UOHSX0015C04

Č. j.: UOHS-R205/2008/02-2483/2009/310/JHa V Brně dne 27. února 2009

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 23.12.2008 společností

- **STV Group a. s., IČ 26181134, se sídlem Žitná 45, 110 00 Praha 1,** právně zast. advokátem JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., PhD., se sídlem AK Kocián Šolc Balaštík, Jungmannova 24, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.12.2008 č. j. S084/2006/VZ-24793/2008/510/Od, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **VOP-026 Šternberk, s. p., IČ 00000493, se sídlem Olomoucká 175, 785 01 Šternberk,** zast. ředitelem Ing. Rostislavem Levíčkem,

učiněných při vynětí zakázky **„Revize munice 152 mm EOFd“** z režimu zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a jejím zadání formou přímého uzavření smluv o dílo dne 13.3.2006 se společnostmi

- **Poličské strojírny, a. s., IČ 46504851, se sídlem Horní náměstí, 572 01 Polička,** zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Trávníčkem, a
- **Explosia, a. s., IČ 25291581, se sídlem Semtín 107, 530 50 Pardubice,** zast. předsedou představenstva Ing. Petrem Nosálem a místopředsedou představenstva Ing. Tomášem Prokopem,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8.12.2008, č. j. S084/2006/VZ-24793/2008/510/Od,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), zahájil dne 1.8.2005 správní řízení sp. zn. S549-R/05-300, v rámci kterého posuzoval správnost a zákonnost úkonů České republiky – Ministerstva obrany, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6 (dále jen „Ministerstvo“), učiněných při zadání veřejné zakázky „Revize munice 152 mm EOFd“ podle § 4 odst. 1 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Dne 22.9.2005 vydal Úřad rozhodnutí č. j. S549-R/05-300/140/OŠ ze dne 22.9.2005, kterým předmětné správní řízení zastavil, neboť neshledal porušení zákona. Úřad konstatoval, že Ministerstvo při zadání veřejné zakázky společnosti VOP-26 Šternberk, s. p., se sídlem Olomoucká 175, 785 01 Šternberk (dále jen „zadavatel“), bylo oprávněno postupovat podle § 4 odst. 1 písm. k) zákona, neboť předmět veřejné zakázky byl hlavním předmětem podnikání zadavatele, kterého Ministerstvo založilo. Rozhodnutí Úřadu bylo potvrzeno rovněž rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 20.12.2005 č. j. 3R81/05-Fr a nabylo právní moci dne 28.12.2005.

Dotčené správní řízení a původní rozhodnutí Úřadu

2. Dne 23.3.2006 obdržel Úřad návrh společnosti STV Group a. s., IČ 26181134, se sídlem Žitná 45, 110 00 Praha 1, právně zast. advokátem JUDr. Pavlem Dejlem, LLM., PhD., se sídlem AK Kocián Šolc Balaštík, Jungmannova 24, 110 00 Praha (dále jen „navrhovatel“), na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Revize munice 152 mm EOFd“, na kterou zadavatel uzavřel dne 13.3.2006 smlouvy o dílo se společnostmi Poličské strojírny, a. s., IČ 46504851, se sídlem Horní náměstí, 572 01 Polička, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Trávníčkem a Explosia, a. s., IČ 25291581, se sídlem Semtín 107, 530 50 Pardubice, zast. předsedou představenstva Ing. Petrem Nosálem a místopředsedou představenstva Ing. Tomášem Prokopem (dále jen „vybraní uchazeči“).

3. Rozhodnutím č. j. VZ/S084/2006-05806/2006/550-OŠ ze dne 4.5.2006 pak Úřad toto správní řízení zastavil, neboť konstatoval, že není věcně příslušný k rozhodnutí o návrhu. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvedl, že vzhledem k tomu, že předmětem zakázky je výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu, na kterou se podle § 4 odst. 1 písm. b) zákona tento zákon nevztahuje, nemusel státní podnik postupovat podle zákona.

4. Toto rozhodnutí Úřadu bylo následně potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. 3R 061/06-Fr ze dne 19.9.2006, v jehož odůvodnění se mimo jiné řeší otázka, zda pojem „revize“ munice lze podřadit pod pojem „oprava“ munice a v této souvislosti vychází předseda Úřadu ze závěrů znaleckého posudku doc. Dr. Ing. Jiřího Chládka ze dne 7.9.2006, podle kterého studovaný případ „Revize munice 152 mm EOFd“ lze definovat jako plánovaný „zvláštní druh oprav větších vad munice“ a takto získaná munice je rovnocenná s municí nově vyrobenou. Úřad tedy dle názoru předsedy Úřadu postupoval správně, když veřejnou zakázku podřadil pod režim § 4 odst. 1 písm. b)

zákona, podle kterého se zákon nevztahuje na zadávání zakázek, jestliže jejich předmětem je výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu. Toto rozhodnutí předsedy Úřadu nabylo právní moci dne 29.9.2006.

Soudní přezkum

5. Proti rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. 3R 061/06-Fr ze dne 19.9.2006 podal navrhovatel správní žalobu ke Krajskému soudu v Brně, který rozsudkem č. j. 62 Ca 43/2006-103 ze dne 13.13.2007 napadené rozhodnutí předsedy zrušil, neboť zjistil, že se předseda Úřadu v řízení nezabýval druhým znaleckým posudkem, který měl k dispozici navrhovatel a jehož závěry jsou v jednoznačném rozporu se závěry posudku, ze kterého bylo vycházeno během správního řízení. Předseda Úřadu vycházel ze závěru, že revize munice je zvláštním druhem oprav větších vad munice, zatímco posudek navrhovatele zpracovaný znalcem Ing. Maštálkou ze dne 21.5.2006 dospívá k závěru, že oprava munice je pouze jednou z dílčích činností, která se může při revizích munice vyskytnout a práce prováděné při revizích munice nejsou totožné s pracemi prováděnými při opravách munice. Úřad tedy dle názoru soudu neodpověděl na klíčovou otázku, zda revize je opravou. Z uvedeného důvodu soud rozhodnutí předsedy Úřadu zrušil a uvedl, že teprve až bude správním orgánem posouzena předmětná klíčová otázka, zda to, co je předmětem veřejné zakázky, tedy revize předmětné munice, lze podřadit pod pojem oprava střeliva, pak se soud může zabývat souladem v postupu při zadávání této veřejné zakázky se zákonem o veřejných zakázkách a i s evropskou úpravou. Rozsudek nabyl právní moci dne 18.2.2008.

Další průběh správního řízení

6. Předseda Úřadu následně rozhodnutím č. j. R061/2006/03-13983/2008/310-Ku ze dne 14.7.2008 zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. S084/2006-05806/2006/550-OŠ ze dne 4.5.2006 a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V odůvodnění svého rozhodnutí předseda Úřadu odkázal na závazný právní názor Krajského soudu v Brně, který zavázal Úřad k posouzení a vyjasnění klíčové otázky správního řízení, tedy zda revize je či není opravou. V této otázce měl Úřad přihlédnout ke znaleckým posudkům vypracovaným doc. Ing. Janem Komendou a Ing. Miroslavem Maštálkou, které předložil navrhovatel spolu s doplněním rozkladu ze dne 27.6.2008, a dále přistoupit k navazujícím právním úvahám, případně vyhotovit revizní znalecký posudek a znovu rozhodnout.

Napadené rozhodnutí Úřadu

7. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 8.12.2008 rozhodnutí č. j. S084/2006/VZ-24793/2008/510/Od, kterým správní řízení zastavil, neboť vyslovil svou věcnou nepříslušnost k rozhodnutí o návrhu.

8. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad shrnuje obsah všech tří odborných posudků doc. Dr. Ing. Jiřího Chládka ze dne 7.9.2006, Ing. Miroslava Maštálky ze dne 21.5.2006 a doc. Ing. Jana Komendy, CSc. ze dne 18.3.2008. Vzhledem k protichůdným závěrům těchto posudků a vzhledem k tomu, že v případě posudků ze dne 21.5.2006 a 18.3.2008 se jejich zpracovatelé zabývali pouze teoretickou náplní pojmů oprava munice a revize munice a nezkoumali, co je konkrétním předmětem požadovaných služeb a při zpracování posudku nevycházeli z příslušné dokumentace vztahující se k dané zakázce,

se Úřad nepřiklonil k závěru žádného z těchto dvou uvedených odborných posudků a při svém rozhodování zohlednil tu skutečnost, že oba tyto odborné posudky připouští, že obsahem pojmu revize munice mohou být i opravy této munice. Úřad tedy přihlédl k závěru znaleckého posudku doc. Ing. Chládka ze dne 7.9.2006, ve kterém se konstatuje, že účelem požadované revize munice je provedení úkonů majících charakter oprav, respektive činností výrobní povahy.

9. Při posouzení, zda předmětem veřejné zakázky je či není oprava střeliva ve smyslu zákona vycházel Úřad především z konkrétních podmínek plnění dané veřejné zakázky, tj. z faktického předmětu zakázky. Úřad v této souvislosti vycházel z předrevizní zprávy, ze které dle jeho názoru vyplývá, že součástí zadavatelem požadovaných služeb je rovněž provedení oprav, jejichž výkon je požadován u veškeré munice, aniž by bylo předem kontrolou zjištěno, zda takové úkony jsou potřebné či nikoliv. Stejně tak z technických podmínek zpracovaných pro konkrétní veřejnou zakázku Úřad dovozuje, že účelem dané veřejné zakázky je prodloužení životnosti munice prostřednictvím řady úkonů, jejichž cílem je získání funkční munice splňující potřebné parametry a vlastnosti. Jelikož součástí úkonů, které je třeba v rámci revize provést, jsou opravy, je zřejmé, že účelem této revize je tyto opravy vykonat a případně zjistit další nedostatky, které je nutno odstranit. Výsledkem pak dle názoru Úřadu má být opravená munice.

10. Úřad shrnuje, že nelze obecně konstatovat, zda revize je či není opravou (z pohledu naplnění definice podle zákona o veřejných zakázkách), nýbrž v každém jednotlivém případě je nutno posoudit, co je konkrétní náplní požadovaných služeb a zda revize má povahu kontrol či oprav.

11. K otázce souladu s komunitárním právem Úřad odkazuje na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně a konstatuje, že výjimku uvedenou v § 4 odst. 1 písm. b) zákona lze principiálně podřadit pod výjimku uvedenou v čl. 296 odst. 1 písm. b) Smlouvy o založení ES, a tedy Česká republika má oprávněně možnost učinit opatření, které považuje za nezbytné k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti.

12. V další části odůvodnění svého rozhodnutí Úřad podrobně rozvedl, že zadavatel splňuje definici veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 1 písm. a) bodu 4 zákona, neboť s ohledem na vymezení předmětu podnikání v zakládací listině je subjektem založeným nebo zřízeným za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu. Podpůrně Úřad v této souvislosti odkazuje rovněž na zákon o státní podniku, kde je obecně stanoveno, že podniky založené podle tohoto zákona jsou zakládány k uspokojování významných celospolečenských, strategických nebo veřejně prospěšných zájmů. Současně Úřad konstatuje, že ředitele a dvě třetiny dozorčí rady zadavatele jmenuje Ministerstvo coby zakladatel zadavatele, a tedy je zřejmé, že více než polovinu členů ve správním, řídícím nebo kontrolním orgánu jmenuje veřejný zadavatel. Zadavatel tedy při uzavírání úplatných smluv naplňujících podmínky dle § 6 zákona je povinen postupovat podle zákona.

13. V šetřeném případě však Úřad dospěl k závěru, že se jedná o zakázku, jejímž předmětem je výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu, na kterou se podle § 4 odst. 1 písm. b) zákona tento zákon nevztahuje, a tedy zadavatel neměl v šetřeném případě povinnost postupovat podle zákona. Vzhledem k uvedenému se tedy na postup zadavatele nevztahuje ani ustanovení § 94 odst. 1 zákona o výkonu

dohledu nad dodržováním tohoto zákona. Z uvedeného důvodu Úřad správní řízení zastavil z důvodu nedostatku věcné působnosti.

II. Námitky rozkladu

K posouzení charakteru veřejné zakázky

14. Proti rozhodnutí Úřadu podal navrhovatel dne 23.12.2008 rozklad, ve kterém v úvodu souhlasí se závěrem, podle kterého pojem „revize munice“ není totožný s pojmem „oprava munice“. Současně však považuje za nutné uvést na pravou míru tvrzení Úřadu, že zejména tato otázka je předmětem správního řízení a uvádí, že další klíčovou otázkou bylo posouzení souladu ustanovení § 4 odst. 1 písm. b) zákona s komunitárním právem.

15. Navrhovatel má za to, že se Úřad svým rozhodnutím snažil překlenout rozpor mezi faktickým stavem, kdy došlo k revizi munice, a údajným právním stavem, který by šel podřadit pod režim § 4 odst. 1 písm. b) zákona. V této souvislosti navrhovatel znovu odkazuje na názvoslovnou normu NN 09 0101 jako interpretační vodítko a uvádí, že opravou munice je třeba rozumět „souhrn prací potřebných k odstranění zjištěných vad munice s cílem zlepšit její technický stav a prodloužit její životnost“. Nad rámec této definice pak z obecně platné charakteristiky dovozuje, že oprava jakéhokoliv výrobku spočívá ve znovuzískání vlastností výrobku, které tento výrobek v průběhu času pozbyl opotřebením, chybným zacházením či uskladněním (tedy se stal vadným). Ze smluv uzavřených mezi zadavatelem a subdodavateli však dle názoru navrhovatele vyplývá, že předmětem veřejné zakázky byla změna vlastností výrobku oproti vlastnostem, které měl původně, nikoliv tedy jejich znovunabytí. Dovozuje tak z použití pojmu „úprava“, který je vyjmenován v předrevizní zprávě jako jedna z činností požadovaných zadavatelem a který dle tvrzení navrhovatele představuje „činnosti nemající charakter opravy“, ale činnost vedoucí ke změně vlastností munice, nikoli k jejich znovunabytí.

16. Navrhovatel dále zcela odmítá závěr, že provedení oprav bylo požadováno u veškeré munice, tedy i takové, u které nebyla zjištěna závada. Toto dle jeho názoru nelze dovodit z obsahu žádného dokumentu, který je součástí správního spisu, přičemž opravovat bezvadné kusy munice by bylo dle jeho názoru rovněž nesmyslné a zbytečné. Pokud byly u veškeré munice požadovány nějaké činnosti, jednalo se spíše o činnosti, které nejsou opravami, ale úpravami a mohou být zahrnuty pod pojem revize.

17. Podřazení předmětné veřejné zakázky pod pojem „oprava munice“ označuje navrhovatel za účelové a poukazuje na to, že již Ministerstvo označilo předmět veřejné zakázky jako revizi, přičemž Ministerstvo je orgánem, který vydává např. i názvoslovnou normu, a tedy by měl mít dostatečnou znalost věci i relevantní právní úpravy. V této souvislosti navrhovatel poukazuje na to, že zakázka byla původně z režimu zákona vyvedena na základě § 4 odst. 1 písm. k) zákona a podřazení zakázky pod § 4 odst. 1 písm. b) zákona je tak pouze účelovou interpretací původního zadání.

18. Navrhovatel rovněž požaduje, aby Úřad vyzval všechny zúčastněné znalce k vyjádření se k závěrům ostatních znaleckých posudků.

K otázce souladu § 4 odst. 1 písm. b) zákona s komunitárním právem

19. K souladu výjimky dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona s komunitárním právem navrhovatel poznamenává, že z dotčeného rozsudku Krajského soudu v Brně vyplývá, že opravy střeliva nelze automaticky jakožto kategorii vyjímat z působnosti zákona, resp. z působnosti norem komunitárního práva, neboť při uplatnění výjimky je zkoumána i otázka, zda je takový postup nezbytný k ochraně podstatných zájmů bezpečnosti státu. Z formulace použité v rozsudku „zakázka na opravu střeliva může být zakázkou principiálně spadající do oblasti plnění ve věcech bezpečnostního zájmu státu“ navrhovatel dovozuje, že k naplnění požadavků čl. 296 Smlouvy o založení ES nelze automaticky dovodit vždy při všech opravách munice, ale pouze v některých případech, a proto musí existovat i opravy munice, jejichž vynětí z režimu zákona není nezbytné k ochraně zájmů bezpečnosti státu. Navrhovatel má za to, že aby bylo možno předmětnou veřejnou zakázku vyjmout z režimu zákona v souladu s čl. 296 Smlouvy ES, musí být ze strany zadavatele prokázáno, že se jedná o opravu munice nezbytnou k ochraně podstatných zájmů bezpečnosti státu, což se v šetřeném případě nestalo ani stát nemohlo. Aplikace výjimky dané č. 296 Smlouvy ES tak nebyla v daném případě jakkoli zdůvodněna a zadání veřejné zakázky mimo režim zákona je tak třeba považovat za nezákonné.

20. Závěr o neopodstatněnosti automatického vyjmutí kategorie oprav munice z režimu zákona vyplývá dle názoru navrhovatele rovněž ze zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, který obecné vynětí těchto zakázek zrušil, aniž by dle názoru navrhovatele došlo k takové změně okolností, která by tuto změnu přístupu k opravám vojenského materiálu odůvodňovala.

21. Navrhovatel požaduje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření vybraného uchazeče

22. K podanému rozkladu se dne 14.1.2009 vyjádřil vybraný uchazeč Poličské strojírny a. s. a uvádí, že tvrzení navrhovatele o tom, že se v daném případe jednalo spíše o úpravu munice, je v přímém rozporu s technickými podmínkami dané zakázky a se skutečným plněním zakázky, neboť v žádném případě nemělo dojít a ani nedošlo ke změně vlastností příslušné munice, ale pouze k uvedení munice do stavu rovnocenného s novým střelivem.

23. K námitce souladu s komunitárním právem vybraný uchazeč uvedl, že možnost výjimky dle čl . 296 odst. 1 písm. b) Smlouvy o založení ES Česká republika využila formulováním § 4 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž zadavatel ani Úřad nebyli dle názoru vybraného uchazeče povinni zkoumat oprávněnost tohoto legislativního opatření. Vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil jako věcně správné.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

25. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S084/2006/VZ-24793/2008/510/Od ze dne 8.12.2008 předmětné správní řízení zastavil z důvodu nedostatku své věcné působnosti, rozhodla správně a v souladu se zákonem.

IV. K námitkám rozkladu

K posouzení charakteru veřejné zakázky

26. Navrhovatel i nadále nesouhlasí s právními závěry Úřadu ohledně charakteru šetřené veřejné zakázky, respektive se závěrem, že veřejnou zakázku je možno (s ohledem na její faktický předmět) podřadit pod výjimku dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona, neboť se jedná o „opravu munice“. Navrhovatel s odkazem na názvoslovné normy vydané Ministerstvem a dále s odkazem na blíže nespecifikovanou „obecně platnou charakteristiku“ definuje opravu jako „činnost vedoucí ke znovuzískání vlastností výrobku“, které tento v průběhu času ztratil. Z použití termínu „úprava“ jako popisu jedné z činností tvořících předmět plnění veřejné zakázky pak navrhovatel dovozuje, že se o opravu nejedná, neboť úprava vede ke změně vlastností munice, nikoliv ke znovuzískání původních vlastností. Závěry Úřadu navrhovatel popírá i tvrzením, že oprava nemohla být prováděna na veškeré munici, neboť je nelogické, aby byly opravovány kusy, které nemají vadu.

27. K argumentaci navrhovatele předně uvádím, že Úřad je dle § 94 odst. 1 zákona pověřen dohledem nad zadáváním veřejných zakázek a z toho vyplývá i jeho pravomoc provádět autoritativní interpretaci zákona. Při výkladu jednotlivých ustanovení zákona a pojmů tam upravených proto s přihlédnutím ke všem relevantním podkladům a souvisejícím právním dokumentům vychází především z vlastních právních závěrů činěných v rámci správního uvážení v souladu se správním řádem. Při výkladu zákona tak Úřad není vázán žádnými interpretačními pravidly jiných správních orgánů, tedy ani např. názvoslovnými normami Ministerstva.

28. Vzhledem k výše uvedenému se tedy Úřad zabýval výkladem pojmů „oprava munice“ a „revize munice“ pouze ve vztahu k zákonu, konkrétně § 4 odst. 1 písm. b) zákona, přičemž účelem tohoto zkoumání bylo posoudit možnost a přípustnost aplikace předmětného ustanovení zákona na šetřenou veřejnou zakázku. Tuto skutečnost pak navrhovatel v odůvodnění napadeného rozhodnutí zjevně přehlédl, a proto i nadále přistupuje k interpretaci pojmu „oprava munice“ pouze z pohledu názvoslovné normy vydané Ministerstvem, což činí jeho argumentaci nesprávnou. Výklad pojmu „oprava munice“ podávaný Úřadem je tedy svébytný a s předmětnou názvoslovnou normou souvisí jen nepřímo.

29. Jak již bylo správně uvedeno v napadeném rozhodnutí, normotvorná norma odkazovaná navrhovatelem může být pro posouzení případu použita pouze omezeně, neboť je nutno

zohlednit skutečnost, že nebyla (a ani nemohla být, jak bylo vyloženo výše) primárně určena k interpretaci § 4 odst. 1 písm. b) zákona. Jinými slovy lze tedy konstatovat, že Ministerstvo ji při její tvorbě nezamýšlelo jako interpretační vodítko při aplikaci zákona. Úřad se proto zabýval faktickým charakterem šetřené veřejné zakázky bez ohledu na její formální označení, stejně jako i bez ohledu na to, zda zadavatel sám (či Ministerstvo v rámci předcházející veřejné zakázky) měl faktickou vůli tuto veřejnou zakázku vnímat jako zakázku, jejíž předmět spadá pod výjimku dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona. Není tedy podstatné, zda zadavatel k zakázce přistupoval jako k zakázce spadající pod výjimku dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona, a nebo zda-li si tento její faktický charakter ani neuvědomil, případně zda-li se tímto jejím charakterem ani nezabýval, neboť to bylo nadbytečné vzhledem k existenci jiného zákonného důvodu pro zadání veřejné zakázky mimo režim zákona.

30. V této souvislosti současně považuji za podstatné zmínit, že Úřad je vždy v první řadě povinen zkoumat, zda je dána jeho věcná pravomoc přezkoumat postup zadavatele při zadání veřejné zakázky, tedy přezkoumat, zda předmět veřejné zakázky např. není vyjmut z režimu zákona. Pokud pak předmět veřejné zakázky nespadá do režimu zákona, není dána ani věcná pravomoc Úřadu k vedení správního řízení, což je objektivní skutečnost, kterou zadavatel nemůže žádným způsobem ovlivnit či změnit např. svým rozhodnutím zadávat zakázku postupem podle zákona. Zadavatel tedy nemůže svým subjektivním rozhodnutím založit věcnou příslušnost Úřadu. Pokud zadavatel přesto provede úkony, které po formální stránce odpovídají postupu podle zákona, je to z pohledu dohledové činnosti Úřadu zcela irelevantní. Skutečnost, že Ministerstvo původně veřejnou zakázku neoznačilo jako zakázku spadající pod výjimku dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona a zadalo ji na základě výjimky dle § 4 odst. 1 písm. k) zákona, když předmět plnění veřejné zakázky je předmětem podnikání státního podniku, kterého založilo Ministerstvo, je proto pro právní posouzení jejího charakteru bezpředmětná.

31. Úřad se v rámci správního řízení zabýval faktickým charakterem činností, které byly předmětem veřejné zakázky, přičemž je vyhodnotil jako činnosti spočívající v opravě munice ve smyslu § 4 odst. 1 písm. b) zákona. Tento svůj závěr pak v napadeném rozhodnutí obsáhle a transparentně zdůvodnil a na toto zdůvodnění nyní v plné míře odkazuji. S ohledem na tento závěr je zřejmé, že zadání předmětné zakázky nepodléhá režimu zákon, a tedy není dána věcná příslušnost Úřadu. Úřad proto nemohl postupovat jinak, než že správní řízení ve věci zastavil.

32. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel požadoval rovněž „úpravu“ munice a tato činnost pak není opravou, neboť spočívá ve změně vlastností munice, uvádím, že navrhovatel tento termín naprosto nemístně vytrhává z celkového kontextu vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a pomíjí, že se jedná pouze o jednu dílčí část komplexu činností požadovaných zadavatelem. Z tohoto kontextu je pak zřejmé, že se nemá jednat o úpravu ve smyslu „vylepšení, modernizaci“, ale pouze o úpravu ve smyslu navrácení munice do podoby munice nově vyrobené.

33. Současně však i v případě, že by bylo možno tomuto termínu přiřadit důležitost, kterou mu propůjčuje navrhovatel, pak i v takovém případě není zřejmé, z čeho navrhovatel čerpá definici tohoto pojmu a především pak na čem zakládá své tvrzení, že tato činnost by nemohla být součástí činnosti vymezené v § 4 odst. 1 písm. b) zákona jako „…výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení

dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu“. Odkaz na názvoslovnou normu Ministerstva v této souvislosti přijmout nelze (jak bylo vyloženo výše), stejně jako nelze přijmout ani odkaz na „obecně platnou charakteristiku“, jak to činí navrhovatel na jiném místě svého rozkladu. I pokud by se tedy jednalo o úpravu munice v navrhovatelem tvrzeném smyslu (což se nejedná), pak i v takovém případě by veřejnou zakázku bylo možno podřadit pod výjimku dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona, neboť věcný charakter těchto činností odpovídá předmětné zákonné definici, jak vyslovil Úřad.

34. V této souvislosti navrhovatel nemá pravdu ani pokud tvrdí, že „z obsahu žádného dokumentu, který je obsahem správního spisu, není možno dovodit, že by provedení oprav bylo požadováno u veškeré munice“. Tvrzení navrhovatele je popřeno textem předrevizní zprávy, kde se mimo jiné uvádí, že „při revizi se provede úplná dekompletace munice spojená s kontrolou, opravou, úpravou či výměnou požadovaných nebo vadných muničních součástek…“. Množství dekompletované munice zde není omezeno pouze na dílčí části, a tedy nelze dovozovat, že k opravám dojde pouze u některé munice. Současně již tato citace revizní zprávy popírá pravdivost i dalšího tvrzení navrhovatele, podle kterého by bylo „nesmyslné a zbytečné“ opravovat „bezvadné kusy“ munice, neboť předrevizní zpráva zjevně počítá vedle vadných součástek i s výměnou všech požadovaných, a tedy i bezvadných součástek. Tvrdit v této souvislosti, že tyto vyměňované bezvadné součástky představují vylepšení munice ve smyslu její „modernizace“, je pak v kontextu celé předrevizní zprávy nedůvodné, a to s ohledem především na obecný záměr zadavatele uvést munici do stavu srovnatelného s municí nově vyrobenou. Předmětná revizní zpráva pak tvoří součást správního spisu, a tedy uzavírám, že argumentace navrhovatele je v tomto bodě nepravdivá, když správní spis řádně a v souladu se správním řádem obsahuje doklady, ze kterých vyplývají skutková zjištění a navazující právní závěry Úřadu.

35. K požadavku navrhovatele, aby Úřad vyzval dotčené znalce k vyjádření se k závěrům ostatních znaleckých posudků, uvádím, že pro takový postup jsem neshledal důvod. V této souvislosti jsem přihlédl především k tomu, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně přihlédl k odborným názorům všech tří dotčených znalců a jejich názor pak promítl do závěrečného právního hodnocení případu. Toto hodnocení je však výsledek vlastního správního uvážení Úřadu, který přihlíží ke komplexní důkazní situaci v daném případě, ve které byly vzájemně nezávisle vypracované znalecké posudky pouze jedním z důkazních prostředků. Další znalecké posudky vypracované na základě odborných názorů jiných znalců by zpochybňovaly nezávislost a tedy odbornost již vyslovených závěrů.

K otázce souladu právní úpravy s komunitárním právem

36. Navrhovatel ve svém rozkladu dále namítá, že není zřejmé, na základě čeho Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěrům vysloveným v souvislosti s otázkou souladu výjimky dle § 4 odst. 1 písm. b) zákona s komunitárním právem.

37. K tomu uvádím, že Úřad při zpracování svých závěrů vycházel z dotčeného rozsudku Krajského soudu v Brně, v němž se mj. uvádí, že "*Dle názoru soudu může být … výjimka právě opřena o čl. 296 odst. 1 písm. b) Smlouvy o založení ES. Je třeba uvést, že jde o primární pramen komunitárního práva, a tedy normu přímo aplikovatelnou. Dle tohoto článku ustanovení této smlouvy není vyloučena možnost členských států*

„učinit opatření, která považuje za nezbytná k ochraně podstatných zájmů své bezpečnosti, a která jsou spjata s výrobou zbraním střeliva a válečného materiálu nebo obchodem s nimi; tato opatření nesmí nepříznivě ovlivnit podmínky hospodářské soutěže na společném trhu s výrobky, které nejdou určeny výlučně k vojenským účelům“. Toto ustanovení je tedy možno interpretovat tak, že každý členský stát je oprávněn přijmout vlastní opatření (typicky legislativní), která budou představovat restrikci oproti standardní úpravě Smlouvy o založení ES, a to při kumulativním splnění dvou podmínek. První podmínkou je existence „bezpečnostních zájmů“ spjatých s výrobou či obchodem s vojenským materiálem, druhou podmínkou pak je nenarušení podmínek hospodářské soutěže na společném trhu s výrobky, které nejsou určeny výlučně k vojenským účelům. Možnosti uvedené v čl. 296 Smlouvy o založení ES Česká republika využila tím, že v zákoně o veřejných zakázkách podřadila zakázky, jejichž předmětem je „výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu“ zvláštnímu režimu (§ 4 odst. 1 písm. b) zákona). Dle názoru soudu zakázka na opravu střeliva může být zakázkou principiálně spadající do oblasti plnění ve věcech bezpečnostního zájmu státu, jenž je přímo spjat s výrobou střeliva, jak předvídá Smlouva o založení ES. Je-li předmětem možného vynětí výroba střeliva, pak z pohledu bezpečnostních zájmů státu existuje dostatek důvodů, pro které jejich oprava, při níž se do střeliva jakkoli zasahuje, může být plněním, jež je svým charakterem co do bezpečnostních zájmů obdobné, jako samotná výroba. Jiný výklad by postrádal logiku".

38. Na základě výše uvedeného rozsudku lze konstatovat, že Česká republika je oprávněna využít možnosti podřadit zakázky, jejichž předmětem je „výroba, koupě nebo oprava zbraní, zbraňových systémů, střeliva nebo zabezpečení dalšího vojenského materiálu pro zajištění obrany nebo bezpečnosti státu“ zvláštnímu režimu. Podmínky dané čl. 296 Smlouvy o založení ES je pak Česká republika povinna splnit při přijetí legislativního opatření (tj. zakotvení výjimky v právní úpravě), avšak splnění těchto podmínek již není povinen v případě využití zákonné výjimky zkoumat zadavatel, který zadává konkrétní zakázku, a tedy ani nemůže být předmětem přezkumu ze strany Úřadu.

39. Navrhovatel se v rozsudku dopouští i částečné dezinterpretace závěrů soudu, zejména pak tehdy, kdy z věty „zakázka na opravu střeliva může být zakázkou principiálně spadající do oblasti plnění ve věcech bezpečnostního zájmu státu“ dovozuje, že platnost této výjimky nelze dovodit při všech opravách munice, ale pouze v některých případech. K interpretaci podávané navrhovatelem proto uvádím, že jak je patrné z výše uvedené doslovné citace předmětného rozsudku, soud se zde zabývá interpretací normy komunitárního práva a dovozuje, že dle této normy je na jednotlivých členských státech, zda opravu munice vyjmou z působnosti relevantní právní úpravy. Pokud pak Česká republika této možnosti využila (jak bylo uvedeno výše) a učinila výrobu střeliva předmětem vynětí, pak soud označuje za logické, že i oprava munice je předmětem tohoto vynětí, neboť co do bezpečnostních zájmů státu se jedná o obdobné plnění. Soud zde tedy žádným způsobem nedělí opravy střeliva v České republice na případy, které se mohou týkat bezpečnostních zájmů státu a na případy, které nikoliv, a tedy argumentace navrhovatele je v tomto bodě zcela nesprávná a v rozporu s textem odkazovaného rozsudku Krajského soudu v Brně.

40. Konečně uvádím, že se neztotožňuji ani s podpůrným argumentem navrhovatele, podle kterého o neopodstatněnosti zařazení předmětné výjimky do právní úpravy svědčí skutečnost, že aktuální právní úprava (zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách)

předmětnou výjimku již neupravuje, neboť konstatuji, že na základě této skutečnosti nelze usuzovat, že zákonodárce v minulosti nepovažoval předmětnou výjimku za nezbytnou k ochraně podstatných zájmů státu.

V. Závěr

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

42. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. VOP-026 Šterberk, s. p., se sídlem Olomoucká 175, 785 01 Šternberk

2. JUDr. Pavel Dejl, LL.M., PhD., advokát se sídlem AK Kocián Šolc Balaštík, Jungmannova 24, 110 00 Praha

3. Poličské strojírny, a. s., se sídlem Horní náměstí, 572 01 Polička

4. Explosia, a. s., se sídlem Semtín 107, 530 50 Pardubice

4. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce