



UOHSX00BD6X3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0186/2018/VZ-19935/2018/532/KSt

Brno: 4. července 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 18. 5. 2018 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany,
- navrhovatel – Glomex MS, s. r. o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice,
- vybraný dodavatel – OPTICS TRADE, spol. s r. o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“ v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 5. 2017 pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 6. 2017 a dne 13. 7. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 5. 2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“ v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 5. 2017, pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 6. 2017 a dne 13. 7. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 5. 2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304, **postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **tím, že se v rozhodnutí ze dne 9. 5. 2018 o námitkách stěžovatele Glomex MS, s. r. o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice, jež byly zadavateli doručeny dne 23. 4. 2018, podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným citovaným stěžovatelem v námitkách, a to:**

- k námitce, že vybraný dodavatel nemá ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 zajištěny podmínky pro poskytování požadovaných služeb, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, když veškeré technické informace k daným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a získat jakékoliv technické údaje a související komponenty pro jejich opravy lze pouze na základě licence před vývozem z USA, tedy že nevlastní nezbytná oprávnění, nemá přístup k náhradním dílům, ani k servisnímu přístrojovému vybavení a nemá s výrobcem uzavřenou dohodu o technické asistenci, neboť navrhovatel je jedinou osobou splňující takové podmínky, což dokládá k námitkám přiloženými dokumenty, přičemž splnění těchto podmínek je pro plnění zadavatelem požadovaných služeb nezbytné a bez toho nelze veřejnou zakázku realizovat,

čímž se rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 5. 2018 o námitkách uvedeného stěžovatele stalo ve smyslu ustanovení § 263 odst. 5 citovaného zákona nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů.

II.

Jako **opatření k nápravě** nezákonného postupu zadavatele – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 5 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 5. 2018 **o námitkách stěžovatele Glomex MS, s. r. o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice, učiněné v užším řízení na veřejnou zakázku „Opravy speciálních optických přístrojů“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 5. 2017 pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 6. 2017 a dne 13. 7. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 5. 2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304.**

III.

Zadavateli – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných

zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0186/2018/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Glomex MS, s. r. o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice – ze dne 18. 5. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů jmenovaného zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v užším zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Opravy speciálních optických přístrojů“, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 12. 5. 2017 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 17. 5. 2017 pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 6. 2017 a dne 13. 7. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 5. 2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany – ukládá

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 12. 5. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užší řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 5. 2017 pod ev. č. 747199, ve znění oprav uveřejněných dne 14. 6. 2017 a dne 13. 7. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 5. 2017 pod ev. č. 2017/S 095-188044, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2017 pod ev. č. 2017/S 113-228555 a dne 14. 7. 2017 pod ev. č. 2017/S 133-273304 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení zadavatel vymezil předmět plnění veřejné zakázky jako „*Provedení servisních oprav speciálních optických přístrojů USA na základě objednávek vystavených zástupcem objednatele.*“.
3. V čl. 2. „Předmět rámcové dohody“ zadávací dokumentace jsou vyjmenovány předpokládané druhy přístrojů, u kterých bude zadavatel požadovat provedení defektace a běžných oprav za účelem zabezpečení jejich funkčnosti a provozuschopnosti. Jedná se o tyto přístroje:
 - Přístroj SFK-14 NVD-3GEN,
 - Zaměřovač AN/AVS-9/M949,
 - Zaměřovač AN/AVS-9,

- Zaměřovač AN/PVS-14,
 - Zaměřovač AN/PVS-22 UNS 1600 R4,
 - Zaměřovač AN/PVS-27,
 - Zaměřovač NL-914-B,
 - Zaměřovač AN/PVS 21 LP/N,
 - Zaměřovač AN/PVS 21,
 - Zaměřovač PVS 15 M 952,
 - Modul CEHUD k AN/PVS 21.
4. Zadavatel v bodu 5. „Pravidla pro hodnocení nabídek a výběr dodavatele“ zadávací dokumentace stanovil, že nabídky bude hodnotit podle jejich ekonomické výhodnosti, a to podle nejnižší nabídkové ceny.
 5. Ze „Zprávy o hodnocení nabídek“ ze dne 9. 4. 2018 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem dvě nabídky na plnění veřejné zakázky, a to nabídku navrhovatele – Glomex MS, s. r. o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhllice (dále jen „navrhovatel“), a nabídku vybraného dodavatele – OPTICS TRADE, spol. s r. o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín (dále jen „vybraný dodavatel“).
 6. Rozhodnutím ze dne 9. 4. 2018 vybral zadavatel jako ekonomicky nejvýhodnější nabídku vybraného dodavatele. Oznámením o výběru dodavatele ze dne 9. 4. 2018 oznámil zadavatel účastníkům zadávacího řízení své rozhodnutí o výběru dodavatele.
 7. Proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele podal navrhovatel námitky ze dne 23. 4. 2018, které zadavatel obdržel téhož dne (dále jen „námitky“). Zadavatel rozhodnutím ze dne 9. 5. 2018, které navrhovatel obdržel téhož dne, námitky odmítl (dále jen „rozhodnutí o námitkách“). Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 18. 5. 2018 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 18. 5. 2018, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu navrhovatele rovněž dne 18. 5. 2018.
9. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0186/2018/VZ-14979/2018/532/KSt ze dne 22. 5. 2018.
11. Výrokem 1. usnesení č. j. ÚOHS-S0186/2018/VZ-17098/2018/532/KSt ze dne 11. 6. 2018 Úřad určil účastníkům správního řízení podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Výrokem 2. citovaného usnesení určil Úřad zadavateli

lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle § 216 odst. 1 zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

Obsah návrhu

12. Podle navrhovatele zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem a stanovenými zadávacími podmínkami, když vybral k uzavření smlouvy na realizaci veřejné zakázky vybraného dodavatele, který nespĺňuje zadavatelem stanovené podmínky kvalifikace a dále technické a obchodní podmínky.
13. K nesplnění podmínek kvalifikace vybraným dodavatelem navrhovatel uvedl, že účastníci zadávacího řízení měli předložit seznam, ze kterého mělo být zřejmé, že za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení poskytovali významné služby obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH. Předmětem veřejné zakázky je provádění služeb u speciálních optických přístrojů vyráběných v USA, a proto se podle navrhovatele referenční služby musí týkat přístrojů typem srovnatelným (konstrukčně obdobným) s přístroji identifikovanými veřejnou zakázkou, tj. s moderními přístroji nočního vidění 3. generace výroby USA, a to i z důvodu, že pro možnost poskytování služeb ve vztahu k těmto přístrojům je nezbytné splnit licenční podmínky stanovené vládou USA. Přístroje, k nimž se vztahují referenční služby doložené vybraným dodavatelem, nejsou dle navrhovatele přístroje srovnatelné, neboť se převážně jedná o přístroje vyráběné v zemích bývalého východního bloku, zastaralé, mnoho let nevyráběné; jedná se o techniku jednoduchou co do konstrukce, údržby a používání.
14. K nesplnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem navrhovatel uvedl, že je na základě Dohody o technické asistenci (Technical Assistance Agreement) ze dne 19. 10. 2011, ve znění Dodatku ze dne 28. 3. 2018 (dále jen „Dohoda“), uzavřené s výrobcem přístrojů AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 společností Steiner eOptics, Inc. (dříve Sensor Technology Systems, Inc.), (dále jen „Steiner eOptics, Inc.“), a licenčních podmínek americké vlády jedinou oprávněnou a licencovanou osobou pro teritorium střední a východní Evropy, včetně České republiky k poskytování služeb spojených s defektací, opravami a výměnou náhradních dílů k přístrojům AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 (dále jen společně „přístroje AN/PVS-21“) a k prodeji náhradních dílů pro tyto přístroje konečným uživatelům. Veškeré technické informace k daným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a získat jakékoli technické údaje a související komponenty pro opravy lze pouze na základě licence před vývozem z USA, přičemž nutnou podmínkou vydání této vývozní licence je existence dohody o technické asistenci uzavřené s výrobcem přístrojů a licence k trvalému vývozu. Navrhovatel uvedl, že podle Dohody není nikdo jiný, než navrhovatel oprávněn servisní služby k daným přístrojům zadavateli poskytnout, neboť ve vztahu k daným přístrojům nejsou udělena žádná sublicenční práva a navrhovatel není nabytá práva oprávněn bez dalšího poskytnout třetím osobám. K tomu navrhovatel dodal, že dne 3. 10. 2017 zaslal vybranému dodavateli upozornění, že poskytování služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky, z jeho strany nebude z licenčních důvodů ani v budoucnu možné.

15. Vybraný dodavatel tak podle navrhovatele nemá ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21 zajištěny podmínky pro poskytování požadovaných služeb, nevlastní nezbytná oprávnění, nemá přístup k náhradním dílům, ani k servisnímu přístrojovému vybavení a nemá s výrobcem uzavřenou dohodu o technické asistenci, přičemž splnění těchto podmínek je pro plnění zadavatelem požadovaných služeb zcela nezbytné a bez toho nelze veřejnou zakázku realizovat. Exkluzivita i k jedinému přístroji uvedenému v zadávací dokumentaci, znamená exkluzivitu k celému předmětu veřejné zakázky, přičemž tato „exkluzivita“ existuje objektivně bez ohledu na to, zda ji zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně požadoval. Skutečnost, že zadavatel nepožadoval doložit příslušný certifikát výrobce, nezavazuje zadavatele povinnosti řádně posoudit předložené nabídky z hlediska splnění technických a obchodních podmínek, a to především, kdy je jejich splnění prokazatelně zpochybněno. Uvedená povinnost podle navrhovatele vyplývá i z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-04920/2018/531/MHo ze dne 16. 2. 2018 (dále jen „rozhodnutí“), ve kterém Úřad poukázal na povinnost zadavatele řádně posoudit splnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem a relevantním a přezkoumatelným způsobem vyvrátit pochybnosti ohledně schopnosti vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku.
16. K tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že „(...) vybraný dodavatel je též oprávněn k plnění, případně části plnění, využít poddodavelské služby (...)“, navrhovatel uvedl, že je jedinou osobou autorizovanou výrobcem k poskytování požadovaných služeb pro teritorium České republiky, a že žádný jiný, ani zahraniční dodavatel není oprávněn pro Českou republiku tyto služby poskytovat. Rovněž nepřipadá v úvahu, že by sám výrobce Steiner eOptics, Inc. vystupoval ve vztahu k vybranému dodavateli jako poddodavatel, jak je zřejmé z dopisu jmenovaného výrobce ze dne 22. 2. 2018.
17. Dále navrhovatel uvedl, že je rovněž výhradním zástupcem společnosti Nightline, Inc., která je výrobcem přístrojů typu SFK-14, AN/AVS-9/M949, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22, AN/PVS-27, NL-914B a PVS-15 M952, jejichž opravy jsou předmětem veřejné zakázky, a působí jako výhradní servisní středisko jmenovaného výrobce v České republice. Navrhovatel je přesvědčen, že vybraný dodavatel není schopen a oprávněn poskytovat služby ani k přístrojům tohoto výrobce.
18. K argumentu zadavatele uvedeného v rozhodnutí o námitkách, že mu vybraný dodavatel poskytl informace, že většinu přístrojů požadovaných ve veřejné zakázce dodává více dodavatelů, navrhovatel uvádí, že nerozporuje, že u některých přístrojů by mohlo existovat více dodavatelů, v žádném případě tomu však tak dle navrhovatele není u přístrojů AN/PVS-21, jejichž celosvětově jediným výrobcem je společnost Steiner eOptics Inc. a jediným výhradním servisním střediskem pro Českou republiku navrhovatel. Pokud vybraný dodavatel tvrdí, že je schopen poskytovat služby ve vztahu k většině přístrojů požadovaných zadávací dokumentací, pak je zřejmé, že není schopen plnit veřejnou zakázku jako celek, neboť není oprávněn poskytovat služby ve vztahu k přístrojům výrobce. Dále navrhovatel poukázal na to, že zadavatel se žádným způsobem konkrétně nevyjadřuje k otázce schopnosti vybraného dodavatele poskytovat služby k přístrojům AN/PVS-21, resp. neuvádí, na základě čeho má za prokázané, že vybraný dodavatel je tohoto plnění schopen a k tomuto oprávněn.
19. Dále navrhovatel uvedl, že zadavatel v rámci programu FMS/FMF (v jehož smluvních podmínkách je výslovně požadováno dodržení licenčních ujednání pro skladování, používání,

defektování a opravy přístrojů nočního vidění) pořídil přístroje SFK-14, AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22, AN/PVS-27, PVS-15, NL-914-B. Ze smluvních podmínek definovaných ze strany vlády USA vůči zadavateli vyplývá požadavek na dodržení pravidel licenčních ujednání, když mezi základní povinnosti kupujícího patří zákaz předat přístroje třetím osobám, pokud nemají písemný souhlas vlády USA, a zajištění respektování práv k duševnímu vlastnictví. Nakládání s přístroji pořizovanými cestou FMS/FMF je kontrolováno Kanceláří pro obrannou spolupráci velvyslanectví USA, přičemž tato nepřipouští, aby s přístroji nakládal neautorizovaný subjekt, což zvláště platí v případě přístrojů typu AN/PVS-21 výrobce Steiner eOptics, Inc. Tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že dodržování mezinárodních předpisů a autorských práv leží na bedrech dodavatelů, přičemž za jejich nedodržení mohou nést následky vždy jen ti dodavatelé, kteří takové předpisy nedodrželi, je podle navrhovatele nepravdivé.

20. Dále navrhovatel uvedl, že dne 31. 7. 2014 uzavřel se zadavatelem Rámcovou smlouvu č. 145110096 na plnění shodné s předmětem šetřené veřejné zakázky (k přístrojům AN/PVS-21 a NL-914B a M-952), přičemž ta byla uzavřena na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to z důvodu, že veřejná zakázka mohla být splněna pouze navrhovatelem. Od doby uzavření uvedené Rámcové smlouvy se však situace dle navrhovatele nezměnila.
21. Podle navrhovatele, pokud měl zadavatel pochybnost, zda vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení, bylo jeho povinností takovou pochybnost vyvrátit, aby měl najisto postaveno, že vybraný dodavatel veškeré podmínky splňuje, tj. měl vybraného dodavatele konfrontovat s informacemi, které má k dispozici, a požádat jej o objasnění údajů a předložení relevantních dokladů, jež prokazují jeho schopnost a oprávnění plnit veřejnou zakázku. Zadavatel tak dle názoru navrhovatele neprovedl posouzení splnění technických a obchodních podmínek podle zákona.
22. Navrhovatel dále uvedl, že považuje nabídkovou cenu vybraného dodavatele za mimořádně nízkou, neboť neodpovídá skutečným nákladům na plnění veřejné zakázky, když vychází z neznalosti dané problematiky, a z toho, že nemá zajištěny podmínky pro plnění veřejné zakázky. K tomu navrhovatel dodal, že zadavatel byl podle rozhodnutí Úřadu povinen si od vybraného dodavatele vyžádat zdůvodnění a doložení podkladů, na základě kterých bude mít najisto postaveno, že vybraný dodavatel bude při plnění veřejné zakázky dodržovat závazná licenční ujednání, předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR), bude používat originální náhradní díly atd. S ohledem na obsah zprávy o hodnocení nabídek ze dne 9. 4. 2018 a rozhodnutí o námitkách je navrhovatel přesvědčen, že zadavatel tuto svou povinnost opětovně nesplnil, a nepožadoval po vybraném dodavateli předložení konkrétních informací a dokumentů, které by prokazovaly, že vybraný dodavatel disponuje nezbytnými certifikáty výrobců přístrojů, zejména, že je schopen a oprávněn poskytovat plnění ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21.
23. Podle navrhovatele není rozhodnutí o námitkách zpracováno v souladu s § 245 odst. 1 zákona, když se zadavatel u námitek vztahujících se k nesplnění kvalifikace vybraným dodavatelem nezabýval tím, zda reference doložené vybraným dodavatelem odpovídají předmětu veřejné zakázky. Odmítnutí námitek ohledně nesplnění obchodních a technických podmínek vybraným dodavatelem odůvodnil zadavatel ve většině případů pouze obecně tím,

že autorizace výrobcem či certifikovaným dodavatelem nebyla požadována. Zadavatel se dále podrobně nevypořádal s argumenty navrhovatele, zejména neuvedl na základě čeho má za prokázané, že vybraný dodavatel je schopen plnit celý předmět veřejné zakázky, včetně služeb k přístrojům AN/PVS-21. Odmítnutí námitek ve vztahu k mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dodavatele nebylo podle navrhovatele dostatečným způsobem odůvodněno, když není zřejmé, na základě jakých konkrétních informací a dokladů zadavatel nepovažuje nabídkovou cenu vybraného dodavatele za mimořádně nízkou.

24. Podle navrhovatele zadavatel svým jednáním porušil i další právní předpisy, kterými je vázán, a to zejména zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“), a zákon č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o finanční kontrole“).
25. Na základě výše uvedených skutečností navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil podle § 263 odst. 2 zákona zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonu zadavatele, a to rozhodnutí o výběru dodavatele, jakož i všech následných úkonů zadavatele učiněných v předmětném zadávacím řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 28. 5. 2018

26. Ve vyjádření k návrhu ze dne 28. 5. 2018 zadavatel uvedl, že obsah návrhu je ve své podstatě identický s obsahem námitek. Protože zadavatel trvá na argumentaci uvedené v rozhodnutí o námitkách, odkazuje na jeho znění v plném rozsahu (k obsahu rozhodnutí o námitkách blíže – viz bod 71. a následující odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále se zadavatel vyjádřil k těm částem návrhu, kde navrhovatel rozporuje jeho rozhodnutí o námitkách.
27. K námitce navrhovatele vztahující se k údajnému nesplnění zadavatelem stanovených podmínek kvalifikace vybraným dodavatelem, zadavatel uvedl, že navrhovatel nepochopil jeho argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách, tedy že klíčový je pojem „služby obdobného charakteru“. O tom, co je, a co není službou obdobného charakteru, může v rámci zadávacího řízení rozhodnout pouze zadavatel, neboť je to on, kdo takto formuloval zadávací podmínku, a tudíž on posuzuje, zda tato podmínka byla splněna. Podle zadavatele vybraný dodavatel předloženými referencemi technickou kvalifikaci splnil.
28. Dále zadavatel doplnil k námitce navrhovatele vztahující se k pořízení přístrojů v rámci programu FMF/FMS, že k závaznému výkladu uvedených smluv jsou oprávněny pouze smluvní strany, tj. zadavatel a vláda USA, a že zadavatel veškeré své povinnosti plynoucí z uvedených smluv plní.
29. Zadavatel dále doplnil, že v souladu s rozhodnutím Úřadu vyzval vybraného dodavatele k objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, přičemž v rozhodnutí o námitkách navrhovatele seznámil s odpovědí vybraného dodavatele na tuto výzvu.
30. Zadavatel se rovněž ohradil proti tvrzení navrhovatele, že rozhodnutí o námitkách je zpracováno v rozporu s § 245 dost. 1 zákona, když uvedl, že vzhledem k rozsáhlosti, podrobnosti a odbornosti své argumentace považuje rozhodnutí o námitkách za zpracované v souladu s § 245 odst. 1 zákona.

31. Závěrem zadavatel podotkl, že navrhovatel svou argumentací nabádá k realizaci veřejné zakázky podle § 63 zákona, neboť je jedinou osobou oprávněnou k plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že se zadavatel snaží dodržovat § 6 zákona a „otevírat“ soutěže pro nejvyšší možný počet dodavatelů, a to i s ohledem na ekonomickou stránku, je nutné odmítnout užití § 63 zákona, neboť užití uvedeného ustanovení zákona je nejzazší možností, která by měla být využívána výjimečně v případech, kdy prokazatelně nelze postupovat jinak.
32. Na základě veškerých uvedených skutečností považuje zadavatel návrh za nedůvodný a navrhuje, aby s ním Úřad jako s nedůvodným nakládal.

Vyjádření navrhovatele ze dne 18. 6. 2018

33. Navrhovatel nejprve ve vyjádření ze dne 18. 6. 2018 uvedl, že nadále trvá na svém návrhu, přičemž na svá tvrzení v něm uvedená odkazuje.
34. Dále se navrhovatel vyjádřil k vyjádření zadavatele ze dne 28. 5. 2018, když uvedl, že předmětem veřejné zakázky je oprava již existujících konkrétních přístrojů, které jsou jedinečné, mají svá specifika a jsou chráněny svými výrobci proti neoprávněným zásahům, včetně užívání neoriginálních náhradních dílů. Je tedy nezbytné, aby opravy prováděl pouze dodavatel, který k tomu má potřebné schopnosti, veškerá příslušná oprávnění a který má přístup k originálním dílům. Používání napodobenin či falzifikátů je nepřípustné a nezákonné.
35. Navrhovatel současně doplnil, že netvrdí, že se referenční služby musí vztahovat k identickým přístrojům. Podle navrhovatele se referenční služby musí týkat přístrojů typem srovnatelným (konstrukčně obdobným) s přístroji identifikovanými veřejnou zakázkou, přičemž není podstatné, zda byly dodány zadavateli či jiným uživatelům.
36. Navrhovatel trvá na tom, že je jedinou osobou oprávněnou plnit předmět veřejné zakázky jako celek, a že to dokládají dokumenty, které v zadávacím řízení předložil.
37. Navrhovatel se ve svém vyjádření vyjádřil i k vyjádření vybraného dodavatele ze dne 19. 3. 2018 (dále jen „vyjádření vybraného dodavatele“), (jedná se o vyjádření vybraného dodavatele ze dne 19. 3. 2018, kterým odpovídal na „Výzvu dle § 46 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, k doplnění“ zadavatele ze dne 13. 3. 2018, kterou mu zadavatel zaslal za účelem objasnění jím stanovené výše nabídkové ceny), když za podstatné považuje, že vybraný dodavatel v něm správně uvedl, že jediným výrobcem přístroje NL-914-B je výrobce Nightline, Inc. a jediným výrobcem přístrojů AN/PVS-21 je výrobce Steiner eOptics, Inc. Vybraný dodavatel tímto potvrdil skutečnost, že k přístrojům NL-914-B a AN/PVS-21 nemá navázán vztah s jedinými výrobci těchto přístrojů a nespĺňuje tak podmínky pro poskytování servisních služeb. Tuto skutečnost dále vybraný dodavatel potvrdil, když uvedl, že: *„Uznáváme autorizaci stěžovatele ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21, protože je vydána samotným primárním výrobcem produktu, a to společností Steiner eOptics, Inc. (...).“*. Navrhovateli tak není zřejmé, z jakého důvodu zadavatel uvedené informace nereflektoval a nepřistoupil k vyloučení vybraného dodavatele, a naopak ho vyzval k uzavření smlouvy.
38. Uvedené skutečnosti podle navrhovatele dokládají i to, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky, neboť pokud nemá přístup k cenovým údajům ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21, jeho nabídková cena nemůže obsahovat relevantní údaje. Na tom nic nezmění ani argument vybraného dodavatele, že má přístup

k ceníkům většiny přístrojů, neboť pro zpracování nabídkové ceny je nezbytná znalost cenových údajů všech přístrojů.

39. S ohledem na obsah vyjádření vybraného dodavatele ze dne 19. 3. 2018 se navrhovatel domnívá, že vybraný dodavatel na zadavatelem položené dotazy řádně neodpověděl a požadované údaje neobjasnil, zejména není zřejmé, jakým způsobem zpracoval nabídkovou cenu a jak má zajištěn přístup k originálním náhradním dílům všech přístrojů. Vyjádření vybraného dodavatele, že přístup k náhradním dílům předpokládá přes autorizované distributory, považuje navrhovatel za pouhé obecné vyjádření, protože přinejmenším k náhradním dílům přístrojů AN/PVS-21 nemá vybraný dodavatel přístup, neboť jejich výhradním distributorem je navrhovatel.
40. Na základě uvedených skutečností a skutečností uvedených v návrhu navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření podle § 263 zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

41. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu se zákonem, a proto přistoupil ke zrušení rozhodnutí o námitkách. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

42. Úřad nejprve posoudil otázku právního postavení zadavatele jako zadavatele podle § 4 zákona.
43. Podle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
44. Ministerstvo obrany je ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o majetku České republiky organizační složkou státu, pročez je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona a je povinen postupovat při zadávání veřejných zakázek podle zákona.

Relevantní ustanovení zákona

45. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
46. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení zadavateli.
47. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

48. Podle § 263 odst. 1 zákona Úřad není vázán návrhem, pokud jde o ukládané nápravné opatření.
49. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.
50. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

Obecně k požadavkům kladeným na rozhodnutí o námitkách

51. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jako procesní institut představují primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň své rozhodnutí odůvodnit v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), dle které požadavek transparentnosti „(...) není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatellově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Tato povinnost zadavatele je pak v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedeným.
52. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno považovat např. obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil, a námitky proto neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.
53. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinností zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení (nelze-li na danou veřejnou zakázku

vztáhnout některou ze zákonem definovaných výjimek z této povinnosti) a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.

54. Lze tedy uzavřít, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č.j. 5 As 50/2006-137). Právě k plnohodnotnému naplnění tohoto práva pak směřuje úprava v § 245 odst. 1 a v § 263 odst. 5 zákona. Jestliže stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména též o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezdůvodňuje, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kaucí) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní.
55. Pokud zadavatel, resp. jím vyhotovené rozhodnutí o námitkách, nevyhoví požadavku na přezkoumatelnost, může Úřad v souladu s ust. § 263 odst. 5 zákona uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách. Zadavatel je v takovém případě povinen přezkoumatelným způsobem o námitkách rozhodnout znovu, neboť zákonodárce v předmětném ustanovení formuloval právní fikci, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Takto „podané“ námitky pak nemohou být považovány za opožděné.

56. Se zřetelem na vše shora uvedené tedy Úřad přikročil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele o námitkách stěžovatele obstojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v nich uvedených, resp. zda není rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné. Úřad v uvedeném smyslu porovnal námitky s rozhodnutím o námitkách a dále shrnuje jednotlivé konkrétní aspekty námitek, přičemž je porovnává s obsahem rozhodnutí o námitkách.

Námitky navrhovatele

57. Úřad na tomto místě nejprve stručně shrnuje obsah námitek navrhovatele, přičemž uvedená argumentace tvořila i podstatnou část návrhu.
58. K nesplnění podmínek kvalifikace vybraným dodavatelem navrhovatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky je provádění služeb u speciálních optických přístrojů vyráběných v USA, a proto se referenční služby musí týkat přístrojů typem srovnatelným (konstrukčně obdobným) s přístroji identifikovanými veřejnou zakázkou, a to i z důvodu, že s poskytováním služeb k těmto přístrojům je spojena povinnost splnit licenční podmínky stanovené vládou USA, což přístroje, k nimž se vztahují referenční služby doložené vybraným dodavatelem, nejsou, neboť se převážně vztahují k přístrojům vyráběným v zemích bývalého východního bloku, zastaralým, jedná se o techniku jednoduchou co do konstrukce, údržby a používání, a tyto přístroje tedy nejsou ani technicky srovnatelné s moderními přístroji nočního vidění 3. generace vyráběnými v USA.
59. Dále navrhovatel uvádí, že vybraný dodavatel nesplnil technické a obchodní podmínky. K tomu navrhovatel uvedl, že je na základě Dohody a dalších licenčních podmínek americké vlády jedinou oprávněnou a licencovanou osobou ve střední a východní Evropě, tedy i v České republice k poskytování služeb spojených s defektací, opravami a výměnou náhradních dílů k přístrojům AN/PVS-21 a k prodeji náhradních dílů pro tyto přístroje konečným uživatelům. Veškeré technické informace k daným přístrojům podléhají podle navrhovatele předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a získat jakékoli technické údaje a související komponenty pro jejich opravy lze pouze na základě licence před vývozem z USA, přičemž nutnou podmínkou vydání této vývozní licence je existence dohody o technické asistenci uzavřené s výrobcem přístrojů a licence k trvalému vývozu. V Dohodě je dále konstatováno, že ve vztahu k daným přístrojům nejsou udělena žádná sublicenční práva, a že navrhovatel není nabytá práva oprávněn bez dalšího poskytnout třetím osobám.
60. Z uvedených skutečností podle navrhovatele vyplývá, že vybraný dodavatel, na rozdíl od navrhovatele, nemá ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21 zajištěny podmínky pro poskytování požadovaných služeb, nevlastní nezbytná oprávnění, nemá přístup k náhradním dílům, ani k servisnímu přístrojovému vybavení a nemá s výrobcem uzavřenou dohodu o technické asistenci, přičemž splnění všech těchto podmínek je pro plnění zadavatelem požadovaných služeb zcela nezbytné a bez toho nelze veřejnou zakázku realizovat. K tomu navrhovatel doplnil, že dne 3. 10. 2017 zaslal vybranému dodavateli vyjádření, kterým ho upozornil, „(...) že poskytování služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky, z jeho strany nebude z licenčních důvodů ani v budoucnu možné.“
61. Podle navrhovatele „Uvedené informace dokládá zejména Potvrzení o exkluzivitě od Steiner eOptics, Inc. ze dne 10. dubna 2017, Prohlášení společnosti Steiner eOptics, Inc. ze dne

28. září 2017, e-mail společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 3. října 2017, Dopis společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 22. února 2018 a v neposlední řadě právě Dohoda uzavřená mezi stěžovatelem a výrobcem Steiner eOptics, Inc.“.

62. Dále navrhovatel dodal, že zadavatel sice nepožadoval v rámci podmínek kvalifikace doložit příslušný certifikát výrobce, to jej však nezavazuje povinnosti řádně posoudit předložené nabídky z hlediska splnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem, a to především za situace, kdy je jejich splnění prokazatelně zpochybněno.
63. Navrhovatel dále v námitkách uvedl, že je také výhradním zástupcem společnosti Nightline, Inc., která je výrobcem přístrojů typu SFK-14, AN/AVS-9/M949, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22, AN/PVS-27, NL-914B a PVS-15 M952, jejichž opravy jsou předmětem veřejné zakázky, a působí jako výhradní servisní středisko tohoto výrobce v České republice. Podle navrhovatele nemá vybraný dodavatel zajištěny podmínky ani pro poskytování služeb k přístrojům tohoto výrobce.
64. Navrhovatel také namítal, že zadavatel v rámci programu FMS/FMF pořídil přístroje SFK-14, AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N, AN/AVS-9, AN/PVS-14, AN/PVS-22, AN/PVS-27, PVS-15, NL-914-B, přičemž ze smluvních podmínek definovaných ze strany vlády USA vůči zadavateli vyplývá požadavek na dodržení pravidel licenčních ujednání, mezi které patří i zákaz předat přístroje třetím osobám, pokud nemají písemný souhlas vlády USA a zajištění respektování vlastnických práv. Za dodržení těchto podmínek je dle navrhovatele odpovědný pouze zadavatel.
65. Dále navrhovatel uvedl, že dne 31. 7. 2014 uzavřel se zadavatelem Rámcovou smlouvu č. 145110096 na plnění, které je shodné s předmětem této veřejné zakázky, a to na základě jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách z důvodu, že veřejná zakázka mohla být splněna pouze navrhovatelem. Od doby uzavření citované Rámcové smlouvy se však podle navrhovatele situace nezměnila.
66. Navrhovatel dále doplnil, že pokud měl zadavatel pochybnost, zda vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení, bylo jeho povinností takovou pochybnost vyvrátit, tedy byl povinen požádat vybraného dodavatele o objasnění údajů a předložení relevantních dokladů, jež prokazují jeho schopnost a oprávnění plnit veřejnou zakázku.
67. Navrhovatel dále v námitkách uvedl, že jím stanovená nabídková cena je nejnižší cenou, kterou je možné za dodržení licenčních a zadávacích podmínek nabídnout. Nabídkovou cenu vybraného dodavatele tedy navrhovatel považuje za mimořádně nízkou nabídkovou cenu, neboť neodpovídá skutečným nákladům na plnění veřejné zakázky, neboť vybraný dodavatel nemá zajištěny nutné podmínky pro plnění veřejné zakázky. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel nesplnil povinnost, ačkoliv mu to bylo uloženo rozhodnutím Úřadu, posoudit nabídkovou cenu vybraného dodavatele přezkoumatelným způsobem, což dovozuje z obsahu „Zprávy o hodnocení nabídek“ ze dne 9. 4. 2018 a oznámení o výběru dodavatele, neboť jsou v nich uvedena pouze obecná vyjádření ohledně nabídkové ceny vybraného dodavatele.
68. Dále navrhovatel dodal, že zadavatel svým jednáním porušil i další právní předpisy, kterými je vázán, a to zejména zákon o majetku České republiky a zákon o finanční kontrole.
69. Přílohou námitek navrhovatel učinil tyto dokumenty:

- Technický popis optických přístrojů a přístrojů nočního vidění ve vztahu k předmětu veřejné zakázky „Opravy speciálních optických přístrojů“
 - Potvrzení o exkluzivitě od Steiner eOptics, Inc. ze dne 10. dubna 2017 včetně úředně ověřeného předkladu do českého jazyka
 - Potvrzení o exkluzivitě od Nightline, Inc. ze dne 10. dubna 2017 včetně úředně ověřeného předkladu do českého jazyka
 - Bezpečnostní vyjádření zaslané společnosti OPTICS TRADE, spol. s r.o. ze dne 3. října 2017
 - Bezpečnostní upozornění – dodávka falzifikátů náhradních dílů monokuláru pro noční vidění NL-914B™ (Security Warning – supplies of fake spares for night vision monocular NL-914B™) ze dne 1. listopadu 2017 včetně předkladu do českého jazyka
 - Prohlášení společnosti Steiner eOptics, Inc. ze dne 28. září 2017 včetně úředně ověřeného překladu do českého jazyka
 - Dohoda o technické asistenci ze dne 19. října 2011 včetně Dodatku ze dne 28. března 2018 včetně úředně ověřeného překladu do českého jazyka
 - E-mail společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 3. října 2017
 - Dopis společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 22. února 2018
 - Dopis společnosti Nightline, Inc. zadavateli ze dne 22. února 2018
 - Dopis stěžovatele zadavateli ze dne 27. února 2018
 - Smlouva EZ-B-UCX (Letter of Offer and Acceptance EZ-B-UCX) ze dne 12. prosince 2012 včetně předkladu do českého jazyka
 - Smlouva H4-P-LAJ (Letter of Offer and Acceptance H4-P-LAJ) včetně předkladu do českého jazyka
 - Poskytnutí informací podle § 14 odst. 5 písm. d) zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění zákona č. 61/2006 Sb.“ čj. MOCR7468-12/2014-1140 ze dne 10. dubna 2014
 - Výzva k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění čj. 467-15/2014-1350 ze dne 10. června 2014
 - Rámcová smlouva č. 145110096 ze dne 31. července 2014.
70. Závěrem námitek navrhovatel navrhuje, aby zadavatel přijal opatření k nápravě a zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele a provedl nové posouzení splnění podmínek účasti účastníků zadávacího řízení.

Rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele

71. Úřad předně uvádí, že zadavatel ve více jak třetině obsahu rozhodnutí o námitkách shrnuje námitky podané navrhovatelem.
72. V další části rozhodnutí o námitkách se zadavatel vyjadřuje k námitce navrhovatele o nesplnění podmínek kvalifikace vybraným dodavatelem v tom smyslu, že navrhovatel pojmosloví „služby obdobného charakteru“ vykládá příliš úzce. Zadavatel však v zadávací dokumentaci služby obchodného charakteru blíže nespécifikoval, a to i z toho důvodu, že v rámci plnění veřejné zakázky se nejedná pouze o jeden typ přístroje, ale o řadu deseti odlišných přístrojů, čímž vytvořil konkurenční prostředí, jak pro tuzemské, tak pro zahraniční dodavatele. Zadavatel si je vědom konstrukční a technologické odlišnosti přístrojů americké výroby a přístrojů uvedených vybraným dodavatelem v rámci referencí, avšak konstrukční

odlišnost nemůže podle jeho názoru způsobit „neobdobnost“. Zadavatel tak za služby obdobného charakteru považuje služby vázící se k jakýmkoliv typům přístrojů, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky.

73. Dále se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil k námitce navrhovatele týkající se nesplnění zadavatelem stanovených technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem, když uvedl, že *»(...) zadavatel nikterak nerozporuje existenci dohody s výrobcem. Avšak tímto dokumentem (spolu s dalšími prohlášeními) stěžovatel v podstatě dokládá svou tvrzenou „exkluzivitu“, která nebyla zadavatelem v ZD požadovaná. Stejně tak nebyla a není rozporována existence předpisů o mezinárodním obchodu se zbraněmi apod. Nicméně dodržování uvedených předpisů leží na straně dodavatelů a není na tomto místě důvodů k předjímání situací v tom smyslu, že vybraný dodavatel tyto nebude dodržovat. Nad to zároveň podotýkám, že požadavky k provádění oprav přístrojů nočního vidění vydaných vládou USA, jak uvádí stěžovatel, jsou deklarovány dohodou s výrobcem, a to na pouhé 3 typy přístrojů, nikoliv na celý předmět VZ. Přičemž zdůrazňuji, že zadavatel nemůže nést odpovědnost za dodržování zákonů a předpisů ze stran dodavatelů. Nad to lze i poukázat na potencialitu, že stěžovatel zřejmě opomíjí i fakt, že vybraný dodavatel je též oprávněn k plnění, případně k části plnění, využít poddodavatelské služby. Nad to upozorňuji, že stěžovatel v tomto bodě uvádí, že je jedinou „...společností pro teritorium České republiky, která veškeré tyto podmínky splňuje.“ avšak opětovně opomíjí ustanovení § 6 odst. 3 zákona, tj., že soutěž je otevřena i zahraničním dodavatelům a v tomto světle je tedy jeho upozornění irelevantní. (...) Nelze zde považovat za prokázané, že vybraný dodavatel při plnění VZ poruší jakékoli předpisy, nebude mít přístup k náhradním dílům či, že by překážkou byla jeho neexkluzivita (zdůrazňuji, že tato nebyla v ZD požadována), nad to je vhodné připomenout, že se vybraný dodavatel zavázal, že při plnění VZ zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu VZ, jakož i pracovníprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění VZ a zadavatel nedošel k závěru, že by existoval důvod k věrohodnost jeho tvrzení předem zpochybňovat. Závěrem konstatuji, že ani na základě veškerých předložených dokumentů není prokázáno, že k plnění VZ je oprávněná pouze autorizovaná osoba (stěžovatel).«.*
74. K námitce navrhovatele, že je také výhradním zástupcem společnosti Nightline, Inc., zadavatel uvedl, že se jedná o pouhé dokládání stěžovatelovy exkluzivity od jmenované společnosti, což nerozporuje, avšak ta nebyla požadovaná. Zadavatel však není přesvědčen o výhradnosti uváděných služeb, neboť podle tvrzení vybraného dodavatele je uvedená společnost primárním výrobcem pouze zaměřovače NL-914-B, u ostatních přístrojů jmenovaného výrobce pak existují další čtyři výrobci.
75. Souhrnně k výše uvedeným námitkám pak zadavatel dodal, že *»(...) vybraný dodavatel poskytl zadavateli opačné informace, tj. že většinu přístrojů požadovaných ve VZ dodává více dodavatelů (distributorů), kteří mohou být schopni realizovat VZ, přičemž z těchto důvodů je patrné, že stěžovatelovi vazby vůči dvěma uváděným společnostem nezakládají nemožnost plnění VZ jinými dodavateli.«.*
76. K námitce navrhovatele týkající se pořízení přístrojů v rámci programu FMS/FMF a povinností vyplývajících pro zadavatele ze smluvních podmínek, zadavatel uvedl, že některé z přístrojů veřejné zakázky skutečně pořídil v rámci programu FMS/FMF, to však nemění nic na faktu, že dodržování mezinárodních předpisů a autorských práv leží na bedrech dodavatelů, přičemž

za jejich nedodržení mohou nést následky vždy jen ti dodavatelé, kteří takové předpisy nedodrželi, a nelze plnění povinností kladené na dodavatele přenášet na zadavatele. Smluvní podmínky FMS/FMF pak zadavateli ukládají povinnost nepředávat přístroje třetím stranám, což znamená, že zadavatel není oprávněn je dále darovat či prodávat.

77. K námitce navrhovatele ohledně uzavření Rámcové smlouvy dne 31. 7. 2014 podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách zadavatel sdělil, že argumentace navrhovatele spočívající v popisu průběhu jiné veřejné zakázky je irelevantní a nesouvisí s touto veřejnou zakázkou, neboť na každé zadávací řízení je nutné nahlížet odděleně.
78. Dále se zadavatel vyjádřil k námitce navrhovatele, že měl vybraného dodavatele požádat o objasnění údajů a předložení relevantních dokladů, jež prokazují jeho schopnost plnit veřejnou zakázku, když uvedl, že vyzval vybraného dodavatele podle § 46 odst. 1 zákona ke zdůvodnění jeho schopnosti plnit veřejnou zakázku, přičemž z informací poskytnutých vybraným dodavatelem je zřetelné, že tyto informace navrhovatele vyvrací a poskytly relevantní a hodnověrné informace o své schopnosti k plnění veřejné zakázky.
79. K námitce navrhovatele, že zadavatel nesplnil povinnost posoudit nabídkovou cenu vybraného dodavatele, zadavatel uvedl, že dopisem ze dne 13. 3. 2018 vyzval vybraného dodavatele podle § 46 zákona k objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny a konfrontoval jej s vyslovenými pochybnostmi, tj. s problematikou náhradních dílů, dodržováním právních předpisů apod. Vybraný dodavatel na výzvu reagoval dopisem ze dne 19. 3. 2018, ve kterém v dostatečné a srozumitelné míře popsal svou schopnost plnit veřejnou zakázku, tj. prohlásil a popsal způsob přístupu k náhradním dílům, prohlásil dodržování předpisů vázících se k veřejné zakázce a rovněž se vyjádřil i k cenotvorbě své nabídky. Na základě tohoto vyjádření zadavatel nedospěl k závěru, že by nabídka vybraného dodavatele obsahovala mimořádně nízkou nabídkovou cenu.
80. K námitce navrhovatele, že zadavatel svým jednáním porušil i další právní předpisy, kterými je vázán, zadavatel uvedl, že pro tato svá tvrzení nepředkládá žádné přezkoumatelné důkazy a jedná se tedy o rovinu názorovou, se kterou se nelze vypořádat.

K výroku I. tohoto rozhodnutí – ke zrušení rozhodnutí zadavatele o námitkách

81. Úřad předně uvádí, že námitky navrhovatele byly podány řádně a zároveň byly podány ve lhůtě k tomu určené. Úřad doplňuje, že náležitosti námitek ani včasnost jejich doručení nejsou ze strany zadavatele rozporovány.
82. Úřad již na tomto místě konstatuje, že zadavatel se podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem v námitkách, a to konkrétně k navrhovatelem namítané skutečnosti, že vybraný dodavatel nemá ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21 zajištěny podmínky pro poskytování služeb, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, když veškeré technické informace k daným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a získat jakékoliv technické údaje a související komponenty pro jejich opravy lze pouze na základě licence před vývozem z USA, tedy že nevlastní nezbytná oprávnění, nemá přístup k náhradním dílům, ani k servisnímu přístrojovému vybavení a nemá s výrobcem uzavřenou dohodu o technické asistenci, neboť navrhovatel je jedinou osobou splňující takové podmínky, což dokládá k námitkám přiloženými dokumenty, přičemž

splnění těchto podmínek je pro plnění zadavatelem požadovaných služeb nezbytné a bez toho nelze veřejnou zakázku realizovat.

83. K důvodům zrušení rozhodnutí o námitkách uvádí Úřad následující skutečnosti.
84. Navrhovatel uvedl v rámci podaných námitek zcela konkrétní námitku, a to, že vybraný dodavatel nemůže být u přístrojů AN/PVS-21 schopen poskytovat služby, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, neboť veškerými oprávněními, která jsou nezbytná pro poskytování služeb vztahujících se k těmto přístrojům, disponuje pouze navrhovatel, přičemž pro prokázání tohoto tvrzení přiložil k námitkám konkrétní dokumenty, zejména Potvrzení o exkluzivitě od výrobce Steiner eOptics, Inc. ze dne 10. dubna 2017, Prohlášení společnosti Steiner eOptics, Inc. ze dne 28. září 2017, e-mail společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 3. října 2017, Dopis společnosti Steiner eOptics, Inc. zadavateli ze dne 22. února 2018 a Dohodu uzavřenou mezi navrhovatelem a výrobcem Steiner eOptics, Inc. Podle tvrzení navrhovatele uvedeného v podaných námitkách není zřejmé, jakým způsobem bude vybraný dodavatel část veřejné zakázky týkající se oprav přístrojů AN/PVS-21 realizovat, když z ničeho nevyplývá, že by měl zajištěny podmínky pro poskytování požadovaných služeb, neboť k poskytování požadovaných služeb je dle tvrzení navrhovatele oprávněn pouze on sám.
85. K uvedené námitce lze v rozhodnutí o námitkách shledat pouze dva zcela obecné argumenty zadavatele, a to že v zadávací dokumentaci nepožadoval předložení licencí k poskytování služeb, a že vybraný dodavatel je oprávněn plnit část veřejné zakázky poddodavatelem. K dokumentům předloženým jako přílohy námitek (viz bod 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel pouze uvedl, že tyto vzal na vědomí, nicméně je nepovažuje za relevantní. Žádnou další argumentaci rozhodnutí o námitkách v tomto smyslu neobsahovalo.
86. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách nejprve uvedl, že v zadávací dokumentaci nepožadoval předložení licencí k poskytování služeb, které jsou předmětem šetřené veřejné zakázky, tudíž skutečnost, že vybraný dodavatel nedisponuje příslušnou licenci, je v tomto případě irelevantní. Je však třeba akcentovat, že zadavatel k tomu zároveň dodal, že si je vědom existence dohody mezi navrhovatelem a výrobcem přístrojů AN/PVS-21, ze které však dle zadavatele vyplývá, že se předmětná licenční ujednání navrhovatele vztahují pouze na tři přístroje AN/PVS-21, a nikoliv na celý předmět veřejné zakázky.
87. Z výše uvedeného je zcela zřejmé, že zadavatel vůbec nereagoval na podstatu námitek navrhovatele, neboť nijak nevysvětlil z jakého důvodu je přesvědčen, že je vybraný dodavatel schopen vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 plnit předmět veřejné zakázky, když sám uznává, že vůči těmto třem přístrojům existují licence opravňující k nakládání s těmito výrobky. Pokud navrhovatel předložil v rámci námitek konkrétní dokumenty, kterými prokazuje jeho výlučné postavení vzhledem k těmto třem přístrojům, a ze kterých má zároveň vyplývat, jak tvrdí v podaných námitkách navrhovatel, že s přístroji AN/PVS-21 může skutečně nakládat, resp. provádět jejich opravy a dodávat k nim náhradní díly pouze navrhovatel, pak bylo povinností zadavatele obsah těchto dokumentů posoudit a navrhovateli ozřejmit, z jakého důvodu i přes obsah těchto dokumentů považuje za prokazané, že vybraný dodavatel splnil zadávací podmínky a je tedy schopen předmět veřejné zakázky i vzhledem k těmto třem přístrojům plnit. Rozhodnutí o námitkách nelze považovat za souladné se zákonem, pokud v něm zadavatel neuvede konkrétní,

přezkoumatelné a podložené důvody, pro které považuje tvrzení navrhovatele za mylné. Je třeba akcentovat, že navrhovatel v námitkách nerozporuje, že zadavatel nepožadoval předložení licencí, nýbrž tvrdí, že vybraný dodavatel není schopen vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 plnit veřejnou zakázku. Za zákonné vypořádání takové námítky tudíž nelze považovat odpověď zadavatele, že nepožadoval předložení licencí, neboť tím zadavatel zcela míjí podstatu takové námítky navrhovatele a tím ji ponechává nevypořádanou.

88. Dalším argumentem zadavatele reagujícím na předmětnou námitku navrhovatele bylo, že vybraný dodavatel je oprávněn pro část plnění veřejné zakázky využít služeb poddodavatele. Takový argument je opět zcela nedostatečný a nemůže být považován za relevantní vypořádání námítky navrhovatele, neboť dostatečně nezohledňuje celý obsah a rozsah námitek navrhovatele. Skutečnost, že služeb poddodavatele nelze vzhledem k těmto třem přístrojům využít, navrhovatel v námitkách prokazoval dopisem ze dne 3. 10. 2017, kde navrhovatel informoval vybraného dodavatele, že je jediným výhradním zástupcem a jedinou autorizovanou osobou k opravě přístrojů AN/PSV-21 pro osmnáct států střední a východní Evropy, včetně České republiky, a že na základě uzavřené Dohody není oprávněn prodávat náhradní díly pro tyto přístroje a poskytovat služby spojené s defekací, opravami a výměnou náhradních dílů těchto přístrojů konečným uživatelům přes prostředníky jako je vybraný dodavatel, a že tudíž náhradní díly a předmětné služby, jež jsou nezbytné pro plnění veřejné zakázky, tak vybranému dodavateli nemohou být a nebudou poskytnuty, a dále dopisem od výrobce Steiner eOptics, Inc. ze dne 22. 2. 2018, ve kterém výrobce mimo jiné zadavatele upozornil, že *„Při provádění oprav či výměny chybějících nebo zničených dílů a příslušenství mohou být použity pouze originální podsestavy a náhradní díly. Dodávku podsestav a náhradních dílů lze provést buď dodávkou od výrobce přímo uživateli, nebo prostřednictvím organizace předem vybrané a autorizované výrobcem, tj. v tomto případě společností Glomex MS, s.r.o. Originální podsestavy a náhradní díly nejsou z licenčních důvodů dostupné na volném trhu. Jiný subjekt než předem vybraný a autorizovaný partner výrobce k těmto podsestavám a náhradním dílům nemá a nemůže mít přístup. Zároveň není možné, aby nějaká firma vyráběla podsestavy a náhradní díly sama za pomoci reverzního inženýrství (...) je to výhradně Glomex MS, s.r.o., kdo je certifikován naší společností k poskytování požadovaných služeb pro území České republiky (...) se společností Optics Trade, spol. s r.o. jsme nikdy nespolupracovali, v současnosti nespolupracujeme a spolupracovat nebudeme. Steiner eOptics, Inc. neuzavře s Optics Trade, spol. s r.o. nezbytnou TAA, neposkytne jí potřebný výcvik (zaškolení), a Optics Trade, spol. s r.o. nebude v budoucnu oprávněna nakládat s přístroji naší výroby, nezíská přístup k podsestavám a náhradním dílům, manuálům k obsluze a údržbě, technické dokumentaci, atd. (...).“*, přičemž oba tyto dopisy navrhovatel učinil přílohou podaných námitek. Argumentace zadavatele je tudíž v této části s ohledem na konkrétnost argumentace navrhovatele, která je nadto podložena předloženými dopisy, zcela nedostatečná a zejména se naprosto míjí se skutkovým stavem popsáním navrhovatelem a podloženým navrhovatelem předloženými dokumenty.
89. Zadavatel se v rozhodnutí o námitkách zcela vyhnul argumentaci navrhovatele, že k přístrojům AN/PVS-21 se vztahují specifické podmínky, které je třeba pro možnost provedení jejich opravy splnit, neboť zadavatel dále v rozhodnutí o námitkách uvedl, že mu vybraný dodavatel poskytl informace, že *„(...) většinu přístrojů požadovaných ve VZ dodává více dodavatelů (distributorů), kteří mohou být schopni realizovat VZ (...).“* Zadavatelova

argumentace je tudíž i na tomto místě opětovně nedostatečná, neboť nereaguje na námitku navrhovatele, že vůči přístrojům AN/PVS-21 není vybraný dodavatel schopen předmět veřejné zakázky plnit, když pouze zcela obecně a nekonkrétně uvádí, že má informaci, že vybraný dodavatel je schopen veřejnou zakázku realizovat u „většiny“ přístrojů. Pokud vybraný dodavatel tvrdí, že většinu přístrojů dodává více dodavatelů, pak z toho nevyplývá, že i vzhledem k navrhovatelem namítaným přístrojům AN/PVS-21 existují distributoři, jejichž prostřednictvím lze předmět veřejné zakázky realizovat a takovou argumentaci zadavatele tudíž nelze považovat za dostatečnou vzhledem k předmětné námitce stěžovatele, neboť ta je zcela konkrétní a týká se realizace veřejné zakázky vzhledem k přístrojům AN/PVS-21, nikoliv vzhledem k „většině“ přístrojů. Zadavatelem uvedená argumentace je tudíž v této části nedostatečná, resp. zadavatel nepředkládá vzhledem k námitkám uplatněným navrhovatelem dostatek důvodů, které by relevantně vypořádaly tvrzení navrhovatele.

90. Ač může výše uvedené posouzení Úřadu působit přísně, není tomu tak, neboť rozsah a konkrétnost argumentace zadavatele v rozhodnutí o námitkách se odvíjí od konkrétnosti argumentace navrhovatele v námitkách (srov. např. usnesení Ústavního soudu II. ÚS 1601/17 ze dne 17. 10. 2017, kde Ústavní soud uvedl, že „[...] rozsah povinnosti řádně odůvodnit soudní rozhodnutí se může měnit podle povahy rozhodnutí a musí být posuzován ve světle okolností každého případu (...).“, jehož závěry lze dle názoru Úřadu přiměřeně aplikovat i na odůvodnění rozhodnutí zadavatele o námitkách]. Jestliže navrhovatel svoji argumentaci směřoval zcela konkrétně k přístrojům AN/PVS-21 a ke svým tvrzením předložil v podaných námitkách důkazy, je povinností zadavatele, aby se vyjádřil konkrétně k těmto třem přístrojům a reagoval na navrhovatelem předložené dokumenty (důkazy) a přezkoumatelně tak vypořádal předmětnou argumentaci navrhovatele; jinak nelze rozhodnutí o námitkách považovat za přezkoumatelné.
91. Z výše uvedených skutečností je tak zřejmé, že navrhovatel na základě námitek vnesl do zadávacího řízení pochybnosti o reálné schopnosti vybraného dodavatele plnit část veřejné zakázky týkající se přístrojů AN/PVS-21, neboť vybraný dodavatel dle tvrzení navrhovatele nevlastní nezbytná oprávnění, nemá přístup k náhradním dílům, ani k servisnímu přístrojovému vybavení, nemá s výrobcem uzavřenou dohodu o technické asistenci. Přitom je zřejmé, že k tomu, aby mohl vybraný dodavatel veřejnou zakázku úspěšně realizovat, musí být schopen požadované opravy provést a musí mít zajištěn přístup k náhradním dílům.
92. Zadavatel však v rozhodnutí o námitkách neuvedl žádné konkrétní skutečnosti k tomuto argumentu navrhovatele, tedy jakým způsobem bude vybraný dodavatel část veřejné zakázky týkající se přístrojů AN/PVS-21 realizovat, resp. že by měl zadavatel najisto postavenou možnost realizace předmětu veřejné zakázky vybraným dodavatelem v plném rozsahu. I s ohledem na dokumenty, které navrhovatel k námitkám přiložil, lze konstatovat, že se zadavatel s touto argumentací navrhovatele vůbec nevypořádal, neboť z rozhodnutí o námitkách nevyplývá, zda má vybraný dodavatel skutečně zajištěna nezbytná oprávnění k realizaci této části veřejné zakázky, zda a jakým způsobem má vybraný dodavatel zajištěn přístup k náhradním dílům a k servisnímu přístrojovému vybavení, zda má vybraný dodavatel s výrobcem těchto přístrojů uzavřenou dohodu o technické asistenci, popř. jakým jiným přezkoumatelným způsobem má zadavatel za prokázané (i s ohledem na navrhovatelem předložené přílohy námitek), že vybraný dodavatel je schopen veřejnou zakázku vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 fakticky realizovat. Pouhé obecné konstatování, že vybraný

dodavatel je oprávněn k realizaci veřejné zakázky využít poddodavatele (když navrhovatel jako součást námitek předložil dokumenty, z nichž má vyplývat opak), a že zadavatel předložení licencí k provádění požadovaných služeb nepožadoval, neobjasňuje, jakým způsobem bude vybraný dodavatel veřejnou zakázku vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 fakticky realizovat, a takové vyjádření zadavatele nelze vzhledem ke skutkovým okolnostem daného případu považovat za podrobné vyjádření se ke skutečnostem namítaným navrhovatelem.

93. Na této skutečnosti nic nemění ani argument zadavatele, že se vybraný dodavatel zavázal, že při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, a že z uvedeného důvodu nedospěl k závěru, že by existoval důvod věrohodnost tvrzení vybraného dodavatele předem zpochybňovat, neboť navrhovatel předložil v námitkách zcela konkrétní dokumenty, na které byl zadavatel povinen konkrétně reagovat, a s těmito se přezkoumatelně vypořádat. Vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 navrhovatel v námitkách předložil relevantní podklady, které dle jeho názoru prokazují jím uváděná tvrzení, a bylo tak na zadavateli, aby se s tímto přezkoumatelně vypořádal. Za přezkoumatelné a dostatečné odůvodnění nelze v tomto případě považovat sdělení zadavatele, že dokumenty předložené navrhovatelem jako přílohu námitek považuje za irelevantní. Doklady, které navrhovatel učinil přílohou námitek (viz bod 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí), se dle jeho tvrzení vztahují přímo k řešené problematice a navrhovatel jimi prokazuje nemožnost vybraného dodavatele plnit část služeb vztahujících se k přístrojům AN/PVS-21; pokud zadavatel takové dokumenty považoval za irelevantní, měl povinnost vysvětlit z jakého důvodu, neboť navrhovatel je výslovně používá jako důkaz podporující jeho argumentaci. Je třeba připomenout, že je to zadavatel, který musí mít najisto postaveno, že vybraný dodavatel splňuje veškeré zadávací podmínky a je schopen veřejnou zakázku realizovat, což musí být zadavatel schopen prokázat a měl tak učinit i v rozhodnutí o námitkách, neboť obdržel v tomto smyslu zcela jednoznačnou námitku navrhovatele, kterou byl povinen jasně, přezkoumatelně a dostatečně odůvodnit, což se však dle názoru Úřadu nestalo, neboť z rozhodnutí o námitkách nevyplývá, jakým způsobem zadavatel předpokládá, že bude vybraný dodavatel veřejnou zakázku vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 (s ohledem na dokumenty a tvrzení předkládaná navrhovatelem) realizovat. Tu Úřad opětovně akcentuje, že sám zadavatel v rozhodnutí o námitkách používá argumentaci ve vztahu k existenci vícero dodavatelů k většině přístrojů, jejichž opravu požaduje v předmětné veřejné zakázce, nikoliv ke všem přístrojům.
94. Z vyjádření navrhovatele a výrobce (které navrhovatel učinil součástí námitek) má vyplývat, navrhovatel je jedinou oprávněnou osobou k provádění oprav přístrojů AN/PVS-21, přičemž ani zadavatel tuto skutečnost nepopřel a není tak zřejmé, jak má zadavatel za prokázané, že je vybraný dodavatel vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 schopen veřejnou zakázku plnit, což bylo právě gros této námitky navrhovatele. Podle Úřadu by se měl zadavatel v rozhodnutí o námitkách více zaměřit na „exkluzivitu“ navrhovatele, a to přesto, že podle zadávací dokumentace její předložení nepožadoval, neboť právě její existence by mohla způsobit porušení právních předpisů, především pak předpisů upravujících mezinárodní obchod se zbraněmi, pokud by zadavatel nechal provádět opravy přístrojů AN/PVS-21 vybraným dodavatelem, pokud by tento byl vůbec schopen poskytnout plnění ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21. Zadavatel by měl mít tedy na jisto postaveno, jakým způsobem, resp. zda bude

vybraný dodavatel veřejnou zakázku schopen realizovat a takové skutečnosti by pak měl uvést v rozhodnutí o námitkách, neboť jen tak může být námitka navrhovatele, že vybraný dodavatel není schopen plnit veřejnou zakázku vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 relevantně vypořádána.

95. K uvedenému Úřad dále uvádí, že skutečnost, že není z rozhodnutí o námitkách zřejmé, jakým způsobem bude vybraný dodavatel provádět opravy přístrojů AN/PVS-21, tedy zda má zajištěny veškeré technické i právní podmínky pro provádění oprav uvedených přístrojů, může souviset i s tím, zda by vybraný dodavatel nemohl porušit právní předpisy týkající se např. mezinárodního obchodu se zbraněmi.
96. Pro úplnost Úřad k uvedenému doplňuje, že jak z rozhodnutí o námitkách, tak i z dokumentace o zadávacím řízení je zřejmé, že zadavatel zcela nedostatečně posuzuje splnění zadávacích podmínek vybraným dodavatelem, neboť např. i ve vyjádření vybraného dodavatele ze dne 19. 3. 2018 vybraný dodavatel mimo jiné uvedl, že *„Uznáváme autorizaci stěžovatele ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21, protože je vydána samotným primárním výrobcem produktu, a to společností Steiner eOptics, Inc. Na druhou stranu se jedná pouze o 3 typy z celkových 11 typů přístrojů a o 60 kusů z celkových 449 přístrojů (tedy 13,3% z celkové zakázky (...))“*, kde sám vybraný dodavatel „vyčleňuje“ přístroje AN/PVS-21 a uznává autorizaci navrhovatele a ani z jeho vyjádření tudíž není zřejmé, že by deklaroval, že je i vzhledem k těmto přístrojům schopen plnit předmět veřejné zakázky. Úřad v tomto ohledu nijak nechce suplovat roli zadavatele, nicméně Úřad považuje za vhodné zadavatele upozornit na tuto část vyjádření vybraného dodavatele, neboť právě ta může vzbuzovat i určité pochybnosti o tom, zda-li je vybraný dodavatel připraven plnit celý předmět veřejné zakázky, který zadavatel poptává.
97. Jelikož navrhovatel formuloval svoji námitku ohledně nemožnosti vybraného dodavatele plnit vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 předmět veřejné zakázky zcela konkrétně, přičemž toto tvrzení v podaných námitkách doložil konkrétními dokumenty, byl zadavatel povinen veškeré tyto argumenty navrhovatele v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelně vypořádat, tzn. z rozhodnutí o námitkách by za této situace mělo vyplývat, proč má zadavatel za prokázané, že vybraný dodavatel je schopen vzhledem k přístrojům AN/PVS-21 plnit předmět veřejné zakázky; jinak nelze rozhodnutí o námitkách považovat za naplňující požadavky stanovené zákonem, neboť trpí vadou nepřezkoumatelnosti, a to pro nedostatek důvodů.
98. Závěrem Úřad dodává, že skutečnost, že není z rozhodnutí o námitkách zřejmé, jakým způsobem bude vybraný dodavatel provádět opravy přístrojů AN/PVS-21, tedy zda má zajištěny veškeré technické i právní podmínky pro provádění oprav uvedených přístrojů, může souviset i s tím, zda vybraný dodavatel správným způsobem nastavil svoji nabídkovou cenu.
99. Úřad tak uzavírá, že posoudil rozhodnutí o námitkách, jímž na námitky navrhovatele reagoval zadavatel, a dospěl k závěru, že toto rozhodnutí o námitkách nesplňuje zákonné požadavky na tento institut kladené.
100. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí o námitkách navrhovatele, podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným navrhovatelem, čímž se rozhodnutí

zadavatele o námitkách navrhovatele stalo ve smyslu ustanovení § 263 odst. 5 zákona nepřezkoumatelným pro nedostatek důvodů tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí – k uložení nápravného opatření

101. Úřad s odkazem na ustanovení § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není návrhem vázán v tom, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je podle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
102. Vzhledem k tomu, že se zadavatel v rozhodnutí ze dne 9. 5. 2018 o námitkách podrobně nevyjádřil ke všem námitkám navrhovatele, jak mu ukládá § 245 odst. 1 zákona, v důsledku čehož je předmětné rozhodnutí zadavatele o námitkách nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, rozhodl Úřad v souladu s § 263 odst. 5 zákona toliko o zrušení rozhodnutí o námitkách, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
103. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 263 odst. 5 zákona platí, že okamžikem nabytí právní moci tohoto rozhodnutí byly navrhovatelem podány nové námitky s totožným obsahem, které zadavatel nemůže odmítnout jako opožděné. Bude tedy na zadavateli, aby o námitkách navrhovatele znovu rozhodl, a to způsobem, který bude souladný s § 245 odst. 1 zákona.

K výroku III. tohoto rozhodnutí – k zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

104. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
105. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
106. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 5. 2018 o námitkách navrhovatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – k uložení úhrady nákladů řízení

107. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví

v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

108. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 5. 2018 o námitkách navrhovatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
109. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000186.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 1, 160 01 Praha 6 – Hradčany
2. Glomex MS, s. r. o., Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice
3. OPTICS TRADE, spol. s r. o., Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín

Vypraveno dne

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