



UOHSX00C3B8Q

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0234/2018/VZ-10131/2019/542/VHu

Brno: 9. dubna 2019

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 15. 6. 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,
- navrhovatel – Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10,
- vybraný dodavatel – PRAMACOM-HT, spol. s r.o., IČO 26514753, se sídlem Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 4. 2017, pod ev. č. 643229, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 5. 2017, dne 12. 6. 2017, dne 24. 7. 2017 a dne 11. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 076-148048, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 5. 2017, dne 10. 6. 2017, dne 25. 7. 2017 a dne 12. 8. 2017,

**rozhodl** takto:

**Návrh** navrhovatele – Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 – ze dne 15. 6. 2018 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Česká republika - Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00

Praha 6 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 13. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 4. 2017 pod ev. č. 643229, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 5. 2017, dne 12. 6. 2017, dne 24. 7. 2017 a dne 11. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 076-148048, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 5. 2017, dne 10. 6. 2017, dne 25. 7. 2017 a dne 12. 8. 2017, **se v části návrhu, která směřuje proti nesplnění technických a obchodních podmínek ze strany vybraného dodavatele PRAMACOM-HT, spol. s r.o., IČO 26514753, se sídlem Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6, a v části návrhu, která směřuje proti skutečnosti, že nabídková cena vybraného dodavatele PRAMACOM-HT, spol. s r.o., IČO 26514753, se sídlem Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6, neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že se v jejím případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu,** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá,** neboť v této části návrhu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo obrany, IČO 60162694, se sídlem Tychonova 221/1, 160 00 Praha 6 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 13. 4. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA“, přičemž oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 4. 2017, pod ev. č. 643229, ve znění oprav uveřejněných dne 22. 5. 2017, dne 12. 6. 2017, dne 24. 7. 2017 a dne 11. 8. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 076-148048, ve znění oprav uveřejněných dne 23. 5. 2017, dne 10. 6. 2017, dne 25. 7. 2017 a dne 12. 8. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dle čl. 2 zadávací dokumentace je předmětem rámcové dohody „*ujednání rámcových podmínek pro zadávání veřejných zakázek na služby – kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA (dále jen „údržba“) v letech 2017 – 2020*“. Konkrétně předmětem každé veřejné zakázky bude „*provedení údržby speciálních přístrojů USA včetně příslušenství u vojenských útvarů a zařízení AČR za účelem zachování spolehlivosti a stanovených technických parametrů přístrojů v souladu s požadovaným rozsahem úkonů na základě výzvy k podání nabídky vybranému účastníkovi rámcové dohody. Podmínky pro zadávání veřejných zakázek obsahující rozsah a způsob provedení údržby přístrojů a veškeré další podmínky, včetně dislokace jednotlivých přístrojů u vojenských útvarů a zařízení AČR zadavatel stanovuje v požadovaných smluvních podmínkách (dále jen PSP)*“, na kterých zadavatel trvá a tvoří přílohu této ZD“.
3. V rámci úvodního ustanovení zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „*zahájil zadávání nadlimitní veřejné zakázky v oblasti obrany nebo bezpečnost[i] na služby ,Kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA‘ (dále jen ,VZ‘) v užším řízení podle ustanovení § 58 zákona*“.

4. Dne 17. 7. 2017 podal dodavatel OPTICS TRADE, spol. s r.o. elektronicky v rámci zadávacího řízení žádost o účast. Další žádosti o účast podal dodavatel Glomex MS, s.r.o., IČO 28426525, se sídlem Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10 (dále jen „navrhovatel“), a to dne 9. 8. 2017, a následujícího dne 10. 8. 2017 dodavatel PRAMACOM-HT, spol. s r.o., IČO 26514753, se sídlem Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6 (dále jen „vybraný dodavatel“).
5. Dne 18. 7. 2017 obdržel zadavatel ze strany navrhovatele námitky proti zadávacím podmínkám z téhož dne (dále jen „námitky proti zadávacím podmínkám“), kterým zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 1. 8. 2017 z části vyhověl.
6. Na základě výzvy k podání nabídky v užším řízení ze dne 29. 8. 2017 podal svoji nabídku vybraný dodavatel dne 5. 10. 2017 a následně též navrhovatel dne 6. 10. 2017.
7. Dne 30. 10. 2017 vyhotovil zadavatel rozhodnutí o výběru dodavatele, jehož oznámení z téhož dne bylo doručeno navrhovateli a vybranému dodavateli dne 31. 10. 2017.
8. Dne 15. 11. 2017 obdržel zadavatel od navrhovatele námitky proti rozhodnutí o výběru dodavatele z téhož dne, které zadavatel rozhodnutím ze dne 30. 11. 2017 (dále jen „původní rozhodnutí o námitkách“) odmítl.
9. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v původním rozhodnutí o námitkách, podal dne 11. 12. 2017 návrh z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).
10. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0483/2017/VZ-05724/2018/544/IKo ze dne 23. 2. 2018 (dále jen „původní rozhodnutí“), které bylo v části výroku I. změněno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0039/2018/VZ-14937/2018/322/DJa ze dne 22. 5. 2018 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), a jež shodně nabyly právní moci dne 22. 5. 2018, zrušil původní rozhodnutí o námitkách z důvodu jeho nepřezkoumatelnosti, resp. pro nedostatek důvodů. Okamžikem nabytí právní moci původního rozhodnutí byly dle § 263 odst. 5 zákona podány nové námitky s totožným obsahem.
11. Zadavatel rozhodnutím ze dne 6. 6. 2018 (dále jen „nové rozhodnutí o námitkách“) námitky navrhovatele opětovně odmítl. Jelikož navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v novém rozhodnutí o námitkách, podal dne 15. 6. 2018 návrh z téhož dne na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

#### **Nové rozhodnutí o námitkách**

12. Zadavatel v úvodní části odůvodnění nového rozhodnutí o námitkách nejprve shrnul obsah námitek navrhovatele směřujících proti rozhodnutí o výběru dodavatele. V další části odůvodnění nového rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl následující skutečnosti.
13. Zadavatel přiznává, že z částky 16 240 000 Kč uvedené u referenční zakázky vybraného dodavatele označené pod písmenem a), jež vyznačuje finanční plnění realizované za období let 2010 – 2012, nemusí být zřejmé, jakou částí bylo v daném případě plněno v uznatelném období. Zadavatel dále sdělil, že v průběhu zadávacího řízení nepřistoupil k vyjasnění si této problematiky, neboť dle jeho názoru byl ze strany vybraného dodavatele požadovaný finanční limit referencí vztahujících se k významným službám obdobného charakteru splněn, a to i bez započítání této částky.

14. Dále zadavatel přisvědčil navrhovateli, že nebylo možné uznat ani reference vybraného dodavatele týkající se dodávek, tedy reference označené pod písmeny c) a d). Zadavatel tak jako uznatelné nezapočítal reference v celkové výši 216 894 000 Kč. Zbývající reference předložená vybraným dodavatelem a označená pod písmenem b), jejíž finanční objem činí 49 500 000 Kč, však dle zadavatele byla schopná splnit v zadávací dokumentaci stanovený požadavek na finanční limit referencí v úhrnné výši minimálně 10 milionů Kč včetně DPH.
15. Zadavatel je tak přesvědčen, že rozporné referenční zakázky vybraného dodavatele neměl důvod ověřovat, když i bez jejich započítání měl postaveno najisto, že finanční limit stanovený pro prokázání požadovaných referencí byl vybraným dodavatelem splněn.
16. Zadavatel dále sdělil, že do výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele dle ustanovení § 123 písm. b) zákona uvedl veškeré referenční zakázky, které vybraný dodavatel předložil, a nikoli jen ty, které zadavatel uznal. Dle zadavatele se takový postup sice může jevit jako nevhodný, ale i v případě, kdy by byl vyhodnocen jako nesprávný, by se dle něj jednalo jen o chybu formálního charakteru, která nemůže změnit skutečnost, že vybraný dodavatel prokázání referenčních zakázek v limitu stanoveném zadavatelem splnil.
17. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že referenční zakázky vybraného dodavatele nelze uznat, neboť se nejedná o zakázky obdobného charakteru. Dle zadavatele vykládá navrhovatel pojmosloví „služby obdobného charakteru“ příliš úzce, neboť z jeho argumentace lze dovodit, že je přesvědčen, že za služby obdobného charakteru lze považovat pouze ty, které se vztahovaly ke stejným/identickým přístrojům, případně k přístrojům americké výroby, na něž se vztahuje předmět plnění veřejné zakázky.
18. Dle zadavatele lze však za zakázky obdobného charakteru považovat ty týkající se přístrojů nočního vidění, a to ve výkladu nejširším možném, bez ohledu na výrobce či sídlo výrobce. Argumenty navrhovatele by dle zadavatele vedly k závěru, že za referenční zakázky bylo možné uznat pouze takové, jejichž předmětem jsou identické přístroje, které jsou i předmětem plnění veřejné zakázky. Takový postup by však byl dle zadavatele v rozporu s ustanovením § 6 odst. 2 zákona, neboť by vedl k diskriminaci dodavatelů a omezoval by bezdůvodně soutěž pouze na ty z nich, kteří již prováděli plnění na identických přístrojích.
19. Zadavatel též upozornil na skutečnost, že v zadávací dokumentaci pojmosloví „služby obdobného charakteru“ blíže nespecifikoval, čímž jej využil v jeho plné šíři. Dle zadavatele není možné, aby tento výklad v průběhu zadávacího řízení byl upravován, respektive zužován, neboť takový postup by byl v rozporu se zákonem.
20. Zadavatel si je vědom konstrukční i technologické odlišnosti přístrojů americké výroby a přístrojů uvedených vybraným dodavatelem v rámci předložených referencí. Záměrně však ponechal v zadávací dokumentaci pojmosloví „služby obdobného charakteru“ bez další konkretizace, čímž dle svého názoru vytvořil konkurenční prostředí pro tuzemské i pro zahraniční dodavatele a dodržel postup stanovený v § 6 odst. 3 zákona.
21. Zadavateli není zřejmé, z jakého důvodu navrhovatel směřuje na nemožnost uznat obdobný charakter služeb z hlediska země výroby ve spojení s konstrukční odlišností, když zadavatel nikdy nepopřel, že u referencí vybraného dodavatele se jedná o konstrukčně odlišné přístroje. Konstrukční odlišnost (v dané části námitek spojovaná s místem výroby) však

nemůže dle zadavatele vést k neobdobnosti služeb, neboť, jak již zadavatel konstatoval výše, v zadávací dokumentaci nebyla obdoba blíže specifikována, a proto ji nyní nelze záměrně zužovat na konkrétní přístroje. Takový postup by byl dle zadavatele v rozporu se zákonem, přičemž by ani nebylo logické záměrně takto soutěž omezovat.

22. Dle názoru zadavatele navrhovatel považuje za uznatelné, ve vztahu k prokázání technické kvalifikace, pouze reference týkající se přístrojů identických či přístrojů americké výroby. Takový výklad je však dle zadavatele v rozporu s názorem Úřadu, dle kterého účelem prokázání technické kvalifikace není omezení okruhu uchazečů pouze na ty, kteří v minulosti realizovali obdobné zakázky, ale na ty, kteří mají potřebné zkušenosti a know-how umožňující jim předmět plnění realizovat. Má se tak jednat o uchazeče, kteří mají zkušenosti s dílčími činnostmi, jež v souhrnu tvoří předmět veřejné zakázky.
23. Pojem „služby obdobného charakteru“ nelze dle zadavatele vykládat zužujícím způsobem i z důvodu, že služby týkající se vymezených/konkrétních přístrojů lze poskytovat pouze omezenému množství zadavatelů, přičemž takový požadavek by vedl ke skryté diskriminaci uchazečů, kteří by sice mohli předmět veřejné zakázky plnit, avšak nemohli by předložit požadovaný seznam obdobných služeb. Neschopnost předložit daný seznam by dle zadavatele v takovém případě plynula buď z důvodu, že identické služby uchazeči neposkytovali, anebo že služby na identických přístrojích neposkytují dostatečně dlouho.
24. Zadavatel dále odmítá, že důvodem pro neuznání referencí předložených vybraným dodavatelem by měla být skutečnost, že se nejedná o služby obdobného charakteru, neboť technologicky jsou to přístroje jiné, mající rozdílnou konstrukci, generaci zesilovače jasu obrazu, technologii výroby i zpracování.
25. Hlavní argumentaci dle zadavatele navrhovatel opírá o rozdílnost přístrojů, na něž se vztahují služby veřejné zakázky, a přístrojů typu KLÁRA, které navrhovatel označuje za konstrukčně jednodušší. Na rozdíl od nich přístroje, na něž se vztahuje předmět veřejné zakázky, obsahují skládanou optiku, průhledové displeje či možnost integrace termálního vidění.
26. Zadavatel opakovaně uvedl, že nikdy netvrdil, že přístroje z referencí vybraného dodavatele jsou konstrukčně totožné s přístroji, na něž se vztahuje předmět veřejné zakázky. Dle zadavatele tak lze konstatovat, že přístroje typu KLÁRA jsou až na některé odchylky v konstrukci, např. týkající se součástky mikrokanálového zesilovače jasu obrazu, odlišné od přístrojů, na něž se předmět veřejné zakázky vztahuje.
27. Mikrokanálový zesilovač jasu obrazu se dle zadavatele vyrábí různými technologiemi z různých materiálů a v několika úrovních výkonu. Právě technologie výroby generuje dle zadavatele největší rozdíly ve výsledných technicko-taktických datech přístrojů. Speciální přístroje USA disponují dle zadavatele mikrokanálovým zesilovačem jasu obrazu zhruba 3. (3+) generace a přístroje typu KLÁRA řadou nižší 2,5 generace. Zadavatel ke zde uvedenému však dodává, že princip fungování speciálních přístrojů USA na bázi mikrokanálového zesilovače jasu obrazu je stejný jako u přístrojů typu KLÁRA. Ostatní odchylky v konstrukci jako např. rozteč úchytů, jsou dle zadavatele z hlediska požadovaného plnění nevýznamné, ovlivňují především vzhled a s tím i spojené užitné vlastnosti, nikoli nároky na technologii kontroly či na rozsah preventivní údržby. Navíc vzhled přístrojů je dle zadavatele informací veřejnou, kterou si může každý volně ověřit/prohlédnout na webových stránkách.

28. Zadavatel též zdůraznil, že předmětem veřejné zakázky je soubor prací, který se mikrokanálkového zesilovače jasu obrazu nedotýká. Dodavatel dle zadavatele v rámci plnění veřejné zakázky obdrží přístroj funkční, který je jeho provozovatelem v souladu s návodem k použití kontrolován na základní uživatelské úrovni. Dodavatel následně provede vnější kontrolu přístroje a jeho příslušenství, např. zda daný přístroj nemá poškrábaná skla optiky, stav upevňovacích prvků apod., dále odbornou očistu přístroje, prověří funkci přístroje a jeho příslušenství a předusíkování pomocí zařízení, jež je v rámci poskytování servisu, oprav a výroby optických přístrojů zcela standardním vybavením.
29. Podrobnější defektace spojená s certifikovaným ověřováním parametrů mikrokanálkového zesilovače jasu obrazu a jeho součástí, rozsáhlá údržba spojená s kompletní demontáží přístroje, či oprava příslušenství mikrokanálkového zesilovače jasu obrazu není dle zadavatele předmětem veřejné zakázky. Po vybraném dodavateli proto není možné požadovat, aby prokázal zkušenosti s opravou či údržbou mikrokanálkového zesilovače jasu obrazu jakékoli úrovně či generace. Zadavatel rovněž uvedl, že rozsah prací, jež jsou předmětem veřejné zakázky, je téměř identický s pracemi, které vybraný dodavatel prováděl na přístrojích typu KLÁRA. V rámci plnění veřejné zakázky dle zadavatele neexistují rozdíly v požadované technologii, kromě vzhledu přístrojů, které by zapříčinily neschopnost vybraného dodavatele veřejnou zakázku řádně splnit.
30. Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením, že za zakázky obdobného charakteru lze uznat pouze ty, jejichž předmětem byly kontroly a údržba a nikoli oprava, neboť taková zakázka nejenže zadavatelem ještě zadávána nebyla, ale v teoretickém případě by pak nemohly být uznány ani referenční zakázky navrhovatele, když jejich předmětem byly defektace a též opravy. Zadavatel uvedl, že opravy, defektace a kontroly jsou sice činnosti odlišné, ale zároveň i obdobné, neboť spočívají v odborné manipulaci s přístroji. Opravy jsou dle zadavatele nadřazeny kontrolám, respektive se jedná o činnosti odbornějšího charakteru, než je kontrola faktického stavu. Zadavatel z toho dovozuje, že neexistuje důvod, proč by v rámci veřejné zakázky, jejímž předmětem jsou práce kontroly a preventivní údržby, nebylo možné uznat jako zakázky obdobného charakteru i ty, jejichž předmětem jsou opravy, tedy činnosti odbornější.
31. Zadavatel nesouhlasí ani s argumentací navrhovatele týkající se jeho ostatních zadávacích řízení, neboť dle jeho názoru je nutné na každou veřejnou zakázku nahlížet odděleně. Vzhledem k tomu, že každá ze zakázek je zadávána v nadlimitním režimu, je zadavatel přesvědčen, že mu nelze vyčíst, že zakázky zadává dle svých vnitřních potřeb, a věří, že takovým postupem nemohl porušit zákon.
32. K části námitek týkající se údajného nesplnění technických a obchodních podmínek zadavatel uvedl, že defektace a následná oprava jsou předmětem jiné veřejné zakázky, protože je nelze spojovat či nahrazovat s plněním předmětné veřejné zakázky. Rozsah prací stanovených k provedení defektace přístrojů před následnou opravou je dle zadavatele odlišný a složitější, vyžaduje speciální přístroje a dílenské vybavení a není jej možné realizovat u vojenských útvarů zadavatele mobilními prostředky, jak je požadováno v rámci veřejné zakázky.
33. Defektace se dle zadavatele provádí u přístrojů, které jsou prokazatelně poškozené či nefunkční, a to za účelem zjištění rozsahu a příčiny závad, stanovení potřeby materiálu a náhradních dílů nutných k realizaci opravy, včetně zpracování cenové kalkulace uvedených

úkonů. Již z použitých slov je dle zadavatele zřejmé, že kontrola a preventivní údržba nemohou být zaměňovány s defektací. Zadavatel tímto odmítá i tvrzení, že zadávací podmínky byly stanoveny nejednoznačně a upozorňuje navrhovatele, že námitky, které napadají zadávací podmínky, lze podat pouze do konce lhůty pro podání nabídek.

34. K argumentaci týkající se údajné neschopnosti vybraného dodavatele realizovat veřejnou zakázku z důvodu, že nedisponuje potřebnými manuály ve spojení s tvrzeným výhradním zastoupením navrhovatele u společnosti Nightline Inc., zadavatel uvedl, že není v postavení, aby předjímal budoucí jednání vybraného dodavatele a předem jej tak diskriminoval.
35. Případné obtíže při plnění veřejné zakázky jsou dle zadavatele ošetřeny smluvními podmínkami, a to včetně sankcí, které jsou stanoveny smluvně. Zadavatel zároveň považuje výše uvedené domněnky navrhovatele za mylné, neboť zadavatel disponuje informacemi, že vybraný dodavatel je autorizovaným zástupcem pro Českou republiku pro systémy AN/AVS-9, a to pro Českou republiku – Ministerstvo obrany. Dle vlastního vyjádření je vybraný dodavatel též exkluzivním zástupcem pro Českou republiku u společnosti NIVIS[YS] na veškeré její produkty, konkrétně na přístroje typu PVS-14, PVS-22 a PVS-27.
36. Dle zadavatele nelze blíže rozporovat tvrzení navrhovatele, že vybraný dodavatel nemá přístup k manuálům výrobců jím uvedených či výrobců neexkluzivních, neboť navrhovatel o tomto nepředložil žádné relevantní důkazy. Zadavatel k problematice manuálů doplnil, že různí neexkluzivní výrobci mají své vlastní manuály, přičemž každé technické řešení se dle zadavatele stane v průběhu času běžným a obvyklým, a to z důvodu, že jiní výrobci v případě, kdy novinka na trhu zajistí možnost lepšího řešení či levnější výroby, začnou daný segment napodobovat. V průběhu času se tak dle zadavatele vyskytne větší množství subjektů, kteří budou schopni po technické i odborné stránce zajistit řádný servis přístrojů podle manuálů.
37. Zadavatel dále nesouhlasí s tvrzením, že vybraný dodavatel není schopen plnit veřejnou zakázku z důvodu nedostatku zkušeností, neboť vybraný dodavatel v minulosti vyrobil a dodal zařízení s označením MUM-14, jehož předlohou byl stejnojmenný americký systém výrobce L-3 Warrior Systems. Vzhledem k tomu, že je vybraný dodavatel schopen tuto vyspělou techniku z dílů sám kompletovat, jednotlivé díly před kompletací prochází kontrolou podsestav od různých subdodavatelů, přičemž se dále provádí optická montáž s kontrolou, klimatické testy a samotná kontrola při výrobě je v souladu s metodikou kontrol a zkoušení vybraného dodavatele ISO 9001 včetně technické dokumentace, považuje zadavatel vybraného dodavatele za technicky dostatečně vyspělého.
38. Navíc vybraný dodavatel dle zadavatele disponuje potřebným technickým zázemím k realizaci veřejné zakázky, neboť v rámci dotačních programů nakoupil množství přístrojů k použití v laboratorních i polních podmínkách a disponuje i vlastní optickou laboratoří.
39. Zadavatel dále navrhovatele vzhledem k jemu tvrzené jedinečnosti dispozice přístrojem ANV-20/20 a divergenčním přístrojem typového označení 2733-0246-1, považoval za vhodné upozornit na skutečnost, že se jedná o přístroje základní, kterými nelze určit poměr zesílení zesilovače jasu obrazu, zaostření na minimum apod., tedy že tyto přístroje jsou stěží dostatečné. Naopak o vybraném dodavateli zadavatel uvedl, že sám vyrábí techniku založenou na konstrukci a na zkušenostech amerických výrobců a v rámci své vlastní výroby a provádění servisních prací také s komponenty amerických výrobců pracuje.

40. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že vybraný dodavatel z důvodu absence zkušeností s přístroji americké výroby nebude schopen plnit veřejnou zakázku, neboť na základě výše uvedeného demonstroval, že vybraný dodavatel potřebnými zkušenostmi, znalostmi a technikou disponuje, přičemž dle zadavatele svým rozsahem požadavky na plnění veřejné zakázky i převyšuje. Zadavatel navíc trvá ve vztahu k pojmosloví „služby obdobného charakteru“ na tom, že země výroby není z hlediska uznatelnosti předložených referencí rozhodující.
41. Tvrzená exkluzivita navrhovatele ve vztahu k předmětným výrobcům nemůže dle zadavatele obstát, neboť takový požadavek nebyl součástí zadávacích podmínek. Dle zadavatele nelze ani podmínky FMS/FMF vykládat tak, jak to činí navrhovatel, neboť ukládají zadavateli povinnost nepředávat přístroje třetím stranám, což je nutné chápat tak, že zadavatel není oprávněn je dále darovat nebo prodávat. V jiném případě by bylo zadavateli zamezeno uskutečnit jejich údržbu a stejně tak i možnost provést opravy. K závaznému výkladu uvedených smluv jsou dle názoru zadavatele oprávněny pouze smluvní strany, jimiž jsou zadavatel a vláda USA. Zadavatel přitom své povinnosti vyplývající z daných smluv plní, neboť svému americkému protějšku sděluje veškeré informace, které se sdělovat zavázal.
42. Zadavatel nesouhlasí ani s názorem navrhovatele, že zadavatel je odpovědný za dodržování autorských práv třetích osob, kde se v tomto kontextu odkazuje i na formulaci uvedenou v čl. XIII odst. 5 požadovaných smluvních podmínek. Na argumentaci navrhovatele týkající se uzavřené smlouvy na základě jednacího řízení bez uveřejnění zadavatel reagoval tím, že každé zadávací řízení je řízením samostatným, přičemž daná argumentace navrhovatele je irelevantní, neboť nesouvisí s veřejnou zakázkou.
43. Zadavatel nenabyl ani dojmu, že by bylo nutné využít postupů ustanovených v § 39 odst. 5 zákona a § 46 odst. 1 zákona, pročež nepřistoupil k ověřování věrohodnosti předmětných údajů a dokladů, a to z toho důvodu, že je přesvědčen, že vybraný dodavatel zadávací podmínky tak, jak byly stanoveny, splňuje. Zadavatel tak odmítá i to, že z jeho strany měl být uplatněn postup dle ustanovení § 48 odst. 8 zákona ve spojení s ustanovením § 48 odst. 2 zákona. Jelikož je zadavatel přesvědčen o zákonnosti svého postupu, odmítá i to, že by se dopustil porušení dalších zákonů.
44. Zadavatel dále uvedl, že část námitek navrhovatele směřuje proti zadávacím podmínkám, přičemž je přesvědčen, že takovéto námítky je nutné odmítnout, neboť byly podány po zákonné lhůtě. Nadto se zadavatel dle svého názoru k uvedenému vyjádřil již v rozhodnutí o námítkách proti zadávacím podmínkám, které navrhovatel dále nerozporoval.
45. K druhé části námitek navrhovatele týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel uvedl, že z dokumentace o zadávacím řízení jednoznačně vyplývá, že se nabídkovou cenou vybraného dodavatele podrobně zabýval, neboť oslovil uživatele služby, jenž o této ceně neshledal pochybnosti.
46. K navrhovatelovým výpočtům se zadavatel vyjádřil tak, že je považuje za zavádějící, protože se vztahují k předpokládaným počtům a k finančnímu limitu, jenž nemusí být vyčerpán. Dle zadavatele dosud nikdy nenastala situace, kdy by každý přístroj z minimálního počtu 5 ks byl umístěn u jiné posádky. Požadavek k provedení daných úkonů u nejméně 5 ks přístrojů je dle zadavatele stanoven, aby se předmětné plnění realizovalo z ekonomických důvodů u nejméně 5 přístrojů najednou u jedné posádky, a to za dohledu jím pověřených specialistů.



Navrhovatelova kalkulace tak dle zadavatele odráží vyšší související náklady, např. náklady na dopravu, než v případě kontroly prováděné na více kusech najednou.

47. Stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky plní dle zadavatele dvě základní funkce. V první řadě zpravidla představuje odhad nákladů, které bude muset zadavatel za realizaci veřejné zakázky vynaložit, což má význam především pro rozpočtové či finanční plánování zadavatele. Druhou funkcí je dle zadavatele stanovení režimu veřejné zakázky, který může být buď nadlimitní, podlimitní či režim veřejné zakázky malého rozsahu. Zadavatel tak považuje argumenty navrhovatele týkající se propojení nabídkové ceny vybraného dodavatele a předpokládané hodnoty veřejné zakázky za irelevantní, neboť spojují nespojitelné.
48. V souvislosti s předpokládanou hodnotou, jíž navrhovatel dle zadavatele myslí maximální finanční limit uzavřené rámcové dohody, je dle názoru zadavatele nutné si uvědomit, že daný finanční limit je určen jako maximálně možný, avšak stejně tak z něj ad absurdum nemusí být čerpáno vůbec. Propočty navrhovatele vážící se ke stanovenému maximálnímu finančnímu limitu rámcové dohody proto zadavatel považuje za zcestné.
49. Dle zadavatele nelze ani určit, na základě jakých propočtů navrhovatel dospěl k závěru, že vybraný dodavatel za dobu trvání rámcové dohody poskytne plnění ve výši 7 104 300 Kč, neboť nikde není uvedena četnost dílčích objednávek zadavatele. Navrhovatel uvedl pouze jím odhadovanou četnost úkonů, která však nemá dle zadavatele nikde v zadávací dokumentaci oporu, a z tohoto důvodu se tak jedná pouze o odhad subjektivní. Dle zadavatele tak nelze z jeho strany identifikovat ani porušení ustanovení § 73 odst. 6 zákona, přičemž námitky směřující proti tomuto ustanovení by dle zadavatele byly opětovně námitkami proti zadávacím podmínkám, které by bylo nutné odmítnout.
50. Zadavatel dále uvedl, že jediné cenové údaje, ke kterým je možné se vyjádřit, jsou náklady na dopravu. Navrhovatel dle zadavatele ve svém výpočtu nijak neupřesnil, jakým druhem automobilu bude doprava probíhat, a nelze ani predikovat četnost cest. Zadavatel se domnívá, že navrhovatelem uváděná četnost dopravy byla získána vydělením finančního rámce veřejné zakázky a množstvím přístrojů, což však dle jeho názoru není dělitel, který by byl pevně stanoven. Částku, kterou po odečtení nákladů na dopravu navrhovatel alokoval na ocenění samotných prací, dle zadavatele posuzoval podle své nabídkové ceny, tedy podle rozsahu prací, které navrhovatel sám v rámci plnění veřejné zakázky předpokládá.
51. Ve vztahu k veřejné zakázce přitom již bylo dle zadavatele konstatováno, že její plnění neodpovídá defektaci. Zadavatel uvedl, že rozsah požadovaných služeb je výrazně menší. Za situace, kdy navrhovatel naopak mylně předpokládá rozsah větší, musí zajisté dojít k přesvědčení, že předmětná nabídková cena neodpovídá veřejné zakázce. Pokud by navrhovatel sečetl pouze položky služeb, jež jsou v rámci veřejné zakázky požadovány, je zadavatel přesvědčen, že by dospěl k částce nižší. Za irelevantní považuje zadavatel též argumentaci propojující nabídkovou cenu vybraného dodavatele a jeho údajné omezení přístupu k potřebným manuálům.
52. Zadavatel též upozornil na skutečnost, že z podaných nabídek je patrné, že navrhovatel a vybraný dodavatel zhodnotili odlišně časový rozsah trvání požadovaných úkonů. Ačkoli se jejich hodinové sazby výrazně neliší, navrhovatel stanovil, že úkony na některém

z přístrojů bude vykonávat např. 18 hodin, což zadavatel považuje za vysokou časovou dotaci.

53. Zadavatel je přesvědčen, že svou povinnost dle § 113 odst. 1 zákona splnil, a to se závěrem, že žádná z nabídek neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Zadavatel též upozornil na změnu v právní úpravě, kdy v jiných případech, než definovaných v ustanovení § 113 odst. 6 zákona, je zadavatel pouze oprávněn a nikoli povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit. Záleží tak pouze na uvážení zadavatele, zda dodavatele, jehož nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, ze zadávacího řízení vyloučí. Důležitá je dle zadavatele však především skutečnost, že mimořádně nízká nabídková cena nebyla z jeho strany identifikována, a proto ani nemohl postupovat dle § 113 odst. 4 zákona a následujících ustanovení zákona.
54. Závěrem zadavatel uvedl, že dle § 28 odst. 1 písm. o) zákona se mimořádně nízká nabídková cena váže k předmětu veřejné zakázky, a proto nemůže být identifikována na základě porovnání nabídkových cen dodavatelů, což dle zadavatele vyplývá i z rozhodovací praxe.

## II. OBSAH NÁVRHU

55. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 15. 6. 2018 brojí proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 30. 10. 2017. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel porušil zákon, když vybral k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku vybraného dodavatele, neboť:
- 1) vybraný dodavatel nesplňuje podmínky účasti v zadávacím řízení, jelikož nesplňuje podmínky technické kvalifikace a technické a obchodní podmínky a
  - 2) nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a je mimořádně nízkou nabídkovou cenou.
56. V dokumentu pod názvem výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele ze dne 30. 10. 2017 (dále jen „výsledek posouzení“) zadavatel uvedl výčet referencí, jimiž vybraný dodavatel prokazoval splnění technické kvalifikace, o nichž je navrhovatel přesvědčen, že žádná z nich nesplňuje zadavatelem stanovené kritérium technické kvalifikace, a to *„seznam významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatel“*.
57. Vzhledem ke skutečnosti, že v novém rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že neuznal referenční zakázky vybraného dodavatele označené pod písmeny a), c) a d), navrhovatel se vyjádřil podrobněji pouze k referenční zakázce označené pod písmenem b). Dle názoru navrhovatele se v jejím případě – reference *„ČR MO, SVA MO, Závazek zhotovitele provést na pozorovacích přístrojích nočního vidění KLÁRA, KLÁRA s předsádkou a monokulární KLÁRA pro objednatel servisní opravy na základě požadavků (objednávek) útvarů, Rámcová smlouva č. 125100095, 2013-2015, finanční objem 49 500 000 Kč“* – nejedná o službu obdobného charakteru, neboť z hlediska technologického jsou přístroje KLÁRA zcela jiného charakteru než přístroje, k nimž se vztahují služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky.
58. Navrhovatel v návrhu popisuje rozdíly mezi přístroji typu KLÁRA a přístroji, k nimž se vztahují služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, které mají z pohledu navrhovatele odlišnou a mnohem náročnější konstrukci, jedná se o přístroje binokulární vyžadující kontrolu

souososti a pro provedení jejich kontroly (defektace) je vyžadován servis pomocí speciálních zařízení a technologických postupů a příslušná odbornost techniků. Rozdílné jsou dle navrhovatele i možné vady a nedostatky, jež tyto přístroje vykazují.

59. Navrhovatel je přesvědčen, že vybraný dodavatel nemá žádné zkušenosti s plněním ve vztahu k binokulárním přístrojům nočního vidění a ani se zjištěním předmětných vad, čehož není též schopen.
60. Jako další rozdíl mezi přístroji typu KLÁRA a přístroji konstrukce USA, jejichž údržba je předmětem veřejné zakázky, navrhovatel uvádí možnost získání daných přístrojů na civilním trhu. Za významný aspekt pro posouzení obdobnosti služeb navrhovatel považuje i zemi výroby, neboť nejen, že přístroje americké výroby nemají z technického hlediska na trhu obdobu, ale váže se k nim i nutnost dodržení přísných podmínek pro nakládání s nimi, provádění jejich údržby a splnění licenčních pravidel stanovených vládou USA.
61. Dle názoru navrhovatele lze za služby podobné předmětu veřejné zakázky považovat pouze služby vztahující se k přístrojům nočního vidění vyráběným v USA a vybaveným zesilovači jasu obrazu 3. generace americké výroby nebo ke konstrukčně obdobným přístrojům vyráběným v USA, což přístroje typu KLÁRA nejsou.
62. Navrhovatel dále uvedl, že neporovnatelnost přístrojů americké a české výroby a služeb k nim se vztahujícím potvrzuje svým postupem i zadavatel, neboť veřejné zakázky na služby k těmto přístrojům nočního vidění od sebe odděluje a zadává je samostatně, k čemuž uvádí jednotlivé příklady. Navrhovatel tímto dokládá, že i zadavatel si je vědom toho, že se jedná o zcela rozdílná plnění a jejich podmínky jsou tak i u přístrojů americké a české výroby jiné, tedy, že zde dochází k nesrovnatelnosti poptávaného plnění.
63. Navrhovatel je přesvědčen, že akceptace předložené reference vybraného dodavatele, jež dle jeho názoru nedokládá zkušenost s plněním, jež je předmětem veřejné zakázky, a tím ani schopnost vybraného dodavatele veřejnou zakázku plnit, je v rozporu se zákonem, zadavatelem stanovenými zadávacími podmínkami a se smyslem podmínek kvalifikace, jejichž prostřednictvím zadavatel zajišťuje výběr dodavatele, který bude schopen splnit závazky plynoucí z předmětu veřejné zakázky.
64. Ohledně výkladu pojmosloví „služby obdobného charakteru“ je navrhovatel přesvědčen, že tímto spojením je nutné rozumět jediné služby, které prokazují schopnost a zkušenost dodavatele poskytovat plnění, jež je předmětem veřejné zakázky. Navrhovatel zde uvedené dovozuje především z účelu kritérií technické kvalifikace, kterým má být získání dodavatele, jenž bude schopen veřejnou zakázku beze zbytku plnit, neboť již samotným pojmem kvalifikace se rozumí v kontextu zákona způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku a reference k prokázání stanovených kritérií technické kvalifikace musí dokládat odborné schopnosti a zkušenosti dodavatele nezbytné pro plnění veřejné zakázky.
65. Samotná skutečnost, že reference vybraného dodavatele spadají pod oblast optiky používané v armádě ČR, avšak dle navrhovatele nemají s předmětem veřejné zakázky po věcné stránce nic společného, tak nedokládá způsobilost a schopnost vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku. Navrhovatel je též přesvědčen, že zadavatel má k dispozici doklady, které prokazují, že vybraný dodavatel není schopen a oprávněn veřejnou zakázku plnit a musí si toho tak být vědom.

66. Ani to, že zadavatel blíže předmětné pojmosloví nespécifikoval, nemá dle navrhovatele na skutečnost, že reference musí odpovídat předmětu veřejné zakázky a dokládat zkušenosti a schopnosti s takovým plněním, žádný vliv. Nelze tak obhajovat akceptaci referencí vybraného dodavatele, které tyto podmínky nespĺňují. Navrhovatel k tomuto dále uvedl, že zadavatel nadefinováním konkrétních přístrojů v zadávací dokumentaci jednoznačně stanovil předmět veřejné zakázky a tím i jakých typů přístrojů se mají referenční služby týkat. Dle navrhovatele přitom není rozhodující, zda byly referenční služby poskytovány k identickým přístrojům vůči zadavateli či k jiným konstrukčně obdobným přístrojům v majetku jiných osob. Referenční služby se tak musí týkat přístrojů typem srovnatelným s přístroji identifikovanými veřejnou zakázkou, což však dle navrhovatele nejsou přístroje, k nimž se vztahují referenční služby doložené vybraným dodavatelem.
67. Navrhovateli není jasné, na základě čeho zadavatel tvrdí, že vybraný dodavatel technickou kvalifikaci splňuje, když sám uvádí, že si je vědom konstrukční a technologické odlišnosti přístrojů americké výroby a přístrojů uvedených vybraným dodavatelem, tedy dle navrhovatele jinými slovy, že vybraný dodavatel neprokázal schopnost a zkušenost s poskytováním služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Tvzení zadavatele o vytvoření konkurenčního prostředí dle navrhovatele postrádá na významu, neboť k poskytování veškerých služeb požadovaných v zadávací dokumentaci je oprávněn pouze navrhovatel, a to jak z pohledu České republiky, tak i zahraničí.
68. Na základě rozhodovací praxe Úřadu a Nejvyššího správního soudu v oblasti kvalifikace navrhovatel dovozuje, že postup zadavatele učiněný v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami spočívající ve vyloučení vybraného dodavatele, který nespĺňuje stanovené podmínky kvalifikace, by nebylo možné považovat za zákon porušující. Navrhovatel je naopak přesvědčen, že zadavatel akceptací reference, jež neodpovídá předmětu veřejné zakázky a nedokládá zkušenost vybraného dodavatele s požadovaným plněním, porušil ustanovení § 6 zákona, neboť takový postup je ve vztahu k navrhovateli, který na rozdíl od vybraného dodavatele stanovené podmínky splňuje, diskriminační a v rozporu se zásadou rovného zacházení a též netransparentní a nepřiměřený.
69. Jak navrhovatel popisuje v další části návrhu, není vybraný dodavatel schopen plnit veřejnou zakázku dle stanovených zadávacích podmínek, neboť nedisponuje potřebnými manuály, přístroji k provedení kontroly apod.
70. Ani z hlediska předmětu nelze dle navrhovatele předloženou referenci považovat za služby obdobného charakteru, neboť se týkají oprav přístrojů a nikoli jejich kontroly a údržby, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Dle navrhovatele se tak jedná o zcela jiné plnění. I za předpokladu, kdy by součástí dané reference bylo též poskytování služeb kontroly a údržby, by se však zadavatel musel tímto zabývat a zjistit jejich rozsah za účelem akceptace této reference (její části). Navrhovatel je však přesvědčen, že zadavatel tento krok neučinil, neboť taková informace by musela být uvedena jako údaj rozhodný pro prokázání splnění stanoveného kritéria kvalifikace a uvedena ve výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele.
71. Navrhovatel dále uvedl, že skutečnost, že zadavatel v minulosti nezádal veřejnou zakázku, jejímž předmětem byla kontrola a údržba přístrojů, neodůvodňuje jeho akceptaci reference zcela rozdílné – opravy, tedy neodpovídající předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel též

upozornil, že za účelem prokázání kvalifikace lze doložit i referenční zakázky poskytované kterémukoli objednateli a nikoli pouze zadavateli. Zadavatelova argumentace, že by nemohly být, za situace ztotožnění se s výkladem navrhovatele, uznány ani jím předložené reference, neboť jejich předmětem byly defektace a opravy, jej dle navrhovatele nezbavuje odpovědnosti řádně kvalifikaci posoudit. Skutečnost, že ani ve vztahu k navrhovateli zadavatel neučinil kroky k objasnění jím dokládaných referencí, dle něj pouze svědčí o tom, že zadavatel se kvalifikací řádně nezabýval a nepostupoval tak v souladu se zákonem. Navrhovatel dodává, že na rozdíl od reference vybraného dodavatele je předmětem jím doložených služeb kontrola (defektace) a preventivní údržba přístrojů nočního vidění definovaných v zadávací dokumentaci a disponuje i dalšími referenčními zakázkami, jež odpovídají požadovaným kritériím technické kvalifikace.

72. Dle navrhovatele je z výše uvedeného zřejmé, že služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, nelze srovnávat se službami realizovanými na přístrojích typu KLÁRA, neboť se nejedná o služby charakterem obdobné. Skutečnost, že vybraný dodavatel prováděl opravy u přístrojů KLÁRA, dle jeho názoru nedokládá zkušenost s prováděním údržby přístrojů nočního vidění americké výroby, jež je předmětem veřejné zakázky.
73. Navrhovatel je též přesvědčen, že zadavatel se ve skutečnosti referencemi vybraného dodavatele vůbec nezabýval, což nelze zhojit ani prohlášením zadavatele, že referenční smlouvy a), c) a d) doložené vybraným dodavatelem neodpovídají stanoveným kritériím technické kvalifikace. Dle navrhovatele bylo povinností zadavatele každou referenci posoudit z hlediska splnění kritérií kvalifikace a zjištěné údaje promítnout do výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Skutečnost, že výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele neobsahuje údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace, tak nelze dle navrhovatele považovat za pouhé formální pochybení. Neuvedení rozhodných údajů, na jejichž základě zadavatel dospěl k výběru dodavatele, činí postup zadavatele nečitelným a nepřezkoumatelným a zadávací řízení netransparentním, tedy v rozporu s § 6 zákona. Navrhovatel též dodává, že uvedení informací, jež jsou součástí výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, aniž by bylo zřejmé, které jsou pro posouzení kvalifikace rozhodné, je zmatečné a ztěžuje navrhovateli účinně se proti postupu zadavatele bránit.
74. Dle navrhovatele výše uvedené však nic nemění na skutečnosti, že žádná z referencí vybraného dodavatele nedokládá zkušenost s prováděním údržby přístrojů vymezených veřejnou zakázkou a neodpovídá technické kvalifikaci stanovené zadavatelem, a proto je nebylo možné akceptovat.
75. Skutečnost, že vybraný dodavatel v minulosti vyrobil a dodal zařízení s označením MUM-14, je dle navrhovatele z hlediska zde šetřeného zadávacího řízení a prokázání splnění kvalifikace vybraným dodavatelem bezvýznamné. K tomu se navrhovatel dále odkázal na své vyjádření ze dne 1. 2. 2018 a dodal, že vybraný dodavatel dodávku těchto přístrojů nesplnil řádně a včas.
76. Navrhovatel je vzhledem k výše uvedenému přesvědčen, že vybraný dodavatel neprokázal splnění technické kvalifikace požadované zadavatelem v zadávacích podmínkách. Též zastává názor, že zadavatel svým postupem porušil § 39 zákona, resp. § 58 odst. 3 zákona, když řádně neposoudil kvalifikaci vybraného dodavatele, nevyločil jej z účasti v zadávacím řízení

a vyzval ho k podání nabídky, čímž se měl dopustit i porušení § 6 zákona. Jednání zadavatele v rozporu se zákonem přitom mělo dle navrhovatele vliv na výběr dodavatele.

77. K namítanému nesplnění technických a obchodních podmínek ze strany vybraného dodavatele uvedl navrhovatel následující.
78. Dle navrhovatele ze zadávacích podmínek vyplývá, že kontrola, jež je předmětem veřejné zakázky, spočívá nejen ve zjištění, zda se daný přístroj zapne a vypne, ale pro účely zpracování kontrolního zápisu a podle rozsahu stanoveného manuálu výrobců, je nezbytné zjištění i funkčnosti a technického stavu přístroje. Zásadním parametrem je mj. dle navrhovatele kolimace, jejíž stav je možné zjistit jen prostřednictvím speciálního divergenčního přístroje.
79. Aby mohl být v kontrolním zápisu uveden návrh na odstranění poruchy a doporučení, jak je stanoveno zadavatelem, je dle navrhovatele nutné zjistit příčiny závad, což lze dle jeho názoru provést pouze přístroji pro defektaci, mezi něž řadí i divergenční přístroj typového označení 2733-0246-1.
80. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel popisuje kontrolu (defektaci) zejména pod bodem 2 a 4 přílohy č. 1 požadovaných smluvních podmínek (dále jen „PSP“), konkrétně „2. *Kontrola vzhledu přístroje a příslušenství*“ a „4. *Prověření funkce přístroje a příslušenství za stanovených provozních podmínek v rozsahu stanoveném manuálem pro použití příslušného přístroje*“. Navrhovatel tak dovozuje, že zadavatelem požadovaný rozsah kontroly odpovídá defektaci.
81. Skutečnost uvedená zadavatelem ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, že „*[n]abídková cena společnosti Glomex MS, s.r.o., za provedení úkonů preventivní údržby (podle požadovaného rozsahu dle přílohy č. 1 dohody) je výrazně vyšší, a odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů před provedením jejich následné opravy, která není předmětem této veřejné zakázky*“, není dle navrhovatele pravdivá, neboť úkony na úrovni defektace jsou předmětem veřejné zakázky.
82. K argumentaci zadavatele ohledně rozsahu předmětu plnění navrhovatel uvedl následující. Dle jeho názoru skutečnost, že defektace a následná oprava jsou předmětem jiné veřejné zakázky, je z hlediska šetřeného zadávacího řízení nevýznamná, neboť na samostatné veřejné zakázky je nutné nahlížet odděleně, k čemuž navrhovatel dodává, že pro účast v zadávacím řízení jsou významné pouze zadávací podmínky této veřejné zakázky. Po dodavatelích tak nelze požadovat, aby zkoumali další veřejné zakázky zadavatele a z nich dovozovali předmět veřejné zakázky. Též na ně nelze přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek.
83. Dle navrhovatele lze kontrolu v rozsahu defektace realizovat mobilními prostředky, přičemž navrhovatel tento požadavek akceptoval a uvedl, že je schopen na rozdíl od vybraného dodavatele údržbu provádět v prostředí a podmínkách zajištěných zadavatelem.
84. Proti tvrzení zadavatele, že rozsah kontroly na úrovni defektace není předmětem veřejné zakázky, navrhovatel uvádí, že již z argumentace zadavatele, že „*defektace se provádí u přístrojů, které jsou prokazatelně poškozené či nefunkční, za účelem zjištění rozsahu a příčiny závady, stanovení potřeby materiálu a náhradních dílů nutných k provedení opravy včetně zpracování cenové kalkulace uvedených úkonů*“ je přesvědčen o opaku, neboť

zadavatel požaduje v čl. VII. odst. 9 PSP po provedené údržbě zpracovat na každý přístroj kontrolní zápis, jehož součástí musí být vlastní kontrolní zjištění – nález a návrh na odstranění poruchy a jiná doporučení. Kontrolní zápis tak nelze dle navrhovatele bez provedení defektace zpracovat.

85. Navrhovatel nesouhlasí ani s tvrzením zadavatele, že dodavatel v rámci plnění veřejné zakázky obdrží funkční přístroj, jenž je jeho provozovatelem kontrolován v souladu s návodem k použití na základní uživatelské úrovni, a že dodavatel provede vnější kontrolu přístroje a jeho příslušenství, jeho odbornou očistu, prověří u přístroje a jeho příslušenství funkci a provede předusíkování pomocí zařízení, jež je v rámci poskytování servisu, oprav a výroby optických přístrojů standardním vybavením. Navrhovatel jej považuje za rozporné se stanovenými zadávacími podmínkami, konkrétně za nepřesné a neúplné. Oporu v zadávacích podmínkách nemá dle navrhovatele především skutečnost, že kontrola se týká pouze funkčních, resp. bezvadných přístrojů. Zadavatel dle navrhovatele ve zde uvedeném popisu opomněl dále zmínit zpracování kontrolního zápisu a nevyplývá z něj ani zjištění příčiny poruchy, poruchy samotné a zpracování návrhu na její odstranění.
86. Dle navrhovatele je s rozsahem služeb, jež jsou předmětem veřejné zakázky, spojena i výše nabídkové ceny na veřejnou zakázku. Pouze dodavatel, který má k dispozici veškeré údaje definující požadované plnění, je schopen i odpovídajícím způsobem zpracovat nabídkovou cenu, přičemž takovým dodavatelem je pouze navrhovatel. O nabídkové ceně vybraného dodavatele je navrhovatel přesvědčen, že neodpovídá předmětu veřejné zakázky. Argumentaci týkající se nabídkových cen navrhovatel dále rozvedl v druhé části návrhu.
87. Navrhovatel též uvedl, že s ohledem na znalost dané problematiky a manuálů výrobců je přesvědčen, že kontrolu, jak ji vymezuje zadávací dokumentace, nelze chápat jinak, než v rozsahu defektace. Nabídková cena navrhovatele tak odpovídá zadávacím podmínkám. Zadavatel dle navrhovatele rozsah kontroly v zadávací dokumentaci nevymezuje jinak, než odkazem na manuály výrobců a vzory dokumentů vyhotovovaných v rámci kontroly.
88. Tvrdí-li zadavatel, že kontrolu v rozsahu defektace nepožaduje, navrhovatel konstatuje, že zadávací podmínky jsou v takovém případě stanoveny nejednoznačně, v důsledku čehož byly v zadávacím řízení podány vzájemně neporovnatelné nabídky, přičemž za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel. Navrhovatel k tomuto dodává, že o rozsahu kontroly, tedy o stanovených zadávacích podmínkách, neměl v době podání nabídky pochyb, a proto argumentaci, že námitky ohledně nejednoznačnosti rozsahu kontroly měly být podány do konce lhůty pro podání nabídek, považuje za irelevantní.
89. Navrhovatel je též přesvědčen, že zadavatel porušil zákon, když pokračoval v zadávacím řízení, ačkoli si byl vědom vzájemné neporovnatelnosti podaných nabídek, což je zřejmé i z obsahu zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017. Zadavatel byl povinen dle jeho názoru přijmout odpovídající opatření k nápravě svého protiprávního jednání, což však neučinil, a tento postup tak měl vliv na výběr dodavatele. Kdyby navrhovatel naceňoval pouze úkony tak, jak je v novém rozhodnutí o námitkách popisuje zadavatel, byla by jeho nabídková cena pravděpodobně nižší než nabídková cena vybraného dodavatele.
90. Dále navrhovatel uvedl skutečnosti, které dle jeho názoru dokládají, že vybraný dodavatel není schopen ani oprávněn veřejnou zakázku realizovat, tedy že nespĺňuje obchodní a technické podmínky stanovené zadávací dokumentací, k čemuž uvedl následující.

91. Navrhovatel je na základě dohody o technické asistenci ze dne 19. 10. 2011, související DDTC licence a dalších licenčních podmínek americké vlády jedinou oprávněnou a licencovanou osobou ve střední a východní Evropě k poskytování služeb spojených s údržbou přístrojů AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 konečným uživatelům a pouze on disponuje vybavením, zejména přístrojem ANV-20/20 a divergenčním přístrojem typového označení 2733-0246-1 pro PVS-21, personálním obsazením a veškerými manuály nezbytnými k plnění veřejné zakázky. Navrhovatel tak dovozuje mj., že vybraný dodavatel nebude schopen posoudit, zda je přístroj AN/PVS-21 v sousost, neboť bez zde uvedeného divergenčního přístroje není možné jeho sousost náležitě změřit, což však nemůže zadavatel ani vybraný dodavatel vědět, neboť nedisponují manuálem k údržbě.
92. Bez manuálu k údržbě nelze dle navrhovatele veřejnou zakázku řádně realizovat, což dovozuje i z toho, že postup čištění dusíkem u přístroje AN/PVS-21 je popsán právě pouze v manuálu k údržbě, jenž nebyl zadavateli nikdy dodán. Navrhovatel jím však díky svému postavení disponuje.
93. K realizaci řádné údržby daných přístrojů a příslušenství je dle navrhovatele rovněž vyžadována expertní znalost, technické informace a detailní výcvik k předmětným produktům. Navrhovatel byl proškolen na provádění kontrol (defektace) a preventivní údržby, přičemž pro Českou republiku neexistuje jiný subjekt, jenž by takovou schopností a oprávněním disponoval.
94. Dle navrhovatele veškeré technické informace k předmětným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi a získat technické údaje pro jejich údržbu lze pouze na základě licence před vývozem z USA, jejíž vydání je podmíněno existencí dohody o technické asistenci uzavřené s výrobcem přístrojů a licence k trvalému vývozu DSP-5. Navrhovatel se přitom považuje za jedinou společnost pro teritorium České republiky, která tyto podmínky splňuje, k čemuž se odkazuje na příslušné dokumenty, z nichž má být zřejmé, že nikdo jiný než navrhovatel není oprávněn technická data a služby údržby daných přístrojů zadavateli poskytnout.
95. Navrhovatel je rovněž přesvědčen, že zadavatel se v novém rozhodnutí o námitkách se skutečností, že vybraný dodavatel výše uvedené na rozdíl od navrhovatele nesplňuje, nevypořádal a k otázce schopnosti vybraného dodavatele poskytovat služby k přístrojům typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 se nevyjádřil. Již samotná neschopnost vybraného dodavatele poskytovat služby k těmto přístrojům dle navrhovatele zakládá i jeho neschopnost plnění veřejné zakázky jako celku.
96. Navrhovatel má také jako jediný přístup k vybavení a manuálům předmětných přístrojů nezbytným pro realizaci veřejné zakázky, neboť je výhradním zástupcem výrobce předmětných přístrojů a je jeho výhradním certifikovaným střediskem pro prodej, kontroly, defektace, opravy a dodávky náhradních dílů. Navrhovatel je přesvědčen, že vybraný dodavatel nemá přístup ani k manuálu k údržbě pro přístroj NL-914 B.
97. Navrhovatel též uvedl, že podle pravidel pro provádění skladování, používání, ošetřování, defektování a opravy přístrojů nočního vidění vydaných vládou USA může tyto úkony údržby provádět pouze personál vyškolený výrobcem či jeho pověřeným zástupcem anebo výhradní zástupce a jeho certifikované servisní středisko s vyškoleným personálem a vybavením dle požadavků výrobce přístrojů. Tato skutečnost dle navrhovatele vyplývá i ze smluvních



podmínek definovaných ze strany vlády USA vůči zadavateli při pořízení přístrojů nočního vidění v programu FMS/FMF, kde je mj. upravena i povinnost zadavatele zajistit, aby nedošlo k neautorizovanému zásahu do těchto přístrojů, a je zadavateli zakázáno předat dotčené přístroje třetím osobám, pokud nemají písemný souhlas vlády USA. Navrhovatel dále nesouhlasí s názorem zadavatele, že podmínky FMS/FMF je nutné vykládat tak, že zadavatel není oprávněn předmětné přístroje dále darovat či prodávat, povinnost ochrany se dle navrhovatele vztahuje i na práva k duševnímu vlastnictví.

98. V neposlední řadě navrhovatel uvedl, že v minulosti byla mezi ním a zadavatelem uzavřena na základě jednacích řízení bez uveřejnění rámcová smlouva, jejímž předmětem bylo plnění shodné s předmětem zde šetřené veřejné zakázky, tedy defektace přístrojů AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N, PVS-15 a NL-914 B, a to z důvodu, že veřejná zakázka může být splněna jen navrhovatelem. Navrhovatel je přesvědčen, že situace se od té doby nezměnila a i nadále může být požadované plnění poskytováno pouze jím. Výhradní práva navrhovatele k předmětu plnění nadále trvají.
99. Navrhovatel výše uvedené shrnul tak, že vybraný dodavatel není a nebude schopen ani oprávněn poskytovat služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, neboť nemá přístup k manuálům výrobců všech dotčených přístrojů, nemá potřebné vybavení a není ani oprávněn přístroje, k nimž se vztahuje zadavatelem požadovaná údržba, převzít a nakládat s nimi. Vybraný dodavatel dle něj není především schopen plnit celý předmět veřejné zakázky, neboť není a nebude schopen a oprávněn poskytovat služby ve vztahu k přístrojům výrobce Steiner eOptics Inc. a výrobce Nightline Inc.
100. Skutečnost, že zadavatel nepožadoval v rámci podmínek kvalifikace předložit příslušná oprávnění k poskytování plnění, jež je předmětem veřejné zakázky, nemá dle navrhovatele na splnění technických a obchodních podmínek vliv, neboť z jejich znění vyplývá, že požadované plnění musí být prováděno v souladu s postupy stanovenými výrobcem v manuálech, realizovat jej tak může pouze výrobcem autorizovaná osoba – navrhovatel. Navíc zadavatel není zbaven povinnosti řádně posoudit předložené nabídky z hlediska splnění veškerých podmínek účasti, tedy i podmínek technických a obchodních. Navrhovatel je tak přesvědčen, že zadavatel byl povinen řádně posoudit splnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem a přezkoumatelným způsobem vyvrátit pochybnosti týkající se neschopnosti vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku, a to bez ohledu na to, zda předložení oprávnění bylo v zadávací dokumentaci požadováno.
101. Dle navrhovatele si zadavatel musel být vědom, že vybraný dodavatel nespĺňuje technické a obchodní podmínky, a proto je přesvědčen, že zadavatel svým jednáním porušil zákon, když neprovedl posouzení splnění technických a obchodních podmínek vybraným dodavatelem, nevyločil jej z účasti v zadávacím řízení a namísto toho vybral vybraného dodavatele k uzavření smlouvy. Tímto postupem zadavatele byl dle navrhovatele ovlivněn výběr dodavatele.
102. Dle emailové korespondence výrobce Steiner eOptics, Inc., má být zřejmé, že pro Českou republiku neexistuje jiné výrobcem oprávněné a proškolené středisko údržby a servisu pro přístroje AN/PVS-21 než navrhovatel, přičemž má být v rozporu s licenční politikou výrobce k těmto činnostem autorizovat další osobu.

103. Navrhovatel též dodává, že i v případě, kdy by zadavatel nepovažoval nesplnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení za zcela prokázané, a měl pouze o tomto pochybnost, bylo jeho povinností ji prostřednictvím prostředků, které umožňuje zákon, vyvrátit, což však neučinil. Navrhovatel se pro podporu své argumentace odkázal i na rozhodovací praxi Úřadu.
104. Postup zadavatele je dle navrhovatele v rozporu se zákonem, neboť zadavatel je oprávněn vybrat k uzavření smlouvy pouze dodavatele, jenž bezpochyby splňuje veškeré podmínky účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel označuje postup zadavatele též za nepochopitelný, neboť dle jeho názoru z něj vyplývá lhostejnost, zda uzavřením smlouvy s vybraným dodavatelem dojde k řádnému plnění veřejné zakázky.
105. Postup zadavatele spočívající v neprovedení posouzení splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem, jak mu ukládá zákon, a následném vydání rozhodnutí o výběru, dle navrhovatele porušuje též ustanovení § 6 zákona. Konkrétně zásadu transparentnosti a přiměřenosti, neboť postup zadavatele v zadávacím řízení se stal nečitelným a neposkytuje záruku výběru dodavatele, jenž bude schopen veřejnou zakázku realizovat, a dále též zásadu nediskriminace a rovného zacházení, neboť navrhovatele neoprávněně znevýhodňuje a znemožňuje mu získat veřejnou zakázku.
106. Jelikož nabídka vybraného dodavatele obsahovala údaje neodpovídající skutečnosti, neboť jejím podáním vybraný dodavatel potvrdil splnění zadávacích podmínek, ačkoli toho nebyl fakticky ani právně schopen, a tato skutečnost měla vliv na posouzení splnění podmínek účasti, je navrhovatel přesvědčen, že i z tohoto důvodu měl být vybraný dodavatel ze zadávacího řízení na základě § 48 odst. 2 písm. c) zákona vyloučen. Rozhodnutí o výběru proto bylo dle jeho názoru i z tohoto důvodu učiněno v rozporu se zákonem.
107. Zadavatel dle navrhovatele neuvedl žádný relevantní důkaz o tom, že je vybraný dodavatel schopen a oprávněn poskytovat veškeré plnění, jež je předmětem veřejné zakázky. Závěrem této části návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel dle jeho názoru neporušuje pouze zákon, ale i jiné právní předpisy, a to konkrétně zákon č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, 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.
108. V druhé části návrhu navrhovatel předkládá argumentaci, proč je přesvědčen o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a je mimořádně nízkou nabídkovou cenou. O mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného dodavatele je přitom navrhovatel přesvědčen především proto, že tato cena dle jeho názoru neodpovídá skutečným nákladům na plnění veřejné zakázky.
109. Navrhovatel především nesouhlasí s názorem zadavatele uvedeným ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30.10.2017, že nabídková cena vybraného dodavatele odpovídá předpokládané ceně z hlediska rozsahu úkonů požadovaných k provedení preventivní údržby speciálních přístrojů, a proto nebylo využito posouzení nabídkové ceny dle § 113 zákona.
110. Dle navrhovatele nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá zadavatelem předpokládané ceně z hlediska rozsahu služeb požadovaných zadavatelem v zadávacích podmínkách. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel si je vědom skutečného rozsahu

údržby, jak jej uvedl navrhovatel, a ačkoli neuveřejnil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, tomuto rozsahu odpovídá i předpokládaná cena za údržbu jednoho kusu přístroje stanovená před zahájením zadávacího řízení zadavatelem.

111. Navrhovatel dále uvádí své konkrétní propočty. Dle jeho informací by za dobu 3 let mělo být provedeno nejvýše 3383 úkonů údržby na předmětných přístrojích. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a předpokládané ceny za údržbu jednoho přístroje navrhovatel vycházel z čl. IV. odst. 6 PSP, kde je stanoven maximální finanční limit plnění, tedy celková cena za dílo ve výši 41 322 314,05 Kč bez DPH. Za dodržení podmínek dosavadní praxe a doporučení výrobců lze dle navrhovatele dovodit, že zadavatel za realizaci údržby jednoho přístroje předpokládal cenu v průměru okolo 12 000 Kč bez DPH.
112. Navrhovatel si je přitom vědom toho, že finanční limit stanovený zadavatelem v PSP nemusí být vyčerpán, avšak je toho názoru, že musel být zadavatelem stanoven s ohledem na předmět veřejné zakázky, ke kterému se musí vztahovat veškeré zadávací podmínky, a že alespoň přibližně odpovídá předpokládanému výdaji na plnění veřejné zakázky.
113. Navrhovatel je též přesvědčen, že nabídková cena a předpokládaná hodnota veřejné zakázky spolu neoddělitelně souvisí. Tuto skutečnost dovozuje především z ustanovení § 16 odst. 1 zákona, kde je stanoveno, že předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřená v penězích. Dle navrhovatele musí tyto dvě částky spolu korespondovat, neboť z nabídkové ceny vychází skutečná výše úplaty za plnění. Navrhovatel je tak přesvědčen, že spojitost mezi nimi je dána zákonem, přičemž sám zadavatel tyto dva pojmy spojuje, když ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017 uvádí, že nabídková cena vybraného dodavatele odpovídá předpokládané ceně.
114. Cena za provedení údržby jednoho přístroje nabízená vybraným dodavatelem v průměrné výši 2 100 Kč bez DPH dle navrhovatele předpokládané ceně neodpovídá, neboť finanční částka vynaložená zadavatelem za celou dobu trvání smlouvy by odpovídala částce 7 104 300 Kč bez DPH, kdy navrhovatel k ní došel součinem ceny předložené vybraným dodavatelem za provedení údržby jednoho přístroje a maximálního počtu údržeb, přičemž při určení četnosti údržeb navrhovatel vycházel z doporučení, konkrétně z manuálů, výrobců.
115. Dle navrhovatele, pokud by se měl zadavatel alespoň přiblížit stanovenému limitu 41 322 314,05 Kč bez DPH, by smlouva s vybraným dodavatelem musela být plněna déle než 6 let a nikoli 3 roky, jak je určeno v zadávací dokumentaci. V případě délky trvání smlouvy 3 let by pak musel být každý přístroj podroben kontrole každý měsíc, tedy 6x častěji, než je běžná praxe a výrobci doporučená frekvence, přičemž v takovém případě by uživatel měl dané přístroje jen minimálně k dispozici. Navrhovatel by tento postup považoval za neúčelný, neefektivní a neekonomický.
116. Navrhovatel je tak přesvědčen, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a ani ceně předpokládané zadavatelem, o čemž dle navrhovatele svědčí i kritérium technické kvalifikace dle čl. 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace, jímž zadavatel požadoval doložení seznamu významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši minimálně 10 milionů Kč vč. DPH. Pokud by nabídková cena vybraného dodavatele odpovídala ceně předpokládané, pak by finanční plnění za celou dobu trvání smlouvy dle navrhovatele odpovídalo výši 7 104 300 Kč bez DPH, což by dle navrhovatele znamenalo, že technická kvalifikace byla stanovena v rozporu s § 73 odst. 6 zákona, neboť by nebyla

přiměřená vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky, a též v rozporu s § 6 zákona, neboť by porušovala zásadu přiměřenosti a zákazů diskriminace. Navrhovatel přitom tímto nerozporuje oprávněnost požadovaného kritéria technické kvalifikace, nýbrž skutečnost, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá zadavatelem předpokládané ceně plnění.

117. Navrhovatel ve vztahu k výše uvedenému též dodává, že důležitou skutečností je i to, že veřejná zakázka je zadávána v nadlimitním režimu. Kdyby zadavatelem předpokládaná hodnota veřejné zakázky měla odpovídat nabídkové ceně vybraného dodavatele, tedy okolo 7 mil. Kč bez DPH, pak by se vzhledem k tomu, že se jedná o veřejnou zakázku v oblasti obrany nebo bezpečnosti jednalo o podlimitní veřejnou zakázku, o čemž svědčí i finanční limit stanovený § 3 odst. 2 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek.
118. Navrhovatel je přesvědčen, že naopak jeho nabídková cena odpovídá ceně předpokládané zadavatelem a i předpokládané hodnotě veřejné zakázky, neboť při provedení údržby všech přístrojů za celou dobu trvání smlouvy (3 let) v rozsahu běžné praxe a doporučení výrobců by finanční plnění dle cen uvedených v navrhovatelově nabídce odpovídalo částce 48 471 920 Kč bez DPH.
119. Ve vztahu k částce 2 100 Kč za údržbu 1 přístroje nabízené vybraným dodavatelem navrhovatel též uvedl, že je mimořádně nízká i při porovnání s cenou 4 100 Kč bez DPH, za níž vybraný dodavatel realizuje pro zadavatele defektaci na přístrojích typu KLÁRA. Cena nabízená vybraným dodavatelem je tak dle navrhovatele dvojnásobně nižší než cena za údržbu u přístrojů typu KLÁRA, ačkoli jsou náklady na údržbu těchto přístrojů, jež navrhovatel označuje za jednoduché a zastaralé, nižší, než na údržbu speciálních a moderních přístrojů definovaných veřejnou zakázkou. Již tato skutečnost musela u zadavatele dle navrhovatele vyvolat pochybnost, zda nabídková cena vybraného dodavatele odpovídá skutečnosti a předmětu veřejné zakázky. Dle navrhovatele vybraný dodavatel sám ve svém vyjádření ze dne 19. 12. 2017 uvedl, že nabídl nízkou nabídkovou cenu, což však odůvodňuje dle jeho názoru neodpovídajícím a zavádějícím způsobem.
120. Navrhovatel na základě výše uvedeného považuje tvrzení zadavatele, že mimořádně nízkou nabídkovou cenu neidentifikoval, za nepravdivé a účelové s cílem obejít zákon.
121. Navrhovatel dále vzhledem ke znění čl. VI. odst. 2 PSP, kde je stanoveno, že výzva k dílčímu plnění bude zasílána zhotoviteli na nejméně 5 ks přístrojů, dovozuje, že lze předpokládat, že se bude jednat právě o 5 přístrojů, přičemž každý z nich bude umístěn u jiného útvaru. Jelikož zadavatel navíc v PSP nestanoví, že se výzva bude vztahovat pouze k přístrojům u jedné posádky, nelze dle navrhovatele akceptovat argumentaci zadavatele, že dosud nenastala situace, že by každý přístroj byl dislokován u jiného útvaru, což by bylo z pohledu uživatele i zadavatele neefektivní. Takové tvrzení zadavatele, jež nemá oporu v zadávací dokumentaci, nelze považovat dle navrhovatele ve vztahu ke zpracování nabídkové ceny za relevantní.
122. Z čl. IV. odst. 3 PSP vyplývá, že cena za požadovanou údržbu se bude skládat ze součtu ceny za provedení údržby a ceny za náklady spojené s plněním díla, tzn. za pomocný materiál a za přepravu do a z místa provedení díla. Vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel má sídlo v Praze, navrhovatel předpokládá, že zaměstnanec vybraného dodavatele bude přepravu

v Praze zahajovat i končit. Dále navrhovatel uvádí, že danou přepravu není možné realizovat na vzdálenost kratší než 1 008 km, což při nákladech za provoz vozidla přesahujících 6 Kč/km znamená, že samotná cena přepravy bez započítání mzdy bude činit nejméně 6 048 Kč. Při 5 ks přístrojů by tak pouze na přepravu vycházely náklady ve výši 1 209,60 Kč/ks. Na realizaci kontroly by tak dle navrhovatele zbývalo vybranému dodavateli průměrně 890,40 Kč, a to bez započítání mzdových nákladů. I zde uvedené tak dle navrhovatele vypovídá o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká a neodpovídá reálným nákladům na plnění veřejné zakázky.

123. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel musel mít alespoň pochybnost, zda cenové údaje vybraného dodavatele odpovídají reálným nákladům na plnění veřejné zakázky a zda se nejedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to jak vzhledem k navrhovatelem tvrzené a doložené neschopnosti vybraného dodavatele poskytovat plnění, které je předmětem veřejné zakázky, tak k rozdílu nabídkových cen vybraného dodavatele a navrhovatele. Dle navrhovatele tak byl zadavatel povinen nabídkovou cenu vybraného dodavatele posoudit v rámci úkonů činěných dle § 39 odst. 2 a odst. 4 zákona a též podle § 113 odst. 1 zákona.
124. Navrhovatel nesouhlasí s názorem zadavatele, že se cenou nabídnutou vybraným dodavatelem podrobně zabýval, když oslovil uživatele služby, jenž neshledal pochybnosti o nabídkové ceně vybraného dodavatele. Vzhledem k tomu, že zadavatel takovou veřejnou zakázku v minulosti nezadával, a neměl tak k dispozici potřebné údaje, musel by dle navrhovatele oslovit vybraného dodavatele, výrobce dotčených přístrojů anebo jeho výhradního zástupce, a zajímat se o technické vybavení, proškolení osob provádějících údržbu apod., což však neučinil. Dokument vyhotovený uživatelem služby nemůže být dle navrhovatele z hlediska posouzení nabídkové ceny relevantní, a to tehdy, jestliže jím zadavatel míní vojenské útvary/zařízení nakládající s předmětnými přístroji, z důvodu postavení tohoto subjektu ve veřejné zakázce, jenž k ní přistupuje až ve fázi realizace, a nemá tak k cenovým údajům přístup. Uživatel služby tak není dle navrhovatele schopen danou věc adekvátně posoudit.
125. K výše uvedenému navrhovatel dodává, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a řádně posoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele, přičemž by si ověřil její pravdivost a reálnost všemi dostupnými prostředky, tzn. oslovením vybraného dodavatele dle § 46 odst. 1 zákona i vlastní činností dle § 39 odst. 5 zákona, konkrétně např. oslovením výrobců dotčených přístrojů nočního vidění, zejména společnosti Steiner eOptics, Inc., získal by další informace dokládající, že tato nabídková cena nebyla stanovena v souladu se zákonem a zadávacími podmínkami. Zadavatel by tak dle navrhovatele musel přistoupit k vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení.
126. Navrhovatel se též odkázal na rozhodovací praxi Úřadu týkající se povinnosti zadavatele posoudit nabídkovou cenu z hlediska mimořádně nízké nabídkové ceny, požadovat objasnění nabídkové ceny a ověřit si schopnost veřejnou zakázku za nabídkovou cenu realizovat.
127. Navrhovatel je především přesvědčen, že zadavatel měl povinnost si od vybraného dodavatele vyžádat doložení podkladů a informací, na jejichž základě by měl zadavatel postaveno najisto, zda vybraný dodavatel bude při plnění veřejné zakázky dodržovat závazná licenční ujednání, předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi a bude mít mj. přístup

k manuálům výrobců všech dotčených přístrojů. Zadavatel však dle navrhovatele tuto svou povinnost nesplnil.

128. Dle navrhovatele nelze veřejnou zakázku za nabídkovou cenu vybraného dodavatele v rozsahu požadovaném zadávacími podmínkami realizovat. Vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel není schopen při jejím plnění zajistit dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k jejímu předmětu, neboť nedisponuje nezbytnými oprávněními, schopnostmi, a mj. nemá přístup k manuálům výrobců, což je dle navrhovatele i důvodem existence mimořádně nízké nabídkové ceny, zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když nedodržel postup dle § 113 odst. 1 zákona a § 6 zákona. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nabídku vybraného dodavatele řádně neposoudil a pochybil, když jej dle § 113 odst. 6 písm. a) zákona nevyločil.
129. Navrhovatel dodává, že v případě vybraného dodavatele byl naplněn i důvod pro vyloučení dle § 48 odst. 8 zákona ve spojení s § 48 odst. 2 písm. c) zákona, neboť nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá skutečným nákladům na plnění veřejné zakázky a obsahuje cenové údaje, za které nelze veřejnou zakázku realizovat, tedy údaje neodpovídající skutečnosti.
130. Navrhovatel i v této části návrhu zdůrazňuje, že je nepochybné, že předmětem veřejné zakázky je dle zadávací dokumentace kontrola v rozsahu defektace, tedy že nabídková cena navrhovatele předmětu veřejné zakázky odpovídá. Pokud zadavatel tvrdí, že kontrolu v takovém rozsahu nepožaduje a akceptuje nabídku vybraného dodavatele, navrhovatel zastává názor, že zadávací dokumentace byla stanovena nejednoznačně, tedy v rozporu s § 36 zákona, v důsledku čehož zadavatel obdržel vzájemně neporovnatelné nabídky. O neporovnatelnosti nabídek dle navrhovatele svědčí nejen vysoký rozdíl ve výši nabídkových cen účastníků zadávacího řízení, ale i tvrzení zadavatele uvedené ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, že nabídková cena navrhovatele odpovídá spíše rozsahu provedení defektace. Navrhovatel tak dovozuje, že zadavatel si byl jejich neporovnatelnosti vědom již ve fázi hodnocení nabídek, i přesto však neučinil k objasnění situace a k nápravě svého jednání žádné kroky.
131. Navrhovatel na základě výše uvedeného zastává názor, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když nepřistoupil k přijetí opatření k nápravě dle § 49 zákona. Protiprávní jednání zadavatele navrhovatel spatřuje v nesprávném zpracování zadávacích podmínek, jež dle navrhovatele ovlivnilo výběr dodavatele. Kdyby navrhovatel nacenil jen úkony, jež zadavatel popisuje v novém rozhodnutí o námitkách, je přesvědčen, že by jeho nabídková cena byla pravděpodobně nižší než nabídková cena vybraného dodavatele.
132. V závěrečné části návrhu navrhovatel uvedl své přesvědčení, že ani nové rozhodnutí o námitkách nebylo zadavatelem zpracováno v souladu s § 245 odst. 1 zákona. Konkrétně se dle jeho názoru zadavatel nezabýval námitkou, že reference doložené vybraným dodavatelem neodpovídají předmětu veřejné zakázky a nedokládají tak zkušenost s plněním, jež je předmětem veřejné zakázky. Zadavatel neodůvodnil, na základě jakých skutečností dovozuje, že jediná zadavatelem uznaná reference podmínky stanovené zákonem a zadávací dokumentací splňuje.
133. Odůvodnění odmítnutí námitek týkajících se nesplnění obchodních a technických podmínek a neschopnosti a neoprávněnosti vybraného dodavatele poskytovat plnění, jež je

předmětem veřejné zakázky, považuje navrhovatel za obecné. Zadavatel dle jeho názoru uvedl argumentaci nezaloženou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel neuvedl, na základě čeho má za prokázané, že je vybraný dodavatel schopen a oprávněn plnit celý předmět veřejné zakázky, že má k dispozici veškeré manuály nezbytné k poskytování plnění, a nevyjádřil se ke schopnosti vybraného dodavatele poskytovat plnění ve vztahu k přístrojům AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a k modulu CEHUD k AN/PVS-21. Zadavatel si musí být dle navrhovatele vědom, že nikdo jiný než navrhovatel není schopen minimálně ve vztahu k přístrojům výrobce Steiner eOptics, Inc. služby poskytovat, k čemuž navrhovatel dodává, že dané přístroje celosvětově vyrábí pouze zde uvedený výrobce.

134. Zadavatel se dle navrhovatele ani řádně nevypořádal ve vztahu ke konkrétním ustanovením zadávací dokumentace s rozsahem kontroly. Zadavatel se dle jeho názoru v tomto kontextu nevypořádal s námitkami navrhovatele vztahujícími se k zadavatelem určené povinnosti zpracování kontrolního zápisu, jehož součástí musí být i návrh na odstranění poruchy a jiná doporučení, tedy že tato zadávací podmínka dokládá, že kontrola je v rámci zadávací dokumentace požadována v rozsahu defektace.
135. Ze strany zadavatele nebylo dle navrhovatele dostatečně odůvodněno ani odmítnutí námitek v části týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele. Není tak zřejmé, na základě jakých informací a dokladů má zadavatel za prokázané, že u vybraného dodavatele nebyly naplněny obligatorní důvody pro vyloučení z účasti v zadávacím řízení. Tvrzení zadavatele uvedená v reakci na tuto část námitek považuje navrhovatel za obecná a neodpovídající navrhovatelem uvedeným námitkám.
136. Závěrem navrhovatel uvedl, že mu není zřejmý důvod, proč zadavatel navzdory veškerým informacím, které má a měl k dispozici, a jež dokazují neoprávněnost a neschopnost vybraného dodavatele plnit veřejnou zakázku, upřednostňuje v zadávacím řízení vybraného dodavatele a vystavuje se tak nejen porušení zákona, ale i jiných právních předpisů a mezinárodním sporům.
137. Jako opatření k nápravě se navrhovatel u Úřadu domáhá dle § 263 odst. 2 zákona zrušení zadávacího řízení nebo jednotlivého úkonu zadavatele, a to rozhodnutí o výběru dodavatele a všech následných úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

### **III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ**

138. Úřad obdržel návrh ze dne 15. 6. 2018 téhož dne a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 15. 6. 2018. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel, navrhovatel a vybraný dodavatel.
139. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům správního řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-18126/2018/542/VHu ze dne 19. 6. 2018.
140. Usnesením č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-18397/2018/542/VHu ze dne 20. 6. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a k zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.

### **Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 25. 6. 2018**

141. Úřad obdržel dne 25. 6. 2018 vyjádření zadavatele k návrhu z téhož dne (dále jen „vyjádření zadavatele“). V úvodu tohoto vyjádření zadavatel uvedl, že setrvává na své argumentaci z nového rozhodnutí o námitkách, pročež se na něj plně odkázal.
142. Zadavatel ve svém vyjádření nejprve upozornil na skutečnost, že předseda Úřadu druhostupňovým rozhodnutím změnil výrok I. původního rozhodnutí. Zadavatel se odkázal i na jednotlivé části odůvodnění druhostupňového rozhodnutí, v nichž se předseda Úřadu zabýval vypořádáním námitky ohledně rozsahu kontroly, konkrétně, zda kontrola v daném případě odpovídá defektaci. Zadavatel se především domnívá, že navrhovatel druhostupňové rozhodnutí nerespektuje, neboť svým návrhem opakovaně brojí proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti problematice kontroly versus defektace, a nadále popírá skutečnost, že byl zadavatelem o rozsahu předmětu kontroly, tedy o tom, že předmětem veřejné zakázky není defektace, informován.
143. Dle zadavatele si je navrhovatel plně vědom toho, že opravy a defektace předmětných přístrojů jsou předmětem jiné veřejné zakázky vedené pod názvem „Opravy speciálních optických přístrojů“, neboť i v této veřejné zakázce podal nabídku.
144. Vliv na výši nabídkové ceny navrhovatele měl dle zadavatele omyl na straně navrhovatele, jeho ignorace tvrzení zadavatele, jenž navrhovatele se skutečností, že předmětem veřejné zakázky není defektace, seznámil již ve lhůtě před podáním nabídek, ačkoli tato skutečnost byla dle zadavatele zřejmá již ze zadávacích podmínek.
145. Předmět veřejné zakázky je dle zadavatele jednoznačný již z názvu veřejné zakázky, tedy že jím jsou kontroly a práce preventivní údržby nikoli defektace. Ke kontrolnímu zápisu zadavatel uvedl, že navrhovatelům výklad nemá v zadávací dokumentaci oporu. Kontrolní zápis slouží dle zadavatele především jako informace o stavu přístroje, jako podklad pro případnou defektaci a opravu, a k interním účelům zadavatele, mezi které se řadí evidence úkonů na přístrojích, fakturace apod., čemuž dle zadavatele odpovídá i obsah dané listiny.
146. Podstatná je však dle zadavatele skutečnost, že Úřad musí k částem návrhu, jež rozporují rozsah kontrol a defektace, postupovat dle ustanovení § 257 písm. h) zákona, neboť těmito částem návrhu nepředcházely včas podané námitky. Předseda Úřadu dle zadavatele potvrdil opožděnost námitek navrhovatele týkajících se zadávacích podmínek již v rámci druhostupňového rozhodnutí.
147. Zadavatel též uvedl, že se v dobré víře snažil na námitky navrhovatele přesto věcně reagovat, a proto v novém rozhodnutí o námitkách příkladem uvedl výčet úkonů, které jsou předmětem veřejné zakázky. Navrhovatel se v rámci návrhu snaží dle zadavatele tento jím předložený výklad využít ve svůj prospěch, když tvrdí, že daný výčet je v rozporu se zadávacími podmínkami, a že se jedná o zcela novou skutečnost.
148. Navrhovatel se dle zadavatele snaží zmařit zadávací řízení, neboť jestliže se považuje za odborníka v oblasti optických přístrojů, musí mu být rozsah jednotlivých úkonů obecně znám. Rozsah úkonů požadovaných ve veřejné zakázce je navíc dle zadavatele jednoznačně stanoven zadávací dokumentací a navrhovatel je s ním seznámen.



149. Navrhovatel dle zadavatele ani nerespektuje původní rozhodnutí a druhostupňové rozhodnutí, a ačkoli se proti původnímu rozhodnutí rozkladem nebránil, tvrdí, že zadavatel opětovně postupoval při vyřizování námitek v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona a uvádí konkrétní námitky, jež dle jeho názoru nebyly řádně vypořádány.
150. Dle zadavatele je nutné zohlednit pravomocný výrok rozhodnutí, v němž bylo Úřadem konstatováno, která část námitek nebyla zadavatelem dostatečně vypořádána. Kdyby Úřad nyní dospěl k závěru, že i jiné části původního rozhodnutí o námitkách nebyly dostatečně odůvodněné, muselo by být dle zadavatele konstatováno, že původní i druhostupňové rozhodnutí jsou procesně vadná. Zadavatel nepovažuje za možné, aby Úřad v původním a druhostupňovém rozhodnutí definoval konkrétní části původního rozhodnutí o námitkách, jež považuje za nepřezkoumatelné, a v dalším správním řízení by takto označil části jiné. Zadavatel proto záměrně nové rozhodnutí o námitkách ponechal v podobě původního rozhodnutí o námitkách, jež rozšířil o argumentaci především v částech, které Úřad identifikoval jako nedostatečné, neboť dle zadavatele ostatní části původního rozhodnutí o námitkách šetřením Úřadu na přezkoumatelnost a dostatečnou odůvodněnost prošly.
151. Dle zadavatele tak může být Úřadem šetřena přezkoumatelnost odůvodnění nového rozhodnutí o námitkách pouze v částech, u nichž bylo pravomocným původním i druhostupňovým rozhodnutím stanoveno provést jejich změnu. Zadavatel je přesvědčen, že nové rozhodnutí o námitkách zpracoval v souladu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť se jednoznačně a kvalifikovaně vyjádřil k přístroji typu KLÁRA a k navrhovatelovým propočtům uvedeným v rámci námítka směřující proti mimořádně nízké nabídkové ceně. Navrhovatel dle zadavatele navíc stále ignoruje výklad pojmu „služby obdobného charakteru“.
152. Zadavatel dále upozorňuje na skutečnost, že spor mezi ním a navrhovatelem se ve vztahu k technické kvalifikaci netýká stanovení kritéria technické kvalifikace, nýbrž posouzení technické kvalifikace. Navrhovatel je dle zadavatele přesvědčen, že za služby obdobného charakteru lze uznat pouze takové, jež se týkají identických přístrojů, které jsou předmětem veřejné zakázky. Zadavatel takový názor však odmítá a považuje jej za rozporný se zákonem a rozhodovací praxí, neboť by každou soutěž uzavíral pouze pro dodavatele s identickým plněním, čímž by byl znemožněn rozvoj trhu a skupina dodavatelů by zůstávala neměnná.
153. Zadavatel označil tvrzení, že v oznámení o výběru dodavatele by měl popisovat dle ustanovení § 123 písm. b) bodu 2 zákona skutečnost, jaká část reference vybraného dodavatele označená pod písmenem b), jež se váže k opravám, tvoří činnosti kontroly a údržby, za nepravdivé. Vybraný dodavatel totiž doložil referenci týkající se oprav, tedy služeb odbornějších než jsou kontroly. Zadavatel je navíc s přesným obsahem předmětné reference, kterou uznal, obeznámen, neboť uvedl, že se jedná o veřejnou zakázku, jež byla plněna právě pro něj. Zadavatel je proto přesvědčen, že mohl konstatovat, že vybraný dodavatel technickou kvalifikaci splnil.
154. Zadavatel též odmítá, že oznámení o výběru dodavatele zpracoval v rozporu s ustanovením § 123 zákona, když do něj uvedl veškeré reference, jež vybraný dodavatel předložil. Tvrzení, že obsahem oznámení o výběru dodavatele musí být pouze ty reference, které zadavatel uznal, nemá dle zadavatele v zákoně oporu. Úřad dle zadavatele připustil, že zákon výslovně neukládá vyhotovit protokol o posouzení kvalifikace, avšak vzhledem k ustanovení § 6

zákona doporučuje daný postup v dokumentaci o zadávacím řízení zachytit. Zadavatel je přesvědčen, že jeho postup, neboli myšlenkový pochod týkající se posuzování kvalifikace, je v rámci dokumentace o zadávacím řízení řádně zaznamenán tak, aby vyhověl ustanovení § 6 zákona, resp. požadavku na přezkoumatelnost, neboť součástí dokumentace o zadávacím řízení je původní i nové rozhodnutí o námitkách.

155. Zadavatel navíc odmítá, že jako reference nelze ve veřejné zakázce uznat služby, jež se týkají oprav přístrojů a nikoli kontrol, přičemž pro důvody, které uvedl, se odkázal na znění nového rozhodnutí o námitkách. Ačkoli se zadavatel s názorem navrhovatele neztotožňuje, uvedl, že teoreticky by nebylo možné uznat ani reference předložené navrhovatelem, zadavatel je však dle svého názoru správně uznal. Navrhovatelovo tvrzení, že disponuje i dalšími referencemi, jež odpovídají požadavkům na technickou kvalifikaci stanoveným v předmětné veřejné zakázce, považuje zadavatel za irelevantní, neboť rozhodné jsou ty reference, které byly v rámci zadávacího řízení předloženy.
156. Podstatou problému je dle zadavatele navrhovatelem činěný výklad pojmu „služby obdobného charakteru“, z něhož dovozuje i nemožnost předložit referenční zakázku týkající se oprav a jiných přístrojů než těch, které se vztahují k předmětu veřejné zakázky.
157. K popisu přístroje typu KLÁRA zadavatel uvedl, že předmětnou námitku navrhovatele již řádně vypořádal a technologické rozdíly dostatečně popsal v rámci nového rozhodnutí o námitkách. Prohlášení, že si je vědom technologických rozdílů přístrojů, však dle zadavatele není usvědčujícím důkazem o nemožnosti uznat referenci vybraného dodavatele, a to vzhledem k pojmu „služby obdobného charakteru“.
158. Nové rozhodnutí o námitkách dle zadavatele nad rámec zákonných povinností popisuje i zkušenosti vybraného dodavatele s výrobou přístroje MUM-14, aby zadavatel navrhovatele ujistil, že vybraný dodavatel má s přístroji, které vychází z přístrojů amerických a jejichž předlohou byly americké přístroje, zkušenosti.
159. Zadavatel nadále trvá na tom, že země výroby či sídlo výrobce nemá na prokázání referencí žádný vliv. Tvrzení navrhovatele týkající se jeho exkluzivity zadavatel odmítá, neboť exkluzivita nebyla v rámci veřejné zakázky požadována, což zadavatel navrhovateli sdělil při vypořádání jeho námitek proti zadávacím podmínkám a navrhovatel dané rozhodnutí dále nerozporoval.
160. Navrhovatel si dle zadavatele též protiřečí, když v námitkách proti rozhodnutí o výběru uvedl, že zadavatel nikdy neobdržel manuál k údržbě, a v rámci návrhu se odkázal na vojenský útvar Sedlec u Náměště nad Oslavou, kde dle jeho názoru sám uživatel provádí kontrolu přístrojů AN/AVS-9 a to dle manuálů výrobce Nightline, Inc. a na základě absolvovaného výcviku k realizaci údržby.
161. Zadavatel trvá na tom, že navrhovatel není v postavení, kdy by byl oprávněn k závazným výkladům smluvních vztahů, kterých není součástí. Právě smluvní strany musí dle zadavatele vědět nejlépe, co je obsahem jejich smluvního závazku, přičemž v rámci FMF/FMS jsou jimi zadavatel a vláda USA.
162. K první části návrhu navrhovatele zadavatel souhrnně uvedl, že ve veřejné zakázce nebyla požadována exkluzivita, u referencí, jež lze uznat, nemůže být kladen požadavek na identitu služeb a přístrojů, a vliv v jejich případě nemůže mít ani země či sídlo výroby.

163. Zadavatel je přesvědčen, že ve vztahu k druhé části návrhu týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny, se v novém rozhodnutí o námitkách vyjádřil k propočtům, k nimž to bylo možné, a navrhovatele upozornil, že se nelze vyjádřit k takovým propočtům, u nichž není zřejmé, co je jejich základem.
164. Zadavatel uvedl, že navrhovatel v návrhu své propočty popisuje podrobněji, avšak takový postup dle něj není možný, neboť neměl možnost prostřednictvím nového rozhodnutí o námitkách na ně reagovat.
165. Navrhovatel se dle zadavatele snaží určit maximální možnou četnost požadovaného plnění, avšak tento postup nemá dle jeho názoru v zadávacích podmínkách oporu. Navrhovatel se tímto dle zadavatele staví do role, že zná potřeby zadavatele lépe než on sám.
166. Zadavatel uvedl, že předmětem veřejné zakázky není defektace. Četnost realizace plnění veřejné zakázky nemůže být dle něj dána pouhými manuály, ale určována bude především na základě aktuální potřeby zadavatele a jeho vnitřními předpisy, kterými stanovuje plánované použití jednotlivých přístrojů.
167. Kontroly na přístrojích budou dle zadavatele probíhat pravidelně, kde dodavatel obdrží určité množství přístrojů, u nichž uživatel s ohledem na svou odbornost konstatuje funkčnost zařízení. Takový systém plánování a určení lhůt zadavateli umožní, aby jednotlivé kontroly rozvrhl tak, že nemůže nastat situace, kdy by dodavatel objížděl určené vojenské útvary a v každém z nich plnil svůj závazek na jednom přístroji.
168. Navrhovatel dle zadavatele stále ignoruje skutečnost, že výsledkem veřejné zakázky je uzavření rámcové dohody. Zadavatel je tak přesvědčen, že navrhovatelem stanovené maximální propočty nemohou mít nikde oporu. Při vymezení finančního rámce zadavatel vycházel z předpokladu, že přesnou četnost čerpání nelze dopředu určit, nýbrž ji lze na základě minulých potřeb pouze hrubě odhadnout.
169. V době stanovení finančního rámce zadavatel nedisponoval informacemi o technických inovacích, jako je automatické dusíkování více přístrojů najednou. Mimo to jednal s určitou opatrností, neboť věděl, že v rámci plnění svých závazků v NATO bude nutné operativně řešit potřebu udržovaných a funkčních přístrojů v množství, jež není možné dopředu přesně stanovit.
170. S úmyslem vyhnout se situaci, kdy by vzhledem k naplnění finančního rámce nemohl dodavateli zadat provedení daných prací, a tím by mohl ohrozit život a zdraví uživatele a naplnění aliančních závazků, stanovil zadavatel finanční limit vyšší. Kdyby chtěl obejít zákon, zvolil by dle svého tvrzení mírnější způsob zadávacího řízení.
171. Navrhovatel dle zadavatele evidentně posuzoval nabídkovou cenu vybraného dodavatele pouze s odkazem na svou vlastní nabídkovou cenu. Zadavatel je přesvědčen, že on ani vybraný dodavatel nemohou být odpovědni za to, v jaké výši uvedl svou nabídkovou cenu navrhovatel. Dle zadavatele je zjevné, že navrhovatel ocenil náročnější úkony, než které jsou požadovány ve veřejné zakázce. Prokazatelně byl přitom dle jeho názoru srozuměn s tím, že předmětem veřejné zakázky jsou jen kontroly a práce preventivní údržby. V případě, že navrhovatel skutečně nacenil předmět veřejné zakázky, nelze dle zadavatele konstatovat jinak, než že jeho nabídková cena je mimořádně vysokou nabídkovou cenou, ačkoli si je vědom, že zákon takový pojem nezná.

172. Za nepravdivé považuje zadavatel navrhovatelovo tvrzení, že zadavatel byl povinen si od vybraného dodavatele vyžádat zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Taková povinnost by zadavateli dle jeho názoru musela být uložena v původním či druhostupňovém rozhodnutí, což se však nestalo. Zadavateli byla uložena pouze povinnost vyjádřit se k propočtům navrhovatele.
173. Dle zadavatele je v rámci návrhu zcela novým tvrzením navrhovatelův požadavek na prokázání nenaplnění obligatorních důvodů pro vyloučení vybraného dodavatele, neboť tuto skutečnost navrhovatel nepožadoval již v rámci námitek proti rozhodnutí o výběru.
174. Zadavatel na základě výše uvedeného považuje návrh navrhovatele za nedůvodný a požaduje, aby Úřad o jeho nedůvodnosti také rozhodl. O části návrhu je přesvědčen, že mu nepředcházely řádně a včas podané námítky, a proto by měl být uplatněn § 257 písm. h) zákona. V neposlední řadě zadavatel uvedl, že námítky navrhovatele proti rozhodnutí o výběru byly srozumitelně vypořádány, a odmítá navrhovatelem tvrzený opak.

#### **Další průběh správního řízení**

175. Úřad za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky prostřednictvím přípisu č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-21930/2018/542/VHu ze dne 26. 7. 2018 požádal o předložení příslušných dokumentů a o poskytnutí stanoviska vojenské zařízení 5512 neboli Agenturu logistiky.
176. Dne 2. 8. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-22635/2018/542/VHu z téhož dne, jímž zadavateli nařídil z moci úřední předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
177. Dne 7. 8. 2018 obdržel Úřad odpověď Agentury logistiky ze dne 6. 8. 2018 v reakci na přípis č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-21930/2018/542/VHu ze dne 26. 7. 2018.

#### **Stanovisko Agentury logistiky ze dne 6. 8. 2018**

178. Agentura logistiky uvedla, že k nabídkovým cenám účastníků zadávacího řízení na veřejnou zakázku se vyjádřila prostřednictvím pověřeného pracovníka v rámci příslušných jednání. Záznamy z těchto jednání jsou součástí dokumentace o zadávacím řízení.
179. Nabídkové ceny účastníků zadávacího řízení na veřejnou zakázku byly z hlediska úkonů kontroly a preventivní údržby posuzovány Agenturou logistiky několika způsoby, aby bylo možné stanovit cenu v místě a čase obvyklou, a to následovně. U specialistů oprav optických a optoelektronických přístrojů nejvyššího vojenského opravce – ÚOJA byl proveden odborný rozbor pracnosti a spotřeby materiálu pro provedení kontroly a preventivní údržby předmětných přístrojů.
180. Dále byly porovnány historické zkušenosti s cenou prováděných kontrol a preventivní údržby u přístrojů nočního vidění podobného charakteru, a to PNV KLÁRA, u nichž byl předmět plnění stejný, tedy kontrola a preventivní údržba. Též byly porovnány ceny kontroly a předusíkování z dostupného ceníku pro přístroj MUM-14, a to v binokulárním i monokulárním provedení.
181. V úvahu byla rovněž vzata pracnost složitějšího a náročnějšího úkonu – komplexního zkoušení parametrů optických přístrojů. Jednalo se o historickou zkušenost, která oproti

předmětnému plnění obsahovala i měření optických soustav, stínítek, mikrokanálového zesilovače jasu obrazu, šokové tlakové zkoušky aj.

182. Mimo výše uvedené byla vyhodnocena i pracnost administrativních úkonů, kontrolního zápisu a možné náklady na diety a přepravu. Cenu předmětného plnění ovlivňuje dle Agentury logistiky zejména cena jedné normohodiny práce, zkušenost specialisty a schopnost využít technologie pro předusíkování, kde předusíkovací přístroje existují pro jeden či i desítky předmětných přístrojů. Cena plnění by se tak měla dle Agentury logistiky pohybovat v rozmezí 2 až 7 tisíc Kč bez DPH.
183. Agentura logistiky též uvedla důvody, proč byly dané služby poptávány, a proč proto není vhodné spekulovat o finančním rámci veřejné zakázky. Jednalo se o pořízení množství přístrojů nočního vidění jiných typů a to v řádech tisíců kusů, o vysokou četnost speciálního výcviku, po němž je nutné provádět předepsané úkony preventivní údržby přístrojů. Předusíkování pak souvisí nejen s vyčerpáním vojenských kapacit, ale i se zvýšeným množstvím závad optických přístrojů, zejména v důsledku pronikání vlhkosti. Souvislost zde má rovněž nezávislá kontrola schopností koncového uživatele a dokumentačně zaznamenaný stav přístroje před nákladnou akcí, přičemž tato data budou i podkladem pro analýzu spolehlivosti, nákladů na životní cyklus a pro vědeckou činnost.
184. Důvodem, proč byly dané služby poptávány, je také včasné odhalení drobných závad, jež by mohly vést k závažnějšímu poškození přístroje a k nákladné opravě, kterou provádí specialisté mající odborné zkušenosti, znalí vazeb mezi jednotlivými prvky. V neposlední řadě bylo důvodem i přesunutí těžiště zájmu vlastních specialistů (optiků) k provádění oprav a údržby vyšších stupňů, které byly až do současnosti pořizovány formou nákupu služeb.
185. K činnostem kontroly a preventivní údržby Agentura logistiky úvodem uvedla, že rozsah požadovaných úkonů byl jednoznačně definován přílohou č. 1 dohody č. 155110192. V návaznosti na to ke každému z bodů definujících rozsah kontroly a prací preventivní údržby předložila podrobnější popis jednotlivých činností a to následovně.
186. Převzetí přístroje u příslušného vojenského útvaru nebo zařízení znamená kromě samotného převzetí kontrolu výrobního čísla a vnější kontrolu úplnosti přístroje a příslušenství. Kontrola vzhledu přístroje a příslušenství v sobě zahrnuje vnější kontrolu přístroje a příslušenství, kontrolu stavu vnější povrchové ochrany dílů, odhalení vnějších deformací, pohled do bateriového boxu ve vztahu k možné korozi, zjištění stavu těsnícího kroužku a závitu víčka a v neposlední řadě mj. pohledovou kontrolu stavu závitů pro krytky, příslušenství a kontrolu stavu značení.
187. Rozsah provedení očisty přístroje a příslušenství v sobě zahrnuje otření pevných povrchů, očistu optických ploch optickou utěrkou vč. vnější pohledové kontroly stavu optických ploch (např. z důvodu detekce škrábanců).
188. Prověření funkce přístroje a příslušenství stanoveného manuálem pro použití přístroje znamená prověření možností nastavení příslušenství, kam se mj. řadí popruhy, přílbové úchyty, zbraňové adaptéry a montáže, přičemž částečně lze tento úkon provádět již ve fázi převzetí a vnější kontroly. Dále zde spadá kontrola tuhosti a rozsahu pohybu pohyblivých částí (objektivu, okuláru), kontrola funkčnosti přepínače ON/OFF/IR přisvít a adaptérů. Stejně tak i zapnutí přístroje a uživatelské vyzkoušení funkčnosti ovládacích prvků (zapnutí,

IR přísvit, dioptrické naladění, zaostření okuláru a objektivu, kvalita obrazu – viditelnost stínů, světel na okrajích, blikání, třepání, přerušovaný provoz, jasné, či zářivé body v obrazu, černé tečky, zobrazení vzoru plástve či pletiva, funkce auto-gating).

189. Vyčištění přístroje suchým dusíkem znamená dle technologie proplach nebo vakuové odsání a naplnění, výměnu těsnících „O“ kroužků šroubů či ventilů. Vykonání záznamu o provedené údržbě do záznamníku pak znamená zapsání data, zkratky pro danou kontrolu a předusíkování, a zanesení záznamu vyhověl/nehověl.
190. Zpracování kontrolního zápisu dle Agentury logistiky v sobě zahrnuje činnost zapsání zjištěných vad v rozsahu předmětné kontroly, tedy úplnost, vnější pohledová kontrola, uživatelská kontrola funkce, které brání plnému použití přístroje včetně návrhu na jejich odstranění (oprava/provedení údržby vyššího řádu). Posledním bodem je opak převzetí, tedy vrácení přístroje uživateli.
191. Agentura logistiky dále uvedla, že z přílohy č. 1 dohody č. 155110192 je patrné, že rozsah kontroly definuje manuál uživatele (má být ve schopnostech poučené obsluhy). Technické podmínky pro technické údržby vyšších stupňů předmětných přístrojů zahrnující obsáhlejší činnosti kontroly jsou dle Agentury logistiky většinou volně nešířenou dokumentací anebo mohou být zpracovány profesně způsobilými specialisty – optiky. Téměř vždy tyto vyšší stupně technické údržby, jejíž součástí jsou další stupně optických kontrol, využívají dle Agentury logistiky specializovaných přístrojů či postupů.
192. Uživatelskou kontrolu lze dle Agentury logistiky do jisté míry zefektivnit využitím specializovaných přístrojů, které jsou schopny během velmi krátkého časového úseku uskutečnit základní měření parametrů optických soustav, mikrokanálového zesilovače jasu obrazu, prověřit schopnost auto-gating atd., u velké škály typů optických přístrojů. Použití těchto zařízení proto není dle jejího názoru vyloučeno, přičemž profesionální uživatelé je využívají standardně.
193. Agentura logistiky dále ve svém stanovisku ze dne 6. 8. 2018 uvedla, jako modelový příklad rozsahu požadovaných služeb, rozsah preventivní údržby a kontroly stanovený uživatelskou příručkou vztahující se k přístrojům typu AN/PVS-21. Co se týče předusíkování tohoto typu přístroje, je dle Agentury logistiky doporučeno jej provádět jedenkrát ročně, při každém zjištěném průniku vlhkosti, či po potápění ve více než 3 metrech hloubky.
194. Z výše uvedeného je dle Agentury logistiky patrné, že rozsah požadovaných úkonů lze provést v řádech desítek minut až několika hodin, a to bez využití speciálních kontrolních přístrojů vyjma předusíkování.
195. Poslední část stanoviska Agentury logistiky ze dne 6. 8. 2018 se věnovala vztahu mezi předmětem plnění veřejné zakázky a rozsahem služeb týkajících se defektace.
196. Předmět plnění veřejné zakázky dle Agentury logistiky spočívá ve vnější kontrole přístroje a příslušenství, v základní kontrole funkčnosti, v předusíkování a ve vystavení protokolu s uvedením zjištěných skutečností (zda je přístroj funkční či vyžaduje opravu konkrétního modulu, kde např. černé tečky v obrazu mohou být způsobeny nečistotami ve vnitřní optice objektivu či okuláru, vadami stínítka či mikrokanálového zesilovače jasu obrazu, případně jejich kombinací). Všechny tyto úkony jsou dle Agentury logistiky neinvazního charakteru.

197. Naopak předmětem defektace je dle Agentury logistiky porovnání naměřených funkčních hodnot optických a fotometrických parametrů se stanovenými technickými podmínkami pro daný přístroj. Dále vytyčení konkrétních vad a opatření k uvedení přístroje do bezvadného stavu, tzn. vymezení způsobu opravy společně s určením konkrétních náhradních dílů a objemu spotřebního materiálu vč. ceny opravy. V neposlední řadě zde spadá i vystavení kontrolního zápisu s detailním zjištěním, a pokud je to možné i se stanovením mechanismu vzniku závady.
198. U většiny předmětných přístrojů je nutno dle Agentury logistiky z konstrukčních důvodů vnímat defektaci jako úkony celkové demontáže jednotlivých závadných modulů a skupin do částí, proměření vlastností a technických parametrů demontovaných skupin, podskupin a součástí, odhalení jejich vad a opotřebení.
199. Agentura logistiky dále uvedla, že předmět plnění veřejné zakázky se s procesem defektace částečně prolínají a to ve 3 oblastech. První je fáze předání/převzetí, kde dochází ke kontrole výrobních čísel a úplnosti přístroje a příslušenství. Činnosti jsou zde shodné, rozdíl spočívá v místě realizace. Druhou oblastí je kontrola vzhledu včetně provedení očisty přístroje a příslušenství, která se týká vnějšku přístroje. Třetí oblastí, v níž lze nalézt stopy prolnutí obou činností, je kontrola funkce, kam se řadí funkčnost přepínače ON/OFF/IR přísvit, kontrola funkčnosti příslušenství a kontrola tuhosti pohyblivých částí.
200. Při předmětné kontrole se dle Agentury logistiky vyhodnocuje systém jako použitelný či vyžadující opravu jednoho nebo více modulů. Naopak při defektaci se navíc určuje i rozsah neplnění parametru, je prověřován zcela odlišný výčet parametrů, jako je systémový zisk, určení rozlišovací meze a měření fotometrických parametrů, což však vyžaduje mnohem sofistikovanější vybavení, zkušenosti specialistů i čas na provedení úkonů.
201. U některých typů předmětných přístrojů je dle Agentury logistiky vzhledem k jejich konstrukci nutné pojem defektace vnímat jako celkovou demontáž jednotlivých závadných modulů a skupin do částí, proměření jejich vlastností a technických parametrů, odhalení vad a opotřebení. Dále též jako doporučení k opravě, kde je možno i několik variant řešení, zpracování cenové nabídky či nabídek, vystavení kontrolního zápisu s detailním zjištěním, a pokud je to možné i se stanovením mechanismu vzniku závady.
202. V závěru svého stanoviska Agentura logistiky uvedla, že předmět defektace není předmětem kontroly. Ačkoli se tyto dvě činnosti prolínají na bazální úrovni, netýká se to účelu, obsahu samotných prací ani naplnění požadovaného cíle.

#### **Další průběh správního řízení**

203. Usnesením č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-23309/2018/542/VHu ze dne 10. 8. 2018 určil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání manuálů pro použití neboli manuálů uživatele vztahujících se k přístrojům, jež jsou vymezeny zadávací dokumentací veřejné zakázky a k vyznačení příslušných částí manuálů týkajících se rozsahu činností preventivní údržby a kontroly, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Zde citovaným usnesením určil Úřad lhůtu též navrhovateli, a to k zaslání manuálu k údržbě vztahujícího se k přístrojům typu AN/PVS-21, na něž se vztahuje předmět veřejné zakázky, a k vymezení specifik neumožňujících realizaci předmětu veřejné zakázky pouze s využitím manuálů pro použití.

204. Dne 15. 8. 2018 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-23309/2018/542/VHu ze dne 10. 8. 2018 odpověď navrhovatele ze dne 15. 8. 2018 a též vyjádření zadavatele ze dne 15. 8. 2018.

#### **Odpověď navrhovatele ze dne 15. 8. 2018**

205. Navrhovatel předně uvedl, že manuál k údržbě vztahující se k přístrojům typu AN/PVS-21 a jeho případné poskytnutí třetím stranám se řídí vývozní licencí DDTC č. 050312760 (TA-3321-11) vydanou vládou USA, předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi Spojených států amerických (ITAR) a požadavky a politikou výrobce Steiner eOptics, Inc.

206. Z hlediska vývozní licence je dle navrhovatele třetí stranou jakýkoli subjekt, jenž není v licenci uveden, tedy nejen obchodní subjekty mimo navrhovatele, ale i vlastníka a provozovatele přístrojů nočního vidění (Ministerstvo obrany ČR) a Úřad.

207. ITAR navrhovateli jakožto smluvní straně dohody o technické asistenci ze dne 19. 10. 2011 ve znění dodatku ze dne 28. 3. 2018 ukládá povinnost mlčenlivosti ohledně veškerých technických dat poskytnutých na základě tohoto smluvního vztahu vůči jakékoli třetí osobě. Uvedené se dle navrhovatele týká i manuálu k údržbě.

208. Technická data, tedy i manuál k údržbě, lze dle navrhovatele poskytnout třetí straně pouze po předchozím schválení ze strany Ministerstva zahraničí Spojených států amerických, přičemž i toto schválení je podmíněno souhlasem výrobce Steiner eOptics, Inc.

209. Jelikož dle vyjádření výrobce Steiner eOptics, Inc. nelze předmětný manuál k údržbě poskytnout, sdělil navrhovatel Úřadu, že požadovaný úkon z jeho strany není možné učinit, neboť by tím porušil povinnosti jemu uložené příslušnými předpisy a vystavil by se i možnému postihu za takové porušení. Předmětné vyjádření výrobce Steiner eOptics, Inc. navrhovatel připojil jako součást své odpovědi.

210. Navrhovatel Úřadu dále sdělil, že v manuálu pro použití nejsou z důvodu licenčních omezení, především vzhledem k nutnosti podpisu dohody o technické asistenci se subjektem, který provádí činnosti popsané v manuálu k údržbě, uvedeny technologické postupy, na jejichž základě by bylo možné provádět servisní nebo kontrolní práce na přístrojích typu AN/PVS-21. Technologické postupy jsou dle navrhovatele uvedeny pouze v manuálu k údržbě, jehož poskytnutí třetím stranám se však řídí právními předpisy Spojených států amerických a podmínkami dohody o technické asistenci.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 15. 8. 2018**

211. Zadavatel Úřadu sdělil, že ve stanovené lhůtě zasílá požadované dokumenty, jež bylo možné zajistit od uživatele. Předmětné dokumenty zadavatel zaslal v příloze tohoto vyjádření.

212. Zadavatel též upozornil Úřad na skutečnost, že manuály pro použití se nachází na různých místech ČR a některé i v zahraničí, proto nebylo ve stanovené lhůtě možné získat manuály kompletní. Zadavatel je však přesvědčen, že rozhodné informace, které Úřad požadoval vyznačit, jsou obsaženy v zaslaných dokumentech. K získání kompletních manuálů by dle zadavatele byla zapotřebí lhůta delší, přičemž u některých dokumentů by za účelem jejich poskytnutí Úřadu bylo nutné zahájit proces odtajnění.



### **Další průběh správního řízení**

213. Úřad za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky prostřednictvím přípisu č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-24158/2018/542/VHu ze dne 20. 8. 2018 požádal opětovně o poskytnutí stanoviska vojenské zařízení 5512 neboli Agenturu logistiky.
214. Dne 3. 9. 2018 obdržel Úřad v reakci na přípis č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-24158/2018/542/VHu ze dne 20. 8. 2018 stanovisko Agentury logistiky ze dne 31. 8. 2018 (dále jen „druhé stanovisko Agentury logistiky“).

### **Druhé stanovisko Agentury logistiky**

215. Agentura logistiky Úřadu prostřednictvím svého druhého stanoviska sdělila, že úkon vyčištění přístroje suchým dusíkem (předusíkování) může provádět jakékoli odborně a technologicky vybavené pracoviště mající zkušenosti s optickými a optoelektronickými přístroji. Cílem předusíkování je dle Agentury logistiky odstranění škodlivin, zejména vlhkosti, a následné obnovení ochranné atmosféry, přičemž je možné jej dosáhnout použitím různých speciálních přístrojů a technologií.
216. Technologický postup pro předusíkování vychází dle Agentury logistiky z konstrukce jednotlivých přístrojů a z použité technologie, v manuálech pro obsluhu přitom není jakkoli popsán. Přístroje pro předusíkování mají také své vlastní technologické postupy pro předusíkování optoelektronických přístrojů daného konstrukčního uspořádání, přičemž optoelektronické přístroje lze rozdělit dle Agentury logistiky na přístroje s vnitřním přetlakem anebo bez přetlaku ochranné atmosféry.
217. Odborně způsobilý poskytovatel dané služby, jenž má s údržbou/výrobou optoelektronických přístrojů zkušenosti, je dle Agentury logistiky schopen provádět předusíkování v plném rozsahu a kvalitě, neboť předusíkování patří mezi základní úkony údržby/výroby optoelektronických přístrojů. Technologický postup výrobce k provádění předusíkování dle Agentury logistiky jistě existuje, ale jeho vlastnictví není pro požadovaný rozsah služby limitující.
218. Agentura logistiky dále uvedla, že rozdílné technologie pro předusíkování je možné akceptovat při striktním dodržení záruk a TTP přístrojů. Zadavatel si přitom plně uvědomuje rozdílné možnosti předusíkování z hlediska použité technologie a speciálního vybavení.
219. Dle Agentury logistiky bylo při hodnocení nabídek postupováno způsobem, který byl uveden již v rámci stanoviska Agentury logistiky ze dne 6. 8. 2018 (dále jen „první stanovisko Agentury logistiky“). Cena předusíkování přístroje typu MUM-14 byla porovnávána s ceníkem výrobce daného typu přístroje. Technologický postup k předusíkování přístroje typu MUM-14 není dle Agentury logistiky součástí manuálu patřícího k MUM-14.
220. Provádění kontrol daného rozsahu je dle Agentury logistiky výrobcem přístrojů typu AN/PVS-21 stanoveno před a po každém použití. Kontroly realizované odborným pracovištěm a spojené s předusíkováním přístrojů byly určeny 1x ročně, a to na základě zkušeností s provozem předmětných zařízení.
221. Četnost kontrol optických přístrojů je v armádě ČR dle Agentury logistiky systémově řešena minimálně 1x ročně. Kontrola spojená s předusíkováním přístrojů v případě průniku vlhkosti je požadována z důvodu zabránit poškození optoelektronických součástí přístroje

a za účelem obnovy provozuschopnosti daného přístroje, neboť vlhkost vysrážená na optických plochách přístrojů brání i v použití daného přístroje. V neposlední řadě kontrola spojená s předusíkováním přístrojů po potápění do více než 3 metrů je dle Agentury logistiky stanovena výrobcem a prováděna z důvodu udržení funkčnosti přístroje (jeho pohotovosti použití pro další úkol).

222. Četnost kontrol a preventivní údržby je dle Agentury logistiky vzhledem k délce a typu smluvního vztahu (rámcová smlouva), k důvodu proč byla daná služba poptávána, a vzhledem k měnícím se podmínkám použití daných přístrojů i vyhodnocování jejich závadnosti jen těžko odhadnutelná.
223. Rozsah a technologie nutné k předusíkování jsou dle Agentury logistiky definovány konstrukcí daných přístrojů. Dodavatelům byly v této souvislosti předány informace o typech přístrojů, o jejich počtech, dislokaci a minimálním počtu přístrojů v souvislosti s jednotlivými dílčími plněními, přičemž tyto informace jsou dle Agentury logistiky považovány za dostatečné.

#### **Další průběh správního řízení**

224. Usnesením č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-25888/2018/542/VHu ze dne 5. 9. 2018 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k obsahu druhého stanoviska Agentury logistiky.
225. Dne 7. 9. 2018 bylo zástupci navrhovatele na základě žádosti ze dne 6. 9. 2018 a plné moci ze dne 28. 8. 2018 umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
226. Dne 7. 9. 2018 Úřad obdržel vyjádření vybraného dodavatele z téhož dne a to v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-25888/2018/542/VHu ze dne 5. 9. 2018.

#### **Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 7. 9. 2018**

227. Vybraný dodavatel uvedl, že působí na trhu vojenských optoelektronických zařízení již dlouhou dobu, přičemž se zabývá vývojem, výrobou a servisem těchto přístrojů a systémů. Vybraný dodavatel je vybaven optickou laboratoří a dalšími testovacími a měřicími zařízeními, jež umožňují v koordinaci se zaškoleným personálem provádět veškeré standardně požadované úkony od zákazníků jako je Ministerstvo obrany ČR, Ministerstvo vnitra ČR a jiné státní či soukromé subjekty. Mezi dané požadavky patří dle vybraného dodavatele mj. i dusíkování, pravidelný servis a údržba různých typů optických přístrojů od různých výrobců.
228. V rámci projektů pro Ministerstvo obrany ČR jsou dle vybraného dodavatele přístroje kontrolovány a testovány pod dohledem Úřadu pro obrannou standardizaci, katalogizaci a státní ověřování jakosti.

#### **Další průběh správního řízení**

229. Dne 10. 9. 2018 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne a to v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-25888/2018/542/VHu ze dne 5. 9. 2018.

#### **Vyjádření navrhovatele ze dne 10. 9. 2018**

230. Dle navrhovatele Agentura logistiky nezodpověděla konkrétně stanovené otázky ze strany Úřadu, a to otázky týkající se vymezení rozsahu úkonu čištění suchým dusíkem – kdo tento

úkon může činit, jakým způsobem, za použití jakých přístrojů a v jakém rozsahu – nýbrž se omezila ve svém stanovisku pouze na obecná konstatování.

231. Navrhovatel nerozporuje skutečnost, že vyčištění suchým dusíkem může u daných přístrojů činit pouze odborně a technologicky vybavené pracoviště mající zkušenosti s optoelektronickými přístroji, avšak dle navrhovatele vybraný dodavatel takovýmto pracovištěm nedisponuje.
232. Navrhovatel též dodává, že dispozice pracovištěm není jedinou, ale pouze jednou z podmínek pro poskytování daného plnění. Dodavatel v rámci úkonu čištění suchým dusíkem musí disponovat též potřebným know-how, které je v případě přístrojů typu AN/PVS-21 obsaženo v manuálu k údržbě, jež však dle navrhovatele nemá vybraný dodavatel k dispozici, neboť jím disponuje pouze navrhovatel. Vzhledem k tomu, že dle navrhovatele druhé stanovisko Agentury logistiky postrádá konkrétní vyjádření ohledně způsobu provedení předmětného plnění, používaných přístrojů a rozsahu, je dle jeho názoru zřejmé, že potřebné informace nemá k dispozici ani zadavatel.
233. Navrhovatel uvedl, že vyčištění přístrojů suchým dusíkem spočívá v kontrole těsnosti vnitřních prostor přístroje, v odsátí stávajícího obsahu vnitřních dutin přístroje a následném napuštění vnitřních dutin přístroje dusíkem na přesně výrobcem definovaný tlak, přičemž opět proběhne kontrola těsnosti. Zde uvedený postup je dle navrhovatele u všech přístrojů stejný. Odlišnost však spočívá v úrovni tlaku, kterou definují jednotliví výrobci přístrojů, a v závitě vedoucím z vnějšku přístroje do jeho vnitřních prostor. Dle navrhovatele, aby nedošlo k poškození závitu, který je umístěn přímo v těle přístroje, je nutné disponovat speciálním adaptérem schváleným výrobcem přístroje. Neodborné umístění neautorizovaných adaptérů do závitu by vedlo k poškození závitu (což by způsobilo následnou netěsnost, jejímž následkem by byl průnik vlhkosti a vznik koroze), které lze opravit pouze výměnou těla přístroje, což je dle navrhovatele i jeden z nejdražších náhradních dílů.
234. Navrhovatel je tak přesvědčen, že vyčištění přístrojů suchým dusíkem může provádět pouze pracoviště vybavené příslušným zařízením a manuálem k předmětnému přístroji nočního vidění popisujícím podmínky k provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem. Dle navrhovatele se v případě přístrojů typu AN/PVS-21 jedná o speciální zařízení označené jako „digitální vakuový zkušební rozvaděč“, které vyrábí právě výrobce přístrojů AN/PVS-21 společnost Steiner eOptics, Inc., a které má být uvedeno i v manuálu pro údržbu přístrojů typu AN/PVS-21.
235. Dle navrhovatele u přístrojů typu AN/PVS-21 nelze provádět úkon vyčištění dusíkem jiným způsobem za použití běžně dostupných zařízení, neboť je nutné dodržovat výrobcem předepsaný postup pro naplňování několika dutin zároveň. Navrhovatel též uvedl, že pouze on výše popsaným speciálním zařízením v České republice disponuje, a to na základě exkluzivity ve vztahu k výrobcu, a proto je i schopen a oprávněn jako jediný předmětné plnění poskytovat.
236. Postup vyčištění přístroje suchým dusíkem je tak dle navrhovatele stanoven výrobcem přístrojů, a to v manuálech k těmto přístrojům. Proto je nutné jimi disponovat a rovněž se jimi řídit, aby provedení předmětného plnění bylo bezvadné a došlo k zamezení poškození přístrojů. Konkrétně v případě přístrojů typu AN/PVS-21 se jedná o manuál k údržbě, kterým

dle svého přesvědčení disponuje pouze navrhovatel. Lhostejný postoj Agentury logistiky, zda bude při plnění veřejné zakázky dodržen technologický postup stanovený výrobcí přístrojů, dle navrhovatele mj. má za cíl obhájit výběr vybraného dodavatele, který nemá ke všem manuálům nezbytným pro plnění veřejné zakázky přístup.

237. Dle navrhovatele je ke každému přístroji nočního vidění výrobcem stanoven postup vyčištění suchým dusíkem a pouze ten je i akceptovatelný. U jednotlivých přístrojů se přitom postup tohoto plnění liší, stejně tak jako zařízení k tomu nezbytná.
238. Dle navrhovatele bylo ze strany armády ČR vždy dbáno na dodržování pravidel stanovených výrobcí přístrojů. Jako příklad navrhovatel uvedl zkušenost s přístroji typu AN/AVS-9. Navrhovatel je přesvědčen, že příslušníci armády ČR striktně dodržují veškeré postupy stanovené manuálem k provozu a k údržbě, přičemž doporučení výrobce přístroje chápou jako závazná nařízení zamezující možnému poškození přístrojů nebo jejich selhání při leteckém provozu.
239. Navrhovateli tak není zřejmé, z jakého důvodu se zadavatel v rámci veřejné zakázky snaží popřít nezbytnost dodržovat pravidla stanovená výrobcí přístrojů a je ochoten svěřit kontrolu a údržbu přístrojů komukoli bez ohledu na to, zda daný subjekt disponuje potřebnými manuály a oprávněními, navzdory tomu, že při realizaci údržby přístrojů z jeho strany je dodržování veškerých pravidel stanovených výrobcem striktně vyžadováno. Dle navrhovatele skutečnost, že u předmětných přístrojů již záruční doba uplynula, není podstatná.
240. Ve vztahu k posuzování cenových nabídek prostřednictvím porovnání cen pro přístroj typu MUM-14 dle ceníku výrobce navrhovatel uvedl, že služby ve vztahu k přístroji typu MUM-14 nejsou předmětem veřejné zakázky. Přístroj typu MUM-14 není dle navrhovatele přístrojem obdobným, jedná se o zcela jiný přístroj, než jsou zařízení definovaná v rámci veřejné zakázky. Dle navrhovatele služba vyčištění suchým dusíkem pro přístroje MUM-14 ani dosud nebyla armádou ČR poskytována, protože není zřejmé, o jaký ceník se má jednat, a z jakých zdrojů v daném případě Agentura logistiky čerpala.
241. Cena za poskytování služeb k přístroji typu MUM-14 není dle navrhovatele pro účely posouzení nabídkových cen podle zákona relevantní a nelze na základě ní stanovit ani cenu obvyklou dle § 2 zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů, neboť ji nelze považovat za cenu za stejné nebo obdobné služby v obvyklém obchodním styku v tuzemsku ve vztahu ke službám, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Navrhovatel zastává názor, že posoudit, zda nabídkové ceny odpovídají předmětu veřejné zakázky a jsou stanoveny v souladu s právními předpisy, lze pouze porovnáním nabídkových cen s cenami stejného či obdobného plnění (které lze získat např. oslovením výrobců či ze smluvních vztahů uzavřených v minulosti s navrhovatelem), což však zadavatel neučinil.
242. Dle navrhovatele se Agentura logistiky v žádném ze svých dosavadních stanovisek nevypořádala s otázkou popisu rozsahu činnosti vyčištění přístroje suchým dusíkem a ani neuvedla, na základě čeho byla získána reference přístroje typu MUM-14.
243. Navrhovatel ve vztahu k obsahu prvního stanoviska Agentury logistiky dále uvedl, že armáda ČR nikdy sama přístroje, jež jsou definovány veřejnou zakázkou, s výjimkou přístrojů typu AN/AVS-9, nekontrolovala a neprováděla u nich vyčištění suchým dusíkem. Není tak zřejmé,

jak a na základě čeho měl být proveden rozbor pracnosti, když k tomu Agentura logistiky nemá k dispozici potřebné informace. Též není jasné, jaké historické zkušenosti s cenou má Agentura logistiky na mysli, když doposud nebyly armádou ČR služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, pořizovány. Výjimku tvoří pouze opravárenský smluvní vztah uzavřený s navrhovatelem. Zcela rozdílné jsou dle navrhovatele přístroje nočního vidění typu KLÁRA a stejně tak i služby, které se k nim vztahují. Nelze je tak se službami, jež jsou předmětem veřejné zakázky srovnávat.

244. Z výše uvedeného je dle navrhovatele zřejmé, že údaje, na jejichž základě měla Agentura logistiky učinit své stanovisko ohledně nabídkových cen, nevychází z relevantních zdrojů. Pro potřeby posouzení výše nabídkových cen jsou tyto údaje nevyužitelné, neboť neodpovídají předmětu veřejné zakázky a ani s ním nesouvisí. Dané skutečnosti dle navrhovatele dokládají to, že Agentura logistiky nemá k dispozici nezbytné údaje a není tudíž schopna předmětnou věc adekvátně posoudit.
245. Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a je mimořádně nízkou nabídkovou cenou. Druhé stanovisko Agentury logistiky se navrhovateli jeví jako účelové a učiněné pouze s cílem obhájit výběr vybraného dodavatele, protože neobsahuje žádné údaje, jež by bylo možné považovat v předmětné věci za významné. Ani záznamy z jednání, na které Agentura logistiky odkázala v souvislosti s postupem posuzování nabídkových cen, dle navrhovatele neobsahují žádné rozhodné skutečnosti či postupy odůvodňující stanovisko Agentury logistiky ve vztahu k výši nabídkových cen.
246. Dle navrhovatele je rozsah, postup a četnost čištění suchým dusíkem pro přístroje typu AN/PVS-21 popsán v manuálu k údržbě, který lze získat pouze od výrobce přístroje, přičemž jediným výrobcem je v daném případě ten, jehož pro Českou republiku výhradně zastupuje navrhovatel. Navrhovatel je tak přesvědčen, že při nejmenším ve vztahu k přístrojům typu AN/PVS-21 je jediným dodavatelem, který disponuje danými informacemi, a to z důvodu své exkluzivity. Vybraný dodavatel ani zadavatel nemají dle navrhovatele informace nezbytné pro realizaci čištění přístrojů typu AN/PVS-21 suchým dusíkem k dispozici, o čemž má svědčit i odpověď Agentury logistiky uvádějící pouze obecná nekonkrétní tvrzení. Vybraný dodavatel tak není dle navrhovatele schopen ani oprávněn veřejnou zakázku plnit.
247. Navrhovatel zastává názor, že Agentura logistiky dotaz Úřadu ohledně vyčištění přístrojů typu NL-914-B, AN/PVS-14, AN/PVS-15/M952, AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N, AN/PVS-22 UNS 1600 R4, AN/PVS-27 suchým dusíkem relevantním způsobem nevypořádala. Navrhovatel tuto skutečnost přisuzuje tomu, že Agentuře logistiky je zřejmé, že potřebné informace lze získat pouze z manuálů k údržbě, kterými však disponuje pouze navrhovatel.
248. Závěrem se navrhovatel opětovně vyjádřil, že je i nadále přesvědčen, že vzhledem k zadávacím podmínkám, je předmětem veřejné zakázky kontrola na úrovni defektace. Agentura logistiky ve svém prvním stanovisku dle navrhovatele záměrně při popisu jednotlivých částí kontroly určených v příloze č. 1 PSP neuvedla některé postupy, jež jsou pro plnění veřejné zakázky v souladu se zadávacími podmínkami nezbytné a vypovídají o tom, že je požadována i kontrola na úrovni defektace.
249. Ve svém prvním stanovisku Agentura logistiky neuvedla v bodě 3, 4 a 5 písm. D nutnost vytyčení konkrétních vad a identifikace opatření k uvedení do bezvadného stavu, bez čehož

není dle navrhovatele možné zpracovat kontrolní zápis tak, jak je požadováno v rámci přílohy č. 5 PSP, konkrétně vlastní kontrolní zjištění – nález a návrh na odstranění poruchy a jiná doporučení.

250. V bodě 6 svého prvního stanoviska Agentura logistiky uvedla, že vytyčení konkrétních vad je předmětem defektace, která však není předmětem plnění veřejné zakázky. Jako součást defektace přitom Agentura logistiky uvedla vytyčení konkrétních vad a opatření k uvedení do bezvadného stavu a vystavení kontrolního zápisu s detailním zjištěním, ačkoli dle navrhovatele ze znění přílohy č. 5 PSP vyplývá, že všechny tyto 3 činnosti jsou součástí předmětu veřejné zakázky. Navrhovateli tak není zřejmé, na základě čeho by podle Agentury logistiky měly být předmětné části kontrolního zápisu zpracovány, pokud by popsané činnosti nebyly předmětem veřejné zakázky.
251. Vyjádření Agentury logistiky uvedené v bodě 3, 4 a 5 písm. G jejího prvního stanoviska, že zjištěné vady mají být v rozsahu úplnost, vnější pohledová kontrola, uživatelská kontrola funkce, přičemž jako návrh na odstranění má být vybrána pouze možnost opravy nebo provedení údržby vyššího řádu, je dle navrhovatele zcela v rozporu se zadávacími podmínkami. Dle kontrolního zápisu, jenž je definován v příloze č. 5 PSP se požaduje uvést vlastní kontrolní zjištění – nález a návrh na odstranění poruchy a jiná doporučení, což je dle navrhovatele požadavek na vytyčení konkrétních vad a na definování návrhu opatření k uvedení do bezvadného stavu. O této skutečnosti dle navrhovatele svědčí i prostor, který zadavatel ponechává dodavateli pro zpracování předmětných částí kontrolního zápisu.
252. Vzhledem k rozsahu požadovaného plnění spočívajícího v identifikaci vad a stanovení odpovídajícího návrhu na jejich odstranění není dle navrhovatele možné provést zadavatelem požadovaný rozsah plnění v řádu desítek minut, nýbrž takové plnění vyžaduje časovou náročnost v řádu hodin, jelikož se jedná o specializovanou práci dle přesně daných postupů stanovených výrobcí.

#### **Další průběh správního řízení**

253. Úřad za účelem prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky prostřednictvím přípisu č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-26944/2018/542/VHu ze dne 14. 9. 2018 požádal o poskytnutí stanoviska Úřad pro obrannou standardizaci, katalogizaci a státní ověřování jakosti (dále jen „UROSKSOJ“).
254. Dne 24. 9. 2018 Úřad obdržel v reakci na přípis č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-26944/2018/542/VHu ze dne 14. 9. 2018 stanovisko UROSKSOJ ze dne 21. 9. 2018.

#### **Stanovisko UROSKSOJ ze dne 21. 9. 2018**

255. UROSKSOJ Úřadu sdělil, že jeho působnost je dána zákonem č. 309/2000 Sb., o obranné standardizaci, katalogizaci a státním ověřování jakosti výrobků a služeb určených k zajištění obrany státu a o změně živnostenského zákona, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o obranné standardizaci“).
256. K úkonu státní ověřování jakosti (dále jen „SOJ“) UROSKSOJ mj. uvedl, že jej provádí na žádost odběratele u dodavatele výrobku nebo služby, přičemž zjišťuje, zda se výrobek nebo služba shoduje s požadavky stanovenými ve smlouvě mezi odběratelem a dodavatelem, včetně odkazovaných norem či standardů. Nad rámec zákona o obranné standardizaci se UROSKSOJ, dle vnitřních předpisů rezortu Ministerstva obrany, vyjadřuje

i k návrhu zadávací dokumentace, a to z hlediska jednoznačnosti požadavků na výrobek nebo službu a rovněž z hlediska vytvoření podmínek pro provedení SOJ. O provedení SOJ však nebyl UROSKSOJ v předmětné veřejné zakázce požádán.

257. UROSKSOJ dále uvedl, že SOJ provádí podle schválené technické dokumentace uvedené ve smlouvě, přičemž v zařízení dodavatele a za jeho podpory provádí i vlastní zkoušení výrobků s cílem ověřit, že jsou smluvně stanovené technické parametry splněny. Jako příklad realizovaných činností UROSKSOJ označil kontrolní měření optických parametrů, zkoušení odolnosti vůči nízkým nebo vysokým teplotám a zkoušky hermetické odolnosti. Prováděna je i kontrola kompletnosti a balení. Dle charakteru přístrojů (jejich vlastností) nebo dodávaných počtů se zkoušky provádí podle UROSKSOJ buď u 100 % výrobků, nebo u stanoveného počtu vybraných výrobků dle smlouvy.
258. V šetřeném případě se však UROSKSOJ k návrhu zadávací dokumentace veřejné zakázky nevyjadřoval a ani nebyl o provedení SOJ požádán.
259. V poslední části předmětného stanoviska UROSKSOJ sice uvedl, že výrobce konkrétních přístrojů v příslušné technické dokumentaci stanovuje postup k jejich údržbě, avšak UROSKSOJ obsah rámcové dohody č. 155110192 nezná a především není oprávněn jakýmkoli způsobem zasahovat do práv odběratele stanovit své požadavky na poskytnutí služby (včetně požadavku na použitý postup) a není ani oprávněn vyjadřovat se k postupu, který stanovil (nebo doporučil) výrobce. Dle UROSKSOJ by tak bylo spekulativní vyjadřovat se k dalším možným postupům provedení příslušné údržby a je věcí zadavatele, aby stanovil, podle jaké dokumentace má být služba provedena.

#### **Další průběh správního řízení**

260. Usnesením č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-28144/2018/542/VHu ze dne 3. 10. 2018 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
261. Ve dnech 5. 10. 2018 a 8. 10. 2018 bylo zástupci navrhovatele na základě žádosti ze dne 4. 10. 2018 a ze dne 8. 10. 2018 a plné moci ze dne 4. 10. 2018 a ze dne 8. 10. 2018 umožněno opětovně nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
262. Dne 9. 10. 2018 bylo umožněno zástupci zadavatele na základě žádosti a pověření k nahlížení ze dne 4. 10. 2018 nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 10. 10. 2018**

263. Dne 10. 10. 2018 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-28144/2018/542/VHu ze dne 3. 10. 2018 vyjádření zadavatele z téhož dne.
264. Zadavatel úvodem tohoto vyjádření poukázal na skutečnost, že navrhovatel označil obsah některých dokumentů za obchodní tajemství, konkrétně se jedná o dohodu o technické asistenci ze dne 19. 10. 2011 včetně jejího dodatku ze dne 28. 3. 2018, o emailovou korespondenci výrobce Steiner eOptics, Inc. ze dne 3. 10. 2017 a o přílohu č. 1 návrhu rámcové dohody č. 155110192 rozsah a cena kontroly a prací preventivní údržby speciálních přístrojů USA, která je součástí nabídky navrhovatele.
265. Zadavatel je přesvědčen, že navrhovatel tím, že obsah předmětných dokumentů vyznačil jako obchodní tajemství, docílil toho, že dané dokumenty nemohou sloužit jako podklady pro vydání rozhodnutí a jsou proto vyloučeny ze správního spisu. Zde uvedené zadavatel

dovozuje ve vztahu k ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu a k úkonům činěným v rámci správního řízení sp. zn. S0186/2018/VZ. Dle zadavatele tak z hlediska dokazování výše uvedené dokumenty jako tvrzený důkaz o exkluzivitě navrhovatele v podstatě neexistují, a proto k nim nemůže být ani přihlíženo.

266. Jako jediné podklady tvrzené exkluzivity navrhovatele tak dle zadavatele zbývají čestná prohlášení výrobců, k čemuž uvádí, že z rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že jedinečnost ve vztahu k předmětu plnění při postupu dle ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona nelze pouhým čestným prohlášením prokázat, z čehož zadavatel dovozuje, že ani v tomto případě není jedinečnost navrhovatele prokázána. Zadavatel též podotkl, že řešený spor spočívá především v tvrzené exkluzivitě navrhovatele, a že zadavatel v rámci veřejné zakázky žádnou exkluzivitu nepožadoval.
267. Zadavatel dohodu o technické asistenci jakožto smluvní vztah zaštiťující spolupráci navrhovatele s předmětnými výrobcí, vzhledem k jeho obchodní povaze, nepovažuje za dokument, na jehož základě by mohl být zadavatel přinucen uložit plnění veřejné zakázky pouze navrhovateli. Důvodem tohoto tvrzení zadavatele je přesvědčení, že zadavatel nemůže nést břímě posuzování obchodně právních vztahů a obchodních politik dodavatelských subjektů, které se mohou každým dnem měnit. Samotná exkluzivita takových obchodních vztahů tak dle zadavatele jedinečnost neprokazuje.
268. Platnost exkluzivity prokazované prostřednictvím dohody o asistenci není dle zadavatele rozhodující, neboť ta dokládá pouhou dohodu mezi soukromými subjekty, že jsou si nějakým způsobem zavázáni ke spolupráci. Není však zřejmé, na základě jakého právního institutu jsou uvedení výrobci přístrojů oprávněni tvrdit, že nikdo jiný (případně jimi pověřená osoba) není oprávněn do jimi vyrobených přístrojů zasahovat, neboť není doložena žádná udělená patentová ochrana či obdobná ochrana výrobků daných výrobců. Ani z dokumentů tvořících spis správního řízení dle zadavatele takováto skutečnost nevyplývá. Navrhovatel tak dle zadavatele nepředložil žádný oficiální dokument, jenž by prokazoval, že předmětné přístroje jsou chráněny právem k průmyslovému či jinému duševnímu vlastnictví, který zadavatel považuje ve vztahu k oprávnění k odbornému ošetření přístrojů za stěžejní.
269. K obsahu přílohy č. 1 návrhu rámcové dohody č. 155110192 rozsah a cena kontroly a prací preventivní údržby speciálních přístrojů USA, která je součástí nabídky navrhovatele, zadavatel uvedl, že bez tohoto dokumentu lze jen stěží posuzovat nabídkové ceny vybraného dodavatele a navrhovatele, neboť z cenového rozsahu je zřejmé, že „hodinové sazby“ těchto účastníků zadávacího řízení se dramaticky neliší. Dle zadavatele navrhovatel naopak rozsah některých prací časově nadhodnotil.
270. K žádostem o vyjádření ze dne 5. 9. 2018, které Úřad vyhotovil v rámci správního řízení sp. zn. S0328/2018/VZ, zadavatel konstatoval, že je nutné zohlednit skutečnost, že předmět plnění veřejné zakázky je v obou vedených správních řízeních odlišný. K vyjádřením, jež Úřad obdržel v reakci na tuto žádost od společnosti PRAMACOM-HT, spol. s r.o. (vybraný dodavatel), Meopta – optika, s.r.o. a od Univerzity obrany zadavatel uvedl, že z nich jednoznačně vyplývá, že tyto odborné subjekty neshledávají specifickou odlišnost mezi přístroji vyráběnými v USA a přístroji vyrobenými mimo USA. Tato skutečnost dle zadavatele vyvrací především námitky navrhovatele týkající se pojmu „služby obdobného charakteru“. Všechny uvedené subjekty se dle názoru zadavatele vyslovily i tak, že provádění defektace



a běžných oprav přístrojů, jež jsou předmětem veřejné zakázky, lze považovat za obdobné k přístrojům vyjmenovaným Úřadem, což má být dle zadavatele dalším důkazem uznatelnosti kvalifikace vybraného dodavatele z hlediska služeb obdobného charakteru.

271. Zodpovězené otázky z předmětných žádostí o vyjádření ze dne 5. 9. 2018 týkající se výkresové dokumentace či náhradních dílů jsou dle zadavatele ve vztahu k veřejné zakázce bezpředmětné, neboť jejím předmětem nejsou opravy, a tím ani potřeba dodávek náhradních dílů.
272. Vyjádření Vojenského technického ústavu obdržené rovněž na základě žádosti o vyjádření ze dne 5. 9. 2018 zadavatel nepovažuje za relevantní, neboť mu není známo, že by tento subjekt sám realizoval práce, které jsou předmětem plnění veřejné zakázky, či práce spočívající v defektacích a opravách přístrojů nočního vidění. Zadavatel se domnívá, že Vojenský technický ústav nejspíše zajišťoval pouze dodávky samotných přístrojů.
273. Za další důkaz svědčící o neopodstatněnosti návrhu navrhovatele zadavatel považuje obě odborná stanoviska Agentury logistiky, s jejichž obsahem se plně ztotožnil. Zadavatel navíc ve vztahu k defektaci uvedl, že s rozsahem služeb byl navrhovatel prokazatelně seznámen, přičemž řešení této otázky nepředcházely včas podané námitky navrhovatele.
274. Zadavatel na obsahu vyjádření navrhovatele ze dne 10. 9. 2018 a na konkrétní části návrhu dokládá, že dle jeho názoru navrhovatel v předložených dokumentech uvádí rozporuplné informace. Konkrétně dle zadavatele navrhovatel v návrhu demonstruje, že plnění veřejné zakázky nemůže být realizováno nikým jiným než právě navrhovatelem, ačkoli v uvedeném vyjádření následně tvrdí, že činnosti kontroly a preventivní údržby u přístroje typu AN/AVS-9 doposud prováděl sám zadavatel, respektive uživatel.
275. Navrhovatel tak dle zadavatele tímto popřel veškerá tvrzení ohledně své jedinečnosti, neboť sám potvrzuje, že k plnění, jež je předmětem veřejné zakázky, je odborně způsobilý a oprávněný i sám zadavatel, tedy i jiné subjekty než navrhovatel. Tento fakt považuje zadavatel za stěžejní. K ostatním částem předmětného vyjádření navrhovatele není dle názoru zadavatele nutné se rozsáhleji vyjadřovat, neboť je přesvědčen, že jsou účelové s cílem zmařit veřejnou zakázku. Zadavateli totiž není známo, kdo jiný než uživatel (Agentura logistiky) by měl být považován za odborníka v dané problematice, a z jakého důvodu by nemělo mít jeho vyjádření plnohodnotnou váhu.
276. Zadavatel dále uvedl, že navrhovatel byl již několikrát upozorněn na to, že nabídkové ceny se vždy posuzují ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a že vzájemné posouzení nabídkových cen není relevantní, nýbrž se jedná pouze o určité vodítko. Vzhledem k vyjádření subjektů, které dle zadavatele potvrdily, že služby na jiných přístrojích jsou službami obdobnými, je dle názoru zadavatele zřejmé, že postup při hodnocení nabídkové ceny vybraného dodavatele ve veřejné zakázce vycházel z porovnání cen za stejné služby u obdobného přístroje MUM-14 a byl proto zcela relevantní a nikoli neporovnatelný, jak tvrdí navrhovatel.
277. Zadavatel je přesvědčen o neopodstatněnosti návrhu a o tom, že v rámci zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem, když rozhodl o výběru dodavatele. Ve vztahu k části návrhu je dle zadavatele nutné též postupovat dle § 257 písm. h) zákona.

### **Vyjádření navrhovatele ze dne 10. 10. 2018**

278. Dne 10. 10. 2018 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-28144/2018/542/VHu ze dne 3. 10. 2018 též vyjádření navrhovatele z téhož dne.
279. Navrhovatel úvodem předmětného vyjádření sdělil, že nadále trvá na skutečnostech uvedených v návrhu ze dne 15. 6. 2018, ve veškerých svých vyjádřeních podaných Úřadu v šetřené věci a v rámci předchozího správního řízení vedeného pod sp. zn. S0483/2017/VZ, pročež se na ně tímto odkázal. Následně se navrhovatel vyjádřil k vybraným dokumentům – podkladům pro vydání rozhodnutí.
280. K vyjádření zadavatele ze dne 25. 6. 2018 uvedl navrhovatel následující. Ve vztahu k tomu, zda předmětem veřejné zakázky jsou kontroly v rozsahu defektace, navrhovatel upozornil na skutečnost, že předmětem jeho námitek směřujících proti zadávacím podmínkám nebyla otázka, zda jsou požadovány kontroly v rozsahu defektace, neboť o tom neměl vzhledem ke znalosti dané problematiky a ke stanoveným zadávacím podmínkám pochybnost. Rozsah kontroly proto v rámci námitek proti zadávacím podmínkám v tomto směru nenamítal. Dle navrhovatele se ani zadavatel ve svém rozhodnutí o námitkách proti zadávacím podmínkám otázkou rozsahu kontroly odpovídající defektaci nezabýval.
281. Odpověď zadavatele vztahující se k tvorbě cen uvedená v rozhodnutí o námitkách navrhovatele proti zadávacím podmínkám dle navrhovatele svědčí o tom, že předmětem veřejné zakázky jsou kontroly přístrojů v rozsahu defektace. Pokud by však zadavatel požadoval kontrolu v tom rozsahu, v jakém nyní uvádí, tedy kontrolu spočívající ve vnější kontrole přístroje a ve zjištění, zda lze přístroj zapnout či vypnout, aniž by byl přístroj podroben důkladné kontrole a bylo zjištěno, co je příčinou poruchy, a navrhl způsob jejího odstranění, jak ukládají zadávací podmínky, stěžil by dle navrhovatele akceptoval jeho námitku a potvrdil, že postup kontrol může být u každého přístroje jinak náročný, jak učinil právě v předmětném rozhodnutí o námitkách navrhovatele proti zadávacím podmínkám.
282. Navrhovatel uvedl, že neměl důvod dále brojit proti zadávacím podmínkám, když měl a stále má za to, že rozsah kontroly stanovený zadávacími podmínkami odpovídá defektaci. Návrhem navrhovatel dle svého vyjádření nenapadá zadávací podmínky, neboť je přesvědčen, že ty zcela nepochybně definují kontrolu v rozsahu defektace. Skutečnost, že zadavatel vnímá rozsah kontroly jiným způsobem, měl navrhovatel zjistit až na základě rozhodnutí o výběru dodavatele, resp. jeho oznámení, když zadavatel uvedl, že *„[n]abídková cena společnosti Glomex MS, s.r.o., za provedení úkonů preventivní údržby (podle požadovaného rozsahu dle přílohy č. 1 dohody) je výrazně vyšší, a odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů před provedením jejich následné opravy, která není předmětem této veřejné zakázky“*. Navrhovatel tak věří, že nebylo v jeho možnostech proti této skutečnosti brojit v rámci institutu námitek proti zadávacím podmínkám.
283. Otázka rozsahu kontroly je dle navrhovatele jedním z významných aspektů ve vztahu k posouzení správnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení a souladu nabídkové ceny vybraného dodavatele se zadávacími podmínkami. Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že na rozdíl od něj, nabídka a nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a zadávacím podmínkám, a proto měl být vybraný dodavatel z účasti v zadávacím řízení vyloučen. O této skutečnosti dle navrhovatele svědčí i to, že vybraný dodavatel nacenil úkony kontroly a preventivní údržby všech přístrojů definovaných

veřejnou zakázkou stejnou částkou. Při poskytování služeb, jak je požaduje zadavatel v zadávacích podmínkách, je však dle názoru navrhovatele vyloučeno, aby úkony u jednotlivých přístrojů trvaly stejnou dobu a byly oceněny stejnou cenou, o čemž svědčí i postup zadavatele, který na základě námitek navrhovatele proti zadávacím podmínkám provedl změnu zadávací dokumentace.

284. Navrhovatel nesouhlasí ani s tvrzením zadavatele, že předseda Úřadu konstatoval, že předmětem veřejné zakázky není defektace. Taková skutečnost není dle jeho názoru v druhostupňovém rozhodnutí uvedena a ani z něj nevyplývá. Navrhovatel navíc uvedl, že nebylo v jeho možnostech se proti výroku původního rozhodnutí změněného druhostupňovým rozhodnutím odvolat.
285. Navrhovatel považuje za irelevantní tvrzení zadavatele, že defektace je předmětem jiné veřejné zakázky, a že tudíž nemůže být předmětem šetřené zakázky. Skutečnost, že se navrhovatel účastní obou veřejných zakázek, je dle navrhovatele pro vymezení zadávacích podmínek v předmětné veřejné zakázce zcela nevýznamná. Navrhovatel k tomu dodává, že v případě obou veřejných zakázek postupoval v souladu s příslušnými zadávacími podmínkami, které považoval z daného hlediska v době podání nabídky za jednoznačné. Navrhovatel tak neshledal důvod dotazovat se zadavatele v některé z těchto dvou veřejných zakázek, zda opravdu požaduje poskytovat plnění, které v zadávací dokumentaci definoval.
286. K otázce obdobnosti přístrojů navrhovatel uvádí, že netvrdí, že referenční služby se musí vztahovat k přístrojům totožným s těmi, jež jsou předmětem veřejné zakázky. Navrhovatel je však přesvědčen, že aby bylo možné považovat služby za obdobné předmětu veřejné zakázky, je nezbytné, aby se vztahovaly k obdobným typům přístrojů, tedy k přístrojům, které jsou z hlediska konstrukčního i z hlediska podmínek, jež se k nim neodmyslitelně vážou, srovnatelné s přístroji definovanými veřejnou zakázkou. Pouze tak může být dle navrhovatele prokázána zkušenost s plněním, jež je předmětem veřejné zakázky, což je dle zákona i základním účelem prokázání technické kvalifikace. Navrhovatel též zastává názor, že vybraný dodavatel svými referencemi zkušenost s obdobnými službami ve vztahu k obdobným přístrojům neprokázal, a že vybraný dodavatel nemá žádnou zkušenost s plněním srovnatelným s předmětem veřejné zakázky.
287. K tvrzení, že zadavatel nikdy neobdržel manuál k údržbě, navrhovatel dodává, že tato skutečnost se týká manuálu k údržbě přístroje typu AN/PVS-21, což má být zřejmé i z obsahu námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Argumentace navrhovatele z návrhu o tom, že vojenský útvar Sedlec u Náměšti nad Oslavou provádí kontrolu přístrojů AN/AVS-9 podle manuálu výrobce Nightline, Inc., tak není dle navrhovatele s daným tvrzením v rozporu.
288. V reakci na uvedený názor zadavatele k části návrhu ve vztahu k výslovnému popisu propočtů v rámci argumentace týkající se mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatel uvádí, že se nejedná o nové skutečnosti, ale pouze o podrobnější popis postupu, který navrhovatel začlenil v návaznosti na reakci zadavatele z nového rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel je však přesvědčen, že postup, jak k uvedeným částkám dospěl, je zcela evidentní již z podaných námitek.
289. K tvrzení zadavatele, že nemůže nastat situace, kdy by dodavatel objížděl vojenské útvary a v každém plnil svůj závazek k jednomu přístroji, navrhovatel uvádí, že tento názor nemá oporu v zadávacích podmínkách, neboť zadavatel v zadávací dokumentaci neuvádí, zda bude

najednou kontrolováno více než 5 ks přístrojů a zda budou tyto přístroje dislokovány na různých místech plnění. Navrhovatel proto kalkuluje s minimální a zároveň největší pravděpodobností i s nejběžnější variantou dílčího plnění, tedy, že zadavatel bude požadovat kontrolu právě 5 ks přístrojů s tím, že běžně může docházet k tomu, že přístroje budou dislokovány na různých místech plnění.

290. Navrhovatel se dále vyjádřil k odpovědím subjektů, jež Úřad obdržel v reakci na žádosti o vyjádření ze dne 5. 9. 2018 vyhotovené v rámci správního řízení sp. zn. S0328/2018/VZ.
291. K vyjádření společnosti PRAMACOM-HT, spol. s r.o. (vybraného dodavatele) ze dne 11. 9. 2018 navrhovatel uvedl, že v odpovědi na první otázku Úřadu uvádí nepravdivé a zavádějící informace. Položka č. 7 není dle navrhovatele proprietární variantou položky č. 4, nýbrž se jedná o unikátní zařízení výrobce Nightline, Inc., které žádná jiná společnost nevyrábí. Ani informace ohledně data vývoje nepovažuje navrhovatel za pravdivé, neboť např. modul CEHUD k AN/PVS-21 byl vyvinut a uveden na trh v roce 2011 a od té doby byl výrobcem několikrát zdokonalován. Vysvětlení zkratky AN/PVS navrhovatel označil z hlediska dané věci za zcela bezpředmětné.
292. Specifičnost přístrojů americké výroby, k nimž se váže předmět veřejné zakázky, je dle navrhovatele dána především jejich speciální konstrukcí a souvisejícími přísnými podmínkami nakládání s nimi. Z důvodu technologické jedinečnosti pak vláda USA uvaluje přísné podmínky na dodávku přístrojů nočního vidění americké výroby i na samotné podmínky jejich držení, tzn. dle navrhovatele umístění v uzavřeném zamřížovaném prostoru s omezeným vstupem, nutnost pravidelného přepočítávání přístrojů odpovědnými osobami AČR a pravidelná kontrola sériových čísel přímo ambasádou USA na jednotlivých vojenských útvech AČR.
293. Vysoká kvalita zesilovačů a jedinečnost technického řešení konstrukce některých přístrojů formou skládané optiky, především u přístrojů typu AN/PVS-21, AN/PVS-22 a AN/PVS-27, umožňuje dle navrhovatele velkou převahu držitele daného přístroje proti protivníkovi. Ze strany vlády USA je proto nutné důsledně kontrolovat nejen pohyb přístrojů samotných, ale i technickou dokumentaci a technologické postupy výroby, kontrol a oprav, k čemuž navrhovatel dodává, že vládě USA musí AČR hlásit i ztrátu přístroje či jeho zničení.
294. Rovněž v odpovědi vybraného dodavatele na další dotazy Úřadu označil navrhovatel za nepravdivé, k čemuž však zároveň podotkl, že dané otázky se týkaly oprav přístrojů nočního vidění, které netvoří předmět veřejné zakázky. Jako příklad nepravdivého tvrzení navrhovatel uvedl možnost nastavení dioptrické korekce, která má být dle vybraného dodavatele jedním ze shodných prvků konstrukce všech dotčených přístrojů nočního vidění, avšak dle navrhovatele přístroj typu AN/PVS-21 touto možností nedisponuje.
295. Navrhovatel dále uvedl, že vybraný dodavatel ve své odpovědi zcela opomíjí modul CEHUD k AN/PVS-21, přičemž se jedná o přístroj zcela odlišný od ostatních 10 přístrojů definovaných veřejnou zakázkou, neboť se v jeho případě nejedná o přístroj nočního vidění, nýbrž o modul průhledového displeje umožňující promítat do přístroje typu AN/PVS-21 obraz z externího zdroje a to v plných barvách.
296. Navrhovatel je na základě výše uvedeného přesvědčen, že vyjádření vybraného dodavatele ze dne 11. 9. 2018 dokládá jeho nezkušenost a neschopnost plnit veřejnou zakázku

a současně se jeví jako účelové, neboť se nepravdivými informacemi snaží obhájit svoji pozici v rámci předmětného zadávacího řízení.

297. K vyjádření Vojenského technického ústavu ze dne 13. 9. 2018 navrhovatel uvedl, že předmětné odpovědi se vztahují k opravám přístrojů nočního vidění. Přesto se navrhovatel ztotožňuje s názorem, že je nezbytné mít k dispozici vyškolený personál a potřebné informace za účelem realizace služeb u přístrojů nočního vidění, neboť jej lze aplikovat rovněž na předmět veřejné zakázky, jímž je nakládání s přístroji při provádění kontroly a údržby.
298. Ve vztahu k vyjádření společnosti Meopta – optika, s.r.o. ze dne 14. 9. 2018 navrhovatel zdůraznil, že tato společnost má praktickou zkušenost pouze s několika z uvedených 11 přístrojů, a že sama přiznává, že nemá zkušenost s přístroji typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulem CEHUD k AN/PVS-21. Vzhledem k této skutečnosti tak navrhovatel považuje vyjádření předmětné společnosti za irelevantní, neboť se dle něj jedná o pouhé domněnky. I tak však byla dle jeho názoru schopna potvrdit, že dané přístroje obsahují konstrukční prvky, které jsou specifické, a že jsou tak od ostatních přístrojů odlišné.
299. Navrhovatel je přesvědčen, že vyjádření společnosti Meopta – optika, s.r.o. dokládá jím tvrzené skutečnosti ohledně rozdílnosti a jedinečnosti přístrojů typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 a rovněž výhradní postavení navrhovatele ve vztahu k nim.
300. Úvodem reakce na vyjádření Univerzity obrany ze dne 17. 9. 2018 navrhovatel uvedl, že v rámci odpovědi na dotaz č. 3 bylo konstatováno, že ke kontrole a justáži přístrojů typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 jsou zapotřebí speciálně konstruované diagnosticko justážní přístroje vyvinuté speciálně k těmto přístrojům, z čehož navrhovatel dovozuje, že ze strany daného subjektu byly potvrzeny skutečnosti jím tvrzené, neboť takovým přístrojem je dle navrhovatele např. divergenční přístroj typového označení 2733-0246-1. Dle navrhovatele je tento přístroj nezbytný ke kontrole divergence, je vyráběn pouze ze strany výrobce Steiner eOptics, Inc. a pro Českou republiku jej má k dispozici pouze navrhovatel.
301. Na odpověď č. 4 byly dle navrhovatele Univerzitou obrany definovány podmínky, které je nutné splnit pro plnění veřejné zakázky (pro provedení defektace). Dle nich dodavatel musí mít nejen teoretické znalosti (být vyškolen v požadovaném plnění konkrétním výrobcem), ale i praktické dovednosti (zkušenosti s prováděním kontrol resp. defektace u daných typů přístrojů), dále mít k dispozici technologické postupy (dokumentaci k provádění kontrol, resp. defektací, od výrobce), kontrolně diagnostické a justážní přístroje (např. výše uvedený přístroj ke kontrole divergence od výrobce Steiner eOptics, Inc.) a mít vyřešenu právní stránku (soulad postupů s právními předpisy a podmínkami výrobců, neboť kontroly, resp. defektace přístrojů, musí být prováděny v souladu s požadavky/doporučeními výrobce, s požadavky vlády USA, Licenční správy Ministerstva průmyslu a obchodu České republiky a s požadavky zadavatele). Navrhovatel tak dovozuje, že vyjádření Univerzity obrany potvrzuje závěry uvedené navrhovatelem v návrhu, přičemž nemá pochyby, že vybraný dodavatel podmínky definované Univerzitou obrany nesplňuje a ani je splňovat nebude.
302. Obecně se navrhovatel se stanoviskem Univerzity obrany ztotožnil, avšak vyjádřil nesouhlas s tvrzením, že přístroje jsou konstruovány tak, aby výměna zesilovače jasu obrazu byla

relativně rychlá a jednalo se o technicky méně náročnou operaci. Navrhovatel je přesvědčen, že zde uvedené neplatí pro přístroje typu AN/PVS-21, neboť výměna zesilovače jasu obrazu u nich musí být z důvodu jeho laboratorně přesného umístění na cestě mezi objektivem, průhledovým displejovým modulem CEHUD a zobrazovacím multikanálovým průhledovým okulárem prováděna pouze u výrobce. Univerzita obrany si této skutečnosti dle navrhovatele nemohla být vědoma, neboť předmětné přístroje ani podobná data neměla nikdy k dispozici.

303. Souhrnně ke všem čtyřem stanoviskům, jež Úřad obdržel v reakci na žádosti o vyjádření ze dne 5. 9. 2018, navrhovatel uvedl, že ani jeden z předmětných subjektů neměl možnost se s přístroji typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a s modulem CEHUD k AN/PVS-21 z licenčních důvodů seznámit, neboť jejich zpřístupnění podléhá schválení vládou USA na základě žádosti Ministerstva obrany ČR, k čemuž dle navrhovatele nedošlo.
304. Vyjádření těchto čtyř subjektů tak nemůže být ve vztahu k technologické jedinečnosti a specifičnosti přístrojů typu AN/PVS-21 dle navrhovatele bráno jako stěžejní a rozhodující v dané věci, neboť může být založeno pouze na obecných znalostech a na veřejnosti dostupných informacích uváděných na internetových stránkách výrobce, kde jsou však z důvodu ochrany technologie technické informace zpřístupněny pouze v omezené míře. Oslovené subjekty tak na rozdíl od výrobců předmětných přístrojů či ambasády USA v ČR nedisponují dle navrhovatele relevantními praktickými ani teoretickými znalostmi.
305. Ve vztahu k vyjádřením společností Meopta – optika, s.r.o. a PRAMACOM-HT, spol. s r.o. (vybraného dodavatele) navrhovatel rovněž upozornil na skutečnost, že se jedná o konkurenční společnosti navrhovatele, přičemž je přesvědčen, že především vyjádření vybraného dodavatele nelze považovat za odpovídající a objektivní.
306. K vyjádření vybraného dodavatele ze dne 7. 9. 2018 navrhovatel uvedl, že tvrzená skutečnost, že vybraný dodavatel je vybaven optickou laboratoří a dalšími testovacími a měřícími zařízeními, které umožňují v koordinaci se zaškoleným personálem provádět veškeré standardně požadované úkony od zákazníků jako je Ministerstvo obrany ČR, je pouze nekonkrétní informací obecného charakteru. To, že vybraný dodavatel disponuje optickou laboratoří je dle navrhovatele pro potřeby plnění veřejné zakázky bezvýznamné, neboť služby mají být podle zadávací dokumentace prováděny u jednotlivých útvarů a nikoli u dodavatele. Vybraný dodavatel dle názoru navrhovatele nedisponuje ani proškoleným personálem, a to při nejmenším ve vztahu k přístrojům typu AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a k modulu CEHUD k AN/PVS-21.
307. K informaci, že přístroje jsou kontrolovány a testovány pod dohledem UROSKSOJ navrhovatel uvedl, že vybraný dodavatel se zřejmě záměrně opomenul zmínit o tom, že tato situace nastává pouze v případě, kdy takový postup požaduje Ministerstvo obrany ČR. Ve vztahu k podání Agentury logistiky navrhovatel odkázal na své vyjádření ze dne 10. 9. 2018.
308. UROSKSOJ přitom dle navrhovatele ve svém stanovisku ze dne 21. 9. 2018 jednoznačně uvedl, že postup pro údržbu přístrojů stanovuje v příslušné technické dokumentaci výrobce. K tomu navrhovatel dodává, že tato skutečnost je nesporná, neboť provádění údržby jiným způsobem, i s ohledem na povahu a složitost předmětných přístrojů, není možné, a že ke všem manuálům výrobců potřebným pro plnění veřejné zakázky má přístup pouze

navrhovatel. Mimo výše uvedené se navrhovatel vyjádřil též k obsahu žádosti o účast a k nabídce vybraného dodavatele.

309. K jediné zadavatelem uznané referenci vybraného dodavatele týkající se doložení splnění technické kvalifikace navrhovatel uvedl, že vybraný dodavatel rozdělil poskytnuté plnění na kontrolní prohlídky, běžné opravy a nálezoové opravy, a ze smluvního vztahu je dle něj zřejmé, že částka 49 500 000 Kč vč. DPH je částkou maximální, kterou bylo možné za plnění dané smlouvy vynaložit. Otázkou tak dle navrhovatele zůstává, zda tato částka byla vůbec vyčerpána. Je také přesvědčen, že bylo povinností zadavatele zjistit rozsah (hodnotu) skutečně poskytnutých služeb spočívajících v kontrole, aby předmětnou smlouvu, resp. část jejího plnění, mohl akceptovat.
310. Navrhovatel je dále přesvědčen o účelovosti tvrzení zadavatele, že kontrolní zápis slouží jako informace o stavu přístroje, resp. jako podklad k případné defektaci a opravě. Navrhovatel v tomto kontextu poukázal na to, že kontrolní zápis uvedený v příloze č. 2 výše uvedené rámcové smlouvy odpovídá kontrolnímu zápisu stanovenému v příloze č. 5 PSP předmětné veřejné zakázky. Obsahem obou zápisů přitom má být dle navrhovatele kontrolní zjištění – nález (identifikace poruchy) a údaj o jejím odstranění. K tomu navrhovatel dodává, že kontrolní prohlídky byly dle rámcové smlouvy zadavatelem identifikovány jako defektace.
311. Mimo výše uvedené je navrhovatel též přesvědčen o tom, že předmětná reference vybraného dodavatele není akceptovatelná i z dalších důvodů uvedených v návrhu, a že žádost o účast vybraného dodavatele neobsahuje osvědčení objednatele, ačkoli jsou povinnou součástí dokumentace k prokázání technické kvalifikace podle § 196 odst. 1 písm. b) zákona.
312. Navrhovatel je přesvědčen, že ani nabídka vybraného dodavatele nebyla podána v souladu se zadávacími podmínkami, a to z důvodu, že vybraný dodavatel v návrhu rámcové dohody v čl. X odst. 2 neuvedl požadované faxové spojení, čímž odmítl požadavek zadavatele na zasílání reklamace prostřednictvím faxu. Dalším pochybením vybraného dodavatele mělo být uvedení rozsahu plnění v příloze č. 1 dohody č. 155110192 v bodě 5 jako „*provedení vyčištění přístroje dle platných TP (vyčištění suchým dusíkem)*“, ačkoli požadavek zadavatele na základě změny zadávací dokumentace byl definován jako „*provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem*“, což mělo mít zásadní význam pro plnění veřejné zakázky.
313. Z důvodu nesouladu žádosti o účast a nabídky vybraného dodavatele se zadávací dokumentací a zákonem bylo dle navrhovatele povinností zadavatele vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit, a to pro nesplnění zadávacích podmínek. Uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem by bylo dle navrhovatele rovněž v rozporu s § 51 odst. 3 zákona, neboť rámcová dohoda musí odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele, což by nebylo možné naplnit i s ohledem na to, že nabídka nesmí být po uplynutí lhůty pro podání nabídek dle § 46 odst. 2 zákona měněna.
314. Navrhovatel je tak i nadále přesvědčen, že zadavatel porušil svým jednáním v zadávacím řízení pravidla stanovená zákonem, čímž ovlivnil též výběr dodavatele. Navrhovatel se proto domáhá, aby Úřad uložil nápravné opatření podle § 263 zákona.

**Rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 11. 2018**

315. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-33277/2018/542/VHu ze dne 13. 11. 2018 (dále jen „napadené rozhodnutí“) ve výroku I. konstatoval, že podle § 265 písm. a) zákona zamítá návrh navrhovatele ze dne 15. 6. 2018 v části, která směřuje proti nesplnění kritérií technické kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, konkrétně proti postupu zadavatele při posouzení splnění kritérií technické kvalifikace ve vztahu k požadavku uvedenému v čl. 4 odst. 4.1 zadávací dokumentace, dle kterého „*[u]chazeč musí prokázat technickou kvalifikaci podle § 196 odst. 1 písm. b) zákona seznamem významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele*“, a která obsahuje námitky ohledně nesplnění požadavku na předložení služeb obdobného charakteru ze strany vybraného dodavatele, tedy nedoložení zkušeností vybraného dodavatele s plněním, jež je předmětem veřejné zakázky, a námitky vztahující se k obsahu výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele uvedenému v oznámení o výběru dodavatele ze dne 30. 10. 2017 neboť v této části návrhu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 zákona.
316. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se správní řízení v části návrhu navrhovatele ze dne 15. 6. 2018, na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky, která směřuje proti zadávacím podmínkám, resp. proti rozsahu předmětu plnění, kdy požadovaný rozsah kontroly dle navrhovatele odpovídá tzv. defektaci, podle § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.
317. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky, při postupu dle § 113 odst. 1 zákona, zásadu transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, když učinil ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017 závěr, že „*[n]abídková cena společnosti Glomex MS, s.r.o., za provedení úkonů preventivní údržby (podle požadovaného rozsahu dle přílohy č. 1 dohody) je výrazně vyšší, a odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů před provedením jejich následné opravy, která není předmětem této veřejné zakázky*“ a že „*[n]abídková cena společnosti PRAMACOM-HT, spol. s r.o., odpovídá předpokládané ceně z hlediska rozsahu úkonů požadovaných k provedení preventivní údržby jednotlivý[ch] speciálních přístrojů a z tohoto důvodu nebylo využito posouzení nabídkové ceny podle § 113 o mimořádně nízké nabídkové ceně*“, tedy závěr o neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny, aniž by, v situaci kdy identifikoval výrazný rozdíl mezi nabídkovými cenami účastníků řízení, při úkonech směřujících k objasnění případné existence mimořádně nízké nabídkové ceny, přistoupil k objektivnímu objasnění a zodpovězení otázky, v jakém rozsahu byly jednotlivé úkony tvořící předmět veřejné zakázky, obzvláště úkony spojené s předusíkováním předmětných přístrojů (jejichž kontrola a preventivní údržba měla být předmětem veřejné zakázky), účastníky zadávacího řízení, resp. vybraným dodavatelem, předloženy a naceněny, čímž se postup zadavatele ve vztahu k posouzení možné existence mimořádně nízké nabídkové ceny stal netransparentním a mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
318. Úřad výrokem IV. napadeného rozhodnutí jako opatření k nápravě postupu zadavatele uvedeného ve výroku III. napadeného rozhodnutí podle ustanovení § 263 odst. 2 zákona



zrušil úkon zadavatele zachycený ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017 spočívající v konstatování závěru o neexistenci mimořádně nízké nabídkové ceny a rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 30. 10. 2017 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

319. Výrokem V. napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedeného Úřadem pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
320. Výrokem VI. napadeného rozhodnutí Úřad podle § 266 odst. 1 zákona, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, uložil zadavateli povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
321. Dne 30. 11. 2018 obdržel Úřad přípis zadavatele z téhož dne, jímž zadavatel podal rozklad proti výroku III. napadeného rozhodnutí.

#### **Rozklad zadavatele ze dne 30. 11. 2018**

322. Zadavatel v daném rozkladu nejprve upozornil na skutečnost, že Agentura logistiky je nedílnou součástí zadavatele, pročež zastává názor, že z hlediska zákona je zadavatelem a nelze na ni ve správním řízení nahlížet jakkoli odděleně od zadavatele. Z textu napadeného rozhodnutí je dle zadavatele však zřejmé, že tak Úřad činí. Od této skutečnosti se dle zadavatele odvíjí i nesprávné právní posouzení věci, neboť je zadavateli vytýkáno, že nedostál své povinnosti při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, kterou nemohl vystavět na odborných posudcích uživatele. Zadavatel uvedl, že využil svého zákonného práva a v souladu s ustanovením § 42 zákona pověřil k provádění úkonů dle zákona komisi, jejímž členem byl právě zástupce uživatele, tj. Agentury logistiky.
323. Zadavatel podotkl, že přesto, že se v případě Agentury logistiky jedná o zadavatele, nebyl tento subjekt osloven jako účastník správního řízení, o čemž je zadavatel přesvědčen, že tato skutečnost je v rozporu se správním řádem a že se jedná o chybu ve vedení správního řízení, která je za situace, kdy již Úřad vydal napadené rozhodnutí, neodstranitelná. Úřad musí mít dle zadavatele ve smyslu ustanovení § 27 správního řádu a v návaznosti na ustanovení § 4 zákona postaveno najisto, kdo je účastníkem řízení a v souladu se správním řádem k němu tak i přistupovat. Úřad dle zadavatele na základě vyjádření Agentury logistiky, které si vyžádal, dovozuje ve vztahu ke stanovení ceny nutnou provázanost s oceněním a vyjasněním si rozsahu požadovaných úkonů, a to pouze vzhledem ke skutečnosti, že Agentura logistiky z dobré vůle detailně objasňovala požadované práce Úřadu coby „laikovi“ v oboru. Odborně způsobilý dodavatel si dle zadavatele musí být požadovaného rozsahu úkonů vědom, pročež se zadavatel domnívá, že mu nelze přičítat k tíži, že s danou odborností počítá.
324. Na základě takových skutečností nelze dle zadavatele nyní usuzovat, že je jeho povinností prověřovat, v jakém rozsahu byly jednotlivé úkony tvořící předmět veřejné zakázky. Zadavatel je přesvědčen, že takovou dedukcí opakovaně otevírá otázku, zda předmětem veřejné zakázky je či není defektace, k čemuž zadavatel uvedl, že součástí veřejné zakázky

požadavek na defektaci není, o čemž je dle zadavatele spraven navrhovatel a názoru zadavatele přisvědčil i předseda Úřadu.

325. Zadavatel zastává názor, že ke kroku „dožadování“ cenového rozboru od dodavatelů není ze zákona oprávněn. Uvedené lze dle zadavatele opřít o znění zadávací dokumentace, kde je v příloze č. 1 dohody č. 155110192 uvedeno, co mají uchazeči ocenit (nabídková cena za práce na každém jednotlivém přístroji). Zadavatel uvedl, že dále je v této příloze popsán požadovaný rozsah úkonů, který však slouží jako „popis“ služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky, a nikoli jako „položky“, jež by měly být oceněny. Nyní není dle zadavatele po dodavatelích možné spravedlivě požadovat ocenění jednotlivých položek, když takový požadavek v zadávací dokumentaci nezaznívá.
326. Zarážející je dle zadavatele i fakt, že se Úřad zaměřuje pouze na jednu položku z celkem 8 požadovaných úkonů, neboť dle zadavatele by bylo optikou Úřadu nutné přistoupit k požadavku na „dožádání“ cenového rozboru veškerých požadovaných úkonů, což by např. u „převzetí přístroje“ bylo v podstatě proti logice koncepce cenového rozpočtu, který však nebyl žádán.
327. Zadavatel je přesvědčen, že Úřad svým názorem, jakým způsobem má přesně a detailně proběhnout posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny, s prezentací svého myšlenkového pochodu, a že se zadavatel má zaměřit zrovna na jeden z úkonů, předusíkování, ač takový postup nemá oporu v zadávací dokumentaci, vstupuje do myšlenkových pochodů zadavatele, resp. je nahrazuje vlastním správním uvážením, byť sám v bodě 394. odůvodnění napadeného rozhodnutí uznává, že k takovému postupu není oprávněn. Zadavatel se ve vztahu k této skutečnosti odkázal na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, konkrétně na část rozsudku č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009. Z výroku III. napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění je dle zadavatele patrné, že Úřad posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatelem v podstatě provádí, neboť jej nahrazuje vlastním uvážením.
328. Zadavatel je tak přesvědčen, že výrok III. napadeného rozhodnutí trpí vadou, která způsobila nezákonnost napadeného rozhodnutí, a proto jej navrhuje zrušit.

#### **Další průběh správního řízení**

329. Dne 3. 12. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-35670/2018/542/VHu z téhož dne, jímž stanovil navrhovateli a vybranému dodavateli lhůtu k vyjádření se o rozkladu zadavatele.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu ze dne 6. 12. 2018**

330. Dne 6. 12. 2018 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Navrhovatel úvodem tohoto vyjádření ze dne 6. 12. 2018 (dále jen „vyjádření navrhovatele k rozkladu“) uvedl, že nadále trvá na skutečnostech uvedených ve svém návrhu a ve svých vyjádřeních k dané věci.
331. K argumentaci zadavatele uvedené v rozkladu ve věci posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny navrhovatel uvedl následující.
332. Dle navrhovatele rozsah plnění, resp. jednotlivých úkonů kontroly je zadavatelem definován odkazem na manuály výrobců a kontrolním zápisem, k čemuž navrhovatel odkázal na bod 4.

a 7. přílohy č. 1 PSP. Rozsah úkonů preventivní údržby, kterému dle navrhovatele odpovídá zejména část plnění dle bodu 5. přílohy č. 1 PSP spočívající v provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem, není dle navrhovatele v zadávacích podmínkách blíže vymezen, avšak u přístrojů typu AN/PVS-21 jsou dané postupy dle navrhovatele stanoveny pouze v manuálu k údržbě.

333. Navrhovatel je přesvědčen, že vybraný dodavatel prokazatelně nedisponuje všemi potřebnými manuály a nedisponoval jimi ani v době zpracování nabídky. Bez znalosti postupů stanovených danými manuály výrobců přístrojů nočního vidění a časové a finanční náročnosti jednotlivých úkonů není dle navrhovatele možné nabídkovou cenu, která by odpovídala předmětu veřejné zakázky, určit. Znalost rozsahu plnění je dle navrhovatele pro stanovení nabídkové ceny zcela zásadní. Navrhovatel se domnívá, že ačkoli byly veškeré tyto skutečnosti zadavateli známy, neučinil žádné relevantní kroky, aby výši nabídkové ceny vybraného dodavatele objasnil.
334. Navrhovatel zastává názor, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá rozsahu plnění vymezenému zadavatelem a vzhledem k tomu, že vybraný dodavatel nemá prokazatelně k dispozici veškeré údaje nezbytné k jejímu stanovení, ani mu odpovídat nemůže, protože za ni nelze veřejnou zakázku realizovat.
335. S ohledem na výše uvedené je dle navrhovatele nepochybné, že zadavatel své povinnosti posoudit nabídkovou cenu vybraného dodavatele dle § 113 zákona nedostál. Vzhledem k argumentaci zadavatele a znalosti veškerých skutečností z jeho strany se navrhovatel domnívá, že zadavatel tak činil záměrně, neboť by řádným posouzením nabídkové ceny vybraného dodavatele a požadavkem na rozbor nabídkové ceny s uvedením rozsahu jednotlivých úkonů vyšlo najevo, že vybraný dodavatel není schopen rozsah plnění identifikovat a veřejnou zakázku podle zadávacích podmínek plnit.
336. Závěrem k argumentaci zadavatele ohledně neoprávněnosti požadovat po vybraném dodavateli rozbor nabídkové ceny uvedl, že nemá oporu v zákoně ani v jiném právním předpise. Navrhovatel se naopak domnívá, že takový postup zákon přímo umožňuje, protože se odkázal na ustanovení § 46 odst. 1 zákona a též na rozhodovací praxi Úřadu. Navrhovatel uvedl, že povinnost zabývat se při nabývání majetku nabídkovou cenou a ověřit její výši je upravena i dalšími právními předpisy, např. zákonem č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů.
337. Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v rozporu se zákonem a nedodržel pravidla stanovená pro posouzení nabídkové ceny, proto navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

#### **Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 7. 2. 2019**

338. Předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0197/2018/VZ-03952/2019/322/JSu ze dne 7. 2. 2019 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“) zrušil výroky III., IV., V. a VI. napadeného rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátil Úřadu k novému projednání. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí uvedl, že s ohledem na skutečnost, že zadavatel rozkladem napadl pouze výrok III. napadeného rozhodnutí, byly z přezkumu v rámci řízení o rozkladu dle § 89 odst. 2 správního řádu vyloučeny výroky I. a II. napadeného rozhodnutí, neboť tyto nebyly napadeny rozkladem a nelze je ani považovat za výroky závislé na výroku III. napadeného rozhodnutí.

339. Úřad s ohledem na výše uvedené ve vztahu k výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí uvádí, že nabyly rozkladem zadavatele dotčeny, protože oba nabyly právní moci dne 4. 12. 2018.
340. Ve vztahu k výroku III. napadeného rozhodnutí, ve kterém Úřad dovodil, že zadavatel nepostupoval v zadávacím řízení transparentně, když dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu (dále jen „MNNC“), i když se dopodrobna nezabýval tím, jak vybraný dodavatel a navrhovatel nacenili dílčí kroky poptávaného plnění veřejné zakázky, zejména předusíkování optických přístrojů, se předseda Úřadu předně vyjádřil obecně k postupu zjišťování MNNC.
341. Předseda Úřadu sdělil, že institut MNNC obecně upravuje § 113 zákona, z jehož ustanovení plyne pro zadavatele povinnost zabývat se přítomností MNNC v nabídkách uchazečů o veřejnou zakázku. Proces posouzení MNNC přitom lze dle jeho názoru rozdělit do dvou fází, kde v první z nich provede zadavatel posouzení, zda nabídky uchazečů o veřejnou zakázku MNNC obsahují. Dospěje-li zadavatel k závěru, že tomu tak je, dotáže se následně konkrétního dodavatele, aby MNNC zdůvodnil. Na posouzení dodavatelem předloženého odůvodnění pak závisí, zda zadavatel bude mít povinnost daného dodavatele ze zadávacího řízení vyloučit (viz § 113 odst. 6 zákona), bude mít pouze takovou možnost (a to v případě, kdy zadavatel neshledá odůvodnění MNNC za dostatečné) či jej, za předpokladu, že dodavatelem předložené odůvodnění bude zadavatel považovat za dostatečné, nevyloučí.
342. Předseda Úřadu vyslovil souhlas se závěrem Úřadu uvedeným v bodě 369. odůvodnění napadeného rozhodnutí., že je povinností zadavatele posoudit, zda nabídky dodavatelů neobsahují MNNC. Dle předsedy Úřadu dále zákon ukládá povinnost dotázat se dodavatelů pouze v okamžiku, kdy přítomnost MNNC skutečně zjistí, neboť tento závěr následuje i logiku, se kterou je nutno na institut MNNC pohlížet. Za primární ochrannou funkci MNNC přitom lze označit skutečnost, že institut MNNC chrání především samotné zadavatele, obdobně jako např. technické kvalifikační podmínky ve smyslu § 79 a násl. zákona, před tím, aby byli nuceni uzavřít smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky s dodavatelem, u něhož má zadavatel pochybnosti, že bude schopen veřejnou zakázku řádně realizovat. Zde se předseda Úřadu mj. odkázal na důvodovou zprávu k zákonu, kde je ve vztahu k § 113 zákona uvedeno, že *„[i]nstitut mimořádně nízké ceny slouží k ochraně zadavatele před nabídkami dodavatelů, které by s ohledem na cenu představovaly riziko, že dodavatel nebude schopen za nabízenou cenu zakázku splnit“*.
343. Předseda Úřadu dále uvedl, že s ohledem na to, že MNNC je ve smyslu zákona zejména nástrojem ochrany zadavatele, je zcela pochopitelný imperativ na maximální dodržení zásady transparentnosti, neboť postup může často směřovat k vyloučení dodavatele, v jehož nabídce byla MNNC identifikována, což je krok zadavatele vedoucí k zásahu do práv dodavatelů a k omezení hospodářské soutěže. V tomto smyslu se dle předsedy Úřadu požadavek na transparentnost projeví zejména ve druhé fázi posuzování MNNC, tzn., kdy již dochází k dotázání se dodavatele, aby odůvodnil nalezenou MNNC. Dle názoru předsedy Úřadu je však otázkou, zda je zadavatel nucen postupovat stejným způsobem i v první fázi posouzení MNNC, kdy doposud nemůže dojít k postupu, jenž by omezil hospodářskou soutěž nebo vedl k vyloučení konkrétního dodavatele.
344. Předseda Úřadu též poukázal na to, že koncepčně se přístup zákona k MNNC liší od předchozí právní úpravy dané zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění

pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“). ZVZ stanovil, že v případě, kdy není MNNC ze strany dodavatele zdůvodněna vůbec nebo není zdůvodněna dostatečně, musel zadavatel přistoupit k vyloučení takového dodavatele, resp. k vyřazení jeho nabídky z hodnocení. Zákon však takovou povinnost u zadavatele dovozuje pouze, pokud z odůvodnění MNNC plyne, že dodavatel porušuje pracovněprávní předpisy, povinnosti plynoucí z kolektivní smlouvy nebo právní předpisy vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky, případně v situaci, kdy je MNNC vyvolána veřejnou podporou a dodavatel není schopen předložit, že byla získána v souladu s předpisy Evropské unie, případně když vysvětlení dodavatele neobsahuje potvrzení skutečností podle § 113 odst. 4 zákona. Pokud tedy bude MNNC dodavatele neodůvodněna v jiném ohledu než dle předchozí věty, nemá zadavatel povinnost daného dodavatele vyloučit.

345. Ve zkratce tak lze dle předsedy Úřadu tvrdit, že institut MNNC chrání zadavatele, nicméně v okamžiku, kdy zadavatel přistoupí k vyloučení dodavatele z důvodů, že jeho nabídka obsahuje neodůvodněnou MNNC, je zadavatel nucen postupovat transparentně, čímž je naopak chráněn dodavatel proti vyloučení ze zadávacího řízení na základě libovůle zadavatele.
346. Závěrem této části svého rozhodnutí předseda Úřadu sdělil, že lze poukázat i na rozhodovací praxi tuzemských soudů, která se vztahuje k právní úpravě MNNC obsažené v ZVZ. Ačkoli v zákoně oproti ZVZ došlo k posunu chápání MNNC, závěry rozhodovací praxe jsou dle předsedy Úřadu stále aplikovatelné, neboť nová právní úprava MNNC tomuto neklade žádné překážky. Konkrétně se předseda Úřadu odkázal např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 131/2012-263 ze dne 19. 7. 2016, v němž je mj. uvedeno, že *„[j]e tedy pravdou, že ZVZ nestanoví najisto, kdy je nabídková cena mimořádně nízká a kdy nikoli (je to otázkou posouzení zadavatelem, resp. hodnotící komisí), a že pokud zadavatel neshledá žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, nestanoví mu ZVZ povinnost tento svůj závěr odůvodňovat“*.
347. Předseda Úřadu se dále vyjádřil k postupu zadavatele při posouzení MNNC v šetřeném případě.
348. Předseda Úřadu uvedl, že ze záznamu z 1. jednání ze dne 11. 10. 2017 (dále jen „záznam z 1. jednání“) vyplývá, že při posouzení obou podaných nabídek, tedy nabídky navrhovatele a vybraného dodavatele, byl shledán výrazný rozdíl mezi nabídkovými cenami obou těchto účastníků zadávacího řízení. Ve vztahu k této skutečnosti byl zástupce uživatele, tedy Agentury logistiky, požádán o posouzení nabídkových cen ze strany odborníků z opravárenského centra Agentury logistiky.
349. Předseda Úřadu dále sdělil, že ze záznamu z 2. jednání ze dne 19. 10. 2017 (dále jen „záznam z 2. jednání“) plyne, že Agentura logistiky posoudila nabídkové ceny a dospěla k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele odpovídá rozsahu požadovaných úkonů a naopak nabídková cena navrhovatele odpovídá svým rozsahem mnohem náročnějšímu procesu defektace. Na základě těchto závěrů následně hodnotící komise konstatovala, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC.
350. Předseda Úřadu je přesvědčen, že se tak zadavatel zcela patrně nacházel pouze v první fázi posouzení MNNC, kdy provádí úvahy, zda nabídka některého z uchazečů skutečně MNNC vůbec obsahuje. V takovém případě zákon na straně zadavatele nedovozuje povinnost

doptávat se jednotlivých dodavatelů na vysvětlení jejich nabídkové ceny a s ohledem na výše uvedené není dle předsedy Úřadu zcela jasné, zda lze takovou povinnost v této fázi posouzení MNNC dovodit z povinnosti zadavatele postupovat při zadávání veřejných zakázek v souladu se zásadou transparentnosti.

351. Z obou záznamů z jednání je dle předsedy Úřadu dále patrné, že hodnotící komise shledala, že v daném případě nešlo o situaci, kdy by nabídka některého z uchazečů obsahovala MNNC, naopak nabídka navrhovatele obsahovala mimořádně vysokou nabídkovou cenu, neboť patrně reflektovala jiný rozsah poptávaného plnění. S ohledem na skutečnost, že v daném případě vznikly pochybnosti o tom, zda nabídka vybraného uchazeče neobsahuje MNNC právě z důvodu výrazného rozdílu mezi oběma nabídkovými cenami, lze dle předsedy Úřadu skutečně dojít ke zcela logickému závěru, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC za předpokladu, že se nabídka navrhovatele jeví jako nepřiměřeně vysoká, čímž by výrazný rozdíl mezi oběma nabídkovými cenami byl vysvětlen.
352. Lze tak uvést, že ze záznamů o postupu zadavatele je zcela patrné, že zjištění a úvahy zadavatele mohly vést k závěrům a neexistenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Předseda Úřadu je přesvědčen, že v takovém případě se požadavek Úřadu, aby si zadavatel vyjasnil, jakým způsobem oba dodavatelé nacenili jednotlivé kroky poptávané kontroly a preventivní údržby, což by s ohledem na koncipování nabídek musel provést dotázaním se jednotlivých dodavatelů, jeví jako nadbytečný a nemající oporu v zákoně. Dle předsedy Úřadu je opětovně nutné poukázat na to, že zákon takovou povinnost u zadavatelů v této fázi posouzení přítomnosti MNNC jednoduše nezakládá. Dle něj nelze ani konstatovat, že by taková povinnost byla odvoditelná z imperativu postupovat v zadávacím řízení transparentně. Předseda Úřadu uvedl, že v tomto smyslu tak Úřad spíše presumuje, že se zadavatel nachází již ve druhé fázi procesu posouzení MNNC a de facto tím v rámci vlastního správního uvážení vstupuje do úvah zadavatele a činí dílčí závěr, že nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC a zadavatel tak měl povinnost vyžádat si od vybraného dodavatele její vysvětlení.
353. Předseda Úřadu tak zastává názor, že se nelze ztotožnit se závěry Úřadu uvedenými v bodě 388. odůvodnění napadeného rozhodnutí, tedy že by zadavatel musel, pro zachování transparentnosti svého postupu, v daném případě objektivně objasnit, jakým způsobem jednotliví dodavatelé nacenili dílčí kroky vedoucí k realizaci veřejné zakázky, pokud již posouzení náročnosti předmětu plnění a označení nabídkové ceny navrhovatele za mimořádně vysokou vede zadavatele k závěru, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC. Předseda Úřadu v tomto kontextu uvedl, že objasnění nacenění dílčích kroků vedoucích k realizaci veřejné zakázky by v předmětném případě vyžadovalo i součinnost ze strany dodavatelů, neboť nacenění dílčích kroků provádění kontroly a oprav nemělo být v nabídkách uvedeno.
354. Z obou záznamů z jednání hodnotící komise je dle předsedy Úřadu zcela patrné, na základě čeho dospěla k závěru, že nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC. Předseda Úřadu je přesvědčen, že v tomto smyslu zadavatel dostal povinnosti postupovat v souladu se zásadou transparentnosti, neboť jeho postup je v tomto ohledu zcela čitelný, čímž je naplněn požadavek na to, aby „*zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek*“, jak dovozuje i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku ze dne 15. 2. 2012

č. j. 62 Af 50/2011-72. Předseda Úřadu k tomuto dodal, že výše uvedený závěr ohledně nadbytečnosti objektivního zjištění, dotázání se, a posouzení nacenění dílčích kroků realizace veřejné zakázky je dán konkrétnostmi nyní řešené věci. Z tohoto rozhodnutí předsedy Úřadu tak nelze činit obecný závěr, že posouzení nacenění dílčích kroků je vždy nadbytečným nástrojem pro posouzení existence MNNC v nabídce dodavatele.

355. Předseda Úřadu se též pozastavil nad tím, zda by doptání se na to, jak dodavatelé nacenili dílčí kroky realizace předmětu plnění veřejné zakázky, skutečně vedlo k relevantnímu závěru, zda nabídka vybraného dodavatele neobsahuje MNNC. Předseda Úřadu uvedl, že navrhovatel od počátku poukazuje na to, že rozsah předmětu veřejné zakázky není uveden správně a že zadavatel fakticky nepoptává provádění kontroly a preventivní údržby, nýbrž provádění defektace. Tato skutečnost má být patrná např. z části návrhu, jenž je vymezen ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Je pak otázkou, zda má porovnání nacenění jednotlivých kroků v rámci realizace veřejné zakázky jakoukoli vypovídací hodnotu, pokud oba dodavatelé naceňují náročností odlišný rozsah předmětu plnění veřejné zakázky. Dle názoru předsedy Úřadu pak v tomto smyslu může zcela stejným způsobem posloužit i prosté posouzení nabídkové ceny, která, jak plyne ze záznamu z druhého jednání, byla zohledněna společně i s předmětem veřejné zakázky, resp. rozsahem jednotlivých kroků poptávaného provádění kontroly a preventivní údržby. Zadavatel si přitom nestanovil kvalitativní standard, jímž mělo být předusíkování optických přístrojů provedeno, a ani se v daném případě nejednalo o hodnotící kritérium. V takovém případě se dle předsedy Úřadu jeví daná informace jako zcela irelevantní. Je nutné rovněž poukázat na to, že zadavatel posuzoval eventuální přítomnost MNNC i ve vztahu k předmětu plnění, čímž dostal své povinnosti.
356. I pokud by nacenění jednotlivých kroků v tomto konkrétním případě poskytovalo relevantní východiska pro posouzení MNNC, což však vylučuje výše uvedené, zůstává dle názoru předsedy Úřadu nadále otázkou, zda v daném případě skutečně hraje roli, jaký konkrétní způsob provedení předusíkování optických přístrojů oba dodavatelé zvolili. Ze závěrů Úřadu s odkazem na odborné stanovisko Agentury logistiky plyne, že není sporu o tom, že předusíkování lze provést několika způsoby, které se liší svou náročností, a to patrně i náročností cenovou. Takový předpoklad má poukazovat na nelogičnost závěrů Úřadu, neboť pokud bude existovat několik přijatelných plnění, která se liší svou cenovou náročností, je nutné zvážit skutečnost, zda se nejvíce jeví jako přijatelnější závěr, že nabídka některého z dodavatelů neobsahuje MNNC právě s ohledem na to, že si k realizaci veřejné zakázky zvolil levnější řešení.
357. Předseda Úřadu k výše uvedenému uvedl následující ilustrativní příklad. Pokud bude zadavatel poptávat plnění, které lze realizovat jak postupem A, jehož cenová náročnost je 100 000 Kč, tak postupem B, a zadavatel si předem nevymínil, že veřejná zakázka musí být realizována právě postupem B, jehož cenová náročnost je 500 000 Kč, a nabídka jednoho z uchazečů o veřejnou zakázku bude obsahovat nabídkovou cenu 120 000 Kč, pak se v takovém případě jeví jako logické, že daná nabídka MNNC neobsahuje, jelikož tento konkrétní dodavatel zvolil levnější variantu realizace veřejné zakázky. Pokud by však bylo možno veřejnou zakázku realizovat pouze postupem B, jehož cenová náročnost je 500 000 Kč, a jeden z dodavatelů by podal nabídkovou cenu 120 000 Kč, lze v takovém případě skutečně mít podezření na to, že nabídka takového uchazeče obsahuje MNNC.

V prvně zmíněné situaci ovšem není nutné, aby se zadavatel zabýval tím, jaký postup si dodavatel, u jehož nabídky je posuzováno, zda obsahuje MNNC, zvolil. Dle předsedy Úřadu tak nelze odhlédnout od vypovídací hodnoty okolnosti, že veřejná zakázka může být s ohledem na variabilitu možností realizace za konkrétní nabídnutou cenu realizována.

358. Závěrem rozhodnutí předsedy Úřadu tak bylo uvedeno, že z obou záznamů z jednání, stejně jako z následné zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, je zcela patrné, na základě jakých skutečností zadavatel učinil závěr o tom, že v nabídce vybraného dodavatele není přítomna MNNC. Pokud byl prvotním indikátorem existence MNNC výrazný rozdíl mezi nabídkovými cenami navrhovatele a vybraného dodavatele a tento rozdíl byl následně vysvětlen, lze skutečně uvažovat o tom, že zadavatel v tomto ohledu postupoval zcela dle zákona a v souladu se zásadou transparentnosti. Předseda Úřadu uvedl, že v tomto případě Úřad patrně opomenul, že se zadavatel v rámci svého postupu nacházel toliko v první fázi posouzení MNNC, kdy vůbec zjišťuje, zda je MNNC přítomna v některé z nabídek uchazečů o veřejnou zakázku. Povinnost, kterou na straně zadavatele Úřad dovedl a vymezil i ve výroku III. napadeného rozhodnutí, lze dle předsedy Úřadu zadavateli přičítat až v následující fázi posouzení MNNC, kdy je zadavatel povinen posoudit, zda je MNNC odůvodněná či nikoli. Pokud ovšem nelze takovou povinnost na straně zadavatele v tomto konkrétním případě s ohledem na postup v procesu posouzení MNNC dovést, nelze ani uvažovat o tom, že by zadavatel v tomto ohledu postupoval v rozporu se zákonem.
359. S ohledem na výše uvedené předseda Úřadu zavázal v novém projednání věci Úřad právním názorem, že zadavatel při posouzení, zda nabídka vybraného dodavatele obsahuje MNNC, postupoval zcela v souladu se zákonem a zejména pak se zásadou transparentnosti a nedopustil se tak porušení povinnosti objektivně zjistit, jakým způsobem navrhovatel i vybraný dodavatel ve svých nabídkách nacenili dílčí kroky poptávaného předmětu plnění veřejné zakázky.
360. Jelikož jsou výroky IV., V., a VI. napadeného rozhodnutí existenčně závislé na výroku III. napadeného rozhodnutí, byly dány též důvody i pro jejich zrušení. Předseda Úřadu upozornil mj. rovněž na skutečnost, že Úřad vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-22635/2018/542/VHu ze dne 2. 8. 2018, jímž zadavateli nařídil z moci úřední předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, přičemž toto rozhodnutí doposud nepozbylo platnosti a účinnosti.
361. Předseda Úřadu tak na základě výše uvedeného dospěl k závěru, že jsou dány důvody a zákonné podmínky pro zrušení výroků III., IV., V. a VI. napadeného rozhodnutí a pro vrácení věci v tomto rozsahu k novému projednání Úřadem.

#### **Další průběh správního řízení**

362. Přípisem č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-04476/2019/542/VHu ze dne 13. 2. 2019 oznámil Úřad účastníkům předmětného správního řízení, že se v tomto řízení pokračuje.
363. Usnesením č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-04479/2019/542/VHu ze dne 13. 2. 2019 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu, ve které jsou oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.



364. Dne 20. 2. 2019 bylo umožněno zástupci navrhovatele na základě žádosti ze dne 19. 2. 2019 a plné moci ze dne 19. 2. 2019 nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
365. Dne 22. 2. 2019 bylo umožněno zástupci zadavatele na základě žádosti a pověření k nahlížení ze dne 20. 2. 2019 nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 2. 2019**

366. Dne 22. 2. 2019 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-04479/2019/542/VHu ze dne 13. 2. 2019 vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
367. Navrhovatel uvedl, že nadále trvá na skutečnostech a důkazech uvedených v návrhu ze dne 15. 6. 2018 a ve svých vyjádřeních podaných Úřadu v dané věci i vyjádřeních podaných v rámci předchozího správního řízení sp. zn. S0483/2017/VZ, pročež na ně navrhovatel tímto odkázal.
368. Navrhovatel zopakoval a zdůraznil, že uzavření dohody o technické asistenci s výrobcem přístrojů je nutnou podmínkou pro získání jakýchkoli technických údajů daných přístrojů za účelem jejich údržby i samotného nakládání s těmito přístroji, jak je dle navrhovatele podrobně popsáno v návrhu.
369. Navrhovatel uvedl, že uzavření dohody o technické asistenci není pouhou dohodou mezi soukromými subjekty, jak tvrdí zadavatel. Povinnost jejího uzavření s výrobcem přístrojů a nezbytnost její existence pro jakékoli nakládání s přístroji a pro přístup k technickým datům je dle navrhovatele dána předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR), a to v části PART 120, a licenčními podmínkami (nařízeními) vlády USA, což má být též zřejmé z textu samotné dohody. Z uvedeného má být evidentní, že uzavření dohody o technické asistenci je pro plnění veřejné zakázky rozhodující a nezbytné a je jím dáno jedinečné postavení výrobce přístrojů a jeho neopomenutelná role v udělení oprávnění nakládat s přístroji a s jejich souvisejícími daty.
370. Dle navrhovatele bylo doloženo, že jediným výrobcem přístrojů AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 je společnost Steiner eOptics, Inc., přičemž navrhovatel uvedl, že pouze on má s tímto výrobcem uzavřenu dohodu o technické asistenci, čímž je dle navrhovatele nepochybně dána jeho exkluzivita ve vztahu k plnění předmětu veřejné zakázky a současně je tímto doložena i neschopnost a neoprávněnost vybraného dodavatele veřejnou zakázku plnit.
371. Navrhovatel se dále vyjádřil k žádosti o účast a k nabídce vybraného dodavatele. Navrhovatel uvedl, že ačkoli se jedná o nově tvrzené skutečnosti, než byly ty sdělené v námitkách proti rozhodnutí o výběru dodavatele, jedná se dle navrhovatele o skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli, neboť se s nimi prokazatelně seznámil až v průběhu správního řízení vedeného Úřadem na základě návrhu. Navrhovatel uvedl, že dotčené dokumenty mu byly zpřístupněny až dne 8. 10. 2018 v rámci nahlížení do správního spisu. Navrhovatel sdělil, že v době podání námitek proti rozhodnutí o výběru dodavatele mu nebyly dané informace známy a ani k nim neměl přístup. Navrhovatel uvedl, že právní předpisy ani neumožňují, aby se účastníci zadávacího řízení v průběhu zadávacího řízení seznamovali s žádostmi o účast v zadávacím řízení a s nabídkami jiných účastníků zadávacího řízení, pročež

se navrhovatel odkázal na §218 odst.2 zákona. Navrhovatel tak dovozuje, že dané skutečnosti ani nemohl mít v době podání námitek k dispozici a nemohl jimi odůvodňovat neoprávněnost rozhodnutí o výběru dodavatele.

372. Navrhovatel uvedl, že vybraný dodavatel v dokumentu k technické kvalifikaci předloženém v žádosti o účast rozděluje poskytnuté plnění na základě rámcové smlouvy, kterou jako jedinou zadavatel dle jeho vyjádření akceptoval, na: 1.1 kontrolní prohlídky, 1.2 běžné opravy a 1.3 nálezové opravy. Navrhovatel sdělil, že se mu podařilo získat předmětný smluvní vztah, z něhož je zřejmé, že částka 49 500 000 Kč vč. DPH je částka maximální, kterou bylo možné za plnění podle smlouvy vynaložit. Dle navrhovatele je otázkou, zda byla tato částka vůbec vyčerpána, nicméně v každém případě je navrhovatel přesvědčen, že bylo povinností zadavatele zjistit rozsah (hodnotu) skutečně poskytnutých služeb spočívajících v kontrole, aby danou smlouvu, resp. část jejího plnění, mohl akceptovat.
373. Navrhovatel ve vztahu k prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem též uvedl, že žádost o účast vybraného dodavatele neobsahuje osvědčení objednatele, ačkoli se jedná o povinnou součást dokumentace k prokázání technické kvalifikace dle § 196 odst. 1 písm. b) zákona.
374. Navrhovatel je přesvědčen, že ani nabídka vybraného dodavatele nebyla podána v souladu se zadávacími podmínkami z důvodu, že vybraný dodavatel v návrhu rámcové dohody v čl. X odst. 2 neuvedl požadované faxové spojení a z textu smlouvy tuto podmínku vypustil, čímž dle navrhovatele odmítl požadavek zadavatele na zasílání reklamace prostřednictvím faxu, a v příloze č. 1 dohody v bodě 5 uvedl rozsah plnění jako „provedení vyčištění přístroje dle platných TP (vyčištění suchým dusíkem)“, ačkoli zadavatel dle změny zadávací dokumentace definoval svůj požadavek jako „provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem“. Daná skutečnost má dle navrhovatele zásadní význam pro plnění veřejné zakázky.
375. Navrhovatel zastává názor, že kvůli uvedenému nesouladu žádosti o účast a nabídky vybraného dodavatele se zadávací dokumentací a zákonem bylo povinností zadavatele vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit, neboť nesplnit zadávací podmínky. Z tohoto důvodu bylo též dle navrhovatele rozhodnutí o výběru dodavatele vydáno v rozporu se zákonem. Navrhovatel uvedl, že uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem by bylo rovněž v rozporu s § 51 odst. 3 zákona, neboť dle něj musí rámcová dohoda odpovídat zadávacím podmínkám a nabídce vybraného dodavatele, což by v předmětném případě nebylo možné splnit, a to i s ohledem na skutečnost, že nabídka nesmí být po uplynutí lhůty pro podání nabídek podle § 46 odst. 2 zákona měněna.
376. Navrhovatel je nadále přesvědčen, že zadavatel svým jednáním v zadávacím řízení porušil pravidla stanovená zákonem, čímž ovlivnil výběr dodavatele. Navrhovatel se domáhá a navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření podle § 263 zákona, jak uvádí v návrhu.

#### **Další průběh správního řízení**

377. Dne 4. 3. 2019 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-06475/2019/542/VHu z téhož dne, kterým účastníkům řízení stanovil lhůtu, ve které se mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

378. Dne 6. 3. 2019 bylo umožněno zástupci navrhovatele na základě žádosti ze dne 5. 3. 2019 a plné moci ze dne 19. 2. 2019 nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
379. Dne 8. 3. 2019 bylo umožněno zástupci zadavatele na základě žádosti a pověření k nahlížení ze dne 6. 3. 2019 nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.

#### **Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 3. 2019**

380. Dne 11. 3. 2019 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-06475/2019/542/VHu ze dne 4. 3. 2019 vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
381. Navrhovatel uvedl, že i nadále trvá na skutečnostech a důkazech uvedených ve svém návrhu ze dne 15. 6. 2018 a též na svých vyjádřeních podaných v této věci Úřadu.
382. Navrhovatel se rovněž přímo odkázal na své vyjádření ze dne 22. 2. 2019. K jím tvrzenému rozporu žádosti o účast a nabídky vybraného dodavatele se zadávacími podmínkami, o němž je navrhovatel přesvědčen, že jej nemohl tvrdit již vůči zadavateli, a jež popsal již v rámci vyjádření ze dne 10. 10. 2018, navrhovatel doplnil, že dané skutečnosti dle jeho názoru zpochybňují věrohodnost podkladů, jež jsou součástí správního spisu, a to například podkladů předložených ze strany zadavatele, jimiž zadavatel přímo či nepřímo tvrdí, že vybraný dodavatel splnil veškeré podmínky účasti v zadávacím řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že by k daným skutečnostem mělo být ve smyslu § 251 odst. 5 zákona přihlédnuto.
383. Navrhovatel je i nadále přesvědčen, že zadavatel svým jednáním v zadávacím řízení porušil pravidla stanovená zákonem a tím ovlivnil výběr dodavatele, pročež se navrhovatel domáhá a navrhuje, aby Úřad zadavateli uložil nápravné opatření dle § 263 zákona, jak uvádí ve svém návrhu ze dne 15. 6. 2018.

#### **Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 11. 3. 2019**

384. Dne 11. 3. 2019 obdržel Úřad v reakci na usnesení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-06475/2019/542/VHu ze dne 4. 3. 2019 vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí z téhož dne.
385. Zadavatel předně uvedl, že i nadále trvá na svých předešlých vyjádřeních, pročež návrh navrhovatele považuje za neopodstatněný.
386. Zadavatel dále považoval za důvodné vyjádřit se k obsahu vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 2. 2019, k němuž uvedl následující.
387. Zadavatel sdělil, že v předmětném vyjádření navrhovatele jsou uváděny zcela nové skutečnosti, kterým nepředcházelo podání námitek zadavateli a které nejsou obsaženy ani v návrhu navrhovatele ze dne 15. 6. 2018. Zadavatel se zde odkázal na ustanovení § 251 odst. 4 zákona, dle kterého náležitosti návrhu podle § 251 odstavce 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl

tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.

388. Součástí předmětného vyjádření navrhovatele tak jsou dle zadavatele nově tvrzené skutečnosti, u nichž navrhovatel uvádí důvody, pro které je nemohl tvrdit již v rámci námitek. Zákon však dle zadavatele nezná institut, na jehož základě by navrhovatel mohl měnit a rozšiřovat svůj návrh.
389. Ustanovení § 251 odst. 4 zákona sice dle zadavatele hovoří o možnosti uvést oproti námitkám nové skutečnosti, a to za určitých podmínek, avšak zadavatel je přesvědčen, že taková možnost je dána toliko pro podání návrhu a nikoli pro jeho následnou změnu či doplnění. Zadavatel tak uvedl, že za předpokladu naplnění zákonných požadavků lze před Úřadem tvrdit skutečnosti nové/odlišné oproti podaným námitkám, ale tyto musí být uvedeny již v samotném návrhu navrhovatele. Rozšiřovat již podaný návrh o nové/odlišné skutečnosti zákon dle zadavatele nepřipouští. Zadavatel se tak domnívá, že navrhovatel svým vyjádřením nepřípustně rozšiřuje návrh ze dne 15. 6. 2018.
390. Zadavatel dále konstatoval, že dané vyjádření navrhovatele ani nenaplnuje podmínku nemožnosti předmětné skutečnosti namítat v námitkách, neboť dne 30. 10. 2017 vyhotovil zadavatel oznámení o výběru dodavatele, jehož nedílnou součástí je i výsledek posouzení, kde je pod písmenem C uvedeno prokázání technické kvalifikace.
391. Navrhovatel tak mohl dle názoru zadavatele již v námitkách rozporovat předmětnou referenci v hodnotě 49 500 000 Kč, neboť je u ní prokazatelně uvedeno, že se jedná o rámcovou dohodu, pročež mohl vznést námitku týkající se nejasnosti, zda byla vyčerpána celá částka. Stejným způsobem mohl dle zadavatele navrhovatel v námitkách namítat, že výsledek posouzení v písmeni C neobsahuje informaci o tom, zda vybraný dodavatel předložil osvědčení či nikoli.
392. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel nepovažuje za nutné se k nově tvrzeným skutečnostem, které jsou součástí daného vyjádření navrhovatele, z hlediska jejich obsahu, vyjadřovat, neboť dle zákona nejsou přípustné, pročež se zadavatel domnívá, že je Úřad nadále vázán obsahem návrhu navrhovatele ze dne 15. 6. 2018, což má být dle zadavatele zřejmé i z rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu.

#### **IV. ZÁVĚRY ÚŘADU**

393. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků správního řízení a na základě obdržených stanovisek a vlastního zjištění a po zohlednění závěrů z rozhodnutí předsedy Úřadu rozhodl o zamítnutí návrhu v části, která směřuje proti nesplnění technických a obchodních podmínek ze strany vybraného dodavatele a v části, která směřuje proti skutečnosti, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že se v jejím případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

### **K právnímu postavení zadavatele**

394. Úřad se již v rámci napadeného rozhodnutí zabýval právním postavením zadavatele dle § 4 zákona.
395. Dle § 4 odst. 1 písm. a) zákona je veřejným zadavatelem Česká republika; v případě České republiky se organizační složky státu považují za samostatné zadavatele.
396. Dle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku ČR“), jsou organizačními složkami státu mj. ministerstva a jiné správní úřady státu.
397. Ministerstvo obrany tak je ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o majetku ČR organizační složkou státu, a tím i veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona, protože se na něj při zadávání předmětné veřejné zakázky zákon vztahuje.

### **Relevantní ustanovení zákona vztahující se k novému posouzení**

398. Dle § 28 odst. 1 písm. o) zákona se pro účely zákona mimořádně nízkou nabídkovou cenou rozumí nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
399. Dle § 36 odst. 7 zákona mohou být zadávací podmínky po zahájení zadávacího řízení změněny nebo doplněny, pouze stanoví-li tak tento zákon.
400. Dle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit podmínky účasti v zadávacím řízení jako
- a) podmínky kvalifikace,
  - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
  - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
  - d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
401. Dle § 39 odst. 2 zákona zadavatel v průběhu zadávacího řízení vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě
- a) posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení,
  - b) snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení, pokud je tímto zákonem pro zvolený druh zadávacího řízení připuštěno a zadavatel si je vyhradil,
  - c) hodnocení nabídek.
402. Dle § 39 odst. 4 zákona není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.

403. Dle § 89 odst. 1 zákona jsou technické podmínky požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, které zadavatel stanoví prostřednictvím
- a) parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny,
  - b) odkazu na normy nebo technické dokumenty, nebo
  - c) odkazu na štítky.
404. Dle § 113 odst. 1 zákona zadavatel provede posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
405. Dle § 113 odst. 4 zákona zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46 zákona, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že
- a) při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a
  - b) neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.

**Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení vztahující se k novému posouzení**

406. V čl. 2 zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[p]ředmětem rámcové dohody je ujednání rámcových podmínek pro zadávání veřejných zakázek na služby – kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA (dále jen ‚údržba‘) v letech 2017 – 2020“*. Zadavatel dále určil, že předmětem každé veřejné zakázky bude *„provedení údržby speciálních přístrojů USA včetně příslušenství u vojenských útvarů a zařízení AČR za účelem zachování spolehlivosti a stanovených technických parametrů přístrojů v souladu s požadovaným rozsahem úkonů na základě výzvy k podání nabídky vybranému účastníkovi rámcové dohody. Podmínky pro zadávání veřejných zakázek obsahující rozsah a způsob provedení údržby přístrojů a veškeré další podmínky, včetně dislokace jednotlivých přístrojů u vojenských útvarů a zařízení AČR zadavatel stanovuje v požadovaných smluvních podmínkách (dále jen PSP)“, na kterých zadavatel trvá a tvoří přílohu této ZD“*.
407. Zadavatel v čl. 2 zadávací dokumentace mj. také vymezil typy přístrojů, jichž se předmět veřejné zakázky týká, konkrétně se jedná o: zaměřovač NL-914-B, přístroj SFK-14 NVD-3GEN, zaměřovač AN/AVS-9/M949, zaměřovač AN/AVS-9, zaměřovač AN/PVS-14, infradalekohled AN/PVS-15/M952, zaměřovač AN/PVS-21, zaměřovač AN/PVS-21 LP/N, zaměřovač AN/PVS-22 UNS 1600 R4 a zaměřovač AN/PVS-27.
408. V čl. 5 zadávací dokumentace bylo zadavatelem stanoveno, že *„nabídky budou hodnoceny podle ekonomické výhodnosti nabídek, která se bude hodnotit podle nabídkové ceny za provedení údržby v Kč bez DPH uvedené v příloze č. 1 návrhu dohody, a která bude při hodnocení nabídek jediným kritériem hodnocení“*.

409. V čl. III. odst. 1 PSP je mj. určen předmět rámcové dohody č. 155110192 jako „závazek zhotovitele provést kontroly a práce preventivní údržby speciálních přístrojů USA včetně příslušenství u vojenských útvarů a zařízení AČR v souladu s požadovaným rozsahem úkonů (dále jen ‚údržba‘) uvedeným v příloze č. 1 dohody Rozsah a cena kontroly a prací preventivní údržby speciálních přístrojů USA na základě Výzvy k provedení údržby (dále jen ‚výzva‘) dle přílohy č. 2 dohody“.

410. V čl. 4 zadávací dokumentace zadavatel původně stanovil ve vztahu k podmínkám účasti v zadávacím řízení mj. následující požadavky, které byly účastníci zadávacího řízení povinni splnit:

„Podmínky kvalifikace

Uchazeč musí prokázat:

- základní způsobilost podle ustanovení § 74 zákona způsobem podle § 75 odst. 1 zákona,
- profesní způsobilost podle ustanovení § 77 odst. 1 zákona,
- technickou kvalifikaci:
  - podle § 79 odst. 2 písm. b) seznamem významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele,
  - podle § 79 odst. 2 písm. e) certifikátem vydaného výrobcem zařízení, opravňující k provádění úkonů údržby v rozsahu přílohy č. 1 dohody“

a dále

„Obchodní a smluvní podmínky

Obchodní a smluvní podmínky zadavatel stanovil v PSP, které tvoří přílohu této ZD.“

411. V průběhu zadávacího řízení byla uskutečněna následující změna zadávací dokumentace:

zadavatel uvedl, že „[u]pravuje v zadávací dokumentaci podmínky kvalifikace uvedené v čl. 4.1 tak že text:

- podle § 79 odst. 2 písm. b) seznamem významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele,

se upravuje takto:

- podle § 196 odst. 1 písm. b) zákona seznamem významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH, poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele.

a text

- podle § 79 odst. 2 písm. e) certifikátem vydaného výrobcem zařízení, opravňující k provádění úkonů údržby v rozsahu přílohy č. 1 dohody.

*se ruší bez náhrady“.*

412. V téže změně zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „[u]pravuje v příloze č. 1 dohody (Rozsah a cena kontroly a prací preventivní údržby speciálních přístrojů USA, P.č. 5

*Provedení vyčištění přístroje dle platných TP (vyčištění suchým dusíkem)*

*se upravuje takto:*

*Provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem“.*

413. Po uskutečněné změně zadávací dokumentace byl v příloze č. 1 dohody č. 155110192 stanoven následující požadovaný rozsah úkonů pro všechny typy přístrojů:

- 1) *„Převzetí přístroje u příslušného vojenského útvaru nebo zařízení (uživatele)*
- 2) *Kontrola vzhledu přístroje a příslušenství*
- 3) *Provedení očisty přístroje a příslušenství*
- 4) *Prověření funkce přístroje a příslušenství za stanovených provozních podmínek v rozsahu stanoveném manuálem pro použití příslušného přístroje*
- 5) *Provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem*
- 6) *Provedení záznamu o provedené údržbě do provozního sešitu (záznamníku)*
- 7) *Zpracování kontrolního zápisu a jeho předání zástupci objednatele a materiálnímu orgánu příslušného vojenského útvaru nebo zařízení*
- 8) *Vrácení přístroje příslušnému vojenskému útvaru nebo zařízení (uživateli)“*

#### **Posouzení věci**

414. Ve vztahu k pojmům technické a obchodní podmínky Úřad předně uvádí následující. Jejich úprava je v zákoně dána ustanovením § 37 odst. 1 zákona, tzn., že se v jejich případě jedná o podmínky účasti v zadávacím řízení, v nichž zadavatel vymezuje své požadavky, jež jsou dodavatelé povinni splnit. Lze zdůraznit, že splněny pak musí být ze strany vybraného dodavatele, aby s ním mohla být uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Dle § 37 odst. 1 písm. b) zákona technické podmínky vymezují předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku. Dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona může zadavatel stanovit obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky.

415. Neopomenutelnou je ve vztahu k technickým a obchodním podmínkám též skutečnost, že spadají mezi zadávací podmínky, neboť dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely zákona zadávacími podmínkami rozumí mj. veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení. Zadávací podmínky by přitom měly představovat konkrétní vyjádření, tedy skutečný obsah jednotlivých požadavků zadavatele, jež je formálně zachycen v zadávací dokumentaci. Podmínky účasti, tedy i obchodní a technické podmínky, tak v zadávacím řízení představují jednu z kategorií zadávacích podmínek, jež má zadavatel stanovit v souladu a v mezích příslušných ustanovení zákona, a to zejména zásad dle § 6 zákona. Lze rovněž zdůraznit, že je to právě zadavatel, kdo stanovuje jednotlivé zadávací podmínky, mezi nimi i poptávaný způsob plnění a požadavky na obchodní či jiné smluvní podmínky. Zákon tak



ponechává způsob jejich stanovení, při dodržení příslušných ustanovení zákona a zásad dle § 6 zákona, na uvážení zadavatele. Je proto na zadavateli, aby určil, za jakých podmínek je možné danou smlouvu uzavřít a následně plnit, a případné nesplnění takové podmínky v budoucnu sankcionovat prostřednictvím smluvních pokut, popř. jinými prostředky stanovenými ve smlouvě.

416. Prvá část argumentace navrhovatele v této části návrhu je založena na skutečnosti, že navrhovatel z obsahu zadavatelem stanovených zadávacích podmínek, zejména z toho, že zadavatel vyžaduje po provedené údržbě vypracovat ze strany dodavatele na každý přístroj kontrolní zápis, jehož součástí má být vlastní kontrolní zjištění – nález a návrh na odstranění poruchy a jiná doporučení (viz čl. VII. bod 9 PSP, příloha č. 1 PSP a znění přílohy č. 5 PSP), dovozuje, že požadovaný rozsah kontroly odpovídá úkonům defektace. Úkony spojené s defektací mají být dle navrhovatele uvedeny především pod body č. 2 a 4 přílohy č. 1 PSP, tzn. kontrola vzhledu přístroje a příslušenství a prověření funkce přístroje a příslušenství za stanovených provozních podmínek v rozsahu stanoveném manuálem pro použití příslušného přístroje. Pro zpracování návrhu na odstranění poruchy a jiná doporučení a za účelem zjištění funkčnosti a technického stavu přístroje je dle navrhovatele nutné zjistit příčiny závad, což má být možné pouze za pomoci přístrojů pro defektaci. Navrhovatel je tak přesvědčen, že úkony na úrovni defektace jsou nepochybně předmětem veřejné zakázky, přičemž i jeho nabídková cena předmětu veřejné zakázky odpovídá, jak má být zřejmé z konstatování, že nabídková cena navrhovatele odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů (viz záznam z 2. jednání a zpráva o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017).
417. K námitce navrhovatele směřující ve své podstatě proti stanoveným zadávacím podmínkám týkající se přesvědčení, že úkony kontroly vymezené v zadávací dokumentaci nelze chápat jiným způsobem, než v rozsahu defektace, se Úřad vyjádřil již v rámci výroku II. napadeného rozhodnutí, v němž Úřad dospěl k závěru, že navrhovatel námitku proti rozsahu předmětu plnění, jenž má odpovídat defektaci, podal opožděně až po lhůtě, kdy byl oprávněn ji ze zákona vůči zadavateli uplatnit. Úřad proto jen pro úplnost tohoto rozhodnutí připomíná, že výrok II. napadeného rozhodnutí, v němž Úřad rozhodl dle § 257 písm. h) zákona o zastavení předmětného správního řízení v této části návrhu, neboť jí nepředcházely řádně a včas podané námítky, nebyl rozkladem zadavatele ze dne 30. 11. 2018 ani případným rozkladem navrhovatele či vybraného dodavatele dotčen, protože nabyl právní moci dne 4. 12. 2018.
418. Navrhovatel dále v této části návrhu zdůvodňuje své přesvědčení, že vybraný dodavatel není a ani v budoucnu nebude schopen a ani oprávněn veřejnou zakázku realizovat, tedy že nesplňuje obchodní a technické podmínky stanovené zadávací dokumentací. Zde uvedenou skutečnost mají dokládat především následující dokumenty a fakta.
419. V první řadě se má jednat o existenci tzv. Dohody o technické asistenci uzavřené mezi navrhovatelem a výrobcem přístrojů AN/PVS-21, AN/PVS-21 LP/N a modulu CEHUD k AN/PVS-21 Steiner eOptics, Inc. a dalších licenčních podmínek (americké vlády), na jejichž základě má být navrhovatel jedinou oprávněnou a licencovanou osobou ve střední a východní Evropě k poskytování služeb k daným přístrojům.

420. Podstatným dokumentem je dle navrhovatele též potvrzení o exkluzivitě od 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, jež dle něj dokládá, že navrhovatel má jako jediný ve vztahu ke všem těmto přístrojům přístup k vybavení a příslušným manuálům nezbytným pro realizaci veřejné zakázky, a to i z důvodu výhradního zastupování dané společnosti. Navrhovatel dovozuje, že vybraný dodavatel není schopen ani oprávněn poskytovat předmět veřejné zakázky v celém jeho rozsahu i z důvodu absence přístupu k manuálu k údržbě vztahujícího se k přístroji NL-914B.
421. Dále navrhovatel uvádí, že pouze on disponuje veškerými manuály, především manuály k údržbě, nezbytnými pro řádné plnění veřejné zakázky, a též potřebným vybavením, zejména přístrojem ANV-20/20 a divergenčním přístrojem typového označení 2733-0246-1. Navrhovatel je přesvědčen, že k provádění poptávaných služeb je vyžadována i jistá expertní znalost, technické informace a detailní výcvik k daným produktům, kterými pro území České republiky žádný jiný subjekt, kromě něj, rovněž nedisponuje. Navrhovatel věří, že navíc veškeré technické informace k předmětným přístrojům podléhají předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a že získání technických údajů pro realizaci údržby je možné pouze na základě vývozní licence. Navrhovatel tak zastává názor, že nikdo jiný než on sám není oprávněn technická data a služby údržby daných přístrojů zadavateli poskytnout.
422. Navrhovatel je též přesvědčen, že úkony údržby předmětných přístrojů americké výroby je podle pravidel vydaných vládou USA oprávněn provádět pouze personál vyškolený výrobcem nebo jeho pověřeným zástupcem či výhradní zástupce a jeho certifikované servisní středisko disponující vyškoleným personálem a vybavením dle požadavků výrobce daných přístrojů, což má být zřejmé např. ze smluvních podmínek definovaných vládou USA vůči zadavateli při pořízení přístrojů nočního vidění v programu FMS/FMF. V nich má být vyžadováno dodržování pravidel příslušných licenčních ujednání, má zde být upravena povinnost zadavatele zajistit, aby nedošlo k neautorizovanému zásahu do daných přístrojů, zákaz předat dotčené přístroje třetím osobám bez souhlasu vlády USA a v neposlední řadě jimi má být zadavateli uloženo zajistit respektování vlastnických práv a práv k duševnímu vlastnictví, a to k jakýmkoli položkám, specifikacím nebo poskytnutým informacím.
423. Navrhovatel v neposlední řadě upozornil i na rámcovou smlouvu č. 145110096, kterou s ním uzavřel zadavatel na základě jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu, že příslušná veřejná zakázka může být plněna pouze navrhovatelem, a je přesvědčen, že její předmět plnění byl shodný s předmětem šetřené veřejné zakázky, tedy defektace přístrojů. Navrhovatel zastává názor, že situace se nezměnila, neboť i nadále může být soutěžené plnění poskytováno pouze jím.
424. Dle názoru navrhovatele jeho výhradní postavení mj. zakládá neschopnost a neoprávněnost poskytovat veškeré služby, jež jsou předmětem veřejné zakázky, ze strany jiných dodavatelů, potažmo vybraného dodavatele, neboť ten není schopen plnit celý její předmět a ani přístroje převzít a s nimi nakládat.
425. Úřad uvádí, že ve vztahu k šetřené věci je zásadním samotné stanovení zadávacích podmínek, a to především podmínek účasti v zadávacím řízení ze strany zadavatele. Jak je zřejmé z čl. 4 zadávací dokumentace, zadavatel požadoval splnění podmínek kvalifikace, a to základní způsobilost dle § 74 zákona způsobem dle § 75 odst. 1 zákona, profesní způsobilost

dle § 77 odst. 1 zákona a technickou kvalifikaci, u níž stanovil 2 požadavky. Po uskutečněné změně zadávací dokumentace, již zadavatel reagoval na obdržené námitky a dotazy uchazečů o veřejnou zakázku, byl první z těchto požadavků stanoven s odkazem na § 196 odst. 1 písm. b) zákona jako seznam významných služeb obdobného charakteru v úhrnné výši min. 10 mil. Kč včetně DPH poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele. Druhý požadavek znějící na certifikát vydaný výrobcem zařízení opravňující k provádění úkonů údržby v rozsahu dle přílohy č. 1 PSP byl stejnou změnou zadávací dokumentace zrušen bez náhrady.

426. Zadavatel dále dle čl. 4 zadávací dokumentace požadoval v rámci podmínek účasti v zadávacím řízení obchodní a smluvní podmínky, u nichž uvedl, že jejich znění stanovil v PSP, jež tvoří přílohu zadávací dokumentace. Obsah obchodních a smluvních podmínek tak byl vymezen zněním PSP. Závěrem zadavatel určil i požadavky na obsah, formu a způsob podání žádostí o účast a nabídek.
427. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel v čl. III PSP určil, že předmětem dané rámcové dohody je závazek zhotovitele provést kontroly a práce preventivní údržby v souladu s požadovaným rozsahem úkonů uvedeným v příloze č. 1 PSP, je nutné v kontextu námitek navrhovatele též uvést, že předmětnou změnou zadávací dokumentace bylo upraveno rovněž znění položky č. 5 v příloze č. 1 PSP. Namísto „*Provedení vyčištění přístroje dle platných TP (vyčištění suchým dusíkem)*“, kde zadavatel v rozhodnutí o námitkách společnosti OPTICS TRADE, spol. s r.o. ze dne 29. 5. 2017 uvedl, že „*[I]ze pouze dovodit, že použitou zkratkou jsou míněny technické podmínky*“, byl tento požadavek zadavatelem změněn na „*Provedení vyčištění přístroje suchým dusíkem*“.
428. Z obsahu přílohy č. 1 PSP je též zřejmé, konkrétně z položky č. 4 ve znění „*Prověření funkce přístroje a příslušenství za stanovených provozních podmínek v rozsahu stanoveném manuálem pro použití příslušného přístroje*“, že zadavatel požadoval dané úkony realizovat dle manuálu pro použití příslušných přístrojů, pročež z ostatních položek této přílohy č. 1 PSP ani z obsahu PSP či zadávací dokumentace nevyplývá, že by se mělo jednat také o plnění přímo dle manuálů výrobců (manuálů k údržbě).
429. Povinnost řídit se při plnění veřejné zakázky manuály výrobců (manuály k údržbě) a požadavkem na exkluzivitu či autorizaci dodavatele, povinnost dodržení licenčních podmínek, získání školení od výrobce či jeho zástupce a mít uzavřenu dohodu s výrobcí přístrojů, zákaz neautorizovaného zásahu do přístrojů, disponování příslušným vybavením a ustanovení týkající se předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a vývozních licencí či jiná omezení vyplývající z některých smluvních podmínek nejsou ani součástí jiných částí zadávací dokumentace či jejích příloh. Nutno dodat, že tyto skutečnosti nevyplývají ani z PSP, v nichž by měly být dle zadávací dokumentace upraveny obchodní a smluvní podmínky. Zadavatel tak zjevně plnění v tomto rozsahu za účelem realizace veřejné zakázky nepožadoval, tedy neučinil jej součástí zadávacích podmínek, přičemž lze připomenout, že zadavatel též upustil od požadavku na vyčištění přístrojů suchým dusíkem dle platných technických podmínek, pročež ani ve vztahu k úkonům předusíkování nelze blíže dovozovat, že zadavatel vyžadoval realizaci daného postupu výhradně dle manuálů výrobců (manuálů k údržbě). Je to přitom právě zadavatel, kdo stanovuje požadavky na plnění předmětu veřejné zakázky, tedy kdo je zodpovědný za určení poptávaného plnění.

430. Úřad pouze dodává, že za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá právě zadavatel, přičemž není úkolem Úřadu, aby případnou absenci určité zadávací podmínky, která není vyžadována zákonem, za zadavatele zhojil. Je tak do značné míry, při dodržení příslušných ustanovení zákona, věcí zadavatele, jakým způsobem nastaví, vzhledem k předmětu veřejné zakázky, příslušné zadávací podmínky, tzn. i podmínky účasti v zadávacím řízení.
431. Zadavatel ve vztahu k vybranému dodavateli v šetřeném případě přitom dostal své povinnosti posoudit splnění podmínek účasti [§ 39 odst. 2 písm. a) a § 39 odst. 4 zákona], což je zřejmé z obsahu výsledku posouzení, v němž zadavatel uvedl výčet dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a to jak ve vztahu k základní způsobilosti, profesní způsobilosti, tak i technické kvalifikaci. Zadavatel v předmětném výsledku posouzení učinil závěr, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení.
432. Za situace, kdy zadavatel neučinil součástí zadávacích podmínek požadavek na předložení určité formy oprávnění (výše uváděné navrhovatelem viz bod 419. až 422. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jež by mělo být nezbytné pro výkon poptávaného předmětu plnění, pak nelze skutečnost, že vybraný dodavatel dané údaje či doklady za účelem účasti/podání nabídky v daném zadávacím řízení nepředložil, vnímat jako porušení zákona, popř. nedodržení zadávacích podmínek.
433. K obsahu obchodních podmínek Úřad uvádí následující. Z obsahu PSP vyplývá, že skutečnosti výše uváděné navrhovatelem neučinil zadavatel ani součástí obchodních a smluvních podmínek. Úřad v kontextu výše uvedeného opakuje, že může pouze hodnotit, zda zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek v souladu se zákonem, a nikoli oprávněnost jednotlivých požadavků zadavatele. Úřadu tak v daném případě nepřísluší meritorní posuzování konkrétního obsahu obchodních podmínek, ledaže by mohl být způsobilý ovlivnit postup zadavatele dle zákona.
434. Úřad nemá oprávnění vstupovat do vymezených smluvních vztahů, tzn., pokud zadavatel dodržel zásady dle § 6 zákona a případně další výslovná omezení zákona, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce danou smlouvu uzavřít, což je zřejmé i ze závěrů Nejvyššího správního soudu uvedených v rozsudku č. j. 9 Afs 21/2013-39 ze dne 30. 4. 2014, v němž Nejvyšší správní soud mj. uvedl, že „[z]ákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ponechává způsob stanovení smluvních podmínek zásadně na uvážení zadavatele. Pokud zadavatel dodrží zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace, případně další výslovná omezení zákona o veřejných zakázkách, je na něm, aby určil, za jakých podmínek chce smlouvu uzavřít. Je to totiž zadavatel, kdo má nejlepší povědomí o tom, co a za jakých podmínek potřebuje“.
435. Úřad pouze dodává, že si je vědom skutečnosti, že zde citovaná judikatura se vztahuje k závěrům vycházejícím z právní úpravy ZVZ, avšak nelze mít pochyb, že tyto jsou vzhledem ke svému charakteru a k úpravě zákona aplikovatelné i v jeho režimu.
436. Neučinil-li tak zadavatel požadavek na plnění poptávaných úkonů dle manuálů výrobců (manuálů k údržbě) a nepožadoval-li ani dodržení či předložení jiných smluvních ujednání a potvrzení ze strany účastníků zadávacího řízení, nelze v předmětném případě dovozovat povinnost jejich předložení, zabezpečení, z hlediska zákona. Smluvní podmínky tak nemohou

být předmětem přezkumu ze strany Úřadu za situace, kdy přímo neporušují pravidla zadávání veřejných zakázek stanovená zákonem.

437. Jak již uvedl např. předseda Úřadu v rámci rozhodnutí č.j. ÚOHS-R0179/2018/VZ-01660/2019/322/HSc ze dne 21. 1. 2019, zákon upravuje pouze proces výběru smluvního partnera a nikoli následné plnění případně uzavřené smlouvy. Tedy zatímco v klasickém soukromoprávním vztahu je dle předsedy Úřadu předkontrakční a kontrakční fáze upravena s ohledem na smluvní volnost, kde každá strana vybírá smluvního partnera dle vlastních kritérií, je proces kontraktace u veřejných zakázek vysoce formalizován. Předseda Úřadu v tomto citovaném rozhodnutí však dodává, že zde uvedené neznámá, že mají být na zadavatele kladeny nepřiměřeně vysoké požadavky týkající se posuzování kvality nabízeného plnění nad rámec požadavků na předmět plnění stanovený v zadávacích podmínkách.
438. Lze dodat, že z obsahu dokumentace o zadávacím řízení je navíc zřejmé, na základě jakých informací a myšlenkových úvah má zadavatel za prokázané, že jsou dány předpoklady pro to, aby vybraný dodavatel byl schopen veřejnou zakázku v souladu se stanovenými zadávacími podmínkami plnit. V první řadě zadavatel zachytil skutečnost, že vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení ve výsledku posouzení. Následně zadavatel v rámci nového rozhodnutí o námitkách reagoval již i na pochybnosti vznesené navrhovatelem týkající se schopnosti vybraného dodavatele realizovat poptávané plnění. Na základě informací a skutečností předložených vybraným dodavatelem, a to v jeho vyjádření ze dne 19. 12. 2017, zadavatel dospěl i přes vznesené námitky navrhovatele k závěru, že lze konstatovat, že vybraný dodavatel je technicky dostatečně vyspělý, tedy disponuje potřebnými zkušenostmi, znalostmi i technikou pro plnění veřejné zakázky. Zadavatel tak na základě získaných podkladů od vybraného dodavatele zachytil v dokumentaci o zadávacím řízení skutečnost, že předložené informace od vybraného dodavatele akceptoval, tedy důvody, proč jsou z jeho pohledu dány předpoklady, že vybraný dodavatel bude schopen veřejnou zakázku realizovat.
439. S ohledem na výše uvedené tak Úřad konstatuje, že mu byl dán dozor z hlediska zákona, tzn., jeho dozorová činnost se omezuje na posouzení, zda je postup zadavatele v zadávacím řízení souladný se zákonem. Úřad tak může vést např. i šetření zákonnosti postupu zadavatele v kontextu jím stanovených zadávacích podmínek, avšak nepřísluší mu dále hodnotit či předjímat, jak kvalitně a řádně bude předmět plnění veřejné zakázky v praxi vybraným dodavatelem realizován.
440. Navrhovatel tak nemůže směřovat dvě různé fáze veřejné zakázky, tedy posouzení podmínek účasti v zadávacím řízení a následnou realizaci veřejné zakázky. Nelze přitom dopředu předjímat, jakým způsobem vybraný dodavatel k plnění veřejné zakázky přistoupí. Za situace, kdy zadavatel neučinil součástí zadávacích podmínek povinnosti, jež navrhovatel uvádí a dovozuje ve svém návrhu, nemohl by vybraný dodavatel jejich nesplněním porušit zákon, resp. nebylo by možné v takovém případě učinit závěr, že vybraný dodavatel nedodržel zadávací podmínky stanovené zadavatelem, tedy ani podmínky účasti v zadávacím řízení. Mezi tyto povinnosti dovozené navrhovatelem patří zejména nutnost řídit se při plnění veřejné zakázky manuály výrobců (manuály k údržbě) a požadavkem na exkluzivitu či autorizaci dodavatele, povinnost dodržení licenčních podmínek, získání školení od výrobce či jeho zástupce a mít uzavřenu dohodu s výrobcí přístrojů, zákaz neautorizovaného zásahu

do přístrojů, disponování příslušným vybavením a ustanovení týkající se předpisům mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a vývozních licencí či jiná omezení vyplývající z některých smluvních podmínek.

441. Pokud tak zadavatel výše uvedené nestanovil jako podmínku účasti v zadávacím řízení (a v šetřeném případě tak neučinil ani v rámci jiných částí zadávacích podmínek), prostřednictvím které by již v zadávacím řízení ověřil, že mu vybraný dodavatel bude schopen poptávané plnění poskytnout, přičemž z výsledku posouzení vyplývá, že vybraný dodavatel zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení splnil, nelze v této souvislosti postup zadavatele shledat za rozporný se zákonem.
442. Navíc nelze dopředu předjímat, jakým způsobem vybraný dodavatel plnění veřejné zakázky skutečně zajistí za situace, uzavře-li s ním zadavatel smlouvu na její realizaci. Zadavatel dostal své povinnosti posoudit splnění podmínek účasti v zadávacím řízení ze strany vybraného dodavatele z hlediska jím stanovených zadávacích podmínek a Úřad tak uzavírá, že v šetřeném případě nebyl z hlediska splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, a to ani podmínek obchodních a technických, dán důvod pro uložení nápravného opatření ze strany Úřadu.
443. V reakci na argumentaci navrhovatele Úřad pouze pro úplnost dodává, že je nutné posuzovat každé zadávací řízení s ohledem na jeho specifika. Nelze tak dovozovat povinnost určitého postupu zadavatele dle jeho minulého rozhodnutí v jiném, byť z pohledu navrhovatele z hlediska předmětu plnění shodném, zadávacím řízení. Úřadu rovněž není dána přezkumná pravomoc z hlediska některých jiných zákonů, a to ani zákona o majetku ČR či zákona č. 320/2001 Sb., o finanční kontrole ve veřejné správě a o změně některých zákonů (zákon o finanční kontrole), ve znění pozdějších předpisů.
444. Vzhledem ke všemu výše uvedenému neshledal Úřad ve vztahu k námitkám navrhovatele v části návrhu, která směřuje proti nesplnění technických a obchodních podmínek ze strany vybraného dodavatele, důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
445. K námitkám navrhovatele, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že se v jejím případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, uvádí Úřad následující.
446. Úřad předně uvádí, že zákon definuje pojem mimořádně nízká nabídková cena jako nabídkovou cenu či náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Institutem mimořádně nízké nabídkové ceny se zabýval ve své rozhodovací praxi i Nejvyšší správní soud, který se např. ve svém rozsudku č. j. 1 Afs 42/2012-51 ze dne 17. 10. 2012 vyjádřil, že *„[s]myslem institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana zadavatele proti takovým uchazečům, kteří jednají s cílem zvítězit ve výběrovém řízení předložením ceny, za kterou není možno zakázku realizovat. S tím je spojeno velké nebezpečí, že zakázka nebude z důvodu finančních potíží takového uchazeče realizována, případně její cena, byť by to bylo v rozporu se zákonem, bude dodatečně navýšena“*.
447. Samotný institut mimořádně nízké nabídkové ceny a posouzení jeho existence tak mají v první řadě chránit samotného zadavatele před uzavřením smlouvy s dodavatelem, jenž

s cílem získat výhodu v rámci hodnocení nabídek uvede takovou cenu, za níž není schopen plnění veřejné zakázky řádně realizovat. V takovém případě pak obvykle ve fázi realizace buď úkony stanovené jako předmět veřejné zakázky neplní daný dodavatel řádně, popř. je plní, avšak oproti nabídnuté ceně i za dodatečné náklady zadavatele. Druhým a neméně podstatným důvodem ustanovení institutu mimořádně nízké nabídkové ceny je ochrana konkurenčního prostředí před nežádoucími praktikami v podobě obcházení veřejnoprávní regulace týkající se předmětu plnění veřejné zakázky, obcházení předpisů na úseku pracovního práva či zneužívání neoprávněné veřejné podpory.

448. Zásadním je institut mimořádně nízké nabídkové ceny také ve vztahu k jednomu z cílů zadávání veřejných zakázek, jímž je účelné vynakládání veřejných prostředků a efektivní alokace veřejných zdrojů. Zákon za tímto účelem mj. stanovuje zadavateli povinnost, a to před odesláním oznámení o výběru dodavatele, podrobit nabídkové ceny posouzení, zda neobsahují mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Účelem tohoto kroku je, jak již bylo uvedeno výše, aby zadavatel měl dostatečnou jistotu, že za cenu uvedenou v nabídce je účastník zadávacího řízení schopen reálně a objektivně předmět plnění veřejné zakázky realizovat.
449. Podstatnou skutečností ve vztahu k institutu mimořádně nízké nabídkové ceny též i podle aktuálně účinného zákona zůstává podmínka, že zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je vždy obligatorní součástí procesu posuzování nabídek (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 103/2013-61 ze dne 10. 6. 2014 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013). O tom svědčí i ustanovení § 113 odst. 1 zákona, dle kterého posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zadavatel provede před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
450. V šetřeném případě zadavatel na základě výzvy k podání nabídky v užším řízení ze dne 29. 8. 2017 obdržel dne 5. 10. 2017 nabídku vybraného dodavatele a dne 6. 10. 2017 nabídku navrhovatele. Následně zadavatel vyhotovil v rámci úkonů vztahujících se k hodnocení obdržených nabídek záznam z 1. jednání ze dne 11. 10. 2017 (dále jen „záznam z 1. jednání“), v němž mj. zaznamenal základní údaje o účastnících zadávacího řízení, kteří podali své nabídky, a též výši obou nabídkových cen. Účastníci jednání zde konstatovali, že *„dosud nebyla realizována smlouva na provedení obdobného předmětu veřejné zakázky“*, a že *„[p]ři hodnocení nabídek bylo zjištěno, že obě doručené nabídky splňují podmínky pro hodnocení nabídek“*. Podle pravidel pro hodnocení nabídek stanovených v zadávací dokumentaci tak byla hodnocena ekonomická výhodnost nabídek, která byla určena podle nabídkové ceny služeb kontroly a prací preventivní údržby speciálních přístrojů USA v KČ bez DPH.
451. V záznamu z 1. jednání bylo dále uvedeno, že *„[h]odnocením bylo zjištěno, že nabídkové ceny za provedení kontroly a preventivní údržby speciálních přístrojů USA se výrazně odlišují a proto byl požádán zástupce uživatele o posouzení nabídkových cen odborníky z opravárenského střediska Agentury logistiky“*. Hodnocení nabídek tak mělo pokračovat po posouzení nabídkových cen vybranými odborníky uživatele.
452. V záznamu z 2. jednání ze dne 19. 10. 2017 (dále jen „záznam z 2. jednání“) zadavatel zachytil skutečnost, že *„[z]ástupce uživatele seznámil ostatní účastníky jednání se stanoviskem uživatele, které jednoznačně podpořilo ekonomicky výhodnější nabídku“*.

*dodavatele PRAMACOM-HT, spol s r.o. [vybraný dodavatel, pozn. Úřadu], která z hlediska rozsahu úkonů požadovaných k provedení preventivní údržby jednotlivých speciálních přístrojů odpovídá předpokládané ceně“, a že „[p]osouzením nabídky druhého dodavatele bylo zjištěno, že nabídková cena za provedení úkonů preventivní údržby je výrazně nadhodnocena, a odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů, která není předmětem této veřejné zakázky“.*

453. Závěr uvedený v záznamu z 2. jednání byl, že *„[n]abídky obou společností splňují požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci a účastníci jednání doporučují zadavateli provést hodnocení nabídek podle pravidel pro hodnocení nabídek na základě ekonomické výhodnosti nabídek v souladu s čl. 5 zadávací dokumentace“.*
454. Následně zadavatel provedl hodnocení nabídek na veřejnou zakázku, jehož popis uvedl ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017. Obsahem předmětného popisu hodnocení byla informace, že *„[n]abídková cena společnosti Glomex MS, s.r.o. [navrhovatel, pozn. Úřadu], za provedení úkonů preventivní údržby (podle požadovaného rozsahu dle přílohy č. 1 dohody) je výrazně vyšší, a odpovídá spíše rozsahu provedení defektace speciálních přístrojů před provedením jejich následné opravy, která není předmětem této veřejné zakázky“, a dále, že „[n]abídková cena společnosti PRAMACOM-HT, spol s r.o., odpovídá předpokládané ceně z hlediska rozsahu úkonů požadovaných k provedení preventivní údržby jednotlivých speciálních přístrojů a z tohoto důvodu nebylo využito posouzení nabídkové ceny podle § 113 o mimořádně nízké nabídkové ceně“.*
455. K 30. 10. 2017 byl vyhotoven též výsledek posouzení, a to se závěrem, že vybraný dodavatel podmínky účasti v zadávacím řízení splnil, a také rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele a oznámení o výběru dodavatele.
456. Z výše uvedeného vyplývá, že zadavatel měl snahu na základě obdržených nabídek objasnit jím zjištěný nezanedbatelný rozdíl v nabídkových cenách obou účastníků zadávacího řízení, tedy, že měl snahu, jak uvádí sám již v novém rozhodnutí o námitkách, se nabídkovou cenou vybraného dodavatele, a zjevně i navrhovatele, podrobněji zabývat.
457. Z obsahu obou záznamů z jednání a následně též z prvního stanoviska Agentury logistiky je především zřejmé, že zadavatel na základě zjištěného cenového rozdílu v nabídkových cenách obou účastníků zadávacího řízení přistoupil k jejich bližšímu zkoumání. Zadavatel tak měl evidentně snahu o vysvětlení zjištěného cenového rozdílu v nabídkových cenách vyjadřujících součet cen poptávaného plnění pro jednotlivé druhy přístrojů, jejichž výše činila 21 000 Kč a 188 960 Kč bez DPH, tedy, jak je zřejmé ze záznamu z 2. jednání a též ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, měl snahu o vyjasnění výše nabídkových cen, které bylo provedeno ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
458. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 7. 2. 2019, z obou záznamů z jednání je tedy patrné, že hodnotící komise shledala, že v daném případě se nejednalo o situaci, kdy by nabídka některého z uchazečů obsahovala MNNC. Naopak závěrem šetření nabídkových cen bylo zjištění, že nabídka navrhovatele obsahovala tzv. mimořádně vysokou nabídkovou cenu, neboť patrně reflektovala jiný rozsah poptávaného plnění. Lze tak přisvědčit sdělení zadavatele z nového rozhodnutí o námitkách, že *„zadavatel dostal své povinnosti dle ustanovení § 113 odst. 1 zákona zhodnotit, zda některá z nabídek obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, a to s konstatováním, že nikoliv“, čemuž odpovídá*



i popis hodnocení uvedený ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017 ve vztahu k nabídkové ceně vybraného dodavatele.

459. Vzhledem ke skutečnosti, že posouzení existence mimořádně nízké nabídkové ceny je obligatorní součástí zadávacího řízení, je nutné též zdůraznit, že posouzení, zda nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu, je plně v kompetenci zadavatele. Úřad tak v této souvislosti v rámci své přezkumné činnosti není oprávněn vstupovat do myšlenkových kroků zadavatele ve vztahu k tomuto úkonu a je oprávněn pouze zkoumat dodržení postupů a pravidel stanovených zákonem. Případný zvolený mezikrok za účelem zjištění, zda lze nabídkovou cenu účastníka zadávacího řízení označit za mimořádně nízkou, tak není Úřad oprávněn jakkoli nahrazovat a mimo svou přezkumnou činnost do něj vstupovat. V šetřeném případě lze za takovýto úkon zadavatele označit doptání se uživatele služby, kdy posouzení nabídkových cen mělo být provedeno odborníky z opravárenského střediska Agentury logistiky. Je-li závěr o neexistenci MNNC ze strany zadavatele učiněn transparentně, na základě konkrétních podkladů a informací, a lze-li dostatečně identifikovat dle jakých myšlenkových úvah má zadavatel za prokázané, že nabídková cena vybraného dodavatele není MNNC, nelze dále zasahovat do postupu zadavatele ve vztahu k dotázání se konkrétních subjektů, tzn. výslovně přikazovat, které subjekty a s jakými dotazy měl za účelem splnění své povinnosti dle § 113 odst. 1 zákona oslovit.
460. Zadavatel tak evidentně dostal své zákonné povinnosti dle § 113 odst. 1 zákona provést před odesláním oznámení o výběru dodavatele posouzení MNNC, a to se závěrem, že v daném případě nebyla MNNC identifikována ani v jedné z obdržených nabídkových cen. Již v rozhodnutí předsedy Úřadu přitom nebyl učiněn pouze závěr (viz bod 36. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu), že z obou záznamů z jednání a stejně tak z následné zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017 je zcela patrné, na základě jakých skutečností zadavatel učinil závěr, že v nabídce vybraného dodavatele není MNNC přítomna, nýbrž předseda Úřadu též zdůraznil, že se zadavatel v rámci svého postupu nacházel toliko v první fázi posouzení MNNC, kdy vůbec zjišťuje, zda je MNNC v některé z nabídek uchazečů o veřejnou zakázku přítomna.
461. V kontextu bodu 24. odůvodnění rozhodnutí předsedy Úřadu je tak vhodné zopakovat a zdůraznit, že proces posouzení MNNC lze rozdělit do dvou fází, přičemž v první z nich zadavatel provede posouzení, zda nabídky uchazečů o veřejnou zakázku MNNC obsahují. Pokud dojde zadavatel ke zjištění existence MNNC, přistoupí již v rámci druhé fáze k dotázání se konkrétního dodavatele o zdůvodnění způsobu stanovení MNNC. Až v následné fázi po vlastním posouzení existence MNNC je tak zadavatel povinen i posoudit, zda je zjištěná MNNC odůvodněná či nikoli.
462. Úřad tak v souladu s výše uvedeným konstatuje, že vzhledem k tomu, že zadavatel v šetřeném případě v rámci posouzení nabídkových cen dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele neobsahuje MNNC, přičemž je zřejmé, že zadavatel realizoval posouzení nabídkové ceny se zohledněním předmětu veřejné zakázky, neměl dále povinnost postupovat dle ustanovení § 113 odst. 4 zákona, tzn. vyžadovat od vybraného dodavatele zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, když tato nebyla v jeho nabídce identifikována.
463. Úřad se domnívá, že se lze v této souvislosti odkázat i na závěry obsažené v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 180/2016-32 ze dne 14. 9. 2017. Ačkoli se jedná

o závěry ve vztahu k předchozí právní úpravě, je Úřad přesvědčen, že jsou ve zde uvedeném rozsahu aplikovatelné i ve vztahu k zákonu, tedy k povinnosti zadavatele vyžadovat od vybraného dodavatele zdůvodnění způsobu stanovení MNNC. V právě citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu je mj. uvedeno, že „[j]e přitom třeba opětovně zdůraznit, že žádost hodnotící komise o písemné zdůvodnění nabídkové ceny uchazečem je v § 77 odst. 1 věta druhá ZVZ vázána právě na závěr hodnotící komise o existenci mimořádně nízké nabídkové ceny“. Ze zde uvedeného tak vyplývá, že zadavatel má povinnost zjišťovat důvody ohledně výše nabídkové ceny dodavatele za situace, kdy získá pochybnost, že daná nabídka MNNC obsahuje. Obdobně tak i pro postup dle § 113 odst. 4 zákona je nejprve nutné získat pochybnost, při postupu dle § 113 odst. 1 zákona, že lze nabídkovou cenu považovat za mimořádně nízkou.

464. Samotná skutečnost, že nabídková cena vybraného dodavatele je nízká tedy neznámá, že se jedná o MNNC, která by musela být zdůvodňována postupem dle zákona. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku, zadavatel nabídkovou cenu předloženou vybraným dodavatelem neidentifikoval jako mimořádně nízkou, pročež nebyl ani povinen postupovat dle ustanovení § 113 odst. 4 zákona a vyžadovat od vybraného dodavatele zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, v němž by mj. požadoval potvrzení, že při plnění veřejné zakázky vybraný dodavatel zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky.
465. Úřad tak s ohledem na shora uvedené konstatuje, že zadavatel v daném případě postupoval dle ustanovení § 113 odst. 1 zákona a posoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele z pohledu MNNC, avšak neshledal, že by se jednalo o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, pročež svou povinnost ve vztahu k posouzení existence MNNC splnil.
466. Jestliže tedy zadavatel v předmětném případě provedl posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele transparentním způsobem a logicky odůvodnil, proč uvedenou cenu za mimořádně nízkou nepovažuje, tedy je-li patrné, na základě jakých skutečností zadavatel daný závěr učinil, nelze shledat jeho postup v tomto směru za rozporný se zákonem.
467. Ke konkrétním námitkám a argumentům navrhovatele uvedeným v části návrhu směřující proti skutečnosti, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že se v jejím případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, uvádí Úřad pro úplnost následující.
468. K námitce navrhovatele, že zadavatel musel mít mj. s ohledem na značný rozdíl nabídkových cen účastníků zadávacího řízení alespoň pochybnost o tom, že cenové údaje vybraného dodavatele neodpovídají reálným nákladům na plnění veřejné zakázky a jedná se tak o MNNC, Úřad uvádí, že zadavatel na základě zjištěného cenového rozdílu obou nabídek účastníků zadávacího řízení skutečně učinil kroky k posouzení existence MNNC v nabídce vybraného dodavatele, a to se závěrem, že se v daném případě o MNNC nejedná (viz body 460. a 465. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad proto opakuje, že zadavatel své zákonné povinnosti dle § 113 odst. 1 zákona dostal, pročež po učiněném závěru o neexistenci MNNC nebyl dále povinován ve vztahu k posouzení MNNC využít postupu dle § 113 odst. 4 zákona ve spojení s ustanovením § 46 odst. 1 zákona.
469. Úřad pouze dodává, že podstatnou je při posouzení nabídkové ceny z hlediska existence MNNC též skutečnost, že tento úkon musí být zadavatelem uskutečněn ve vztahu

k předmětu veřejné zakázky. Samotný závěr o existenci/neexistenci MNNC tak nemůže být vystaven pouze na posouzení nabídkové ceny ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky a ani ve vztahu k nabídkovým cenám ostatních účastníků zadávacího řízení. Oba tyto údaje mohou být pouhým vodítkem k vyvození konečného závěru o existenci/neexistenci MNNC. Zadavatel přitom v předmětném případě svou povinnost posoudit nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky splnil, neboť, jak uvedl i předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 7. 2. 2019 „*zadavatel posuzoval eventuální přítomnost MNNC i ve vztahu k předmětu plnění, čímž dostal své povinnosti*“.

470. K argumentaci navrhovatele vztažené k procesu posouzení MNNC a uvedené na str. 26 návrhu, tedy že zadavatel byl povinen si od vybraného dodavatele vyžádat doložení podkladů a informací, dle kterých bude mít zadavatel postaveno najisto, že vybraný dodavatel bude při plnění veřejné zakázky dodržovat závazná licenční ujednání, předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) a bude mít přístup k manuálům výrobců či ke všem dotčeným přístrojům, kterou navrhovatel dává do kontextu, prostřednictvím odkazu na rozhodovací praxi Úřadu, s povinností požádat dodavatele o potvrzení, zda a jak je schopen v rámci realizace veřejné zakázky zajistit dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, je nutné uvést, že zde šetřený případ se zásadně odlišuje od správního řízení vedeného pod sp. zn. S0435/2017, na něž se zde navrhovatel odkazuje.
471. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel v šetřeném případě učinil jasný závěr o neexistenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele, pročež svoji povinnost dle § 113 odst. 1 zákona splnil. Jelikož se tak zadavatel nacházel pouze v první fázi posouzení MNNC, nebyl dále povinen postupovat dle § 113 odst. 4 zákona, tedy vyžadovat potvrzení, že při plnění veřejné zakázky bude zajišťováno dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, za něž lze z hlediska argumentace navrhovatele označit závazná licenční ujednání, předpisy mezinárodního obchodu se zbraněmi (ITAR) či postupy vyplývající z manuálů výrobců.
472. Úřad opakuje, že v předmětném případě se zadavatel nabídkovou cenou vybraného dodavatele zabýval, což je zřejmé ze záznamů z jednání a ze zprávy o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017. Jelikož lze uvést, na základě jakých konkrétních podkladů a informací a od nich odvozených myšlenkových úvah má zadavatel za prokázané, že nabídková cena vybraného dodavatele není MNNC, bylo možné, i dle závěrů rozhodnutí předsedy Úřadu, označit posouzení nabídky vybraného dodavatele z hlediska MNNC za učiněné v souladu se zákonem.
473. Ve vztahu k navrhovatelem citovanému rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0435/2017/VZ-04920/2018/531/MHo ze dne 16. 2. 2018 Úřad dodává, že ani v šetřeném případě zadavatel po změně zadávací dokumentace certifikáty výrobců zařízení (a ani plnění dle manuálů výrobců) nepožadoval (viz odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad, stejně jako ve zde citovaném rozhodnutí vydaném v rámci správního řízení sp. zn. S0435/2017/VZ, opakuje, že fakt, že zadavatel nepožadoval předložení konkrétních certifikátů, tzn., neučinil tyto požadavky součástí zadávacích podmínek, ničeho nemění na povinnosti zadavatele řádně posoudit otázku MNNC v nabídce vybraného dodavatele. Zadavatel však ve zde šetřeném případě sám získal pochybnosti o výši předložené nabídkové ceny vybraného dodavatele, pročež následně učinil transparentní posouzení možnosti existence MNNC se závěrem,

že se v případě nabídkové ceny vybraného dodavatele o MNNC nejedná. Zadavatel tak dále nebyl v šetřeném případě povinen přistoupit ke zkoumání MNNC dle § 113 odst. 4 a násl. ustanovení zákona.

474. K argumentaci navrhovatele, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá skutečným nákladům na plnění veřejné zakázky, tedy že obsahuje cenové údaje neodpovídající skutečnosti, tzn., jedná se o cenu, za niž nelze veřejnou zakázku realizovat, uvádí Úřad následující.
475. Navrhovatel odůvodňuje nereálnost nabídkové ceny vybraného dodavatele jím uskutečněnou kalkulací nákladů, jež dle jeho názoru odpovídají nákladům na přepravu vybraného dodavatele v rámci realizace veřejné zakázky, komparací ceny uvedené vybraným dodavatelem nesoucí informaci o ocenění předmětu plnění v rámci 1 typu přístroje s cenou uvedenou vybraným dodavatelem za účelem plnění rámcové dohody č. 155110191, dále tvrzením, že naopak nabídková cena navrhovatele odpovídá ceně předpokládané zadavatelem a předpokládané hodnotě veřejné zakázky, skutečností, že veřejná zakázka je zadavatelem zadávána v nadlimitním režimu a v neposlední řadě vztahem navrhovatelem kalkulovaného plnění vybraného dodavatele k požadovanému kritériu technické kvalifikace a k maximální ceně za dílo stanovené zadavatelem ve výši 41 322 314,05 Kč bez DPH.
476. V první řadě je nutné zdůraznit, že zadavatel se nabídkovou cenou vybraného dodavatele (a evidentně i navrhovatele) ve vztahu k posouzení existence MNNC blíže zabýval, když na základě zjištění výrazného cenového rozdílu mezi obdržеныmi nabídkovými cenami obou účastníků zadávacího řízení požádal zástupce uživatele o posouzení nabídkových cen odborníky z opravárenského střediska Agentury logistiky, jak je zřejmé ze záznamu z 1. jednání a tuto skutečnost potvrzuje i první stanovisko Agentury logistiky. Právě z prvního stanoviska Agentury logistiky vyplývá, že za účelem bližšího posouzení obdržенých cenových nabídek bylo zkoumáno několik hledisek, mj. pracnost administrativních úkonů a kontrolního zápisu, náklady na diety a přepravu, pročež měl být proveden i odborný rozbor pracnosti a spotřeby materiálu pro provedení prací kontroly a preventivní údržby předmětných přístrojů. Na základě provedeného zjištění byl mj. učiněn závěr, že cena předmětného plnění by se měla pohybovat v rozsahu 2 až 7 tisíc Kč bez DPH. Posuzující subjekt a následně ani zadavatel na základě provedeného posouzení nabídkových cen nezískaly pochyb o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele odpovídá skutečným nákladům na realizaci poptávaného plnění.
477. Zadavatel, se tedy nabídkovými cenami zabýval, když posuzoval eventuální přítomnost MNNC i ve vztahu k předmětu plnění, jak uvádí i předseda Úřadu ve svém rozhodnutí ze dne 7. 2. 2019, kde konstatoval, že z obou záznamů z jednání hodnotící komise je zcela patrné, na základě čeho dospěla k závěru, že nabídka vybraného dodavatele MNNC neobsahuje. Právě institut MNNC má přitom primárně chránit zadavatele před uzavřením smlouvy s dodavatelem, jenž s cílem získat výhodu v rámci hodnocení nabídek, uvede cenu, za níž není plnění veřejné zakázky schopen řádně realizovat. Učinil-li však zadavatel odůvodněný závěr o neexistenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele a nemá-li tak v předmětném případě pochyb o nacenění předmětu plnění veřejné zakázky ze strany vybraného dodavatele, tedy o tom, že cenové údaje vybraného dodavatele odpovídají skutečnosti, je zřejmé, že zadavatel dospěl k závěru, že za nabídkovou cenu vybraného dodavatele lze veřejnou zakázku realizovat. Nelze tak učinit závěr, že by zadavatel byl z hlediska posouzení

nabídkové ceny vybraného dodavatele v šetřeném případě dále povinován využít postup dle § 48 odst. 2 písm. c) zákona (resp. dle § 48 odst. 8 zákona) a ani dle § 46 odst. 1 zákona. Zadavatel své povinnosti dle § 113 odst. 1 zákona dostal, a to se závěrem, že se v případě nabídkové ceny vybraného dodavatele o MNNC nejedná.

478. Ke konkrétním tvrzením navrhovatele je pak nutné uvést následující. Četnost prací kontrol a preventivní údržby uváděná navrhovatelem a využítá v jeho následných propočtech vztahujících se k dovození průměrné ceny realizace daných úkonů na 1 ks přístroje předpokládané zadavatelem a k výpočtu celkové částky vynaložené zadavatelem v případě ceny 2 100 Kč připadající v průměru na náklady poptávaných služeb na 1 typ přístroje u vybraného dodavatele nemá oporu v zadávacích podmínkách stanovených zadavatelem.
479. Navrhovatel vychází dle svého tvrzení z četnosti doporučené výrobcí přístrojů, která by u některých typů dotčených přístrojů měla být uskutečněna po 180 dnech, u jiných pak 1x za 360 dní. U přístrojů typu AN/AVS-9 pak navrhovatel předpokládá, že v rámci realizace veřejné zakázky budou dotčené služby prováděny pouze výjimečně z důvodu existující opravárenské základny v Náměšti nad Oslavou. Za dobu trvání smlouvy tak navrhovatel počítá s maximálním počtem údržeb ve výši 3 383.
480. V první řadě je nutné uvést, že podmínky obsahující rozsah a způsob provedení kontroly a preventivní údržby daných přístrojů zadavatel vymezil v PSP, tzn. v rámcové dohodě č. 155110192. V čl. III. PSP bodě 1 zadavatel stanovil, že daný předmět plnění má být uskutečněn v souladu s požadovaným rozsahem úkonů uvedeným v příloze č. 1 PSP. Zároveň zadavatel v čl. III. PSP v bodě 3 určil, že plnění bude uskutečněno postupně dle skutečné potřeby vojenských útvarů/zařízení, a to na základě výzev odeslaných zástupcem objednatele a shodně v čl. VI. PSP v bodě 2, že dílo bude prováděno dílčími plněními na základě výzev a nabídek, kdy výzva bude zasílána zhotoviteli podle požadavků zástupce objednatele na nejméně 5 ks přístrojů jednou výzvou.
481. Z přílohy č. 1 PSP ve znění platném po uskutečnění změny zadávací dokumentace, dále vyplývá, že zadavatel požadoval uskutečnit poptávaný rozsah úkonů, především samotné prověření funkce přístroje a příslušenství v rozsahu stanoveném manuálem pro použití příslušného přístroje. Z této přílohy PSP určující rozsah poptávaného plnění ani ve vztahu k úkonům kontroly vzhledu, provedení očisty či provedení vyčištění suchým dusíkem nevyplývá, že by je zadavatel vyžadoval realizovat dle manuálů výrobců, resp. manuálů k údržbě.
482. Výše uvedené potvrzuje i druhé stanovisko Agentury logistiky, v němž je mj. uvedeno, že technologický postup výrobce k provádění předusíkování jistě existuje, ale jeho vlastnictví není pro požadovaný rozsah služby limitující. Z druhého stanoviska Agentury logistiky je též ve vztahu k možné četnosti poptávaného plnění zřejmé, že kromě toho, že je četnost kontrol optických přístrojů řešena systémově minimálně 1x ročně, je kontrola spojená s předusíkováním přístrojů vyžadována v případě průniku vlhkosti do daného přístroje či po potápění do více než 3 metrů, přičemž u přístrojů typu AN/PVS-21 by mělo docházet ke kontrolám, dle doporučení výrobce, před a po každém použití. I dle závěrů Agentury logistiky je však četnost kontrol a preventivní údržby pro daný smluvní vztah jen těžko odhadnutelná, a to mj. i vzhledem k měnícím se podmínkám použití daných přístrojů a k procesu vyhodnocování jejich závadnosti.

483. Navrhovatelem dovozená četnost plnění tak zjevně nemá oporu v budoucím reálném plnění veřejné zakázky a je tak pouze spekulací navrhovatele. Jak uvedl sám zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 25. 6. 2018, nemůže být četnost realizace plnění veřejné zakázky dána pouhými manuály. Dle zadavatele, tedy subjektu zodpovědného za stanovení zadávacích podmínek, bude četnost plnění určována především na základě aktuální potřeby zadavatele a dále jeho vnitřními předpisy, kterými stanovuje plánované použití jednotlivých přístrojů.
484. Navrhovatelem uvedené výpočty týkající se stanovení ceny předpokládané zadavatelem za provedení údržby jednoho přístroje v průměru ve výši 12 000 Kč bez DPH a finanční částky vynaložené zadavatelem za celou dobu trvání smlouvy ve výši 7 104 300 Kč bez DPH (při částce nabízené vybraným dodavatelem) tak nelze ve vztahu k možnému budoucímu plnění (předem neurčené četnosti) akceptovat jako zjevný důkaz o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá zadavatelem předpokládané ceně z hlediska rozsahu služeb požadovaných v zadávacích podmínkách.
485. K tvrzení navrhovatele, že zadavatel výslovně předpokládá postup dle manuálů, je pak nutné uvést, že zadavatel skutečně určité úkony předpokládá a vyžaduje činit podle manuálů, avšak z příslušných dokumentů (především přílohy č. 1 PSP) nevyplývá, že by se mělo jednat výhradně o manuály výrobců (manuály k údržbě), nýbrž o manuály pro použití předmětných přístrojů. Je přitom zřejmé, že nejen s ohledem na název, ale i obsah daných dokumentů, je nutné tyto manuály od sebe odlišovat.
486. Ve vztahu k částce 41 322 314,05 Kč bez DPH stanovené v čl. IV. PSP, tzn. k částce 50 mil. Kč vč. DPH, a k přesvědčení navrhovatele, že daná částka musela být zadavatelem stanovena s ohledem na předmět veřejné zakázky a že odpovídá alespoň přibližně předpokládanému výdaji na plnění veřejné zakázky, je nutné uvést, že se jedná o částku maximální za celkový finanční objem realizovaných dílčích „objednávek“, protože v čl. IV. v bodě 6 PSP bylo ve vztahu k ní vymezeno, že dané ustanovení nezakládá zhotoviteli nárok na vymáhání plnění do uvedeného finančního objemu. Zadavatel v novém rozhodnutí o námitkách a rovněž i navrhovatel ve svém návrhu uvádí, protože si této skutečnosti musí být vědomi, že zde uvedený finanční limit nemusí být vyčerpán.
487. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 25. 6. 2018 v reakci na výše uvedenou námitku navrhovatele uvádí, že kromě toho, že v době stanovení finančního rámce nedisponoval informacemi o technických inovacích, jako je automatické dusíkování více přístrojů najednou, jednal při stanovení dané výše i s určitou opatrností, neboť si byl vědom případné nutnosti (s ohledem na své závazky v NATO) operativně řešit potřebu zajištění udržovaných a funkčních přístrojů, avšak v množství, jež nelze dopředu přesně stanovit. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 25. 6. 2018 tak v tomto kontextu uvedl, že s úmyslem vyhnout se situaci, kdy by vzhledem k naplnění finančního rámce nemohl dodavateli zadat provedení daných prací, čímž by mohl ohrozit život a zdraví uživatele a naplnění aliančních závazků, stanovil finanční limit vyšší.
488. Za situace, kdy navrhovatel dovozuje průměrnou cenu plnění z částky, která je pro účely uzavření rámcové dohody stanovena jako částka nejvyšší možná, jež však nemusí být vyčerpána, nelze ani navrhovatelem uskutečněné propočty vážící se k částce 41 322 314,05 Kč považovat za prokazující nesprávné ocenění plnění ze strany vybraného

dodavatele. Zde je nutno podotknout, že kromě zjištění uvedeného ve zprávě o hodnocení nabídek ze dne 30. 10. 2017, z níž vyplývá, že nabídková cena navrhovatele patrně reflektovala jiný rozsah poptávaného plnění, a to provedení defektace, by cena plnění měla být v rozsahu 2 až 7 tisíc Kč bez DPH, jak je uvedeno v prvním stanovisku Agentury logistiky. Není přitom pochyb, že cena uvedená v nabídce vybraného dodavatele do tohoto cenového rozmezí spadá.

489. Ve vztahu k otázce propojitelnosti nabídkové ceny vybraného dodavatele a zadavatelem stanovené předpokládané hodnoty, je pak vhodné s ohledem na výše uvedené dodat, že zadavatel danou částkou v šetřeném případě v podstatě vyjadřuje maximální náklady za poskytnuté plnění na základě uzavřené rámcové dohody. Navrhovatel a stejně tak i vybraný dodavatel za účelem stanovení nabídkové ceny však byli povinni nacenit realizaci plnění „pouze“ ve vztahu k jednotlivým typům přístrojů, protože celková cena pro účely hodnocení byla dána prostým součtem tohoto ohodnocení požadovaných úkonů. S ohledem na předem neznámou četnost plnění, kdy není ani předem zřejmé v jaké frekvenci bude požadováno plnění u konkrétních přístrojů, lze jen obtížně, bez reálných podkladů, kalkulovat konečnou cenu plnění ze strany účastníka předmětného zadávacího řízení a tuto porovnávat s maximální částkou stanovenou zadavatelem, protože je nutné připomenout, že tato částka nemusí být zadavatelem čerpána v plné výši.
490. Navrhovatelem odvozenou částku 7 104 300 Kč, jež dle něj má vyjadřovat možnou cenu vynaloženou zadavatelem za celou dobu trvání smlouvy v případě akceptace nabídky vybraného dodavatele, nelze považovat ani za měřítko stanovení režimu veřejné zakázky. V první řadě je nutné dodat, že dle § 24 zákona se režim veřejné zakázky určí podle její předpokládané hodnoty (pokud se nejedná o zjednodušený režim podle § 129 zákona), přičemž nelze shledat, že by se nabídková cena účastníka zadávacího řízení měla vždy zcela s vyšší předpokládané hodnoty shodovat. Úřad přitom opakuje, že navrhovatelem dovozená částka ve výši okolo 7 mil. Kč není skutečnou nabídkovou cenou vybraného dodavatele, jak bylo uvedeno již výše. Je vhodné též dodat, že zadavatel navíc není omezen při volbě režimu veřejné zakázky tím, že by mu bylo bráněno postupovat, byť dobrovolně, v režimu přísnějším než byl dle zákona povinen.
491. Porovnává-li navrhovatel částku uvedenou v nabídce vybraného dodavatele oceňující požadovaný rozsah plnění pro jednotlivé typy přístrojů s cenou za provedení defektace u přístrojů typu KLÁRA uvedenou v příloze rámcové smlouvy č. 155110191, nelze na základě této komparace dovozovat skutečnost o existenci MNNC v nabídce vybraného dodavatele, neboť posouzení existence MNNC se provádí ve vztahu ke konkrétnímu předmětu dané veřejné zakázky, tzn. se zohledněním specifik daného plnění, protože je nutné uvést, že i v těchto dvou případech se jedná o zcela samostatná plnění, na něž je nutné nahlížet odděleně.
492. Úřad rovněž k navrhovatelem uskutečněné kalkulaci týkající se nákladů na přepravu a zbylé výše částky vybraného dodavatele na realizaci samotného plnění poptávaného zadavatelem konstatuje, že dané náklady, tedy číselné hodnoty ve vztahu k nákladům na provoz motorového vozidla nemají bližší oporu v kalkulaci nabídkové ceny předložené vybraným dodavatelem v příloze č. 1 PSP. Z obsahu prvního stanoviska Agentury logistiky vyplývá, a nelze tudíž vyloučit, že na základě získané pochybnosti o výši obdržených nabídkových cen obou účastníků zadávacího řízení byly při jejich posouzení zohledněny i možné náklady

na přepravu z míst dislokace účastníků zadávacího řízení k jednotlivým uživatelům, pročež ze strany zadavatele nebyl učiněn závěr o existenci MNNC. Úřad tak k argumentaci navrhovatele uvedené v bodech 491. a 492. odůvodnění tohoto rozhodnutí pouze opětovně připomíná, že zadavatel své povinnosti při posouzení MNNC dle § 113 odst. 1 zákona v šetřeném případě dostál, jak bylo prokázáno výše.

493. Úřad uzavírá, že vzhledem k výše uvedenému neshledal ve vztahu k námitkám navrhovatele v části návrhu, která směřuje proti skutečnosti, že nabídková cena vybraného dodavatele neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že se v jejím případě jedná o mimořádně nízkou nabídkovou cenu, důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

*K dalším namítaným skutečnostem*

494. Vzhledem k obsahu vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 10. 10. 2018 a vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 2. 2019 považuje Úřad za důležité se pro účely vedení předmětného správního řízení vyjádřit též k následujícím skutečnostem.
495. K argumentaci, kterou navrhovatel předložil ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 10. 10. 2018 a ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 22. 2. 2019 ohledně žádosti o účast vybraného dodavatele a nabídky vybraného dodavatele je nutné uvést, že tvrzení týkající se osvědčení objednatele, částky 49 500 000 Kč vč. DPH coby částky maximální, faxového spojení a znění přílohy č. 1 dohody č. 155110192 v nabídce vybraného dodavatele je novou skutečností předkládanou navrhovatelem v předmětném správním řízení. Obsahově se jedná o zcela nové námitky, jež navrhovatel dosud v rámci institutu námitek ani v rámci návrhu vůči zadavateli nenamítal.
496. Primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele přitom představuje právě procesní institut v podobě podání námitek zadavateli, jejichž účelem je, aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel, dozvěděl autentický názor zadavatele na jím vznesené připomínky a argumenty. Následně v rámci podaného návrhu není již navrhovatel oprávněn rozšiřovat svoji argumentaci nad rámec tvrzení uvedených v námitkách, a to především s ohledem na prvky koncentrace řízení, neboť předmětem přezkumného řízení u Úřadu mají být v zásadě ta domnělá porušení zákona, na něž mohl reagovat zadavatel při vypořádání námitek. Navrhovatel je tak vázán svým návrhem tak, jak jej v zákonné lhůtě podal, pročež není možné jej v průběhu správního řízení dále bezmezně rozšiřovat. Úřad pak podotýká, že navrhovatel ani dané skutečnosti neuvedl v rámci návrhu, nýbrž až ve svých vyjádřeních před vydáním rozhodnutí ve věci.
497. Vzhledem k tomu, že výše uvedené argumenty navrhovatele lze označit za skutečnosti, jež doposud nebyly prostřednictvím institutu námitek řešeny, pročež nelze vyloučit, že navrhovatel mohl tyto skutečnosti tvrdit přímo vůči zadavateli (prostřednictvím námitek), kdy např. již prostřednictvím výsledku posouzení byl obeznámen s některými informacemi, např., jakými doklady vybraný dodavatel prokazoval splnění kritérií technické kvalifikace, Úřad zastává názor, že v daném případě předmětné skutečnosti uvedené v citovaných vyjádřeních navrhovatele představují nepřipustné doplnění návrhu a Úřad k nim proto ve smyslu § 251 odst. 4 zákona, kde je stanoveno, že náležitosti návrhu podle § 251 odstavce 1 věty první a druhé zákona nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou



odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží, nepřihlížel.

498. Úřad považuje za vhodné vyjádřit se rovněž ke skutečnosti tvrzené zadavatelem v jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 10.10.2018. Zadavatel se domnívá, že navrhovatel tím, že označil některé z dokumentů tvořících spis předmětného správního řízení za obchodní tajemství dle § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, docílil skutečnosti, že tyto dokumenty nemohou sloužit jako podklad pro vydání rozhodnutí a že jsou vyloučeny ze správního spisu. Zadavatel zde uvedené dovozuje ve vztahu ke správnímu řízení sp. zn. S0186/2018/VZ, kde měly být totožné dokumenty ze správního spisu vyloučeny s ohledem na obchodní tajemství, což dle zadavatele vyplývá z protokolu o nahlížení do spisu č. j. ÚOHS-17833/2018/500/PKo a též z předmětného spisu správního řízení sp. zn. S0186/2018/VZ.
499. Ve vztahu k podkladům pro vydání rozhodnutí v předmětném správním řízení sp. zn. S0234/2018/VZ Úřad uvádí, že veškeré dokumenty tvořící podklad pro vydání rozhodnutí jsou součástí předmětného správního spisu a jsou uvedeny v jeho obsahu. Zadavatel měl možnost se s nimi dne 9. 10. 2018 seznámit v rámci institutu nahlížení do správního spisu, a to na základě žádosti zadavatele o nahlížení do spisu ze dne 4. 10. 2018. Dne 9. 10. 2018 tak bylo zástupci zadavatele umožněno nahlížet do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0234/2018/VZ.
500. V rámci uskutečněného nahlížení do správního spisu sp. zn. S0234/2018/VZ byl sepsán protokol o nahlížení do spisu č. j. ÚOHS-29152/2018/500/PKo ze dne 9. 10. 2018, ve kterém byl mj. uveden soupis dokumentů tvořících součást spisu předmětného správního řízení, k nimž navrhovatel Úřadu sdělil, že obsahují informace mající charakter obchodního tajemství. Přílohou č.1 zde uvedeného protokolu o nahlížení do spisu bylo poučení při nahlížení do spisu obsahujícího obchodní tajemství ze dne 9.10.2018. Úvodem předmětného poučení bylo zadavateli sděleno, že *„[v] souladu s § 38 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, jsou z nahlížení do spisu vyloučeny mimo jiné ty jeho části, které obsahují obchodní tajemství, tedy skutečnosti splňující podmínky stanovené v § 504 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, v platném znění (dále jen ‚občanský zákoník‘). Do takových částí spisu může nahlížet pouze účastník řízení nebo jeho zástupce za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší“*. Zástupce zadavatele přitom svým podpisem stvrdil, že předmětnému poučení, v němž byl rovněž seznámen s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o předmětných skutečnostech, plně rozuměl.
501. Již v oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S0234/2018/VZ-18126/2018/542/VHu ze dne 19. 6. 2018, které bylo zadavateli doručeno datovou schránkou dne 20. 6. 2018, přitom bylo uvedeno, že *„[č]ásti správního spisu obsahující obchodní tajemství, části obsahující utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti, kterými byl nebo bude prováděn důkaz, jsou dle § 38 odst. 6 in fine správního řádu přístupné k nahlížení pouze účastníku řízení nebo jeho zástupci za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíší; a to bez práva činit si výpisy či kopie“*.

502. Ve vztahu k postupu Úřadu ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0186/2018/VZ je pak nutné zmínit, že zadavateli bylo v protokolu o nahlížení do spisu ze dne 15. 6. 2018 sděleno, že dokumenty, které v daném případě obsahují obchodní tajemství, nebudou podkladem pro vydání rozhodnutí, protože je Úřad v souladu s ustanovením § 260 zákona vyloučil z nahlížení. Za situace, kdy daný dokument neslouží jako podklad pro vydání rozhodnutí, tak může být vyloučeno i do něj nahlížet, avšak tento postup Úřad v rámci předmětného správního řízení sp. zn. S0234/2018/VZ neuplatnil, neboť i dokumenty obsahující obchodní tajemství tvořily podklad pro vydání tohoto rozhodnutí. Zadavateli nebyla nikde předložena informace o vyloučení daných dokumentů z podkladů pro vydání rozhodnutí, nýbrž byl pouze poučen o následcích porušení povinnosti mlčenlivosti a o tom, že z předmětných dokumentů není oprávněn činit si výpisy či kopie.
503. Z výše uvedeného však nevyplývá a Úřad proto musí tímto i odmítnout tvrzení zadavatele, že tím, že navrhovatel označil některé informace v předmětných dokumentech jako obchodní tajemství, docílil toho, že dané dokumenty nemohou sloužit jako podklady pro vydání rozhodnutí a jsou vyloučeny ze správního spisu, neboť takové tvrzení nemá nikde v průběhu správního řízení sp. zn. S0234/2018/VZ oporu, přičemž rozhodnými jsou postup a úkony činěné právě v předmětném správním řízení. Ve vztahu k dokumentům obsahujícím obchodní tajemství Úřad zadavatele pouze poučil o jeho zákonných povinnostech v souvislosti s nahlížením do daného správního spisu, avšak nikde neučinil úkony, jež nyní tvrdí zadavatel.

## 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 má 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 221/1, 160 00 Praha 6
2. Glomex MS, s.r.o., Pomněnková 1256/61, 106 00 Praha 10
3. PRAMACOM-HT, spol. s r.o., Na pískách 1667/36, 160 00 Praha 6

**Vypraveno dne**

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