniová
předsedkyně senátu