



UOHSX00BKWIL

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0196/2018/VZ-03957/2019/322/JSu

Brno 7. února 2019

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 29. 11. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Česká republika – Ministerstvo obrany**, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-33495/2018/531/MHo, vydanému ve správním řízení vedeném ve věci přezkoumání úkonů výše uvedeného zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**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 uveřejněno 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, jehož dalšími účastníky jsou

- 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,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož právního předpisu rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 14. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-33495/2018/531/MHo

**r u š í m**

a věc

**v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 – Hradčany (dále jako „**zadavatel**“) – odeslal dne 12. 5. 2017 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**zákon**“<sup>1</sup>), zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Opravy speciálních optických přístrojů“ v užším řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo 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 (dále jako „**veřejná zakázka**“).
2. V bodě II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení vymezil zadavatel předmět plnění veřejné zakázky jako: „*Provedení servisních oprav speciálních optických přístrojů USA na základě objednávek vystavených zástupcem objednatele.*“
3. Zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 25. 9. 2017 rozhodl o výběru dodavatele, kterým se stala obchodní společnost OPTICS TRADE spol. s r.o., IČO 61973378, se sídlem Suvorovova 909/114, 741 01 Nový Jičín (dále jako „**vybraný dodavatel**“).
4. Na základě oznámení o výběru dodavatele ze dne 25. 9. 2017 podala obchodní společnost Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – Záběhlice (dále jako „**navrhovatel**“) námitky ze dne 9. 10. 2017 proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Zadavatel o námitkách rozhodl dne 1. 11. 2017 tak, že námitkám částečně vyhověl, čímž je ve smyslu § 254 odst. 2 zákona odmítl, a svým dalším rozhodnutím z téhož dne zrušil oznámení o výběru dodavatele ze dne 25. 9. 2017. Oznámením o výběru dodavatele ze dne 1. 11. 2017, které navrhovatel obdržel téhož dne, oznámil navrhovateli, že „nově“ rozhodl o výběru vybraného dodavatele.

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

5. S ohledem na to, že navrhovatel nesouhlasil s tím, jak se zadavatel vypořádal s jeho námitkami, podal dne 3. 11. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) příslušnému podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona. Na základě tohoto návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0435/2017/VZ. V rámci tohoto správního řízení vydal Úřad rozhodnutí ze dne 16. 2. 2018, č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-04920/2018/531/MHo, kdy výrokem II. uvedeného rozhodnutí zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 25. 9. 2017, jakož i všechny následné úkony zadavatele včetně oznámení o výběru dodavatele ze dne 1. 11. 2017.
6. Zadavatel v návaznosti na právě zmíněné rozhodnutí Úřadu mj. opětovně posoudil kvalifikaci vybraného dodavatele a rozhodnutím ze dne 9. 4. 2018 znovu rozhodl o jeho výběru. Proti uvedenému rozhodnutí podal navrhovatel dne 23. 4. 2018 námitky. Zadavatel tyto námitky svým rozhodnutím ze dne 9. 5. 2018 odmítnul.
7. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 9. 5. 2018 za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dne 18. 5. 2018 návrh na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Na základě tohoto návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0186/2018/VZ. Úřad v uvedeném správním řízení vydal dne 4. 7. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0186/2018/VZ-19935/2018/532/KSt, jehož druhým výrokem zrušil zadavatelovo rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 5. 2018.
8. Zadavatel o námitkách navrhovatele ze dne 23. 4. 2018 tak opět rozhodl dne 6. 8. 2018, kdy svým rozhodnutím uvedené námitky opět odmítnul (dále jako „**rozhodnutí o námitkách**“).
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel opět nepovažuje rozhodnutí zadavatele ze dne 6. 8. 2018 o námitkách navrhovatele za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu dne 16. 8. 2018 návrh na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky (dále jako „**návrh**“). Uvedený návrh směřuje proti rozhodnutí zadavatele ze dne 9. 4. 2018 o výběru dodavatele. Úřad na základě uvedeného návrhu zahájil správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0328/2018/VZ.

## II. Napadené rozhodnutí

10. Úřad dne 14. 11. 2018 vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-33495/2018/531/MHo (dále jako "**napadené rozhodnutí**"), kterým rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla pro zadání veřejné zakázky stanovená v § 39 odst. 1 ve spojení s § 39 odst. 4 zákona a zásadu transparentnosti ve smyslu § 6 odst. 1 téhož zákona, když u vybraného dodavatele posoudil podmínku technické kvalifikace dle § 196 odst. 1 písm. b) uvedeného zákona jako splněnou, aniž by ze seznamu významných služeb obdobného charakteru bylo zřejmé, že vybraný dodavatel kritérium technické kvalifikace podle § 196 odst. 1 písm. b) zákona stanové zadavatelem v zadávací dokumentaci skutečně splňuje, v důsledku čehož se postup zadavatele stal netransparentním. Úřad dále dovodil, že postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr dodavatele a doposud nedošlo k uzavření smlouvy (výrok I.). Ke svému závěru dospěl Úřad na základě toho, že zadavatel

v zadávací dokumentaci uvedl, že požaduje referenční zakázky na poskytování „služeb obdobného charakteru“ a posléze v rozhodnutí o námitkách navrhovatele na několika místech (konkrétně dvou) uvedl, že „služby obdobného charakteru“ je nutno chápat široce, tedy že se vztahují na všechny optické přístroje nočního vidění, nikoliv pouze na přístroje, ke kterým se váže předmět plnění veřejné zakázky. Dle Úřadu je tak nutno pojem „služby obdobného charakteru“ vykládat tak, že jde pouze o opravy a servis optických přístrojů nočního vidění. Na základě posouzení jednotlivých referenčních zakázek, které zadavatel uvedl v oznámení o výběru dodavatele, Úřad ovšem dospěl k závěru, že z uvedeného oznámení není patrné, že by zadavatel měl najisto postavené, že vybraný uchazeč skrze referenční zakázky splnil dané kritérium technické kvalifikace, jelikož uvedené referenční zakázky se týkaly jak optických přístrojů denních, tak nočních a z oznámení nejsou patrné úvahy zadavatele ve vztahu k započítání pouze poměrných částí hodnot uvedených veřejných zakázek a pouze jedna z nich se vztahovala výlučně k optickým přístrojům nočního vidění a ta sama o sobě nenaplnuje zadavatelem stanovené kritérium.

11. Úřad v návaznosti na pochybení zadavatele jak je vymezeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele OPTICS TRADE, spol. s r.o. a oznámení o výběru uvedeného dodavatele, a současně zrušil i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení (výrok II.) Úřad dále zadavateli uložil ve smyslu § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu (výrok III.) a dle § 266 odst. 1 zákona uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok IV.).

### **III. Rozklad zadavatele**

12. Dne 29. 11. 2018 obdržel Úřad rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 11. 2018. Zadavatel tak podal rozklad v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu**

13. Zadavatel předně nesouhlasí s tím, jak Úřad chápe pojem „služby obdobného charakteru“. Zadavatel konstatuje, že z názvu veřejné zakázky (tedy „Opravy speciálních optických přístrojů“), z definice předmětu veřejné zakázky dle čl. 2 zadávací dokumentace, použitého kódu CPV (50344000-8 – Opravy a údržba optických zařízení a příslušenství) a toho, že zadavatel nikterak nespécifikoval, co považuje za „služby obdobného charakteru“ nelze dojít k jinému závěru, než že za „služby obdobného charakteru“ je nutno považovat takové služby, které se váží k optickým přístrojům a nikoliv pouze k optickým přístrojům nočního vidění.
14. Zadavatel dále poukazuje na to, že v rámci vymezení zadávacích podmínek a ani posléze nepřistoupil k výkladovému zúžení pojmu „služby obdobného charakteru“ a po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast již ani nemohl k takovému výkladovému zúžení přistoupit, což ostatně uvedl i v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel také dodává, že vymezení zadávacích podmínek považuje za zcela dostatečné a souladné se zákonem a opět opakuje, že jeho záměrem bylo vykládat pojem „služby obdobného charakteru“ co nejširším způsobem, aby došlo k zachování hospodářské soutěže v co největším měřítku. Zadavatel také konstatuje, že Úřad svým výkladem *de facto* připustil to, aby zadavatel mohl dodatečně

omezit výklad některého z pojmů zadávacích podmínek poté, co již uplynula lhůta pro podání nabídek nebo žádostí o účast, což považuje za postup v rozporu se zákonem.

15. Zadavatel dále uvádí, že dle rozhodovací praxe Úřadu plyne, že zadavatel může posuzovat splnění podmínek technické kvalifikace pouze v takovém rozsahu, jak si vymezil v zadávací dokumentaci, protože nyní nelze za relevantní služby považovat takové, které se váží k optickým přístrojům nočního vidění, pokud si zadavatel takový požadavek nestanovil již v zadávací dokumentaci, což neučinil. Zadavatel je tak toho názoru, že splnění technické kvalifikace u vybraného uchazeče posoudil zcela v souladu se zadávacími podmínkami a postupoval tak v souladu se zákonem a zásadou transparentnosti.
16. Zadavatel také polemizuje se závěrem Úřadu, že by požadavek na referenční zakázky vázící se k optickým přístrojům byl jakkoliv mírnější než požadavek na referenční zakázky vázící se k optickým přístrojům nočního vidění, neboť i ze stanovisek oslovených subjektů je patrné, že tito považují provádění defektací a běžných oprav na přístrojích, které tvoří reference vybraného dodavatele, za svou náročností srovnatelné s plněním veřejné zakázky. Dle zadavatele tak Úřad nepřihlédl ke všem důkazům, ke kterým měl.

#### **Závěr rozkladu**

17. Zadavatel rozklad uzavírá konstatováním, že výrok I. napadeného rozhodnutí odráží nesprávné právní posouzení věci, které způsobuje nezákonnost napadeného rozhodnutí, a proto jej navrhuje zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání společně se závazným právním názorem, dle kterého zadavatel postupoval v souladu se zákonem.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele**

18. Dne 6. 12. 2018 obdržel Úřad vyjádření navrhovatel k rozkladu zadavatele. V tomto vyjádření navrhovatel konstatuje, že setrvává na svých tvrzeních, jež jsou obsahem návrhu a také vyjádření navrhovatele, která činil v průběhu správního řízení. Navrhovatel je nadále toho názoru, že za „služby obdobného charakteru“ je skutečně nutno považovat takové služby, které prokazují způsobilost daného dodavatele realizovat veřejnou zakázku, tedy pouze takové služby, které se týkají optických přístrojů nočního vidění.
19. Závěrem svého vyjádření navrhovatel dodává, že je zřejmé, že zadavatel postupoval při posouzení kvalifikace vybraného dodavatele v rozporu se zákonem, protože navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad zadavatele zamítnul.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

21. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí 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.

22. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven i právní názor, kterým je Úřad v dalším projednání věci vázán.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání**

*K výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“*

23. Za stěžejní právní otázku v nyní posuzovaném případě lze nepochybně označit výklad pojmu „služby obdobného charakteru“, čímž zadavatel v zadávací dokumentaci vymezil referenční zakázky, kterými měli uchazeči o veřejnou zakázku doložit splnění podmínek technické kvalifikace. Úřad v napadeném rozhodnutí dovedl, že uvedený pojem je nutno vykládat takovým způsobem, že za uznatelné referenční zakázky lze pokládat pouze takové veřejné zakázky, které se týkají optických přístrojů nočního vidění. Tyto své závěry staví Úřad na tom, že 11 přístrojů, na kterých mají být prováděny poptávané služby, jsou právě optické přístroje nočního vidění, a na tom, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách několikrát uvedl, že pojem „služby obdobného charakteru“ je nutno vykládat široce, tedy tak, že se týkají všech optických přístrojů nočního vidění a nikoliv pouze přístrojů, kterých se týká veřejná zakázka, resp. přístrojů vyrobených ve Spojených státech amerických.
24. Nejvyšší správní soud (dále jako „**NSS**“) ve své rozhodovací praxi dovedl, že vztah mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je vztah soukromoprávní (srov. např. rozhodnutí NSS ze dne 24. dubna 2013, sp. zn. 1 Afs 2/2013–46 ), což se sebou nese následek, že nuance typické pro odvětví soukromého práva, se mohou promítnout i do – jinak značně rigidního – postupu dle zákona. V tomto smyslu tedy lze hovořit o jakýchsi přesazích ze soukromého práva do zadávacího řízení. Jedním z těchto přesahů je právě i výklad pojmů užitých v zadávací dokumentaci (viz i rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 9. 2018, č. j. ÚOHS-R0111/2018/VZ-25541/2018/321/Edo/ZSř). Na výklad pojmů použitých v zadávací dokumentaci lze tedy aplikovat obecné výkladové principy obsažené v § 555 až § 558 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**občanský zákoník**“). Konkrétní pravidla, jež jsou relevantní pro nyní posuzovanou věc, obsahuje zejména § 556 a § 557 občanského zákoníku. Dle těchto ustanovení totiž platí, že pro výklad pojmů je stěžejní úmysl jednajícího a v případě, kdy připouští pojem různé výklady, se uplatní ten, který jde k tíži subjektu, který daný pojem použil jako první.
25. Při nalezení úmyslu, jež stojí v pozadí právního jednání, je nutno přihlížet stejnou měrou k tomu, co učiněno je, i k tomu, co učiněno není, byť učiněno být mohlo (na tomto místě se jako relevantní jeví srovnání s principem „mlčení znamená souhlas“, který se uplatňoval již v římském právu). V tomto smyslu lze poukázat na to, že zadavatel v zadávací dokumentaci sám nikterak nedefinoval, co považuje za „služby obdobného charakteru“. Z takové absence bližší specifikace, může být patrné, že zadavatel skutečně neměl v úmyslu daný pojem výkladově zúžit a tedy, že jeho úmyslem bylo, aby výklad daného pojmu byl co nejširší. Právě

uvedenému svědčí i role technické kvalifikace ve smyslu § 79 a násl. zákona. Tento institut představuje nástroj zadavatele, jak si zajistit, aby mohl veřejnou zakázku realizovat pouze subjekt, který je toho – zjednodušeně řečeno – schopen (srov. Kruták, T., Krutáková, L., Gerych, J. Zákon o zadávání veřejných zakázek s komentářem k 1. 10. 2016. Olomouc: ANAG, 2016, s. 257). Lze tak konstatovat, že je to sám zadavatel, kdo (obdobně jako je tomu u zbytku zadávacích podmínek) stanoví podmínky technické kvalifikace, neboť je to on sám, kdo nejlépe zná vlastní potřeby (a také si je nepochybně vědom toho, jaká kvalita popotávaného plnění bude jeho potřeby do největší možné míry naplňovat). Pokud tedy v daném případě zadavatel nepřistoupil k výkladovému zúžení pojmu „služby obdobného charakteru“, i když k tomu měl možnost (a výsledné omezení hospodářské soutěže by mu mohlo být ku prospěchu – dále viz bod 34. odůvodnění tohoto rozhodnutí), lze se důvodně domnívat, že skutečně nezamýšlel jakékoliv výkladové zúžení daného pojmu a chtěl tedy za relevantní považovat i takové referenční zakázky, které se netýkají výlučně optických přístrojů nočního vidění, nebo přístrojů, kterých se týká předmět plnění veřejné zakázky. V tomto smyslu také nelze odhlédnout od právních závěrů tuzemských soudů, dle kterých lze důvodně předpokládat, že dodavatelé disponují jistou materií odborných znalostí (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jako „**krajský soud**“) ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103 a rozsudek NSS ze dne 26. 10. 2011, č. j. 7 Afs 66/2010-232), přičemž neexistují důvodné okolnosti, které by vylučovaly obdobnou presumpci i ve vztahu k zadavatelům. Zadavatel tak v daném případě měl možnost výkladově omezit posuzovaný pojem a z faktu, že k tomu nepřistoupil lze spíše usuzovat na jeho závěr tak neučinit, než na jeho případnou „nešikovnost“.

26. Za účelem objasnění záměru zadavatele lze také odkázat na rozhodnutí o námitkách, neboť v tomto zadavatel explicitně uvedl, že jeho záměrem skutečně bylo zachovat co nejširší hospodářskou soutěž při zadávání veřejné zakázky, pročež by příslušný pojem měl být vykládán široce a nikoliv tak, jak dovodil Úřad. Je otázkou, do jaké míry je samozřejmě relevantní prohlášení zadavatele učiněné v rozhodnutí o námitkách, když by se primárně mělo vycházet ze zadávací dokumentace, nicméně relevanci těmito prohlášením dal sám Úřad, neboť na tvrzeních zadavatele uvedených právě v daném rozhodnutí o námitkách staví své vlastní závěry. Úřad totiž výklad posuzovaného pojmu vyvozuje i z toho, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách na dvou místech uvedl, že „ ... *lze za zakázky obdobného charakteru jistě považovat takové zakázky, které se týkají přístrojů nočního vidění a to v nejširším možném výkladu, bez ohledu na jejich výrobce či sídlo výrobce,*“ a dále, že „*za takové služby [obdobného charakteru] (doplněno předsedou Úřadu) lze považovat služby týkající se veškerých přístrojů nočního vidění (...)*“ Při posouzení tvrzení uvedených v rozhodnutí o námitkách nelze ovšem tato vytrhávat z kontextu a je nutno je posuzovat i ve vztahu ke konkrétním námitkám, na které zadavatel reaguje. Tu lze ocitovat celou uvedenou pasáž rozhodnutí o námitkách: „*Konkrétně ke ,Službám vztahujícím se k přístrojům uvedeným v části A' uvádím, že se ve světle mého úvodního shrnutí k pojmu služby obdobného charakteru neztotožňuji s tvrzením stěžovatele, že jím uvedené služby nelze považovat za služby obdobného charakteru z důvodu technologického popisu, neboť se jedná o technologii zastaralou, vyráběnou v zemích bývalého východního bloku, kterou nelze srovnávat s přístroji nočního vidění 3. generace. Na tomto místě nelze jinak, než opět argumentovat nemožností účelového zužování pojmu služby obdobného charakteru, neboť jsem přesvědčen, že za takové služby lze považovat služby týkající se veškerých*

*přístrojů nočního vidění, byť je nesporné, že každý typ přístrojů je odlišný. Ovšem právě jejich odlišnost vytváří nutný prostor pro nezužování obdobnosti služeb, neboť je právem zadavatele konstruovat ZD dle svého uvážení, vždy však v souladu se zákonem. V tomto případě může být zadavatel jen těžko napadán, že konstruováním požadavku na technickou kvalifikaci v nejširší rovině, tak aby co nejvíce otevřel soutěžní prostředí.“* Zadavatel v tomto případě reaguje na námitky navrhovatele, dle kterých nelze za relevantní ve smyslu požadavků na referenční zakázky označit veřejnou zakázku týkající se oprav optických přístrojů nočního vidění předloženou vybraným dodavatelem, neboť přístroje, kterých se týkaly předložené referenční veřejné zakázky, byly vyráběny v zemích bývalého sovětského bloku a jsou tak technologicky zcela odlišné (jednodušší) od přístrojů, ke kterým se vztahuje nyní posuzovaná veřejná zakázka. Z posouzení uvedených citací optikou námitek navrhovatele ovšem opět plyne záměr zadavatele, aby uvedený pojem byl vykládán v co nejširším možném rozsahu. Tomuto ostatně i svědčí konstatování zadavatele, které Úřad taktéž cituje v bodě 135. odůvodnění napadeného rozhodnutí a které zní: „Zadavatel ve své specifikaci však nepožadoval speciálně opravu noktovizorů (přístrojů nočního vidění), zaměřovačů ani laserových dálkoměrů takto přesně definovaných, ale opravu speciálních optických přístrojů, což jsou všechny optické přístroje ve výzbroji AČR, včetně těch, které jsou předmětem VZ a které uvedl podle svého označení. Za služby obdobného charakteru byly hodnoceny služby, které splní opravci optických přístrojů ve výzbroji AČR.“ V tomto smyslu tedy měl Úřad přihlídnout spíše k obecné proklamaci zadavatele, ve které je zcela zřetelně uveden jeho záměr dát možnost ucházet se o veřejnou zakázku co největšímu okruhu dodavatelů (všem, kteří mohou předložit referenční zakázky týkající se oprav jak optických přístrojů nočního, tak denního vidění), a tak zachovat hospodářskou soutěž v co největším rozsahu a podpůrně mohl odkázat na konkrétní argumentaci zadavatele vztahující se ke konkrétní námitce navrhovatele. Úřad v napadeném rozhodnutí ovšem postupoval zcela opačným způsobem, což nelze považovat za správný postup.

27. Nadále se lze zabývat i principem dle § 557 občanského zákoníku, dle kterého se pojmy umožňující různý výklad, vykládají k tíži toho, kdo výrazu použil jako první. V tomto smyslu by se tedy pojem „služby obdobného charakteru“ měl vykládat k tíži zadavatele. V daném případě ovšem není zcela zřetelné, co lze považovat za výklad k tíži zadavatele. Jak již bylo výše uvedeno, smyslem podmínek technické kvalifikace je, poskytnout zadavateli efektivní nástroj k tomu, aby mohl omezit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku pouze na ty subjekty, které jsou schopny ji splnit. Ve své podstatě tak podmínky technické kvalifikace představují nástroj legitimního omezení hospodářské soutěže ku prospěchu zadavatele, neboť ten je tímto způsobem schopen zajistit si co možná nejkompletnější naplnění vlastních potřeb. K zadavatelově tíži by tak v daném případě vedl výklad, který naopak k zúžení hospodářské soutěže nepovede. Právě uvedené ovšem v kontextu okolností nyní posuzované věci opět podněcuje závěr, že v daném případě by se měl pojem „služby obdobného charakteru“ vykládat tak, aby zahrnoval i služby vztahující se k optickým přístrojům obecně, a nikoliv tak, jak dovodil Úřad. Lze nicméně konstatovat, že nejasný pojem nesmí být vykládán k tíži dodavatelů, což v daném případě znamená to, že nesmí být vykládán tak, že omezuje možnost dodavatelů se ucházet o veřejnou zakázku.



28. K obdobnému závěru dospěl i NSS, který ve svém rozsudku ze dne 9. 6. 2014, č. j. 8 Afs 44/2013-29 uvedl: „[40] Konstrukce nabídkové ceny v souvislosti s povahou jednotlivých služeb tedy svědčí závěru, že zadavatelem požadovaná smluvní pokuta se nevztahovala na všechny poptávané služby. Jak správně poznamenal krajský soud, v takovém případě nebylo úkolem stěžovatele se „za každou cenu“ přiklonit k jednomu z nabízených výkladů. Podstatné bylo, že zadávací dokumentace objektivně připouštěla dva rozdílné výklady. Taková interpretační nejistota nemohla stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného.

*[41] Nejvyšší správní soud považuje za vhodné poznamenat, že nejednoznačnost zadávací dokumentace v projednávaném případě měla sice za následek porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení, nejednalo se však o tak intenzivní porušení, pro které by bylo nutné zadávací řízení zrušit. Zadavateli nic nebránilo, aby se při existenci dvou rozdílných výkladů přiklonil k tomu výkladu, který nevedl k vyloučení uchazeče. Takový výklad by zároveň odpovídal základnímu principu zadávání veřejných zakázek, kterým je maximální zachování soutěžního prostředí s cílem vybrat z co možná nejširšího okruhu nabídek tu nejvhodnější. Důsledkem zadavatelova postupu totiž de facto bylo zadání veřejné zakázky bez jakéhokoli porovnání dvou či více soutěžících nabídek.“*

29. A priori lze souhlasit s tvrzením Úřadu uvedeným v bodě 134. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle kterého je zadavatel povinen v rámci posouzení technické kvalifikace vykládat relevantní pojmy v souladu se zadávací dokumentací. Nicméně tu je nutno opětovně poukázat na to, že zadavatel v zadávací dokumentaci nikterak nespécifikoval, že by se za „služby obdobného charakteru“ měly považovat pouze takové služby, které se týkají optických přístrojů nočního vidění. Zadavatel tak skutečně, s ohledem na to, že pojem „služby obdobného charakteru“ blíže nedefinoval, postupoval v souladu se zadávacími podmínkami, když přijal za referenční zakázky i ty, které se týkaly oprav optických přístrojů denního vidění, byť Úřad dospěl k jinému závěru. Úřad v tomto případě tak za zadavatele *de facto ex post* dovozuje výklad jednotlivých pojmů užitých v zadávací dokumentaci.

30. Tu si nelze odpustit ani zamyšlení na téma, zda by zadávací podmínka, která by výklad pojmu „služby obdobného charakteru“ skutečně zužovala tak, jak předestřel Úřad v napadeném rozhodnutí, obstála při posouzení toho, zda tímto postupem nedochází k nepřiměřenému omezení hospodářské soutěže. Byť výsledek takového posouzení nelze nyní odhadovat, lze důvodně předpokládat, že zadavatel by v takovém případě musel disponovat podklady, ze kterých by bylo patrné, že opravy optických přístrojů denního vidění jsou méně náročné než opravy optických přístrojů nočního vidění, resp. že dodavatelé prvního uvedeného, nejsou automaticky schopni plnit i druhé uvedené plnění. Úřad v daném případě nicméně dospěl k takovému zužujícímu výkladu uvedeného pojmu, aniž by pro to nalézal oporu v záměru zadavatele (v tomto viz bod 26. odůvodnění tohoto rozhodnutí) nebo ve skutkových zjištěních (viz dále body 33 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

31. Je tak patrné, že výše uvedené principy zakotvené v občanském zákoníku vztahující se k výkladům právního jednání a výše uvedený rozsudek NSS vedou k opačnému závěru, než ke kterému dospěl Úřad. Se závěrem Úřadu o výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“ tak nelze souhlasit. V tomto ohledu lze také odkázat na doposud nepravomocné rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 11. 2018, č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-33277/2018/542/VHu

(dále jako „**prvostupňové rozhodnutí**“), jehož výrok I. přistupuje k výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“ (a tu je nutno konstatovat, že zadávací podmínky a zadávací řízení v obou případech vykazují velké množství podobností, díky čemuž by závěry uvedeného rozhodnutí mohly být přenositelné i na nyní projednávanou věc) odlišným způsobem s opačným výsledkem než je tomu v případě napadeného rozhodnutí. V prvostupňovém rozhodnutí Úřad dovodil, že zadavatel nezamýšlel výklad pojmu „služby obdobného charakteru“ omezit, protože lze tedy přistoupit k jeho širokému výkladu, což také vede k zachování hospodářské soutěže v co nejrozsáhlejším měřítku. Byť prvostupňové rozhodnutí doposud nenabývalo právní moci, proti výroku I. nebyl podán rozklad, protože lze uvažovat o tom, že uvedený výrok již ve smyslu § 82 odst. 3 správního řádu nabyt právní moci. Tu lze uvést, že Úřad by v novém posouzení věci měl k výkladu uvedeného pojmu přistupovat tímž způsobem, jako v případě prvostupňového rozhodnutí, jelikož závěry obsažené ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí se na první pohled jeví v souladu s výše uvedenými výkladovými principy a judikaturou tuzemských soudů. Pro upřesnění je nutno ovšem konstatovat, že za relevantní jsou v tomto porovnání vzata obecná východiska a z nich plynoucí obecné principy vztahující se k výkladu pojmů, skutkové okolnosti obou případů nejsou pro tento podpůrný argument relevantní.

*Nad rámeček k otázce přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách*

32. Úřad v bodě 135. odůvodnění napadeného rozhodnutí poukazuje na to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách na jednom místě vymezuje „služby obdobného charakteru“ takovým způsobem, že se mají vztahovat pouze k optickým přístrojům nočního vidění a na jiném místě uvádí, že jeho záměrem bylo, aby za relevantní referenční veřejné zakázky bylo možno považovat všechny zakázky, které se týkají optických přístrojů, které má k dispozici Armáda České republiky. Úřad v právě uvedeném spatřuje výkladový rozkol posuzovaného pojmu a konstatuje, že za předpokladu, že by zadavatel skutečně neměl v úmyslu vymezit relevantní referenční zakázky toliko službami, které se týkají optických přístrojů nočního vidění, bylo by možno rozhodnutí o námitkách považovat za nepřezkoumatelné. I když posouzení rozhodnutí o námitkách není předmětem nyní probíhajícího správního řízení, a uvedené tvrzení tak postrádá relevanci, lze se k danému tvrzení vyjádřit pod záštitou zásady dobré správy ve smyslu správního řádu. Lze uvažovat nad tím, že označení rozhodnutí o námitkách za nepřezkoumatelné jen z toho důvodu, že zadavatel při adresném vypořádání se s námitkami konstatoval, že pojem „služby obdobného charakteru“ je nutno vykládat široce a vztáhnout jej tak na služby týkající se všech optických přístrojů nočního vidění nehledě na zemi jejich výroby, by bylo až drakonickým. Při tomto posouzení totiž nelze odhlédnout od toho, že terminologie, kterou zadavatel použil, byla do značné míry odvislá i od konkrétní námitky navrhovatele, ke které se zadavatel vyjadřoval. Nad to lze opětovně poukázat na obecné tvrzení, které mnohem zřetelněji demonstruje skutečný záměr zadavatele (jde o tvrzení, že pro splnění podmínek na referenční zakázky jsou relevantní veřejné zakázky na opravu všech optických přístrojů, kterými disponuje Armáda České republiky). I když tedy předmětem nyní probíhajícího správního řízení není posouzení přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách, předsedovi Úřadu se na první pohled nejeví, že by si zadavatel v rozhodnutí o námitkách protiřečil, nebo že by toto rozhodnutí bylo nepřezkoumatelné.

*K otázce (ne)zastupitelnosti oprav optických přístrojů denního a nočního vidění*

33. I když z výše uvedeného zcela zřetelně plyne, že Úřad nevyložil relevantní pojem „služby obdobného charakteru“ správně, protože i jím učiněný právní závěr není správný, lze se nad rámec zabývat i otázkou relevance oprav optických přístrojů denního vidění pro posouzení kvalifikace dodavatele, jenž se uchází o veřejnou zakázku na opravy optických přístrojů nočního vidění. Úřadem přijatý výklad požadavků zadavatele na předložení referenčních zakázek stojí také na premise, že opravy optických přístrojů denního vidění nejsou schopny prokázat kvalifikaci ve vztahu k veřejné zakázce na poptávku oprav optických přístrojů nočního vidění. Nicméně, tato premisa není v napadeném rozhodnutí dostatečně odůvodněna, neboť např. v bodě 131. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dovozuje pouze to, že přístroje nočního a denního vidění nelze stavět na roveň. Toto zjištění skutečně plyne z průzkumu trhu, který Úřad provedl a není tedy na místě takové zjištění činit sporným. Je ovšem otázkou, zda uvedené skutkové zjištění hraje tak zásadní roli, jakou mu Úřad v napadeném rozhodnutí dává. Předmětem posuzované veřejné zakázky je totiž provádění defektace a oprav konkrétních optických přístrojů. Pro posouzení obdobnosti služeb by tak měl být podstatnější předmět plnění (tedy provádění defektace a oprav na daných přístrojích) a nikoliv výlučně technické rozdíly mezi přístroji, které jsou předmětem plnění nyní posuzované veřejné zakázky, a těmi, které byly předmětem plnění v referenčních veřejných zakázkách. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí není patrné, že by opravy optických přístrojů denního vidění a nočního vidění nebyly – co do prokázání schopnosti realizovat veřejnou zakázku – zastupitelné, protože tedy Úřad své závěr staví na skutkových zjištěních nedostatečné relevance. Jinými slovy, Úřad se nezabýval tou otázkou, zda jsou opravy optických přístrojů nočního vidění náročnější, než opravy optických přístrojů denního vidění a v tomto ohledu nelze patrně považovat znalost uvedeného za notoriету, která nevyžaduje prokázání. Pokud totiž platí, že provádění oprav optických přístrojů denního vidění kvalifikuje dodavatele k provádění oprav i přístrojů nočního vidění z toho důvodu, že tyto opravy se svou náročností příliš neliší, je otázkou, zda by výklad požadavku zadavatele na doložení „služeb obdobného charakteru“, jak jej provedl Úřad, nepředstavoval omezení hospodářské soutěže, aniž by pro to byl legitimní důvod. Taktéž není zcela jasné, zda se bude Úřad uvedenými myšlenkami v novém posouzení věci zabývat, neboť s ohledem na výše shledané pochybení při výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“ a s ohledem na závazný právní názor uvedený v tomto rozhodnutí o rozkladu není jisté, zda bude zapotřebí se takovým posouzením opět zabývat.
34. Stále je ovšem nutno brát na vědomí skutečnost, že nastavení podmínek technické kvalifikace je plně v dikci zadavatele, neboť jen on sám je schopen tyto podmínky stanovit takovým způsobem, aby vyseletoval dodavatele, kteří budou plně schopni veřejnou zakázku realizovat. Výše uvedené privilegium se může nicméně projevit i tím způsobem, že si zadavatel podmínky technické kvalifikace záměrně nenastaví v dostatečném měřítku. Byť by zadavatel takovým postupem na sebe bral riziko, že veřejnou zakázku nebude realizovat plně fundovaný dodavatel, takový postup mu není ze zákona zakázán a není na místě, aby Úřad do uvedeného rozhodovacího procesu zadavatele vstupoval a korigoval jej. Ingerence ze strany Úřadu by tak neměla vést k obecnému blahu všech účastníků zadávacího řízení, nýbrž k zajištění zákonnosti zadávacího řízení, potažmo zadávání veřejných zakázek. Jak již bylo uvedené výše i u zadavatelů lze uvažovat o tom, že jsou nadáni penzem odborných znalostí a tímto způsobem by k nim mělo být i přistupováno.

*Shrnutí*

35. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad při výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“, jak byl zadavatelem užit v zadávací dokumentaci, pochybil, protože i jeho následné právní závěry jsou nesprávné. Zadavatel v tomto ohledu postupoval zcela v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami, neboť výklad pojmu „služby obdobného charakteru“ nikterak výkladově nezúžil a ze zadávací dokumentace také neplyne jeho záměr výklad tohoto pojmu zúžit tak, aby se vztahoval pouze na veřejné zakázky na služby týkající se optických přístrojů nočního vidění. Podpůrně lze také odkázat na postup zadavatele, jelikož tento přistoupil k širokému výkladu pojmu „služby obdobného charakteru“ i při posouzení splnění požadavků na referenční zakázky u vybraného dodavatele. Při výkladu pojmů užitých v zadávací dokumentaci je tak nutno přihlídnout zejména k samotnému znění zadávací dokumentace a k záměru zadavatele, který je typicky patrný zejména z jeho konkrétních postupů, případně lze aplikovat obecný princip vykládat pojmy, které dovolují různé výklady, ku prospěchu jednotlivých dodavatelů, tedy aby došlo k co nejmenšímu omezení hospodářské soutěže. Nelze ovšem vycházet pouze z pasáží např. rozhodnutí o námitkách, ve kterých se zadavatel vyjadřuje ke konkrétním námitkám stěžovatele, a to zejména pokud není zohledněn celý kontext takového rozhodnutí.
36. Pro řízení o rozkladu platí dle § 152 odst. 5 správního řádu právní úprava odvolání, pokud to nevyklučuje povaha věci. Ve smyslu § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu může odvolací orgán zrušit napadené rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátit orgánu prvního stupně k novému projednání společně s právním názorem, kterým je orgán prvního stupně vázán.
37. S ohledem na výše uvedené je tak v tomto případě nutno přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí a k vrácení věci Úřadu k novému projednání a to společně se závazným právním názorem. Úřad v novém projednání upustí od svého původního závěru, že by za „služby obdobného charakteru“ měly být považovány pouze takové, které se týkaly optických přístrojů nočního vidění, a přijme závěr, že uvedený pojem je nutno vykládat co nejširším způsobem a tedy jej vztáhnout na služby, které se týkají jak optických přístrojů nočního vidění, tak optických přístrojů denního vidění, neboť takový výklad podmiňují konkrétní okolnosti nyní řešeného případu (zejména pak znění zadávací dokumentace a postup zadavatele při posouzení referenčních zakázek, které předložil vybraný dodavatel). Úřad proto bude v novém posouzení věci pojem „služby obdobného charakteru“ vykládat výše uvedeným způsobem a tímto prizmatem bude nahlížet i na to, zda zadavatel posoudil splnění požadavků na referenční zakázky ze strany vybraného dodavatele v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami. S ohledem na to, že z napadeného rozhodnutí (viz body 153. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí) je patrné, že návrh navrhovatele nebyl zcela vyčerpán je na tomto místě nutno konstatovat, že právní závěry uvedené v tomto rozhodnutí o rozkladu se vztahují pouze k posouzení splnění podmínek technické kvalifikace ve vztahu k referenčním zakázkám, neboť Úřad v rámci napadeného rozhodnutí zbylé části návrhu navrhovatele s ohledem na zásadu procesní ekonomie neposuzoval.
38. Jelikož výroky II., III., a IV. napadeného rozhodnutí, kterými Úřad v návaznosti na pochybení zadavatele vymezené ve výroku I. napadeného rozhodnutí, rozhodl o uložení nápravného opatření, o uložení zákazu uzavřít na předmět plnění veřejné zakázky smlouvu a uložil zadavateli povinnost uhradit náklady správního řízení, jsou existenčně závislé na výroku I.

napadeného rozhodnutí, lze shledat, že budou následovat stejný procesní osud. Jsou tak dány důvody pro zrušení i těchto výroků napadeného rozhodnutí.

39. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu ze dne 9. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0328/2018/VZ-29154/2018/531/MHo bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na danou veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nepozbylo platnosti a účinnosti.

## **VI. Závěr**

40. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad ve chvíli, kdy rozhodl napadeným rozhodnutím, nepostupoval v souladu s právními předpisy, jsem dospěl k závěru, že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání Úřadem.
41. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží:**

1. Česká republika – Ministerstvo obrany, Tychonova 221/1, 160 00 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