



UOHSX00HWZU6

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0083/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-29429/2023/163

Brno 11. 8. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 29. 6. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Vysoká škola chemicko-technologická v Praze**, IČO 60461373, se sídlem Technická 1905/5, Dejvice, 160 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0239/2023/VZ, č. j. ÚOHS-23071/2023/500 ze dne 19. 6. 2023, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 3. 5. 2023 na návrh navrhovatele –

- **JEOL (EUROPE) SAS**, IČO 652005257, se sídlem 1 Allée de Giverny, 782 90 Croissy-sur-Seine, Francouzská republika, a **JEOL (EUROPE) SAS – organizační složka**, IČO 41691415, se sídlem Karlovo náměstí 293/13, Nové Město, 120 00 Praha 2,

ve věci přezkoumání úkonů výše jmenovaného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**NPO\_Transmisní elektronový mikroskop**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2022 pod ev. č. zakázky Z2022-050752 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 241-694224,

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

Výroky II-V rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0239/2023/VZ, č. j. ÚOHS-23071/2023/500 ze dne 19. 6. 2023

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení realizované zadavatelem**

1. Vysoká škola chemicko-technologická v Praze, IČO 60461373, se sídlem Technická 1905/5, Dejvice, 160 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) zahájila podle § 56 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**ZZVZ**“)¹ otevřené řízení na veřejnou zakázku s názvem „NPO\_Transmisní elektronový mikroskop“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 9. 12. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 12. 12. 2022 pod ev. č. zakázky Z2022-050752 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 14. 12. 2022 pod ev. č. 2022/S 241-694224, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dodávka transmisního elektronového mikroskopu s energiově-disperzním spektrometrem a dalším příslušenstvím. Jeho nedílnou součástí je doprava do místa plnění, instalace, uvedení do provozu, odzkoušení, zaškolení obsluhy, předání návodu apod. Zadavatel požaduje přístroj nový, nikoliv „*demo*“, repasovaný nebo jakkoliv již dříve použitý.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 11 157 024 Kč bez DPH.

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

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 ZZVZ, obdržel dne 3. 5. 2023 návrh účastníka zadávacího řízení JEOL (EUROPE) SAS, IČO 652005257, se sídlem 1 Allée de Giverny, 782 90 Croissy-sur-Seine, Francouzská republika, a JEOL (EUROPE) SAS – organizační složka, IČO 41691415, se sídlem Karlovo náměstí 293/13, Nové Město, 120 00 Praha 2, (dále jen „**navrhovatel**“) podle § 250 odst. 1 písm. c) ZZVZ (dále jen „**návrh**“) proti rozhodnutí zadavatele ze dne 30. 3. 2023 o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“).
5. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 ZZVZ ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno

---

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění ZZVZ k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0239/2023/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 ZZVZ navrhovatel a zadavatel (dále jen „**správní řízení**“).

### **III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 6. 2023**

6. Dne 19. 6. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0239/2023/VZ, č. j. ÚOHS-23071/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se správní řízení v části návrhu směřující proti požadavku zadavatele, aby navrhovatel ve lhůtách 2 pracovních dnů doplnil další doklady přesahující rámec zadávacích podmínek, čímž měl porušit zásady rovného zacházení a přiměřenosti, zastavuje podle § 257 písm. h) ZZVZ, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
8. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená v § 48 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu, že v nabídce a následně ani na základě žádosti podle § 46 ZZVZ nepředložil technickou dokumentaci k přehledové kameře a zobrazovacímu software, ze které by bylo možné ověřit splnění minimálních technických požadavků vymezených v příloze č. 3 zadávací dokumentace, a to za situace, kdy zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace umožnil doložit splnění minimálních technických požadavků také jiným vhodným prokazatelným způsobem a navrhovatel doložil splnění minimálních technických požadavků u těchto dílčích částí předmětu plnění čestným prohlášením výrobce, čímž zároveň zadavatel porušil zásadu přiměřenosti, přičemž tento postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
9. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele shledaného ve výroku II napadeného rozhodnutí zrušil podle § 263 odst. 2 ZZVZ rozhodnutí o vyloučení a všechny následné úkony zadavatele v zadávacím řízení.
10. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 263 odst. 8 ZZVZ do pravomocného skončení správního řízení zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení.
11. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 266 odst. 1 ZZVZ, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
12. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel v návrhu rovněž namítal, že zadavatel po něm požadoval – na rozdíl od ostatních dodavatelů – doplnění dalších dokladů přesahujících rámec zadávacích podmínek, čímž měl porušit zásadu rovného zacházení, a zároveň pro tato doplnění stanovil nepřiměřené lhůty v délce 2 pracovních dnů. Vzhledem k tomu, že tyto námitky směřovaly proti postupu zadavatele souvisejícímu s výzvami k objasnění či doplnění nabídky ve smyslu § 46 odst. 1 ZZVZ, navrhovatel byl dle názoru Úřadu povinen tyto skutečnosti rozporovat ve lhůtě podle § 242 odst. 2 ZZVZ, tedy do 15 dnů ode dne, kdy mu byla doručena taková výzva k objasnění nabídky, tj. ve vztahu k poslední výzvě pak nejpozději dne 23. 3. 2023. Navrhovatel však namítl nepřiměřenost lhůty pro objasnění nabídky až v námitkách ze dne 13. 4. 2023 a nedodržení zásady rovného zacházení až v návrhu. Předmětným částem návrhu tak nepředcházely řádně a včas podané námitky, a proto Úřad správní řízení v této části zastavil podle § 257 písm. h) ZZVZ.

13. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí se Úřad předně zabýval tvrzením zadavatele, že navrhovatel v námitkách ani v návrhu nebrojil proti důvodu vyloučení, kterým byla absence jakéhokoliv vysvětlení a doplnění technických podmínek pro nabízené softwarové řešení (zobrazovací software). Úřad k tomu uvedl, že má za to, že navrhovatel námitkami i návrhem rozporoval rozhodnutí o vyloučení v celém rozsahu, tedy i důvod vyloučení spočívající v nepředložení technické dokumentace k zobrazovacímu software mikroskopu. Zobrazovací software navrhovatel nadto v námitkách i v návrhu zmiňoval.
14. Ve vztahu k meritu řešeného případu Úřad předně poukázal na to, že důvodem vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení nebyla skutečnost, že by jím nabízené plnění nesplňovalo minimální technické požadavky, nýbrž to, že k přehledové kameře a zobrazovacímu software nepředložil technickou dokumentaci ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace, ze které by bylo možné ověřit splnění minimálních technických požadavků. Dle Úřadu z čl. 4 zadávací dokumentace vyplývá, že dodavatelé měli prokázat splnění minimálních technických požadavků na předmět plnění doložením technické dokumentace výrobce nebo jiné oficiální dokumentace, případně jiným vhodným prokazatelným způsobem. Navrhovatel v nabídce doložil technický list k mikroskopu JEM-1400Flash, v němž popsal i hlavní parametry přehledové kamery a softwaru. Následně v rámci objasnění nabídky č. 4 doložil vyjádření výrobce vztahující se mimo jiné k přehledové kameře a zobrazovacímu software.
15. Dle Úřadu je v šetřeném případě nutno reflektovat, že zadávací podmínky umožňovaly dodavatelům prokázat splnění minimálních technických požadavků rovněž jiným vhodným prokazatelným způsobem, a to v případech, kdy z oficiální dokumentace nevyplývá splnění požadavků zadavatele. Navrhovatel přitom zadavateli opakovaně sděloval, že technická dokumentace k těmto dílčím částem plnění není veřejnosti dostupná, neboť plnění je ve fázi vývoje a bude přizpůsobeno požadavkům zadavatele. Dle názoru Úřadu lze navrhovatelem předložené prohlášení výrobce považovat po zohlednění všech skutkových okolností za jiný vhodný způsob prokázání splnění minimálních technických požadavků, který umožňoval čl. 4 zadávací dokumentace, a proto Úřad dospěl k závěru, že nedošlo k naplnění tvrzených důvodů vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ.

#### **IV. Rozklad zadavatele ze dne 29. 6. 2023**

16. Dne 29. 6. 2023 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti výroku II-V napadeného rozhodnutí (dále jen „**rozklad**“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 6. 2023. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na 4. 7. 2023. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
17. Zadavatel v rozkladu předně namítá, že způsob prokazování minimálních technických požadavků je nutné vykládat v celém jeho kontextu tak, jak jím byl zamýšlen a vložen do čl. 4 zadávací dokumentace. Tento článek zadávací dokumentace je jednoznačně postaven na principu subsidiárního použití důkazních prostředků, když výslovně stanoví posloupnost způsobu prokazování splnění technických podmínek. Tento princip je z jeho textu zcela jednoznačný a podle názoru zadavatele neumožňuje interpretaci, kterou zvolil Úřad v napadeném rozhodnutí. Naprosto primárním a nepominutelným důkazním prostředkem byla oficiální dokumentace k nabídnutému zařízení, bez níž nemohla být nabídka považována za úplnou a souladnou se zadávací dokumentací. Oficiální dokumentaci nebylo možné jako celek nahradit jakýmkoli jiným alternativním důkazním prostředkem. Zadavatel si však byl

současně vědom toho, že u určitých dílčích požadavků nemuselo jejich naplnění plně vyplývat z oficiální dokumentace, a proto subsidiárně připustil formu čestného prohlášení jako krajního a doplňkového způsobu prokázání takového technického požadavku.

18. Zadavatel uvádí, že je téměř s absolutní jistotou přesvědčen o tom, že k zobrazovacímu software musí existovat některá forma technické dokumentace, neboť nabízený přístroj musí být řádně certifikován, aby mohl být distribuován na trhu EU, a navrhovatel stejný software provozuje a udržuje na dalších přístrojích v majetku jiných veřejných zadavatelů. Ve vztahu k přehledové kameře zadavatel uvádí, že mu navrhovatel sdělil, že technická dokumentace existuje, ale není určena ke zpřístupnění veřejnosti. Zadavatele však nelze považovat za veřejnost, neboť ZZVZ je koncipován tak, aby doklady předložené v rámci nabídek byly chráněny před nežádoucím únikem informací. Zadavatel má rovněž za to, že pokud navrhovateli nestačila tato obvyklá garance ochrany informací stanovená v ZZVZ a přeneseně ve formě obchodního tajemství dle občanského zákoníku, mohl po něm požadovat jako záruku ochrany poskytnutých informací např. uzavření dohody o mlčenlivosti. Navrhovatel však nic takového neučinil a pouze se omezil na neposkytnutí požadovaných informací. Sám Úřad v napadeném rozhodnutí připustil, že oficiální technická dokumentace k danému zařízení existuje, nikterak se však nevypořádal s otázkou jejího zpřístupnění zadavateli.
19. Zadavatel rovněž namítá, že transmisní elektronové mikroskopy nejsou vyvíjeny na zakázku tak, jak tvrdí navrhovatel v jednom ze svých vyjádření. Naopak tyto přístroje jsou výsledkem dlouholetého výzkumu a vývoje a být lze některé tyto stroje konfigurovat dle požadavků objednatelů, nelze je dle zadavatele inovovat v takové míře a v tak krátkém časovém intervalu, jak tvrdí navrhovatel, tj. že nabídnutý mikroskop bude rozšířen o funkce a vlastnosti, jež dalece předčí jeho možnosti právě s ohledem na technologické stáří této modelové řady.
20. Zadavatel dále v rozkladu uvádí, že kladl důraz na detailní popis funkčních parametrů a vlastností poptávaného přístroje a obsáhle definovaných kritérií kvality umožňujících získání výhradně špičkového přístroje a co nejvyšší hodnoty za veřejné prostředky, neboť excelentní výzkum je možno vést pouze s použitím nejmodernějšího vybavení. Ocitne-li se však v soutěži o veřejnou zakázku přístroj, jehož vlastnosti, funkční parametry a kvalitu nemůže zhodnotit, neboť mu navrhovatel odpírá přístup ke klíčové technické dokumentaci, nelze takovou nabídku akceptovat, ani kdyby byla ekonomicky nejvýhodnější. Pořízením přístroje od navrhovatele, u kterého nebylo řádně prokázáno splnění všech stanovených požadavků, by se zadavatel reálně vystavil situaci, že by následně při jeho předání a převzetí bylo zjištěno, že tyto požadavky nesplňuje. Zadavatel se nemůže vystavit riziku, že by chybně presumoval, že plnění nabízené navrhovatelem splňuje zadání, ačkoliv toto navrhovatel (v době, kdy byl účastníkem zadávacího řízení) uspokojivě nedoložil, neboť zadavatel by byl vystaven postihům ze strany poskytovatele dotace, jakož i dalších orgánů kontroly a dozoru nad veřejnými výdaji. Zadavatel byl pouze důkladný při přezkoumávání splnění předmětných technických podmínek ze strany navrhovatele.
21. Zadavatel rovněž rozporuje vyjádření Úřadu, jenž měl v napadeném rozhodnutí bagatelizovat jeden z minimálních technických požadavků, když uvedl, že se jedná pouze o dílčí část plnění. Zadavatel k tomu uvádí, že přehledová kamera splňující popsané náležitosti je nejenže nedílnou, ale i stěžejní součástí plnění.

22. Zadavateli není zřejmé, jak Úřad z jeho postupu dovodil porušení zásady přiměřenosti. Zadávací podmínky mu totiž neumožňovaly jakýkoli alternativní postup, který by mohl být posuzován z pohledu aplikace zásady přiměřenosti ve smyslu § 6 ZZVZ.

#### **Návrh rozkladu**

23. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu výroky II-V napadaného rozhodnutí zrušil a věc v tomto rozsahu vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 14. 7. 2023 k rozkladu**

24. Navrhovatel ve vyjádření ze dne 14. 7. 2023 k rozkladu uvádí, že postupoval přesně v souladu se zadávací dokumentací. Pokud v ní zadavatel připustil prokazování technických aspektů i jiným vhodným prokazatelným způsobem, pak není oprávněn takovému postupu navrhovatele bránit. Navrhovatel předložil vyjádření výrobce v situaci, kdy neměl k dispozici jiný dokument, a proto bylo nezbytné využít tento subsidiární způsob. Zadavatel nevedl žádný relevantní důvod, proč by dané prohlášení výrobce nemělo být pravdivé. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 53/2019-70 ze dne 30. 9. 2021, ve kterém měl tento soud označit za nezákonné odmítání jiného způsobu prokázání konkrétních vlastností software než zadavatelem preferovaného způsobu.
25. Navrhovatel prohlašuje, že předložil nabídku na špičkový přístroj, který japonská společnost JEOL Ltd. nabízí nejen v Evropě, ale na celém světě. Transmisní elektronový mikroskop JEOL JEM-1400Flash je vždy nakonfigurován (a nikoliv vyvíjen, jak tvrdí zadavatel) přesně dle požadavků jednotlivých zadavatelů.
26. K průzkumu trhu provedenému zadavatelem u 3 různých zadavatelů v ČR, kde v minulých letech byly instalovány přístroje se stejným označením, pod kterým je nabízen přístroj zadavateli v rámci této veřejné zakázky, navrhovatel opětovně uvedl, že u předmětných instalací je každá jednotlivá konfigurace unikátní, a pokud ani jedna z kamer nabídnutých v právě posuzovaném zadávacím řízení není instalována u uvedených zákazníků navrhovatele, tak to je z toho důvodu, že ani jednu z těchto kamer nepožadovali. V době, kdy probíhala daná zadávací řízení, navrhovatel tyto kamery ani neměl k dispozici (jedná se o novinku na trhu, jak již zmínil v jedné z odpovědí). Každá jednotlivá instalace JEM-1400Flash je navíc vybavena jinou kamerou. Zadavatel tedy na základě průzkumu trhu učinil nesprávné závěry.
27. Navrhovatel rovněž podotýká, že japonské firmy se z marketinkových a kulturních důvodů drží stejných názvů. To však neznamená, že jednotlivé funkce přístrojů nejsou průběžně vylepšovány. Například se sloupcem JEM-1400Flash firma JEOL udělala velký průlom v optickém designu. Největší vývoj je v oblasti kamer, kde JEOL uvedl na trh novou kameru SightSKY EM-04500SKY a přehledovou kameru EM-14420VIEW.
28. K pochybnostem zadavatele, že neexistuje oficiální dokumentace, neboť dle jeho názoru by měla existovat pro účely certifikace, navrhovatel uvádí, že certifikuje tyto přístroje při dovozu do EU. Navrhovatel rovněž souhlasí se závěrem Úřadu, že odmítání jiné formy prokázání příslušných technických parametrů zadavatelem bylo nepřiměřené, a proto v rozporu s § 6 odst. 1 ZZVZ. Pokud zadavatel vyslovuje obavu z budoucího kritického pohledu poskytovatele dotace, navrhovatel je přesvědčen o tom, že právě napadené rozhodnutí je v tomto ohledu

jednoznačnou zárukou správnosti a zákonnosti postupu zadavatele, která nemůže být zpochybnována ani ze strany poskytovatele dotace.

#### V. K právní moci výroku I napadeného rozhodnutí

29. Podle § 82 odst. 3 správního řádu „*pokud odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, a pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci*“. Podle § 152 odst. 5 správního řádu „*nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání*“.
30. Zadavatel podal rozklad pouze proti výrokům II-V napadeného rozhodnutí a navrhovatel nepodal proti napadenému rozhodnutí žádný rozklad. Je tak splněna základní podmínka vymezená v § 82 odst. 3 správního řádu proto, aby výrok I napadeného rozhodnutí mohl nabýt samostatně právní moci.
31. Současně výrok I napadeného rozhodnutí netvoří nedílný celek s jeho výroky II-V (resp. s výrokem II, na nějž navazují výroky III-V; blíže viz bod 85 tohoto rozhodnutí), jelikož se výroky I a II napadeného rozhodnutí týkají na sobě nezávislých částí návrhu, a to jak z věcného hlediska (jednalo se o relativně samostatné námítky), tak i z procesního hlediska (části návrhu v rozsahu výroku I napadeného rozhodnutí nepředcházelo podání námitek ve smyslu § 241 ZZVZ, na rozdíl od zbývajících částí návrhu, již se týkal výrok II napadeného rozhodnutí). Vzhledem k těmto skutečnostem je splněna i podmínka, že výrok I napadeného rozhodnutí může nabýt samostatně právní moci, pouze umožňuje-li to povaha věci.
32. Jelikož žádný účastník správního řízení nepodal rozklad proti výroku I napadeného rozhodnutí, lze mít za to, že je naplněna i poslední podmínka stanovená v § 82 odst. 3 správního řádu, že samostatným nabytím právní moci tohoto výroku nesmí být způsobena újma některému z účastníků správního řízení.
33. Napadené rozhodnutí bylo doručeno navrhovateli i zadavateli dne 19. 6. 2023. Lhůta pro podání rozkladu v délce 15 dnů stanovená v § 83 správního řádu tudíž oběma účastníkům uplynula dne 4. 7. 2023. Podle § 73 odst. 1 správního řádu „*nestanoví-li tento zákon jinak, je v právní moci rozhodnutí, které bylo oznámeno a proti kterému nelze podat odvolání*“. Za splnění podmínek stanovených v § 82 odst. 3 správního řádu tak **výrok I napadeného rozhodnutí nabyl samostatně právní moci dne 5. 7. 2023**. V důsledku této skutečnosti je vyloučen přezkum výroku I napadeného rozhodnutí v rámci tohoto řízení o rozkladu, resp. tohoto rozhodnutí.

#### VI. Řízení o rozkladu

34. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu výroků II-V napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### Stanovisko předsedy Úřadu

35. 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 výroků II-V

napadeného rozhodnutí a řízení, které jejich vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost těchto výroků napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

36. Úřad výroky II-V napadeného rozhodnutí rozhodl správně a v souladu se právními předpisy.
37. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení těchto výroků napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu.

#### **VII. K důvodům potvrzení výroku II napadeného rozhodnutí a souvisejícím námitkám rozkladu**

38. Zadavatel v rozkladu zejména namítá, že Úřad nesprávně interpretoval čl. 4 zadávací dokumentace. Dle zadavatele je tento článek jednoznačně postaven na principu subsidiárního použití důkazních prostředků, když výslovně stanoví posloupnost způsobu prokazování splnění technických podmínek (blíže viz bod 17 tohoto rozhodnutí).
39. Zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace stanovil, že *„dodavatel za účelem prokázání splnění minimálních a kritériálních technických požadavků předloží Zadavateli jako součást své nabídky technickou dokumentaci, ze které musí být Zadavatel schopen posoudit splnění těchto požadavků. Technickou dokumentací rozumí Zadavatel oficiální dokumentaci výrobce nabízeného zařízení/komponent/software nebo jinou oficiální dokumentaci, která je standardně dodávána se zařízením, a to v českém, slovenském nebo anglickém jazyce a ze které bude splnění technických požadavků jednoznačně vyplývat. V případě, že některé z technických požadavků zadavatele na předmět plnění nejsou uvedeny v oficiální dokumentaci, doloží dodavatel splnění těchto požadavků jiným vhodným prokazatelným způsobem. Z doložených dokumentů musí zcela jasně vyplývat splnění technických požadavků Zadavatele“*.
40. Z čl. 4 zadávací dokumentace tedy vyplývá, že účastníci zadávacího řízení byli povinni za účelem prokázání splnění technických požadavků zadavatele učinit součástí nabídky:
  - a. oficiální dokumentaci výrobce nebo jinou oficiální dokumentaci, která je standardně dodávána se zařízením, anebo
  - b. doložit splnění požadavků zadavatele jiným vhodným prokazatelným způsobem (v případě, že některé z technických požadavků nejsou uvedeny v oficiální dokumentaci).
41. Navrhovatel předložil na str. 52-63 nabídky oficiální technickou dokumentaci ve vztahu k jím nabídnutému mikroskopu JEM-1400Flash, v jejímž rámci popsal i hlavní parametry přehledové kamery a zobrazovacího software, a oficiální technickou dokumentaci obsahovala rovněž příloha jeho vysvětlení č. 2 ze dne 27. 1. 2023. Jak Úřad uvedl v bodech 50 a 51 napadeného rozhodnutí, konkrétně je na str. 57 nabídky navrhovatele uveden v bodě 3.9 popis přehledové kamery JEOL EM-14420VIEW VIEWING CHAMBER CMOS CAMERA UNIT. Z předmětného popisu mj. vyplývá, že tuto kameru lze připojit k portu prohlížecké komory na mikroskopu a že je plně integrována v prohlížecké komoře. Přehledovou kameru lze připojit výměnou horní části komory pro prohlížení snímků a v případě potřeby ji odpojit. V předmětném technickém listu je dále popsána zobrazovací metoda, počet efektivních pixelů, velikost pixelů, velikost efektivních pixelů či rychlost čtení. Na str. 61-62 nabídky jsou v bodě 3.15 popsány automatické funkce mikroskopu a software.



42. Z právě uvedeného plyne, že ze strany navrhovatele nedošlo k tomu, že by oficiální dokumentaci vztahující se k jím nabídnutému mikroskopu nahradil „jako celek“ jiným alternativním důkazním prostředkem, jak zadavatel uvádí v rozkladu.
43. V návaznosti na 7. jednání komise zadavatele, které se uskutečnilo dne 8. 3. 2023, zadavatel zaslal navrhovateli výzvu č. 4 ze dne 8. 3. 2023 (dále jen „**výzva č. 4**“), v níž zejména uvedl, že „komise se zabývala posouzením splnění minimálních technických požadavků na **přehledovou kameru** mikroskopu. Tyto jsou podrobně popsány v rámci jednoho z minimálních technických požadavků Zadavatele na předmět plnění uvedeného v zadávacích podmínkách, a to konkrétně v rámci požadavku č. 12 [...] Součástí nabídky Účastníka (str. 57) je základní popis nabízené přehledové kamery [...] Komise požaduje podrobnější a přesnější popis nabízené přehledové kamery JEOL EM-14420VIEW VIEWING CHAMBER CMOS CAMERA UNIT (PREVIEW CAMERA). [...] Komise tímto žádá Účastníka o **předložení technické dokumentace, ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace**, potvrzující specifikaci nabízené kamery (EM-14420VIEW). [...] Nabídka Účastníka, včetně všech vyjádření Účastníka poskytnutých do této doby Zadavateli, nicméně stále absentuje identifikaci a podrobnější popis **zobrazovacího software** nabízeného mikroskopu (dle vyjádření JEOL Ltd. též označen jako ‚operational control software‘), a také podobnější popis toho, jakým způsobem zajišťuje software SightX ve spojení s tímto zobrazovacím software mikroskopu zpětnou vazbu analýzy obrazu k motorizovaným ovládacím prvkům mikroskopu, tj. požadavky na automatické centrování svazku primárních elektronů a automatické zaostření tak, jak je Zadavatelem požadováno. Komise tímto žádá Účastníka opakovaně o **předložení technické dokumentace, ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace**, potvrzující specifikaci (jeho parametry, vlastnosti, funkce, možnosti) nabízeného zobrazovacího software“ [zvýrazněno předsedou Úřadu].
44. Zadavatel stanovil v bodě č. 12 přílohy č. 3 zadávací dokumentace nazvané „Minimální technické požadavky“: „*Přehledová kamera: samostatná CCD nebo CMOS kamera, plně integrovaná (tzn. hardwarově i softwarově) rozlišení min. 0.25 Mpix, rychlost snímkování min. 30 fps při plném rozlišení. Přehledová kamera musí být schopna zobrazit vzorek při všech hodnotách zvětšení a všech hodnotách urychlovacího napětí. Software ovládající tuto kameru musí být schopen zajistit automatické centrování svazku primárních elektronů (beam shift) a automatické zaostření. Software dále musí umožnit nastavení hodnoty expoziční doby přehledové kamery a záznam a uložení obrazu vzorku bez nutnosti použít hlavní kameru TEM*“.
45. K výzvě č. 4 již na tomto místě uvádím, že zadavatel v ní pouze požadoval předložení technické dokumentace ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace, aniž by jakkoliv blíže specifikoval, jaké alternativní doklady (ve smyslu bodu 40 písm. b. tohoto rozhodnutí) bude akceptovat, jestliže nejsou některé z technických parametrů uvedeny v oficiální dokumentaci (ve smyslu bodu 40 písm. a. tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy nedal navrhovateli v tomto ohledu žádný návod, resp. doporučení, a své představy a očekávání vyjádřil zpětně (a pro navrhovatele tudíž pozdě) až v rozhodnutí o vyloučení.
46. Navrhovatel odpověděl na výzvu č. 4 přípisem ze dne 10. 3. 2023 (dále jen „**vysvětlení č. 4**“), v němž se vyjádřil k nejasnostem shledaným komisí zadavatele tak, že podrobněji popsal přehledovou kameru a zobrazovací software mikroskopu JEM-1400Flash. Přílohou jeho podání bylo potvrzení ze dne 9. 3. 2023 vystavené výrobcem tohoto mikroskopu, kterým je japonská společnost JEOL Ltd. (dále jen „**potvrzení výrobce**“ nebo „**prohlášení výrobce**“), v němž výrobce potvrdil, že veškeré technické parametry uvedené v nabídce navrhovatele

jsou správné a platné, a že přehledová kamera i zobrazovací software mikroskopu jsou plně integrovány, přičemž uvedl i jejich stručný popis.

47. Zadavatel v návaznosti na 8. jednání jím ustanovené komise, které se uskutečnilo dne 15. 3. 2023, následně rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podle § 48 odst. 2 písm. a) a b) ZZVZ. Zadavatel v rozhodnutí o vyloučení uvedl, že navrhovatel „nepředložil požadované údaje či doklady v takové míře podrobnosti a detailu, aby na jejich základě bylo možné posoudit splnění MTP č. 12 [viz bod 44 tohoto rozhodnutí – pozn. předsedy Úřadu]“. Navrhovatel „doplnil pouze stručný popis k umístění kamery bez předložení jakékoliv technické dokumentace k této kameře, opětovně upřesnil označení zobrazovacího software bez poskytnutí doplňujících údajů či dokladů k tomuto software a předložil stanovisko, které nepřináší žádné nové informace, přičemž obdobný dokument již předkládal Účastník v předchozích odpovědích [...] Zadavatel se neztotožňuje s argumentací Účastníka, že prohlášení či potvrzení výrobce přístroje ve vztahu k posuzovaným parametrům jsou nadřazena Zadavatelem požadovaným dokumentům – oficiální dokumentaci k nabízenému přístroji (datasheety, produktové listy, přístrojové či softwarové manuály, technické výkresy, či jiné relevantní materiály obsahující výkonnostní a technické parametry nabízeného přístroje a software), k čemuž se ostatně Zadavatel vyjádřil již výše. Takový přístup by výrazně omezil či zcela znemožnil objektivní kontrolu parametrů nabízeného plnění a dodavatelům by umožňoval zcela obejít předkládání relevantní technické dokumentace požadované zcela běžně Zadavatelem právě za účelem ověření věrohodnosti a pravosti dodavateli uváděných údajů v jejich nabídkách či následně v rámci objasnění a doplnění těchto nabídek. V daném případě se tak dle názoru Zadavatele jedná o postup, kterým jsou obcházeny požadavky Zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci, které mimo jiné stanovují pořadí, ve kterém mají být předkládány dokumenty k prokázání splnění technických požadavků“.
48. Zadavatel tedy vyloučil navrhovatele proto, že mu ani na základě výzvy č. 4 nepředložil technickou (oficiální) dokumentaci, jíž by prokázal (doložil) všechny údaje tvrzené v nabídce ohledně přehledové kamery a zobrazovacího software mikroskopu. Zadavatel současně uvedl, že potvrzení výrobce nepovažuje ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace za dostatečné.
49. Úřad ve výroku II napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění dospěl k jinému závěru než zadavatel, a proto výrokem III napadeného rozhodnutí zrušil rozhodnutí o vyloučení a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení. Úřad své rozhodnutí odůvodnil (viz např. body 101, 109 a 110 napadeného rozhodnutí) tak, že navrhovatel učinil součástí své nabídky technický list k nabízenému mikroskopu, ve kterém jsou uvedeny základní parametry nabízeného přístroje včetně jeho dílčích částí. Na výzvu č. 4 patřičně reagoval vysvětlením č. 4, v němž detailněji popsal zadavatelem požadované funkcionality a parametry přehledové kamery a zobrazovacího software a k těmto komponentám doložil prohlášení výrobce, kterým deklaroval splnění všech požadavků zadavatele. Dle názoru Úřadu tak nastala situace předvídaná v čl. 4 zadávací dokumentace, kdy z oficiální dokumentace nabízeného plnění nebylo možno posoudit splnění minimálních technických požadavků, resp. tyto tam nebyly ve vztahu k přehledové kameře a zobrazovacímu software uvedeny v takové míře podrobností, jakou zadavatel požadoval, a proto mohl navrhovatel prokázat splnění těchto požadavků jiným vhodným prokazatelným způsobem (ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace).
50. Ve vztahu k rozkladové námitce zadavatele stran nesprávné interpretace čl. 4 zadávací dokumentace Úřadem (blíže viz body 17 a 38 tohoto rozhodnutí), předně uvádím, že při

výkladu a aplikaci tohoto článku zadávací dokumentace (stejně jako jakýchkoliv jiných zadávacích podmínek) je nezbytné postupovat v souladu pravidly stanovenými v ZZVZ.

51. V první řadě je třeba vyjít ze skutečnosti, že zadávací podmínky vytváří zadavatelé, a proto jejich případná nejednoznačnost (např. z důvodu použití neurčitých pojmů) nemůže být vykládána k tíži dodavatelů, a to ve smyslu § 36 odst. 3 věty druhé ZZVZ, podle něhož *„zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele“*, resp. i § 557 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„občanský zákoník“**), podle něhož *„připouští-li použitý výraz různý výklad, vyloží se v pochybnostech k tíži toho, kdo výrazu použil jako první“* (rovněž viz bod 96 napadeného rozhodnutí). Pokud má tedy zadavatel nějakou představu o požadavcích na dodavatele, kterou se mu však nepodaří jednoznačným způsobem zachytit v zadávací dokumentaci, musí postupovat v souladu se zadávacími podmínkami, a nikoliv podle svých původních představ a očekávání.
52. Při výkladu a aplikaci zadávacích podmínek je rovněž třeba zohledňovat zásady zadávání veřejných zakázek zakotvené v § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ. Jedná se o zásadu zákazu diskriminace ve spojení s § 36 odst. 1 ZZVZ, podle něhož *„zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže“*. Požadavky zadavatelů tedy nesmí **bezdůvodně** omezovat a znevýhodňovat dodavatele schopné realizovat předmět veřejné zakázky a musí být vždy odůvodnitelné objektivními okolnostmi. Zadavatelé jsou taktéž povinni dodržovat zásadu rovného zacházení tím způsobem, že vůči dodavatelům nacházejícím se v obdobném postavení musí postupovat srovnatelným způsobem, tzn. že nesmí žádného dodavatele protěžovat, ale ani vůči němu volit přísnější postup.
53. Dále se jedná o zásadu transparentnosti, podle níž jsou zadavatelé povinni (kromě jiného) postupovat při zadávání veřejné zakázky předvídatelným a čitelným způsobem nezbuzujícím pochybnosti o pravých důvodech jejich jednotlivých kroků. Jednání zadavatele např. nesmí vykazovat znaky libovůle v tom smyslu (vztaženo k posuzovanému případu), že dodavatelům umožní prokázat splnění technických požadavků jiným vhodným prokazatelným způsobem, avšak až v rozhodnutí o vyloučení zpětně ozřejmí, co si pod tímto pojmem představoval, resp. nepředstavoval, přičemž zvolil výklad, který byl v neprospěch navrhovatele – přestože by uznal přinejmenším srovnatelné důkazy (blíže viz bod 71 a následující tohoto rozhodnutí).
54. V neposlední řadě jsou zadavatelé povinni postupovat v souladu se zásadou přiměřenosti. Podle § 45 odst. 2 ZZVZ *„pokud zadavatel vyžaduje předložení dokladu a dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit požadovaný doklad, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad“*. Nejen z tohoto ustanovení ZZVZ vyplývá, že jestliže zadavatel vyžaduje předložení konkrétního dokladu, dodavatelům by měl v zásadě umožnit prokázat předmětnou skutečnost i jiným alternativním (srovnatelným, obdobným, přiměřeným) způsobem. Měřítkem by přitom měl být účel požadavku na předložení dokladu. V šetřené věci je např. z rozhodnutí o vyloučení zřejmé, že účelem čl. 4 zadávací dokumentace bylo *„provést nezávislé posouzení a ověření údajů uvedených v nabídce Účastníka“*. Jednalo se tak o postup podle ustanovení § 39 odst. 5 věty druhé ZZVZ, podle něhož *„zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů“*. Tudíž pokud zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace (správně) připustil prokázání splnění technických požadavků jiným vhodným prokazatelným způsobem, byl povinen akceptovat všechny doklady (metody), které

vedly k tomuto cíli, tj. objektivnímu ověření údajů uvedených v nabídce navrhovatele. Rozhodným tedy mělo být dosažení účelu sledovaného zadavatelem, a nikoliv použité prostředky, přestože by pro něj zjevně bylo nejlepší a nejsnazší, pokud by mu účastníci zadávacího řízení předložili oficiální technickou dokumentaci ve smyslu bodu 40 písm. a. tohoto rozhodnutí. V zájmu zachování co nejširší hospodářské soutěže je však nutné hledat rovnováhu mezi přáními a představami zadavatele na straně jedné a možnostmi dodavatelů na straně druhé.

55. V souladu s právě předestřenyými právními východisky bylo nezbytné posoudit, jaké možnosti navrhovateli vyplývaly z čl. 4 zadávací dokumentace a zda požadavkům tohoto článku (ve spojení s výzvou č. 4) objektivně vyhověl.
56. Navrhovatel předložil za účelem prokázání splnění **některých** minimálních technických požadavků zadavatele potvrzení výrobce. Lze považovat za nesporné, že toto potvrzení nelze kvalifikovat jako oficiální technickou dokumentaci ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace (srov. bod 40 písm. a. tohoto rozhodnutí), a proto bylo třeba posoudit, zda se jednalo ve smyslu tohoto článku zadávací dokumentace o jiný vhodný prokazatelný způsob (srov. bod 40 písm. b. tohoto rozhodnutí).
57. Předně však bylo nezbytné vyřešit otázku, zda navrhovatel měl právo doložit splnění předmětných technických požadavků jiným vhodným prokazatelným způsobem, neboť zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace stanovil, že účastníci zadávacího řízení mohli zvolit tento alternativní způsob v případě, že „*některé z technických požadavků zadavatele na předmět plnění nejsou uvedeny v oficiální dokumentaci*“. Zadavatel v rozkladu v tomto ohledu namítá, že k zobrazovacímu software i přehledové kameře musí existovat oficiální dokumentace (blíže viz bod 18 tohoto rozhodnutí), a proto ji byl navrhovatel povinen předložit, a nikoliv jen *ad hoc* vystavené potvrzení výrobce mikroskopu.
58. K této námitce předně uvádím, že ze (zadávací) podmínky citované v předchozím bodě tohoto rozhodnutí (ze slova „*některé*“) nelze dovodit, v jakém rozsahu mohla být oficiální technická dokumentace nahrazena jiným vhodným způsobem. Z této podmínky rovněž nevyplývá, co mohlo být, a naopak nemohlo být důvodem neuvedení technických parametrů zařízení v oficiální dokumentaci (jestli to bylo věcí výrobce/dodavatele, anebo se mělo jednat o jakousi objektivní skutečnost), tzn. v jakých konkrétních situacích bylo možné oficiální dokumentaci nahradit jiným vhodným způsobem. Tuto podmínku (která je současně zadávací podmínkou) proto bylo nezbytné vykládat ve prospěch účastníků zadávacího řízení (ve smyslu § 36 odst. 3 věty druhé ZZVZ, resp. § 557 občanského zákoníku; blíže viz bod 51 tohoto rozhodnutí) extenzivním způsobem, a nikoliv restriktivně tak, jak činil zadavatel ve vztahu k navrhovateli. Navrhovatel tudíž v zásadě nebyl omezen v rozsahu, v jakém mohl nahradit oficiální dokumentaci alternativními doklady, ani v důvodech, kdy tak mohl učinit. Rozhodné však bylo, zda tímto náhradním způsobem (který zadavatel výslovně připustil v čl. 4 zadávací dokumentace) došlo k objektivnímu ověření údajů, které navrhovatel uvedl ve své nabídce, tedy zda došlo k naplnění účelu požadavku zadavatele vyplývajícího z čl. 4 zadávací dokumentace.
59. K předmětné námitce zadavatele dále uvádím, že navrhovatel navíc poměrně přesvědčivě vysvětlil, proč ve vztahu k předmětným technickým specifikacím nepředložil oficiální

dokumentaci, ale jen potvrzení výrobce. Navrhovatel tak učinil ještě před tím, než ho zadavatel vyloučil z účasti v zadávacím řízení.

60. Navrhovatel předně uvedl ve vysvětlení č. 1 ze dne 23. 1. 2023, že *„výrobce JEOL LTD. nevyrábí na sklad, ale každý přístroj je nakonfigurován a vyroben dle objednávky kupujícího“*. V návrhu k tomu doplnil, že *„z logiky věci je zřejmé, že pokud bude dodávaný přístroj vyroben na zakázku podle specifických požadavků zadavatele, nelze doložit jeho parametry standardními obecnými podklady, protože tyto jsou pro každý jednotlivý případ odlišné“*. Ve vztahu k zobrazovacímu software navrhovatel uvedl ve vysvětlení č. 2 ze dne 27. 1. 2023, že *„neexistuje žádná požadovaná dokumentace týkající se podrobnějšího popisu zobrazovacího software mikroskopu ve formě produktového listu, uživatelského manuálu k software či jiného oficiálního dokumentu. Z tohoto důvodu Účastník požádal výrobce JEOL LTD., Japonsko, aby přezkontroloval nabídku Účastníka a vystavil jednoznačné závazné stanovisko vztahující se k nabídce Účastníka a požadavkům Zadavatele. (...) VÝROBCE JEOL LTD. po podrobném prostudování nabídky Účastníka potvrdil uvedené údaje Účastníka v této nabídce“*. Ve vztahu k přehledové kameře navrhovatel uvedl ve vysvětlení č. 4, že *„na základě žádosti Zadavatele dokládáme vyjádření výrobce JEOL LTD, které se týká nabízené kamery JEOL EM-14420VIEW. Jelikož se jedná o novinku na trhu, tak bohužel zatím nejsou dostupné veřejné informace“*.
61. K argumentaci zadavatele (včetně rozkladových námitek), která směřovala proti nepředložení oficiální technické dokumentace navrhovatelem, předně ve shodě s bodem 103 napadeného rozhodnutí zdůrazňuji, že se ze strany zadavatele jednalo o jeho úvahy či spekulace, které nepodpořil žádnými důkazy. Vzhledem k tomu tyto důvody nemohly vést k vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení.
62. K tvrzení zadavatele, že musí existovat oficiální technická dokumentace k zobrazovacímu software a přehledové kameře, neboť navrhovatel mikroskop JEM-1400Flash dodal a provozuje u jiných zadavatelů, předně uvádím, že zadavatel zjistil tyto informace dle svého tvrzení z průzkumu trhu, o jehož výsledcích však navrhovatele informoval až v rozhodnutí o vyloučení.
63. Ačkoli tedy zadavatel nedal navrhovateli možnost vyjádřit se ke skutečným, na základě nichž byl vyloučen, ještě před samotným rozhodnutím o vyloučení mohl navrhovatel na tato zjištění zadavatele reagovat až v námitkách ze dne 13. 4. 2023, v nichž uvedl, že *„každá jednotlivá konfigurace u výše uvedených instalací JEOL JEM-1400Flash, kde Zadavatel prováděl průzkum trhu, je unikátní a přesně dle požadavků jednotlivých pracovišť. U výše uvedených JEOL instalací, kde Zadavatel prováděl průzkum trhu, byla požadována vždy pouze jedna kamera, nikoli přehledová, a eventuálně binokulár. Ani jedno Zadavatelem uvedené pracoviště, kde je nainstalován mikroskop JEOL JEM-1400Flash, nepožadovalo přehledovou kameru v rámci požadovaného technického řešení veřejné zakázky. [...] Účastník si navíc dovoluje poznamenat, že každá jednotlivá výše uvedená instalace JEOL JEM-1400Flash, kde Zadavatel provedl průzkum trhu, je vybavena jiným typem kamery“*. Obdobně navrhovatel argumentuje i ve vyjádření k rozkladu – srov. bod 26 tohoto rozhodnutí.
64. Navrhovatel tedy vysvětlil, proč zadavatel nemohl z průzkumu trhu dovozovat nekompatibilitu nabídnutého mikroskopu s technickými podmínkami veřejné zakázky. Zadavatel tento argument víceméně akceptoval v rozhodnutí o námitkách ze dne 24. 4. 2023, v němž připustil, že *„technická specifikace u všech 3 zmiňovaných veřejných zadavatelů opravdu neobsahuje*

*požadavek na přehledovou kameru*“, a proto nebyl důvod, aby jím dodané mikroskopy touto kamerou disponovaly.

65. Navrhovatel tedy v námitkách zopakoval (rovněž viz bod 60 tohoto rozhodnutí), že každý dodaný mikroskop je konfigurován dle požadavků konkrétního zákazníka. Toto tvrzení, které dle mého názoru působí logicky, zadavatel akceptoval v rozhodnutí o námitkách, kde uvedl, že *„dodávaný přístroj obdobných funkcionalit je vždy adaptován podle požadavků zadavatelů, resp. kupujících“*. Obdobně viz výzva zadavatele č. 2 ze dne 25. 1. 2023, v níž se uvádí, že komise zadavatele *„bere na vědomí informaci ohledně případné úpravy konfigurace dle individuálních požadavků zákazníka (Zadavatele)“*. Vzhledem k tomu je nedůvodná rozkladová námitka zadavatele (blíže viz bod 19 tohoto rozhodnutí), že transmisní elektronové mikroskopy nemohou být vyvíjeny na zakázku, resp. argument zadavatele, že navrhovatel nebude schopen mikroskop rozšířit o specifické funkce a vlastnosti požadované zadavatelem. Navrhovatel k tomu ve vyjádření k rozkladu podotkl, že japonské firmy se z marketinkových a kulturních důvodů drží stejných názvů, což však neznamená, že jednotlivé funkce přístrojů nejsou průběžně vylepšovány. K námitce zadavatele, že k zobrazovacímu software musí existovat některá forma technické dokumentace, neboť nabízený přístroj musí být řádně certifikován, aby mohl být distribuován na trhu EU, navrhovatel tamtéž uvedl, že certifikuje tyto přístroje až při dovozu do EU. V dané situaci, kdy zadavatel svá tvrzení ničím nedokládá a navrhovatel proti nim staví racionální protiargumenty, nelze na jejich základě aprobovat zákonnost rozhodnutí o vyloučení.
66. Vzhledem k uvedenému by rovněž nedávalo smysl, aby navrhovatel předložil zadavateli dokumentaci dříve dodanou se zařízením, neboť ta se vztahuje k jiným konfiguracím mikroskopu, než jakou požadoval zadavatel v právě šetřeném zadávacím řízení. Navrhovatel bude mikroskop vyrábět a konfigurovat podle technických podmínek této veřejné zakázky, jen pokud s ním bude uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, a proto považuji za logické, že nedisponoval kompletní oficiální dokumentací k takovému mikroskopu již v době podání nabídky. V této souvislosti odkazují na čl. 6.1 kupní smlouvy, jež je přílohou č. 2 zadávací dokumentace, podle níž *„prodávající se zavazuje řádně zhotovit, obstarat, dodat, vyzkoušet, instalovat, předat Kupujícímu a demonstrovat funkčnost přístroje uvedeného v článku 3 odst. 3.1 této Smlouvy do 10 měsíců ode dne účinnosti této Smlouvy“*. Pokud by byl navrhovatel vybrán k plnění veřejné zakázky, měl by tudíž určitý čas na nakonfigurování přístroje dle požadavků zadavatele a zpracování přílehlavé „oficiální“ technické dokumentace.
67. Navrhovatel ve vztahu k přehledové kameře navíc uvádí, že se jedná o novinku na trhu, což lze považovat za další relevantní důvod, proč ještě neexistuje oficiální technická dokumentace k této kameře. Tato skutečnost by však neměla být překážkou nabídnutí této kamery v šetřeném zadávacím řízení s tím, že navrhovatel prokázal požadované skutečnosti alternativním způsobem a oficiální dokumentaci (tak, jak ji chápe zadavatel) zpracuje později. Předložení předchozí verze oficiální dokumentace by přitom nebylo smysluplné, pokud neodpovídá nabídce navrhovatele a požadavkům zadavatele.
68. K dílčí námitce zadavatele (blíže viz bod 18 tohoto rozhodnutí), že v situaci, kdy k přehledové kameře v zadavatelem požadované konfiguraci neexistuje oficiální dokumentace, protože se jedná o novinku na trhu, navrhovatel mu měl předložit neveřejnou technickou dokumentaci, uvádím, že zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace požadoval buď poskytnutí oficiální dokumentace, která je standardně dodávána se zařízením, anebo prokázání technických

specifikací uvedených v nabídce jiným vhodným způsobem. Neveřejná technická dokumentace (např. interní výkresy či výpočty) z povahy věci není oficiální dokumentací ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace, a proto měl navrhovatel právo doložit tvrzené parametry jiným alternativním způsobem. Zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace ani ve výzvě č. 4 nspecifikoval, co považuje za jiný vhodný způsob prokázání technických specifikací, a proto bylo věcí navrhovatele, jaký důkazní prostředek zvolí, a na zadavateli bylo jej následně posoudit. Rovněž lze podotknout, že lze mít pochopení pro to, že za situace, kdy měl navrhovatel na výběr, neposkytnul zadavateli interní projektovou, vývojovou či jakkoliv rozpracovanou technickou dokumentaci, neboť ta obsahuje *know how* a obchodní tajemství výrobce. (Nadto v případě výzvy č. 4 ve lhůtě 2 dnů, která mu k tomu byla poskytnuta.)

69. Ve vztahu k posouzení splnění dílčí podmínky stanovené v čl. 4 zadávací dokumentace, v jakých případech mohl navrhovatel doložit splnění požadavků zadavatele jiným vhodným prokazatelným způsobem, tedy shrnuji, že navrhovatel se mohl řídit pouze čl. 4 zadávací dokumentace, a nikoliv nevyřčenými přáními a očekáváními zadavatele. Tuto podmínku bylo nezbytné vzhledem k jejímu znění vykládat poměrně široce a přistupovat k ní spíše jako k preferenci a doporučení zadavatele.
70. V šetřené věci tedy bylo podstatné posoudit, zda lze navrhovatelem předložené potvrzení výrobce považovat ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace za jiný vhodný prokazatelný způsob doložení technických požadavků zadavatele specifikovaných v bodě 12 přílohy č. 3 zadávací dokumentace.
71. Jak již bylo zmíněno v bodě 45 tohoto rozhodnutí, zadavatel v čl. 4 zadávací dokumentace ani ve výzvě č. 4 blíže neupřesnil, jaké alternativní doklady k oficiální dokumentaci by považoval za přijatelné. Zadavatel tak učinil až v rozhodnutí o vyloučení, v němž uvedl, že *„k prokázání splnění nabízených parametrů ve smyslu čl. 4 zadávací dokumentace mohl Účastník dle Zadavatele předložit např. obrazovou či video dokumentaci, ze kterých by splnění předmětných požadavků vyplývalo. Pokud Účastník například ve své odpovědi IV. tvrdí, že nabízený přístroj umožňuje automatické seřazení svazku, v případě nemožnosti předložit technickou dokumentaci prokazující splnění tohoto parametru, se jako relevantní Zadavateli jeví krátké video dokumentující tuto skutečnost na nabízeném modelu stroje ve stejné konfiguraci. Případně by mohl Účastník předložit například printscreeny (screenshoty) potvrzující některé z požadovaných parametrů, vlastností, funkcí nabízeného zobrazovacího software apod. Tyto způsoby prokazující splnění požadavků Zadavatele nejsou nikterak výjimečné, sám Zadavatel k nim v minulosti v obdobných případech přistupoval a dodavatelům nikdy nečinily obtíže. Žádnou z těchto možností Účastník v rámci svých odpovědí nevyužil. [...] za relevantní může být považována např. i jakákoliv forma projektové, vývojové či jakkoliv rozpracované dokumentace prokazující parametry, vlastnosti, funkce zobrazovacího software“.*
72. Tento postup zadavatele považuji za netransparentní, neboť dal navrhovateli doporučení, jakým jiným způsobem mohl prokázat splnění předmětných technických podmínek, až v rozhodnutí o vyloučení, tedy v době, když to pro něj již nemělo žádný význam. Zadavatel navíc nevysvětlil, proč na jedné straně trval na (oficiální) technické dokumentaci a odmítl potvrzení výrobce, zatímco na druhé straně by dle svých slov akceptoval obrazovou dokumentaci, krátké video či snímky obrazovky. Není tak zřejmé, proč předložení potvrzení výrobce vedlo k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, zatímco předložení snímků

obrazovky by tento následek nemělo. Přestože zadavatel nakonec vykládá (co se týká alternativního způsobu prokázání) čl. 4 zadávací dokumentace poměrně široce, je zarážející a nečitelné, proč mezi vhodné důkazní prostředky neřadí rovněž potvrzení výrobce zařízení. Zadavatel provedl tento překvapivý výklad čl. 4 zadávací dokumentace až v rozhodnutí o vyloučení, a to v neprospěch navrhovatele, který se však mohl řídit jen tímto článkem zadávací dokumentace, a nikoliv představami zadavatele, které nemohl znát.

73. K samotnému potvrzení předloženému navrhovatelem uvádím, že jeho výstavcem byl výrobce nabídnutého mikroskopu, což má vyšší důkazní hodnotu, než kdyby jeho původcem byl přímo navrhovatel jakožto účastník zadávacího řízení. Rovněž v případě zadavatelem preferované oficiální technické dokumentace měl být jejím zhotovitelem výrobce zařízení. Z tohoto pohledu se tudíž důkazní prostředek předložený navrhovatelem a preferovaný zadavatelem nijak nelišily (byly stejně objektivní). Nevidím přitom důvod předpokládat, že výrobce bude v oficiální dokumentaci vždy uvádět pravdivé skutečnosti, zatímco v *ad hoc* vystaveném prohlášení tomu tak být nemusí.
74. Co se týká formy a rozsahu prohlášení výrobce, navrhovatel nedostal od zadavatele v tomto ohledu žádný návod (jak již bylo uvedeno výše), a proto je třeba požadavek stanovený zadavatelem v čl. 4 zadávací dokumentace na jiný vhodný způsob prokázání naplnění technických podmínek, a potažmo přijatelnost prohlášení výrobce předloženého na jeho základě, vykládat ve prospěch navrhovatele extenzivně, a nikoliv restriktivně (blíže viz bod 51 tohoto rozhodnutí). Kdyby dal zadavatel navrhovateli dopředu najevo, co považuje za ideální alternativní doklad, a poskytnul mu více času na jeho obstarání, třeba by ho dostal.
75. Výrobce mikroskopu v navrhovatelem předloženém prohlášení potvrdil, že veškeré technické parametry uvedené v nabídce navrhovatele jsou správné a platné, a dále uvedl některé konkrétní technické informace o přehledové kameře a software mikroskopu. Na jednu stranu si lze jistě představit, že toto prohlášení mohlo být podrobnější a mohlo být zpracováno např. ve formě datasheetu či produktového listu, které zadavatel zmínil v rozhodnutí o vyloučení jako příklady oficiální dokumentace, na druhou stranu navrhovatel dostal od zadavatele na doložení dokumentace podle čl. 4 zadávací dokumentace pouze 2 pracovní dny, přestože výrobcem je společnost sídlící v Japonsku. Nebylo tedy reálné předpokládat, že by tento výrobce za tak krátkou dobu dokázal zpracovat dokumentaci, která by se blížila standardní oficiální technické dokumentaci, kterou ve vztahu k předmětným částem plnění nedisponoval.
76. Jsem toho názoru, že prohlášení výrobce bylo dostatečným podkladem, na jehož základě měl mít zadavatel za prokázané předmětné údaje tvrzené navrhovatelem v nabídce. O to víc to platí s přihlédnutím ke všem výše uvedeným okolnostem – nejednoznačnému čl. 4 zadávací dokumentace a lhůtě poskytnuté za účelem zpracování odpovědi na výzvu č. 4. Za zmínku v tomto ohledu stojí, že zadavatel v rozkladu uvádí, že „*připustil formu čestného prohlášení jako krajního a doplňkového způsobu prokázání takového technického požadavku*“. Tím spíše je zarážející, že nepřijal potvrzení výrobce předložené navrhovatelem. Zadavatel navíc ve výzvě č. 2 ze dne 25. 1. 2023 ve vztahu k navrhovateli uvedl, že je „*kvalifikovaným odborníkem na relevantním trhu s dlouholetými zkušenostmi*“. To lze dle mého názoru považovat za poměrně vysokou záruku toho, že pokud takový dodavatel v nabídce tvrdí, že je schopen splnit požadavky zadavatele, tak se jedná o pravdivou skutečnost. Pokud nadto navrhovatel předložil prohlášení, v němž výrobce mikroskopu potvrdil jeho kompatibilitu s předmětnými požadavky zadavatele, zadavatel by neměl mít důvod pochybovat



o věrohodnosti jeho nabídky, resp. o schopnosti navrhovatele dodat předmět plnění veřejné zakázky. Rozkladovou námitku zadavatele, že nemohl zcela ověřit, zda nabídka navrhovatele splňuje technické podmínky, proto považuji za nedůvodnou. V této souvislosti je případné doplnit, že ani dostatečné posouzení splnění podmínek účasti v zadávací řízení nedává zadavateli absolutní jistotu, že se plnění veřejné zakázky zcela obejde bez komplikací. Mělo by však snížit riziko na co nejnižší míru, stejně jako kvalitně zpracované a promyšlené obchodní podmínky, resp. smlouva uzavřená na veřejnou zakázku.

77. K rozkladové námitce zadavatele, že mu není zřejmé, jak Úřad z jeho postupu dovedl porušení zásady přiměřenosti, uvádím, že v jeho jednání lze shledat porušení této zásady (ve spojení s dalšími zásadami). Zadavatel odmítl prohlášení výrobce, přestože navrhovateli nedal nad rámec čl. 4 zadávací dokumentace žádné doporučení či instrukce, a přestože by dle svých pozdějších vyjádření přijal řadu jiných důkazů (včetně videa, snímků obrazovky a dle rozkladu i čestného prohlášení).
78. Ve vztahu k námitce zadavatele, že Úřad měl v napadeném rozhodnutí (zejména viz jeho body 95 a 114) bagatelizovat jeho požadavek na přehledovou kameru, když podotkl, že se jedná pouze o dílčí část plnění, uvádím, že Úřad nic nebagatelizoval a tuto skutečnost konstatoval zejména v souvislosti s faktem, že navrhovatel v nabídce doložil oficiální technickou dokumentaci preferovanou zadavatelem ve vztahu k základním parametrům mikroskopu a prohlášením výrobce dokládat jen část plnění ve vztahu k přehledové kameře a zobrazovacímu software.

### **Shrnutí**

79. Lze tedy shrnout a uzavřít, že jsem ve shodě s výrokem II napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení v rozporu se ZZVZ, a proto jsem ho tímto rozhodnutím potvrdil.
80. Zadavatel vyzval navrhovatele prostřednictvím výzvy č. 4 k předložení dokladů podle čl. 4 zadávací dokumentace. Povinnosti vyplývající z tohoto článku zadávací dokumentace, jehož autorem byl zadavatel, bylo v případě jejich nejednoznačnosti, resp. pochybností o obsahu použitých neurčitých pojmů, nutné vykládat ve prospěch navrhovatele v souladu se zásadami zadávání veřejných zakázek. Navrhovatel totiž mohl vyjít pouze ze znění tohoto článku zadávací dokumentace, a nikoliv z představ a očekávání zadavatele, jež neznal.
81. Zadavatel zpětně vykládá požadavek čl. 4 zadávací dokumentace na prokázání technických údajů jiným vhodným prokazatelným způsobem poměrně široce, prohlášení výrobce však překvapivě přesto nepovažuje za vyhovující důkaz. Zadavatel dokonce v rozkladu uvádí, že připustil formu čestného prohlášení jako krajního a doplňkového způsobu prokázání takového technického požadavku. Není tak zřejmé, proč nepřijal potvrzení výrobce, zatímco jiné metody by považoval za vhodné (včetně screenshotů či krátkého videa). Tento přístup zadavatele shledávám netransparentním a nepřiměřeným.
82. Jsem toho názoru, že navrhovatel postupoval v souladu s čl. 4 zadávací dokumentace, když jednak v nabídce předložil oficiální technickou dokumentaci preferovanou zadavatelem (ve smyslu bodu 40 písm. a. tohoto rozhodnutí) a jednak využil alternativní způsob prokázání splnění technických parametrů ve vztahu k některým údajům uvedeným v jeho nabídce (ve smyslu bodu 40 písm. b. tohoto rozhodnutí). Z jeho strany se tak nejednalo o obcházení

požadavků zadavatele, ale o postup, který byl v souladu se zadávacími podmínkami. Navrhovatel navíc svůj postup odůvodnil. Zadavatel sice tato jeho tvrzení zpochybňuje, jeho argumenty jsou však jen v rovině nepodložených spekulací, na nichž založil významnou část rozhodnutí o vyloučení.

83. Potvrzení, které navrhovatel předložil, bylo vystaveno výrobcem, a proto byla jeho důkazní hodnota vyšší, než kdyby prohlášení učinil sám navrhovatel. V tomto ohledu není rozdíl mezi zadavatelem preferovanou oficiální dokumentací a navrhovatelem předloženým potvrzením, v němž výrobce deklaroval, že veškeré technické parametry uvedené v nabídce navrhovatele jsou správné a platné. Zadavatel nadto poskytnul navrhovateli na doložení údajů lhůtu 2 pracovní dny, přestože výrobce zařízení sídlí v Japonsku. Nemohl tudíž oprávněně očekávat, že obdrží podrobnější či jinak graficky zpracovaný dokument (např. ve formě datasheetu). Zadavatel tedy dle mého názoru mohl na základě prohlášení výrobce provést nezávislé posouzení a ověření předmětných údajů uvedených v nabídce navrhovatele, jehož označil za kvalifikovaného odborníka na relevantním trhu s dlouholetými zkušenostmi.

#### **VIII. K důvodům potvrzení výroků III-V napadeného rozhodnutí**

84. Zadavatel podal rozklad proti výročkům II-V napadeného rozhodnutí, konkrétní námitky však vznesl pouze vůči jeho výroku II, jenž jsem tímto rozhodnutím potvrdil. Výroky III-V napadeného rozhodnutí jsem proto v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal jen z pohledu zákonnosti.
85. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli adekvátní nápravné opatření, neboť jím podle § 263 odst. 2 ZZVZ zrušil návrhem napadené nezákonné rozhodnutí o vyloučení a všechny na něj navazující úkony, jež zadavatel učinil v zadávacím řízení. Výroky IV a V napadeného rozhodnutí pak v souladu s § 263 odst. 8 a § 266 odst. 1 ZZVZ navazují na jeho výrok III (tj. na uložení nápravného opatření). Jsou tak rovněž splněny podmínky pro potvrzení výroků III-V napadeného rozhodnutí.

#### **IX. Závěr**

86. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroků II-V napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem tyto výroky napadeného rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

## **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**

1. Vysoká škola chemicko-technologická v Praze, Technická 1905/5, Dejvice, 160 00 Praha
2. JEOL (EUROPE) SAS – organizační složka, Karlovo náměstí 293/13, Nové Město, 120 00 Praha

### **Vypraveno dne**

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