



UOHSX00DK5LH

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0084/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-19727/2020/323/MBr

Brno 29. června 2020

V řízení o rozkladu ze dne 30. 4. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Siemens s. r. o.**, IČO 00268577, se sídlem Siemensova 1, 155 00 Praha 13,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0066/2020/VZ, č. j. ÚOHS-11742/2020/533/BŠp ze dne 20. 4. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 7. 2. 2020 na návrh výše označeného navrhovatele z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **LETIŠTĚ BRNO a. s.**, IČO 26237920, se sídlem Letiště Brno-Tuřany 904/1, 627 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 25. 2. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

při zadávání veřejné zakázky „**Dodávka systému detekce výbušnin pro zapsaná zavazadla (EDS)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 17. 12. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 12. 2019 pod ev.č. Z2019-045192, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 1. 2020 a dne 3. 2. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 246-607494, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 13. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 008-015035, dne 15. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 010-020423 a dne 3. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 023-052100,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0066/2020/VZ, č. j. ÚOHS-11742/2020/533/BŠp ze dne 20. 4. 2020

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – LETIŠTĚ BRNO a.s., IČO 26237920, se sídlem Letiště Brno-Tuřany 904/1, 627 00 Brno, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 25. 2. 2020 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ dne 17. 12. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Dodávka systému detekce výbušnin pro zapsaná zavazadla (EDS)“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 12. 2019 pod ev. č. Z2019-045192, ve znění oprav uveřejněných dne 13. 1. 2020 a dne 3. 2. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 12. 2019 pod ev. č. 2019/S 246-607494, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 13. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 008-015035, dne 15. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 010-020423 a dne 3. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 023-052100, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je dle bodu II. 1.4) formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ dodávka systému detekce výbušnin Standardu 3. 1. (typu CT) o velikosti kontrolního tunelu min. 1050x800 mm včetně operátorských stanic, serveru, vlastního chlazení a síťové infrastruktury.
3. Dne 15. 1. 2020 zadavatel obdržel námitky navrhovatele – společnosti Siemens, s.r.o., IČO 00268577, se sídlem Siemensova 1, 155 00 Praha 13, (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**námitky**“).

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

4. Zadavatel rozhodnutím ze dne 29. 1. 2020 námitky navrhovatele odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“). Rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 30. 1. 2020.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 7. 2. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
6. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0066/2020/VZ.
7. Navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že dle jeho názoru jsou zadávací podmínky stanoveny v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti, neboť zadavatel stanovil technické podmínky, které jsou omezující a diskriminující pro ostatní dodavatele, aniž by k tomu měl jakýkoliv legitimní důvod. Navrhovatel rekapituluje, že podal zadavateli námitky, v nichž brojil proti čtyřem konkrétním zadávacím podmínkám stanoveným zadavatelem v zadávací dokumentaci, jejichž kombinace umožňovala ve výsledku použití pouze jednoho konkrétního zařízení, a to zařízení výrobce Smiths-Detection.
8. Dále navrhovatel uvedl, že zadavatel v části rozhodnutí o námitkách přisvědčil navrhovateli a zadávací podmínky změnil, avšak v části týkající se netransparentního a nepřiměřeného požadavku na kompatibilitu se stávajícími zařízeními zadavatele zadavatel námitky navrhovatele odmítl. Navrhovatel má za to, že výše uvedené částečné odmítnutí námitek je v rozporu se zákonem, když zadávací podmínky jsou i nadále v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti, neboť stále platí, že zadavatel stanovil takové technické podmínky, které jsou omezující a diskriminující pro ostatní dodavatele, aniž by k tomu měl legitimní důvod. Konkrétně se dle navrhovatele tedy jedná stále o požadavek na kompatibilitu se stávajícími zařízeními zadavatele.
9. K zadavatelem požadované kompatibilitě se stávajícími zařízeními navrhovatel rovněž uvedl, že se jedná o požadavek na kompatibilitu operačního systému výrobce Smiths-Detection, který může splnit pouze tento jediný výrobce a bez souhlasu nebo kooperace tohoto výrobce by bylo v podstatě navždy znemožněno za takovýchto podmínek ostatním dodavatelům dodat další zařízení, neboť z podstaty věci jejich systém není kompatibilní se systémem výrobce Smiths-Detection, a to vše za situace, kdy nová dodávka bude tvořit srovnatelnou část s již existujícími zařízeními.
10. Navrhovatel se podáním návrhu domáhal toho, aby Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na šetřenou veřejnou zakázku.
11. Rozhodnutím ze dne 25. 3. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0066/2020/VZ, č. j. ÚOHS-09378/2020/533/BŠp, Úřad z moci úřední nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v uložení zákazu uzavření smlouvy v předmětné veřejné zakázce (dále jen „**předběžné opatření**“).

II. Napadené rozhodnutí

12. Dne 20. 4. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0066/2020/VZ, č. j. ÚOHS-11742/2020/533/BŠp (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
13. Jediným výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
14. Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že technická podmínka zadavatele spočívající v požadavku na kompatibilitu poptávaného systému detekce výbušnin se stávajícím zařízením/i zadavatele nelze vnímat jako podmínku způsobitou bezdůvodně omezovat hospodářskou soutěž, neboť uvedená technická podmínka je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky odůvodněna legitimním cílem – zajištěním bezpečnosti na letišti a při letecké dopravě.
15. Úřad dospěl k závěru, že předmětná technická podmínka (požadavek na kompatibilitu nového zařízení se stávajícím/i zařízením/i) je s ohledem na specifický předmět veřejné zakázky (dodávka systému detekce výbušnin, dále jen „**EDS**“) odůvodněna zajištěním bezpečnosti na letišti a při letecké přepravě, resp. snahou minimalizovat chybovost personálu při vyhodnocování výstupů mezi jednotlivými systémy detekce a zajištěním vzájemné kompatibility používaných detekčních systémů, a s ohledem na důvodnost těchto požadavků tak nezaručuje bezdůvodnou konkurenční výhodu ani nevytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže o veřejnou zakázku, neboť v tomto smyslu nelze ani přehlédnout, že zadavatel nepožaduje plnění jedním konkrétním zařízením, ale požaduje, aby dodané plnění bylo technologicky kompatibilní s jeho stávajícími systémy detekce a bylo vybaveno stejnou zobrazovací metodou. Dle názoru Úřadu tedy požadavek zadavatele na kompatibilitu nově pořizovaného EDS lze posoudit jako oprávněný, resp. odůvodněný, neboť je veden legitimní potřebou zajistit bezpečnost a jako takový jej tedy nelze považovat za nezákonný.

III. Námitky rozkladu

16. Dne 30. 4. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 20. 4. 2020. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
17. Navrhovatel namítá, že Úřad nesprávně posoudil skutkový stav a ve správním řízení nepostupoval v souladu se zákonem. Nesprávné posouzení skutkového stavu se dle navrhovatele týká zejména vyhodnocení způsobu zobrazování chemických látek, kdy se Úřad ztotožnil s tvrzením zadavatele ohledně toho, že zadavatelem stanovený požadavek na kompatibilitu zobrazení zaručí stejnou zobrazovací metodu pro personál zadavatele, na kterou byl dosud zvyklý, a tím dojde k eliminaci bezpečnostních rizik. Takový závěr je ovšem dle navrhovatele v rozporu se skutečností, neboť zobrazovací metoda se v případě pořízení systému detekce 3D v každém případě změní.
18. Navrhovatel uvádí, že nově požadovaný systém detekce se bude zásadně odlišovat ve smyslu zobrazování objektů, neboť pro vyhodnocení bude obraz nově poskytován ve třech osách, což znamená zcela nový přístup k vyhodnocování obrazu bez ohledu na to, zda se jedná o stávajícího či odlišného výrobce. Proto nelze souhlasit s argumentem, že bude-li

vyžadována kompatibilita s (dosavadním) konkrétním zařízením, nedojde ke změně zobrazování a přístupu k vyhodnocení obrazových informací. V souvislosti s výše uvedeným je tedy dle navrhovatele argument o možné chybovosti operátorů nerelevantní a celé napadené rozhodnutí staví na argumentu, který tento fakt popírá.

19. Úřad dle navrhovatele v podstatě popírá možnost pořízení systému pro detekci výbušnin v zavazadlech metodou CT zobrazování v 3D pohledech (předmět veřejné zakázky), neboť se jedná o zásadně odlišné grafické znázornění od dosud používaných systémů zadavatele. Kromě toho je dle navrhovatele irelevantní argument, že operátor bude obsluhovat ve stejný okamžik několik systémů detekce, neboť v jeden okamžik musí operátor pracovat pouze na jednom konkrétním zařízením.
20. Navrhovatel upozorňuje, že celé napadené rozhodnutí je prostoupeno používáním nesprávného názvosloví a rovněž namítá, že Úřad nepřihlédl k části argumentace navrhovatele (viz odstavec 81 napadeného rozhodnutí), ačkoliv k ní přihlédnout mohl a měl z úřední povinnosti na základě ustanovení § 248 zákona.

Závěr rozkladu

21. Navrhovatel navrhuje z výše uvedených důvodů napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.
23. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu navrhovatele ze dne 15. 5. 2020 požádal o zrušení nařízeného předběžného opatření.
24. Předseda Úřadu nepovažoval důvody uvedené zadavatelem pro zrušení nařízeného předběžného opatření za dostatečné, a proto mu stanovil usnesením sp. zn. ÚOHS-R0084/2020/VZ, č. j. ÚOHS-15632/2020/323/MBr ze dne 29. 5. 2020 lhůtu sedmi kalendářních dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které je zadavatel oprávněn doplnit svůj návrh na zrušení nařízeného předběžného opatření spočívajícího v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.
25. Dne 5. 6. 2020 zadavatel doručil předsedovi Úřadu své vyjádření, ve kterém uvedl další skutečnosti, které podle názoru zadavatele svědčí o tom, že nařízené předběžné opatření je potřeba zrušit.
26. Rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0084/2020/VZ, č. j. ÚOHS-17781/2020/323/MBr ze dne 12. 6. 2020 došlo k zamítnutí návrhu zadavatele na zrušení nařízeného předběžného opatření.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

27. Zadavatel se ztotožňuje s názorem Úřadu, že požadavek na kompatibilitu stanovil na základě svých odůvodněných potřeb za současného dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek. Dle názoru zadavatele Úřad správně objasnil, že nevyhnutelným důsledkem každého zadávacího řízení je vždy určité omezení okruhu dodavatelů, a pokud je takové

omezení výsledkem rozumné úvahy a legitimních požadavků zadavatele, nelze takovou podmínku považovat za nezákonnou, a to pouze s ohledem na individuální námitky určitého dodavatele.

28. Ohledně odůvodnění nutnosti kompatibilního zařízení se zadavatel zcela odkazuje na důvody uvedené přímo v zadávací dokumentaci, které byly následně podrobně objasněny v průběhu správního řízení.
29. Zadavatel uvádí, že jeho požadavek nelze separovat a nevhodně vytrhovat z kontextu či dokonce porovnávat prizmatem dodávky „běžného spotřebního zboží“. Požadavek zadavatele na kompatibilitu je nezbytné posoudit v kontextu požadovaného účelu a dalších individuálních okolností, zejména ve vztahu k evropským předpisům z oblasti civilního letectví, které jsou přímo aplikovatelné a právně závazné i pro zadavatele.
30. Dle názoru zadavatele navrhovatel v návrhu ani v rozkladu argumentačně ani důkazně nijak nevyvrátil, že zobrazovací systémy, které nejsou navzájem kompatibilní, se významně liší při zobrazování přítomností stopových prvků výbušnin, což může vést k chybovosti při vyhodnocování a detekci škodlivých látek, která může mít fatální následky. Zatímco stopový prvek, který je znakem přítomnosti nebezpečné látky v zavazadle, může být v jednom systému zachycen určitým grafickým způsobem, v jiném vizuálním prostředí může být toto zobrazení odlišné.
31. Zadavatel uvádí, že navrhovatel v rozkladu předkládá blíže nejasnou polemiku ohledně vnímání požadavku kompatibility, přičemž v námitkách ani v návrhu nebylo v žádném směru navrhovatelem rozporováno, že zadavatel stanovil zadávací podmínky nejednoznačně či nesrozumitelně. Zadavatel dále odmítá tvrzení navrhovatele v rozkladu, že z jeho strany měl být vznesen požadavek na dostupnost relevantních informací pro vzájemnou komunikaci mezi jednotlivými systémy, a to ještě před podáním nabídky, aby bylo možné finančně zhodnotit náročnost tohoto požadavku a zohlednit v nabídce. Zadavatel neregistruje žádný dotaz navrhovatele v intencích výše uvedeného, který by navrhovatel uplatnil v průběhu zadávacího řízení. Dle názoru zadavatele je tato argumentace poprvé uplatněna až ve vyjádření se k podkladům pro vydání rozhodnutí a Úřad správně vyhodnotil, že jde o nová tvrzení, která nejsou obsažena ani v návrhu a ani v námitkách, a proto k těmto opožděným argumentům s ohledem na zásadu koncentrace řízení v souladu se zákonem nepřihlédl (viz bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
32. Zadavatel též odmítá i závěrečnou úvahu navrhovatele, který v rozkladu poukazuje na to, že zobrazení anorganických a organických látek, resp. jejich grafické (barevné) znázornění, je pro všechny systémy ECAC² shodné. Zadavatel připomíná, že podstatné je právě grafické zobrazení stopových prvků, které se v různých zobrazovacích systémech může na úrovni 2D významně lišit. Zatímco stopový prvek, který je znakem přítomnosti nebezpečné látky v zavazadle, může být v jednom systému zachycen určitým grafickým způsobem, v jiném vizuálním prostředí může být toto zobrazení odlišné.
33. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

² European Civil Aviation Conference – pozn. předsedy Úřadu.

Stanovisko předsedy Úřadu

34. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad rozhodl ve výroku napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

36. Úvodem lze konstatovat, že navrhovatel brojí proti skutkovým závěrům, na základě kterých Úřad rozhodl napadeným rozhodnutím ve věci. Skutková zjištění považuje navrhovatel za neúplná, a tedy i nesprávná.

K postupu Úřadu a k posouzení požadavku zadavatele na kompatibilitu se stávajícími zařízeními

37. Stěžejní otázkou tohoto konkrétního případu je posouzení odůvodněnosti nastavení technických podmínek stanovených zadavatelem v bodě 3. 1. zadávací dokumentace ve vztahu k poptávanému systému detekce výbušnin. Zadavatel zde stanovil požadavek na kompatibilitu mezi stávajícím systémem detekce výbušnin a nově dodaným systémem, který má zadavatel v úmyslu si pořídit v této veřejné zakázce.
38. V první řadě je potřeba zdůraznit základní premisu, že za zadávací podmínky zodpovídá zadavatel. Stanovení přísnějších či benevolentnějších zadávacích podmínek je výsostným právem zadavatele, a zároveň míra přísnosti či benevolentnosti, se kterou zadavatel přistoupí k jejich vyhotovení, je odpovědností zadavatele. Zadavatel nicméně musí dodržet požadavky zákona při stanovení zadávacích podmínek (zejména dodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek). „Nelze totiž odhlédnout od toho, kdo je primárním subjektem, který je zodpovědný za stanovení zadávacích podmínek. Ze zákona je patrné (srov. § 36 odst. 3), že tímto subjektem je výlučně zadavatel. Tento aspekt se pak projevuje ve dvou rovinách, a to v rovině povinnosti zadavatele a v rovině jeho výsostného práva. Rovinu povinnosti zadavatele, kdy je tento povinen stanovit zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů na zadávacím řízení a je mu zapovězeno zároveň přenést na dodavatele odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek, zcela zřetelně vymezuje sám zákon ve výše uvedeném ustanovení. Zákaz přenášet na dodavatele odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace nicméně lze vykládat i tak, že dodavatelé nemají právo koncipovat znění zadávacích podmínek. Tento závěr stojí na zcela logickém předpokladu, že povinnost dovozená u daného subjektu bude vyvážena právem téhož subjektu, které s danou povinností souvisí. Pokud je tedy povinností zadavatele stanovit zadávací podmínky dostatečně podrobně, aby byla umožněna účast dodavatelů na zadávacím řízení, lze konstatovat, že má zadavatel zároveň i právo na to, aby zadávací

podmínky koncipoval sám bez zásahů zvenčí – a to ať už ze strany dodavatelů anebo Úřadu.“³

39. Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že veškeré požadavky na předmět plnění, tj. i technické podmínky, zadavatel stanoví na základě svých odůvodněných potřeb s ohledem na poptávané plnění. Veškeré požadavky zadavatele však musí vždy vycházet z objektivně zdůvodnitelných potřeb zadavatele. Správný je i názor Úřadu poukazující na to, že každou zadávací podmínku nebo požadavek zadavatele lze považovat do určité míry za limitující a omezující, nicméně určitá míra omezení volnosti, jak pro zadavatele, tak dodavatele, je zákonem a předvídaná a povolena.
40. Zadavatel poptává nový systém detekce výbušnin ve standardu 3 v souladu s požadavky na něj kladenými evropskou legislativou týkající se civilního letectví a letecké bezpečnosti a ECAC. Zadavatel mj. požaduje, aby nový systém detekce výbušnin byl kompatibilní se stávajícími zařízeními. Kompatibilitu zadavatel odůvodnil zejména požadavky na zajištění bezpečnosti a nižšími finančními náklady.
41. Úřad po posouzení odůvodnění požadavku kompatibility ze strany zadavatele dospěl k závěru, že se nejedná o technickou podmínku, která by bezdůvodně omezovala hospodářskou soutěž, neboť předmětná technická podmínka je ve vztahu k předmětu veřejné zakázky odůvodněna legitimním cílem – zajištěním bezpečnosti na letišti a při letecké dopravě.
42. Navrhovatel se neztotožňuje s názorem Úřadu, že požadavek zadavatele na kompatibilitu zaručí stejnou zobrazovací metodu pro personál zadavatele, na kterou byl dosud zvyklý, a tím se eliminují bezpečnostní rizika atd. Dle názoru navrhovatele se zobrazovací metoda v každém případě změní, neboť nové zařízení standardu 3 se bude zásadně odlišovat ve smyslu zobrazování objektů, neboť po vyhodnocení bude obraz nově poskytován ve třech osách, což znamená zcela nový přístup k vyhodnocování obrazu bez ohledu na to, zda se jedná o zařízení od stávajícího či odlišného výrobce.
43. S tímto názorem navrhovatele lze souhlasit, nicméně zadavatel požaduje kompatibilitu zobrazení 2D ve dvou pohledech, přičemž ve 2D pohledu zadavatel požaduje právě jednotné zobrazovací prostředí se stávajícími zařízeními. Uvedenou reakci zadavatel předložil v rozhodnutí o námitkách a i ve vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 8. 4. 2020.
44. Z vyjádření učiněných zadavatelem během správního řízení a z rozhodnutí o námitkách vyplývá, že nové zařízení má být schopno promítnout obraz ve 3D zobrazení a i ve 2D zobrazení, přičemž 2D zobrazení (výstup) má vypadat graficky u nového zařízení stejně, jako u stávajících zařízení zadavatele. Tento požadavek zadavatel odůvodňuje zejména zajištěním bezpečnosti na letišti v širším slova smyslu, což konkrétně znamená snahu minimalizovat chybovost personálu při vyhodnocování výstupů mezi jednotlivými systémy detekce výbušnin.
45. Je nesporné, že zobrazení ve 3 osách je jiné než 2 osách, ani zadavatel tuto skutečnost nepopírá, nicméně požadavek zadavatele na kompatibilitu ke stávajícímu zařízení se vztahuje právě k 2D zobrazení. Jelikož v tuto chvíli nemá zadavatel jiné zařízení standardu 3 (pouze

³ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 30. 4. 2019, č. j. ÚOHS-R0041/2019/VZ-11861/2019/322/JSu.

standardu 2) má zájem na tom, aby 2D zobrazení na stávajícím a novém zařízení bylo kompatibilní. Nové zařízení navíc přidá pohled i ve 3 osách (3D). Zadavatel tedy nevyžaduje kompatibilitu 3D a 2D zobrazení, ale 2D zobrazení nového zařízení s 2D zobrazením na stávajícím zařízení, které 3D zobrazení není schopno reprodukovat [i kdyby bylo schopné reprodukovat 3D zobrazení, tak nebude splňovat další požadavky vyplývající např. z prováděcího nařízení Evropské komise č. 2015/1998 ze dne 5. 11. 2015 (dále jen „nařízení“), kterým se stanoví opatření ke společným základním normám letecké bezpečnosti].

46. Námitku navrhovatele vztahující se k rozdílné zobrazovací metodě mezi 2D a 3D zobrazením odmítám jako irelevantní pro nyní posuzovanou věc.
47. Předseda Úřadu se dále zabýval námitkou navrhovatele, který poukazuje na nepřesnost užívání odborných názvů v napadeném rozhodnutí. Navrhovatel uvedl, že „[c]elé rozhodnutí úřadu je prostoupeno používáním nesprávného názvosloví. V bodě 76 je již opět správně uvedeno, že se jedná o systém detekce výbušnin, nikoliv stopových prvků (s tímto se lze setkat již v bodě 17 a toto vysvětlení není podle navrhovatele správné). Pokud jde ve vztahu k bodu 17 o nejednotnost zobrazovacích metod látek, konkrétně o rozlišení organických a anorganických látek, jejich grafické (barevné) znázornění je shodné pro všechny systémy certifikované ECAC. Materiály a jejich zobrazení se neliší (ECAC) a tudíž navrhovatel nepovažoval ani za nutné takové samozřejmé argumenty (obecně známé skutečnosti) uvádět.“
48. V první řadě je třeba upozornit navrhovatele na tu skutečnost, že bod 17 odůvodnění napadeného rozhodnutí je přepisem textu z vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 14. 2. 2020. Ačkoliv se teda jedná o součást odůvodnění napadeného rozhodnutí, nejedná se o závěry Úřadu mající konstitutivní či deklaratorní povahu. Stěžejní část odůvodnění začíná bodem 58 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Navrhovatel tedy napadá názor zadavatele uvedený v jeho vyjádření ze dne 14. 2. 2020. Nelze se tedy ztotožnit s tvrzením, že Úřad používá nesprávné názvosloví.
49. I v případě, že by se Úřad těchto nepřesností dopustil, nemělo by to v nyní posuzované věci vliv na správnost napadeného rozhodnutí, neboť předmětem přezkumu jsou zadávací/technické podmínky stanovené zadavatelem, které důvodně mohou omezovat do jisté míry hospodářskou soutěž. Tyto zadávací podmínky byly podrobeny přezkumu, na základě něž Úřad zjistil, že možné omezení hospodářské soutěže (požadavek kompatibility) zadavatel odůvodňuje zejména zajištěním bezpečnosti na letišti a zajištěním bezpečnosti cestujících na letišti i v odbavených letadlech, což tedy znamená, že navrhovatelem rozporovaná kompatibilita nového zařízení EDS je zadavatelem odůvodněna ochranou života, zdraví a majetku v rámci činnosti zadavatele na brněnském letišti (BRQ/LKTB). Navrhovatel však tyto zadávací podmínky chránit životy, zdraví a majetek žádným způsobem nerozporuje.
50. Předseda Úřadu považuje tyto požadavky zadavatele za zcela legitimní a řádně odůvodněné. Je možné, že samotným požadavkem na kompatibilitu mohli být někteří dodavatelé diskriminováni, nicméně zásadu zákazu diskriminace nelze zaměňovat s prostou neschopností dodavatele splnit zadávací podmínky, resp. realizovat předmět plnění veřejné

zakázky v požadované kvalitě či rozsahu. Již ze samotného smyslu stanovení zadávacích podmínek vyplývá, že mohou být vždy „diskriminační“ vůči některým dodavatelům.

51. Předseda Úřadu považuje též za vhodné poukázat na možnost, kterou zadavatel všem potenciálním zájemcům o veřejnou zakázku umožnil, tj. že informace týkající se stávajících systémů detekčních zařízení poskytne uchazečům o veřejnou zakázku na jejich písemnou žádost a proti podpisu dohody o mlčenlivosti. Jak správně uvedl Úřad, zadavatel nabídl tedy dodavatelům možnost zpřístupnit si za předem stanovených podmínek informace technického směru ohledně svých stávajících systémů detekce, na základě nichž tito dodavatelé mohli uzpůsobit svoji nabídku a následně zadavateli nabídnout zařízení, které bude kompatibilní s jeho stávajícími systémy detekce. Navrhovatel však této možnosti nevyužil.
52. Zadavatel nepoptává jedno konkrétní zařízení EDS standardu 3 (a navrhovatel to ani netvrdí), pouze požaduje, aby nové EDS zařízení bylo kompatibilní s těmi stávajícími. Považuji za vhodné zdůraznit, že v bodě 3.1 zadávací dokumentace, ve kterém je definován předmět veřejné zakázky, zadavatel uvedl více než 20 technických parametrů (např. hlučnost, formát obrazového výstupu – JPG, napájení, kapacita, rychlost dopravníku) a navrhovatel ani jeden z těchto konkrétních technických požadavků nerozporuje. V opačném případě (při rozporování konkrétních technických požadavků) by to mohlo indikovat potenciální diskriminaci technických požadavků. Navrhovatel nicméně rozporuje pouze požadavek zadavatele na kompatibilitu ve vztahu k zobrazovací metodě na výstupu z EDS (2D, 3D), ačkoliv nevyužil možnosti mu nabízené zadavatelem (viz bod 51 odůvodnění tohoto rozhodnutí), což v důsledku vedlo k tomu, že si navrhovatel pravděpodobně ani nemohl utvořit představu o tom, zda jeho vlastní produkty tomuto požadavku mohou vyhovět, či nikoliv.

Zásada koncentrace správního řízení podle zákona

53. Navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 4. 2020 uvedl, že pokud by měla být zajištěna volná soutěž při zachování požadavku zadavatele na kompatibilitu se stávajícími systémy detekce, pak by zadavatel musel zajistit možnost poskytnutí komunikačních protokolů a popis rozhraní pro případné integrace mezi starými a nově dodanými systémy jiných výrobců (viz bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí).
54. K této argumentaci Úřad uvedl, že nebyla součástí návrhu (ani námitek) navrhovatele. Navrhovatel ve svém návrhu netvrdil, že zadavatel měl zajistit možnost poskytnutí určitých zdrojových či technologických detailů od výrobce stávajícího systému detekce vůči potenciálním dodavatelům poptávaného systému detekce. Úřad se odkázal na § 251 odst. 1, 4 a 5 zákona a konstatoval, že obsah vyjádření k podkladům nemůže doplňovat či měnit náležitosti návrhu dle § 251 odst. 1 zákona. Z uvedeného důvodu tedy Úřad k předmětné argumentaci navrhovatele nepřihlédl, neboť tato nebyla součástí návrhu.
55. Navrhovatel se s tímto výkladem Úřadu neztotožnil a závěrem svého rozkladu namítá, že Úřad nepřihlédl k části argumentace navrhovatele (viz bod 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí), ačkoliv k ní dle názoru navrhovatele přihlédnout mohl a měl z úřední povinnosti na základě § 248 zákona. Navrhovatel uvádí, že má-li Úřad k dispozici informace, které mohou být důležité pro posouzení porušení povinnosti zadavatele v zadávacím řízení, neměl

by je hodnotit formalisticky podle toho, zda byly obsaženy v původním návrhu, ale použít je z úřední povinnosti pro ochranu zájmů chráněných zákonem.

56. Podle ustanovení § 251 odst. 4 zákona *in fine* platí, že k novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédně 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. Proto navrhovatel musí vyčerpávajícím způsobem tvrdit všechna domnělá porušení zákona již v námitkách. Případná další porušení, která v námitkách obsažena nebyla, nemohou být následně uplatněné v návrhu podaném k Úřadu. Jak již bylo výše dovozeno, zákon nedává navrhovateli možnost rozšiřovat ani měnit návrh.
57. V ustanovení § 251 odst. 4 zákona zákonodárce vyjadřuje snahu o co nevyšší koncentraci správního řízení. V zájmu koncentrace správního řízení před Úřadem navrhovatel v rámci svého návrhu není oprávněn rozšiřovat svoji argumentaci nad rámec tvrzení uvedených v námitkách, neboť náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 věty první a druhé nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány. Předmětem přezkumného řízení před Úřadem tak mají v zásadě být ta domnělá porušení zákona, na něž zadavatel mohl reagovat při vypořádání námitek. Institut námitek je z hlediska časové posloupnosti první prostředek ochrany, který zákon dává dodavateli pro případ, že se cítí poškozen nezákonným postupem zadavatele. Dodavatelé tak dávají kvalifikovaným způsobem najevo, že postup zadavatele považují za nezákonný. Zadavatel se může s názorem navrhovatele ztotožnit a provést odpovídající opatření k nápravě. Institut námitek a opatření k nápravě tak umožňují řešit případná pochybení zadavatele v postupu zadávání veřejných zakázek, aniž by musel domnělé pochybení posuzovat Úřad. Je nutné zdůraznit, že podání námitek je nevyhnutelným předpokladem pro podání návrhu Úřadu. Je důležité říct, že zadavatel má právo jako první se seznámit se skutečnostmi, které navrhovatel považuje za nezákonné, aby na ně mohl adekvátně reagovat.
58. Navrhovatel předložil ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 4. 2020 argument, že pokud by měla být zajištěna volná soutěž při zachování požadavku zadavatele na kompatibilitu se stávajícími systémy detekce, pak by zadavatel musel zajistit možnost poskytnutí komunikačních protokolů a popis rozhraní pro případné integrace mezi starými a nově dodanými systémy jiných výrobců.
59. Je zřejmé, že se jedná o námitku, kterou navrhovatel mohl tvrdit již v námitkách proti postupu zadavatele, neboť nejpozději po prostudování zadávací dokumentace ji byl schopen uplatnit. Nejenže navrhovatel v námitkách tuto námitku neuvedl, ale neuvedl ji ani v návrhu. Navrhovatel žádným způsobem neprokázal, že jde o nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli nebo, že se jedná o skutečnosti, které mu byly známy až po podání návrhu, ačkoliv je mu tato povinnost uložena v § 251 odst. 4 zákona.
60. Stejně jako Úřad mám za to, že obsahově se jedná o zcela nové námitky, jež navrhovatel dosud v rámci institutu námitek ani v rámci návrhu vůči zadavateli nenamítal. Úřad v bodě 81 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně učinil závěr, že v daném případě předmětné skutečnosti uvedené ve výše uvedeném vyjádření navrhovatele představují nepřípustné 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 postupoval správně, když k takovým změnám a doplněním nepřihlížel.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

61. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež shrnuji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad v obou výrocích napadeného rozhodnutí rozhodl v souladu se zákonem a dalšími právními předpisy.
62. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil skutkový stav bez důvodných pochybností, na který aplikoval relevantní ustanovení zákona, interpretovaná ve světle příslušné judikatury. Úřad řádně označil všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě vyhodnotil, že zadavatel se namítaného porušení zákona nedopustil. Úřad rovněž uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za srozumitelné, vnitřně bezrozporné a přezkoumatelné. Uzavírám, že jsem v dotčeném případě nezjistil procesní vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost rozhodnutí.

VI. Závěr

63. 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 napadeného rozhodnutí.
64. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.
65. S ohledem na zachování a utvrzení právní jistoty plynoucí z rozhodovací činnosti Úřadu na tomto místě uvádím, že v souladu s § 61 odst. 3 správního řádu právní moci tohoto rozhodnutí o rozkladu nabývá právní moci i napadené rozhodnutí, v důsledku čehož pozbývají účinnosti veškerá předběžná opatření nařízená za účelem zajištění účelu tohoto správního řízení.

POUČENÍ

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

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1
2. Siemens, s. r. o., Siemensova 1, 155 00 Praha 13

Vypraveno dne:

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