UOHSX004P7JT

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R176/2012/VZ-2248/2012/310/MŠe Brno 6. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 27. 6. 2012 (doručeném Úřadu dne 29. 6. 2012) podaném navrhovatelem –

- společností **European Railway Technologies s.r.o.**, IČ 46301313, se sídlem Miletičova 21, 821 08 Bratislava, Slovenská repubilka,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr ze dne 14. 6. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, učiněných při zadávání veřejné zakázky **„Modernizace lokomotiv 742“,** a to v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 19. 9. 2011 pod ev. č. VZ 60065460 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 21. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 181-295705, jehož dalším účastníkem je

- zadavatel – **ČD Cargo, a.s.**, IČ 28196678, se sídlem Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7, Holešovice,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr ze dne 14. 6. 2012

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon“**)[1] k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě návrhu společnosti European Railway Technologies s.r.o., IČ 46301313, se sídlem Miletičova 21, 821 08 Bratislava, Slovenská repubilka (dále jen **„navrhovatel**“) správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČD Cargo, a.s., IČ 28196678, se sídlem Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7, Holešovice (dále jen **„zadavatel“**) podle § 113 zákona, ve veřejné zakázce „Modernizace lokomotiv 742“, a to v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 19. 9. 2011 pod ev. č. VZ 60065460 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 21. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 181-295705 (dále jen **„veřejná zakázka“**).

2. V oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že ke splnění technického kvalifikačního předpokladu požaduje mimo jiné kopii certifikátu pro svařování podle interní normy ČD V 95/5. Z protokolu o otevírání obálek s žádostmi o účast ze dne 17. 10. 2011 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast obdržel žádosti dvou uchazečů, přičemž jedním z nich byl navrhovatel. Vzhledem k tomu, že žádost navrhovatele vykazovala nedostatky při prokazování profesních a kvalifikačních předpokladů, navrhovatel byl vyzván k doložení dokumentů, jimiž by byly profesní a technické kvalifikační předpoklady prokázány. Dne 21. 10. 2011 zaslal navrhovatel zadavateli vysvětlení společně s kopií žádosti o vystavení požadovaných certifikátů, jež byla navrhovatelem zaslána na Drážní úřad. Vzhledem k tomu, že navrhovatel předložil pouze žádost o vystavení certifikátu, nikoli certifikát samotný, rozhodl zadavatel dne 8. 11. 2011 o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Rozhodnutí o vyloučení z účasti v zadávacím řízení napadl navrhovatel včas podanými námitkami, kterým však zadavatel po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl. Rozhodnutí zadavatele o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 7. 12. 2011. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí o námitkách za nezákonné, podal ve smyslu § 114 a násl. zákona, návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, který byl Úřadu doručen dne 15. 12. 2011.

[1] *Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.*

3. Návrh navrhovatele směřuje proti postupu zadavatele, který v rámci prokazování technických kvalifikačních předpokladů požadoval mimo jiné kopii certifikátu pro svařování podle interní normy ČD V 95/5 (dál jen **„certifikát“**). Navrhovatel v návrhu uvedl, že požadavek na předložení kopie certifikátu pro svařování je diskriminační pro dodavatele, kteří nejsou v obchodním vztahu se zadavatelem, a to zejména pro zahraniční dodavatele, mezi něž patří i navrhovatel. Navrhovatel má za to, že předmětnou kvalifikaci prokázal prostřednictvím evropské normy.

4. K návrhu navrhovatele se podáním ze dne 21. 12. 2011 vyjádřil zadavatel, který mimo jiné uvedl, že oprávněností požadavku na předložení certifikátu podle interní normy (zde konkrétně normy ČD OK 2/2) se zabýval již Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 25. 5. 2009, sp. zn. 8 Afs 47/2008 a dále poukázal na to, že podle výsledku šetření podnětu č.j. ÚOHS-P80/2010/VZ-7350/2010/540/KKo nebyly v obdobném případě v postupu zadavatele shledány žádné nedostatky.

II. Napadené rozhodnutí

5. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 14. 6. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr (dále jen **„napadené rozhodnutí“**), kterým rozhodl, že návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona.

6. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů v souladu se zákonem, přičemž tento svůj závěr vyčerpávajícím způsobem odůvodnil. Úřad v této souvislosti uvedl, že sektorový zadavatel je, ve smyslu § 63 odst. 1 a 4 zákona, oprávněn stanovit jakékoli objektivní požadavky, které umožňují objektivní posouzení kvalifikace dodavatele. Úřad dále poukázal na ustanovení § 63 odst. 6 zákona, podle nějž sektorový zadavatel může v rámci prokázání technické způsobilosti požadovat předložení certifikátu systému řízení jakosti vydaného podle českých technických norem akreditovanou osobou. Sektorový zadavatel dle uvedeného ustanovení uzná rovnocenné doklady vydané v členském státě Evropské unie, příp. sektorový zadavatel uzná rovněž jiné doklady o rovnocenných opatřeních k zajištění jakosti. Úřad dále uvedl, že v šetřeném případě zadavatel požadoval k prokázání technických kvalifikačních předpokladů, kromě certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085, též kopii certifikátu pro svařování podle interní normy ČD V 95/5. Úřad se tedy v rámci svého rozhodování vypořádával s otázkou, zda byl zadavatel oprávněn požadovat kvalifikaci podle interní normy ČD.

7. Úřad dospěl k závěru, že oprávněnost a objektivnost požadavku zadavatele na prokázání kvalifikace vyplývá ze zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen **„zákon o drahách“**), který v ustanovení § 22 odst. 1 písm. b) uvádí, že provozovatel dráhy je povinen vydat ke dni zahájení provozování dráhy vnitřní předpis o provozování dráhy a o odborné způsobilosti a znalosti osob zajišťujících provozování dráhy a způsobu jejich ověřování, včetně systému pravidelného školení. Podle § 22 odst. 2 písm. d) zákona

o drahách je dále provozovatel dráhy povinen zavést systém zajišťování bezpečnosti provozování dráhy a zajistit jeho dodržování.

8. Úřad konstatoval, že zákon o drahách požadavky na kvalifikaci subjektů, podílejících se na provozování drah a způsobu zajištění bezpečnosti sám podrobněji nevymezuje, ale zmocňuje provozovatele dráhy, aby odbornou způsobilost a znalosti osob zajišťujících provozování dráhy a zajišťování bezpečnosti provozování dráhy, stanovil vnitřním předpisem. Přestože zákon o drahách v citovaném ustanovení neukládá povinnosti jiným osobám než provozovateli dráhy, je zřejmé, že všechny osoby, jejichž prostřednictvím provozovatel fakticky provozuje dráhu, musí splňovat stanovené podmínky, mj. stanovené vnitřními předpisy. Vnitřním předpisem je mimo jiné i interní norma ČD V 95/5, tj. „Předpis pro svařování železničních kolejových vozidel, jejich celků a komponentů“ (dále jen **„předpis pro svařování“**), který je závazný pro všechny zaměstnance organizačních složek ČD. Závaznost tohoto předpisu se však vztahuje i na jiné právní subjekty, včetně dceřiných společností a fyzických osob, a proto tento předpis stanoví, že *„požadavky tohoto interního předpisu je nutno zapracovat do smlouvy mezi objednatelem ČD a jednotlivými výrobci železničních kolejových vozidel* (dále jen **„výrobci ŽKV***“), zhotoviteli údržby nebo oprav ŽKV“*. Pod pojmem objednatel jsou pro účely tohoto předpisu míněny ČD, včetně dceřiných společností. V této souvislosti Úřad konstatoval, že touto dceřinou společností ČD, se stoprocentní majetkovou účastí, je i zadavatel, který je tudíž oprávněn promítnout požadavky na kvalifikaci do smluvního vztahu s dodavatelem ŽKV. Z výše uvedeného dospěl Úřad k závěru, že pokud zákon stanoví provozovateli určité povinnosti k zajištění bezpečnosti provozování drah, dává tomuto subjektu i oprávnění k zabezpečení těchto povinností vnitřním předpisem.

9. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatoval, že požadavek zadavatele na prokázání kvalifikace podle interního předpisu ČD je požadavkem objektivním s ohledem na to je v souladu se zákonem. Tento svůj názor Úřad opírá též o závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu v Brně ze dne 25. 5. 2009, č. j. 5 Afs 47/2008, který se zabýval závazností interního předpisu ČD OK 2/2. Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku dospěl k závěru, že v interním předpisu ČD lze spatřovat jistou analogii s vnitřními předpisy vydanými stavovskými organizacemi, jejichž závaznost pro jejich členy opakovaně potvrdil i Ústavní soud (např. usnesení ze dne 22. 10. 2001, sp. zn. I. ÚS 2008/2000).

10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad dále zabýval posouzením otázky, zda zadavatel stanovil lhůtu pro předložení žádostí o účast v jednacím řízení s uveřejněním v souladu s předmětem veřejné zakázky podle § 41 odst. 1 zákona. Na tuto otázku Úřad odpověděl kladně, když dospěl k závěru, že bylo reálné, aby dodavatelé v této lhůtě získali certifikaci pro svařování podle interní normy ČD V95/5.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 29. 6. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě rozklad, jímž navrhovatel napadl rozhodnutí Úřadu z důvodu, že toto není v souladu se skutkovými zjištěními, jež Úřad v předmětném řízení učinil. Napadené rozhodnutí nemá podle názoru navrhovatele oporu v provedeném dokazování a s ohledem na to je nezákonné. Navrhovatel v rozkladu uvádí, že setrvává na svých předchozích tvrzeních a má za to, že za účelem objektivního posouzení kvalifikačních

předpokladů předložil potřebný doklad (certifikát pro svařování vozidel podle EN 15085). Navrhovatel má za to, že požadavek na předložení certifikátu současně se zasláním žádosti o účast je nepřiměřený a diskriminační. Diskriminační povaha uvedeného požadavku vyplývá podle navrhovatele z toho, že zahraniční dodavatelé nemají možnost získat ve stanovené lhůtě certifikát. Navrhovatel dle svého názoru v rámci prokazování kvalifikace předložil ekvivalentní doklad, který mu nadto umožňuje získat předmětný certifikát. Navrhovatel má za to, že požadavek na předložení certifikátu by mohl být přiměřený a objektivní pouze tehdy, pokud by se vztahoval pouze na vybraného uchazeče a byl například obsažen ve smlouvě mezi zadavatelem a úspěšným uchazečem.

12. Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2009, č. j. 5 Afs 47/2008, na nějž se Úřad ve svém rozhodnutí odkazuje, vůbec nerozebírá přiměřenost a objektivitu předmětného požadavku na prokázání kvalifikace a navíc se týká odlišného druhu a rozsahu předmětu veřejné zakázky. Nad rámec toho zadavatel poukazuje na to, že toto rozhodnutí se týká veřejné zakázky zadávané podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách. K výsledku šetření podnětu č. j. ÚOHS P80/2010/VZ-7350/2010/540/KKo, na nějž je v odůvodnění napadeného rozhodnutí taktéž odkazováno, navrhovatel uvádí, že zde Úřad konstatoval oprávněnost požadavku na předložení certifikátu podle interního předpisu ČD V 95/5 pro tento konkrétní případ. Navrhovatel poukazuje na to, že citovaná rozhodnutí Úřadu a Nejvyššího správního soudu jsou závazná pouze pro účastníky řízení, z nichž tato vzešla a na Úřadem projednávaný případ není možné závěry v nich uvedené aplikovat, a to z důvodu odlišného rozsahu a druhu předmětu plnění.

13. Navrhovatel má za to, že pokud se požadavkem na předložení certifikátu, vydaného podle interní normy, zabýval i Nejvyšší správní soud, je zřejmé, že v daném případě je požadavek na předložení certifikátu podle interní normy ČD V 95/5 sporný a této spornosti si zadavatel musí být vědom. Z tohoto důvodu měl zadavatel už v oznámení o veřejné zakázce blíže objasnit oprávněnost požadavku na předložení certifikátu, a to například odkazem na příslušné rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, čímž by odstranil případné pochybnosti (zejména zahraničních) zájemců o tom, zda je požadavek zadavatele oprávněný.

14. Navrhovatel má za to, že v řízení prokázal, že proces vedoucí k získání certifikátu, včetně času potřebného pro získání interní normy a pro uzavření smlouvy o certifikaci, reálně představuje podstatně delší čas, než Úřadem uváděné 2-4 týdny. Úřad se s touto skutečností nikterak nevypořádal, když přihlížel pouze k všeobecným vyjádřením osob, oprávněných k udělení certifikace. V této souvislosti navrhovatel opětovně shrnuje časové rozpětí mezi jednotlivými úkony, které jsou nezbytné k získání certifikátu. Dle sdělení navrhovatele byla dne 14. 12. 2011 subdodavatelem navrhovatele učiněna objednávka na zakoupení interní směrnice ČD V 95/5, dne 10. 1. 2012 byla subdodavateli navrhovatele doručena zálohová faktura, tato byla uhrazena dne 18. 1. 2012 a dne 6. 2. 2012 byla navrhovateli předmětná směrnice doručena. Navrhovatel poukazuje na to, že z výše uvedeného vyplývá, že jen proces směřující k získání uvedené směrnice činil 54 dní. Navrhovatel dále uvedl, že dne 21. 2. 2012 zaslala společnost TUV SUD Czech s.r.o. (dále jen **„certifikační společnost“**) subdodavateli navrhovatele formulář obchodní nabídky na certifikaci podle směrnice ČD V 95/5, přičemž subdodavatel navrhovatele tuto nabídku přijal dne 21. 3. 2012, poté,

co se s podmínkami certifikace podrobně seznámil. Navrhovatel dále uvedl, že certifikační společnost subdodavatele navrhovatele, navzdory jeho opakovaným urgencím, do dnešního dne nekontaktovala. Navrhovatel je tedy toho názoru, že předložení certifikátu by mělo být požadováno až při podpisu smlouvy s úspěšným uchazečem. Tímto by dle názoru bylo zajištěno, aby certifikační společnosti, závislé na zadavateli, konaly bezodkladně. S ohledem na výše uvedené má navrhovatel za to, že napadené rozhodnutí se opírá o domněnky, jež byly vyvráceny reálnými důkazy, a proto je rozhodnutí v této části neudržitelné.

15. Navrhovatel v rozkladu dále uvádí, že interní směrnice je vnitrostátní norma, s jejímž obsahem nemají zahraniční subjekty možnost se seznámit, resp., u níž je z pohledu zahraničních subjektů nehospodárné a neúčelné, aby se s jejím obsahem seznamovali předtím, než vstoupí do procesu veřejných zakázek na území České republiky. Navrhovatel dále poukazuje na vyjádření certifikační společnosti, která uvedla, že pro získání certifikace podle interní směrnice ČD V95/5 se vyžadují další certifikáty (např. certifikát EN ISO 3834), které však nebyly uvedené v zadávací dokumentaci ani v oznámení o veřejné zakázce.

16. Navrhovatel má za to, že v daném případě bylo nutno posoudit otázku, zda byl zadavatel oprávněn zpoplatnit zaslání směrnice, která upravuje další podmínky veřejné zakázky, na jejichž dodržování má sám zájem. Navrhovatel má za to, že nikoli, a s ohledem na to měla být předmětná směrnice součástí zadávací dokumentace, neboť získání předmětné směrnice zbytečně prodlužuje lhůtu nezbytnou pro získání certifikátu. S ohledem na své námitky tak navrhovatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo v rámci řízení o rozkladu zrušeno.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

17. K rozkladu se, podáním doručeným Úřadu dne 17. 7. 2012, vyjádřil zadavatel, který uvedl, že se plně ztotožňuje s výrokem i odůvodněním napadeného rozhodnutí, a s ohledem na to navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad v celém rozsahu zamítl. K námitkám rozkladu zadavatel uvedl, že jeho požadavek na předložení certifikátu vydaného dle normy ČD V 95/5 byl zcela legitimní, neboť tato norma je přísnější než norma EN 15085 a zajišťuje naplnění požadavků pro svařování, jež jsou pro zadavatele zcela nezbytné. Norma ČD V 95/5 obsahuje specifikaci a zpřísnění požadavků na proces svařování, přičemž jako příklad lze uvést podmínky skladování relevantních materiálů, používání materiálů s požadovanými mechanickými vlastnostmi, či požadavky na označování značkou svářeče. Interní norma také specifikuje procesy svařování, které norma EN 15085 neobsahuje, např. svařování litiny hliníku. Přísnější podmínky interní normy jsou dovozeny i v napadeném rozhodnutí, kde se v bodě 45. uvádí, že např. evropský inženýr svařování a evropský technolog svařování musí mít nad rámec EN 15085 podle požadavku interní normy ČD V 95/5 kvalifikaci OOZSKV, kterou uděluje a přezkušuje drážní Úřad v Praze. K tvrzení navrhovatele, že osvědčení podle normy EN 15085 mu umožňuje získat i certifikát, zadavatel uvádí, že získání certifikátu je možné pouze za splnění specifických podmínek, vyžadovaných normou ČD V 95/5. Zadavatel dále poukazuje na to, že v souvislosti s posouzením přiměřenosti lhůty k prokázání kvalifikace nelze vycházet z individuální zkušenosti navrhovatele, kterou navíc tento získal až po uplynutí lhůty stanovené zadavatelem. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad navrhovatele zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen **„správní řád“**) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

19. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

20. Úřad tím, že svým rozhodnutím ÚOHS-S613/2011/VZ-8008/2012/520/ABr ze dne 14. 6. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

21. Nelze se ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že napadené rozhodnutí nemá oporu v provedeném dokazování a je tedy nezákonné. Pokud navrhovatel tento závěr vyvozuje ze skutečnosti, že jemu samotnému (resp. jeho subdodavateli) trvalo údajně 54 dní, než získal aktuální znění interní směrnice ČD V95/5, je nutno konstatovat, že tímto může být prokázáno pouze to, jak dlouho trvalo získání směrnice navrhovateli (resp. jeho subdodavateli), nikoli to, zda bylo možno směrnici, resp. certifikát, získat ve lhůtě pro prokázání kvalifikace. O tom, v jaké průměrné lhůtě může směrnici a certifikát obvykle získat jakýkoli jiný, aktivně konající zájemce, tvrzení navrhovatele nic nevypovídá. Informační hodnotu tvrzení, že navrhovateli získání směrnice trvalo 54 dní, je nutno posuzovat s přihlédnutím k tomu, jak aktivně/pasivně při jejím získávání navrhovatel postupoval a též ve světle toho, jakými tvrzeními navrhovatel odůvodňuje svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. V této souvislosti je nutno poukázat na to, že navrhovatel spatřuje důvodnost svého návrhu mimo jiné v tom, že zadavatel údajně stanovil lhůtu k prokázání technických kvalifikačních předpokladů nepřiměřeně krátkou. Z popisu událostí předkládaného navrhovatelem však nevyplývá, že by pro rychlé získání směrnice, a tím i certifikátu, učinil všechno, co bylo v jeho silách, například, že by si směrnici osobně vyzvedl a při této příležitosti ji zaplatil, aniž by vyčkával do doručení zálohové faktury. Byť má navrhovatel sídlo v zahraniční, nelze považovat osobní vyzvednutí směrnice za nepřiměřeně zatěžující, pokud by toto vedlo k jejímu neprodlenému získání a časové úspoře v délce až 54 dní.

22. V rámci navrhovatelem uváděných 54 dní získávání směrnice však zadavatel, resp. jeho subdodavatel učinil pouze objednávku a uhradil zálohovou fakturu. Vzhledem k hodnotě veřejné zakázky, o níž navrhovatel usiloval, nemůže cesta jeho případného zástupce z Bratislavy do České republiky představovat jakoukoli překážku v přístupu k veřejné zakázce. Z tvrzení navrhovatele naopak vyplývá, že i tak prostý úkon, jakým je zaplacení zálohové faktury, trval navrhovateli (resp. jeho subdodavateli) celých 8 dní. Vzhledem k hodnotě

veřejné zakázky je překvapující, že navrhovatel byl v rámci získávání potřebné kvalifikace natolik laxní, že se o její získání pokusil až po marném uplynutí lhůty k prokázání kvalifikace (tj. až dne 14. 12. 2011) a proces jejího získávání se ani poté jakkoli nepokusil urychlit. Z tvrzení navrhovatele nevyplývá, že získání interní směrnice by trvalo 54 dní každému zájemci v postavení srovnatelném s postavením navrhovatele, ale pouze to, že navrhovatel konal tak, že jemu její získání trvalo takto dlouhou dobu.

23. Navrhovatel ve lhůtě pro prokázání kvalifikace nečinil jakékoli úkony směřující k získání certifikátu (ani k získání interní směrnice ČD V95/5) a tyto začal činit až v bezprostřední časové souvislosti s podáním návrhu. Postup navrhovatele vyvolává důvodné pochybnosti o tom, zda proceduru směřující k získání certifikátu nepodstupoval (takto laxním způsobem) pouze na podporu svého tvrzení, že ve lhůtě pro prokázání kvalifikace nebylo možno předmětný certifikát získat. Pokud certifikační společnost zaslala subdodavateli navrhovatele formulář obchodní nabídky na certifikaci již dne 21. 2. 2012, nelze považovat za dostatečně aktivní postup, když k akceptaci této nabídky došlo až dne 21. 3. 2012. Tvrzení navrhovatele o tom, jak dlouho, v jeho konkrétním případě, trvá získání interní směrnice a udělení certifikátu, nelze ve smyslu námitek považovat za „reálný důkaz“, jímž by mohly být vyvraceny závěry Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí.

24. Námitka navrhovatele, spočívající v tom, že zahraniční subjekty se s obsahem interní směrnice ČD V95/5 nemohou seznámit, neboť se jedná o normu vnitrostátní, je taktéž bezpředmětná. Předmětná norma je sice normou vnitrostátní a nadto normou interní, nicméně tato skutečnost neomezuje zahraniční uchazeče v možnosti seznámit se s jejím obsahem. Tuto interní normu mohou získat vnitrostátní, stejně jako zahraniční dodavatelé. Jedinou podmínkou jejího úspěšného získání je, pro všechny bez výjimky, zaplacení poplatku, který ovšem nelze hodnotit jako překážku účasti v zadávacím řízení. Nelze souhlasit s námitkou navrhovatele, že zadavatel není oprávněn poskytnutí směrnice zpoplatnit z důvodu, že je to on, kdo má na jejím plnění zájem. Stejně tak může mít zadavatel zájem na tom, aby dodavatelé měli příslušná živnostenská oprávnění, a tento jeho zájem mu taktéž nemůže založit povinnost, aby dodavatelům uhradil poplatky a výlohy spojené s jejich získáním. Pokud zadavateli v souvislosti s distribucí předmětné směrnice vznikají výlohy, je oprávněn požadovat přiměřenou částku k jejich úhradě po těch, kterým tuto směrnici poskytl. To, že údajný zájemce požádá o poskytnutí interní směrnice, ještě neznamená, že po jejím získání podá v zadávacím řízení řádnou nabídku, ani to, že o účast v jednacím řízení s uveřejněním požádá. Nelze souhlasit s názorem navrhovatele, že předmětná směrnice měla být součástí zadávací dokumentace, neboť ne pro všechny zájemce byla tato směrnice potřebná, když mnozí již mohli disponovat certifikátem, vydaným na jejím základě. Kvalifikačním předpokladem bylo předložení certifikátu, což na straně zadavatele nezakládá povinnost předat zájemcům veškeré listiny, které v souvislosti s jeho získáním mohou potřebovat.

25. Námitka navrhovatele, že za účelem objektivního posouzení kvalifikačních předpokladů předložil potřebný doklad (certifikát pro svařování vozidel podle EN 15085) nevystihuje skutečný stav věci, neboť zadavatel k prokázání technických kvalifikačních požadavků vyžadoval nejen předložení certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085, ale též

certifikátu pro svařování podle interní normy ČD V 95/5, o němž je nesporné, že tento navrhovatel zadavateli nepředložil. Navrhovatel zadavateli předložil pouze kopii žádosti o vystavení tohoto certifikátu, a to dokonce až poté, co zadavatel konstatoval, že žádost o účast zaslaná navrhovatelem vykazuje nedostatky při prokazování profesních a technických kvalifikačních požadavků, a navrhovatele vyzval k přeložení potřebných dokumentů. Nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že předložením certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085 předložil ekvivalentní doklad za certifikát podle interní normy ČD V 95/5. Držení certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085 je pouze jedním z předpokladů pro získání certifikátu podle interní normy ČD V 95/5 a jeho držení samo o sobě nárok na získání tohoto certifikátu nezakládá. Toto potvrzuje i sám navrhovatel, který v rámci rozkladu poukazuje na vyjádření certifikační společnosti, která uvedla, že pro získání certifikace podle interní směrnice ČD V95/5 se vyžadují další certifikáty, např. certifikát EN ISO 3834. Výše uvedené potvrzuje i zadavatel, který ve svém vyjádření uvedl, že získání certifikátu podle interní normy ČD V 95/5 je (bez ohledu na držení certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085) možné jen za splnění specifických podmínek vyžadovaných normou ČD V95/5, přičemž požadavky normy ČD V 95/5 jsou přísnější, než požadavky na vydání certifikátu pro svařování vozidel podle EN 15085.

26. Požadavek na předložení certifikátu společně s žádostí o účast nelze považovat za nepřiměřený a diskriminační, neboť tento je zcela v souladu s ustanovením § 65 odst. 2 zákona, jež stanoví, že v jednacím řízení s uveřejněním je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast. Další námitka navrhovatele, spočívající v tom, že požadavek na předložení certifikátu mohl být přiměřený a objektivní pouze tehdy, pokud by se vztahoval pouze na vybraného uchazeče, tedy taktéž není relevantní. Takový postup by byl v příkrém rozporu s výše citovaným ustanovením.

27. Nelze souhlasit ani s tvrzením navrhovatele, že zahraniční dodavatelé neměli možnost certifikát v této lhůtě získat, neboť získání certifikátu není pro zahraniční dodavatele o nic komplikovanější než pro dodavatele tuzemské. Námitka navrhovatele, že rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 5. 2009, č. j. 5 Afs 47/2008, z jehož závěrů Úřad při svém rozhodování taktéž vycházel, nerozebírá přiměřenost a objektivitu předmětného požadavku na prokázání kvalifikace, je taktéž bezpředmětná. Pro rozhodování Úřadu byl směrodatný závěr Nejvyššího správního soudu o tom, že *„Odbornou způsobilostí ve smyslu § 30 odst. 2 písm. d) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, může být i způsobilost podle § 22 odst. 1 písm. c) zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, dále zpřesněná vnitřním předpisem provozovatele dráhy, vydaným podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách.“*, který lze analogicky aplikovat též na právní úpravu veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

28. Lze sice přisvědčit navrhovateli v tom smyslu, že rozhodnutí Úřadu a Nejvyššího správního soudu, na něž je v napadeném rozhodnutí odkazováno, jsou závazná pouze pro účastníky řízení, nicméně je třeba konstatovat, že jak Úřad, tak Nejvyšší správní soud, jsou v rámci svého rozhodování vázáni zásadou předvídatelnosti správních (resp. soudních) rozhodnutí a ve vzájemně srovnatelných kauzách se tedy od svých právních názorů neodchylují, nejsou-li k takovému postupu dány objektivní důvody. Případ šetřený Úřadem v rámci podnětu

č. j. ÚOHS-P80/2010/VZ-7350/2010/540/KKo, stejně jako otázka posuzovaná Nejvyšším správním soudem ve věci vedené pod sp. zn. 5 Afs 47/2008, jsou s bezesporu s předmětným zadávacím řízením srovnatelné, když se obě zabývají otázkou, zda je zadavatel oprávněn požadovat po uchazečích, aby prokázali, že splňují způsobilost podle § 22 odst. 1 písm. c) zákona o drahách, a to v podobě zpřesněna vnitřním předpisem provozovatele dráhy, vydaným podle § 22 odst. 1 písm. b) zákona o drahách. Obě uvedena rozhodnutí na tuto otázku odpovídají kladně.

29. Závěrem je nutno odmítnout názor navrhovatele, že pokud se požadavkem na předložení certifikátu zabýval i Nejvyšší správní soud, je zřejmé, že požadavek na předložení certifikátu podle interní normy ČD V 95/5 je sporný a s ohledem na to měl zadavatel už v oznámení o veřejné zakázce blíže objasnit oprávněnost tohoto požadavku a to například odkazem na příslušné rozhodnutí nejvyššího správního soudu. Naopak, pokud již byla tato dříve sporná otázka řešena a vyřešena v rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, mohou ji zadavatelé a uchazeči nadále považovat za nespornou. Požadovat po zadavateli, aby nad rámec povinností uložených mu zákonem, „obhajoval“ obsah zadávacích podmínek odkazem na související judikaturu, nelze akceptovat. Povinností zadavatelů je zhotovení zadávací dokumentace, jež je v souladu s obsahem a účelem zákona a nikoli to, aby každou ze zadávacích podmínek, která může být účastníky označena za spornou (tj. každou zadávací podmínku), obhajovali v rámci právního pojednání, zaměřeného na aktuální rozhodovací praxi Úřadu či správních soudů.

VI. Závěr

30. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

31. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. European Railway Technologies s.r.o., se sídlem Miletičova 21, 821 08 Bratislava, Slovenská repubilka
2. ČD Cargo, a.s., se sídlem Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7, Holešovice

Vypraveno dne:

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