



UOHSX006TU9C

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R401/2014/VZ-6479/2015/321/KKř

Brno 12. března 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 11. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 18. 11. 2014, podaném navrhovatelem –

- **IS STAR s.r.o.**, IČO 27314588, se sídlem Císařská louka 599, 150 00 Praha 5

proti výroku I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S719/2014/VZ-23083/2014/541/JCh ze dne 31. 10. 2014, ve věci veřejné zakázky „**Izolační dýchací přístroj vzduchový včetně komunikačního prostředku v masce**“ spolufinancované z Integrovaného operačního programu – opakované vyhlášení“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno zadavatelem –

- **Česká republika – Hasičský záchranný sbor Moravskoslezského kraje**, IČO 70884561, se sídlem Výškovická 2995/40, 700 30 Ostrava – Zábřeh

dne 26. 6. 2014 a bylo uveřejněno dne 27. 6. 2014 pod ev. č. 490912 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 7. 2014 pod evidenčním číslem 2014/S 124-220594,

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-S719/2014/VZ-23083/2014/541/JCh ze dne 31. 10. 2014 ve výroku I.,

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Veřejná zakázka a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 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 dne 29. 8. 2014 správní řízení o návrhu navrhovatele IS STAR s.r.o., IČO 27314588, se sídlem Císařská louka 599, 150 00 Praha 5 (dále jen „**navrhovatel**“) na přezkoumání úkonů učiněných zadavatelem Česká republika – Hasičský záchranný sbor Moravskoslezského kraje, IČO 70884561, se sídlem Výškovická 2995/40, 700 30 Ostrava – Zábřeh (dále jen „**zadavatel**“) ve veřejné zakázce „„Izolační dýchací přístroj vzduchový včetně komunikačního prostředku v masce“ spolufinancované z Integrovaného operačního programu – opakované vyhlášení“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 6. 2014 a bylo uveřejněno dne 27. 6. 2014 pod ev. č. 490912 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 2. 7. 2014 pod evidenčním číslem 2014/S 124-220594 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S719/2014/VZ-23083/2014/541/JCh ze dne 31. 10. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým o návrhu navrhovatele rozhodl výrokem I. tak, že návrh ze dne 29. 8. 2014 se v části směřující proti zadávacím podmínkám podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 téhož zákona. Výrokem II. napadeného rozhodnutí bylo správní řízení o návrhu navrhovatele v části směřující proti metodickému pokynu s názvem „Technické podmínky pro pořízení věcného prostředku požární ochrany – izolační dýchací přístroj vzduchový – VPPO-CHS/12A-2014“ vydaného dne 21. 5. 2014 Ministerstvem vnitra – generálním ředitelstvím Hasičského záchranného sboru České republiky zastaveno, neboť návrh navrhovatele je zjevně právně nepřípustný.

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona.

3. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel je oprávněn vymezit a specifikovat technické podmínky dodávky tak, aby odpovídaly jeho požadavkům a potřebám za předpokladu, že jsou takové technické podmínky objektivně odůvodnitelné a nevytváří neodůvodněné překážky hospodářské soutěže. Úřad se tedy zabýval otázkou objektivnosti zdůvodnění zadavatelových požadavků na předmět veřejné zakázky ve vztahu k navrhovatelem namítaným diskriminujícím technickým podmínkám, předem nastaveným pro vybraný konkrétní výrobek.
4. Úřad konstatoval, že vyhláška č. 69/2014 Sb., o technických podmínkách věcných prostředků požární ochrany, v platném znění (dále jen „**vyhláška**“) stanovuje pouze minimální požadavky na vybrané prostředky požární ochrany, přičemž nijak neomezuje potenciální zadavatele v možnosti stanovit v rámci zadávacího řízení požadavky nad její rámec. V této optice proto Úřad neshledává zadavatelův požadavek mající zajistit zvýšení ochrany života a zdraví zasahujících osob, jako diskriminační a neodůvodněný, neboť plně koresponduje s volným uvážením zadavatele při zadávání veřejné zakázky a je odůvodněn specifickým předmětem veřejné zakázky, přičemž nevytváří nedůvodné překážky hospodářské soutěže. S odkazem na uvedené Úřad shrnul, že požadavek zadavatele na zorník obličejové masky, který je vyroben z netříštivého materiálu s odolností proti nárazu částic s vysokou rychlostí při extrémních teplotách – odolnost „AT“ ve smyslu normy ČSN EN 166 účelově nediskriminuje potenciální dodavatele, kteří uvedený požadavek nesplňují.
5. S ohledem na obsah návrhu Úřad posuzoval též odůvodněnost zadavatelova požadavku na počet tlačítek klíčovací jednotky. Ani v této otázce Úřad neshledal pochybení zadavatele, když učinil závěr, že v předmětném případě zadavatel při volbě technických podmínek vycházel ze svých potřeb a předchozích zkušeností při zásazích v extrémních či mimořádných podmínkách a ze skutečnosti, že je povinen zajišťovat záchranné prostředky v takové kvalitě, aby neohrozil životy, zdraví a bezpečnost zasahujících hasičů. Proto zadavatelův požadavek dvou klíčovacích tlačítek na klíčovací jednotce s jasně definovanou funkcí prošel testem proporcionality ve vztahu vhodnosti a nezbytnosti technických podmínek ke stanovenému cíli.
6. Dalším bodem návrhu, s nímž se Úřad v napadeném rozhodnutí vypořádával, byl zadavatelův požadavek na odborný záruční a pozáruční servis a s tím související zajištění odbornosti zaměstnanců autorizovaného servisu. Úřad se i v této otázce ztotožnil s pohnutkami, jež vedly zadavatele ke stanovení takovéto podmínky. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že jen odborně provedený servis je předpokladem pro správné fungování dýchacího přístroje po celou dobu jeho životnosti, čímž je zajištěna nejen ochrana života a zdraví zasahujících hasičů, ale i efektivní vynakládání finančních prostředků při dlouhodobém užívání předmětu veřejné zakázky.
7. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul, že zadavatel při stanovení technických požadavků na zorník obličejové masky a konkrétní počet tlačítek klíčovací jednotky postupoval v souladu s § 45 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 téhož zákona. Úřad rovněž neshledal rozpor s § 6 odst. 1 zákona v případě požadavku na odborný servis, potažmo na odbornost zaměstnanců servisu. Zadavatelovy požadavky tedy nejsou z pohledu Úřadu diskriminační a plně odpovídají účelu, pro který má být předmět veřejné zakázky využíván.

8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad zastavil správní řízení v části návrhu směřující proti metodickému pokynu, který vydalo dne 21. 5. 2014 Ministerstvo vnitra – generální ředitelství Hasičského záchranného sboru České republiky a který navrhovatel považuje za rozporný se zákonem a politikou Evropské unie zaměřenou na ochranu hospodářské soutěže. Žádost navrhovatele byla v této části zjevně právně nepřipustná, neboť směřuje k úkonu, který Úřad, jakožto správní orgán, nemůže vzhledem k nedostatku pravomoci učinit, proto musel postupovat podle § 66 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“).

III. **Námítky rozkladu**

9. Dne 18. 11. 2014 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ze dne 14. 11. 2014 předaný téhož dne provozovateli poštovních služeb. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 31. 10. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Navrhovatel rozklad podal pouze do výroku I. napadeného rozhodnutí. Proti výroku II. napadeného rozhodnutí rozklad nesměřuje, proto tento nabyl právní moci dne 19. 11. 2014.
11. Předně navrhovatel vyjadřuje v rozkladu nesouhlas se závěry Úřadu, jelikož má za to, že zadavatel porušil nejen zákon, ale i Směrnicí Rady ES (89/686/EHS) o sbližování právních předpisů členských států týkajících se osobních ochranných prostředků (dále jen „**směrnice**“). Porušení spatřuje především v ignoraci všech tří základních zásad podávaných § 6 odst. 1 zákona, když požadované podmínky působí netransparentně, jelikož nemají racionální opodstatnění, technické požadavky jsou zadavatelem nastaveny tak, že jejich splnění je možné pouze dodáním jednoho konkrétního výrobku a zadávací dokumentace obsahuje nestandardní servisní podmínky, které diskriminují a uměle vylučují dodavatele nezajišťující servis.
12. Navrhovatel v rozkladu namítá porušení § 44 odst. 1 zákona zadavatelem tím, že tento stanovil i takové technické podmínky, které nejsou nezbytnými podrobnostmi pro zpracování nabídky. Dále měl zadavatel nad rámec ustanovení § 45 odst. 1 zákona účelově vymezit charakteristiku jednoho konkrétního výrobku na trhu, aniž by objektivně určil požadavky na předmět veřejné zakázky. Nadto navrhovatel upozorňuje na poskytování konkurenční výhody a vytváření neodůvodněných překážek hospodářské soutěže zadavatelem při stanovení technických podmínek.
13. Požadavky zadavatele jsou dle názoru navrhovatele též v rozporu s článkem 4 odst. 1 směrnice, podle něž jsou členské státy vázány povinností nezakazovat a neomezovat trh s osobními ochrannými prostředky nebo jejich součástmi či nebránit jejich uvádění na daný trh, pokud jsou tyto osobní ochranné prostředky ve shodě s ustanovením směrnice a opatřeny označením CE. Vláda vydala v intencích této směrnice nařízení č. 21/2003 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na osobní ochranné prostředky. Navrhovatel v této souvislosti pak upozorňuje na to, že ani jmenované nařízení vlády neobsahuje požadavek na zorník obličejové masky, který by byl vyroben z netříštivého materiálu s odolností proti nárazu částic s vysokou rychlostí při extrémních teplotách – odolnost „AT“ a dodává, že členský stát, potažmo jeho orgány, nemohou postupovat v rozporu s článkem 4 odst. 1 směrnice.

14. Navrhovatel má za to, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dostatečně nevypořádal s jeho námitkou směřující proti požadavku zadavatele na zorník obličejové masky. Požadavek na odolnost zorníku považuje za nadbytečný a diskriminační, když pro ochranu očí a podstatné části obličeje hasiče proti nárazu částic vysokou rychlostí slouží ochranný obličejový štít, jakožto povinná součást ochranné přilby, kterou musí mít hasič po celou dobu jakéhokoliv zásahu a která je uzpůsobena k ochraně obličeje štítem i v případě, kdy hasič zasahuje s dýchacím přístrojem. Ochranný obličejový štít hasičské přilby vyhovuje přísným normám a plně chrání i samotný zorník obličejové masky, mimo jiné i proti nárazu částic vysokou rychlostí při extrémních teplotách. Nadto chrání i zásadní část pryžové lícnice, která je nejchoulostivější částí obličejové masky hasiče. Z tohoto důvodu navrhovatel považuje zadavatelův požadavek na odolnost zorníku obličejové masky za nadbytečné a diskriminační zdvojení ochrany očí, které nezaručí vyšší bezpečnost hasiče při zásahu. Úřad nevzal v potaz ani související skutečnost, že zadavatelovu požadavku odpovídají toliko zorníky masky konkrétního výrobce a ostatní výrobci, přestože by požadavkům certifikace dle ČSN EN 166 vyhověli, certifikát neдрží, neboť je s certifikací spojena administrativní a finanční zátěž a nadto tento není ani vyžadován příslušnou ČSN EN 136 – obličejové masky v požadavcích na certifikaci těchto masek.
15. Úřad se podle navrhovatele dostatečně nevypořádal ani s námitkou proti požadavku na technické parametry externí klíčovací jednotky. Podle navrhovatelových zjištění požadavek na osazení klíčovací jednotky pouze dvěma tlačítky poskytuje konkurenční výhodu dodavatelům konkrétního typu klíčovací jednotky, a proto má diskriminační charakter ve vztahu k dodavatelům, jejichž zařízení mají vícero tlačítek.
16. Navrhovatel v rozkladu vyjadřuje nesouhlas s oprávněností požadavku zadavatele na doložení certifikátu výrobce o odborném školení jednotlivých pracovníků servisních středisek pro zkoušky, servis a údržbu, přičemž má za to, že není podle zákona možné, aby veřejná zakázka na nákup izolačního dýchacího přístroje obsahovala dalece nad svůj rámec jakékoliv požadavky na pozáruční servis. Tento požadavek zadavatele je dle názoru navrhovatele diskriminační a nelze jej nikým objektivně splnit, vyjma jediné společnosti na trhu mající příslušný certifikát. Nadto navrhovatel podotýká, že příslušníci hasičského záchranného sboru mohou provádět běžnou údržbu izolačních dýchacích přístrojů svépomocí, neboť jsou k tomu proškoleni.

Závěr rozkladu

17. Navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil v jeho výroku I.

IV. Řízení o rozkladu

18. Úřad neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 správního řádu, tedy pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

19. Zadavatel se k podanému rozkladu vyjádřil dne 1. 12. 2014. Předně sdělil, že trvá na všem, co uvedl dříve v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, jakož i na tom, že nastavením zadávacích podmínek veřejné zakázky nebyl porušen zákon ani směrnice. K námitkám

navrhovatele se zadavatel vyjádřil tak, že nesouhlasí s názorem navrhovatele, podle něž lze k ochraně očí využít ochranného obličejového štítu. Naopak tuzemskými hasiči nejčastěji užívané přilby nelze použít současně s ochrannou obličejovou maskou tak, aby byl zachován dostatečný výhled a poskytoval přiměřenou ochranu. Proto zadavatel požadavek na odolnost zorníku „AT“ ve smyslu ČSN EN 166 považuje za opodstatněný, když nadto zorník obličejové masky izolačního dýchacího přístroje tvoří její podstatnou část a je tedy nejvíce vystaven riziku poškození. V souvislosti s certifikovanou odolností zorníku zadavatel již dříve připustil možnost, že je pro něj akceptovatelné, pokud výrobce zorníku nemající příslušný certifikát, dostatečně prokáže srovnatelnou odolnost dle požadavku uvedeného v technických podmínkách.

20. K technickým podmínkám klíčovací jednotky zadavatel uvedl, že nijak neomezuje celkový počet tlačítek, avšak požaduje, aby pouze dvě tlačítka měla speciální klíčovací funkci a ostatní tlačítka tuto primární funkci neznemožňovala. Tento požadavek vyplývá z dlouhodobé praxe užívání obdobného zařízení.
21. Zadavatel v reakci na navrhovatelův rozklad odmítá argument spočívající v nadbytečnosti servisu s ohledem na servisování svépomocí samotnými hasiči, a dodává, že hasiči mohou provádět pouze běžnou údržbu, v případě poruch a hlubšího poškození je nezbytný servis odborný. Namítanou diskriminaci ve svých požadavcích na záruční a pozáruční servis zadavatel neshledává, neboť plně akceptuje smluvní partnery dodavatelů, mají-li odborně způsobilé pracovníky, aniž by vyžadoval jejich vlastní autorizované servisní středisko. Nadto zadavatel dodává, že u stanovení požadavku na servis byl veden snahou o efektivní vynaložení veřejných prostředků.

Stanovisko předsedy Úřadu

22. 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 a řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
23. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S719/2014/VZ-23083/2014/541/JCh ze dne 31. 10. 2014, zamítl návrh navrhovatele ze dne 29. 8. 2014 v části směřující proti zadávacím podmínkám podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 téhož zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

24. Rozklad podal navrhovatel toliko do výroku I. napadeného rozhodnutí. Výrokem II. Úřad zastavil správní řízení o návrhu navrhovatele v části směřující proti metodickému pokynu s názvem „Technické podmínky pro pořízení věcného prostředku požární ochrany – izolační dýchací přístroj vzduchový – VPP0-CHS/12A-2014“ vydanému dne 21. 5. 2014 Ministerstvem vnitra – generálním ředitelstvím Hasičského záchranného sboru České republiky,

neboť návrh navrhovatele je v této části zjevně právně nepřipustný. Protože oba výroky v napadeném rozhodnutí jsou od sebe oddělitelné a výrok II. nebyl napaden rozkladem, pročež není předmětem přezkumu, nabyl tento samostatně právní moci dne 19. 11. 2014.

25. Navrhovatel předně namítá, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zásadami stanovenými v § 6 zákona, zejména pak, jak z rozkladu vyplývá, se zásadou zákazu diskriminace, když měl účelově stanovit technické podmínky tak, aby mohl poptávat konkrétní výrobek. Především, že s uvedeným tvrzením se nemohu ztotožnit. Zadavateli je dána možnost stanovit technické podmínky podle svých potřeb, pokud technická specifikace vychází z objektivně zdůvodnitelných požadavků a dodavatelé jsou schopni poskytnout kvalitativně a technicky obdobná řešení. Jak je patrné již z napadeného rozhodnutí, zadavatel opakovaně vyjádřil své pohnutky, které ho vedly ke stanovení technických podmínek v tak přísné podobě, resp. podrobně a objektivně odůvodnil, co jej vedlo k určení předmětných technických podmínek pro výrobky, jež chce pořídit. Těmito důvody pak byla zvýšená ochrana života a zdraví zasahujících osob v extrémních podmínkách, což musím považovat za adekvátní zdůvodnění s ohledem na zvláštní charakter předmětu veřejné zakázky spočívající v nákupu ochranných prostředků užívaných hasiči při různých typech zásahů.
26. Smyslem zákona je primárně zajistit řádnou soutěž mezi dodavateli, aby pak předmět veřejné zakázky byl obstarán za takovou cenu a za takových podmínek, které budou pro zadavatele nejvýhodnější, jelikož při jeho pořizování jde o vynakládání finančních prostředků, jež plynou z veřejných rozpočtů. Podmínky definované zákonem nemohou vést k tomu, aby byl zadavatel omezován v tom, co může od předmětu veřejné zakázky požadovat. Zákon v ustanovení § 44 odst. 1 stanoví, že zadavatel musí vymezit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Zároveň při vymezení předmětu nesmí určit požadavky tak, aby byly pro některé uchazeče diskriminační.
27. Zákaz diskriminace uvedený vedle ostatních základních zásad postupu zadavatele v ustanovení § 6 zákona zahrnuje jak formu diskriminace zjevné, tak skryté. Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je v souladu s ustálenou rozhodovací praxí soudů třeba považovat i takový postup zadavatele, jímž de facto znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením zjevně nepřiměřených technických podmínek pro pořízení předmětu veřejné zakázky, byť jsou podmínky určeny pro všechny potenciální dodavatele stejně a může-li to omezit okruh případných dodavatelů. Přiměřenost či nepřiměřenost je pak třeba hodnotit ve vztahu k povaze a technické charakteristice, tedy že musí být pro konkrétní výrobek zkoumána jeho typická kvalita, vlastnost a jistá příznačnost. Zadavatelem vyžadované technické podmínky pak buď ob stojí, nebo nikoliv, ve srovnání s takto vytýčenými podstatnými znaky konkrétního výrobku. Požadavky nad rámec obvyklých vlastností či kvality konkrétního výrobku pak mohou na první pohled působit diskriminačně, nicméně nelze je bez dalšího odmítat, ale je nutné zkoumat, zdali zadavatelem takto nastavené požadavky nejsou odůvodněny zvláštním charakterem předmětu veřejné zakázky.
28. Zákaz skryté diskriminace tedy nelze aplikovat mechanicky. Naopak orgán dohledu musí pečlivě zkoumat relevanci každého konkrétního případu zvlášť, a to s ohledem na všechny rozhodné okolnosti. Zjevnou nepřiměřenost, v tomto případě technických podmínek, ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nelze rigidně vymezit, nýbrž je nutno ji vykládat vždy

se zřetelem na individuální případ, neboť je nepochybné, že se vyznačuje jistou obsahovou pružností tak, aby mohla reagovat na neuzavřený počet situací, na něž nemohou právní normy taxativně pamatovat. Pojmem „zjevná nepřiměřenost“ se zabýval Nejvyšší správní soud v rozhodnutí pod č. j. 1 Afs 20/2008 – 152 ze dne 5. 6. 2008, byť v souvislosti s kvalifikačními předpoklady a správním soudnictvím, nicméně mám za to, že i na tímto rozhodnutím posuzovaný případ následující věty přílehnají. *„V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že - kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“*

29. Autonomie vůle zadavatele, který je oprávněn nastavit technické podmínky tak, aby požadovaný výrobek co nejlépe naplňoval jeho přání a potřeby, je do jisté míry omezena obecným požadavkem na zachování funkční hospodářské soutěže. Úřad v této souvislosti musel při posuzování daného případu provést test proporcionality ve vztahu k zadavatelem formulovaným technickým podmínkám a diskriminaci potenciálních dodavatelů, a to při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“. Technické podmínky zásadně nemohou být nastaveny tím způsobem, aby případné dodavatele jakkoliv upřednostnili na úkor jiných dodavatelů. Podle rozsudku Krajského soudu v Brně pod č. j. 62 Af 7/2010 – 150 ze dne 2. 3. 2010 platí, že *„v technických podmínkách tedy zadavatel popíše předmět veřejné zakázky, jakož i jeho jednotlivých částí a dílčích položek. Tento popis musí být proveden srozumitelně, objektivně a tak, aby žádného dodavatele nezáškodňoval nebo naopak negativně nediskriminoval. Požadavky a charakteristiky předmětu veřejné zakázky musí být vymezeny jednoznačně s důrazem na účel využití požadovaného plnění.“*
30. Po obecném vymezení relevantních myšlenek jsem se zabýval posouzením, zda v daném případě byly technické podmínky obličejové masky izolačního dýchacího přístroje a klíčovací jednotky stanoveny tak, aby vedly k preferenci konkrétních výrobků a potažmo tedy ke skryté diskriminaci. V tomto případě zadavatel při koncipování technických podmínek vycházel ze svých konkrétních požadavků, daných objektivními podmínkami zvláštního charakteru předmětu veřejné zakázky. Tedy ochranou života, zdraví a bezpečnosti zasahujících hasičů, jakožto uživatelů předmětu veřejné zakázky, kteří jsou při mimořádných událostech vystaveni velmi specifickým podmínkám, zpravidla se pohybují v rizikových prostorách a často jsou vystaveni stresovým situacím. Proto požadavky na zorník obličejové masky vyrobený z netříštivého materiálu s odolností proti nárazu částic s vysokou rychlostí při extrémních teplotách – odolnost „AT“ ve smyslu ČSN EN 166 a externí klíčovací jednotku spočívající v osazení dvěma klíčovacími tlačítky považuji za podmínky objektivního rázu, zadavatelem několikrát zdůvodněné, mimo jiné i v rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Technické požadavky na obličejovou masku izolačního dýchacího přístroje i na klíčovací jednotku byly stanoveny přesně a bylo z nich jednoznačně patrné, jaké parametry má předmět veřejné zakázky splňovat, nadto technické podmínky zadavatel formuloval v souladu s § 46 zákona.

31. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že se zadavatel nedopustil diskriminace ve vztahu k potenciálním dodavatelům, což dále zdůvodním ve vztahu ke konkrétním výrobkům, jež jsou předmětem rozkladových námitek navrhovatele. Ze stejných důvodů (prezentovaných např. v bodě 21 a 27 tohoto rozhodnutí a níže) mohu konstatovat, že zadavatel neporušil ani jinou zásadu postupu zadavatele v zadávacím řízení ve smyslu ustanovení § 6 zákona, tedy zásadu rovného zacházení a zásadu transparentnosti. Mám za to, že zásada transparentnosti na daný případ vůbec nedopadá. Co se týče zásady rovného zacházení, jakožto odvrácené strany zásady zákazu diskriminace a zahrnující v sobě rovnost příležitostí všech uchazečů o veřejnou zakázku, považuji ji za nedotčenou, neboť nabídky všech dodavatelů podléhaly stejně nastaveným podmínkám. Při hodnocení porušení či neporušení ustanovení § 6 odst. 1 zákona je nutné vzít v úvahu fakt, že zadavatel pořizoval natolik specifický předmět veřejné zakázky, mající dopad na bezpečnost zasahujících osob. Ochrana života a zdraví zasahujících hasičů bezesporu odůvodňuje zvýšenou míru požadavků na kvalitu a parametry požadovaných výrobků, na něž se hasiči musí v extrémních a krajně nebezpečných podmínkách bez dalšího spolehnout, aby mohli řádně vykonávat své poslání. Nadto je třeba přihlídnout i ke skutečnosti, že zadavatel za jakost ochranných prostředků a prostředků sloužících ke komunikaci v extrémních podmínkách morálně odpovídá.
32. Argument navrhovatele, že zorník obličejové masky izolačního dýchacího přístroje nemusí splňovat odolnost proti nárazu částic ve smyslu ČSN EN 166, jelikož pro ochranu očí slouží ochranný obličejový štít ochranné přilby a nadto se jmenovaná norma nevztahuje k dýchací technice, musím odmítnout. Plně se ztotožňuji se závěry Úřadu, že zadavatel může stanovit požadavky na ochranné prostředky nad rámec vyhlášky a příslušných norem (když tyto navíc nestanovují určitou technickou podmínku na odolnost zorníku obličejové masky) s odůvodněním takového významu, jako je ochrana života, zdraví a bezpečnosti zasahujících osob. Nadto z vyjádření zadavatele k rozkladu plyne, že u nejčastěji používaných přileb tuzemskými hasiči nelze obličejový štít sklopit současně při použití ochranné obličejové masky tak, aby poskytoval dostatečnou ochranu a současně neomezoval výhled, když zejména při hašení požárů je v důsledku zplodin hoření značně snížena viditelnost v místě zásahu. Tvrzení navrhovatele, že zorníky většiny ochranných masek by vyhovely požadované certifikaci, je pak zcela irelevantní, neboť je bezpochyby věcí výrobců příslušného zboží, zda investují čas a peníze do takové certifikace či nikoliv a podnikatelsky vyhodnotí z toho plynoucí výhody nebo naopak nevýhody. Zadavatel přitom není povinen posuzovat, zda je odolnost zorníku odpovídající, pokud není potvrzena příslušným certifikátem. Odolnost proti nárazu částic ve smyslu ČSN EN 166 je prokazatelně zaručena až certifikací či jiným příslušným osvědčením, popřípadě prokáže-li dodavatel dalším způsobem, že odolnost necertifikovaného zorníku je srovnatelná s odolností dle požadavku uvedeného v technických podmínkách. Není přitom rozhodné, že v ČSN EN 136 (obličejové masky) není výslovně stanoven požadavek na předmětnou certifikaci. Znovu opakuji, že zadavatel je oprávněn stanovit technické podmínky podle svých potřeb, za předpokladu, že technická specifikace vychází z objektivně zdůvodnitelných požadavků a dodavatelé jsou schopni poskytnout kvalitativně a technicky obdobná řešení. V této souvislosti dodávám, že i z pohledu transparentnosti je účelné, aby zadavatel požadovanou nadstandardní kvalitu materiálu určil odkazem na příslušnou normu jakosti, byť se nevztahuje přímo k dýchací technice, ale k prostředkům na ochranu očí, což zorník sám o sobě jistě je.

33. Co se týče technických parametrů externí klíčovací jednotky, má navrhovatel za to, že ostatní na trhu dostupné klíčovací jednotky obsahují tři tlačítka, nikoliv pouze požadovaná dvě, a proto vidí tento zadavatelův požadavek jako diskriminační. Zadavatel však ve svých vyjádřeních k Úřadu, stejně jako v rozhodnutí o podaných námitkách, rozlišuje mezi obyčejným tlačítkem a klíčovacím tlačítkem, což navrhovatel dle textu rozkladu nevzal v úvahu. V tomto kontextu je zřejmé, že zadavatel neomezuje celkový počet tlačítek na klíčovací jednotce, ale z důvodů specifického využití technického prostředku na všech úrovních zasahující jednotky při mimořádné události vyžaduje, aby pouze dvě z libovolného počtu tlačítek, měla klíčovací funkci spočívající v příjmu nebo ukončení vysílání a aby ostatní tlačítka tuto primární funkci neznemožňovala. Celkový počet tlačítek tedy zadavatel neomezuje, pouze stanovuje konkrétní počet klíčovacích tlačítek odůvodněný dlouhodobou zkušeností s obdobnými technickými prostředky, když první klíčovací tlačítko je standardně používáno při upevnění klíčovací jednotky na hrudi zasahujících hasičů pro snadné zahájení vysílání i v ochranných zásahových rukavicích a druhé užívá velitel jako mikrofon radiostanice, která je uložena v kapse ochranného oděvu a z tohoto důvodu by mělo být ergonomicky navrženo tak, aby takové využití neznepříjemňovalo.
34. Za legitimní a odůvodněný považují též požadavek zadavatele na servis izolačních dýchacích přístrojů. I zde je třeba vzít v úvahu fakt, že dýchací přístroje mají chránit životy a zdraví zasahujících hasičů a toho je servis provedený odborným způsobem základním předpokladem. Aby byla funkce dýchacího přístroje po celou dobu jeho životnosti zachována, je nutné, aby byl zadavatelem zabezpečen řádný servis, neboť selhání dýchacího přístroje může mít pro zasahující osobu fatální následky, což je nutné v co nejvyšší míře eliminovat. Je-li namítáno, že servis požadovaného množství izolačních dýchacích přístrojů není možné uskutečnit bez zadání samostatné veřejné zakázky, když tento není v rámci předmětné veřejné zakázky poptáván, uvádím, že se s tímto názorem navrhovatele neztotožňuji. Zadavatel totiž nepožadoval ocenění servisu, který bude skutečně poptávat či „odebírat“, tudíž není ani na místě výše uvedená námitka. Zadavatel chtěl mít v dané době pouze jistotu, že vítězný uchazeč bude schopen zajistit servis prostřednictvím (dvou zastupitelných) odborníků v autorizovaném servisním středisku a to i pro případ pozáručního servisu, pokud by k němu došlo. Životnost izolačních dýchacích přístrojů je podstatně delší, než zákonná záruka a s ní související servis, proto je pochopitelný požadavek zadavatele, aby nakoupil takové dodávky, u nichž bude zachována jistá míra bezpečí, že po záručním servisu bude možné zajistit odborný servis pozáruční. Proto lze dovodit, že zadavatel zamýšlel již při pořízení izolačních dýchacích přístrojů zmapovat možnosti pozáručního servisu tak, aby byla zachována funkčnost po celou dobu jejich životnosti a nedošlo k jejich znehodnocení nebo v horším případě k ohrožení zdraví či života zasahující osoby. Z technických podmínek nadto vyplývá, že zadavatel požaduje toliko prohlášení dodavatele o záručním i pozáručním servisu, nikoliv žádný smluvní či jiný závazek, že servis bude skutečně po celou dobu životnosti izolačního dýchacího přístroje po dodavateli nárokovat.
35. Není ani pravda, že by z veřejné zakázky byli vyloučeni dodavatelé, kteří se servisem sami nezabývají. Podle textu zadávací dokumentace je zřejmé, že servis izolačních dýchacích přístrojů by měl dodavatel poskytovat ve vlastním nebo smluvním autorizovaném servisním středisku, což dodavatele, kteří se servisem sami nezabývají, z plnění předmětu veřejné zakázky nevylučuje, neboť mohou servis zajistit prostřednictvím třetí osoby, kde nebude

problém doložit požadované certifikáty. Zcela lichým se jeví argument navrhovatele, že příslušníci hasičského záchranného sboru mohou běžnou údržbu izolačních dýchacích přístrojů provádět svépomocí. Jak už jsem se zmínil výše, pro zachování správné funkčnosti dýchacího přístroje je třeba provádět servis na odborné úrovni, svépomocnou péči logicky nelze považovat a zaměňovat za plnohodnotnou odbornou údržbu. Požadavek zadavatele na kopie certifikátů výrobce o odborném školení jednotlivých (dvou) pracovníků servisních středisek pro zkoušky, servis a údržbu není nezákonný, jak navrhopatel v rozkladu namítá, ale je odůvodněn specifičností předmětu veřejné zakázky opírající se o zajištění bezpečnosti zasahujících osob, resp. snahou zadavatele zajistit kvalitní služby spočívající v servisu prováděného odborně vyškolenými osobami.

36. Mohu tedy konstatovat, že zadavatel požadoval servis izolačních dýchacích přístrojů v souladu se zákonem, stejně tak technické podmínky prošly testem proporcionality ve vztahu vhodnosti a nezbytnosti stanovených požadavků ke stanovenému cíli a lze je proto označit za zcela legitimní a se zákonem plně konzistentní. Přestože to již vyplývá z odůvodnění výše, shrnuji, že zadavatel nejednal v rozporu s § 6 odst. 1 zákona, ani v rozporu s dále v rozkladu citovanými ustanoveními zákona (tj. § 44 odst. 1, § 45 odst. 1 a § 45 odst. 3 zákona). Neshledal jsem ani uváděné narušení komunitárního práva – článku 4 odst. 1 směrnice, neboť samotná směrnice v článku 2 odst. 2 deklaruje právo členských států – při dodržení Smlouvy – „stanovit požadavky, které považují za nezbytné, aby zajistily ochranu uživatele, pokud to neznamená změnu osobních ochranných prostředků takovým způsobem, který může vést k neshodě s ustanoveními této směrnice“. Směrnice, jakožto právní akt stanovující cíl, který musejí všechny země Evropské unie splnit, byla do českého právního řádu promítnuta nařízením vlády č. 21/2003 Sb., kterým se stanoví technické požadavky na osobní ochranné prostředky. V této souvislosti mohu konstatovat, že komunitární cíl stanovený v článku 4 odst. 1 směrnice byl zachován, když zadavatel, jak vyplývá z odůvodnění výše, nejednal ani v rozporu se jmenovaným nařízením vlády implementujícím směrnici. Závěrem dodávám, že poptávkou zadavatele po výrobcích v kvalitě vymezené technickými podmínkami ani nemohlo z logiky věci dojít k zákazu, omezení či bránění uvádění výrobků na český trh osobních ochranných prostředků. Zadavatel pouze stanovil odůvodněné požadavky na jím poptávané výrobky na trhu již uvedené, přičemž nemůže jít k jeho tíži, když někteří dodavatelé výrobky v dané kvalitě nedisponují.

Závěr

37. 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 ve výroku I. z důvodů uváděných v rozkladu.
38. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit ve výroku I., rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí 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. IS STAR s.r.o., IČO 27314588, se sídlem Císařská louka 599, 150 00 Praha 5
2. Česká republika – Hasičský záchranný sbor Moravskoslezského kraje, IČO 70884561, se sídlem Výškovická 2995/40, 700 30 Ostrava – Zábřeh

Vypraveno dne:

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